

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Кульнев Александр Сергеевич

**Свобода слова в современном обществе: конституционно-
правовая теория и судебная практика**

Специальность 5.1.2 Публично-правовые (государственно-
правовые) науки

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук,
доцент Богданова Н.А.

Москва – 2025

Оглавление

ВВЕДЕНИЕ.....	3
Глава 1. Основные теории свободы слова.....	20
§1. Поиск истины как основание свободы слова (классическая теория)	20
§2. Демократия как основание свободы слова (коллективистская теория)	26
§3. Автономия личности как основание свободы слова (индивидуалистическая теория) ..	41
§4. Недоверие государству как основание свободы слова (негативная теория)	51
Глава 2. Содержание свободы слова: теоретические подходы и судебная практика..	67
§1. Высказывания как объект конституционной защиты	70
§2. Содержание свободы слова в судебной практике	94
Глава 3. Свобода слова в системе конституционных прав личности.....	104
§1. Соотношение понятий свободы слова и свободы информации	108
§2. Позитивный подход к свободе слова и свободе информации в праве ФРГ	118
§3. Негативная свобода слова в праве США.....	129
§4. Сопоставление позитивной и негативной концепций свободы слова	145
Глава 4. Ограничения свободы слова: методики и критерии оценки.....	164
§1. Принцип пропорциональности как методика оценки правоограничительных мер.....	164
§ 2. Категориальное взвешивание как методика оценки ограничений свободы слова	195
§3. Система принципов оценки мер, ограничивающих свободу слова.....	211
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	222
БИБЛИОГРАФИЯ	226

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертационного исследования. Идею об особом месте свободы слова среди прав человека можно выражать самым разным образом. Авторы Писем Катона¹, а затем Джеймс Мэдисон, создатель проекта американского Билля о правах 1789 года², называли её величайшим бастионом свободы, русский публицист Иван Аксаков – необходимым условием самого человеческого бытия³, а современный правовед Ларри Александер – ярчайшей звездой в созвездии прав⁴. В 2016 году британская социологическая служба YouGov задавала респондентам в семи европейских странах и США вопрос, какие права человека они считают самыми важными. Только свобода слова вошла в число таковых в более, чем половине ответов во всех странах. Такой опрос, разумеется, малорепрезентативен, но точно не будет преувеличением сказать, что свобода слова широко признается важной частью конституционализма.

Подобная общепризнанность не означает, что необходимость защиты свободы слова приобрела характер аксиомы (в таком случае она скорее утратила бы актуальность как тема исследования). Напротив, несмотря на широкое декларативное признание, свобода слова с самого момента своего провозглашения и по сегодняшний день подвергается серьёзным угрозам. Их конкретное выражение постоянно меняется, но происхождение, как представляется, едино. Свобода слова преграждает путь сразу нескольким мощным порывам, естественным для людей и государственных институтов, управляемых ими. В первую очередь, она мешает всем, кто пытается, используя государственную власть, принудительно изменить мышление граждан для

¹ Эссеисты Т. Гордон и Д. Тренчард также указывают: «Без свободы мысли не может быть такой вещи, как мудрость и нет такой вещи, как общественная свобода без свободы слова» См.: Trenchard J, Gordon T. Cato's Letters; or, Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects. Vol. 1, Letter No. 15 / Ed. R. Hamowy. Liberty Fund, 1995.

² Handout 2: James Madison's Proposed Amendments to the Constitution, June 8, 1789 // Annals of Congress, House of Representatives, 1st Congress, 1st Session, June 8, 1789. Washington, DC: Gales and Seaton, 1834. P. 451.

³ Аксаков И.С. Ошибочность взгляда, будто свобода слова несовместна с существующею у нас политической формою правления // День. 1863. № 4 (26 янв.).

⁴ Alexander L. Is Freedom of Expression a Universal right // San Diego Law Review. Vol. 50. 2013. P. 707.

реализации своих сиюминутных политических задач или масштабных идеологических проектов. Поскольку желающих это сделать достаточно много, они мотивированы и обладают значительными ресурсами, вторжение в возможность людей высказываться свободно, без страха попасть под юридические санкции, происходит постоянно.

Демократизация политики вовсе не снимает эту угрозу. Предложения по введению цензуры становятся успешными в том числе благодаря нетерпимости, которая, думается, вполне естественна для людей. Вполне нормально относиться к цензуре равнодушно и даже немного поддерживать её, если ограничиваются взгляды, которые мы не приемлем. Свобода слова заставляет идти наперекор этому инстинкту: судья Оливер Уэнделл Холмс, невольный отец-основатель юриспруденции Верховного суда США по этому вопросу, замечал, что нужно быть неизменно бдительными в отношении попыток ограничить выражение идей, которые мы ненавидим и считаем смерти подобными. Судья обращает внимание на вечность этого противоречия и неестественность, даже нелогичность, следования конституции в этой части.

Проблема свободы слова актуализировалась в современном мире из-за двух совпавших и тесно связанных тенденций. Во-первых, примерно с конца XX века происходит быстрое развитие технологий распространения информации – Интернета и, конкретнее, социальных сетей. Высказываний, то есть самих объектов защиты свободы слова, стало кратно больше. Однако дело не только в количестве: данные высказывания ещё и максимально публичны, их трудно «стереть» и легко найти, задав нужные ключевые слова. Революционные изменения в технологии распространения информации (как правило делающие этот процесс более массовым и дешёвым) всегда привлекали внимание цензоров. Радио и телевидение, печатные станки, а ранее – само письмо⁵, рассматривались как серьёзные угрозы сложившемуся общественному порядку и подвергались

⁵ Сократ в одном из диалогов излагал доводы против письма как разрушающего память и, следовательно, познание. См.: Платон. Диалог «Федр». Пер. С.А. Жебелева / Творения Платона в 15 томах. Том 5. Петербург: Academia, 1922. С. 161.

разнообразным ограничениям. Интернет и социальные сети, разумеется, не стали исключением из этого ряда.

Вторая тенденция, усиливающая актуальность конституционной свободы слова, связана не с объективными факторами, а с интеллектуальным течением, набравшим в наши дни глобальный вес. Постмодернистская система взглядов на реальность, в значительной степени подмывая под себя мировой академический дискурс, проявляет особое внимание к словам и языку, видя в них источник большинства общественных проблем. Поскольку язык якобы формирует социальную реальность, а эта реальность кажется несправедливой, слова – это корень всех зол.

Второе проявляется в России в меньшей степени, однако глубокие проблемы с осознанием того, что такое свобода слова и почему она должна защищаться, остаются. Хотя свобода слова является частью российского права ещё с 19 октября 1905 года, а проблемы цензуры многократно ставились и ранее, до сих пор системной и глубокой научной проработки данная конституционная свобода не получила.

На месте доктрины свободы слова в российской юриспруденции имеется очевидный пробел, причина которого видится в следующем. Хотя кажется, что свобода слова – это старинная идея, «избитая истина»⁶, на самом деле, серьёзное отношение к её защите – относительная новинка. Большая часть научной разработки и прецедентообразующей судебной практики относительно этой свободы в развитых конституционных правовых порядках приходится на XX век, главным образом — на послевоенный период 50-х – 80-х годов. Именно в это время разрозненные соображения о вреде цензуры и преимуществах свободного публичного дискурса стали консолидироваться и наукой, и судами в систему специальных правовых принципов и правил.

Значительная часть этой работы происходила в американской юриспруденции: на эти годы пришлось, в частности, Движение за гражданские

⁶ Аксаков И.С. Там же.

права, а также общественная кампания против войны во Вьетнаме. Новые формы протеста вызвали (старые) попытки его подавления. Ключевые прецеденты, касающиеся общих вопросов защиты свободы слова (применимости её к делу⁷, недопустимости ограничения высказываний на основании содержания⁸) и специальных (клеветы⁹ и подстрекательства к незаконной деятельности¹⁰) были установлены Верховным судом США в этот период, и ответы до сих пор фундаментально не менялись.

Тогда же формировались очертания подхода к свободе слова в европейских странах – в частности, в актах Конституционного суда ФРГ этих лет¹¹ и, чуть позже, Европейского суда по правам человека¹². Таким образом, всё самое важное в мировой юриспруденции, касающейся свободы слова, было определено в указанный тридцатилетний временной промежуток.

Возможности российских юристов по защите свободы слова и её изучению в эти годы были, очевидно, весьма ограничены. Российская наука и практическая юриспруденция подошли к изучению этой темы уже в тот момент, когда на пороге стояло массовое распространение Интернета. Поэтому регулирование и научное осмысление этой новой информационной реальности в России происходило без фундамента традиционной концепции свободы слова. Актуальность настоящего исследования объясняется в том числе и необходимостью некого шага назад, обращения к основам конституционализма, полезного для осмысления новых проблем.

Степень научной разработанности темы диссертационного исследования. В российской науке отсутствует целостная и системная

⁷ Spence v. Washington // 418 U.S. 405 (1974).

⁸ Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972).

⁹ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁰ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

¹¹ BVerfGE 2, 1 - SRP-Verbot, Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 1952 (запрет неонацистской партии SRP); BVerfGE 5, 85 - KPD-Verbot, Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. August 1956 (запрет коммунистической партии); BVerfGE 7, 198 - Lüth-Urteil, Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Januar 1958 (дело Люта: неконституционность запрета призывать к бойкоту режиссера, являвшегося нацистом).

¹² См., напр.: Handyside v. The United Kingdom, judgment of the European Court of Human Rights, 7 December 1976. Application No. 5493/72; The Sunday Times v. The United Kingdom, judgment of the European Court of Human Rights, 26 April 1979. Application No. 6538/74.

концепция конституционной свободы слова. Вместе с тем, отдельные элементы таковой, а также анализ российского законодательства в данной области, можно почерпнуть в диссертационных исследованиях М.А. Дубровиной, Н.В. Кузнецовой, М.Я. Муратова, А.Ю. Прохорова, А.А. Щербовича, А.Б. Эктумаева.

Практически единственными текстами на русском языке, посвящёнными политико-правовым основаниям свободы слова, являются работы дореволюционных мыслителей, в частности – И.С. и К.С. Аксаковых и Н.П. Вишнякова. Хотя эти труды и имеют скорее публицистический или политико-философский характер, в них поднимаются те ценностные вопросы, на которые можно ориентироваться и при анализе конституционно-правовых проблем.

Большого внимания отечественных учёных удостоилась тема так называемых информационных прав – подвижного комплекса институтов конституционного права, связанного с регулированием информации и операций, связанных с ней. Как правило, предполагается, что данные институты или дополняют (право на информацию), или поглощают свободу слова (свобода информации). Этому посвящены работы С.А. Авакьяна, М.В. Алексеевой, И.Л. Бачило, А.В. Кротова, А.В. Малько, Д.Р. Салихова, О.А. Снежко, Л.К. Терещенко и других отечественных исследователей. Кандидатская диссертация С.Н. Шевердяева также исходит из существования системы информационных прав, при этом рассматривает её, по большей части, как повторение традиционной концепции свободы слова.

Значительную разработку также получили конституционные основы деятельности СМИ, свобода прессы (свобода массовой информации). Различные аспекты этой смежной темы отражены в работах Ю.М. Батурина, Н.И. Бусленко, В.Г. Елизарова, А.А. Малиновского, М.А. Федотова, А.Г. Рихтера, С.Н. Шевердяева и В.Г. Шахназаровой.

Из-за недостатка специальных исследований по теме диссертации, в большой степени мы полагались на общие положения российской конституционно-правовой науки касательно прав человека, излагаемые, в том числе, в работах С.А. Авакьяна, К.В. Арановского, Л.Д. Воеводина, А.В.

Должикова, Е.А. Лукашовой, В.В. Маклакова, А.В. Мазурова, Л.А. Нудненко, Б.А. Страшуна, А.А. Троицкой.

В зарубежной литературе разработанность темы значительно выше. Особенно продуктивна в этом плане американская юриспруденция: тематика свободы слова получила отражение, в частности, в работах Э. Бейкера, В. Блази, К. Верхана, Р. Дворкина, Т. Эмерсона, С. Гая, Е. Каган, А. Микльджона, Р. Поста, М. Редиша, Ф. Шауэра, А. Скалиа, К. Санстейна, Д. Стоуна, Л. Трайба, О. Фисса и других. Также в зарубежной науке уже много лет ведётся серьёзная дискуссия об общих принципах ограничения гражданских свобод и прав личности, имеющая большое значение для темы настоящего исследования. Она представлена трудами европейских и американских исследователей, в частности, Р. Алекси, А. Алейникова, Дж. Веббера, Д. Гримма, Р. Познера, Д. Сикмана, С. Цакиракиса.

Помимо количественной составляющей, разработанность темы свободы слова в российской и зарубежной науке различается в следующем качественном аспекте. Работы российских авторов по данной тематике опираются или на общие философские построения, или на конкретный нормативно-правовой материал (законодательство). Практически отсутствует средний уровень абстракции, предполагающий обобщение конкретных норм в правовые институты, формулирование категорий, правил или принципов, относящихся именно к регулированию высказываний. Данная работа пытается положить начало восполнению этого пробела.

Цель диссертационного исследования заключается в теоретическом развитии концепции свободы слова как конституционного права личности, в частности, определении политико-правового основания защиты свободы слова, конкретизации её содержания, уточнении характера интеграции этой свободы в систему конституционных прав и свобод, обосновании необходимости особых правил её ограничения и систематизации таковых.

В рамках указанной цели, перед работой поставлены следующие **задачи**:

– исследование политико-правовых и ценностных оснований (теорий) конституционной свободы слова.

– анализ основных научных и практических (судебных) подходов к определению содержания свободы слова, области её действия.

– систематизация терминологического аппарата конституционно-правовой науки и практики в области регулирования высказываний (коммуникации).

– установление соотношения свободы слова со смежными правами, закреплёнными в конституции или провозглашаемыми в науке и практике, в то числе со свобода массовой информации, свободой информации, правом на информацию.

– уточнение юридической природы свободы слова как запрета определённых государственных действий (негативной свободы), в противоположность позитивной концепции свободы слова как направления для таковых.

– рассмотрение основных подходов к анализу правомерности ограничений свободы слова, выявление и систематизация принципов, подлежащих учёту при таком анализе.

Объектом диссертационного исследования является теоретическая концепция свободы слова как конституционного права личности.

Предметом диссертационного исследования являются конституционно-правовые и международно-правовые нормы, решения органов конституционного контроля, составляющие нормативную основу свободы слова, а также соответствующие положения российской и зарубежной доктрины.

Методологической основой исследования стали как общенаучные, так и частнонаучные методы. Общенаучные методы включали анализ (использован при рассмотрении теорий свободы слова, подходов к определению её содержания), синтез (для объединения соображений различных теоретических подходов к свободе слова в рамках негативной теории этой свободы), конкретизацию (использовался, в частности, при анализе концепции

информационных прав), системный метод (при выявлении места свободы слова в системе конституционных прав).

В числе частнонаучных методов, использованных автором: формально-юридический (догматический), сравнительно-правовой, метод толкования (в частности, аксиологического и телеологического).

Теоретическую основу исследования составили научные положения, тезисы, модели аргументации и выводы, содержащиеся в трудах зарубежных и отечественных правоведов по вопросам системы личных и политических прав и свобод, их пределов и ограничений, а также по специальным вопросам реализации гражданами и иными её носителями свободы слова, соотношения её с иными институтами конституционного права.

В значительной степени, теоретическую основу исследования составили работы американских правоведов. Несмотря на то, что правовая система США обладает значительной спецификой, объем публикаций на тему свободы слова, их разноаспектность и глубина, делают изучение темы невозможным без обращения к этим источникам¹³.

Нормативную основу диссертационного исследования составили:

Конституция Российской Федерации, конституции и хартии прав других государств (США, Федеративная республика Германия, Италия, Канада и другие).

Международные правовые акты, в частности Всеобщая декларация прав человека, Международный пакт о гражданских и политических правах, Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

Эмпирическую базу диссертационного исследования составила обобщённая автором практика национальных и наднациональных судов по вопросам свободы слова. В частности, это акты Конституционных судов РФ,

¹³ В библиотеке Йельского Университета по запросу «свобода слова» (*freedom of speech*) находится 96 411 книг, 598 665 статей, а также 137 095 диссертационных исследований (на апрель 2024 года). По ключевым «свобода самовыражения» (*freedom of expression*), 67 778 книг, 957 161 статей и 301 816 диссертаций. Даже при том, что какая-то часть выдачи, скорее всего, является англоязычными работами неамериканских авторов, эти цифры всё же указывают на значительный уровень разработки данной темы в американской юридической науке.

ФРГ, Южно-Африканской республики, Израиля, Верховного суда США, Верховного суда Канады, а также Европейского суда по правам человека.

Выбор материала предопределён задачами исследования. Научный интерес вызывают, в первую очередь, акты органов конституционного контроля, затронувших проблематику свободу слова в значительном количестве дел. Фрагментарная практика или лаконичные решения, не содержащие подробной мотивировочной части, не представляют ценности для настоящего исследования и не позволяют проводить теоретические обобщения, являющиеся его главной задачей.

Научная новизна диссертационного исследования предопределена постановкой научной проблемы, и заключается в анализе ключевых элементов теоретической концепции свободы слова как конституционного права личности: её политико-правового основания, содержания, места в системе конституционных прав личности.

Впервые на уровне диссертационного исследования подробно рассматриваются основные теоретические подходы к сущности свободы слова как конституционного права личности, приводимые философами права и конституционалистами. Новой для российской науки является негативная теория, основывающая конституционную защиту высказываний на недоверии государству как регулятору именно этого объекта.

В рамках отечественной доктрины впервые анализируются различные теоретические критерии, позволяющие точно определить содержание свободы слова. Также впервые в диссертационном исследовании доказывается, что ключевым фактором для разрешения вопроса о применимости свободы слова к конкретному спору (или ситуации) должен быть мотив законодателя или иного регулятора, а не характеристики самих регулируемых действий. Новизна настоящего исследования определяется в том числе тем, что в научный оборот вводится понятие цензорского мотива государственных действий.

В работе проведён анализ терминологии, используемой в российской науке и практике в связи с концептуализацией свободы слова и смежных прав и свобод.

Установлено соотношение свободы слова со смежными понятиями, используемыми в науке (в частности, свобода информации, право на информацию).

Впервые в диссертационном исследовании проанализирован вопрос о концептуализации свободы слова в качестве позитивной или негативной свободы, который значим для понимания роли государства в её реализации.

Впервые в рамках отечественной доктрины системно изложены и противопоставлены друг другу основные подходы к оценке правомерности ограничений свободы слова, в частности, анализ соразмерности и категориальный анализ. Обоснована необходимость специальных принципов (критериев) оценки правомерности государственных мер, вторгающихся в свободу слова.

Результатом диссертационного исследования является научное обоснование основных составляющих элементов концепции свободы слова как конституционной свободы личности.

На защиту выносятся следующие основные положения и выводы диссертационного исследования, обладающие элементами научной новизны:

1. Основные теории свободы слова (ценностные или политико-правовые обоснования конституционной защиты), выдвигаемые в литературе, рассматривают её как условие или инструмент для реализации более широких ценностей: поиска истины, демократии или автономии личности. Однако более оптимальным путём построения теории является рассмотрение не ценностей, которым свобода слова служит, а рисков, на предотвращение которых она направлена.

Негативная теория свободы слова рассматривает в качестве основания её конституционной защиты недоверие государству в регулировании высказываний. Последнее склонно быть чрезмерным и неэффективным, поскольку оно чаще всего руководствуется не рациональными соображениями о предотвращении реальных негативных последствий высказываний, а

нетерпимостью и своекорыстными интересами законодателей и правоприменителей. Людям также свойственна переоценка вредного воздействия информации на третьих лиц, а именно этот параметр является ключевым для ограничительных мер. Особенности объекта регулирования и человеческой природы приводят к необходимости наделять высказывания особым конституционно-правовым значением.

2. Буквально свобода слова имеет своим объектом «слова», однако она применима не только к словам и не ко всем словам. Наиболее точным критерием, определяющим применимость свободы слова к конкретной ситуации (а значит, и её объект) является мотив регулятора, а не внутренние характеристики действия или явления, на которые направляется регулирование. Такой подход основывается на выделении последствий значения действия, то есть таких, которые зависят от реакции на действие сознания слушателей. Любое регулирование действий, которое основывается на последствиях их значения, затрагивает свободу слова и должно оцениваться соответственно. При этом, не важно, что именно является конкретным объектом регулирования – словесные высказывания, экспрессивное поведение, финансовые операции или форма одежды людей. Всё это является «словами» в конституционном смысле, если законодатель нацелен на их значение.

Определение содержания свободы слова по критериям, присущим самим действиям (коммуникативное намерение и ясность значения) нежелательно для права из-за сложности и непроверяемости подобной оценки. Также в рамках содержания свободы слова остаются такие действия (часто насильственные), которые явно не заслуживают повышенной конституционной защиты. В частности, теракт имеет целью донесение определённого сообщения до неопределённого круга лиц, однако очевидно, что он не должен входить в область действия свободы слова. С применением критерия мотива регулятора эта проблема решается: теракт преследуется из-за общественно-опасных последствий, не связанных со значением.

3. Концепция свободы информации как комплексного института конституционного права, включающего как свободу слова, так и право на доступ к информации (право на информацию), теоретически несостоятельна. Граждане не имеют возможности требовать от каких-либо иных лиц, кроме государственных органов, предоставления информации, кроме небольшого количества случаев, прямо закреплённых в законе. Такое конструирование конституционной защиты (запрещено всё, что прямо не разрешено) указывает на то, что право на информацию не является конституционным правом личности, а описывает, в лучшем случае, набор интересов. Поскольку свобода информации, помимо правомочий, составляющих право на информацию, дублирует свободу слова, от этой концепции также стоит отказаться. Сохранению и анализу, отдельному от свободы слова, подлежит лишь право граждан на получение информации о деятельности государственных органов.

Практическими рисками подобных реформ терминологии является установление качественных требований к информации, представленной в дискурсе (например, её достоверности), а также вверение государству дополнительных полномочий, позволяющих оказывать давление на субъектов информационного обмена (например, интернет-компании).

4. Концептуализация свободы слова как позитивной свободы, направляющей активные государственные действия, ошибочна с теоретической точки зрения и несёт в себе практические риски. Позитивной концепции свойственны четыре черты: целевой характер конституционной защиты, акцент на аудитории как на главном субъекте этой свободы, обязанность государства поддерживать определённые качественные параметры публичного дискурса, распространение свободы слова на действия частных субъектов.

Наибольшую разработку и нормативную базу позитивная концепция свободы слова получила в немецкой юриспруденции. Она происходит из позиций Конституционного суда ФРГ по вопросам регулирования вещательных СМИ: свобода вещания гарантируется не ради вещателей, но для конституционно-значимого процесса формирования личного и общественного

мнения, требующего многообразной информации. Ряд исследователей распространяет эту позицию с вещательных медиа на весь публичный дискурс, приходя к выводу, что все высказывания должны соответствовать сущностным требованиям, подразумеваемым конституцией. Такой подход учёных и судов предполагает отказ от идеологического нейтралитета государства, расширение возможностей государства вмешиваться в дискурс, а также попадание дискурса в Интернет под строгие стандарты, применявшиеся ранее лишь к профессиональным СМИ. В связи с этим он должен быть отклонён.

5. Свобода слова – негативная свобода личности, то есть запрет определённых государственных действий, который не сковывает действия частных лиц. При регулировании информации, государство обязано соблюдать идеологический нейтралитет и не вправе вмешиваться в распределение коммуникативных ресурсов и возможностей, в том числе ради благих целей (разнообразия, достоверности, полноты информации, доступной гражданам). Проблема частной цензуры, служащая для ряда исследователей основанием для отказа от негативной концепции, в значительной степени переоценивается исследователями и законодателями. Риски для публичного дискурса, исходящие от частных корпораций, несопоставимо ниже, чем создаваемые государством, однако именно последнему вверяются дополнительные полномочия при объявлении частной цензуры конституционно-правовой проблемой.

Негативный характер свободы слова, в противоположность целевому, рассматривает её в качестве нормы с открытым результатом. Конституция не устанавливает качественных параметров идеального публичного дискурса, ведь они во многом лишали бы смысла дальнейшее свободное обсуждение. Перед негативной свободой слова стоят исключительно правовые цели – контроль за цензорскими действиями государства, и она не может служить инструментом для преобразования социальной действительности.

6. Анализ пропорциональности (соразмерности), широко используемый в мировом конституционализме для оценки правоограничительных государственных мер, не способен адекватно защитить

свободу слова. Во-первых, данная методология сосредоточена на соотношении меры и цели, тогда как свобода слова предполагает отказ государства от реагирования на определённые типы вреда, в частности, на последствия убеждения и нематериальный вред. Во-вторых, оценка вреда от высказываний склонна быть некорректной (вред переоценивается), что затрудняет проверку пригодности и необходимости правоограничительных мер. Законодателю, кроме того, практически всегда доступно регулирование действий, следующих за высказываниями, а не самих сообщений. Цензура, следовательно, никогда не является наименее ограничительной мерой.

Принцип пропорциональности не учитывает также чувствительность свободы слова к правоприменению. Данный метод аргументации подталкивает законодателя, правоприменителя и конституционный контроль действовать, исходя из обстоятельств конкретной ситуации, и такая ситуативность разрушительна для свободы слова. В напряжённые для общества периоды многократно повышается риск цензуры, не оправданной никаким вредом. Охлаждающий эффект, возникающий из-за неуверенности граждан в конституционной защите, сам по себе ограничивает возможности высказывания. Доверие государственным органам и судам, на котором основана методика пропорциональности, неоправданно в вопросе регулирования высказываний.

7. Для оценки ограничений свободы слова наиболее оптимально дефиниционное (категориальное) взвешивание интересов. Установление баланса интересов, согласно данной методике, происходит на высоком уровне абстрактности и долгосрочно, что отличает данный подход от ситуативного анализа пропорциональности. Первым уровнем категориального анализа является определение общей категории «высказывания», к которой применима свобода слова. На втором уровне формируются подкатегории, для каждой из которых формулируются специальные принципы конституционной оценки.

В зависимости от теории вреда, предполагаемой нормой, выделяются цензорские и нецензорские основания регулирования. Меры, принятые на цензорских основаниях, видят вред в значении высказывания: они обращаются к

последствиям убеждения, нематериальным последствиям, а также гипотетическим отдалённым последствиям. Вред, на который направлены нецензорские меры, заключается в материальных, физических последствиях сообщения, а не в его значении. Регулирование с исключительно цензорскими основаниями, подлежит отмене. Если среди оснований меры есть также нецензорские, государство обязано доказать, что мера является наименее ограничительным способом достижения поставленной (нецензорской) цели.

8. Развитие Интернета не приводит к пересмотру традиционного понимания свободы слова автоматически, и не должно иметь таких последствий. Распространение информации в Интернете не имеет никаких конституционно-значимых отличий от рядовых высказываний. Увеличение объёма, доступности и публичности информации лишь обостряет актуальность недоверия государственному регулированию, на котором основана защита свободы слова.

Государственное регулирование как содержательных, так и инфраструктурных аспектов Интернета должно соответствовать традиционным требованиям: они обязаны быть идеологически нейтральными, руководимыми нецензорскими основаниями, а также определёнными и точно направленными на нецензорскую цель. Хотя Интернет достаточно сложен для регулирования (например, почти невозможно запретить доступ к определённым материалам только для несовершеннолетних), это должно становиться поводом для отказа не от конституционно-значимых стандартов, а от нарушающих их правоограничительных мер.

Теоретическая значимость диссертационного исследования. Вклад в развитие конституционно-правовой науки представлен через разработку в диссертационном исследовании целостной концепции свободы слова как конституционного права личности. Исследование определяет ценностное основание этой свободы, уточняет его содержание и место в системе конституционных прав и свобод. Автор формулирует и обосновывает особые принципы ограничения свободы слова, и проводит систематизацию этих принципов.

Теоретическая проработка указанных аспектов свободы слова способствует устранению фрагментарности и пробелов исследования данной области конституционного права в российской науке.

Практическая значимость диссертационного исследования. Сформулированные в ходе исследования положения концепции свободы слова как конституционного права могут быть использованы в практической деятельности законодательных и исполнительных органов власти, органов конституционного правосудия.

Кроме того, материалы исследования могут быть использованы в учебном процессе в высших учебных заведениях при преподавании курсов конституционного права и других дисциплин, связанных с тематикой работы. Систематизация судебной практики и положений зарубежной доктрины, проведенная автором, может служить основой для обновления учебных программ и методических материалов, проведения дальнейших исследований в данной области.

Степень достоверности. Сформулированные в исследовании выводы и рекомендации логически обоснованы и имеют высокую степень достоверности, что подтверждается следующим. В рамках проведённого исследования проанализирована как зарубежная, так и российская практика конституционного правосудия (более ста девяноста актов органов конституционного контроля, наднациональных судов), относимые к теме положения законодательства различных стран. Использован большой массив доктринальных источников как по специальному вопросу, составляющему тему диссертации, так и по общим вопросам конституционализма и гражданских свобод. Эффективно применён широкий диапазон общенаучных и частнонаучных методов, что позволило всесторонне подойти к изучению проблемы.

Личный вклад автора. Выносимые на защиту результаты получены лично автором.

Апробация результатов исследования. Основные положения и выводы исследования изложены автором в научных публикациях в изданиях,

рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности.

Положения и выводы данного исследования нашли отражение в докладах автора на международных научных конференциях, семинарах. Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Структура работы отражает логику исследования и предопределена предметом исследования, его целью и задачами. Работа состоит из введения, четырёх глав, заключающих в совокупности двенадцати параграфов, заключения и библиографии.

Глава 1. Основные теории свободы слова

Исследование свободы слова, в первую очередь, предполагает определение ее сущности, юридической природы. Как отмечал Л.Д. Воеводин, о природе юридических прав и свобод можно составить достоверное представление, зная, каким интересам они служат¹⁴. Именно исходя из различных интересов, которые выражает свобода слова, были сформулированы её основные теории. Они позволяют наилучшим образом понять суть этого права, а также правильно определить подход к его конституционно-правовому статусу. В настоящей работе рассматриваются четыре подобные теории, наиболее значимые для науки и судебной практики.

§1. Поиск истины как основание свободы слова (классическая теория)

Д.С. Милль наиболее полно излагает классическую теорию свободы слова, которая исходит из следующего¹⁵. Благосостояние общества растёт благодаря накоплению истинных знаний¹⁶. Чем более на поведение людей влияют истинные идеи, тем большего прогресса может добиться человечество¹⁷. Свободный обмен идеями – это важнейшее условие для этого, а цензура, напротив, мешает процессу открытия и накопления знаний. Милль пишет: «Особый порок мер по ограничению высказывания мнений заключается в том, что они обкрадывают все человечество, как настоящие, так и будущие поколения, тех, кто не принимает это мнение, и даже больше – тех, кто его придерживается»¹⁸.

Милль приводит три довода, разъясняющих различные негативные последствия ограничения дискуссии. Во-первых, из-за склонности людей к ошибкам, цензурой неизбежно будет ограничена истина. Предполагая обратное,

¹⁴ Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. Учебное пособие. М., 1997. С. 133

¹⁵ Милль Д.С. О гражданской свободе. Пер. с англ. М.: Книжный дом «Либроком». 2012.

¹⁶ М.В. Баглай высказывает схожую идею, что информированность всего общества и каждого конкретного его члена – это важнейшее условие для экономического и культурного развития. Баглай, М. В. Конституционное право Российской Федерации: учеб. для вузов. М.: Норма, 2007. С. 241.

¹⁷ Милль Д.С. Указ. соч. С. 48.

¹⁸ Mill J. S. On Liberty, Utilitarianism and other essays / ed. M. Philp, F. Rosen. Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 23.

мы считаем, что цензоры непогрешимы, и могут безошибочно определить, что правильно. Философ допускает, что акты цензуры часто руководствуются благим намерением, желанием снизить распространённость ложных идей. Однако претворить это в жизнь людям не под силу. Все могут совершать ошибки (*errarum humanum est*). В каждый конкретный момент суждения выносятся в условиях недостатка информации. Мир меняется, предоставляет новые данные, поэтому, даже с совершенными инструментами, установление истины – это стрельба по движущейся мишени. Ситуация усугубляется тем, что мыслительные процессы цензоров, как и всех людей, неидеальны. В них вмешиваются когнитивные искажения, эмоции, личные интересы и предрасположенности.

Склонность людей к ошибкам и её конкретные аспекты (когнитивные искажения) была исчерпывающе изучена наукой уже после Д.С. Милля¹⁹. Однако и без этого данное наблюдение автора находит множество подтверждений в истории. Дореволюционный русский публицист И.С. Аксаков отмечает: «Долгий русский опыт свидетельствует, что все когда-либо принимавшиеся у нас полицейские или цензурные меры не только не достигали цели, но ... были только помехой для успешного противодействия злу, для насаждения и утверждения в обществе оздоравливающих, спасительных воззрений»²⁰. Представляется, что этот опыт не исключительно русский, но универсальный. Человеческими усилиями (как и силами государственных органов, управляемых людьми) невозможно осуществлять цензуру так, что будут ограничены только ложные суждения.

Во-вторых, даже если предположить, что ограничиваются действительно только неверные суждения, у этого есть отдельные негативные последствия. Альтернативные точки зрения важны, даже если они ошибочны. Милль видит социальную ценность не столько в открытии истинных знаний, сколько в том,

¹⁹ Kahneman D. Thinking, Fast and Slow. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

²⁰ Аксаков И.С. Не есть ли вредная сторона печати необходимое зло, которое приходится терпеть ради ее полезной стороны? // Русь. 1882. № 36. С. 2.

что они влияют на действия людей. В условиях цензуры и безальтернативности истинное представление вырождается в догму, поскольку люди перестают понимать, на каких аргументах оно основано. Иметь истинное убеждение означает, в том числе, понимать иные точки зрения и уметь их опровергнуть.

Понимание никогда не является полным, так что продвинуться к нему можно только через столкновение противоположных мнений. Познание, как указывает Милль, представляет собой процесс комбинирования и согласования противоположностей, то есть идей, которые невозможно получить из одного источника²¹. Ни одна идея не должна признаваться неоспоримой, потому что в истории развития знания предсказуемы сюрпризы. Огромные пласты новых открытий были сделаны в рамках опровержения тезисов, в истинности которых почти никто не сомневался (например, Коперником или Эйнштейном). Общественное и научное развитие происходит путём выдвижения предположений и их развенчания²², у него нет некой конечной точки, тем более определяемой государством.

Наконец, в-третьих, Милль рассматривает ситуацию, что ограниченная идея была ложной лишь частично, но также содержала и долю истины. Такая опция в реальной жизни, скорее всего, является самой распространённой. Тем более прискорбно, что в этом случае последствия, рассмотренные в первых двух доводах, действуют в комбинации. С одной стороны, общество теряет истинную часть идеи. С другой, оно погружается в интеллектуальную летаргию, не имея необходимости оспаривать заблуждения и не встречаясь с ними.

Рассуждения, аналогичные описанной позиции Милля, многократно приводились и до него. Аристотель в «Риторике» утверждал, что «всегда истина и то, что лучше, по природе вещей более поддается умозаключениям и, так сказать, обладает большей силой убедительности»²³. Джон Мильтон писал: «... кто знает хоть один случай, когда бы истина была побеждена в свободной и

²¹ В качестве примера Милль приводит этику христианства, со временем скорректированную нерелигиозными идеями. См.: Mill J.S. Op. cit. P. 35, 49.

²² Popper K. Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge. New York, 2002.

²³ Аристотель. Риторика. Книга I. Глава I. // URL: <http://www.lib.ru>

открытой борьбе? Её правое слово — лучший и вернейший способ победы над ложью»²⁴. Кроме того, аргументацию Милля восприняло (насколько мы можем судить) достаточно большое количество мыслителей по всему миру. Например, на роль свободы слова в постижении обществом истины указывал гласный Московской городской Думы в 1873-1892 годах Н.П. Вишняков, справедливо отмечая, что лишь ложь нуждается во мраке, создаваемом цензурой²⁵. Позиция Милля также встречается в современных судебных актах. Действующий судья Верховного суда США А. Кеннеди пишет: «Для отстаивания истины не нужны ни наручники, ни награды»²⁶.

В юриспруденцию теория Милля была внесена американским судьёй Оливером Холмсом, хотя и в несколько изменённом виде. Приводимый фрагмент его особого мнения стал одним из самых наиболее часто цитируемых текстов американской юриспруденции и базой для современного понимания свободы слова в конституционном праве США и других стран. Судья пишет: «Когда люди осознают, что время сокрушило многие воинствующие верования, оно может поверить, даже больше, чем в самые основания своих действий, что истинному достижению искомого высшего блага лучше всего способствует *свободная торговля идеями*; что истина — это единственное основание для безопасной реализации желаний [человечества]»²⁷. Образ свободной торговли или рынка идей (*marketplace of ideas*), приводимый Холмсом, может быть истолкован по-разному. С одной стороны, судья мог иметь в виду, что свободный обмен идеями, как и свободный обмен товарами, приводит к наилучшим результатам. Рынки — это самоорганизующийся механизм, победителя на которых наилучшим образом определяют потребители²⁸. Государственное вмешательство в эту систему, которое искажает волеизъявление людей и

²⁴ Milton, J. *Areopagetica and other writings*. New York, 2016. P. 45

²⁵ Вишняков, Н.П. Пять свобод: свобода личности, свобода совести, свобода слова, свобода союзов, свобода собраний. С.-Петербург, 1906. С. 12.

²⁶ *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012)

²⁷ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)

²⁸ Такая трактовка отстаивается Д. Стоуном и Р. Познером. См.: Stone G. Ronald Coase's First Amendment // *The Journal of Law and Economics*. 2011. Vol. 54, S4. Pp. 367-382; Posner R.A. *Free Speech in an Economic Perspective* // *Suffolk University Law Review*. 1986. Vol. 20. P. 1.

ценовые сигналы, контрпродуктивно и опасно как в экономике²⁹, так и в сфере идей.

Однако аналогия между рынком идей и рынком товаров проблематична. Для того, чтобы быть надёжной основой свободы слова, экономическая теория должна предполагать, что конечный результат работы рынка – это большее количество качественных продуктов (истинных идей). Это не так. Экономическая наука не делает никаких предположений относительно качества товара, поддержанного рынком. Этот механизм лишь позволяет потребителям получить по оптимальным ценам то, что они хотят. Чтобы рынок идей систематически поддерживал истинные суждения, необходимо, чтобы истинность была самой значимой характеристикой идей для потребителей. Другими словами, мы должны считать, что люди выбирают свои убеждения, руководствуясь, в первую очередь, их истинностью. Эмпирические исследования опровергают это: как основные факторы выбора указываются, например, харизма и общественное положение спикера³⁰, форма представления и соответствие идеи ранее сформированным представлениям большинства граждан³¹.

Ещё одно направление критики Милля и Холмса – это их опора на существование объективной истины. Многие мыслители говорят о невозможности ее отыскания или о ее относительности³². Однако даже релятивизм не является сокрушительным для теории свободы слова. Акцент, с учётом этого довода, смещается на *процесс* поиска истины. Некоторые исследователи считают, что этот процесс полезен сам по себе, поскольку закаляет в людях качества, которые обеспечивают нормальное

²⁹ Ф. Хайек считал преимуществом свободного рынка как раз эффективность механизма накопления информации и предоставления её для изучения экономическими агентами. См.: Хайек Ф. Индивидуализм и экономический порядок. М.: Социум. 2016.

³⁰ Спикером здесь и далее в работе будет называться любой субъект, который высказывается устно, письменно или с помощью экспрессивных действий.

³¹ Schauer F. Reflections on the Value of Truth // Case Western Reserve Law Review. 1990. Vol. 41. P. 699.

³² Ingber S. The marketplace of ideas: a legitimizing myth // Duke Law Journal. 1984. P. 5; Baker C.E. Scope of the First Amendment Freedom of Speech // UCLA Law Review. 1978. Vol. 25. Pp. 965-66.

функционирование общества³³. Открытость миру и готовность поменять свои убеждения под давлением фактов, умение вести диалог, терпимость, в противоположность моральному абсолютизму и узколобости, создают в обществе здоровую атмосферу и приводят к его процветанию³⁴.

Теория свободы слова, основанная на рынке идей или отыскании истины, не является правовой. Сама истина или процесс её открытия, не являются конституционными ценностями, поскольку не обязательно имеют отношение к взаимоотношениям государства и граждан. Кроме того, Миллем и его последователями не учитывается множество нюансов, которые позволили бы использовать теорию как правовую. Например, все ли действия, которые совершаются ради постижения истины, попадают под защиту свободы слова? Очевидно, что не все: например, эксперименты над людьми или животными, совершение преступления для проверки некой философской теории не защищаются конституцией. Предлагаемый же Холмсом в цитированном особом мнении стандарт рассмотрения дел о подстрекательстве (предотвращаемая угроза вреда должна быть непреодолимой), безусловно является правовым, но не вытекает из теории поиска истины, а скорее лишь соседствует с ней в одном тексте³⁵.

Выстроенное Миллем обоснование свободы слова оказалось убедительным, скорее всего, поскольку оно основано на эмпирически верных и интуитивно доступных утверждениях. Истина, в большинстве случаев, действительно выигрывает в открытом сражении, пусть не сразу, но в сколько-нибудь долгосрочной перспективе. Но главное, что цензура однозначно имеет обратный эффект: она множит ошибки. Это неудивительно, поскольку запрос на подавление дискуссии чаще всего выражает неуверенность носителей (или защитников) взглядов в своей позиции.

³³ Marshall W.P. In Defense of the Search for Truth as a First Amendment Justification // Georgia Law Review. 1995. Vol. 30. P. 3-4.

³⁴ Локк, Дж. Сочинения в трех томах: Т. 3. М.: Мысль, 1988. С.124

³⁵ Подробнее про содержание данного особого мнения см.: Кульнев А.С. Свобода слова и потенциальный вред от высказываний в праве США: исторический путь и современные // Сравнительное конституционное обозрение. № 3. 2024. С. 43-68.

Важно и то, что процитированные тексты Холмса и Милля являются образцовыми в смысле эффективной полемики. С точки зрения убедительности риторики, с данными трудами не может соперничать ни одна из рассматриваемых ниже теорий. Однако ни риторическое мастерство авторов, ни их эмпирическая правота, не означают, что перед нами целостная теория свободы слова. Наблюдения и тезисы данных мыслителей о контрпродуктивности цензуры могут быть использованы в рамках иных теорий свободы слова, поэтому мы вернёмся к ним ниже.

§2. Демократия как основание свободы слова (коллективистская теория)

Демократическая теория свободы слова объясняет важность свободы слова той ролью, которую она играет в обеспечении участия граждан в управлении государством. Какова роль высказываний в демократии? По мнению одних авторов, представленность в дискурсе различных точек зрения на общественно-важные вопросы обеспечивает легитимность демократических процедур. Общеобязательные решения (в первую очередь, законы), будут исполняться скорее, если до принятия они были надлежащим образом обсуждены. И.С. Аксаков называл свободу слова условием «прививания» законов к общественной жизни³⁶. Другие теоретики утверждают, что широкое и информированное обсуждение вопроса приводит к лучшим (более обоснованным, рациональным, верным) итоговым решениям.

Хотя демократическое принятие решений не ограничивается политической сферой, она широко признана наиболее значимой³⁷. В рамках управления государством принимаются решения по вопросам, которые наиболее

³⁶ Аксаков И.С. Ошибочность взгляда, будто свобода слова несовместна с существующею у нас политической формою правления // «День», № 4, 1863.

³⁷ BeVier L.R. The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle // Stanford Law Review. 1978. Vol. 30, No. 2. Pp. 299–358; Verpeaux M. Liberté d'expression et discours politique // Annuaire International de Justice Constitutionnelle. 2008. Vol. 23, No. 2007. Pp. 235-249; Zines L. et al. Freedom of Speech and Representative Government // In Freedom of Expression and Freedom of Information: Essays in Honour of Sir David Williams. Oxford University Press, 2000. P. 50; Hillgruber C. Die Meinungsfreiheit als Grundrecht der Demokratie: Der Schutz des demokratischen Resonanzbodens in der Rechtsprechung des BVerfG // JuristenZeitung. 2016. Vol. 71, No. 10. S. 495–501.

важны для всего общества. Кроме того, именно эти решения, как правило, являются общеобязательными и, при необходимости, могут быть приведены в жизнь принудительно. Также в политической сфере наиболее высоки риски чрезмерного вмешательства государства в дискурс³⁸.

Любое государство, но в первую очередь демократическое, в какой-то мере заинтересовано в свободном выражении мнений, поскольку таким образом оно получает от граждан обратную связь. Именно необходимостью такого рода взаимной коммуникации М.С. Горбачёв объяснял введение политики гласности в 1980-е годы³⁹. Без свободы высказываний партийное руководство не могло понимать, какие проблемы возникают «на местах» и реально волнуют граждан⁴⁰. Аналогичное мнение высказывает и М.А. Федотов, утверждая, что свобода слова и печати выгодна, в долгосрочном плане, для государственных властей⁴¹. Ограничивая поступающую к себе информацию, должностные лица рискуют неправильно оценить запросы народа и, соответственно, некорректно или запоздало на них отреагировать⁴². Такая точка зрения, хоть она и перемещает на сторону свободы бремя доказывания своей полезности, представляется верной.

Главный тезис, который объединяет сторонников различных версий демократической теории, заключается в том, что свобода слова подлежит защите не как индивидуальное право личности, но в качестве инструмента для обеспечения демократии. Этим обусловлено и собирательное название – коллективистская теория, ведь первично не личное самовыражение, а процесс коллективного принятия решений⁴³. Значимостью наделяется не акт

³⁸ Это, однако, не имеет прямого отношения к ценности политических высказываний, и скорее является доводом в пользу негативной теории свободы слова, основанной на недоверии правительству.

³⁹ Горбачев, М.С. Жизнь и реформы. Книга 1. М.: Издательство «Новости», 1995. С. 314

⁴⁰ Так обосновывались попытки советских правоведов этого периода отстоять усеченный вариант свободы слова – право советских граждан на критику. См.: Кузнецова Н.В. Право граждан СССР на критику (теоретические вопросы). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982.

⁴¹ Федотов М.А. Закон СССР о печати как юридическое чудо // Новое литературное обозрение. №83, 2007.

⁴² Ф. Хайек убедительно доказал, что именно незадействованность индивидуальных знаний объясняет неэффективность централизованных экономических и политических систем. См.: Хайек, Ф. Использование знания в обществе // Индивидуализм и экономический порядок. Пер. с англ. О.А. Дмитриевой. Челябинск: Социум, 2011.

⁴³ Такой термин применяет к этой теории свободы слова Роберт Пост. См.: Post R. Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse // University of Colorado Law Review. 1993. Vol. 64. P. 1109.

высказывания как таковой, а тот факт, что публика восприняла передаваемую информацию. Субъект свободы слова – это не высказывающийся, а аудитория. Этой целью свободы слова предопределено и то, что высказывания могут считаться более и менее ценными в зависимости от их содержания.

Демократическая теория, в мировом масштабе, является самым распространённым подходом к свободе слова. Это можно заметить как по классификации свободы слова теоретиками, так и по законодательству и судебной практике. В отечественной юридической науке свобода слова, чаще всего, рассматривается как политическое право личности. Такую позицию занимают, в частности, С.А. Авакьян⁴⁴, Л.А. Нудненко⁴⁵ и Е.А. Лукашева⁴⁶. Это показывает, что свобода слова рассматривается, в первую очередь, применительно к обсуждению политических, общественно-значимых вопросов, а не к духовной жизни человека целиком (как, например, свобода совести). В других европейских странах примат демократической теории поддерживается, в том числе, практикой ЕСПЧ и других органов Совета Европы⁴⁷. Аналогична ситуация и в других мировых регионах⁴⁸.

На этом общем фоне выделяются США. Хотя демократическая теория не играет там ключевой роли, американская юридическая мысль дала ей наиболее глубокую разработку⁴⁹. В работах американских авторов, которые рассматриваются далее, свобода слова рассматривается через призму

⁴⁴ Авакьян С.А. Конституционное право России. Учебный курс. Том 1. М.: Норма, 2014. Он же объясняет значимость свободы общественного мнения тем, что без нее «демократии и республиканской формы правления быть не может». См.: Авакьян, С. А. Свобода общественного мнения и конституционно-правовые гарантии ее осуществления // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 1. С.12-21

⁴⁵ Нудненко Л.А. Конституционные права и свободы личности в России. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2009.

⁴⁶ Лукашева Е.А. Права человека: Учебник. М.: Норма, 2011.

⁴⁷ Cassese S. et al. ELI Report on Freedom of Expression as a Common Constitutional Tradition in Europe. European Law Institute, 2022. P. 8; §1, PACE Resolution 2381. CDLPI(2020)008 of 07 July 2020. // Venice Commission's compilation concerning freedom of expression and media. 2021.

⁴⁸ Решение Верховного суда Аргентины по делу *Cristina Fernandez v. Eduardo Feinmann*. 29.04.2021. EXPTE. № 88115/2016. § III.; Решение Конституционного суда Зимбабве по делу *Madanhire et all. v Attorney General CCZ 2/14*; Решение Верховного суда ЮАР: *Hoho v The State* [2008] ZASCA 98, § 29; решение Конституционного Суда Грузии от 11 апреля 2012 года №1/1/468 по делу «Народный Защитник Грузии против Парламента Грузии», II-26; Решение Высокого суда Кералы (Индия) по делу *S. Sudin Vs The Union of India* от 29.10.2014. AIR 2015 Ker 49. § 24.

⁴⁹ В этом нет ничего удивительного: европейским ученым нет никакого смысла подробно разрабатывать теорию, если она не встречает никакого противодействия. Из критики, а не воспеания, доминирующего подхода к правовой проблеме чаще всего рождаются самые продуманные и потому интересные для рассмотрения доводы.

гражданско-республиканской политической философии⁵⁰. Одним из первых исследователей, изложивших целостную и подробную теорию о том, что принцип демократического самоуправления – это главное основание свободы слова, был американский философ Александр Микльджон⁵¹. Он считал, что свобода слова естественным образом следует из принципа народного самоуправления (*self-governance*, народного суверенитета). Применяя цензуру, государство прекращает быть следствием воли народа, а становится активным субъектом её формирования.

Разбирающиеся в политике избиратели, по мнению ученого, – это залог принятия разумных и мудрых государственных решений. Основная цель конституционной гарантии свободы слова заключается в том, чтобы обеспечить информированность граждан в политических вопросах⁵². Микльджон ставит акцент не на личном самовыражении, а на процессе принятия решений коллективом: «Наиболее важно не то, что все высказались, а что было сказано все, что важно услышать»⁵³.

Идеальной моделью свободного обмена идеями Микльджон считает местный сход граждан. Своей упорядоченностью и сосредоточенностью на единой цели этот формат выгодно отличается от «беспорядочной болтовни», которую можно наблюдать в Гайд-Парке. Поэтому Микльджон делает вывод, что допустимы процедурные ограничения публичного дискурса, но не те, которые накладываются, исходя из содержания выступлений. Как отмечает Микльджон, если выступающий отклоняется от темы, оскорбляет присутствующих или в другой форме угрожает достижению цели схода, он может быть призван к порядку или выпровожен. Публичный дискурс в

⁵⁰ На всякий случай уточним, что термин «республиканизм», который используется в данной работе, никак не связан с Республиканской партией США (гражданские республиканцы – скорее сторонники Демократической партии). Республиканизм – это ветвь политической философии, рассматривающая управление государством как общее дело всех граждан. Эту политическую философию можно обнаружить в работах Н. Макиавелли и некоторых американских отцов-основателей, а ранее – древнеримских и древнегреческих мыслителей. См.: Петтит Ф. Республиканизм. Теория свободы и государственного правления. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.

⁵¹ Meiklejohn A. Free Speech and Its Relation to Self-Government. New York, 1948.

⁵² Ibid. P. 89.

⁵³ Ibid. P. 25.

демократическом государстве, по мнению Микльджона, – это масштабированная версия местного схода, на котором за государством остаётся роль модератора, не вмешивающегося в содержание сказанного, но следящего за порядком.

Теорию, связывающую свободу слова и демократию, развивают современные исследователи. Главной точкой соприкосновения данных современных авторов и Микльджона является то, что они считают первичным не личное самовыражение, а тот эффект, который оно будет иметь для общественного блага (демократической системы). О. Фисс, например, пишет: «Выражение мнения защищается только тогда, когда оно полезно для обсуждения, и только по этой причине...»⁵⁴. Аналогично высказывается и К. Санстейн, самый авторитетный и цитируемый автор данной школы⁵⁵. Вместе с тем, различия между Микльджоном и современными коллективистами важнее, чем сходства.

Современные гражданские республиканцы видят демократию не просто процедурой реализации запросов граждан, но некоторой трансформирующей силой. Демократическая система предполагает не просто выражение частных, эгоистичных интересов граждан, но коллективное обсуждение проблем с точки зрения общего блага. То есть публичный дискурс должен не отражать, а влиять на предпочтения (мысли) граждан, делать их мышление не эгоцентричным, а гражданственным⁵⁶.

К сущностно правильным ответам на социальные вопросы приводит лишь дискурс, выстроенный правильным образом. К. Санстейн называет следующие черты такого: адекватное количество информации; политическое равенство; отсутствие стратегического манипулирования информацией, процессом или результатами дискурса; общее намерение достичь «правильных ответов», а не продвигать личные интересы⁵⁷. Примерно такие же условия идеального

⁵⁴ Fiss O. The Irony of Free Speech. Cambridge, 1996. P. 15

⁵⁵ Sunstein C. Democracy and the Problem of Free Speech. New York: The Free Press, 1993. P. xviii.

⁵⁶ Ibid. P. 19.

⁵⁷ Ibid.

информационного обмена называют правовед О. Фисс⁵⁸ и философ Ю. Хабермас⁵⁹.

Современный процесс обсуждения общественно-значимых вопросов, с точки зрения теоретиков, указанным критериям не соответствует. Вовлеченность граждан в обсуждение и решение общих проблем слишком низка, а отношение к политическому процессу – слишком циничное. Платформу получают только те идеи, которые поддерживаются политическими элитами, состоятельными бизнесменами и влиятельными медиа-менеджерами. Именно эти группы интересов (истеблишмент) и формируют общественную повестку, в ущерб разнообразным меньшинствам. Главными врагами гражданственности в современном мире республиканцы называют медиа-монополии⁶⁰, а также группы интересов (фракции) и их представителей⁶¹. Разделение цензуры на частную и государственную не является значимым, потому что нет никаких причин считать, что государство «испортит» публичный дискурс в большей степени, чем частные субъекты⁶².

Довод о том, что невовлеченность множества граждан в политику — результат их сознательного выбора, республиканцы отмечают. Для них сама такая возможность немыслима, ведь частные предпочтения граждан искажены сформировавшейся социальной структурой⁶³. Люди могут думать, что они хотят смотреть развлекательные материалы, но на самом деле этот выбор навязан медиакорпорациями. Таким образом, автономия личности в том смысле, в котором её понимают либеральные философы – это миф, которым можно пренебречь⁶⁴.

⁵⁸ Fiss O. *Liberalism Divided: Freedom Of Speech And The Many Uses Of State Power*. Cambridge, 1996. P. 38.

⁵⁹ Примерно такие условия Хабермас описывает как «идеальную речевую ситуацию». См.: Habermas J. *Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification // Moral Consciousness and Communicative Action*. Trans. C. Lenhart and S.W. Nicholson. MIT Press, 1990. Pp. 43-115.

⁶⁰ Post R. *Op. cit.* P. 1109.

⁶¹ З. Тичаут, например, полагает неправомерным (и подлежащим ограничению) влияние частных лиц на государственные решения, руководствуясь не общественными, а личными интересами. См.: Teachout Z. *The Anti-Corruption Principle // Cornell Law Review*. 2008. Vol. 94. P. 341.

⁶² Fiss O. *Liberalism Divided*. P. 39. Подробнее про это см. стр. 138 данной работы.

⁶³ Gey S. *Unfortunate Revival of Civic Republicanism // University of Pennsylvania Law Review*. 1992. Vol. 141. P. 822.

⁶⁴ Sunstein C. *Preferences and Politics // Philosophy & Public Affairs*. 1991. P. 28.

Часть вины за неудовлетворительное состояние дискурса возлагается американскими исследователями и на Верховный суд США (далее – ВС США), который полагается на неверное (по мнению данных теоретиков) толкование свободы слова лишь как запрета государственных действий. Суд также понимает свободу слова слишком широко, в связи с чем конституционную защиту высказывания, не столь ценные для демократии, а порой и вредные для неё. В частности, это так называемые коммерческие высказывания⁶⁵, финансирование избирательных кампаний, язык ненависти и порнография. Однако основной претензией указанных теоретиков к господствующей доктрине является не распространение гарантий свободы слова на незначимые высказывания, а то, что государство делает недостаточно для обеспечения правильных условий дискурса. Бездействие, руководимое принципом государственного идеологического нейтралитета, лишь укрепляет господствующие социальные иерархии. Отказываясь от вмешательства в дискурс, государство понимает, что победят несправедливые, уже сформированные идеи. Значит оно одобряет такой результат.

Гражданско-республиканские теоретики, таким образом, считают государственное вмешательство в рынок идей допустимым и даже желательным, в зависимости от его конкретной формы и целей⁶⁶. Оно необходимо, в частности, для «укрепления народного суверенитета»⁶⁷, обеспечения разнообразия представленных в дискурсе точек зрения и вдумчивого отношения граждан к общественно-значимым вопросам⁶⁸. Согласно О. Фиссу, государству отведена роль «уравновешенного парламентария», обеспечивающего представленность в дискурсе всех точек⁶⁹. Без действий такого арбитра, общество оказывается

⁶⁵ Коммерческие высказывания (*commercial speech*) – это коммуникация, нацеленная в первую очередь на реализацию коммерческих интересов спикера. Как правило, это реклама или иные материалы, создаваемые для продвижения товаров или услуг. К регулированию подобных высказываний, согласно позиции ВС США, также применима Первая поправка (напр.: *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980)).

⁶⁶ Fiss O. *The Irony of Free Speech*. Cambridge, 1996. P. 15, 83; Sunstein C. *Democracy and the Problem of Free Speech*. P. 17–52.

⁶⁷ Sunstein C. *Ibid.* P. xviii–xix

⁶⁸ Fiss O. *Liberalism Divided*. P. 38

⁶⁹ Fiss O. *The Irony of Free Speech*. P. 21.

разделенным заранее сформированными предпочтениями и не может решать проблемы, руководствуясь единым пониманием общего блага⁷⁰.

Среди конкретных мер, предлагаемых данными авторами, можно назвать, например, запрет порнографии и «языка ненависти» (они «заглушают» точки зрения женщин и меньшинств, а также усиливают искажение предпочтений граждан, укрепляя в них вредные стереотипы⁷¹), уравнивание представленности различных точек зрения в медиа⁷², а также преследование фейковых новостей, угрожающих демократическому процессу⁷³.

Различия между классическим гражданским республиканизмом и современным можно условно описать как разницу между популизмом и перфекционизмом. У Микльджона демократический *процесс* сам по себе является ценностью. Поскольку государство подотчетно народу, оно не имеет права вмешиваться в содержание высказываний людей, но может вводить процедурные правила. Программа же современных гражданских республиканцев более амбициозна, поскольку определяющим для них является *результат* демократического процесса. Они считают, что, с помощью определенным образом выстроенного дискурса, можно добиться качественно лучших общественно-политических решений. Благодаря коллективному обсуждению, личные предпочтения граждан меняются на те, которые более правильны в сущностном смысле. По Микльджону, демократический процесс должен давать людям то, чего они хотят. Современные же авторы планируют, что общество получит правильные решения, о которых граждане пока даже не догадываются: свои истинные предпочтения они выяснят в процессе участия в публичном дискурсе.

Перед тем, как перейти к критике данных теорий, обратим внимание на значительные различия в политическом контексте, в котором формулировались

⁷⁰ Sunstein C. #Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media. Princeton, 2018.

⁷¹ Fiss O. The Irony of Free Speech. P. 19.

⁷² Подобная политика действовала в вещательных медиа США до 1980-х годов. Об этом комплексе мер и доводах К. Санстейна в её пользу подробно см. стр. 147 настоящей работы.

⁷³ Goldman A., Baker D. Free Speech, Fake News, and Democracy // First Amendment Law Review. Vol. 18. 2019. P. 66.

различные версии коллективистской теории. Микльджона волновала излишняя государственная цензура периода Маккартизма: именно чиновникам, ведущим охоту на ведьм и американскому обществу того времени он обращал фразу «Бояться идей – значит быть неготовым к самоуправлению»⁷⁴. Современные работы написаны в условиях практически полного отсутствия у американского правительства возможностей ограничивать свободу слова. Поскольку изменились проблемы, различаются и предлагаемые подходы к их решению.

Среди сильных сторон коллективистской теории можно назвать то, что она опирается на ценность, значимость которой признается (хотя бы декларативно) практически во всех конституционных порядках – на демократию⁷⁵. С этой же ценностью привыкли работать высшие суды. В том числе поэтому А. Микльджон стал одним из первых теоретиков свободы слова, серьёзно повлиявших на судебную практику. Позиция ВС США в ключевом деле *The New York Times v. Sullivan* основана на его теории, хотя его работы и не цитируются в решении⁷⁶.

Ещё одним возможным преимуществом теории является её конкретность. Внимание в ней фокусируется на ядре свободы слова – высказываниях по политическим вопросам. Гражданский республиканизм конкретизирует свободу слова, вписывает её в структуру институтов коллективного принятия гражданами решений. Это даёт возможность посмотреть на данную свободу системно и выделить те сферы, где можно приложить некоторые государственные усилия. Вероятно, именно поэтому данная теория обрела известную популярность: у учёных появляется возможность дать конкретные рекомендации законодателям и чиновникам исполнительной власти, а не просто призвать их к невмешательству.

⁷⁴ Meiklejohn A. Op. cit. P. 29.

⁷⁵ Естественно, это становится возможным, поскольку различные политические субъекты декларируют приверженность демократии, определяя ее по-разному. Общего между народной коммунистической демократией и либеральной куда меньше, чем различий.

⁷⁶ Сам Микльджон назвал данное решение 1964 года «поводом танцевать на улицах». Автор же судебного акта, У. Бреннан, год спустя написал статью о трактовке Первой поправки ВС США в духе Микльджона. См.: Brennan W. The Supreme Court and The Meiklejohn Interpretation Of The First Amendment // Harvard Law Review. Vol. 79. 1965. P. 1.

Несмотря на обозначенные преимущества и популярность данного направления мысли, коллективистская теория свободы слова заслуженно подвергается серьёзной критике. Некоторые замечания относятся к обеим «ветвям» гражданско-республиканской теории, тогда как другие – исключительно к современной. Доводы, указанные ниже, относятся скорее к первому типу, поскольку конкретные предложения современной коллективистской теории рассматриваются и оцениваются в других частях работы⁷⁷. Выделим пять проблемных моментов данных подходов.

1. Понятие политических высказываний. Демократическая теория предполагает, что под защиту свободы слова попадают только высказывания по вопросам, влияющим на демократический процесс самоуправления (политические высказывания). Определить, что является таковыми, казалось бы, достаточно просто. Это то, что относится к государственной политике, внутренней и внешней, или к государственному управлению. Однако далее выясняется, что деятельность государства в современном мире затрагивает практически все сферы жизни людей, так что любая тема является в какой-то степени политической. Кроме того, категория политического, в любом случае, не статична. То, что не находится на публичной повестке дня сегодня, уже завтра может попасть в неё.

Само по себе исключение неполитических вопросов из области конституционной защиты представляется спорным, ведь политика составляет лишь малую часть человеческой жизни⁷⁸. Кроме того, гражданские качества культивируются не только при обсуждении политической повестки дня. Честность, сострадание, понимание справедливости или трудовой этики формируются не только из просмотра новостных выпусков или их обсуждения.

⁷⁷ Связанная с современной коллективистской теорией концептуализация свободы слова как позитивной свободы, подробно анализируется в главе 3 работы.

⁷⁸ Shiffrin S. A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech // Constitutional Commentary. 2011. Vol. 27. P. 295.

В этом могут играть свою роль художественные произведения⁷⁹, научные труды⁸⁰ и тому подобные материалы, которые трудно отнести к политическим⁸¹.

С Микльджоном можно согласиться в том, что ограничения политических высказываний должны вызывать наибольшую озабоченность (они наиболее распространены), но это не повод исчерпывать ими содержание свободы слова. Хотя стратегически подход автора понятен – он хотел сохранить сердцевину свободы слова максимально недоступной для государственного вмешательства, теоретически обоснованным он от этого не становится.

2. Аналогия с местным сходом. Аналогия между местным сходом и публичным дискурсом, которую проводит Микльджон, некорректна. Автор определял местный сход как «группу свободных и равных людей, взаимодействующих *ради единой цели*, используя для этого *ответственную и упорядоченную дискуссию*» (курсив - мой. А.К.). В этом определении видны те характеристики, которыми современный дискурс обладать не может. Во-первых, это целенаправленность. У местного схода есть чёткая цель, которую понимают примерно едино все его участники: принять решение по некоторому набору общих вопросов. Но у демократического политического процесса такой цели нет. Вполне нормальна ситуация, когда граждане различно понимают предназначение политики или вообще отказываются в ней участвовать.

Во-вторых, в демократическом государстве не может быть консенсуса относительно единой повестки дня или правил ведения дискуссии. Каждый гражданин имеет свои интересы и, соответственно, взгляды на то, что является общественно-значимым. Для кого-то это национальная безопасность, территориальная целостность, для других – гражданские свободы,

⁷⁹ Как пишет З. Чефи, произведения Шекспира и Уайтхеда, пусть они и не связаны напрямую с предстоящими выборами, могут оказаться полезными избирателю при принятии решения. Chafee Z. Review of Free Speech: And Its Relation to Self-Government // Harvard Law Review. 1949. Vol. 62, No. 5. P. 900.

⁸⁰ Принятие теории эволюции или идеи о свободном рынке несомненно имеют связь с политическими предпочтениями

⁸¹ Сам Микльджон понимал эту проблему и пытался исправить её, расширительно толкуя понятие политических вопросов. Однако, включая художественные высказывания в категорию политических, он делает итоговую категорию слишком аморфной и разрушает целостности его теории. См.: Scanlon T. Freedom of Expression and Categories of Expression // University of Pittsburgh Law Review. 1979. Vol. 40. P. 529.

экономический рост или социальное равенство. Некой общностью приоритетов, в лучшем случае, могут быть объединены группы граждан, но не общество в целом. Стандарты ведения дискуссии, словоупотребления и так далее, также значительно различаются.

В связи с тем, что ни повестку дня, ни правила дискуссии нельзя принять по ходу дискурса (без них он не считается начавшимся), все это должно быть установлено некой внешней силой. Однако кто будет модератором, определяющим, что для страны важнее всего в настоящий момент или как нужно правильно вести дискуссию? Кем бы ни был этот субъект, он, в конечном счёте определяет не только ход обсуждения, но, во-многом, и его результат. Власть над дискурсом, упорядоченным по правилам Микльджона, неизбежно уходит из рук его участников.

3. Авторство решений в демократии и пассивное видение гражданства.

Роберт Пост критикует коллективистскую теорию, поскольку она редуцирует демократию до процедуры голосования по конкретным вопросам. Однако сам по себе этот процесс ничего не значит, если граждане не чувствуют авторства принимаемых решений⁸². Пост проводит мысленный эксперимент, который мы, для наглядности, немного модифицируем. Представим, что каждому гражданину страны на портале «Госуслуги» ежедневно выдается опросник, в котором он должен проголосовать за цвет одежды или меню на день. До следующего голосования данные решения обретают силу общеобязательного закона и все обязаны им следовать. Несмотря на то, что в таком сценарии решения формально будут приниматься коллективно, подобную систему вряд ли можно назвать демократической, даже если перед голосованием допускается полностью свободное обсуждение, а участникам предоставляется вся релевантная информация. Не имея возможности выйти за заданную повестку дня (например, задать вопрос «почему мы вообще должны отвечать на эти опросы и подчиняться итоговым решениям?», или «может быть, будем надевать разное?»), люди будут

⁸² Идея о том, что без этого коллективное принятие решений подавляет личность, принадлежит ещё Руссо. Post R. Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence // Michigan Law Review. 1997. Vol. 95, No. 6. P. 1524.

чувствовать отчуждение от процесса принятия решений. Это не демократия, хотя условия Микльджона об информированности и свободной дискуссии соблюдаются.

Судья ВС США У. Харлан отмечал, что дискуссия в демократическом обществе «иногда может показаться просто словесным переполохом, разноголосьем». Это неизбежное следствие разнообразия общества, тем более — современного. Обязывая людей высказываться по очереди, соблюдать процедурные правила и следовать заданной повестке, теоретики обрекают дискурс на неестественность и неэффективность, а затем — на исчезновение, ведь участие в вечном местном сходе — достаточно сомнительная идея.

По указанным причинам, концепция Микльджона представляется неудачной. Она, в принципе, может быть доработана, чтобы учесть большинство проблемных моментов⁸³. Главное, она сохраняет центральное условие свободы слова — государственный идеологический нейтралитет (недопустимость ограничения высказываний на основании точек зрения). Однако современное гражданское республиканство заходит куда дальше и представляет собой прямую угрозу и для ценностей свободы слова, и для якобы охраняемой им демократии.

4. Наличие «правильных ответов». Перемещая внимание от процедуры дискурса к его результатам, гражданские республиканцы фактически утверждают, что на любой общественно-значимый вопрос есть объективно верный ответ. Совместимость этой идеи с демократией достаточно спорна⁸⁴. Ещё большие вопросы вызывает возможность государства или общества навязывать «правильные» ценности. Это, однако, предполагается теоретиками и их идеей об искажаемых предпочтениях. Чтобы отделить искажённые предпочтения от

⁸³ Удачным примером такой доработки, учитывающей индивидуалистический аспект, можно назвать работы Р. Поста и М. Редиша. См.: Post R. Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse // University of Colorado Law Review. 1993. Vol. 64. P. 1109; Redish M. The Adversary First Amendment. Free Expression and the Foundation of American Democracy. Stanford, 2013.

⁸⁴ Одна из концепций, в которой уживается и то, и то, — это плюрализм, отстаиваемый Д. Роулзом. Гражданин в его понимании может считать, что обладает объективно верными познаниями, однако отказывается навязывать это убеждение силой закона остальным из-за сопряжённых с этим рисков. См.: Rawls J. Political Liberalism. New York: Columbia University Press, 1996. P. 61, 138.

истинных, вредные установки от невредных, необходимы субъективные ценностные решения. Какие ценности взять за основу, и почему у государства в принципе должны быть такие полномочия, остаётся неясным. Кто их определяет? В классическом республиканизме (популистской по своей сути концепции) истина – это решение большинства. Однако в современном варианте теории большинство может быть и неправо, например, в вопросах уголовного преследования гомосексуализма или допустимости межрасовых браков⁸⁵. Где, кроме как в воле народа, теоретики предлагают искать шкалу ценностей (раз уж решено её применять)? Конкретный ответ их труды не дают⁸⁶.

5. Социальный конструкционизм и искажённые предпочтения.

Концепция современных гражданских республиканцев основывается на постмодернистской идее, что предпочтения людей полностью формируются обществом, социальной структурой. Сложно отрицать влияние общества на человека, однако оно имеет разную степень в разных ситуациях, и никогда не является единственно-определяющим⁸⁷. За признанием частично социальной природы человеческой личности вовсе не обязательно следует вывод, что социализацию необходимо централизованно регулировать⁸⁸. Можно намеренно избегать подчёркивания явных параллелей между программой современных гражданских республиканцев и большевиков, но обратим внимание на следующее. Теоретики пытаются выстроить дискурс так, чтобы участие в нём трансформировало граждан: в правильных условиях люди отвлекаются от своих частных предпочтений и начинают думать об общегражданских интересах⁸⁹. Звучит это крайне зловеще: фактически, предлагается централизованная перековка мышления граждан и их самих – в нечто иное. Представляется, что

⁸⁵ Gey, S. Op. cit. P. 878.

⁸⁶ Можно предположить, что истину порождает корректно устроенный дискурс. Однако как он может начаться и не сойти с пути на полдороги (пока люди ещё не перестроили свои искажённые предпочтения) без постоянного надзора со стороны государства, не объясняется.

⁸⁷ Различия можно наблюдать как на уровне обществ (некоторые культуры более инвазивные, некоторые – скорее плюралистические), так и на уровне конкретных людей (некоторые люди не готовы в принципе принимать ценности коллектива).

⁸⁸ Gey, S. Op. cit. P. 813.

⁸⁹ См., напр.: Sunstein C. Legal Interferences with Private Preferences // University of Chicago Law Review. 1986. Vol. 53. P. 1133.

место подобным идеям — в романах-антиутопиях, но никак не в конституционном праве.

Здесь же отметим, что понимание коллективистами гражданина в принципе крайне противоречиво. С одной стороны, авторы говорят о гражданах в масштабных терминах: об их участии в самоуправлении, суверенитете и тому подобном⁹⁰. На людей, очевидно, возлагаются большие надежды. Однако, как только приходит время действительно участвовать в политике, гражданин неожиданно становится иррациональным, подвластным эмоциям, готовым откликнуться на истерические деструктивные призывы. В этот момент гражданин-герой становится предаварийной ситуацией, жертвой, которую необходимо защищать⁹¹. Как происходит это превращение, и почему его момент совпадает с поддержкой гражданами тех политических предложений, которые кажутся правильными теоретикам, не объясняется.

Учитывая изложенное, представляется, что современный вариант демократической теории свободы слова нарочито антидемократичен и, говоря прямо, античеловечен. По ходу настоящей работы мы будем возвращаться к тезисам коллективистской теории, поскольку многие серьёзнейшие ошибки в толковании и применении свободы слова имеют свои корни именно в этом подходе.

⁹⁰ Gey, S. Op. cit. P. 832.

⁹¹ Это замечание П. Хорвитца мы приводим почти дословно, поскольку оно кажется весьма метким. Horwitz P. Citizenship and Speech // McGill Law Journal. 1998. Vol. 43. P. 464-465.

§3. Автономия личности как основание свободы слова (индивидуалистическая теория)

Не будучи закреплённой ни в конституциях, ни в международных актах, ценность автономии личности незримо присутствует в конституционном праве⁹² и в праве вообще⁹³. Если и имеется некая конституционная «ценность ценностей», то автономия — один из основных кандидатов на это место⁹⁴. Ряд теоретиков считает её главным идейным основанием свободы слова⁹⁵.

Автономия личности является зонтичным понятием, которое часто употребляется в различных значениях. Философское осмысление этого термина выходит за рамки нашей работы. Поэтому ограничимся общей идеей: автономия как ценность утверждает приоритет личности над коллективными субъектами — обществом и государством.. Личность первична, а коллектив - это лишь совокупность индивидов, а не самостоятельный субъект с особенными, более значимыми, интересами. Основная же задача государства — это наилучшее обеспечение интересов граждан, созданию условий для их самореализации и свободного выбора жизненного пути. Соблюдение автономии личности является условием легитимности государства и принимаемых им решений (мы сосредоточимся на законах).

⁹² Не используя этого термина, многие современные конституции закрепляют ценность автономии личности. Статья 2 Основного закона ФРГ устанавливает право личности на свободное развитие. В статье 2 Конституции РФ также подразумевается ценность автономии: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью». Поскольку слово «человек» употребляется в единственном числе, логично предположить, что именно отдельная личность объявляется высшей ценностью.

⁹³ На принципе частной автономии основана, например, гражданско-правовая теория сделок как выражения воли частных лиц. Из этого принципа следуют как общие основания недействительности сделок, так и более конкретные правила, например, конверсия сделок. См.: Егоров А.В. Преобразование (конверсия) сделки: насущная потребность оборота // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. 2018. С. 225 (правило о конверсии сделок выражает «важнейший принцип, сводящийся к уважению автономии частной воли сторон»).

⁹⁴ Fallon R. Two Senses of Autonomy // Stanford Law Review. 1994. Vol. 46, No. 4. P. 876

⁹⁵ Автономия считается основанием свободы религии, неприкосновенности частной жизни и равенства перед законом. Странно считать, что свобода слова основана на чём-то другом. См.: Strauss D. Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression // Columbia Law Review. 1991. Vol. 91, No. 2. P. 902. См. также: Redish M. The Value of Free Speech // University of Pennsylvania Law Review. 1982. Vol. 130, No. 3. P. 591; Baker C.E. Human Liberty and Freedom of Speech. Oxford University Press, 1992; Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression // Philosophy and Public Affairs. 1972. Vol. 1, No. 2. P. 204.

Для объяснения связи между автономией личности и легитимностью законов, мы обратимся к базовому вопросу теории государства и права, прибегнув к некоторым упрощениям. Однако в итоге мы придём к свободе слова. Почему, в принципе, люди обязаны соблюдать законы? Эти правила не просто диктуются суверенами своим подвластным в расчёте на то, что сработает угроза наказания⁹⁶. Их обязательность основана на согласии граждан⁹⁷, а исполнение обеспечивается внутренней мотивацией, а не внешним принуждением⁹⁸. Подлинное согласие возможно только тогда, когда оно дается человеком свободно и осознанно. А значит, по-настоящему легитимными могут считаться лишь те нормы, с которыми способны согласиться автономные личности⁹⁹.

В общих чертах, именно на такой логике построены философско-правовые концепции Р. Дворкина¹⁰⁰ и Д. Роулза¹⁰¹, а также классические работы теоретиков общественного договора. Между государством и гражданами существует связь, в рамках которой люди передают государству часть своих возможностей, получая взамен те или иные блага (например, безопасность). Однако такой обмен имеет принципиальный предел: момент, когда человек утрачивает возможность осознанного выбора¹⁰². Эту границу и выражает свобода слова. Передача государству полномочий по регулированию высказываний — это последнее самостоятельное решение, принимаемое человеком¹⁰³. За этим рубежом уже находится полная зависимость от государства. Без права выражать несогласие, убеждать других в ошибочности

⁹⁶ В условиях парламентаризма не вполне ясно даже, кто является сувереном, диктующим законы, ведь последние распространяются также и на законодателей.

⁹⁷ Даже самые отъявленные диктатуры недавней истории тратили (а в случае Северной Кореи - тратят) усилия на то, чтобы продемонстрировать, что они правят с согласия и в интересах подвластных. См.: Bendix R. *Kings or People: Power and the Mandate to Rule*. University of California Press, 1980.

⁹⁸ Hart H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1994. P. 86-87.

⁹⁹ Christman J. *Autonomy, Self-Knowledge, and Liberal Legitimacy* // *Autonomy and the Challenges to Liberalism*. New York: Cambridge University Press, 2005. P. 330.

¹⁰⁰ Dworkin R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: 2000. P. 216-218.

¹⁰¹ Rawls J. *Op. cit.* P. 144-50

¹⁰² Локк Дж. Сочинения: В 3 т. М., 1988. Т. 3. С. 262-405; пер. Ю.В. Семенова. С. 275, 405, Руссо, Ж. Об общественном договоре или принципы политического права. М: Издательство Юрайт, 2023; Kant I. On the common saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice // *Practical Philosophy*. The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant. Ed. Gregor M. Cambridge, 1999. P. 294.

¹⁰³ Цензура лишает граждан ощущения, что они являются равными, автономными и рациональными агентами. См.: Scanlon T. *A Theory of Freedom of Expression* // *Philosophy and Public Affairs*. 1972. Vol. 1, No. 2. P. 214.

законов и выслушивать альтернативные позиции на этот счёт одобрение норм становится фикцией — фактически, человек перестаёт быть автономным субъектом.

Учение об автономии далее развивается в двух различных направлениях. Сущностный подход (дескриптивный) описывает автономию как *реальную* возможность человека принимать решения независимо и рационально. Автономия, в этом понимании – это некое эмпирически проверяемое положение дел¹⁰⁴. Формальная (аскриптивная) автономия предполагает лишь *гарантированную законом* возможность принимать решения относительно себя, своих действий и ресурсов. Пока эти решения не вторгаются в такую же, формальную, автономию иных лиц, вторжение государства недопустимо¹⁰⁵. Рассмотрим, что означает каждая из этих концепций для свободы слова.

Сущностная автономия. В сущностном понимании человек может быть более или менее автономен в зависимости от обстоятельств¹⁰⁶. Автономия определяется тем, насколько он может критически мыслить, рационально рассуждать, выбирать действия в соответствии со своими целями и предпринимать их. Именно рациональная часть личности составляет главную ценность для теоретиков этого направления (Д. Страусс¹⁰⁷, Д. Ричардс¹⁰⁸, Т. Скэнлон в своих поздних работах¹⁰⁹). В таком случае автономия является ценностью, к которой необходимо стремиться, а свобода слова – это инструмент продвижения к этому идеалу. Она защищает интерес слушателей-мыслителей, а не высказывающегося. Получив разностороннюю информацию, люди скорее

¹⁰⁴ См.: Fallon R. Op.cit. P. 877, 879.

¹⁰⁵ «Возможность человека принимать решения по поводу самого себя, своих действий и, зачастую, об использовании своих ресурсов, до тех пор, пока его действия не ограничивают аналогичные возможности или права других людей». См.: Baker C.E. Autonomy and informational privacy, or gossip: The central meaning of the first amendment // Social Philosophy and Policy. 2004. Vol. 21, No. 2. Pp. 226.

¹⁰⁶ Fallon R. Op.cit. P. 886.

¹⁰⁷ Strauss D. Op. cit.

¹⁰⁸ Richards D. Rights and autonomy // Ethics. Vol. 92.1. 1981. P. 5.

¹⁰⁹ Scanlon T. Freedom of expression and categories of expression // U. Pitt. L. Rev. 1978. Vol. 40. P.519 (рассматривает автономию как реальную возможность принимать решения независимо и рационально, как благо, которому можно способствовать).

смогут рационально сформулировать собственную точку зрения, чем в условиях цензуры.

Роль государства в такой концепции не всегда пассивна: несложно представить, как оно может содействовать автономии личности путём позитивных (не запретительных) мер: субсидирование образования, культуры и т.п. Однако нас главным образом интересует влияние сущностной концепции автономии на оценку ограничительных мер. Во-первых, самовыражение, которое является лишь эмоциональным или развлекательным, вовсе не попадает в содержание свободы слова. Если высказывание не содержит информации для рационального принятия решений, его ограничение не будет затрагивать автономию, понимаемую сущностно. Например, поток оскорблений или человеконенавистнических фраз редко предоставляет почву для размышлений. Такими же малоинформативными некоторые исследователи считают порнографию¹¹⁰ и развлекательное телевизионное вещание¹¹¹.

Во-вторых, ограничительные меры легитимны в тех случаях, когда высказывания подрывают автономию других лиц. То есть допустимо ограничивать информацию, снижающую способность к рациональному выбору, например ложную или манипулятивную. Этим же некоторые исследователи обосновывают запреты расистских высказываний («языка ненависти») или порнографии¹¹². В-третьих, даже бездействие со стороны тех, кто обладает информацией, может считаться вредным для сущностной автономии других людей. Обладая информацией, но не публикуя её, владелец отбирает у своих сограждан важный ресурс для принятия решений и саморазвития¹¹³.

¹¹⁰ Sunstein C. Pornography and the First Amendment // *Duke Law Journal*. Vol. 589. 1986. P. 603-604 (К. Санстейн, представляющий демократическую теорию, утверждает, что порнография, помимо прочего, не предоставляет сведений для принятия решений).

¹¹¹ Sunstein C. Free Speech Now // *University of Chicago Law Review*. 1992. P. 257. Эту же идею поддерживает и КС ФРГ, о чём подробнее см. с. 129 работы.

¹¹² Некоторые авторы считают, что эти две категории высказываний создают стереотипы, чем фактически ограничивают представителей меньшинств и женщин в их автономии (они якобы не могут в таких условиях принимать решения относительно собственной жизни). Assiter A. Autonomy and pornography // *Feminist Perspectives in Philosophy*. London: Palgrave Macmillan UK, 1988. P. 58; Shiffrin S.H. Freedom of speech and two types of autonomy // *Constitutional Commentary*. 2010. Vol. 27. P. 338.

¹¹³ Так может быть обосновано, например право на информацию, которое будет подробно рассмотрено на с. 116-120 работы.

В некоторых аспектах сущностная автономия напротив расширяет спектр защищаемых высказываний. Так, из неё следует, что личность спикера не значима, а значит защитой должны наделяться также и высказывания юридических лиц (корпораций). Например, реклама предоставляет информацию для принятия решений, которая для людей в современном мире может быть даже более ценна, чем политические или философские рассуждения. Поскольку важны интересы слушателя, такие сообщения также входят в свободу слова.

Высшие судебные органы периодически опираются в своих решениях именно на сущностную концепцию автономии. В частности, Конституционный суд ФРГ (далее также – КС ФРГ) имеет в виду именно эту ценность, когда рассуждает о свободном развитии личности (ст. 2(1) ОЗ ФРГ)¹¹⁴. Это приводит суд к выводу об обязанности государства предпринимать целый ряд активных действий, в том числе и запретительных, для регулирования информационной сферы. Суд оценивает, помогают ли эти действия свободному развитию личности (как система общественного телевидения¹¹⁵), или мешают (публикация романа, бросающего тень на репутацию прототипа главного героя¹¹⁶). ВС США в некоторых актах также принимал похожее основание свободы слова. В частности, ценностью информации для принятия гражданами самостоятельных решений объясняется защита от вмешательства со стороны государства коммерческих сообщений (логика суда воспроизведена в предыдущем абзаце) и финансирования избирательных кампаний. Вместе с тем, подход ВС США в этих делах (да и в целом) заключается в том, что свобода слова - это исключительно запрет для государства, который не предполагающий ни его активности, ни каких-либо обязательств частных лиц¹¹⁷.

¹¹⁴ КС ФРГ указывает, что ОЗ ФРГ подразумевает систему ценностей, «для которой центрально достоинство личности и свободное развитие человеческого личности в сообществе» См.: 7 BVerfGE 198, 205 (1958).

¹¹⁵ См. стр. 129 работы.

¹¹⁶ 30 BVerfGE 173 (1971) (называется делом Мефистофеля, вслед за названием романа К. Манна, распространение которого пытались запретить истцы).

¹¹⁷ Подробно про эту практику см. стр. 150-152 работы.

Формальная автономия рассматривается не как эмпирическое состояние, но как нечто презюмируемое за личностью, приписываемое ей¹¹⁸. Как мы писали выше, возможность людей принимать решения о своём поведении и своих ценностях – это условие легитимности правопорядка¹¹⁹, и с этим тесно связана свобода слова. Эффект высказываний наступает не напрямую: они не трансформируют материальный мир, как иные действия, но действуют через убеждение аудитории. Ограничивая выражение мыслей, законодатель, как правило, пытается оградить слушателей от идей, которые якобы провоцируют их на вредные действия. Вместо того, чтобы полагаться на граждан в решении того, соблюдать ли закон, государство решает перестраховаться и не допустить до них высказывания, которые возможно приведут их к неверному выводу.

Формальная автономия может рассматриваться как принцип, очерчивающий круг недопустимых мотивов законодателя. Это значит, что даже обоснованные прогнозы о вредных последствиях убеждения не могут быть поводом для ограничения высказываний¹²⁰. С различными акцентами и оговорками, данный ограничительный для государства принцип отстаивают Э. Бейкер, Р. Дворкин¹²¹, Д. Страусс и Т. Скэнлон (в своей ранней работе)¹²². В такой формулировке свобода слова фактически понимается как выражение свободы мысли и её важнейшая гарантия¹²³.

Формальная автономия предполагает, что человек ответственен за свои действия, если он самостоятельно и осознанно их совершил. От сущностного подхода её отличает то, что такая осознанность, как правило, презюмируется. Томас Скэнлон иллюстрирует действие этого принципа в сфере высказываний

¹¹⁸ Поэтому некоторыми классификаторами она называется аскриптивной, в противоположность дескриптивной сущностной автономии. См.: Fallon R. Op. cit. P. 875.

¹¹⁹ Baker C.E. Autonomy and Free Speech // Constitutional Commentary. 2011. Vol. 27. P. 251.

¹²⁰ Strauss D. Op. cit. P. 1.

¹²¹ Дворкин отмечает, что государство оскорбляет своих граждан, когда оно отказывает им в моральной ответственности, когда оно считает, что им нельзя доверять слышать мнения, которые могут сформировать у них опасные или оскорбительные убеждения. Dworkin R. Freedom's Law. Oxford, 1996. P. 207.

¹²² Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression // Philosophy and Public Affairs. 1972. Vol. 1, No. 2. P. 204.

¹²³ См.: Shiffrin S. A Thinker-based Approach to Freedom of Speech // Constitutional Commentary. 2011. Vol. 27. Issue 2. P. 283. Текстуально действующая российская конституция, объединяющая свободу слова и мысли в одну норму (ч. 1 ст. 29), следует этой теории.

примером фразы «тебе было бы неплохо ограбить банк»¹²⁴. Если собеседник впоследствии действительно совершит ограбление, то спикер не может считаться за это ответственным, поскольку грабитель решил это сделать самостоятельно. Переложение ответственности допустимо лишь если способность слушателя самостоятельно принимать решения по поводу получаемой информации объективно снижена или отсутствует (например, если это приказ в рамках преступной группировки).

Такое понимание традиционно заложено в концепцию юридической ответственности. Именно по этой причине, например, уголовной ответственности не подлежат слабоумные, дети, а также те, кто *не осознавал* вредных последствий своих действий (например, см. ч. 1 ст. 28 УК РФ). В частном праве аналогичный принцип выражает недействительность сделок, совершенных с пороком воли (ст. 177 – 179 ГК РФ). Государственная цензура означает недоверие самостоятельным решениям граждан: вводя её, законодатель приравнивает всех взрослых граждан к детям, слабоумным или людям, готовым исполнить любой приказ. Так, запрещая определённую политическую идеологию, законодатель решает, что люди не готовы воспринимать её разумно. Граждане же, поддерживая подобные запреты, отказывают другим и себе в ответственности за свои мысли и поступки. Правопорядок, построенный на таких соображениях, перестаёт быть легитимным и действующим: если слов достаточно для того, чтобы подтолкнуть к нарушению закона, то убеждённость в его правильности изначально была невысокой.

Формальная автономия является пределом для вмешательства в жизнь человека, пока он не вмешивается в формальную автономию других. Частное лицо, по существу, может вторгнуться в сферу принятия решений других людей лишь применив к ним насилие. В качестве такового могут рассматриваться те высказывания, которые не пытаются убедить слушателя и не оставляют ему выбора¹²⁵ (например, угрозы, мошенничество, а также приказы в тех контекстах,

¹²⁴ Scanlon T. A. Op. cit. P. 225.

¹²⁵ Baker C.E. Autonomy and Free Speech // Constitutional Commentary. 2011. Vol. 27. P. 257.

которые предполагают их обязательное исполнение, в армии, ОПГ и т.п.). Подобные слова не предполагают конституционной защиты.

Сопоставляя сущностную и формальную автономию как основания свободы слова, отметим сначала точки пересечения этих теорий. Оба подхода предполагают достаточно широкое содержание данной конституционной свободы. Автономия защищает самовыражение в самом широком смысле – не только высказывания по общественно-значимым вопросам, но и частные разговоры, не только высказывания в буквальном смысле этого слова, но и широкий спектр экспрессивного поведения, включая создание произведений искусства, ношение определённой одежды и т.п. Кроме того, подход от автономии (особенно формальной¹²⁶) не позволяет ранжировать высказывания по уровню их социальной ценности. Ценность высказываний не имеет некоего внешнего критерия, как в теории поиска истины и в демократической теории. Поэтому и политические высказывания парламентария, и карикатура на него, и обценные комментарии разгневанного гражданина об этой политике, наделяются равной конституционной защитой. Каждый человек сам выбирает, как выразить свою мысль, — государство не вправе указывать ему на надлежащий способ коммуникации.

Две концепции автономии порождают, однако, разные подходы к свободе слова. Ключевое различие касается роли государства: сущностная концепция допускает активные меры для укрепления автономии, а формальная лишь устанавливает пределы для государственной власти. Отличается и обоснование: сущностная автономия опирается на инструментальные, тогда как формальная – на деонтологические. Для первой значимы последствия защиты автономии, ведь это благо, которое необходимо максимизировать. Для формальной автономии это не значимо: она лишь устанавливает границы власти над личностью.

¹²⁶ В сущностном подходе критерием для ранжирования выступает «близость» высказывания к рациональному принятию решения, а не социальная ценность.

Проблемой сущностной автономии как концепции свободы слова является предполагаемая ей широкая возможность государственных действий. Что улучшает автономию граждан? Что даёт им возможность принимать решения более рационально и взвешенно? У нас нет ответа на эти вопросы, однако такая неуверенность редко свойственна лицам, облеченным государственной властью: они вполне готовы решать за граждан, что лучше для их развития или самореализации. Говоря мягко, это не всегда оборачивается в пользу граждан.

Кроме того, сущностная автономия часто находится на обеих сторонах правового спора¹²⁷. Например, частное лицо не желает публикации о себе, ссылаясь на сущностную автономию: его свободное развитие требует приватности. Автономия же другого лица (например, читателя таблоида) выигрывает от подобной информации. В общем, этой ценности не хватает для разрешения подобной коллизии, поэтому суду понадобится привлечь другие. Интересы сущностной автономии одних (в данном случае, вероятнее всего, лица, желающего остаться приватным) в результате окажутся важнее. То есть сущностная автономия предполагает, по самой своей сути, свободное взвешивание интересов, а этот процесс, как правило, оказывается губительным для свободы слова¹²⁸. Теория формальной автономии, по большей части, позволяет избежать взвешивания, что, на наш взгляд, является преимуществом этого подхода.

Итак, автономия личности предлагается как индивидуалистическое основание для свободы слова. Её предлагается рассматривать как личное право, не обременённое социальной или эпистемологической ценностью. В противоположность коллективистской теории свободы слова, индивидуалистическая считает интересы личности первичными, а демократию – возможным способом их реализации. Автономия является более глубинной ценностью, на которой основывается и демократия, и свобода слова. При этом, последняя более тесно связана с личностью, а потому первична. Вмешательство

¹²⁷ Fallon R. Op. cit. P. 884

¹²⁸ См. главу 4 работы.

в самовыражение — это, как правило, большее зло, чем ограничение демократии¹²⁹.

Концепции свободы слова, опирающиеся на автономию личности, встречают критику с самых разных сторон. Разумеется, не приемлют эту теорию авторы, которые стоят на антииндивидуалистических позициях. В частности, для гражданских республиканцев автономная личность — это миф, поскольку личные предпочтения сконструированы социально¹³⁰. Отмечается, что врагом моральной независимости личности является не только государство, но и частные корпорации. Например, медиа фактически выбирают, какая информация окажется доступной большинству граждан, исходя из собственных интересов и желаний рекламодателей¹³¹. Опасности именно государственного вмешательства в дискурс теория автономии не объясняет¹³².

Имеются и более точечные замечания к концепции свободы слова, основанной на автономии. Их приводят авторы, которые симпатизируют основаниям и выводам этой теории, но не видят в ней достаточной целостности. Критики указывают, что понятие автономии не позволяет отделить слова от всех остальных действий. Самовыражение личности происходит не только через высказывания (как бы широко они не понимались), но и с помощью достаточно широкого круга других действий, которые явно не связаны с выражением мыслей (получение образования, труда, создания семьи). Автономии недостаточно, чтобы понять, почему именно высказывания более ценны для

¹²⁹ См.: Strauss D. Op. cit. P. 340. Другими словами, недемократический, авторитарный, политический режим — это иная и менее серьезная проблема, чем тоталитарный.

¹³⁰ Есть более и менее радикальные варианты социал-конструкционистских доктрин, однако все они сходятся на том, что концепция автономной личности является устаревшей.

¹³¹ Lichtenberg J. Foundations and Limits of Freedom of the Press // *Philosophy & Public Affairs*. Autumn 1987. Vol. 16, No. 4. P. 330; Michelman F. Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation // *Tennessee Law Review*. 1989. Vol. 56. Pp. 291-319.

¹³² Отвечая на эти возражения, авторы, исходящие из автономии, фактически опираются на доводы негативной теории. См., напр. Strauss D. Op. cit. P. 361-365 (объясняет либертарианскую склонность теории автономии повышенными рисками именно государственного вмешательства).

личности, чем иная деятельность¹³³, хотя это необходимо, чтобы создать теорию свободы слова (а не обосновать свободу как таковую).

Наиболее веским из всех замечаний относительно автономии нам кажется ее стратегическая слабость¹³⁴. Действительная защита свободы слова требует некого общественного консенсуса о том, что она соответствует базовым устремлениям многих людей. Абстрактная моральная философия может играть здесь лишь ограниченную роль. Даже разделяя ценностные основания данного подхода, нельзя не заметить, что с его индивидуализмом согласны далеко не все. Бремя доказывания распределяется теоретиками крайне нереалистично: по их логике, большинство граждан должно объяснить меньшинству, почему нужно соблюдать законы и иные государственные решения (это составляет суть изложенной выше концепция легитимности¹³⁵). В действительности же важнее обратная задача: убедить большинство, что не нужно преследовать высказывания из-за своего несогласия с ними, поскольку вторжение в автономию личности со стороны государства опасно для всех. Этот пробел теории автономии восполняет негативная теория свободы слова, к которой мы обращаемся далее.

§4. Недоверие государству как основание свободы слова (негативная теория)

Негативная теория свободы слова акцентирует внимание не на том, почему хороша и для чего полезна свобода слова. Её конституционный статус обосновывается не ценностью слов (большей, чем у других действий), а уникально высокими рисками неправомерного вмешательства государства в сферу высказываний. Свобода слова выражает не устремления и идеалы

¹³³ Schauer F. Free Speech: A Philosophical Enquiry. Cambridge, 1982. P. 52; Bork R.H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems // Indiana Law Journal. 1971. Vol. 47, Issue 1, Article 1.

¹³⁴ Blasi V. The pathological perspective and the first amendment // Columbia Law Review. 1985. Vol. 85, No. 3. P. 449.

¹³⁵ По словам Э. Бейкера, большинство должно предоставить меньшинству причину соблюдать демократически вынесенные решения. Свобода слова и соблюдение формальной автономии называются такими причинами. Baker C.E. Autonomy and Free Speech // Constitutional Commentary. 2011. Vol. 27. P. 267

общества, а его страхи¹³⁶. Узкие рамки для регулирования высказываний очерчены конституцией из-за недоверия государству в этой области.

Джеймс Мэдисон писал: «Если бы людьми правили ангелы, не нужен был бы какой-либо контроль над правительством»¹³⁷. Недоверие к государственным деятелям и институтам, ими управляемым, пронизывает всю систему конституционного права и выражает самую его сущность. Многие тома исследований, законов и судебных решений посвящены тонкостям установления такой системы сдержек и противовесов, которая не позволит естественной человеческой склонности к расширению власти плодить личные и общественные трагедии. Свобода слова рассматривается негативной теорией как важнейшая часть такой системы.

Государство неспособно разумно регулировать высказывания. Подтверждая этот тезис, не вполне корректно апеллировать к отдельным примерам избыточной цензуры, однако проследить эту общую тенденцию нам позволяет следующее. Почти невозможно найти в истории хотя бы несколько случаев, когда ограничения высказываний по прошествии времени кажутся обоснованными. При этом примеры, когда отсутствие цензуры привело к конкретным общественно-опасным последствиям, также исключительно редки (а на самом деле едва ли могут быть названы)¹³⁸. Хотя теоретически нельзя исключать появления «черного лебедя» — взвешенного и полезного вмешательства в дискурс — такая устойчивая закономерность указывает на фундаментальный дефект самой идеи государственного регулирования в этой сфере.

¹³⁶ Schauer F. The Second-Best First Amendment // William & Mary Law Review. 1989. Vol. 31. P. 2.

¹³⁷ Цит. по: Hamilton, A., Madison, J., Jay, J. The Federalist Papers (Oxford World's Classics). New York: Oxford University Press. 2008. P. 257.

¹³⁸ Расхоже убеждение, что подобным контрпримером является судьба Веймарской Республики. Её конституционная система якобы чрезмерно защищала свободу слова и потому распространение нацизма не было вовремя остановлено. Это видение, однако, противоречит историческим фактам. В тогдашней Германии действовали «антиэкстремистские» законы, запрещающие разжигание ненависти, под которые, разумеется, попадали действия нацистов. К ответственности по ним, однако, привлекались, в основном, коммунисты. Даже в отсутствие таких законов, руководство нацистской партии вполне можно было привлечь к уголовной ответственности за заказные убийства или организацию массовых беспорядков. В общем, Веймарскую Республику погубил не излишний либерализм конституционного законодательства, а недалёковидность и отсутствие воли политических элит на противостояние политическому насилию, не словам. См.: Neier. A. Defending My Enemy: American Nazis, Skokie Case, and the Risks of Freedom. Dutton Books. 1979. P. 69.

Чрезмерность государственного вмешательства прослеживается и в регулировании других объектов. В целом, В. Блази весьма точен: «В немногих сферах подверженность людей ошибкам настолько очевидна, а также потенциально имеет более серьезные последствия, чем в государственном управлении»¹³⁹. Однако именно с высказываниями провалы явно имеют системный характер, и для этого усматриваются три причины: коррупционные (своекорыстные) мотивы¹⁴⁰ должностных лиц, некорректность оценки влияния информации, а также структурные особенности принятия государственных решений.

1. Коррупционные (своекорыстные)¹⁴¹ мотивы выражаются в запрете высказываний, угрожающих положению конкретного должностного лица или влиятельной группы. Это цензура для удержания власти, попытки введения которой вполне естественны. Интересы государственных деятелей, находящихся у власти, и всех остальных членов общества, бывает, расходятся. Согласно регламентам и иным публичным заверениям, благо граждан – это безусловный приоритет для государственных институтов и должностных лиц. Однако в реальности это почти всегда не так. Ведомственные и личные интересы часто берут верх, и было бы недальновидно не учитывать это в конституционном праве.

Данный конфликт интересов особо влияет на регулирование высказываний. Самая нежелательная ситуация для должностного лица (особенно в демократической системе, но не только в таковой) – общественное

¹³⁹ Blasi V. Reading Holmes through the lens of Schauer: The Abrams dissent // Notre Dame Law Review. 1996. Vol. 72. P. 1343.

¹⁴⁰ Мотив законодателя в правовой науке понимается как совокупность тех соображений и стремлений, которые побуждают его к изданию норм. Этим же понятием охватывается цель и основание нормы, в том виде, как их представляет себе законодатель. См.: Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Часть 1 : Учение о толковании и применении гражданских законов. С. 81. // URL: <https://dspace.spbu.ru/handle/11701/17672> (дата обращения: 24.03.2024). Далее в работе мотив и цель законодателя будут использоваться как синонимы, если иное прямо не уточняется.

¹⁴¹ Коррупционный или своекорыстный мотив подразумевает не столько обогащение за счёт должности, сколько использование публичных полномочий в личных или корпоративных интересах. Примером подобных действий, безусловно, является преследование критиков или оппонентов за их высказывания. Термин «своекорыстие», в данном случае, употребляется в своём словарном значении, как синоним эгоизма, а не в том узком, которое используется в уголовном законодательстве. О данной терминологии в уголовном праве см.: Киришина Е. А. Корыстный мотив в преступлениях коррупционной направленности // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2017. № 3 (29). С. 105-109.

недовольство его действиями – возникает именно из-за слов. Если граждане не узнают о провалах правительства, они не будут относиться к нему негативно. Без понимания того, что и другие также недовольны, человек вряд ли вслух озвучит своё мнение, и, тем более, не перейдёт к более активным протестным действиям. Критические дискуссии представляют серьёзную угрозу положению любого должностного лица или избранного законодателя, и самым простым путём её устранения выглядит цензура, а не изменение своих действий или объяснение их гражданам¹⁴².

Далеко не все ограничения свободы слова продиктованы злонамеренностью законодателей. В основе большинства подобных мер лежит также нетерпимость: сообщения преследуются по причине несогласия с ними, а не из-за их реальных последствий¹⁴³. Регулирование обречено быть чрезмерным, поскольку люди в принципе не могут оценивать вред от высказываний разумно, а лица, наделённые государственной властью, - в особенности. Первая часть этого тезиса объясняется психологическими причинами, а вторая - структурными.

2. Некорректность оценки влияния информации. Высокий уровень конституционной защиты высказываний – это противовес естественной склонности людей переоценивать воздействие слов на слушателей или читателей. Когнитивное искажение «эффект третьего лица» заставляет людей полагать, что информация негативно влияет на других людей значительно больше, чем на них самих¹⁴⁴. Слова песен не заставят *нас* совершать

¹⁴² Свобода слова в этой части реализует народную мудрость «не оставляй лису сторожить курятник».

¹⁴³ Нетерпимость часто дополняет коррупционный мотив. Также, периодически, политики лишь притворяются, что видят в высказываниях угрозу, на самом деле понимая, что её нет.

¹⁴⁴ Эффект третьего лица (англ.: *third-person bias*), впервые представлен В. Филлипсом Дэвидсоном как гипотеза в работе 1983 года. Социолог изучал влияние военной пропаганды на её адресатов (вражеских солдат) и обратил внимание на явное несоответствие предполагаемого влияния, например, японских листовок, направленных на темнокожих солдат армии США и их реального воздействия. Также он интервьюировал западногерманских журналистов, которые полагали, что влияние материалов прессы на них самих значительно ниже, чем на широкую публику. См.: Davison W. The third-person effect in communication // Public Opinion Quarterly. Vol. 47. No. 1. 1983. P. 1–15. Исследованиями, цитируемыми ниже, его гипотеза была подтверждена.

насильственные действия, но могут подтолкнуть других¹⁴⁵. Пропаганда зомбирует сограждан, но не нас.

Приведем пример. Во время избирательной кампании в США 2008 года журнал *New Yorker* опубликовал на обложке карикатуру на Барака Обаму. Она изображала кандидата в президенты в одежде, типичной для Ближнего Востока, а его жену Мишель — с автоматом за спиной. Супруги находились в овальном кабинете Белого дома, на стене которого висел портрет Усамы бен Ладена, а в камине горел американский флаг. Картинка вызвала взрыв возмущения аудитории журнала, которая, в подавляющем большинстве, состояла из сторонников Обамы¹⁴⁶. Их волновало то, что карикатура может быть неправильно понята избирателями в провинции (сами взволнованные граждане, разумеется, поняли, что высмеивается предвыборная тактика республиканцев). Вместе с тем, если кто-то в американской глубинке и читает *New Yorker*, едва ли этот человек из-за карикатуры поменяет свои ранее либеральные взгляды на расистские или проголосует на выборах за другого кандидата. Скорее всего, он тоже уловит иронию. Реакция читателей и их ложная оценка влияния информации — типичное проявление эффекта третьего лица.

Некорректность оценки влияния слов в различных контекстах подтверждается многочисленными исследованиями. Например, большинство опрошенных посчитало, что на избирателей значительно влияют предвыборные опросы и негативная политическая реклама. Однако действительное влияние информации в обоих случаях минимально¹⁴⁷. Также доказано, что чем менее социально приемлемо сообщение, тем больше разница между предполагаемым

¹⁴⁵ McLeod D.M., Eveland W.P., Nathanson A.I. Support for Censorship of Violent and Misogynic Rap Lyrics: An Analysis of the Third-Person Effect // *Communication Research*. 1997. Vol. 24, No. 2. Pp. 153–174.

¹⁴⁶ Главный редактор этого журнала, Д. Ремник, также сторонник Обамы, позже выпустил биографию 44-го президента США, в которой и рассказывает эту историю. См.: Remnick D. *The Bridge: The Life and Rise of Barack Obama*. New York: 2010.

¹⁴⁷ Wei R. et al. Third-Person Effect and Hostile Media Perception Influences on Voter Attitudes Toward Polls in the 2008 US. Presidential Election // *International Journal of Public Opinion Research*. 2011. Vol. 23. P. 169; Salwen M., Dupagne M. The Third-Person Effect: Perceptions of the Media's Influence and Immoral Consequences // *Communications Research*. 1999. Vol. 26. P. 523.

эффектом информации на других и на себя¹⁴⁸. То есть чем слабее реальное влияние сообщения, тем более вредным оно считается.

Эффект третьего лица находит прямое отражение в законодательной практике, когда парламентарии исходят из предположения, что сами способны критически оценивать информацию, а граждане – нет. Именно такой образ мысли прослеживается, например, в запрете пропаганды ЛГБТ и отказа от деторождения¹⁴⁹, регулировании освещения темы самоубийств¹⁵⁰ или борьбе с фейковыми новостями¹⁵¹. Однако если государственные служащие, по должности наблюдающие за подобными материалами, не демонстрируют повышенной склонности к суицидам или гомосексуальности, возникает закономерный вопрос: почему та же информация должна иначе влиять на остальных? Маловероятно, что цензоры обладают особой моральной устойчивостью или специальной подготовкой, защищающей их от вредного контента. Скорее всего, воздействие информации на всех людей примерно одинаково и не столь значительно, как предполагается при запрете. Никаких доказательств обратного, во всяком случае, нет.

Различные когнитивные искажения могут проявляться в любом законотворчестве. Однако слова почти всегда ограничиваются из-за предполагаемого влияния сообщения на аудиторию. Если этот параметр обычно оценивается некорректно, такие меры заслуживают пристального внимания.

3. Особенности процесса принятия государственных решений. Теория общественного выбора позволяет дополнительно объяснить склонность государства к чрезмерному регулированию слов и деликатность этого объекта регулирования. Высказывания (информация) – это классическое общественное благо, как парки, национальная безопасность или музейные коллекции. Они несут ценность для всего общества, а не для определённого круга потребителей.

¹⁴⁸ Bambauer J., Bambauer D. Information Libertarianism // California Law Review. 2017. Vol. 105. P. 371.

¹⁴⁹ Статья 6.21 КоАП РФ.

¹⁵⁰ Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. Рекомендации по распространению в СМИ информации о случаях самоубийства. Дата публикации: 27.06.2016. URL: <https://presscouncil.ru/teoriya-i-praktika/dokumenty/5367-rekomendatsii-po-rasprostraneniyu-v-smi-informatsii-o-sluchayakh-samoubijstva> (дата обращения: 26.03.2024).

¹⁵¹ Часть 9 статьи 13.15 КоАП РФ.

Оградить слова от «безбилетников» (тех, кто потребляет, но не платит) практически невозможно. Информация, как правило, бесплатна, поэтому она не ценится потребителями должным образом. Конкретные сведения или точка зрения интересуют лишь малое количество граждан, а ещё меньшее готово серьёзно рисковать ради того, чтобы получить к ним доступ¹⁵². Это затрудняет коллективные действия: нет тех организованных групп потребителей информации, которые бы противодействовали её ограничениям.

Преимущества от конкретного высказывания, которые получают спикер, его непосредственная аудитория и общество в целом, сложно предсказуемы и, в любом случае, относятся к будущему. Издержки же появляются достаточно быстро, они более осязаемы¹⁵³. Именно поэтому настолько серьёзна проблема «охлаждающего эффекта» цензорских мер¹⁵⁴. Самоцензура – это крайне привлекательный вариант поведения при малейшем риске негативных последствий. Взвешивание выгод и недостатков, как правило, приводит к выводу, что лучше промолчать.

Сторонники цензуры более мотивированы, экономисты сказали бы, что их заинтересованность сконцентрирована¹⁵⁵. Бюрократические или политические группы интересов могут приложить серьёзные усилия, отстаивая те цензорские меры, которые им выгодны (или которые они искренне считают правильными, что не лучше). Учитывая, что, по описанным выше причинам, люди переоценивают опасность высказываний, такое лоббирование ложится на благодатную почву общественных страхов.

В общем, организации сторонников цензуры (например, «Лига безопасного Интернета») более эффективны в оказании влияния на законотворчество и правоприменение, чем разрозненные интернет-пользователи. Издержки, однако, несут солидарно как раз последние, иногда не

¹⁵² Bambauer J., Bambauer D. Op. cit. P. 380

¹⁵³ Kreimer S. Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link // University of Pennsylvania Law Review. 2006. Vol. 121. P. 155.

¹⁵⁴ Охлаждающий эффект имеют те законы, которые напрямую не запрещают некоторые высказывания, но своей неопределенностью подталкивают людей к молчанию (см. с. 202 работы).

¹⁵⁵ Bambauer J., Bambauer D. Op. cit. P. 382.

вполне отдавая себе в этом отчёт. Проблемы от превышения полномочий в области экономики (коррупции в узком смысле) быстро становятся отчётливыми и явными, они появляются у конкретных людей или групп¹⁵⁶. Потери же информации испытывает неопределённый и рассредоточенный круг людей.

Наконец, ещё один естественный фактор цензуры – это особенности профессиональной «оптики» бюрократов. Чиновники склонны преувеличивать риски, которые связаны с их сферой работы. Так, систематически переоцениваются угрозы общественному порядку от публичных мероприятий. Ведомственные интересы подталкивают к тому, что лучше перестраховаться, а это приводит к избыточному регулированию¹⁵⁷. Например, отказ в проведении публичных мероприятий зачастую объясняется тем, что они могут создать помехи движению транспорта. Для сторонних наблюдателей это выглядит лишь как предлог для запрета нежелательных выступлений, однако нельзя исключать, что представители власти действительно озабочены транспортной ситуацией. В конце концов, именно их будут винить, если что-то пойдёт не так. С другой стороны, соображения свободы слова для чиновников второстепенны – никаких негативных последствий от её чрезмерного ограничения они не предвидят.

Все перечисленные факторы в комплексе создают крайне неблагоприятную среду для свободных высказываний граждан и приводят к систематически чрезмерной цензуре¹⁵⁸. Человеческие склонности накладываются на особенности принятия государственных решений, что приводит к бессмысленным, а чаще – вредным и репрессивным запретам.

Свойственный негативной теории пессимизм в оценке человеческой природы происходит из консервативной философско-политической традиции. Эдмунд Бёрк утверждал, что люди, в основном, эгоистичны, а потому концентрации государственной власти нужно всеми силами избегать: чиновники

¹⁵⁶ Кроме того, подобная антикоррупционная повестка популярна, поскольку играет на естественном чувстве зависти. Подобного эмоционального противовеса цензуре не имеется.

¹⁵⁷ См.: Goldberger D. Judicial Scrutiny in Public Forum Cases: Misplaced Trust in the Judgment of Public Officials // Buffalo Law Review. 1983. Vol. 32. Pp. 207-208.

¹⁵⁸ Werhan K. Liberalization of Freedom of Speech on a Conservative Court // Iowa Law Review. 1994. Vol. 80. P. 90.

обязательно будут злоупотреблять полномочиями, если это отвечает их интересам¹⁵⁹. Обратим внимание на различие с позицией сторонников коллективистского подхода к свободе слова, которых человеческие несовершенства приводят к совершенно иным выводам. По их мнению, люди не могут принимать разумные решения самостоятельно, но это может быть исправлено с помощью коллективного процесса обсуждения и активного государства.

Методологически, негативный подход обращает внимание на самые вопиющие случаи цензуры¹⁶⁰. Теория строится от частных проблем к общим принципам, в противоположность сооружению абстрактных теоретических конструкций, из которых затем дедуктивно выводятся специальные правила¹⁶¹. Научность подобных обобщений (как и любых обобщений правового материала) может оспариваться, но это достаточно корректно описывает то, как складывалась доктрина свободы слова исторически: она являлась ответом на конкретные посягательства на дискурс со стороны властей, государственных и, ранее, церковных¹⁶². Такая траектория прослеживается по всему миру. Например, первых американских исследователей и практиков занимали две области цензурных мер: лицензирование прессы¹⁶³ и уголовное наказание за мятежную клевету (*sedition libel*). Именно они наиболее выпукло показывают, как коррупционные мотивы порождают репрессивные результаты, которые конституция призвана не допустить. Самые яркие проявления цензуры в России советского периода крайне похожи: это система предварительной цензуры¹⁶⁴ и уголовная ответственность за антисоветскую агитацию и пропаганду (состав, в

¹⁵⁹ Бёрк скептически относился и к слепому следованию настроениям большинства и считал, что отражением мажоритарных предпочтений государству не прийти к мудрой политике.

¹⁶⁰ Blasi V. The Pathological Perspective and the First Amendment P. 449.

¹⁶¹ В этом усматривается еще одно сходство с трудами Берка. Как писал Г. Ласки, ничто не было так противно философу, как абстрактное и дедуктивное мышление к политике. Цит. по: Werhan K. Op. cit. P. 97.

¹⁶² Например, эссе Джона Мильтона «Ареопагитика», было написано в связи с арестом гражданина за ввоз в Англию запрещённых книг. URL: <https://www.bl.uk/collection-items/areopagitica-by-john-milton-1644>

¹⁶³ Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931)

¹⁶⁴ Про злоупотребления советской системы предварительной цензуры см.: Горяева Т. М. Политическая цензура в СССР. 1917-1991 гг. М.: РОССПЭН. 2010.

принципе аналогичный мятежной клевете)¹⁶⁵. После объявления в СССР политики гласности (1989-1990 гг.), эти меры были отменены в первую очередь.

Обобщая исторический опыт, негативная теория приходит к центральному принципу доктрины свободы слова — идеологическому нейтралитету государства в регулировании высказываний. Свобода слова запрещает принимать законы, направленные на ограничение конкретных точек зрения. К этому добавляются и более конкретные правила: подозрительность к запретам, основанным на содержании высказывания, недопустимость предварительной цензуры, высокие требования к определённости и точной направленности норм¹⁶⁶. Исходя из этого же, устанавливается высокий стандарт доказывания необходимости ограничительных мер. Законодатель должен пояснить, каким общественным интересам наносят вред определённые высказывания, каков механизм нанесения этого вреда, а также как закон позволит исправить эту ситуацию. Только соблюдением всех этих правил преодолевается недоверие, выражаемое конституционной свободой слова.

Центральную роль в защите свободы слова играют органы конституционного контроля, которые, по словам К. В. Арановского, нужнее именно там, где выше риски отклонения правопорядка от права¹⁶⁷. Подчинённые лишь конституции, а не законам¹⁶⁸, именно они обязаны защищать свободу слова от нападков со стороны государства. Особая роль органов конституционного контроля имеет неутешительное следствие: если их представители так же руководствуются цензорскими мотивами, как и представители иных ветвей власти, у свободы слова нет никаких шансов. Более надёжных опций, однако, за сотни лет не предложено: вариант массовых народных выступлений или

¹⁶⁵ См.: Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу "Основы квалификации преступлений" / науч. ред. В.Н. Кудрявцев. М.: Городец, 2007. С. 41.

¹⁶⁶ О принципах оценки ограничений высказываний — см. § 3 гл. 4 работы.

¹⁶⁷ Арановский К.В. Право существует в человеке // Закон. 2019. № 12. С. 18

¹⁶⁸ Статья 1, Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 N 1-ФКЗ (ред. от 31.07.2023) «О Конституционном Суде Российской Федерации». В США, как известно, конституционным контролем вправе заниматься любой суд. А. Гамильтон пишет, что федеральные суды «учреждены, чтобы быть посредническим органом между народом и их законодателями, чтобы, помимо прочего, держать последних в пределах отведенных им полномочий». Федералист № 78 // Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М., 1994. С. 502–510.

революций в качестве противовеса государственной власти куда менее оптимален. Помимо прочего, такие события редко приводят к власти тех, кто склонен к бездействию, которого требует свобода слова.

Сложно не заметить, что негативный подход к свободе слова несёт явный отпечаток американского конституционализма. Американская конституционная система облакает недоверие государству в многочисленные институциональные конструкции (федерализм, разделение властей, конституционный контроль со стороны всех судов и т.д.), препятствующие концентрации власти¹⁶⁹. Свобода слова — важный элемент этой системы. В 2010 году Верховный суд США отметил: «*Основанная на недоверии государственной власти, Первая Поправка противостоит попыткам ограничить определённые темы или точки зрения*» (курсив – мой. А.К.)¹⁷⁰. Эти соображения и ранее фигурировали в практике суда. При оценке мер, ограничивающих высказывания, суд презюмировал, что закон направлен на ограничение конкретных точек зрения. Доказывать обратное обязан законодатель¹⁷¹.

Настолько жёсткого требования к идеологическому нейтралитету норм, ограничивающих высказывания, не придерживаются в европейских странах, в том числе и в России. Это может подтолкнуть к следующему выводу: принятие негативного подхода свободе слова в США обусловлено спецификой именно этой конституционной системы, поэтому он не применим универсально. Вернёмся к первооснове данного стандарта — недоверию правительству¹⁷². Действительно ли США *слишком* алармистски настроены к государственным действиям? Мы считаем, что настороженное отношение к государству

¹⁶⁹ Atiyah P., Summers R. Form and Substance in Anglo-American Law. Oxford, 1987. P. 40.

¹⁷⁰ Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310, 340 (2010)

¹⁷¹ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁷² Здесь и далее в работе под правительством имеются в виду государственные институты в совокупности, а не высший орган исполнительной власти. Примерно такое же скромное содержание мы вкладываем в понятие «государство», имея в виду не некоего трансцендентного носителя воли народа, но вполне реального, хоть и собирательного и сложного, субъекта. Про различия «недолговечного» правительства и трансцендентного государства см. Арановский К.В., Князев С.Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений: монография. — М.: Проспект, 2016 («Это государство, сплоченное в политическом теле и в личности, не опрощённое по-английски до недолговечного «правительства» и не разобранное на отдельные органы. С ним или через него народ всего вернее обзаводится «общей волей», чтобы та звучала ясно и властно»).

обоснованно в любой стране мира. Перечисленные выше причины неразумного и чрезмерного регулирования высказываний действуют во всём мире.

В России, например, опасения по поводу цензуры имеют вполне конкретные исторические основания. Среди приоритетов отечественных государственных деятелей благополучие и интересы граждан часто уступали желанию удержать и расширить власть¹⁷³. Конституция РФ не случайно закрепляет идеологический нейтралитет как основу конституционного строя (статья 13): сложно отрицать, что авторы руководствовались негативным историческим опытом¹⁷⁴.

Достаточно сложно понять, чем объясняется высокое доверие государству в странах ЕС, например, в Германии. Парадоксальным образом, опыт сверхцентрализованного нацистского режима был истолкован как разумное основание для предоставления в руки государства широких цензорских полномочий. В немецкой конституционной системе сдержки устанавливаются в сфере отношений между различными органами власти и их уровнями, однако выборочное ограничение точек зрения допускается¹⁷⁵. По всей видимости, считается, что независимые суды и европейская политическая культура компромисса (а не соперничества, как в США) позволят избежать злоупотреблений со стороны государства. Такая конструкция не кажется слишком надёжной¹⁷⁶.

¹⁷³ Периодически государственные деятели достаточно откровенно заявляют о своих своекорыстных мотивах. Например, первым же вопросом для комиссии Верховного Совета СССР, которая «дорабатывала» Закон о печати к 1989 году, стало недопущение публикации в прессе невыгодных для власти сведений. Батурин Ю. М., Федотов М. А. Феноменология юридического чуда. М.: РОССПЭН. 2012. С. 159-160.

¹⁷⁴ Иную интерпретацию происхождения этой нормы предлагает Министр юстиции РФ К. Чуйченко. Он трактует эту статью как «повышенные обязательства» перед иностранными государствами. Глава Минюста считает, что придётся решать вопрос с запретом госидеологии в Конституции РФ. ТАСС. 11.05.2023. URL: <https://tass.ru/politika/17724475> (дата обращения: 03.04.2024). С этим сложно согласиться, поскольку если Конституция РФ и содержит какие-либо обязательства, то «кредиторами» в них являются российские граждане, а не иностранцы. Межгосударственные обязательства обычно закрепляются международными договорами, чего было бы вполне достаточно и в этом случае. Ценность подобного предоставления для зарубежных стран, в любом случае, неочевидна.

¹⁷⁵ См.: Kahn R. Why Do Europeans Ban Hate Speech: A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post // Hofstra Law Review. 2012. Vol. 41. P. 545.

¹⁷⁶ В сфере законодательства о разжигании ненависти она уже сейчас приводит к крайне серьезным проблемам. См. Кульнев А.С. Запрет разжигания ненависти в современном праве: наука и практика в поисках надёжного обоснования // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 4 (155). С. 93.

Критики негативного подхода полагают, что данная теория неполна без объяснения позитивной ценности высказываний¹⁷⁷. Однако это скорее преимущество, а не проблема. В частности, снимается одна из сложностей построения позитивной теории свободы слова, необходимость сойтись на одной ценности, лежащей в основе свободы слова¹⁷⁸. Негативная теория не требует невозможного единства в этом вопросе: она допускает, что свобода слова служит нескольким ценностям, но делает это определённым образом – охраняет их от государственного вмешательства.

Помимо коллективистского подхода, каждую из приведённых выше позитивных теорий можно переформулировать в негативную. Угрозы, о которых пишет Д.С. Милль - это невежество и стагнация. Его волнует централизованное навязывание ложных взглядов на мир и увядание навыков критического мышления. В рамках демократической теории негативным сценарием является установление политического режима, в котором решения правительства не соответствуют воле народа. С точки зрения автономии, главный риск — тоталитаризм, проникающее вмешательство государства в мышление граждан. Объединяет все эти угрозы то, что они становятся значительно более насущными, если исходят от государства. Более того, в значимом масштабе, они могут быть реализованы *только* государством (или с его участием).

Сторонники коллективистской теории полагают, что нет никаких причин подозревать, что государство заинтересовано в подавлении дискурса больше, чем частные лица. Негативная теория предоставляет довод в пользу обратного: инкубенты¹⁷⁹ имеют иную мотивацию. Государственные деятели зависят от одобрения граждан, а корпорациям, заинтересованным лишь в продаже своей продукции (или услуг), не нужно идеологическое согласие множества людей. Высказывания не имеют какой-либо особой связи с бизнес-задачами, а на

¹⁷⁷ Л. Александр и П. Хортон отмечают, что в этом смысле негативная теория паразитирует на позитивных. Alexander L., Horton P. The Impossibility of a Free Speech Principle // Northwestern University Law Review. Vol. 78. 1983. P. 1339

¹⁷⁸ Cass R. The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory // UCLA Law Review. 1986. Vol. 34. P. 1424.

¹⁷⁹ Инкумбентами называются лица, которые на текущий момент занимают государственные должности.

политические влияют напрямую. Даже если допустить, что корпорации хотят манипулировать сознанием граждан, у них нет ресурсов, чтобы воплотить это в значимом масштабе. В отличие от государств, компании редко сохраняют свои доминирующие позиции более полутора десятков лет¹⁸⁰. Авторам, тревожащимся о влиянии крупного бизнеса следует привести хотя бы один исторический пример корпорации, которая построила систему подчинения её воле, аналогичную государственным¹⁸¹. Кого скорее следует опасаться: правоохранительную систему, производителя телефонов или сеть ресторанов быстрого питания? Если подойти к этому вопросу без чрезмерной интеллектуализации, ответ вполне очевиден – угроза, исходящая от государства, несоизмеримо значительнее¹⁸².

Ещё одна сложность негативной теории свободы слова заключается в соотношении её с демократией. Как конституция, принятая народом, может выражать недоверие его же избранным представителям? Негативная теория предлагает, по существу, стратегическое объяснение контрмажоритарного свойства свободы слова. Недоверие государству разумно со стороны всех, даже тех, кто, в конкретный момент времени, может влиять на его политику (допустим, что в текущий момент это большинство граждан). Условное математическое ожидание отказа от идеологического нейтралитета, предполагаемого свободой слова, отрицательно и для таких лиц: риски слишком высоки, а преимущества – недолговечны. Государство-цензор, центральная фигура негативной теории, — это подвижная конструкция, направление которой

¹⁸⁰ Так, в список Fortune500 (пятьсот самых крупных корпораций США) на 2021 год входят лишь 52 компании, из этого же списка образца 1955 года. То есть примерно 90% крупнейших и самых влиятельных корпораций, за полвека обанкротились, либо реструктурировались, либо просто оказались забыты. Средняя продолжительность вхождения компаний в этот список составляет всего 20 лет. URL: <https://www.aei.org/carpe-diem/only-52-us-companies-have-been-on-the-fortune-500-since-1955-thanks-to-the-creative-destruction-that-fuels-economic-prosperity-2/> (дата обращения: 26.03.2024).

¹⁸¹ Вероятно, таким примером могла бы быть Британская Ост-Индская компания, в значительной степени определявшая жизнь людей на территории современных Индии и Китая. Однако считать охраняемую государством монополию частным агентом не вполне корректно, а без государственной охраны своего статуса она быстро пришла к упадку.

¹⁸² Особую тотальность государственной власти отмечали в разное время Кант, Руссо, Локк и Гоббс. См.: Fried C. The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty // University of Chicago Law Review. 1992. Vol. 59. P. 236. Эту картину подтверждают и достаточно современные социологические опросы. Среди страхов жителей России, согласно исследованиям Левада-Центра, «произвол властей» находится на третьем месте после болезни близких и мировой войны. См.: <https://www.levada.ru/2022/01/12/strahi-5/>

непредсказуемо. Попадание по неправильную сторону этой траектории — однозначно нежелательный для любого исход.

Дополнительно этот довод объясняет знаменитое особое мнение судьи Оливера Холмса, на которое мы уже ссылались ранее. После того, как Холмс замечает, что рынок идей — наилучший способ достижения истины, он пишет: «истина — это единственное основание для *безопасной* реализации желаний [человечества]». Холмс связывает истину и безопасность, имея в виду именно политические последствия государственной цензуры для всех граждан¹⁸³. Судья считал, что, как правило, большинство в демократии может принимать те решения, которые считает нужным. Однако цензура — это исключение, поскольку она фиксирует ценности общества на определённый момент и ограничивает будущие поколения в возможности пересмотреть их. В такой схеме свобода слова защищает не меньшинство, а большинство (и нынешнее, и будущее), от самого себя и от государства¹⁸⁴.

Опыт европейских стран, в которых допускается выборочная цензура точек зрения, но все ещё сохраняется значительная свобода публичного дискурса, приводит ещё к одному доводу против негативной теории свободы слова. Что, если она основана на логической ошибке «скользкой дорожки», а исторический опыт не имеет предсказательной силы? Ошибочность или чрезмерность цензуры в прошлом не означает, что в современном мире или в будущем. Строго говоря, это верно, но такие рассуждения, представляется, неуместны ни в конституционном праве, ни в праве вообще. Снова цитируя судью Холмса, отметим, что право руководствуется не логикой, а опытом. Преступник, совершающий повторные преступления, несёт определённые негативные правовые последствия, поскольку общество защищает себя от серьёзных и предсказуемых рисков. К рецидивисту есть недоверие, которое он,

¹⁸³ Такую трактовку идей Холмса приводит В. Блази (Blasi V. Reading Holmes through the lens of Schauer: The Abrams dissent // Notre Dame Law Review. 1997. Vol. 72. P. 1343).

¹⁸⁴ Холмс, получается, говорит о свободной торговле идеями как об альтернативе авторитарному принятию решений. Рынок для него — лишь образ децентрализованного принятия решений частными агентами.

однако, может преодолеть соблюдением некоторых условий. Аналогичен подход негативной теории к регулированию высказываний. Абсолютный запрет на государственные действия в этой области не предполагается, однако бремя доказывания того, что они не опасны и не руководствуются цензорским мотивом, возлагается на регуляторов.

Таким образом, негативная теория свободы слова утверждает, что основой этой конституционной нормы является недоверие государству. Особенности объекта (высказываний) и регулятора (государственные деятели, иногда направляемые волей большинства граждан) приводят к тому, что государственные действия в этой области предсказуемо ошибочны и чрезмерны. Ограничения высказываний, в подавляющем своём большинстве, руководствуются не предотвращением реального вреда, а недолжными цензорскими мотивами корысти и нетерпимости, а основываются – на неверной оценке влияния высказываний на поведение аудитории.

Подчеркнём, что проблема заключается не в государственных деятелях как таковых: не утверждается, что они порочны в большей степени, чем остальные люди. Выводы негативной теории основываются на понимании, что человеческая природа – а значит, эгоизм, склонность к ошибкам и недальновидность – неизменно берет верх над благозвучными социальными устремлениями. В сфере государственного управления и, в особенности, цензуры, эти свойства людей не только представлены особенно ярко, но и влекут крайне серьёзные негативные последствия (это и невежество, и недемократические решения, и дисгармония в обществе, и вмешательство в самореализацию личности). Свобода слова устанавливается, чтобы напоминать обществу об этих угрозах и попытаться их предотвратить.

Глава 2. Содержание свободы слова: теоретические подходы и судебная практика

Под содержанием конституционного права личности обычно понимаются возможности людей действовать определённым образом при его реализации¹⁸⁵. Другими словами, так очерчивается круг ситуаций, к которым применимо конституционное право (свобода). По словам Р. Дворкина, права — это козырь в споре¹⁸⁶. Если к обстоятельствам дела, рассматриваемого органом конституционного контроля применимо субъективное право, для государства устанавливается более высокий доказательственный рубеж, чем в иных случаях¹⁸⁷. Попадание чего-либо в содержание свободы слова означает применение в делах с этим объектом набора условий и принципов, призванных, грубо говоря, осложнить государству доказывание своей правоты.

Определить содержание права можно двумя способами¹⁸⁸. Первый предполагает установление негативных пределов, то есть тех случаев, к которым данное право не применяется вовсе или в которых вводятся ограничения того, что изначально входило в содержание. Однако определить содержание свободы слова лишь таким образом невозможно: чтобы понимать, что является ограничением, нужно выяснить, к каким ситуациям она в принципе применима. Об изъятиях из этого спектра можно говорить только потом. Второй способ очерчивания содержания заключается в определении набора возможностей, защищаемых субъективным правом. Формулируется некий критерий (или набор критериев), которому должна соответствовать ситуация для попадания в сферу действия конкретного права.

Закрепляя свободу слова, конституция предполагает, что слова сущностно отличаются от иных действий граждан¹⁸⁹. Идея о том, что между

¹⁸⁵ Боевдин, Л.Д. Юридический статус личности в России. М., 1997. С. 225.

¹⁸⁶ Dworkin R. Taking Rights Seriously. Cambridge, 1977. P. 266-267

¹⁸⁷ Schauer F. Free Speech: a philosophical enquiry. New York, 1982. P. 7-8.

¹⁸⁸ Троицкая А.А. Конституционно-правовые пределы и ограничения свободы личности и публичной власти: дисс. ... канд. юридических наук Москва, 2008. С. 79.

¹⁸⁹ Adler A. Inverting the first amendment // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 149.4. 2001. P. 973

высказываниями и действиями имеется значимая для закона разница интуитивно понятна практически каждому. Однако что такое «слова» и почему конституция проявляет к ним особое отношение? Эти вопросы и составляют задачу определения содержания свободы слова. Во-первых, необходимо определить круг случаев, когда данный правовой принцип применим (что такое «слова» в понимании конституции?). Во-вторых, почему «слова», то есть очерченный на первом шаге круг действий или явлений, получают повышенную конституционную защиту?

Ясное определение содержания свободы слова не составляет лишь академический интерес, но имеет большое практическое значение. В отсутствие понимания, к чему она относится и что означает, её вес и легитимность будут неизбежно страдать¹⁹⁰. Законодатели и суды, как и сами граждане, не будут принимать её всерьёз, а слова, как и любые другие действия, будут ограничиваться в зависимости от конкретной ситуации. В таком случае для обоснования правомерности цензуры будет достаточно, чтобы высказывания (или их класс) противоречили каким-либо иным интересам общества, граждан или государства¹⁹¹. Поскольку нет дефицита интересов, которые готов защищать современный законодатель, свобода слова рискует превратиться в пустую декларацию.

Если различий в правовом подходе к высказываниям и иным действиям не предполагается, свобода слова избыточна. Общий принцип взаимоотношений государства с гражданами и так предполагает, что закон может запрещать лишь то, что наносит вред каким-то иным интересам¹⁹². Вряд ли свобода слова всего лишь дублирует этот принцип применительно к высказываниям. Это бы означало, что авторы большинства конституций в мире добавили в них свободу

¹⁹⁰ Wright, R. What Counts as Speech in the First Place: Determining the Scope of the Free Speech Clause // *Pepperdine Law Review*. Vol. 37. 2009. P. 1229.

¹⁹¹ В российской науке такой подход демонстрирует, например, М.В. Муратов. См. Муратов М.В. Указ. соч. С. 25. Практика КС РФ по вопросам свободы слова, по большому счету, также исчерпывается подобной позицией.

¹⁹² См., например, ст. 5 Декларации прав человека и гражданина 1789 года.

слова по инерции или по ошибке, вовсе не имея в виду её серьёзного влияния на полномочия государства. Это не так.

Разрешение вопроса о содержании несколько осложняется терминологическим хаосом в области свободы слова и смежных прав в российской науке. Мы не считаем, что дискуссии о терминологии заслуживают уделяемого им обычно времени, но позволим себе несколько замечаний на этот счет. Кроме того, иногда терминологический спор на самом деле оказывается сущностным - таковым является, например, вопрос о соотношении свободы слова и свободы информации. Начнем, однако, с синонимичных терминов: свобода слова и свобода выражения мнений.

Оборот свобода слова (*freedom of speech*) используется в одной из самых возрастных правовых норм в мире – Первой поправке к Конституции США¹⁹³. Конституция РФ также использует этот термин в ч. 1 ст. 29¹⁹⁴. Может показаться, что такая формулировка не вполне точна, ведь она будто бы охватывает только словесную форму коммуникации. Это, конечно, неверно ни с исторической, ни с теоретической точки зрения, о чём мы подробно пишем ниже. Лингвистически, свобода слова – это синекдоха, фигура речи, которой название частного переносится на общее¹⁹⁵. Аналогично, в выражении «Пуще всего береги копейку» копейка означает деньги.

Более современный вариант, свобода самовыражения (*freedom of expression*), избегает таких недостатков и используется в большинстве

¹⁹³ Более ранние акты такого же порядка, например, Акт о свободе печати Швеции (1776 год) или Декларации прав и свобод человека и гражданина (1789) используют не термины, но описательные формулировки, для выражения примерно такого же содержания.

¹⁹⁴ Для достаточно современной конституции это скорее исключение, которое, вероятнее всего, объясняется преемственностью с советскими конституциями 1936 и 1977 годов, также пользовавшимися этим термином. Современная российская наука, следуя за конституционным текстом, также использует этот термин. См., напр.: Муратов, М.Я. Право на свободу слова: История и современность: дисс. ... канд. юр. наук. М., 2002; Щербович А.А. Конституционные гарантии свободы слова и права доступа к информации в сети Интернет: дисс. ... канд. юр. наук. М., 2013; Эктумаев А.Б. Свобода слова в Российской Федерации (конституционно-правовое исследование): дисс. ... канд. юр. наук. Тюмень, 2012; Дубровина М.А. Защита конституционного права на свободу мысли и слова в современной России: дисс. ... канд. юр. наук. Саратов, 2007.

¹⁹⁵ Scalia A. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997. P. 38.

послевоенных международных актов¹⁹⁶, конституций¹⁹⁷ и хартий прав¹⁹⁸, с некоторыми вариациями. Однако этому термину на российской почве крайне не повезло быть переведённым как «свобода выражения мнения»¹⁹⁹. Так всё преимущество в точности перед «свободой слова» было нивелировано, ведь конституционной защитой охватывается не только высказывание мнений (оценочных суждений), но и сообщения о фактах. Неправильный перевод устоялся, и «свобода самовыражения» уже звучит слишком непривычно и едва ли приживётся в российской юриспруденции²⁰⁰. В любом случае, смысла пересматривать традиционную терминологию мы не видим и останавливаемся на свободе слова, не желая развивать терминологические споры. Как суды²⁰¹, так и правовая наука²⁰² используют понятия свобода слова и свобода выражения мнения (самовыражения) как синонимы, ориентируясь не на букву конституционного текста, а на выражаемую им свободу личности²⁰³.

§1. Высказывания как объект конституционной защиты

¹⁹⁶ См.: статья 19, Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948); статья 19, "Международный пакт о гражданских и политических правах" (Принят 16.12.1966 Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН); статья 10, "Конвенция о защите прав человека и основных свобод" (Заключена в г. Риме 04.11.1950) (с изм. от 24.06.2013) // СПС «Консультант-Плюс».

¹⁹⁷ См., напр: ст. 5 Основного закона Федеративной Республики Германия; ст. 16 Конституции Южно-Африканской Республики. URL: <https://www.gov.za/documents/constitution> (дата обращения: 27.03.2024).

¹⁹⁸ См.: ст. 2(b), Канадская Хартия прав и свобод. URL: https://publications.gc.ca/site/archived-archived.html?url=https://publications.gc.ca/collections/collection_2017/pch/CH37-4-1-2005-rus.pdf (дата обращения: 27.03.2024).

¹⁹⁹ Данный вариант перевода встречается, например, в монографии А.А. Мишина и В.А. Власихина о Конституции США (см.: Власихин В.А., Мишин А.А. Конституция США. Политико-правовой комментарий. М., 1985). В современной практике он, вероятно, закрепился с момента появления официального перевода Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (см.: Федеральный закон «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» от 30.03.1998 № 54-ФЗ).

²⁰⁰ Если и искать ещё более точный оборот, можно было бы выбрать «свобода выражения мыслей», используемый в Конституции Италии. Он достаточно понятен и при этом выражает достаточно широкое содержание. Такой вариант также указывает на важную для понимания сущности свободы слова связь со свободой мысли.

²⁰¹ См., напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 21 сентября 2017 г. № 1797-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Дильмухаметова Айрата Ахнафовича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 47 и частью первой статьи 205.2 Уголовного кодекса Российской Федерации»; Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 июня 2010 г. № 16 г. Москва "О практике применения судами Закона Российской Федерации "О средствах массовой информации"» // Российская газета, 18 июня 2010 г.; Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969) (суды говорят о самовыражении, хотя в конституциях США и РФ закрепляется свобода слова).

²⁰² Бусленко Н.И. Конституционные основы профессиональной деятельности журналиста в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. Наук. Ростов н/Д, 2000. С. 13; Российская юридическая энциклопедия. М.: Инфра-М, 1999. С. 876.

²⁰³ Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: учеб. для студентов юрид. вузов. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 226 (свобода выражения мнения – более общая по отношению к свободе слова).

Самой очевидной отправной точкой в поиске содержания свободы слова кажется общепринятое понимание слова «слова»²⁰⁴. Таким путем идёт, например, М.В. Муратов, определяя слова как специальные условные знаки, в которых объективирован образ реального мира, отраженный субъективно в человеческом сознании²⁰⁵. Точное определение того, что такое слово, является сложной задачей в том числе и для лингвистов²⁰⁶, однако предпримем попытку разобраться.

В общем употреблении «слово», как правило, означает единицу языка, служащую для называния отдельного понятия²⁰⁷. В толковом словаре Даля это значение описывается так: «Сочетание звуков, составляющее одно целое, которое, по себе, означает предмет или понятие». Однако едва ли термин «свобода слова» имеет в виду это значение «слов». Против этого свидетельствует, например, то, что юридическое понятие «свобода слова», скорее всего, произошло из английского языка (*freedom of speech*), в котором слово как единица языка обозначается иначе (*word*, а не *speech*).

Конституционные свободы всегда обращаются к некому действию. Иногда это выражается прямо в формулировке норм: например, в Конституции РФ закрепляется право свободно *передвигаться* (ч. 1 ст. 27) или право свободно *исповедовать* религию (ст. 28). В других случаях то же самое значение, для эlegantности формулировки, выражено через отглагольное существительное, которое также предполагает действие, например, свобода творчества, свобода преподавания. Иногда, по тем же стилистическим соображениям, отглагольная часть пропускается (оставаясь подразумеваемой). Например, под свободой

²⁰⁴ Ввиду специфики темы, мы вынуждены в этой главе работы особенно регулярно отступать от стилистического правила о недопустимости повторов.

²⁰⁵ Муратов М. Я. Право на свободу слова: История и современность: дисс. ... канд. юрид. наук. М, 2002. С. 15.

²⁰⁶ Л.В. Щерба пишет об этом следующее: «В самом деле, что такое "слово"? Мне думается, что в разных языках это будет по-разному. Из этого, собственно, следует, что понятия "слово" вообще не существует». См.: Щерба Л. В. Избранные работы по языкознанию и фонетике. Т. 1. 1958. С. 9. Конкретный довод (различное обозначение на разных языках) представляется слабым, но проблему филолог ставит весьма точно.

²⁰⁷ Большой толковый словарь русского языка. Гл. ред. С. А. Кузнецов. Первое издание: СПб.: Норинт, 1998 / URL: <http://gramota.ru/slovari/dic/?word=%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%BE&all=x> (дата обращения: 10.04.2024); Толковый словарь русского языка под ред. Д.Н. Ушакова / URL: <https://gufo.me/dict/ushakov/%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%BE> (дата обращения: 27.03.2024).

печати имеется в виду свобода деятельности средств массовой информации. Так и в свободе слова «слово» означает действие — высказывание²⁰⁸. Высказать — это выразить, передать *словами* свои мысли, чувства²⁰⁹. Таким образом, можно сделать промежуточный вывод, что свобода слова распространяется на высказывания, то есть выражение мыслей и чувств с помощью письменной или устной речи.

Такой вывод, однако, будет неверным. Содержание свободы слова не исчерпывается только устной и письменной речью²¹⁰. Во-первых, для этого нет никаких политико-правовых оснований: вряд ли конституционная норма предполагает защиту именно неких лингвистических проявлений, пусть они и уникальны для людей²¹¹. Дело, скорее всего, в другом. Во-вторых, в доктрине и решениях судов во всех странах мира свобода слова долгое время применяется и к другим формам выражения мыслей, не только вербальным.

Свобода слова распространяется не на все слова и не только на слова. «Слова» в обороте «свобода слова» — это юридическое понятие, значение которого не полностью совпадает с общеупотребимым или словарным²¹². Подлинным объектом конституционной защиты является выражение мыслей (коммуникация²¹³), а не его лингвистическая форма²¹⁴.

В зависимости от формы выражения мыслей, содержание свободы слова состоит из чистых высказываний (*pure speech*) и экспрессивного поведения.

²⁰⁸ Это же значение корреспондирует английскому слову *speech*. См.: Большой толковый словарь русского языка. Гл. ред. С.А. Кузнецов. 1998 // URL: <http://gramota.ru/slovari/dic/?word=%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%BE&all=x> (дата обращения: 13.02.2024).

²⁰⁹ Словарь русского языка в 4-х томах. Под ред. А. П. Евгеньевой. 1999 // URL: <http://feb-web.ru/feb/mas/mas-abc/03/ma128001.htm?cmd=0&istext=1> (дата обращения: 11.04.2024).

²¹⁰ Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression. P. 207; Kendrick L. The 'Speech' in 'Freedom of Speech' // Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper. 2017. P. 3. // SSRN.com;

²¹¹ Уникальность дара речи для людей приводит в качестве нравственного понимания свободы слова М.Я. Муратов (Муратов М.Я. Указ. соч. С. 16). Однако ношение одежды и намеренное добавление соли в еду также присуще только человеку: оба эти действия безразличны для конституционного права.

²¹² Интуитивное, бытовое толкование правовых терминов зачастую дает неточные результаты. Так, достаточно необычно, что право признает домашних животных вещью, а самолеты - недвижимостью. Однако такая классификация появилась неслучайно и имеет достаточно веские догматические основания.

²¹³ Коммуникацию называет сущностью свободы слова, в частности, А.Б. Эктумаев. См.: Эктумаев А.Б. Указ. соч. С. 10.

²¹⁴ Nimmer M. The meaning of symbolic speech under the First Amendment // University of California Los Angeles Law Review. Vol. 21. 1973. P. 34.

Значимые для правопорядка особенности выражения мыслей наиболее сконцентрированно проявляются именно в чистых высказываниях. Установив эти черты, можно распространять конституционную защиту на то, что в бытовом смысле высказываниями не считается, но входит в свободу слова.

Категория **чистых высказываний** охватывает словесное выражение мыслей и далее распадается на оценочные суждения и утверждения о фактах. Оценочные суждения традиционно считаются центральным элементом содержания свободы слова. Либеральная философия видела смысл свободы слова именно в защите от преследования непопулярных мнений, а не слов как таковых²¹⁵. Первые упоминания о свободе слова связаны с критикой преследований богохульства, антигосударственных и антицерковных выступлений²¹⁶. То есть объектом защиты, в первую очередь, виделось высказывание непопулярных точек зрения, а не слова как таковые.

Оценочные суждения становятся убедительными и ценными, явно или неявно опираясь на фактические сведения²¹⁷. Любое мнение, в конечном счете, полагается на некое представление об объективной действительности: под влиянием фактов люди формируют, развивают и пересматривают свои взгляды. Они важны для понимания людьми окружающего мира, которое ложится в основу принимаемых ими решений²¹⁸. По этим причинам, а также поскольку сложно отделить фактические заявления от оценок при правоприменении²¹⁹, на них также распространяется свобода слова.

Особое отношения конституции к чистым высказываниям связывается с двумя соображениями. Во-первых, утверждается, что высказывания обладают

²¹⁵ Ofseyer J. Speech or Opinion - Two Objects of First Amendment Immunity // Utah Law Review. 2002. P. 843.

²¹⁶ Например, «Ареопагетика» Д. Милтона написана в 1644 году в ответ на преследования Д. Лилбурна за ввоз в страну подрывной литературы без лицензии

²¹⁷ Alexander L. Is freedom of expression a universal right // San Diego Law Review. Vol. 50. 2013. P. 713; Хесце К. Основы конституционного права ФРГ / пер. с нем. Е.А. Сидоровой. М.: Юрид. Лит., 1981. С. 197.

²¹⁸ Greenawalt K. Speech, crime and the uses of language. New York: Oxford University Press. 1989. P. 44.

²¹⁹ Например, Верховный Суд РФ признает эту трудность в рассмотрении диффамационных исков (Пункт 6, Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации (Утверждён Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г.) // СПС «Консультант-Плюс»).

некоторой особой ценностью по сравнению с иными действиями²²⁰. Во-вторых, вред от высказываний, как правило, не является таковым, за который допустимо привлечение к юридической ответственности. Далее эти тезисы рассматриваются подробнее.

Речевая коммуникация — основной, хотя и не единственный, способ передачи информации. Слова — это элементы языка, системы, которая складывалась веками главным образом для одного — для обеспечения общения между людьми. Неслучайно выражение «говорить на одном языке» означает «понимать». В лингвистике и психологии широко признано, что владение языком критично для социального развития личности и выстраивания отношений с окружающим миром²²¹. В межличностном общении только речь может точно передать чувства, просьбы или обоснования поступков. Выяснить мысли другого человека без использования слов трудно, а иногда и вовсе невозможно. К примеру, при общении с детьми, не овладевшими пока языком, взрослым приходится догадываться о чувствах и потребностях ребенка, внимательно отслеживая его поведение. Даже при больших усилиях имеется значительный уровень потерь. Таким образом, слова как бы снижают транзакционные издержки во взаимодействии людей.

Речь — также основа общественной и политической жизни (это, по существу, и есть общение). Аристотель заключал, что человек — политическое животное, именно исходя из его способности говорить²²². Реализация общих целей с другими особями того же вида возможна и без слов: это делают муравьи, пчелы и т.п. Однако масштаб и эффективность подобного взаимодействия меркнет по сравнению с человеческим сотрудничеством. Договорённости и компромиссы, которые являются единственно устойчивым способом

²²⁰ Richards D. Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 123. 1974. P. 45; Муратов М.Я. Указ. соч. С. 15-19; Emerson T. The System of Freedom of expression. Michigan, 1970.

²²¹ Kendrick L. Use Your Words: On the Speech in Freedom of Speech // Michigan Law Review. Vol. 116. 2017. P. 690.

²²² Аристотель пишет: «Что человек есть существо общественное в большей степени, нежели пчелы и всякого рода стадные животные, ясно из следующего: природа, согласно нашему утверждению, ничего не делает напрасно; между тем один только человек из всех живых существ одарен речью». Цит. по.: Аристотель. Этика и политика (Всемирное наследие). М.: Издательство АСТ. 2002. С. 102.

разрешения конфликтов между человеческими интересами, основываются именно на словах.

Язык фундаментален и для человеческого мышления²²³. О неразрывной связи между мышлением как самой сущностью человека и речью пишет, в частности, К. Аксаков: «Человек создан от Бога существом разумным и говорящим»²²⁴. «Человеку слово дано, скоту немота. Слово есть первый признак сознательной, разумной жизни»²²⁵. Ключевое различие между мышлением людей и животных заключается в способности первых к обработке понятий, которые не имеют прямого физического соответствия. Язык предоставляет схему организации мыслей, позволяющую размышлять не только о конкретных объектах или событиях, но и об абстрактных идеях, концепциях и принципах, таких как время, пространство, справедливость, любовь или свобода²²⁶. Чтобы понять, насколько абстрактное мышление связано с речью, стоит лишь попробовать донести до собеседников любую неэмпирическую концепцию без использования слов и без ссылки на слова. Кажется, из этого ничего не получится.

В общем, речь — это наиболее эффективный способ коммуникации, а также нечто центральное для личности. Однако из этого автоматически не следует значимость высказываний для права. Почему конституция должна защищать, да и вообще обращать внимание на общение людей или на свойства личности? Ответить позволяют различные теории свободы слова, которые были описаны выше. Они опираются на ценности более общего уровня, выводя из них необходимость защиты высказываний. Например, слова как инструмент

²²³ Вопрос о соотношении языка (как коммуникационной системы) и мышления - дискуссионный вопрос в лингвистике, и обсуждение его заводит нас далеко от тематики исследования. Отметим лишь коротко, что некоторые учёные занимают достаточно радикальную позицию, что язык полностью предопределяет мышление (лингвистический детерминизм), то есть загоняет его в некие, достаточно узкие, рамки (Э. Сепир, Б. Уорф). Более умеренная версия этой гипотезы, что язык лишь влияет на мышление, наряду с другими факторами, разделяется многими современными авторами (С. Пинкер). Иную точку зрения высказывали Л. Выготский или Н. Хомский, считавшие, что язык и мышление раздельны, хотя и связаны.

²²⁴ Аксаков К.С. О внутреннем состоянии России. 1855 г. /// Аксаков К. С. Полное собрание сочинений. Т.1. М., 1861. С. 72-91.

²²⁵ Цитата приводится в Толковом словаре живого великорусского языка В.И. Даля. См.: URL: <https://gufo.me/dict/dal/%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%BE> (дата обращения: 13.04.2024).

²²⁶ Pinker S. The Language Instinct How the Mind Creates Language. New York, 1998. P. 129.

коммуникации важны для демократической теории свободы слова²²⁷, а в качестве аспекта мышления значимы для теории автономии²²⁸.

Некоторые исследователи считают особое отношение к чистым высказываниям теоретически необоснованным, поскольку связываемые с ними ценности могут реализовываться и с помощью других действий. Вербальное высказывание — не единственный способ коммуникации: информацию сообщают практически любые действия, причём иногда более ясно²²⁹. С этим можно частично согласиться, и к данной проблеме мы обратимся ниже²³⁰, однако сделаем одну важную оговорку. Вовсе не обязательно, чтобы каждое конкретное высказывание в любой ситуации было более эффективно в донесении мыслей для того, чтобы признать это за высказываниями как категорией²³¹. Игнорируя обобщающий и сравнительный характер утверждения об особой (по сравнению с другими действиями) ценности высказываний для коммуникации и мышления, исследователи отрицают достаточно очевидные тезисы в угоду теоретической чистоте. Эта ремарка относится и к доводу о пониженной вредоносности высказываний, о котором пойдёт речь далее.

К выводу о значимом для права отличии высказываний от действий многие авторы приходят и другим путём²³². Наиболее ёмко его выражает английская поговорка: «палки и камни могут сломать мои кости, но слова не могут меня

²²⁷ Коммуникация особо ценна в рамках делиберативной модели демократии, предполагающей в качестве условия легитимности общеобязательных решений активную и информированную общественную дискуссию. Слова важны не только для выражения воли граждан, но для её формирования. Каждый формирует мнение с учетом услышанного от сограждан, и, со своей стороны, имеет возможность повлиять на их мнение.

²²⁸ Ограничивая пул информации, доступной гражданам, или саму возможность самовыражения, государство посягает на их личность. См.: Shiffrin S. *Speech Matters: On Lying, Morality, and the Law*. Princeton, 2014. P. 79; Аксаков И.С. Ошибочность взгляда, будто свобода слова несовместна с существующей у нас политической формой правления // URL: http://dugward.ru/library/alexandr2/aksakov_svob_slova.html (дата обращения: 15.02.2024) («Посягать на жизнь разума и слова в человеке - значит не только совершать святотатство Божьих даров, но посягать на божественную сторону человека, на самый дух Божий, пребывающий в человеке, на то, чем человек - человек!»).

²²⁹ Например, Д. Эли отмечал, что сжигание флага, как и любое другое действие — это и высказывание на 100%, и действие на 100%. См.: Ely J. *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis* // *Harvard Law Review*. Vol. 88. 1975. P. 1495..

²³⁰ См. с. 66-68 работы. .

²³¹ Kendrick L. The 'Speech' in 'Freedom of Speech' // *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*. 2017. P. 40 // SSRN.com

²³² См.: Bayles M. *Mid-Level Principles and Justification* // *NOMOS XXVIII: Justification*. 1986. P. 49; Redish M. *Fear, Loathing, and the First Amendment: Optimistic Skepticism and the Theory of Free Expression* // *Ohio State Law Journal*. Vol. 76. 2015. P. 691; Dworkin R. *Taking rights seriously*. P. 200-203.

ранить»²³³. Высказывания, как правило, затрагивают интересы других людей в меньшей степени, чем действия²³⁴. Их материальные, физические последствия менее насущны и более поправимы.

Особенно это верно для оценочных суждений. Наличие у других людей иных мнений и их выражение, не причиняет человеку вреда, который может стать заботой государства. Это послужило для философов Просвещения основанием для веротерпимости. Томас Джефферсон рассуждал так: «Законная власть правительства простирается только на те действия, которые влекут за собой причинение ущерба другим людям. Но мне не наносит ущерба утверждение соседа, что существует двадцать богов или что бога нет. Это не задевает моего кармана и не перелаживает мне ногу»²³⁵. Выражение отличного мнения не наносит вреда ничьим охраняемым законом интересам.

Можно было бы продолжать, например, утверждая, что и фактические утверждения безвредны, потому что они лишь описывают действительность, а не формируют её. Однако даже с мнениями не все так однозначно. На тезис об отсутствии вреда от высказываний можно возразить фразой А. Грибоедова, «Злые языки опаснее пистолета», или поэта В.С. Шефнера: «Словом можно убить, словом можно спасти, Словом можно полки за собой повести». За этими художественными метафорами может скрываться серьёзный правовой аргумент, которому стоит уделить внимание. Слова могут наносить психологический вред конкретному лицу, а также иметь достаточно ощутимые материальные последствия²³⁶. Довод о безвредности слов рушится, если понимание вреда, на который вправе реагировать законодатель, расширяется до неэмпирического (у Грибоедова) или гипотетического (у Шефнера).

²³³ “Sticks and stones may break my bones, but words will never break me”. Точное происхождение этой фразы неизвестно, но при первом употреблении в печати её обозначили как «старую мудрость». См. URL: <https://www.phrases.org.uk/meanings/sticks-and-stones-may-break-my-bones.html>

²³⁴ Подчеркнем, что это относится не ко всем высказываниям по отдельности, но к словам как категории. Они менее вредоносны в среднем. См.: Emerson T. The System of Freedom of expression. Michigan, 1970. P. 9.

²³⁵ Цит. по: Джефферсон, Т. Автобиография. Заметки о штате Виргиния. Издательство “Наука”: Ленинград. 1990. С. 228.

²³⁶ Оба эти основания используются, например, в аргументации сторонников запрета языка ненависти (экстремистских высказываний). См. Кульнев А.С. Запрет разжигания ненависти в современном праве: наука и практика в поисках надёжного обоснования // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 4 (155). С. 93.

Такое расширение, однако, необоснованно. Неэмпирический вред, кроме крайне редких случаев (клевета или оскорбление), не должен становиться основанием для запретительных государственных действий. Это следует как из принципа вреда²³⁷, так и из иных вариантов установления пределов для правоограничительных полномочий государства (например, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ или принципа пропорциональности). Поскольку государство обязано доказать, что его меры имеют надлежащее основание, или что они являются соразмерными поставленной цели, должны использоваться исключительно материальные, проверяемые, категории (соразмерен ли штраф в 100 рублей за колдовство?)²³⁸.

Эта же идея ограничивает государство в реагировании на гипотетический вред. Если речь идёт о таковом, ему необходимо доказать, что вероятность наступления вредных (материальных) последствий от определённых действий в определённом контексте действительно высока²³⁹. Так, запрет на покупку огнестрельного оружия считается допустимым, поскольку риск его использования для совершения противоправных действий считается достаточно высоким. Однако попробуй государство запретить на таком же основании продажу кухонных ножей, его решение было бы воспринято с недоумением. Разница между этими случаями заключается в вероятности наступления материального вреда. Позволяя государству вовсе не опираться в своих ограничительных мерах на наблюдаемую реальность, мы наделяем светскую власть полномочиями по регулированию духовной сферы, которые не принадлежали ей даже в средневековой Европе²⁴⁰.

²³⁷ Д.С. Милль, с именем которого обычно связывают этот принцип, пишет: «Принцип этот прост: единственное оправдание вмешательства в свободу действий любого человека - самозащита, предотвращение вреда, который может быть нанесен другим». См.: Милль Дж. О свободе / Пер. с англ. А. Фридмана // Наука и жизнь. - 1993. № 11. С. 10-15; № 12. С. 21-26. Эта же идея выражена в ст. 4 Французской Декларации прав человека и гражданина 1789 года.

²³⁸ «Действительность рисков или реальность причиняемого вреда должна быть доказана, когда правоограничения поставлены под сомнение в конституционном судопроизводстве» (Пункт 5. Мнение судьи Конституционного суда РФ К.В. Арановского. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 января 2019 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи 191 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации» в связи с жалобой гражданина Е.Г. Финкельштейна»).

²³⁹ Newman S. Finding the Harm in Hate Speech: An Argument against Censorship // Canadian Journal of Political Science/Revue Canadienne de science politique. Vol. 50. No. 3. 2017. P. 682.

²⁴⁰ В то время государственная власть делила такие полномочия с церковью.

Даже если исключить из обсуждения все типы вреда, кроме материального, всё же нельзя утверждать, что слова безвредны. Некоторые классические преступления не содержат ничего, кроме слов: дача ложных показаний, вымогательство, угроза, соучастие в любом преступлении в качестве подстрекателя, ценовой сговор, инсайдерский трейдинг. Применима ли к таким делам свобода слова? Вероятно, многих не затруднит ответ на этот вопрос и они заметят, что «свобода слова не абсолютна», что она подлежит ограничениям. Такое объяснение, однако, не будет верным.

Представим, что при рассмотрении дела о вымогательстве одним из доводов обвиняемого стала гарантируемая Конституцией РФ свобода слова. Суд, по неведомым причинам, эти доводы поколебали, и он решил направить запрос в Конституционный Суд РФ (далее также – КС РФ). Как должен поступить последний? Очевидно, что он не должен признавать ст. 163 УК РФ неконституционной. Однако излишним выглядит и обращение к ч. 3 ст. 55 Конституции РФ и оценка того, насколько преследование вымогательства необходимо для реализации одной из указанных в ней целей. Анализируя соразмерность, вероятно и можно прийти к выводу о том, что статья о вымогательстве неидеальна: например, так ли необходимо защищать чиновников высшего уровня в ситуации, когда от них требуют деньги за непубликацию неприглядных, но общественно-значимых сведений? Ответственность за вымогательство вполне может стать инструментом для подавления прессы²⁴¹, так что, вероятно, стоит отправить статью 163 УК РФ на доработку, по аналогии с клеветой? Тот факт, что подобный пересмотр уголовного закона не произошёл ни в одной стране мира и даже всерьёз не обсуждается на страницах академической литературы, показывает, что это было бы неправильным решением казуса.

Второй вариант, также неверный, заключается в применении нормы о злоупотреблении правом (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). Реализуя свободу слова,

²⁴¹ Например, обвинения в продаже так называемых «блоков на негатив». См.: Последствия неверного толкования диспозиции, предусмотренной ст. 163 УК // URL: <https://pravo.ru/story/250964/> (дата обращения: 27.03.2024).

обвиняемый в нашем случае якобы не должен был посягать на права и свободы иных лиц (видимо, на право частной собственности, закреплённое в ст. 35). Однако несложно придумать ситуации, когда высказывания, посягающие на чужое право собственности, должны защищаться конституцией: например, выступления в пользу прогрессивной шкалы налогообложения, национализации, пересмотра итогов приватизации, а также любая реклама (лишает конкурентов дохода, а также подталкивает покупателей расстаться со своими деньгами). Концепция злоупотребления правом не объясняет, почему выбор делается в пользу права собственности именно в случае вымогательства, но не в этих примерах.

Правильное решение, думается, заключается в том, что действия обвиняемого в описанной ситуации вовсе не относятся к свободе слова. Она неприменима в этом деле. Слова, с помощью которых совершаются подобные «классические» преступления, — это не то, что имеет в виду под словами конституция. В этих случаях (угрозы, приказ, адресное подстрекательство к конкретному преступлению) преступник с помощью слов пытается *не сообщить что-то, а сделать что-то*²⁴². Его высказывания имеют не коммуникативную, а стратегическую природу²⁴³. Умысел спикера направлен на конкретные материальные последствия, и это они, а не содержание сообщения, составляют вред²⁴⁴. Подобные слова буквально меняют мир адресата, обстоятельства принятия им решений, поэтому они являются инструментом принуждения, а не убеждения²⁴⁵. Высказываниями, в конституционном смысле, они не являются. Применяя данный критерий, мы можем обосновать, почему не относится к свободе слова общение между грабителем банка и его кассиром о том, что последнему нужно положить деньги в сумку²⁴⁶, приказ в рамках преступной

²⁴² Greenawalt, K. Speech, crime and the uses of language. NY: Oxford University Press. 1989. P. 36.

²⁴³ Solum L. Freedom of communicative action: A theory of the first amendment freedom of speech // Northwestern University Law Review. No. 83. 1988. P. 54.

²⁴⁴ Ofseyer, J. Op. cit. P. 852.

²⁴⁵ Baker C.E. Human Liberty and Freedom of Speech. Oxford, 1992. P. 85; Scanlon, A Theory of Freedom of Expression. P. 206–07; Strauss D. Op. cit. P. 353–60.

²⁴⁶ Такой пример приводится в работе Т. Скэнлона (см.: Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression // Philosophy and Public Affairs. 1972. Vol. 1, No. 2. P. 207). Ситуация становится сложнее, если в ходе подобного диалога

группировки, предупреждение сообщника о том, что к месту совершения преступления подъезжают сотрудники правоохранительных органов.

Аналогичный пример несложно привести и используя частноправовой материал: достаточно подставить в приведённый выше пример, вместо вымогательства, отказ от договора. Гражданин не может освободиться от юридических последствий такого волеизъявления (п. 2 ст. 450.1 ГК РФ), сославшись на свободу слова. Хотя уведомление об отказе от договора представляет собой (чаще всего) написанные слова, это не те слова, о которых говорит конституционная норма. Они не являются попыткой убедить собеседника, вынести что-то на его суд, но выражают некую реальность, хоть и правовую: договор прекращается, а отношения между сторонами переходят в ликвидационную фазу.

Данный подход к содержанию свободы слова является достаточно многообещающим, однако его генерализация вызывает проблемы. Вместе с тем пока будем придерживаться его, чтобы завершить логику. Итак, из содержания свободы слова исключены случаи, когда слова используются лишь как стратегический инструмент. Оставшиеся высказывания, если и наносят вред, делают это особым образом: они *убеждают, а не принуждают*. Их негативные последствия имеют важный промежуточный этап — обработку слушателем. Именно последний, услышав что-то, принимает некое решение, которое оценивается законом как «последствие» высказывания. Гражданин, которого слова убедили в том, что необходимо совершать преступления, принимать наркотики, голосовать за экстремальную политическую партию или идти на «несогласованный» митинг, пришёл к этим выводам самостоятельно. Так что последствием в юридическом смысле такие решения назвать нельзя: слушатель ведь мог мыслить или поступить иначе. Если законодатель ограничивает

грабитель ещё и излагает некоторое политическое обоснование своих действий. Ведь тогда эта коммуникация приближается к чистому высказыванию по общественно-значимым вопросам, к тому же направленному на массовую аудиторию. Нам представляется, что в этом казусе высказывания, которые касаются политического обоснования захвата банка, попадают под защиту свободы слова, однако это никак не осложняет привлечение к уголовной ответственности за грабёж и захват заложников (физические насильственные действия).

убеждающие высказывания, он делает предположение, что слушатель сделает неправильный или вредный вывод из слов. Легитимное государство, уважающее автономию личности, не может исходить из такой презумпции.

Объединяя сказанное выше, можно сделать вывод, что высказывания являются особым объектом регулирования по двум основным причинам. Во-первых, они имеют уникальную ценность как элемент взаимодействия людей и неотъемлемая часть процесса мышления. Во-вторых, как категория, высказывания предполагают пониженные риски нарушения других прав и законных интересов. Высказывания крайне редко наносят материальный, физический вред, а если и наносят — чаще всего это происходит через убеждение, не подлежащее государственному регулированию.

Второй частью содержания свободы слова является так называемое экспрессивное (коммуникативное) поведение²⁴⁷, то есть действия, которые не включают речевых форм, но направлены в основном на выражение мыслей. Коммуникативность некоторых действий признается законом уже сотни лет. В гражданском праве ещё с древнеримских времён считается, что действия могут быть выражением воли (т.е. мыслей), наряду со словами²⁴⁸. Сделки, для которых дозволена устная форма, могут быть заключены и путём совершения определённых действий (п. 2 ст. 158 ГК РФ²⁴⁹). В публичном праве ситуация аналогична. Например, английский суд в 1589 году признал клеветой (обычно выражаемой словами) вывешивание рогов на дверь дома²⁵⁰.

²⁴⁷ Экспрессивное и коммуникативное поведение будем использовать как синонимы, поскольку не считаем возможную разницу значимой для конституционного права.

²⁴⁸ Более того, в основе максимы *protestativo jacto contraria non valet* (возражение против фактического поведения не действует) лежит идея о том, что действия могут быть даже более отчетливым выражением воли лица, чем его слова. См.: Щепин Д.С. Теория фактических договорных отношений: история становления и критика // Вестник гражданского права № 6. 2021.

²⁴⁹ Кроме того, российский арбитражный суд признал акцептом договора направление символа «палец вверх» в электронной переписке, исходя из того, что данный символ обычно подразумевает одобрение (см.: Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.06.2023 № 15АП-8889/23 // СПС «Консультант-Плюс»).

²⁵⁰ Jones W.R. Actions for Slander -Defamation in English Law, Language, and History // Quarterly Journal of Speech. Vol. 57. 1971. P. 274-276.

Демонстрирование символов обычно не предполагает слов, однако под защиту свободы слова точно попадает. По своей коммуникативной природе это действие близко к чистым высказываниям. Символы используются, чтобы ёмко выразить сообщение, сделать его более запоминающимся. На этом эффекте построены системы навигации в общественных пространствах, дорожные знаки, а также коммерческая реклама и политическая агитация. Кроме того, символы ещё более безвредны, чем слова²⁵¹. Сложно представить ситуацию, когда само по себе демонстрирование символа наносит материальный вред²⁵². Также явно коммуникативным является художественное самовыражение в нелингвистической форме, например, изобразительное искусство или музыкальные произведения. Подобные произведения являются формой выражения мыслей, и зачастую «говорят» лучше, чем слова.

Две указанные категории экспрессивного поведения похожи и практически бесспорно защищаются свободой слова. Объединяет их то, что и символы, и искусство коммуницируют (сообщают мысли спикера аудитории). Однако достаточно ли этого в качестве критерия применимости свободы слова? Представляется, что нет.

Главная теоретическая сложность определения содержания свободы слова заключается в том, что практически все действия потенциально могут сообщать информацию собеседнику. Судья ВС США У. Ренквист писал: «В каждой активности можно найти некое зерно высказывания»²⁵³. Если понимать под экспрессивным поведением любое действие, которым человек хочет передать некое сообщение, получится крайне широкий спектр, в который входят не только демонстрирование символов, жестов или исполнение музыкального произведения, но и некоторые взрывы, убийства, а также большинство

²⁵¹ Данное наблюдение кажется достаточно очевидным, однако законодательство большинства стран мира, запрещающее те или иные символы (нацистские, коммунистические и т.п.), исходит из иного.

²⁵² Вероятно, таким примером может быть размещение такой навигации в аэропорте, которая направляет пассажиров туда, где их жизни или здоровью грозит опасность. В данном случае свобода слова скорее неприменима, поскольку система навигации не предполагает убеждения (это стратегическая коммуникация).

²⁵³ Dallas v. Stanglin // 490 U.S. 19, 25 (1989).

самоподжогов²⁵⁴. В терминах сигналов и посланий описываются боевые действия²⁵⁵, подростковая преступность называется формой выражения протеста²⁵⁶. Но ни к бомбардировкам городов, ни к вступлению в ОПГ свобода слова не может иметь отношения.

Очерчивая содержание свободы слова, мы должны отсесть те действия, которые коммуницируют, но явно не подлежат конституционной защите. При этом, в основе должен быть чёткий теоретический критерий, а не желаемый результат²⁵⁷. Как оценивать убийство, совершённое с целью сообщить нечто конкурирующей компании (например, что надо снять заявку с торгов по государственному контракту)? Ещё более очевидный пример – это террористический акт. Цель террористов – запугать общество и заставить тех, кто принимает соответствующие решения, выполнить определённые требования. Это коммуникация. Применяется ли принцип свободы слова в этом случае? Конечно же нет, но почему? Каковы критерии, с помощью которых коммуникативные действия, защищаемые свободой слова, отделяются от всех остальных, которые находятся за её пределами?

В литературе предлагается несколько подходов к ответу на этот вопрос. Первый идёт по пути формулирования критериев, относящихся к самим действиям (внутренние критерии). Для второго подхода главным мерилом является государственный мотив в ограничении действий (внешний критерий).

Внутренние критерии применимости. Первый подход ориентируется на признаки, которые присущи самому действию (поэтому мы называем эти критерии внутренними). Для попадания в сферу конституционной защиты, действие должно обладать некоторыми характеристиками, которые позволяют

²⁵⁴ Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression. P. 206.

²⁵⁵ Например, аналитик Армии обороны Израиля говорил: «Цели для ответных бомбовых ударов выбирались не по критериям достижения конкретного оперативного результата. Они являлись скорее *политическим посланием*, которое можно было бы выразить простой фразой “Мы вам покажем”». Цит. по: Бергман, Р. Восстань и убей первым. Тайная история израильских точечных ликвидаций. М.: Колибри, Азбука-Аттикус, 2022. С. 525. Курсив – мой. А.К.

²⁵⁶ Королев С. А., Гуринович Л. А. Подростковая преступность как форма протеста и поиска социальной истины // В поисках социальной истины. 2022. С. 289-293.

²⁵⁷ Это не отменяет того, что теорию, приводящую к абсурдным или явно нежелательным результатам, необходимо уточнять.

признать его высказыванием. Содержание свободы слова примерно пересекается с коммуникацией, поэтому вполне логично смотреть в этом направлении. Как повышенная ценность слов, так и их пониженная вредоносность, связаны с тем, что основная функция словесных высказываний – это сообщение мыслей. Экспрессивные действия, в этом смысле, функционально эквивалентны словам: они обращаются к адресатам для донесения некоего содержания. Поэтому критерии конституционной защиты, скорее всего, связаны с наличием или долей какой-то коммуникативной составляющей в действиях²⁵⁸.

Как в науке, так и в практике, основным критерием для отделения коммуникативных действий от иных является намерение высказывающегося²⁵⁹. Про основную мысль данного подхода мы писали выше. Если лицо пытается своим действием сообщить нечто адресатам, то это действие коммуникативно и, следовательно, защищается свободой слова. Если же человек пытается скорее достичь чего-либо материального, действие не получает специальной конституционной защиты (это действие – стратегическое).

Проблема подобного критерия заключается в его субъективности. Как определить намерение, тем более если сам субъект не признается в нём, или наоборот пытается приписать себе коммуникативное намерение, имея в реальности стратегические цели²⁶⁰? Сложно опираться и на обобщённое мнение аудитории, поскольку она может наделить смыслом любое действие, додумать, что имел в виду человек, поступая определённым образом. Проверить (или опровергнуть) вывод суда о применимости свободы слова в таком случае невозможно. При этом, любые стандарты, допускающие широкое усмотрение правоприменителей, в области свободы слова создают риск репрессий и имеют

²⁵⁸ Вероятно, впервые в конституционализме эта проблема была рассмотрена в работе Т. Эмерсона (Emerson, T. Op. Cit.). Проблемой работы Эмерсона было то, что отделение действий от высказываний он производит на глаз, не опираясь на конкретные теоретические критерии (Nimmer, M. Op. cit. P. 32; Solum L. Op. cit.; Friedman H.M. Why Do You Speak That Way? Symbolic Expression Reconsidered // Hastings Constitutional Law Quarterly. Vol. 15. 1988. P. 587-591).

²⁵⁹ В отечественной науке о коммуникативном намерении пишет, ссылаясь на зарубежных авторов, А.Б. Экумаев (Экумаев А.Б. Указ. соч. С. 20). Такой же критерий, скорее всего, имеет в виду Шевердяев, когда пишет, что символические действия отличаются от обычных тем, что они «специально» предпринимаются для выделения своего мнения и обращения на него внимания окружающих (см. Шевердяев С.Н. Указ. соч. С. 97).

²⁶⁰ Nimmer M. Op. cit. P. 38.

охлаждающий эффект²⁶¹. Уголовные запреты высказываний, ориентирующиеся на оценку судом (а в современности чаще — связанным со следствием экспертом) умысла спикера или «направленности» его действий, такие как ст. 282 УК РФ или архаичный состав мятежной клеветы в английском праве, создают крайне серьёзные проблемы для публичного дискурса. Нет никаких оснований считать, что тенденция правоприменения будет иной в случае с вопросом применимости свободы слова.

П. Тирсма считает, что сложность выявления коммуникативного намерения преувеличена, ведь в повседневном общении люди обычно понимают, когда контрагент пытается что-то сказать своим действием²⁶². Если в этом состоит его намерение, сам спикер *выделяет* свое поведение соответствующим образом. Следовательно, в самом поведении, как правило, содержатся подсказки, индикаторы коммуникации — они и могут внести большую объективность в вопрос о намерении. Автор перечисляет несколько таких признаков: публичность, ритуальный характер²⁶³, повторение²⁶⁴, необычная продолжительность действия. Кроме того, вывод о коммуникативности действия можно сделать из его нефункциональности²⁶⁵ или окружающего контекста²⁶⁶. При том, что критерии, выделяемые автором, выглядят концептуально верными, а их изложение весьма полезно, они все же не составляют единого стандарта решения вопроса о применимости свободы слова к конкретному действию. Остаётся слишком широкий простор для усмотрения

²⁶¹ На это можно возразить, что выяснение намерения — будничная задача для суда, ведь в каждом процессе по уголовному делу и так устанавливается умысел. Этот довод неубедителен, поскольку в случае регулирования слов недоверие государству подталкивает нас к формулированию объективных стандартов, а не оценочных. То, что работает для регулирования действий, может быть губительно при регулировании слов. Обоснования особых требований к качеству законов, в том числе в части их определённости см. § 3 главы 4 настоящей работы.

²⁶² Tiersma P. Nonverbal communication and the freedom of speech // Wisconsin Law Review. 1993. P. 1525.

²⁶³ Действия, выполняемые ритуальным, гиперболизированным образом, означают намерение коммуницировать. Когда человек курит в тамбуре поезда, а другой пассажир покашливает *нарочито*, мы понимаем, что дело не в простуде, а в недовольстве поведением курильщика.

²⁶⁴ В случае, когда в обычной обстановке действие производится однократно, его многократное повторение может подтолкнуть к мысли, что это коммуникация. Один сигнал клаксона автомобиля может быть случайным, однако многократные, как правило, являются сообщением чего-либо.

²⁶⁵ Нефункциональные действия, исходя из обстановки, не могут служить иным целям, кроме передачи сообщения.

²⁶⁶ Само по себе хождение по улице не составляет коммуникацию. Однако хождение в определённое время в определённом месте (на площади в часы, на которые запланирован митинг), безусловно, может считаться выражением мнения.

правоприменителя (должны ли эти индикаторы присутствовать вместе, или достаточно нескольких; достаточно ли одного?). Поэтому даже такое уточнение критерия намерения не отвечает в полной мере его критикам.

Проблематично для анализа намерения и то, что, совершая действия, люди, как правило, руководствуются несколькими целями. При такой множественности, какие из них считать приоритетными — коммуникативные или стратегические? Возьмём, например, речь политика на предвыборном мероприятии. Чем он руководствуется, обращаясь к избирателям? Коммуникативное намерение, безусловно, присутствует, однако главная цель подобных выступлений — стратегическая (занять определённую должность). Разве такие высказывания нужно исключать из-под защиты свободы слова? Пример можно ещё усложнить: что, если целью выступающего было даже не занятие должности (что несёт некую публичную ценность), а получение от неё коррупционных доходов²⁶⁷? Такая цель явно стратегическая, однако должны ли политические высказывания избранного коррупционера лишаться конституционной защиты? Нам представляется, что такой подход порочен сам по себе, а также грозит серьёзными злоупотреблениями и оставляет любое политическое высказывание в подвешенном состоянии²⁶⁸.

Критерий намерения часто дополняется или заменяется другим, несколько более проверяемым, параметром. Коммуникативное действие должно обладать достаточно ясным значением. Например, если публичное сжигание молодым человеком повестки из военкомата, скорее всего, означает протест против войны (если таковая ведётся) или обязательного призыва, и будет понято так аудиторией²⁶⁹. Поскольку значение действия очевидно, оно входит в содержание свободы слова²⁷⁰.

²⁶⁷ Убедительно доказать это практически невозможно, однако допустим, что это удалось.

²⁶⁸ Помимо прочего, это означает, что государство может определять должные или недолжные мотивы высказывающегося. На основании чего будут приниматься такие решения абсолютно непонятно.

²⁶⁹ Эти обстоятельства стали предметом рассмотрения в деле ВС США *O'Brien v. United States*. Суд отказался расценивать сжигание мобилизационной карточки в качестве экспрессивного поведения и отметил, что это «не обязательно» самовыражение. Supreme Court of the United States. *United States v. O'Brien* // 391 U.S. 376 (1968).

²⁷⁰ Greenawalt K. Op. cit. P. 56.

То, что оценке подлежит ментальное состояние не одного человека (спикера), а многочисленной аудитории, несильно улучшает ситуацию. Существенность этого критерия также вызывает сомнения. Например, раздача пустых листов бумаги на Красной площади едва ли является конкретизированным сообщением (наверное это протест, но против чего?). Применима ли свобода слова к таким случаям? Представляется, что применима, а требование конкретизированности значения избыточно. Смысл многих высказываний достаточно туманен. Зачастую в неоднозначности и заключается задумка спикера, а иногда он сам до конца не понимает, что именно хотел сказать. При всех этих оговорках, большинство авторов отмечает, что для признания действия коммуникацией всё же необходимы хотя бы какие-то намёки на конкретное сообщение²⁷¹. Однако это требование не рассматривается как строгое: отказывать в применении свободы слова допустимо только при полном отсутствии значения²⁷². В итоге, остаётся неясным, какие именно действия пытаются исключить из свободы слова таким критерием теории и правоприменители (проще говоря, зачем он придуман).

Практически все проблемы внутренних критериев коммуникативных действий одновременно проявились в деле, рассмотренном ВС США²⁷³. В нём оценивалась правомерность отчисления ученика, который вывесил на школьной выставке плакат с надписью «*Bong Hits 4 Jesus*» («Подкурим за Иисуса»). ВС США признал это высказыванием, хотя оба внутренних критерия (намерения и значения) не были соблюдены. Сам школьник заявил, что не собирался высказывать какую-то конкретную идею²⁷⁴. В судебном акте отмечено, что сообщение на постере «загадочно». Понимания сообщения аудиторией тоже вряд ли следовало ожидать: посетители выставки, как и суд, могли разве что догадываться о смысле плаката. Скорее всего, внимание привлекало просто употребление слов «Иисус» и «бонг» в одном предложении, а не конкретный

²⁷¹ Wright R. Op. cit. P. 1238.

²⁷² Ibid. P. 1239.

²⁷³ Morse v. Frederick, 551 U.S. 393 (2007),

²⁷⁴ Wright R. Op. cit. P. 1244.

посыл. Признавая непонятность значения и отсутствие намерения, ВС США отметил, что реакция директора (отчисление ученика) выдаёт, что он понял плакат вполне определённо – как пропаганду наркотиков. Суд признал эту интерпретацию одной из возможных и применил в деле Первую поправку²⁷⁵.

Внутренние критерии, анализирующие сами действия, оставляют много неясности и предоставляют значительный простор для усмотрения правоприменителей в вопросе применимости свободы слова. Кроме того, они не решают важную концептуальную проблему: многие реальные преступления остаются в рамках свободы слова, ведь и теракт, и политическое убийство удовлетворяют обоим внутренним критериям. Более оптимальным подходом, снимающим эти проблемы, видится тот, который и был применён ВС США в упомянутом деле.

Цензорский мотив регулятора (внешний критерий применимости).

Второй подход к определению содержания свободы слова ориентируется на те мотивы, которыми руководствуются её ограничения²⁷⁶. В подавляющем большинстве случаев, регулирование высказываний призвано остановить распространение неких нежелательных, осуждаемых, мыслей²⁷⁷. Любые государственные меры, принятые с подобными целями, затрагивают свободу слова, вне зависимости от того, на какие действия или явления они направлены.

Любое действие может иметь последствия двух типов: относящиеся и не относящиеся к значению (*meaning/non-meaning effect*)²⁷⁸. Последствия значения возникают от того, как аудитория воспринимает содержание сообщения. Не относятся к значению физические, материальные последствия, которые не зависят от реакции сознания других людей. Свобода слова сковывает те государственные действия, которые реагируют на последствия значения (чаще

²⁷⁵ Решение директора об отчислении ученика не было сочтено нарушением свободы слова.

²⁷⁶ См., напр: Ofseyer J. Speech or Opinion - Two Objects of First Amendment Immunity // Utah Law Review. 2002. P. 849.

²⁷⁷ Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression P. 209

²⁷⁸ Nimmer M. Op.cit. P. 36.

всего, пытаются их предотвратить)²⁷⁹. Всё, что ограничивается с подобным целеполаганием (слова, действия, компьютерный код и т.п.), считается высказыванием, «словами» в конституционном смысле, вне зависимости от намерения спикера²⁸⁰ или понимания аудитории²⁸¹.

К примеру, ограничивая форму одежды в школе, регулятор может руководствоваться цензорскими соображениями (неприятие ярких цветов, зарубежных брендов или предметов одежды, или в принципе того, что школьники могут быть одеты по-разному), то есть видеть вред в значении. Наиболее распространённое объяснение относительно обязательной школьной формы – подчёркивание равенства учащихся – является явно цензорским. Подобные правила могут вводиться и по нецензорским основаниям. На уроке труда, предполагающем работу на деревообрабатывающих станках, одежда свободного кроя не допускается ради сохранения конечностей учеников, а не их идеологической чистоты.

Критерий цензорского мотива состоятельно отвечает на вопросы, которые внутренние критерии оставляют открытыми (или позволяют прийти лишь к натянутым выводам). Так, свобода слова применима к преследованию искусства, ведь оно, как правило, связано с тем, что подтекст произведений расходится с господствующей идеологией²⁸². Также чётко объясняется применимость свободы слова в ситуациях её косвенных, исподвольных ограничений²⁸³, в

²⁷⁹ Эта же мысль, с немного другим акцентом, выражается разделением коммуникативного и некоммуникативного элемента действий. Если государство пытается ограничить коммуникативный элемент действия (сообщение, которое оно передает), такое действие считается «словами» в конституционном смысле. См.: Roig J. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook, and the Arab Spring // New York University Annual Survey of American Law. Vol. 68. 2012. P. 335.

²⁸⁰ Фигура спикера в принципе теряет определяющее значение: защиту свободы слова может получить как физическое лицо, так и юридическое. См.: Redish M. The Value of Free Speech // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 130. 1982. P. 591.

²⁸¹ Schauer F. Free Speech: A Philosophical Enquiry. P. 111

²⁸² Оценить, например, действия современных акционистов с помощью внутренних критериев достаточно сложно. С аналогичными трудностями столкнулись бы и суды-современники, попади им на оценку какое-то из произведений авангардного искусства. Представляется, что художественную ценность работ (да и вообще их значение) неспециалисты могут распознать лишь спустя какое-то время. Споры же необходимо разрешать уже «сейчас».

²⁸³ Например, с 2012 до 2022 года законодательство РФ об иностранных агентах ограничивало свободу слова лишь косвенно. На организации, получающие финансирование из зарубежных источников, накладывались повышенные обязанности по отчетности (Федеральный закон от 20.07.2012 № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента»). Однако и это имело явно цензорский мотив,

частности, регулирования деятельности и вещей, составляющих инфраструктурную сторону передачи информации²⁸⁴. Так, кинокартина бесспорно является формой выражения мыслей. При этом, производство и распространение фильма задействует множество процессов и предметов: цифровые носители или плёнка, оборудование (проекторы), здания (студии, кинотеатры), организации (киноакадемии, профессиональные союзы) и так далее. Если ограничительное государственное регулирование затрагивает данные вспомогательные процессы или объект по мотивам значения конечных произведений, оно должно считаться посягающим на свободу слова и оцениваться сообразно этому²⁸⁵.

Эта же логика применима к регулированию технической (аппаратной и программной) стороны Интернета и деятельности цифровых корпораций²⁸⁶. Если государство принимает технологические решения, ориентируясь на последствия значения, свобода слова применима при их оценке. Яркий пример – акт Государственного совета КНР от 1996 года, которым установлено, что весь интернет-трафик в стране должен проходить через четыре контролируемые государством сети²⁸⁷. Даже официальная мотивировка коммунистической партии на этот счёт – борьба с порнографией – обращается не к технологиям, а к значению.

поскольку признаком иностранного агента было участие в политической деятельности. Таким образом, еще с 2012 года эта система мер вторгалась в свободу слова и могла, теоретически, быть отменена Конституционным судом РФ со ссылкой на статью 29. Дальнейшее разрастание данного законодательства показывает, насколько важно останавливать цензорские меры ещё на ранних подступах к самим высказываниям. Критерий государственного мотива позволяет ставить подобный вопрос заранее.

²⁸⁴ Об инфраструктурной составляющей свободы слова (массовой информации) пишет А.Б. Эктумаев, основываясь, главным образом, на практике Европейского суда по правам человека. См.: Эктумаев А.Б. Указ. соч. С. 14-21.

²⁸⁵ Post R. Encryption Source Code and the First Amendment // Berkeley Technology Law Journal. Vol. 14. 2000. P. 717.

²⁸⁶ Supreme Court of the United States. *Reno v. ACLU* // 521 U.S. 844, 870 (1997).

²⁸⁷ Временный регламент по управлению международной сетью компьютерной информации в Китайской Народной Республике от 23 января 1996 года. Данный временный регламент действует до сих пор. См.: Qiu, J. The Architecture of Control: Internet Surveillance in China. Center for Strategic and International Studies // International Journal of Communications Law and Policy. Vol. 4. Winter 1999/2000. P. 10

По большому счету, любое особое отношение законодателя к тем организациям, которые предоставляют интернет-услуги²⁸⁸, вызывает подозрения (почему именно они регулируются более пристально?). Чисто технические и экономические мотивы более редки, чем цензорские, особенно если речь идёт о новых законодательных нормах²⁸⁹. Наиболее очевидные примеры проявления последних — наложение ответственности на интернет-посредников за содержание сообщений пользователей или за неблокирование сайтов по сформированному государством списку. Хотя формально такое регулирование адресовано интернет-компаниям, а не пользователям, его истинная цель — предотвращение распространения неких нежелательных идей.

В отличие от внутренних критериев, параметр государственного мотива позволяет достаточно элегантно разрешить важную теоретическую головоломку. Напомним, она заключается в объяснении, почему свобода слова не распространяется на политическое убийство или теракт. Итак, запрет политических убийств не обусловлен стремлением ограничить критику каких-то политических взглядов. Основанием регулирования являются последствия, не связанные со значением, — лишение человека жизни²⁹⁰. Именно это, а не выражение некой позиции, пытается предотвратить закон, запрещающий убийства, в том числе и политические²⁹¹. Аналогично, теракт признается преступным не для контроля над распространением идей тех или иных террористов. Если лицо, условно говоря, не захватывает заложников, его слова — допустим, призывы к выводу войск из определённого региона или — попадают в область действия свободы слова²⁹².

²⁸⁸ Собираательно они обычно называются провайдерами интернет-услуг (Internet Service Provider) и включают множество типов посредников: социальные сети, провайдеров интернет-соединения, поисковые системы, мессенджеры и т.п.

²⁸⁹ Для проверки этого довода достаточно самостоятельно сравнить нормы российского закона «О связи» с целой и дробной (как правило, более новой) нумерацией.

²⁹⁰ Nimmer M. Op. cit. P. 39.

²⁹¹ Кстати, если бы закон селективно наказывал только за политические убийства, а остальные были бы разрешены, то относительно мотива законодателя возникли бы сомнения.

²⁹² В этом смысле уголовное наказание за призывы к сепаратизму или оправдание такового вторгается в свободу слова. Оно, очевидно, направлено на ограничение определенных политических идей, не одобряемых инкумбентами.

Лёгкое отсечение от содержания свободы слова любых насильственных действий²⁹³, имеющих элемент коммуникации, — важное преимущество внешнего критерия перед внутренними. Например, как, исходя из внутренних критериев, оценить бросание в политика пирогом²⁹⁴? Намерение бросающего, как правило, коммуникативно (выражение несогласия с политической деятельностью жертвы). Значение действия ясно и самому правонарушителю, и аудитории. С точки зрения внутренних критериев запрет подобных нападениях ограничивает свободу слова. Если же использовать внешний критерий, к подобным ситуациям свобода слова неприменима, поскольку государство реагирует не на сообщение преступника, а на нарушение личной неприкосновенности потерпевшего.

Выше мы критиковали внутренние критерии за их субъективность, так что это заслуживает внимания и в части внешнего. Целеполагание регулятора более прозрачно, чем побуждения конкретного лица. Во-первых, цели часто определимы по конструкции запретительной нормы (выше мы упоминали примеры этого). Во-вторых, законотворческий процесс оставляет много следов: депутаты и должностные лица высказываются при обсуждении проекта нормы, составляют пояснительные записки и множество сопутствующих документов. Процедура формирования текста (добавляемые или исключаемые фрагменты) также публичны и могут отслеживаться. Весь этот материал помогает достаточно уверенно определить мотивы регулятора как некоего собирательного субъекта²⁹⁵. В-третьих, часто правоограничительные законы, особенно цензорские, принимаются вслед за некими резонансными событиями²⁹⁶. Подобная практика вызывает множество вопросов, но для выяснения намерения регулятора она крайне полезна (закон принимается, чтобы не допустить чего-то

²⁹³ Мы исходим из традиционного понимания насилия как применения физической силы, а не из крайне широкого варианта, ныне принятого в западном академическом сообществе.

²⁹⁴ Provincial Court of Alberta. R. v. Geoghegan (C.P.) (2004), 369 A.R. 105 (PC)

²⁹⁵ При этом, разумеется, высказывания отдельных депутатов или иных лиц не могут считаться выражением воли законодателя. Вероятно, они могут лишь служить доказательствами при установлении последней.

²⁹⁶ В России такой реактивный подход к законотворчеству породил, например, уголовное наказание за оскорбление религиозных чувств (ст. 148 УК РФ).

в будущем). В целом, при всех проблемах работы с категорией намерения, трудно представить ситуацию, что закон проходит обсуждение и голосование в парламенте, подписывается президентом, применяется судами, но непонятно, какова его цель. Понимая все ограничения этого довода, отметим все же, что в среднем вероятность злоупотреблений при толковании намерения законодателя ниже, чем при построении теории разума отдельного человека²⁹⁷.

§2. Содержание свободы слова в судебной практике

Анализ практики судов о применимости свободы слова в конкретных делах следует начать с общего замечания. Вопрос о применимости свободы слова приобретает особую значимость, если от него напрямую зависит исход спора. В США тот факт, что в деле будет применяться Первая поправка, означает значительное повышение стандарта доказывания для государства. Тот, на чьей стороне свобода слова, имеет на руках не просто козырь, а скорее козырного туза. Поэтому ВС США крайне внимательно выстраивают свою позицию, чтобы не распространить свободу слова на лишнее. В европейских странах и других юрисдикциях, где при оценке ограничений прав проводится ситуативное взвешивание, положительное решение вопроса о применимости свободы слова не играет такой большой роли²⁹⁸. В этой связи ЕСПЧ и национальные суды европейских государств склонны определять свободу слова (наряду с другими правами и свободами) достаточно широко и абстрактно, ведь это, в любом случае, не влечёт драматических последствий для исхода дел.

Ещё одно предварительное замечание касается выбора материала для анализа. Для того, чтобы в практике органа конституционного контроля или международного органа обнаружилась нюансированная позиция относительно границ содержания свободы слова, необходим ряд условий. Во-первых (и это

²⁹⁷ Активное применение методики телеологического толкования норм в частном праве показывает, что, как правило, серьезных затруднений в определении цели законодателя у судов не возникает.

²⁹⁸ Подробнее о различиях этих методик см. главу 4 настоящей работы.

главное) органом конституционного контроля должно быть рассмотрено большое количество разнообразных дел, в которых доводы хотя бы одной из сторон основаны на свободе слова. Позиция судов о содержании этой свободы проявляется отчётливо только с накоплением критической массы практики. Во-вторых, в конкретной правовой системе должно иметься общее понимание, что свобода слова важна и не может ограничиваться лишь по той причине, что она противоречит некому общественному интересу или иным правам граждан. Формируемая в иной ситуации судебная практика не представляет научной ценности и интереса. Совокупность этих факторов заставляет в данном вопросе остановиться на практике Европейского суда по правам человека и Верховного суда США.

В вопросе содержания свободы слова (как и во многих других) ЕСПЧ использует гибкий подход к правовому анализу, в котором большое значение имеют обстоятельства конкретного дела. Суд не устанавливает чёткого набора критериев, по которым действия попадают в сферу применимости статьи 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее также – Конвенция). Однако есть обстоятельства, которые упоминаются в решениях чаще всего. Значимы, например, публичность действия и окружающий политический контекст. Применимость свободы выражения мнения связывается с экспрессивной природой действия с объективной точки зрения (поймет ли аудитория, что это высказывание) и намерением спикера²⁹⁹. При этом, ни один из этих критериев не является решающим.

ЕСПЧ придерживается общей позиции, что включение действий в свободу выражения мнения должно быть скорее правилом, а не исключением³⁰⁰. Статья 10 защищает не только содержание сообщений, но также и форму, в которой они выражаются³⁰¹. Следовательно, данная норма применима не только к речевому выражению мнения, но также и иным способам коммуникации. Например,

²⁹⁹ European Court of Human Rights. *Murat Vural v. Turkey*. 21 October 2014. §54.

³⁰⁰ European Court of Human Rights. *Murat Vural v. Turkey*. 21 October 2014. §52.

³⁰¹ European Court of Human Rights. *Oberschlick v. Austria (no. 1)*. 23 May 1991. § 57.

статья 10 была применена в деле Швыдка против Украины³⁰². Активистка партии «Батькивщина» была арестована на 10 суток за то, что оторвала ленту от венка, возложенного В. Януковичем к памятнику украинскому поэту. Признавая это политическим высказыванием, ЕСПЧ отметил публичность действия и сопутствующий ему контекст (происходившее в тот период уголовное преследование лидера партии заявительницы).

Суд, как правило, отклоняет следующий довод, которым государства пытаются вывести запретительные меры из области применимости статьи 10 Конвенции: если закон не запрещает высказывать определённую позицию словесно, а направлен только на более деструктивные формы, свобода выражения мнения не затрагивается (запрещается не точка зрения, а только форма её сообщения). Подобную позицию, например, заняла Турция, отстаивая приговор за обливание краской памятника К. Ататюрку. По мнению правительства, эти действия являются вандализмом и не входят в свободу слова. Закон не запрещает людям критиковать политику, личность или идеи Ататюрка. Это, однако, запрещено делать путём осквернения статуй, то есть неким деструктивным способом³⁰³. Довод был отклонён³⁰⁴. Суд отметил, что статьёй 10 защищается в том числе и форма представления сообщения, и не дело государства - определять, каким образом гражданин должен выражать своё мнение, вербально или невербально³⁰⁵. Во время уголовного процесса заявитель прямо утверждал, что руководствовался в своих действиях «отсутствием любви» к Ататюрку³⁰⁶. Это же было понятно и аудитории. Вопреки тому, что утверждало правительство, гражданин был привлечён к ответственности не за вандализм, а за оскорбление памяти Ататюрка, то есть за содержание сообщения, а не способ его донесения³⁰⁷.

³⁰² European Court of Human Rights. *Shvydka v. Ukraine*, 30 October 2014, §§ 37-38.

³⁰³ European Court of Human Rights. *Murat Vural v. Turkey*. 21 October 2014. §42.

³⁰⁴ См. также: European Court of Human Rights. *Oberschlick v. Austria (no. 1)*, 23 May 1991, § 57.

³⁰⁵ European Court of Human Rights. *Murat Vural v. Turkey*. 21 October 2014. §53.

³⁰⁶ European Court of Human Rights. *Murat Vural v. Turkey*. 21 October 2014. §54.

³⁰⁷ Нейтральный к содержанию закон устанавливал бы одинаковый запрет за обливание краской всех статуй в стране, вне зависимости от того, кого они изображают.

В общем, ЕСПЧ применяет свободу самовыражения достаточно широко. В других делах суд признавал, что в его содержание входят демонстрирование грязной одежды перед зданием парламента³⁰⁸, ношение красной звезды³⁰⁹, акции экологов, физически препятствующие стройке³¹⁰, сжигание флагов и изображений³¹¹, «панк-молебн» в храме³¹². Однако даже у такого широкого понимания есть пределы. Заявительница по одному из дел, правозащитница Т. Котляр была приговорена к штрафу за фиктивную регистрацию иностранных граждан в своей квартире³¹³. Котляр утверждала, что своими действиями она выражала протест против жёсткости миграционной политики в РФ. Национальные суды, разумеется, это не убедило, как и ЕСПЧ. Европейский суд не нашёл оснований полагать, что заявительница была привлечена к ответственности из-за избранной ей формы выражения мнения по политическому вопросу. Её правонарушение не связано с реализацией свободы самовыражения³¹⁴. Суд указал, что вывод мог бы быть иным, если нарушение закона произошло в связи с журналистской деятельностью. Например, в одном из дел, рассмотренных ЕСПЧ, журналист пытался пронести нож в аэропорт для сюжета о недостатках системы авиационной безопасности³¹⁵. В другом деле репортёр незаконно приобрёл оружие, чтобы написать материал о том, насколько просто это сделать³¹⁶. В этих случаях государства вторгались в свободу самовыражения, поскольку обвиняемые собирали материал для общественно-

³⁰⁸ European Court of Human Rights. *Tatár and Fáber v. Hungary*, 12 June 2012, §36,

³⁰⁹ European Court of Human Rights. *Vajnai v. Hungary*. 8 July 2008. §6, §47; *Fratanoló v. Hungary*, 3 November 2011. §24.

³¹⁰ Протестные акции, подлежащие оценке ЕСПЧ в деле *Steel and others v. UK* включали попытки физически вмешаться и не допустить отстрела тетеревов, а также проникновение на стройплощадку, залезание на деревья и на строительное оборудование. См: *Steel and Others v. the United Kingdom*. 23 September 1998, §§ 90 and 92 // *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII.

³¹¹ European Court of Human Rights. *Christian Democratic People's Party v. Moldova (No. 2)*. 2 February 2010. §9, §27.

³¹² European Court of Human Rights. *Maria Alekhina and Others v. Russia*, 17 July 2018

³¹³ European Court of Human Rights. *Kotlyar v. Russia*. 12 October 2022.

³¹⁴ European Court of Human Rights. *Kotlyar v. Russia*. 12 October 2022. §41.

³¹⁵ European Court of Human Rights. *Erdtmann v. Germany*. 5 January 2016. §16

³¹⁶ European Court of Human Rights. *Salihu and Others v. Sweden*. 10 May 2016. §49.

значимой публикации. Котляр же не собиралась публиковать чего-либо про лиц, зарегистрированных в своей квартире³¹⁷.

Таким образом, ЕСПЧ придерживается общего правила о том, что свобода слова должна применяться к любой форме коммуникации. Эта презумпция опровергается только в случае, когда из обстоятельств дела очевидно, что государство своими мерами не пытается ограничить выражение точки зрения. Однако, как уже было отмечено, значение применения свободы слова невелико: ограничение рассматривается на предмет соответствия требованиям Конвенции (п. 2 ст. 10) и очень часто признается им соответствующим.

ВС США долгое время признавал, что Первая поправка защищает от посягательств государства как вербальную коммуникацию, так и невербальную. В 1931 году был отменен закон, запрещающий демонстрирование флагов «символизирующих противодействие организованному правительству» (имелся в виду красный флаг)³¹⁸. В 1943 году та же судьба постигла норму об обязательности для учеников клятвы американского флага (запрет отказа от участия в этом мероприятии)³¹⁹. Суд назвал символы коротким маршрутом от разума к разуму, и повторил, что свобода их демонстрации защищается конституцией.

Серьёзность, с которой ВС США стал относиться к свободе слова в середине XX века, подталкивала к формулированию чётких критериев её содержания. Основная часть судебных актов об экспрессивном поведении относится к периоду Движения за гражданские права (1954-1968 годы, совпавшие также с Вьетнамской войной), участники которого часто выражали свой протест или требования символически. В решениях этого времени ВС США

³¹⁷ Целью государства в данном деле явно было не ограничение дискуссии, а контроль над миграцией. Ничто в норме закона или судебных актах не указывает на иные намерения регулятора. Отклоняя волонтаристские доводы заявительницы по этому делу, ЕСПЧ фактически применяет внешний критерий государственного мотива для определения содержания свободы слова.

³¹⁸ Хотя суд и не признал напрямую, что символическое действие является «высказыванием» в конституционном смысле, закон был отменен в связи с неопределенностью правоограничительных запретов. Supreme Court of the United States. *Stromberg v. California* // 283 U.S. 359 (1931)

³¹⁹ Supreme Court of the United States. *Virginia Board of Education v. Barnette* // 319 U.S. 624 (1943).

применял свободу слова к уличным пикетам³²⁰ и мероприятиям в публичной библиотеке³²¹. Тем не менее, достаточно долго суд не мог установить чёткий стандарт отделения экспрессивных действий от остальных³²². Первое время данный вопрос решался *ad hoc*, а судьи не выдавали единого набора критериев, которыми руководствуются³²³.

Конкретные критерии применимости свободы слова были впервые сформулированы в деле *Spence v. Washington*³²⁴. В знак протеста против военной операции в Камбодже гражданин прикрепил символ мира к американскому флагу, за что и был осуждён (осквернение государственного символа). Верховный суд отметил, что политический контекст делает очевидными цель и смысл действий гражданина. Поэтому ясно, что данное действие не было выражением «бездумного нигилизма», каким могло бы быть надругательство над флагом в других условиях. Напротив, это было *конкретизированное высказывание* гражданина по вопросам политики его правительства. ВС США указал на два критерия применимости Первой Поправки, которые вместе образуют так называемый тест Спенса. Первое, должно присутствовать намерение передать конкретное сообщение. Второе, должна быть высока вероятность, что аудитория поймёт это сообщение.

Данные критерии остаются руководящими до сих пор. Используя их, ВС США признал экспрессивным поведением сжигание флага³²⁵, мирное пикетирование³²⁶, пожертвования на избирательную кампанию³²⁷, а также

³²⁰ Supreme Court of the United States. *Cox v. Louisiana* // 379 U.S. 536 (1965).

³²¹ Supreme Court of the United States. *Brown v. Louisiana* // 383 US 131 (1966).

³²² Некоторые комментаторы считают, что такой стандарт не сформирован до сих пор. Например, В. Блази называет практику суда по вопросу символических высказываний «потрясающе запутанной». См.: Blasi V. The Checking Value in First Amendment Theory // American Bar Foundation Research Journal. 1977. P. 639-40.

³²³ Supreme Court of the United States. *United States v. O'Brien* // 391 U.S. 367 (1968), 391; Supreme Court of the United States. *Cox v. Louisiana* // 379 U.S. 536 (1965); Supreme Court of the United States. *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* // 393 U.S. 503 (1969), 506.

³²⁴ Supreme Court of the United States. *Spence v. Washington* // 418 U.S. 405 (1974),

³²⁵ Supreme Court of the United States. *Texas v. Johnson* // 491 U.S. 397 (1989)

³²⁶ Supreme Court of the United States. *United States v. Grace* // 461 U.S. 171 (1983)

³²⁷ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010)

эротические танцы. Последнее, по мнению суда, находится «на дальнем периметре Первой Поправки», однако всё же ей покрывается³²⁸.

Установленные судом критерии небесспорны. В частности, касаясь требования о конкретности сообщения, можно отметить следующее. Многие политические лозунги крайне неопределённые («Голосуй, а то проиграешь»; «*Yes we can*»; «Пролетарии всех стран, объединяйтесь»). Они сформулированы так специально, чтобы различные избиратели могли вложить в него собственное понимание. Это не может быть поводом для исключения их из свободы слова. То же относится и к символам: их значение предопределяет контекст, а потому оно может меняться. Символ мира в ситуации, когда страна не ведёт войны, казалось бы, не несёт конкретного политического смысла. Получается, в мирное время демонстрация данной символики не наделяется конституционной защитой? Очевидно, это было бы неверно. В 1995 году ВС США скорректировал тест Спенса, отказавшись от требования конкретизированности сообщения³²⁹. Суд отметил, что этот критерий лишает защиты многие художественные произведения, ценность которых высока, но смысл — достаточно глубоко зашифрован, и точно не является конкретным. В качестве примеров приводятся полотна Джексона Поллока, музыка Артура Шенберга и литература Льюиса Кэрролла.

Однако о конкретность значения всё ещё спотыкаются американские нижестоящие суды. Так, в Восточном округе Вирджинии суд пришёл к выводу, что проставление отметки «лайк» в социальной сети *Facebook* не является высказыванием с точки зрения конституции. Данное действие якобы не имеет достаточно конкретного значения — неясно, какое именно сообщение пользователь пытался передать аудитории. Апелляционный суд не согласился с такой явно неверной позицией и отменил данное решение. Было, однако, отмечено, что лайк, безусловно, является высказыванием в конституционном

³²⁸ Supreme Court of the United States. *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* // 501 U.S. 566 (1991)

³²⁹ Supreme Court of the United States. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Boston* // 515 U.S. 557, 569 (1995)

смысле, поскольку данная отметка ставится для того, чтобы сообщить нечто (как правило, это одобрение).

Требование о вероятности понимания сообщения аудиторией также вызывает вопросы. Какая часть аудитории должна понимать, что хочет сказать человек? Например, в известном деле 1919 года обвиняемые распространяли листовки против участия США в Первой мировой войне, написанные на идише³³⁰. То, что большинство американцев не могло понять этот текст, не означает, что свобода слова неприменима. Если автор привлекается к ответственности, значит кто-то понял, что в листовке написано нечто незаконное. Лекция по термодинамике также недоступна для понимания практически никому, кроме специалистов в данной области. Вряд ли из этого можно сделать вывод, что её можно запрещать или иным образом регулировать без учёта свободы слова³³¹.

В некоторых делах ВС США использовал в качестве критерия срабатывания Первой поправки цель законодателя³³². В деле *Texas v. Johnson* ключевым соображением суда был не способ высказывания мыслей (сжигание флага), но нелегитимность интереса, который пытался реализовать законодатель (защита символа национального единства)³³³. Действующая судья ВС США Елена Каган в своей научной статье указывала, что соображения о государственном мотиве в принципе являются центральными для американской концепции свободы слова³³⁴. Однако чаще они играют роль уже на этапе оценки ограничения, а не при разрешении вопроса о применимости³³⁵.

³³⁰ Supreme Court of the United States. *Schenck v. United States* // 249 U.S. 47 (1919).

³³¹ Tiersma P. Op. cit P. 1539.

³³² Supreme Court of the United States. *Wayte v. United States* // 470 U.S. 598 (1985), *Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle* // 429 U.S. 274 (1977). При этом, еще в 1968 года суд прямо отказался учитывать данный критерий. См.: *United States v. O'Brien* // 391 U.S. 367 (1968), P. 391 (“Устоявшийся принцип конституционного права заключается в том, что суд не должен отменять конституционный закон лишь на основании подозрений о недолжном мотиве законодателя”).

³³³ Supreme Court of the United States. *Texas v. Johnson* // 491 U.S. 397 (1989)

³³⁴ Kagan E. Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine // *University of Chicago Law Review*. Vol. 63. 1996. P. 413.

³³⁵ В целом, ВС США достаточно непоследователен в отделении этих двух вопросов (применимости и правомерности ограничения) друг от друга. См., напр.: Schauer F. Speech and Speech--Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language // *Georgetown Law Journal*. 1978. Vol. 67. P. 905.

Содержание свободы слова рассматривается в США достаточно широко. В частности, в 1970-х годах ВС США начал применять Первую поправку при оценке регулирования коммерческих сообщений (рекламы). Суд посчитал, что информация, публикуемая коммерческими корпорациями, так же ценна для граждан, как и любая другая³³⁶. По тем же причинам свобода слова сковывает государство в регламентации финансирования избирательных кампаний³³⁷. Кроме того, в литературе, а иногда в судебной практике, рассматривается применение Первой поправки к вопросам авторского права, ценных бумаг, телемаркетинга (холодных звонков потенциальным покупателям), антимонопольного и трудового законодательства³³⁸.

Экспансионизм свободы слова, в том числе и начальный этап этого процесса — распространение её на коммерческие сообщения — критикуется многими исследователями³³⁹, в том числе и отечественными³⁴⁰. В частности, отмечается, что отдаление от сердцевины свободы слова (политических высказываний) нежелательно, поскольку таким образом распыляется внимание правоприменителей и общества. Однако, отстаивая статичность границ свободы слова, исследователи, во-многом, проявляют предубеждённость в пользу сложившегося порядка вещей³⁴¹. Если расширение зоны действия свободы слова происходит последовательно, по верным теоретическим основаниям, его можно только приветствовать. Широкая и мощная гарантия свободы самовыражения — это противовес тенденции современных государств по ограничительному

³³⁶ Supreme Court of the United States. *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* // 425 U.S. 748 (1976), *Bigelow v. Virginia* // 421 U. S. 809 (1975).

³³⁷ Ограничения независимых пожертвований корпораций неконституционны, поскольку такие операции являются способом политического самовыражения. См.: *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010),

³³⁸ Schauer F. The boundaries of the First Amendment: A preliminary exploration of constitutional salience // *Harvard Law Review*. Vol. 117. No. 6. 2004. P. 1766.

³³⁹ Jackson T., Jeffries J. Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment // *Virginia Law Review*. Vol. 65. 1979. P. 30-31; Bork R. Op. cit. P. 25.

³⁴⁰ В.И. Лафитский утверждает: «Верховный суд США в настоящее время дает широкую трактовку указанных вопросов, нередко переступая те границы, которые можно представить как допустимые». Речь в данной части книги идёт о сжигании флага (к которому, представляется, свобода слова очевидно применима), но какого-либо теоретического обоснования данных допустимых границ автор не приводит (см.: Лафитский В.И. Конституционный строй США. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения. При Правительстве Российской Федерации, 2007. С. 286).

³⁴¹ Bambauer J., Bambauer D. Op. cit. P. 355.

регулированию практически любой человеческой деятельности. С момента открытия людьми некой новой активности до момента её законодательного ограничения (которое часто эвфемистически называется «регламентацией») редко проходит много времени. Понимаемая широко, но при этом конкретно, свобода слова позволяет защитить хотя бы ментальную сферу от такого всепроникающего государственного вторжения.

Таким образом, конституционная свобода слова означает, что высказывания сущностным образом отличаются от иных действий, и их ограничение предполагает более высокий доказательственный рубеж для государства. Свобода слова защищает любые способы выражения мыслей (коммуникации): как речевые, так и иные. Коммуникация, по сравнению с другими действиями, особо важна для более общих конституционных ценностей автономии личности и демократии. Кроме того, высказывания, если и наносят вред иным лицам, то, как правило, наносят делают это особым образом — путём убеждения слушателей.

Теоретически коммуникация определяется через намерение высказывающегося сообщить своими действиями что-либо. Поскольку определить такое намерение в конкретных обстоятельствах может быть сложно, судам приходится отделять коммуникативные действия «на глаз», то есть оценочно и с привлечением множества параметров. Приведённая практика Верховного суда США и ЕСПЧ показывает, что такой подход порождает неопределённость относительно того, какие именно действия покрываются свободой слова.

Более надёжным представляется внешний критерий, который определяет содержание свободы слова по мотивам государственного регулирования. Свобода слова применима к тем мерам, которые имеют своей целью ограничение коммуникативного элемента (последствий значения) любого действия или объекта. Каждый закон, принимаемый по подобным цензорским соображениям, затрагивает свободу слова и должен оцениваться соответственно.

Глава 3. Свобода слова в системе конституционных прав личности

Рассмотрев в предыдущей главе вопрос, что такое «слова» в обороте «свобода слова», перейдём к первой его части — свободе. Мы будем отталкиваться в своём анализе от дихотомии, предложенной И. Берлином: свобода может определяться позитивно и негативно. Классический либерализм основан на негативном понимании свободы. Согласно ему, это сфера, в которой решениям и действиям людей не ставят препятствий. Закон, безусловно, может ограничивать действия, однако должна сохраняться область, даже и минимальная, вторжение в которую недопустимо³⁴². Главный параметр в негативном понимании свободы — это круг решений, которые индивид может принимать беспрепятственно.

Позитивная свобода связана не со сферой, а с субъектом контроля: кто принимает решения? Важно не отсутствие внешних препятствий, а то, что решения принимаются субъектом самостоятельно. Казалось бы, это совпадает с негативной концепцией: то, что субъект делает в отсутствие принуждения, и есть реализация его желаний. Однако теоретики позитивной свободы полагают, что это не так, и рисуют куда более сложную картину принятия решений. Личность раздвоена, одна часть — «трансцендентный господин», другая — «эмпирический пучок желаний и страстей»³⁴³. Решения человека не всегда соответствуют его истинной воле, ведь на него влияют коллективные сущности, вместе образующие некую социальную структуру. Снятие этого противоречия и приведёт людей к свободе. Ж.Ж. Руссо полагал, что свободным может считаться лишь тот индивид, который участвует в формировании этой структуры³⁴⁴. Концепция свободы К. Маркса во многом похожа: он считал, что причиной

³⁴² Нарушая это правило, государство действует деспотически, лишая человека способности не просто добиваться своих целей, но даже ставить их перед собой.

³⁴³ Berlin I. Two Concepts of Liberty // *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*. 2nd Edition / Ed. H. Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 208. Перевод приводится по: Берлин И. Две концепции свободы // *Современный либерализм*. М., 1998. С. 19-43.

³⁴⁴ См., напр., Руссо, Ж. Об общественном договоре или принципы политического права. М: Издательство Юрайт, 2023 (кн. 1, гл. 6). См.. также: Taylor C. What's Wrong With Negative Liberty // *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers*. Vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. P. 211-229 (современная версия теории свободы Руссо).

разделённого сознания является отчуждение человека от продукта его труда. Только при коммунизме, то есть при отсутствии экономической нужды и давления общества, личность может преследовать действительно *свои* интересы.

Трактуя свободу позитивно или негативно, мы придём к совершенно различным концепциям свободы слова. Традиционно свобода слова понималась только как запрет государственного вмешательства. Будучи классической гражданской свободой первого поколения, она отстаивалась в ответ на нападки на свободомыслие со стороны абсолютных монархий или церкви. Однако со временем это стало казаться недостаточным. Ведь, в действительности, оппонируя цензуре, политические и научные деятели часто преследовали более широкие цели³⁴⁵. Некоторые не возражали против вмешательства в высказывания как такового, но против источника этого вмешательства — авторитарных институтов. Цензура же, установленная демократически, уже не должна считаться чистым произволом.

На пути разнообразных политических планов, в основном левого толка, встало новое препятствие — система массовой информации, рычаги управления которой якобы находятся в частных руках. Дефицита критиков такой системы, думается, нет ни в одном обществе, ведь все исходят из того, что, работай она правильно, именно их взгляды были бы приняты большинством граждан. В общем, поскольку частные медиа не выражают волю народа, а служат лишь своим собственникам, государство, преследующее общее благо, — это заступник свободы, а не угроза ей. Подобные рассуждения породили позитивную концепцию конституционных прав. В части свободы слова, она означает следующее.

³⁴⁵ В частности, свобода слова стала требованием и американской, и французской революций, хотя их идеологические основания (и последствия) достаточно сильно различались. В России начала XX века к защите свободы слова призывали как либералы, так и большевики (см., напр.: пункт 3, Программа конституционно-демократической партии (партии народной свободы) // Законодательные проекты и предположения партии народной свободы. 1905-1907 гг. / Под ред. Н.И. Астрова, Ф.Ф. Кокошкина, С.А. Муромцева, П.И. Новгородцева, кн. Д.И. Шаховского. СПб., 1907. С. XI – XIX; Ленин В. И. Письмо о свободе печати. // Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т.44. С. 78-83).

1. Свобода слова неразрывно связана с демократией³⁴⁶. Вмешиваться в дискурс может только государство, сформированное демократически. Только так будет соблюден важнейший для позитивной свободы критерий самостоятельного авторства решений. При возможности, вмешиваться в дискурс должно не само государство, но некие общественные органы³⁴⁷.

2. Свобода слова имеет целевой и реальный характер. Сторонники позитивной концепции утверждают, что государственные действия могут *способствовать* (англ.: *promote*) свободе слова³⁴⁸. Из такой фразеологии следует, что свобода слова — некий конкретный желаемый результат. Конституция, в позитивной трактовке, закрепляет реальные, содержательные ценности, а не просто процедурные. Она содержит в себе видение идеального образа публичного дискурса, который позволит реализовать значимые цели правопорядка³⁴⁹.

3. Центральная фигура в концепции свободы слова — это аудитория. Наиболее полно позитивная свобода слова была бы реализована предоставлением каждому равной возможности высказать своё мнение по любому вопросу и быть услышанным согражданами. Однако это делалось бы не для удовлетворения эгоистических интересов самого спикера, а ради общественного блага. Высказываясь, человек помогает слушателям посмотреть на вопрос с новой стороны и обогащает публичный дискурс. Поскольку в реальности подобную конструкцию реализовать невозможно (нельзя заставить конкретное СМИ или даже целую отрасль публиковать размышления всех желающих, а остальных граждан — обязать это читать), был избран более умеренный вариант с такой же базовой идеей. Права быть услышанным нет, но

³⁴⁶ См., напр., Прохоров А. Ю. Указ. соч. С. 48 («при тоталитаризме и авторитаризме свобода слова может быть лишь декларацией»). В реальности так и получается, но теоретически, например, абсолютный монарх может и не осуществлять цензуру.

³⁴⁷ А.Ю. Прохоров пишет про необходимость общественного контроля за СМИ, видимо подчеркивая отличие его от прямого государственного, который нежелателен. Прохоров А. Ю. Указ. соч. С. 4.

³⁴⁸ Sunstein C. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993. P. 35.

³⁴⁹ Иногда эти цели прямо закрепляются в конституционном тексте (см., напр., ст. 124 Конституции СССР 1936 г., «В соответствии с интересами трудящихся и в целях укрепления социалистического строя гражданам СССР гарантируется ... свобода слова»), иногда они формируются с помощью толкования, как в практике КС ФРГ, о которой мы пишем ниже.

аудитория, как коллективный субъект, имеет право получать информацию определённого качества (например, достоверную и разнообразную).

4. Поддержание качества дискурса — обязанность государства. Государство своими активными действиями должно обеспечить претворение в жизнь конституционных требований к качеству информационной среды³⁵⁰. Оно должно, так сказать, возделывать публичный дискурс для наилучшей реализации интересов аудитории³⁵¹.

5. Свобода слова сковывает в том числе и действия частных субъектов. Конституция ограничивает не только государственную цензуру, но и частную³⁵². Частные лица не должны препятствовать другим в выражении своего мнения³⁵³, а также обязаны соблюдать требования к качеству дискурса.

Далее мы проанализируем более конкретное выражение этих общих идей.

³⁵⁰ Kagan E. Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine // University of Chicago Law Review. 1996. Vol. 63. P. 424. (будущая судья ВС США Е. Каган пишет, что модель свободы слова, ориентированная на слушателя, ставит целью определенное качество «экспрессивной арены»)

³⁵¹ Позитивная концепция свободы слова тесно связана с «гарантиями» этой свободы, обеспечиваемыми государством. Акцент на материальных гарантиях прав, в принципе, является ключевым для советского конституционализма. Например, сталинская конституция СССР предполагала обеспечивать свободу слова предоставлением трудящимся и их организациям типографий, запасов бумаги, общественных зданий, улиц, средств связи и других материальных условий, необходимых для их осуществления. В Конституции СССР 1977 года к этому добавляется возможности использования печати, телевидения и радио. Современные российские исследователи также говорят про реальные (экономические) гарантии свободы слова. См., например, Прохоров А. Ю. Политико-правовые технологии ограничения свободы слова в современных средствах массовой информации: на примере сети Интернет: дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2007. С. 47. («экономические условия реализации свободы слова имеют далеко не последнее значение»); Малиновский А. А. Свобода массовой информации: Теоретические и правовые аспекты: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 1995. С. 40 (автор считает, что для реализации свободы СМИ важно наличие у медиа источников финансирования, отличных от государственных, а также финансовая возможность граждан подписываться на газеты).

³⁵² В более радикальной трактовке — свобода слова предъявляет требования к любому человеческому взаимодействию. Подобную позицию излагает, например, М.Я. Муратов, который полагает, что свобода слова включает в том числе и бытовые правила общения: например, уважение к собеседнику (Муратов М. Я. Указ. соч. С. 39). Оказывается, конституция закрепляет некую позицию относительно личного общения граждан.

³⁵³ С.Н. Шевердяев, в целом склоняющийся скорее к негативному характеру свободы слова, отмечает, тем не менее, что на частных лицах лежит обязанность не мешать другим говорить, например, не срывать плакаты, не разгонять слушателей и др. (см.: Шевердяев С. Н. Указ. соч. С. 98). Считаем, что свобода слова не предполагает подобных обязанностей. Перечисляемые автором примеры — насильственные действия, запрет которых никак не затрагивает свободу слова. Кроме того, собственник помещения полностью вправе «разогнать» и слушателей, и высказывающихся со своей собственности. Подробнее про последнее — ниже.

§1. Соотношение понятий свободы слова и свободы информации

Позитивная концепция свободы слова продвигается в современном конституционализме с помощью перестройки понятийного аппарата, на поверхности кажущейся лишь незначительным терминологическим обновлением. Трансформация подхода к государственному регулированию высказываний обеспечивается концепцией «свободы информации». Далее мы поясним, как это происходит, и одновременно проанализируем ещё один узел терминологической путаницы, наблюдающейся в теме свободы слова и примыкающих к ней прав.

Историю свободы информации принято отсчитывать от Всеобщей декларации прав человека 1948 года. В её статье 19 закрепляется, помимо свободы мысли и слова³⁵⁴, также право «искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ». Именно этот текст воспроизведён (с исключением, естественно, фрагмента про границы) в части 4 статьи 29 Конституции РФ, которая устанавливает: «Каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом». Данное положение конституции и служит для российских исследователей основанием для того, чтобы говорить о конституционной свободе информации или неких информационных правах. Учитывая, что свобода слова устанавливается в первой части этой же статьи Конституции, важно выяснить, как соотносятся эти две нормы³⁵⁵.

Конституционный суд РФ не вносит в этот вопрос никакой ясности. В одном из первых решений в своей истории КС РФ заметил, что свобода

³⁵⁴ «Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их ...». Ст. 19, Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948) // СПС «Консультант-Плюс».

³⁵⁵ В части 1 ст. 29 Конституции РФ свобода слова устанавливается вместе со свободой мысли. Если и рассматривать их по-отдельности, соотношение свободы мысли и свободы слова не несёт настолько же важных практических и теоретических последствий, как соотношение, анализируемое в данном параграфе работы. Данные свободы полностью совместимы и, в подавляющем большинстве случаев, никак не расходятся в оценке государственных действий.

информации производна от свободы слова³⁵⁶. В дальнейшей практике суда понятия из ч. 1 и ч. 4 ст. 29, как правило, просто указываются в случайном порядке, когда в акте перечисляются применимые к делу нормы конституции. В них фигурирует и свобода слова, и свобода распространения информации³⁵⁷, и свобода информации³⁵⁸, и право на свободу информации³⁵⁹. Никаких выводов о соотношении свободы информации и свободы слова из позиций КС РФ сделать нельзя³⁶⁰.

Большинство российских учёных полагает, что свобода информации – это более широкое понятие, поглощающее свободу мысли и слова, а также другие права (например, право на получение информации, свободу печати)³⁶¹. Мы полагаем, что это неверно³⁶². То, что называется свободой информации, если

³⁵⁶ Само по себе наблюдение о том, что одно явление производно от другого едва ли обладает каким-то правовым значением. Вероятно, следует понимать эту позицию суда так, что свобода информации уточняет свободу слова и распространяет её на СМИ, поскольку последнее было «фигурантом» рассматриваемого спора. См.: Пункт 4, Постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1993 г. N 10-П «По делу о проверке конституционности постановления Верховного Совета Российской Федерации от 17 июля 1992 года "О газете "Известия" и по индивидуальной жалобе членов журналистского коллектива редакции газеты "Известия" в связи с постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 17 июля 1992 года "О газете "Известия"» (на основании ст. 43 Конституции РСФСР от 1978 г., по тексту аналогичной ч. 4 ст. 29 Конституции РФ 1993 оспаривалось решение Верховного Совета РФ, которым он пытался поставить под контроль издание газеты «Известия», ранее являвшейся ведомственной газетой этого органа).

³⁵⁷ См., напр.: пункт 2.2, Постановление Конституционного Суда РФ от 23.09.2014 № 24-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н.А. Алексеева, Я.Н. Евтушенко и Д.А. Исакова» // СПС «Консультант-Плюс».

³⁵⁸ В других делах суд указывал на свободу слова и свободу информации. Это вроде бы предполагает, что эти понятия различны, но это различие не объясняется. Решая вопрос об ответственности за публикацию в Интернете отзывов о работе врачей (с указанием их имён, уровня образования и квалификации), КС РФ ссылается и на свободу слова, и на свободу информации. Суд пишет: «отзывы <...> относящиеся к сведениям о его частной жизни, подлежащей, наравне со свободой слова и свободой информации, конституционной защите». Постановление Конституционного Суда РФ от 25.05.2021 № 22-П «По делу о проверке конституционности пункта 8 части 1 статьи 6 Федерального закона "О персональных данных" в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "МедРейтинг"» // СПС «Консультант-Плюс».

³⁵⁹ О «праве на свободу информации», но не о свободе слова, КС РФ говорит при оценке уголовного закона, запрещающего продажу ручек с диктофоном и иных подобных устройств. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 31.03.2011 № 3-П «По делу о проверке конституционности части третьей статьи 138 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.В. Капорина, И.В. Коршуна и других» // СПС «Консультант-Плюс».

³⁶⁰ Вероятно, можно наделить каким-то значением то, что между этими терминами стоит союз «и» — то есть суд видит эти понятия как отдельные. Однако это кажется натяжкой. Скорее всего, КС РФ просто безразлично относится к этому вопросу, поскольку никогда не рассматривал дел, в которых соотношение этих понятий имело бы реальное значение.

³⁶¹ Такую позицию высказывают, в частности, С.А. Авакьян, Страшун, Н.И. Бусленко, В.Г. Елизаров и А.В. Мазуров. См.: Российская юридическая энциклопедия / Гл. ред. Л.Я. Сухарев. М.: Издательский Дом ИНФРА-М, 1999; Маклаков В.В., Страшун Б.А. Свобода информации // Конституционное (государственное) право зарубежных стран. В 4 т. / Под ред. Б.А. Страшуна. М.: Т. I. С. 102; Елизаров В.Г. Свобода массовой информации в Российской Федерации (Конституционные основы и правовые ограничения). Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 18; Мазуров А.В. Конституция и общественная практика: Монография. М., 2004. С. 241.

³⁶² Помимо прочего, такое толкование (ч.1 ст. 29 - специальная, ч. 4 ст. 29 - общая) предполагает отход от обычной техники структурирования нормативно-правовых актов. Обычно нормы расставляются от общего к частному, а

следовать Конституции РФ, состоит из пяти правомочий: искать, получать, передавать, производить и распространять информацию. Три последних элемента (передача, производство и распространение) абсолютно идентичны со свободой слова³⁶³. Два других (поиск и получение) отличаются. Таким образом, на три пятых, «свобода информации» полностью неотличима от свободы слова. Остальные две части, как мы докажем ниже, в принципе не образуют субъективного права.

Вероятно, распространение (а также передача и производство) информации как-то отличается от содержания свободы слова? Разница, которую усматривают теоретики, как правило, касается большей точности термина информация³⁶⁴. Высказывания как объект конституционной защиты действительно, в подавляющем большинстве случаев, означают какую-то операцию с информацией. Однако наука, очевидно, испытывает трудности с определением информации, которое могло бы оказаться значимым или хотя бы полезным для права. В работах российских исследователей цитируются, например, определения информации как «отрицания энтропии», «передачи разнообразия», «меры сложности структур»³⁶⁵. Как это поможет судам или кому-либо ещё очертить круг того, что входит в рамки конституционной свободы? Если перевести эти фразы на простой язык, то оказывается, что информация — это просто сведения, представленные в различной форме³⁶⁶. В такой трактовке

не наоборот. Решение закрепить в одной статье конституции сначала узкую свободу слова, а через два пункта этой же статьи — более широкое право, включающее её, было бы достаточно странным.

³⁶³ Такую же позицию занимает А.Б. Эктумаев. См.: Эктумаев А. Б. Свобода слова в Российской Федерации: конституционно-правовое исследование: дисс. ... канд. наук. Пермь, 2012. С. 42.

³⁶⁴ А.Б. Эктумаев указывает, как один из вариантов толкования статьи 29, что её ч. 4 распространяет конституционную защиту со слов в узком понимании до иных сведений. Еще один вариант, который приводится этим автором предполагает, что конституционная защита расширяется до тех сообщений, которые не могут быть восприняты человеком (например, программный код). Крайне сомнительно то, что такие правомочия в принципе необходимо закреплять в конституции, и тем более что именно это предполагали авторы Конституции РФ (Там же. С. 47). А.В. Кротов различает слова и информацию: первые обязательно предполагают мышление. Поскольку свобода слова всегда связана со свободой мысли (например, прямо в тексте российской Конституции), по мнению автора, этим она и отличается от свободы информации. (см.: Кротов А.В. Свобода информации и право на информацию человека // Адвокатская практика. 2007. № 2).

³⁶⁵ См., напр., Эктумаев А. Б. Указ. соч. С. 21.

³⁶⁶ Пункт 1, статья 2. Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – Закон об информации).

распространение информации абсолютно не отличается от традиционного содержания свободы слова³⁶⁷.

Обратимся к остальным двум пятым свободы информации, получению и поиску, которые обычно объединяют в право на доступ к информации³⁶⁸. Эти дополнительные правомочия и являются отличительными для свободы информации, поэтому пока для простоты будем считать, что последняя образуется из свободы слова и права на доступ к информации (права на информацию)³⁶⁹.

Логика такого подхода, видимо, заключается в том, что свобода слова распространяется на сообщение сведений, а свобода информации также подразумевает их получение. Носители права на информацию (граждане, юридические лица и иные субъекты) уполномочены получать некое благо и, судя по всему, другие обязаны его предоставить по требованию заинтересованной стороны. В таком изложении концепция права на информацию уже звучит достаточно сомнительно: по какому основанию одни лица должны в принципе предоставлять что-либо ценное случайным просителям?

Изучая работы российских авторов, очень сложно понять, какое требование предполагает право на информацию. Кто имеет право получать, что

³⁶⁷ Даже в качестве исключительно терминологической, такая замена неудачна. Термин «информация», путь и более точный в некоторых отношениях, лишен важного исторического контекста. Свобода слова ассоциируется с периодами многовековой борьбы за свободомыслие (в частности, с философией Просвещения). Свобода же информации — бюрократический конструкт, введенный в оборот и используемый, по большей части, международными чиновниками.

³⁶⁸ Именно так (право на доступ к информации) названа статья 8 Закона об информации. Часть 1 данной статьи закрепляет общее право на доступ к информации: «Граждане (физические лица) и организации (юридические лица) вправе осуществлять поиск и получение любой информации в любых формах и из любых источников при условии соблюдения требований, установленных настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами».

³⁶⁹ Мы в значительной мере упрощаем терминологическую путаницу, царящую в российской науке по этому вопросу. Само по себе это не проблема, но возникает впечатление, что используемые термины выбираются достаточно произвольно. Так, некоторые авторы используют понятие «свобода информации» как синоним права на информацию (см., напр., Алексеева М.В. О проблемных вопросах реализации конституционного права на информацию как одного из основных прав и свобод человека и гражданина // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 7. С. 16 – 19). И.Л. Бачило также использует эти термины попеременно (см., напр., Бачило И.Л. Информационное право: учебник для академического бакалавриата. М.: Юрайт, 2019. С. 100, 112). А.В. Малько считает, что право на информацию – это социально-экономическое право, но не свобода (см. Малько А.В. Право гражданина на информацию: необходимость, природа, гарантии реализации // Правоведение. 1995. № 3, с. 14). А.В. Кротов, напротив, настаивает на «свободе», полагая, что права означают более низкий уровень фактической защиты граждан (Кротов А.В. Перспективы развития информационной свободы в РФ // Правовые вопросы связи. 2006. № 2. С. 23-33).

(какую информацию) и от кого? Ответы на эти вопросы принимают одну из двух форм. Одну демонстрирует, например, А.В. Малько, казуистически перечисляя разные запросы информации, которые гарантированы законом или должны быть гарантированы по мнению автора³⁷⁰. Другой подход — это объявление, что все могут требовать любой информации. Возможность свободно искать, передавать, производить и распространять информацию предоставляется всем, безотносительно к ее назначению и содержанию³⁷¹. Безграничное право, получаемое вторым подходом, представляется просто абсурдным. Оставим в стороне информацию о деятельности государственных органов, и задумаемся, каким образом конституция может устанавливать общее правило, что частные субъекты (физические и юридические лица) обязаны предоставлять информацию по запросу иных лиц. Очевидно, в такой конструкции что-то не так³⁷².

Обоснования значимости права на информацию столь же грандиозны, как его предполагаемое содержание. Утверждается, что без получения информации невозможно реализовать практически все остальные права, в том числе право собственности, право на благоприятную окружающую среду³⁷³, право на

³⁷⁰ А.В. Малько говорит о восьми составляющих «права на информацию», в том числе таких экзотических как право на гражданский код (обозначение гражданина в информационной системе) и право знать о создании и функционировании всех конкретных информационных систем, которые в какой-либо степени затрагивают его жизнедеятельность. См.: Малько А.В. Указ. соч.

³⁷¹ Например, «Закон о праве граждан на информацию призван обеспечить получение гражданином информации, необходимой прежде всего для реализации всех его прав и свобод, для удовлетворения *всех его жизненно важных интересов*. Это касается его личной жизни, жизни семьи, *но не только*» (Бачило И.Л. Информационное право: учебник для академического бакалавриата. М.: Юрайт, 2019. С. 117; курсив – мой, А.К.). «Право на информацию реализуется *буквально всеми видами субъектов*: общественными, государственными структурами, юридическими и физическими лицами» (Там же. С. 112). Получается, все могут требовать любой информации.

³⁷² Однако исследователи все же уверены в том, что и частные субъекты обязаны предоставлять информацию. Например, Л. К. Терещенко пишет, что несмотря на то, что Конституция РФ не уточняет обязанных субъектов, а законы чаще всего обращаются к государственным и муниципальным структурам, все же частные субъекты также обязаны предоставлять информацию (см.: Терещенко Л.К. Правовой режим информации: дис. доктор юридических наук. Москва, 2011. С. 97). В подтверждение последнего тезиса автор приводит обязанность акционерных обществ предоставлять информацию о своей деятельности по требованию акционеров. Этот пример едва ли подтверждает существование общего конституционного право на информацию: обязанность по информированию возникает из корпоративных отношений (в некотором роде, из договора). См. также: Информационное право: актуальные проблемы теории и практики / ред. И.Л. Бачило, М.А. Лапина. М., 2016. С. 59-60.

³⁷³ Малько А.В. Право гражданина на информацию: необходимость, природа, гарантии реализации // Правоведение. 1995. № 3.

образование и право на распоряжение своим трудом³⁷⁴. Т.В. Бережная называет право на информацию «связующим элементом всей системы основных прав и свобод»³⁷⁵, М.В. Кротов — гарантом свободы в целом³⁷⁶.

Действительно, без получения информации (например, от органов чувств) не проходит ни одно мгновение человеческой жизни. Однако ни о каком праве на информацию нам не позволяет говорить следующее. Субъективное право предполагает, что возможности действовать определённым образом предоставляются гражданам и юридическим лицам если не во всех случаях (все права в какой-то мере ограничиваются законом), то, по крайней мере, в большинстве. С правом на информацию ситуация обратная. Подавляющее большинство запросов об информации обречено быть неудовлетворёнными, и ни политико-правовых, ни законных оснований для иного исхода нет.

Открытость информации — это исключение, а не правило. Так, относительно получения сведений, которые касаются частных субъектов, законодательно установлены прямые и крайне широкие запреты. Желая получить и использовать персональные данные гражданина (а, например, в России это любая информация, которая позволит его идентифицировать) обязан, по общему правилу, получить явное согласие последнего³⁷⁷, а при обращении с ними соблюдать многочисленные положения специального законодательства. Информация о деятельности юридических лиц, кроме небольшого круга сведений ЕГРЮЛ и (уже с оговорками) финансовой отчётности, также закрыта для «внешнего мира». Помимо этого, подробно урегулировано, например, распространение продуктов интеллектуального труда (часть IV ГК РФ).

³⁷⁴ Алексеева М.В. О проблемных вопросах реализации конституционного права на информацию как одного из основных прав и свобод человека и гражданина // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 7. С. 16-19.

³⁷⁵ Бережная Т.В. Право на информацию как гарантия реализации прав человека // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 22. С. 14-17.

³⁷⁶ «Информация жизненно необходима человеку, так как без нее он не сможет сделать выбор и, следовательно, воспользоваться своей свободой». Кротов А.В. Свобода информации и право на информацию человека // Адвокатская практика. 2007. № 2.

³⁷⁷ Если такая возможность образует право, то существует и право на чужую собственность, ведь ей также можно распоряжаться по договоренности с собственником (например, заключив договор поручения).

Право на информацию, таким образом, действует только в узких, установленных законом, пределах, что подтверждается и в науке. В комментарии к Конституции РФ под редакцией В.Д. Зорькина отмечается: «Свобода информации ни в соответствии с комментируемой статьёй, ни в соответствии с нормами международного права не предполагает право требовать доступа к любой информации, если иное не предусмотрено законом³⁷⁸». Аналогично, А.А. Щербович пишет, что право доступа к информации распространяется только на те случаи, которые прямо указаны в законе об информации (это, в основном, информация о деятельности государственных органов³⁷⁹).

Получается, что в отношении настолько системообразующего, по мнению некоторых авторов, конституционного права, не действует даже базовый принцип «разрешено все, что не запрещено». Заслуживала бы свобода передвижения своего названия, если передвижение было бы возможно только в десятке случаев, прямо установленных в законе (например, если бы ограничения периода пандемии стали постоянными)? Если толковать конституционную свободу так, как это делают авторы, говорящие о праве на информацию, то крепостные крестьяне до конца XVI века обладали правом на занятие любой деятельностью, а их труд был свободен, ведь они могли менять помещика в установленных законом случаях (в Юрьев день). Такая трактовка субъективного права представляется абсолютно необоснованной.

Конституционная свобода или право — это не ярлык, который можно рефлекторно присваивать любой активности людей, любым их интересам или потребностям. Для обоснования того, что какая-то деятельность людей составляет их конституционное право, требуется достаточно весомая аргументация, подтверждающая, что данные интересы имеют высший порядок и должны серьёзно влиять на законодательство и разрешение споров. Получение же информации, в лучшем случае, является законным интересом. Люди

³⁷⁸ Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотренное. М.: Норма, Инфра-М, 2011. // СПС «Консультант-Плюс».

³⁷⁹ Щербович А.А. Конституционные гарантии свободы слова и права доступа к информации в сети Интернет: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 207.

действительно заинтересованы в том, чтобы информации было много, чтобы она была разнообразной и качественной. Это может быть политической программой, национальным проектом, но никак не субъективным правом.

Фиктивность комплексного права на информацию никак не задевает право на получение информации от государственных органов³⁸⁰. Право на информацию в этом узком смысле — это возможность для граждан получать доступ к сведениям, которые государство предпочло бы скрыть, но обязано обнародовать. Такое право имеет достаточно ясное содержание, понятные обоснования³⁸¹ и механизм реализации.

Некоторая часть терминологической путаницы, на которую мы обращали внимание выше, связана с тем, что данное узкое право на доступ к государственной информации за рубежом называется свободой информации (*freedom of information*). Один из первых законов, закрепляющих право на доступ к правительственной информации — Закон о свободе информации (*Freedom of Information Act*)³⁸² — был принят в США в связи со злоупотреблением правительством секретностью в ходе Вьетнамской войны. Этим актом регулируется порядок предоставления гражданам правительственных документов и данных. Законы такого рода, с похожими наименованиями, приняты во множестве стран мира: например, в Великобритании³⁸³, Австралии³⁸⁴, Канаде³⁸⁵, а также в Иране³⁸⁶ и Израиле³⁸⁷. В Конституции России право на доступ к правительственной информации установлено в ч. 2 ст. 24³⁸⁸.

³⁸⁰ С.Н. Шевердяев пишет о двух подходах российской науки к праву на информацию: как относящегося только к правительственной информации и как комплексного права на информацию. Автор придерживается первого, и мы разделяем его позицию. (Шевердяев С. Н. Указ. соч. С. 103).

³⁸¹ Правительство обязано раскрывать информацию о своей деятельности, чтобы оставаться подотчетным народу. См.: Шевердяев С. Н. Указ. соч. С. 116.

³⁸² The Freedom of Information Act (FOIA). 5 U.S.C. § 552.

³⁸³ Freedom of Information Act 2000 // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents>

³⁸⁴ Freedom of Information Act 1982 // URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00364>

³⁸⁵ Access to Information Act (R.S.C., 1985, c. A-1) // <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-1/page-1.html>

³⁸⁶ Iran: Review of the Publication and Free Access to Information Act 2009 // URL: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2017/09/Iran-FOI-review_Sept_2017-1.pdf

³⁸⁷ Freedom of Information Law 5758-1998.

³⁸⁸ «Органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом».

Заметим, что данная норма сконструирована иным образом, нежели комплексное «право на информацию». Она устанавливает общее правило, что государственные органы обязаны предоставить сведения, затрагивающие права и свободы гражданина. Исключения могут быть предусмотрены законом.

Таким образом, единственное субъективное право, отличающееся от свободы слова, которое входит в структуру «свободы информации» – это право требовать информации о деятельности государства³⁸⁹. Связь этого права со свободой слова достаточно непрямая и точно недостаточная для слияния их в единый институт. Действительно, правительственной информации даёт людям возможность её предметно обсуждать. Однако свобода слова связана таким косвенным образом и с правом на образование, и с правом на объединение³⁹⁰. Их тоже необходимо объединить со свободой слова в одном понятии?

Теоретическая конструкция свободы информации не выдерживает критики. Однако на это, вероятно, можно было бы на время закрыть глаза, если бы право на информацию не предполагало крайне широких и неопределённых оснований для ограничения высказываний. Подаваемое как гарантия свободы слова, оно, на самом деле, является троянским конём, предполагающим дополнительные требования к публичному дискурсу, а, следовательно, расширение связанных с ним государственных полномочий.

Проявлением этого является, например, включение российскими учёными в право на информацию требований к её качеству, в частности, достоверности³⁹¹. Наиболее показательными в смысле цензорских намерений являются работы

³⁸⁹ Как раз на это право, в отличие от свободы слова, действительно серьезно влияет развитие цифровых технологий. В частности, с увеличением возможностей распространения информации, появляются новые требования к открытости государства (см., напр., Салихов Д.Р. Использование информационных технологий в рамках процесса модернизации российских политических институтов: правовые условия, приемлемые способы, вызовы и риски // Конституционное и муниципальное право. № 11. 2019. С. 18-26).

³⁹⁰ Чем больше людей получает образование, тем больше они заинтересованы в дискурсе. Образование также порождает больше материала для обсуждения. Деятельность общественных объединений, как и правительственные документы, также предоставляют поводы для дискуссии.

³⁹¹ См., напр.: Колосов К.М., Колосова Н.М. Президент Российской Федерации как гарант информационной безопасности личности // Журнал российского права. 2020. № 4. О праве на достоверную информацию говорит также О.А. Снежко, однако неясно, насколько универсальным она предполагает такое право (приводимые примеры относятся, по большей части, к информации, исходящей из государственных органов). См.: Снежко О.А. Обеспечение права на достоверную информацию в цифровом пространстве // Конституционное и муниципальное право. 2021. № 6. С. 38-43.

И.Л. Бачило. Автор неудовлетворительно оценивает качество информации в неурегулированном (на момент публикации работ) Интернете. Закон об информации (на 2005 год), по её мнению, слишком разрешителен. Первой же задачей, которую Бачило ставит перед его будущей, надлежащей, редакцией является установление ограничений и запретов по реализации прав в информационной сфере³⁹². Законодательное регулирование права на информацию автор предлагает строить на основе Доктрины информационной безопасности. Даже название этого документа красноречиво свидетельствует о предлагаемом подходе к регулированию: информационное пространство — это источник угроз, которые государству необходимо поставить под контроль.

Таким образом, «соседняя» со свободой слова норма создаёт реальные основания для ограничения публичного дискурса. Можно было бы объяснить такие выводы российских учёных тем, что они лишь воспроизводят склонность законодателя к регулированию любой деятельности граждан. Однако это, в данном случае, не главное, ведь и в зарубежной юриспруденции свобода информации часто рассматривается источник полномочий государства, а не их ограничение.

В зарубежной науке и практике концепция свободы информации имеет целостный, законченный, вид, а также масштабные правовые последствия: она предполагает конституционализацию всех общественных отношений, связанных с информацией³⁹³. У этого подхода следующая логика. С развитием технологий массового вещания, а особенно — с распространением Интернета, информация стала ресурсом, влияющим на каждого конкретного человека и на важнейшие общественные процессы³⁹⁴. Поскольку решения относительно такого важного

³⁹² Среди категорий информации, подлежащих закреплению в этом законе, называется, например, «вредная информация». Бачило И.Л. Информационное право. М.: Юридический центр Пресс, 2005. С. 243-244.

³⁹³ В России на основе права на информацию выстраивается целая отрасль «информационного права». Однако, поскольку в российской юридической науке не принято сильно отдаляться от нормативно-правового материала, а КС РФ не спешит с распространением конституционных норм на любое регулирование информации, данная «отрасль» соткана учеными из эклектичного набора законодательных положений, не объединенного в действительности никакими общими принципами.

³⁹⁴ М.Я. Муратов, например, полагает, что право на информацию обрело самостоятельное значение с развитием и усложнением коммуникационных технологий. В связи с появлением Интернета, в составе свободы слова

объекта нельзя оставить на откуп лишь частным лицам (и частному праву), регулирование должно полагаться на конституционные ценности. Последние предписывают, чтобы информационный обмен в стране соответствовал неким сущностным критериям качества (разнообразие информации, полнота, достоверность). Информационная инфраструктура и участники информационного обмена (юридические и физические лица) должны действовать так, чтобы обеспечить граждан информацией, соответствующей этим критериям. Государственные органы в этой картине выполняют роль регуляторов и арбитров. Таким образом, свобода информации добавляет к негативной свободе слова позитивное содержание, и изначально либеральное право более не означает лишь невмешательство государства в публичный дискурс. Наиболее полное выражение данная концепция получила в актах КС ФРГ, которые мы рассматриваем далее.

§2. Позитивный подход к свободе слова и свободе информации в праве ФРГ

В первом же рассмотренном деле о свободе выражения мнения (ст. 5 ОЗ ФРГ), КС ФРГ установил несколько базовых для немецкого конституционализма принципов и направил доктрину в позитивно-правовое русло³⁹⁵. Файт Харлан — актёр и режиссёр, карьера которого расцвела при нацистском режиме. Его работу Йозеф Геббельс назвал его работу «Еврей Зюсс» лучшим антисемитским фильмом. Послевоенные суды признали Харлана невиновным в преступлениях против человечности: было сочтено, что он лишь следовал приказам министра пропаганды³⁹⁶. Вышедшим в 1950 году фильмом «Бессмертная возлюбленная» (*Unsterbliche Geliebte*) режиссёр пытался реабилитировать свой имидж, что, вполне предсказуемо, столкнулось с некоторым непониманием. Эрих Лют, занимавший на тот момент пост директора Национального офиса прессы в

появились «весьма специфические полномочия». См.: Муратов М. Я. Право на свободу слова: История и современность: дисс. ... канд. юрид. наук. М, 2002. С. 53.

³⁹⁵ BVerfGE 7, 198 - 230

³⁹⁶ Ibid.

Гамбурге, призвал к бойкоту фильма, обратив внимание на нацистское прошлое Харлана. Кинокомпании, распространявшие новинку от экс-нациста, обратились в суд с иском по статье 826 ГГУ, устанавливающей деликтную ответственность за умышленное причинение вреда добрым нравам³⁹⁷. Иск был удовлетворён, и Люту было запрещено призывать немецкую публику не посещать фильм, а также убеждать прокатчиков отказаться от его показа.

КС ФРГ отменил акты общегражданских судов, отметив, что призывы к бойкоту защищаются свободой слова, которая перевешивает экономические интересы продюсеров. Суд отметил, что высказывания Люта были попыткой повлиять на формирование общественного мнения по крайне важному и насущному (по крайней мере, на 1950-й год) вопросу рефлексии над нацистским прошлым. Суд предпочёл не высказываться лишь по конкретным обстоятельствам дела и применённым в нем нормам (например, просто отметив, что ни в каком смысле действия Люта не противоречат добрым нравам). В деле Люта КС ФРГ сформулировал важнейшие аспекты немецкого конституционализма.

Немецкая конституция толкуется КС ФРГ не просто как набор правил организации государственной системы, но как выражение ценностных решений немецкого народа. Она устанавливает *объективную систему ценностей*, которая не подлежит пересмотру и охраняется конституционным судом³⁹⁸. Закреплённые в Основном законе права и свободы предполагают не только ограничения для государства³⁹⁹. В этих правах заложены ценности, действительную реализацию которых государство обязано обеспечить.

КС ФРГ акцентировал внимание на необходимости активных действий государства в позициях о целом ряде прав⁴⁰⁰. Однако свобода слова особо

³⁹⁷ «Лицо, которое умышленно причинит другому лицу вред способом, противоречащим добрым нравам, обязано возместить этому другому лицу причиненный вред». См.: Гражданское уложение Германии (ГГУ) от 18.08.1896 (ред. от 02.01.2002) (с изм. и доп. по 31.03.2013) // СПС «Консультант-Плюс».

³⁹⁸ BVerfGE 7, 198 – 230. Para. 25.

³⁹⁹ КС ФРГ в этой связи говорит о субъективном (защитном, негативном) и объективном аспекте прав. Второе предполагает выражение основных конституционных ценностей конкретным правом или свободой.

⁴⁰⁰ См., напр: BVerfGE 6, 32 - 195 (свобода передвижения); BVerfGE 7, 377 - 1958 (свобода выбора занятий); Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1 - 1983 (неприкосновенность частной жизни).

значима для демократического конституционного правопорядка, поэтому объективно-правовой компонент в ней даже важнее, чем в других случаях. КС ФРГ цитирует американский Верховный суд и называет свободу слова «непременным условием любой другой формы свободы». Именно она делает возможными обмен и соревнование между идеями, которые являются для демократии «источником жизненной силы»⁴⁰¹.

Из идеи об объективности конституционных ценностей следует и радиационный эффект конституционных норм. Помимо вертикальных отношений (государство-гражданин), конституция затрагивает и горизонтальные (между частными лицами). Разрешая частноправовые споры, суды должны принимать во внимание конституционные ценности. Для них, если не для частных лиц⁴⁰², объективный правопорядок является руководящим. Любое положение частного права должно быть совместимо с установленной конституцией системой ценностей, в том числе и упомянутая выше архаичная норма гражданского кодекса.

Ценностный характер ОЗ ФРГ означает, что свобода слова имеет конкретные цели: обеспечить демократический порядок и самореализацию личности⁴⁰³. Конституция защищает не личное право спикера высказываться, а процесс «свободного индивидуального и публичного формирования мнения»⁴⁰⁴. Государство обязано оградить этот процесс как от своего посягательства, так и от вредных действий частных лиц.

Видение конституционализма, излагаемое КС ФРГ в деле Люта, подталкивает к позитивной концепции свобод, в том числе и свободы слова. Однако наиболее отчётливо позитивная трактовка свободы проявляется в несколько более специальном вопросе регулирования вещательных СМИ

⁴⁰¹ BVerfGE 7, 198 – 230. Para. 31.

⁴⁰² Конституционность действий частных лиц напрямую оспариваться, разумеется, не может.

⁴⁰³ 54 BVerfGE 129, 136-7. Таким образом, суд опирается на две теории, которые в гл. 1 мы описывали как коллективистскую теорию и теорию сущностей автономии. Обе говорят о свободе слова как инструментальной и, чаще всего, позитивной свободе.

⁴⁰⁴ *Freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung.*

(предложение 2 ст. 5 ОЗ ФРГ). Будучи одним из главных источников частного воздействия на процесс построения мнения в обществе, медиа — предмет особого внимания позитивной концепции конституционных прав. Свобода вещания, по словам КС ФРГ, — это служебная свобода⁴⁰⁵, а не только субъективное право СМИ вести свою деятельность⁴⁰⁶. Их работа значима лишь постольку, поскольку она помогает реализовать заложенные в конституции ценности. Более широкая, чем интересы любого конкретного субъекта, конституционная свобода вещания в первую очередь охраняет не интересы вещателя, а процесс формирования мнения⁴⁰⁷. Данный процесс не может работать корректно без многосторонней и разнообразной информации по общественно-значимым вопросам. Медиа обязаны руководствоваться этим стандартом в своей работе, а государство — следить за его соблюдением.

Построенная с нуля после войны медиа-система Западной Германии предполагала только общественное вещание — частная компания получить лицензию не могла. Аргументы КС ФРГ в пользу этого, достаточно грубого, вторжения в частную инициативу, прошли определённую эволюцию. Первоначально суд объяснял свою позицию, главным образом, дефицитом частот⁴⁰⁸: поскольку число вещателей технологически ограничено, распределение частот должно приносить максимальную общественную пользу⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ 83 BVerfGE 315 (вещательная свобода названа служебной).

⁴⁰⁶ Еще более радикальную трактовку свободы вещания, предполагающую, что единственным субъектом (адресатом) свободы вещания является региональный регулятор медиа, предложенную судом Баварии, КС ФРГ не поддержал. См.: 97 BVerfGE 303. В российской науке данный аспект свободы СМИ также является предметом обсуждения. Некоторые авторы видят в ней лишь субъективное право самих СМИ (см., напр.: Погребинская Л.А. Реализация конституционной свободы массовой информации: российское законодательство и практика его применения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2009. С. 16; Федотов М.А. Право массовой информации. Монография. 2001. С. 32-33). Однако основная часть исследователей полагает, что у данной свободы есть более широкий, системообразующий характер (см., напр.: Рихтер А.В. Правовые основы журналистики. 2009. С. 18), а СМИ — лишь инструмент для обеспечения информированности граждан. (см. Шахназарова В.Г. Правовое регулирование в сфере массовой информации Российской Федерации: принципы и институты: диссертация ... канд. юридических наук. М., 2006. С. 3).

⁴⁰⁷ 87 BVerfGE 197-98.

⁴⁰⁸ В регулировании СМИ термин «дефицит частот» относится к ограниченному количеству частот, по которым может передаваться сигнал радио- и телевизионного вещания без взаимных помех.

⁴⁰⁹ 73 BVerfGE 118, 121 (1986) (КС ФРГ отметил также, что контроль над инфраструктурой и содержанием программ должны быть разделены. Ibid. P. 109-10).

К середине 1980-х годов технологические ограничения стали ослабевать. С развитием спутникового и кабельного телевидения поддерживать чисто общественную модель вещания стало невозможно. В эфир вышли первые коммерческие телеканалы⁴¹⁰. Это, однако, не изменило выводов КС ФРГ. Суд указал, что особенности рынка вещания и необходимость в пристальном регулировании сохраняются: значительная часть граждан все еще получает сигнал только от антенны⁴¹¹, а порог входа на рынок медиа остаётся достаточно высоким (интересно, почему?)⁴¹². Суд оставил выбор модели управления смешанной системой медиа на усмотрение законодателя, при условии, что будет обеспечено разнообразие информации. Плюрализм, указывает суд, может пониматься как внутренний и внешний⁴¹³. При внутреннем, многообразие информации измеряется в рамках одного медиаканала, при внешнем – на рынке в целом.

Осознавая неактуальность аргументации про дефицит частот, КС ФРГ иначе обосновывает поддержание системы общественного вещания. Теперь проблема видится не в технологии, а в невозможности рынка обеспечить информационное многообразие⁴¹⁴. Доходы канала зависят от привлечения рекламодателей, которых, в свою очередь, интересует максимально широкая аудитория. Бизнес-модель, таким образом, подталкивает вещателей к производству усреднённых, наиболее дешёвых программ, которые слабо помогают конституционным ценностям. В дальнейших решениях суд указывает и на другие системные проблемы коммерческого рынка: однобокое освещение событий, а также использование эфира для нежурналистских (политических и

⁴¹⁰ Первые частные вещатели, RTL и SAT.1, получили лицензии в 1984 году. См.: Banerjee I., Seneviratne K. (Eds.). *Public Service Broadcasting in the Age of Globalization*. Singapore: Asian Media Information and Communication Centre, 2006. P. 231.

⁴¹¹ Наземное телевидение, в котором сигнал распространяется по радиоканалу от телевизионных вышек.

⁴¹² 74 BVerfGE 333.

⁴¹³ 73 BVerfGE 153.

⁴¹⁴ 73 BVerfGE 118, 155 (1986).

экономических) целей⁴¹⁵. Однако довод про бизнес-модель остался ключевым для позиции КС ФРГ⁴¹⁶.

Множество медиа-теоретиков и в Германии, и в других странах поддерживают этот вывод и полагают, что он абсолютно бесспорен⁴¹⁷. В научных публикациях практически единогласно мнение, что коммерческий рынок не может создать «сложные» критические работы, которые не привлекают большую аудиторию, но важны для формирования общественного мнения⁴¹⁸. Мы подробно изложим наши сомнения на этот счёт ниже, но пока лишь отметим, что этот довод идеально укладывается в конструкцию позитивной свободы: частные лица с большими ресурсами могут представлять такую же угрозу ценностям публичного дискурса, что и государство.

Система общественного вещания — яркое проявление позитивного подхода к свободе в сфере информации. Во имя разнообразия, медиасистема (то есть поток информации, доступный гражданам) должна быть защищена от доминирования как государства, так и частных лиц. Однако здесь возникает очевидное противоречие: кто будет защищать дискурс от влияния частных лиц, если не государство? Осознавая этот парадокс «лисы, охраняющей курятник», КС ФРГ отметил, что между государством и вещанием должна соблюдаться дистанция⁴¹⁹. Общественное вещание — способ реализовать это, не отдавая информирование граждан в руки коммерческого рынка⁴²⁰. Чтобы избежать

⁴¹⁵ 119 BVerfGE 216-217 (2007). "

⁴¹⁶ Свое видение интересов частных вещателей КС ФРГ посчитал доказанным, опираясь на исследование регионального медиа-регулятора, которое пришло к выводу, что 70-96% материалов, показанных на частных телеканалах в течение двух недель, было развлекательными. См.: 87 BVerfGE 199

⁴¹⁷ Некоторые авторы утверждают, что в этом отношении в Германии имеется политический консенсус: такой вывод суда поддерживают и консервативные немецкие политики. См.: Wittman C. Information Freedom, a Constitutional Value for the 21st Century // Hastings International and Comparative Law Review. 2013. P. 197-198. См. также: Pickard, V. Journalism's Market Failure Is a Crisis for Democracy / Harvard Business Review. March 12, 2020. URL: <https://hbr.org/2020/03/journalisms-market-failure-is-a-crisis-for-democracy> (дата обращения: 11.01.2024; «... журналистика всегда была подвержена провалу рынка. Чрезмерная зависимость от одного источника выручки создавала для новостных организаций огромный риск»).

⁴¹⁸ Буквально это словосочетание использует КС ФРГ в одном из своих решений — культурно сложные программы. См.: 73 BVerfGE 155.

⁴¹⁹ КС ФРГ использует термин *Staatsferne* (отдаленность от государства) для выражения этих соображений. См.: 73 BVerfGE 190.

⁴²⁰ КС ФРГ, описывая роль общественного вещания, использует понятие базового информационного сервиса. Позиции комментаторов о его толковании различаются. Мнение меньшинства заключается в том, что так описывается лишь временная задача общественных вещателей по обеспечению плюрализма до того, как технологии не снимут проблему ограниченности частот. Далее рынок сможет обеспечить плюрализм

проблем государственной цензуры, КС ФРГ делегирует все чувствительные решения в сфере медиа независимым «общественным» институтам и органам, которые должны действовать вне государственного и политического влияния⁴²¹. При каждом общественном вещателе создаются советы, уполномоченные вмешиваться в редакционную политику медиа в интересах аудитории. Они состоят из представителей значимых социальных групп (профсоюзов, организаций по защите прав тех или иных меньшинств, торгово-промышленных палат, политических партий, профессиональных ассоциаций)⁴²². Такая структура управления якобы способствует включению разноплановых точек зрения и предотвращению доминирования какой-либо одной группы интересов.

КС ФРГ также старается обеспечить независимость общественных вещателей, высказываясь о системе их финансирования. Поскольку эти организации не зарабатывают самостоятельно, очевидно, что они должны получать деньги, в той или иной форме, из утверждаемого законодательной властью бюджета. Это создаёт риск политического давления. Для его минимизации КС ФРГ считает оптимальным взимание фиксированного сбора с каждого гражданина⁴²³, величина которого, однако, устанавливается региональным законодателем не произвольно⁴²⁴. Вещатели должны обосновать необходимый для выполнения конституционно-значимых целей объем

информации самостоятельно (см.: Starck C. Grundversorgung und Rundfunkfreiheit // Neue Juristische Wochenschrift. 1992. Vol. 51. S. 3527). Некоторые, напротив, полагают, что данный стандарт предполагает, что должна быть альтернатива массовым программам частных вещателей (*Kontrastprogramm*) (Bullinger M. Regulierung unter VielKanal-Bedingungen // In: Öffentlichkeit unter Viel-Kanal Bedingungen / eds O. Jarren, F. Krotz. Baden-Baden: Nomos, 1998. S. 94.). Похоже, что КС ФРГ склоняется скорее ко второй позиции. После 1986 года суд пишет, что базовый информационный сервис обозначает роль общественного вещания в формировании мнения и политической воли народа, создании национальной культурной идентичности. Общественное вещание рассматривается как постоянная, а не временная, альтернатива частным и европейским (наднациональным) программам (см.: 73 BVerfGE 157-58).

⁴²¹ Из этих же соображений общественные вещатели создаются в специальных смешанных (не частных и не государственных) организационно-правовых формах, например, в виде учреждений или публичных фондов. Инкорпорированные таким образом вещатели не встроены в систему государственных органов и принимают решения автономно. Подробнее про эти организационно-правовые формы см.: Маркварт Э., Маркелова А. Публичные компании в России и Германии—основания создания и организационно-правовые формы // Местное право. 2016. №. 4. С. 36.

⁴²² См.: Ruck S. Development of Broadcasting Law in the Federal Republic of Germany // European Journal of Communication. 1992. Vol. 7. P. 219, 225; Witteman C. West German Television Law: An Argument for Media as an Instrument of Self-Government // Hastings International and Comparative Law Review. 1983. Vol. 7. P. 158-59.

⁴²³ 119 BVerfGE 219.

⁴²⁴ 90 BVerfGE 105-06

финансирования, после чего независимая комиссия (КЕФ) проводит объективную оценку адекватности этих запросов⁴²⁵. Законодатель принимает решение формально, но фактически решающая роль – у КЕФ: отклонение законодателей от ее рекомендаций может повлечь отмену их решения в судебном порядке⁴²⁶.

Этот момент достаточно показателен. КС ФРГ исходит из того, что объективность в вопросах информационного разнообразия, финансирования может быть достигнута через специальные процедуры принятия решений и введение в эти процедуры независимых органов. Получается, что люди, будь то зрители⁴²⁷ или руководители частных компаний, нерациональны, предвзяты и склонны действовать наперекор общественному благу (намеренно или нет). Однако включаясь в работу бюрократических комиссий, они становятся нейтральными и рациональными настолько, что им можно безоговорочно доверять ключевые конституционно-значимые решения.

Хотя регулирование вещания не является темой настоящей работы, мы уделили ему столько внимания не случайно. Рассмотренная позиция КС ФРГ приводит некоторых исследователей к выводу о том, что право на получение качественной информации распространяется на все аспекты информационного обмена, все высказывания граждан, а не только на эфир вещательных медиа⁴²⁸. Статья 5 ОЗ ФРГ, как утверждается, гарантирует позитивную свободу информации.

Впервые КС ФРГ упоминает о свободе информации в решении 1969 года, в котором ограничение распространения газет из Восточной Германии было

⁴²⁵ 87 BVerfGE 182-83, 204.

⁴²⁶ 119 BVerfGE 182 (суд отменил решение конференции министров земель, которые установили сбор на 27 центов меньше рекомендованных КЕФ. Суд отметил, что необходимо обеспечить объективное решение данного вопроса, которое не допускает политического влияния).

⁴²⁷ Наиболее возмущил суд довод министров о связи снижения сбора с повышением конкуренции на рынке медиа. Суд отметил, что это не должно играть никакой роли, чем еще раз подтвердил свое недоверие рынку, то есть самим зрителям, в определении того, какая информация им нужна. Получается, телесмотрение - настолько важное дело, что его нельзя доверять телезрителям. См.: 119 BVerfGE 239.

⁴²⁸ Kloepfer M. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Zugangs zu Medien und Telekommunikationseinrichtungen // In: Probleme des Zugangs zu den Medien und Telekommunikationseinrichtungen. 2004. S. 7.

признано неконституционным⁴²⁹. Суд отметил, что свобода информации — не составляющая часть свободы выражения мнений, а её гарантия. Прежде чем выразить мнение, его нужно сформировать, а для этого требуются мнения других и фактические сведения. Поэтому и получение информации должно защищаться конституцией. Суд отметил, что авторы конституции, закрепляя свободу мнений, имели в виду в том числе и практики нацистов по ограничению доступа к иностранной информации, и желали не допустить их повторения в послевоенной Германии⁴³⁰.

В цитируемом деле о Лейпцигской газете КС ФРГ снова предпочёл не опираться на классическую концепцию свободы слова, а создать новую правовую конструкцию — свободу информации. Вероятно, это связано с тем, что спикер не был заявителем по делу и, в принципе (как иностранное СМИ) не наделён правами Основным законом. Так что свобода информации в подобных случаях помогает защитить интересы аудитории — потенциальных читателей восточногерманских газет.

Однако до признания позитивного характера свободы информации остаётся ещё один шаг. В решении 1969 года вопрос касался лишь возможности государства ограничивать доступ к информации, но не обязанности частных лиц её предоставлять. В 1994 году суд подошёл достаточно близко и к этой (второй) позиции⁴³¹, посчитав, что конституционное право на информацию арендатора (установившего, вопреки договору, антенну на дом) важнее прав арендодателя. Тем не менее, в 2001 году суд назвал право на информацию защитным, то есть негативным, и указал, что статья 5 Основного закона не обязывает предоставлять какую-либо информацию даже государственные органы (и тем более — частных лиц)⁴³².

С точки зрения некоторых комментаторов, решением по делу Лейпцигской газеты КС ФРГ закрепил позитивную свободу информации, то есть общее

⁴²⁹ 27 BVerfGE 81

⁴³⁰ 27 BVerfGE 80.

⁴³¹ 90 BVerfGE 27 (1994)

⁴³² 103 BVerfGE 60-63 (2001)

правило, что закон должен гарантировать гражданам доступ к полной и разнообразной информации⁴³³. В. Хоффманн-Рим считает, что Основной закон гарантирует спикеру свободу мнения и его выражения, а аудитории — свободу информации⁴³⁴. Вторая является объективной свободой, которая складывается из применения к свободе слова конституционных принципов правового, социального, демократического государства⁴³⁵. Основной закон не предоставляет каждому право получать какую-либо конкретную информацию, но требует от законодателя обеспечить доступ к сведениям, важным для демократического процесса. Иначе говоря, законодатель обязан поддерживать определённую институциональную структуру доступа к информации⁴³⁶.

Информация объявляется настолько значимой для демократии и личности, что она всегда подлежит прямому конституционному регулированию⁴³⁷. Весь процесс информационного обмена, действия всех субъектов, влияющих на него должны соответствовать ценностям, заложенным в конституции. Противоречащие этому частноправовые нормы о собственности, договорах или деликтах не применяются. Это и есть конституционализация, о которой мы говорили выше, но такой подход вполне можно назвать и информационным социализмом⁴³⁸. Подобно большевикам, перераспределявшим землю, его сторонники предлагают принудительно перераспределить информацию и информационные возможности во имя всеобщего блага. Сторонники такого

⁴³³ Rossen H. Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk. Die Rundfunkfreiheit im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. 1 GG. Baden-Baden: Nomos, 1988. S. 193-194.

⁴³⁴ Hoffmann-Riem W. Recht der freien Meinungsäußerung // In: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Neuwied: Luchterhand, 1989. S. 422.

⁴³⁵ В подтверждение этого другой автор ссылается на различие формулировок в тексте ст. 5 Основного закона. Свобода мнения сформулирована как право, которое граждане могут реализовывать «без препятствий» (предложение 1). Свобода печати и информации же «гарантируется» (предложение 2). Поэтому первое – субъективное право (негативное), второе – объективное (позитивное). См.: Ruck S. Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit // Archiv für Öffentliches Recht. 117/1992. S. 543, 547-48.

⁴³⁶ Hoffmann-Riem W. Recht der freien Meinungsäußerung // In: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Neuwied: Luchterhand, 1989. S. 422.

⁴³⁷ См., напр.: De Gregorio, G. (2021). The rise of digital constitutionalism in the European Union. International Journal of Constitutional Law, 19(1), 41-70.

⁴³⁸ Политические предпочтения авторов выдает, например, то, что используется термин информационная справедливость (*Informationsgerechtigkeit*), который очевидно имеет левые коннотации. Klopfer M. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Zugangs zu Medien und Telekommunikationseinrichtungen // In: Probleme des Zugangs zu den Medien und Telekommunikationseinrichtungen. 2004. S. 7.

подхода стремятся распространить правила, установленные для вещательных медиа в условиях ограниченности частот, на весь дискурс в обществе. Это, в целом, не лишено последовательности. Ситуация, когда КС ФРГ активно применяет позитивный подход к одним субъектам, но воздерживается от его применения к информационному обмену в целом, кажется неустойчивой, особенно учитывая, что границы между массовой информацией и остальной все более размываются.

Свобода массовой информации обычно воспринимается как концепция, смежная, но отдельная от свободы слова. СМИ традиционно регулировались более тщательно, чем высказывания граждан из-за масштаба их аудитории, профессионализма журналистов и высокого порога входа в индустрию. Факторы этого разделения в современном мире неактуальны: нет оснований для отграничения регулирования СМИ от «общей» свободы слова⁴³⁹. Технические препятствия, которые ранее могли ими служить, более не действуют. Охват интернет-платформ, блогов, каналов с видео или текстом, сопоставим с аудиторией традиционных медиа. Полностью отпали и базовые для КС ФРГ соображения об обеспечении разнообразия: в Интернете оно огромно, а механизм, с помощью которого частный субъект сможет его значительно сократить даже теоретически сложно помыслить.

Регулирование высказываний граждан и профессиональных СМИ, в любом случае, будет сближаться. Если государство подходит к регулированию Интернета с социалистическим подходом к медиа в качестве господствующего, неудивительно, что именно он будет распространяться на онлайн-высказывания. Унификация произойдет не по либеральной свободе слова, а по урегулированной свободе вещания⁴⁴⁰. Поэтому в современном контексте информационный

⁴³⁹ Чёткое разделение свободы СМИ и свободы слова и ранее полагалось на сомнительные доводы. Ни аудитория, ни профессионализм журналистов, не должны влиять на уровень конституционной защиты. Соображения недоверия государству одинаково действуют вне зависимости от спикера, на которого направлено регулирование.

⁴⁴⁰ Немецкие законодатели уже приготовились пойти по такому пути, когда комиссия Бундестага по «Интернету и цифровому обществу» заняла позицию, что конституционные нормы о «свободе коммуникаций» применимы также и к вопросам Интернета. Отчёт комиссии прямо ссылался на решение по Лейпцигской газете. См.: Enquete-

социализм, выражаемый концепцией свободы информации, нависает над публичным дискурсом в качестве вполне явной и наличной угрозы. Государственное регулирование, предлагаемое его теоретиками, затронет не только устоявшиеся и способные себя защитить традиционные СМИ, но всех⁴⁴¹.

§3. Негативная свобода⁴⁴² слова в праве США

В американском праве свобода слова рассматривается лишь как ограничение для государства, негативная свобода. По общему правилу (называемому доктриной государственных действий, *state action doctrine*) конституционные права распространяются исключительно на решения государственных органов или должностных лиц⁴⁴³. Частные лица сковываются конституционными запретами в крайне редких случаях. Наиболее известный пример такого исключения – дело *Shelley v. Kramer* (1948 год), в котором ВС США признал, что применение судом частных соглашений, ограничивающих сделки с недвижимостью по расовому признаку, нарушает 14-ю поправку к Конституции США. Хотя само заключение такого соглашения конституцию не затрагивает, его применение судом (государственным органом) помещает это частное действие в разряд государственных. К высказываниям настолько жёсткая позиция не применяется, однако и в области свободы слова есть два случая, когда частные действия приравниваются к государственным.

Во-первых, это происходит при выполнении частным лицом традиционно государственных функций. Так, в деле *Marsh v. Alabama* в качестве

Kommission Internet und Digitale Gesellschaft. Bericht über Netzneutralität. 2012. ID 24667. S. 40. URL: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/085/1708536.pdf>.

⁴⁴¹ Подробнее о проблемах этого подхода см. § 4 настоящей главы.

⁴⁴² Негативная свобода (как «антоним» позитивной по Берлину) в данном случае не вполне совпадает со свободой слова с точки зрения негативной теории, о которой мы писали выше. Избежать этой терминологической путаницы, однако, не представляется возможным, поскольку классификация Берлина является устоявшейся, а иного, столь же удачного, названия негативной теории свободы слова на русском языке, мы не нашли. Некоторые «позитивные теории» (ориентирующиеся на ценности, а не риски, в обосновании свободы слова) могут иметь результатом концепцию свободы слова как негативной свободы (предполагающей запрет государственных действий, а не их направление). Такова, например, теория формальной автономии.

⁴⁴³ Доктрина проистекает из толкования Четырнадцатой поправки к Конституции США, запрещающую штатам принимать законы, ограничивающие права. От противного, это означает, что, по общему правилу, частное вмешательство в те действия, которые составляют содержание конституционных прав, не запрещено. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

государственных были расценены действия частной корпорации, фактически владевшей городом Чикасо в штате Алабама⁴⁴⁴. Свидетельница Иговы, раздававшая на улице религиозную литературу, была обвинена во вторжении в права собственности (*trespassing*) корпорации. Её арест был отменен ВС США как нарушающий Первую поправку, поскольку компания обладала тотальной властью над местным сообществом, возможностью полного контроля всех платформ для высказывания⁴⁴⁵. Её действия были признаны государственными.

Если власть частного субъекта не настолько тотальна, его действия не приравниваются к государственным. Например, хотя торговый центр и является крупным и, вероятно, ключевым для каких-то местностей общественным пространством, его собственники не обладают властью, аналогичной правительственной. Их администрация не может контролировать информационные потоки в том же объёме, что и государство, поскольку посетители и работники остаются частью более широкого сообщества (проще говоря, в конце каждого дня и работники, и посетители уезжают домой)⁴⁴⁶.

Критерием здесь выступает не важность или масштаб деятельности частного субъекта⁴⁴⁷, но выполнение им тех функций, которые традиционно выполнялись исключительно государством⁴⁴⁸. Это особенно важно в современных дискуссиях. Даже если интернет-платформа (например, социальная сеть) играет важную роль в обеспечении дискурса по всему миру, этого недостаточно для признания её действий государственными. Такой вывод изложил один из окружных судов в решении по иску распространителей спама (нежелательных рекламных писем) к Интернет-провайдеру *America Online* (AOL). Истцы полагали, что, поскольку провайдер позволяет публике

⁴⁴⁴ Город был так называемым *company town*. В России аналогичную ситуацию описали бы с другим акцентом. Компания — градообразующее предприятие.

⁴⁴⁵ Schauer F. *Hudgens v. NLRB and the Problem of State Action in First Amendment Adjudication* // *Minnesota Law Review*. 1976. Vol. 61. P. 455.

⁴⁴⁶ *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972)

⁴⁴⁷ Социальная значимость и масштаб в принципе не являются свойствами, характерными именно для государственной деятельности.

⁴⁴⁸ Schauer F. *Hudgens v. NLRB and the Problem of State Action in First Amendment Adjudication* // *Minnesota Law Review*. 1976. Vol. 61. P. 453.

пользоваться своими серверами, он несёт публичную функцию и не может ограничивать распространение информации⁴⁴⁹. Судом эта линия рассуждений была отклонена.

Вторая группа ситуаций, когда действия частных субъектов приравниваются к действиям государства, связана с их тесным взаимодействием (*entanglement*). Если правительство поощряет, определяет действия или принуждает к ним⁴⁵⁰, они рассматриваются как государственные⁴⁵¹. Показателями такой тесной связи могут быть, например, государственное финансирование, особо тщательное регулирование их деятельности и другие подобные обстоятельства. Важно, чтобы государственное влияние было направлено именно на те действия, которые нарушают конституционные права. То есть самого факта воздействия на деятельность организации недостаточно. Например, в одном из дел ВС США не признал государственными действиями увольнение учителей частной школой, получающей бюджетное финансирование. Субсидирование, по мнению суда, не имеет прямой связи с кадровыми решениями учебного заведения⁴⁵².

Указанные исключения из доктрины государственных действий, хоть и точечные, во многом зависят от обстоятельств конкретного дела. Классификация действия как государственного или частного может быть достаточно сложной и субъективной. Сами судьи ВС США отмечают эти трудности⁴⁵³. Многие исследователи критикуют доктрину государственных действий за то, что она слишком изрезана оговорками, казуистична и непоследовательна, предлагая

⁴⁴⁹ Cyber Promotions, Inc. v. American Online, Inc., 948 F. Supp. 436 (E.D. Pa. 1996).

⁴⁵⁰ Частные действия расцениваются как государственные в случае, если они происходят по принуждению со стороны государства, или если решения частного агента в большой степени определяются государством. См.: Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association, 531 U.S. 288 (2001)

⁴⁵¹ Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830 (1982)

⁴⁵² Manne G.A., Sperry R.B., Struble T., Szoka B. A Conflict of Visions: How the 21st Century First Amendment Violates the Constitution's First Amendment // First Amendment Law Review. 2018. Vol. 13. P. 327.

⁴⁵³ Так, рассматривая обвинения владельца ресторана в дискриминации при предоставлении парковочных мест, судья У. Бреннан признает, что классификация действия как частного или государственного – «непростая задача», которая может быть верно решена только исходя из обстоятельств конкретного дела. См.: Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961) (иск против владельца ресторана о дискриминации при предоставлении парковочных мест).

отказаться от неё в пользу позитивной концепции свободы слова⁴⁵⁴. Рассмотрим эти доводы.

1. Теоретическая несостоятельность доктрины, по мнению критиков, вызвана размытостью границы между частным и публичным. Частное право является частным лишь в ограниченной степени⁴⁵⁵. Любое частное решение получает правовое значение лишь тогда, когда это признает государство⁴⁵⁶. Государственная власть ограждает собственность от посягательств, а контракты – от невыполнения. За каждым судьёй по гражданским делам, в конечном счёте, стоит сила национальной армии, то есть весь государственный аппарат принуждения⁴⁵⁷. Исходя из этого, можно предположить, что разграничение между государственными и частными действиями в принципе не имеет значения. Всё является публичным, поскольку происходит с одобрения государства⁴⁵⁸, явного или молчаливого⁴⁵⁹. А раз так, любое решение и действие граждан должно соответствовать конституционным требованиям.

Кэсс Санстейн последовательно отстаивает идею о том, что разделение между частным и публичным для конституционного права произвольно. Квалификация действий как государственных зависит от некоего традиционного разделения полномочий между государством и частными лицами, которое доктрина считает «естественным» или «дополитическим»⁴⁶⁰. Действия

⁴⁵⁴ Schmidt C.W. On Doctrinal Confusion: The Case of the State Action Doctrine // *BYU Law Review*. 2016. P. 575.

⁴⁵⁵ См., напр.: Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State // *Political Science Quarterly*. 1923. Vol. 38. P. 470 (выбор в системе частной собственности делается с учетом ограничений, очерченных частными правами других лиц, которые наделены силой государственным принуждением); Holmes S., Sunstein C.R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends Upon Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999 (частные права иллюзорны, так как все они зависят от государственного применения).

⁴⁵⁶ Например, в гражданском праве автономное волеизъявление в сделке наделяется правовым смыслом решением законодателя (см., напр.: Белов В.А. Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор) // *Сделки: проблема теории и практики: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. докт. юрид. наук М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008. С. 19, 35).*

⁴⁵⁷ Leff A. Law and // *Yale Law Journal*. 1978. Vol. 87. P. 997 («за каждым судьёй [в США] стоит, в конечном счете, вся мощь 101-й воздушно-десантной дивизии».)

⁴⁵⁸ Это возвращает к масштабной дискуссии в российском (в основном, гражданском) праве начала XX века, про разделение права на частное и публичное: левые политико-правовые концепции, и, тем более, советская, обычно не признают существование частного права.

⁴⁵⁹ Государство позволяет то, что не запрещает. См.: Karst K, Horowitz H. *Reitman v. Mulkey: A Telophase of Substantive Equal Protection* // *Supreme Court Review*. 1967. P. 55. См. также: Hale R. *Force and the State: A Comparison of "Political" and "Economic" Compulsion* // *Columbia Law Review*. 1935. Vol. 35. P. 149.

⁴⁶⁰ Совокупность этих представлений американской юриспруденции он называет исходным состоянием общего права (common law baseline). См.: Sunstein C. *The Partial Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993. P. 69.

государства, которые выходят за эти пределы, считаются «государственными» и оцениваются на предмет соответствия конституции. Например, принятие закона, запрещающего дискриминацию в жилищной сфере — это государственное действие. Отмена же закона таковым не является, поскольку правопорядок лишь возвращается к исходному положению. Санстейн считает, что нет никаких оснований считать полномочия государства в определённый исторический момент естественными.

Автор обосновывает свои, достаточно радикальные для американского конституционализма, построения, практикой ВС США⁴⁶¹. Санстейн утверждает, что суд уже отказался от требования государственного нейтралитета к частным решениям, пересмотрев свой подход к оценке конституционности регулирования экономики⁴⁶². В период, называемый «эрой Лохнера» (примерно с 1905 года)⁴⁶³, законы, регулирующие экономические отношения, отменялись на основании принципов свободы договора и личной автономии, которые суды выводили из конституционного положения о надлежащей правовой процедуре (14-я поправка к Конституции США, *Due Process Clause*)⁴⁶⁴. В 1930-е годы ВС США изменил этот подход, признав, что конституция не запрещает любое вмешательство в экономику⁴⁶⁵. Для Санстейна это подтверждает полный отказ от разделения частных и государственных действий. Нейтралитет государства опирался на «исходное состояние», а судом оно признано незначимым⁴⁶⁶. По мнению учёного, тем самым Верховный суд фактически закрепил позитивный характер всех конституционных норм⁴⁶⁷.

⁴⁶¹ Хотя мы не согласны почти со всем, что К. Санстейн пишет по теме свободы слова, нельзя не признать его заслугу. Он вписывает абстрактные постмодернистские теории (которые мало доступны для понимания) в конституционно-правовой материал. Критика принятого в США подхода к правам и свободам, которую излагает Санстейн, одна из самых продуманных и широко цитируемых в американской науке.

⁴⁶² Sunstein C. *Lochner's Legacy* // *Columbia Law Review*. 1987. P. 880-883.

⁴⁶³ Названа по фамилии истца в деле *Lochner v. New York*. См.: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

⁴⁶⁴ Отменяемые законы были связаны, в основном, с вопросами условий и оплаты труда.

⁴⁶⁵ Данная революция в конституционализме обычно относится к 1937 году, хотя схожие решения выносились и несколько ранее. См.: *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934) (признан конституционным закон штата о регулировании цены молока). *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) (признан конституционным закон, устанавливающий минимальный размер оплаты труда для женщин).

⁴⁶⁶ . Распространение на другие сферы: Sunstein C. *Lochner's Legacy* // *Columbia Law Review*. 1987. P. 875.

⁴⁶⁷ Ряд авторов также поддерживает доводы К. Санстейна и предлагает американской доктрине следовать немецкой конструкции радиационного эффекта. См.: Gardbaum S. The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights

Применительно к регулированию экономики, с аргументами Санстейна сложно спорить: ВС США действительно посчитал, что конституция не обязывает государство придерживаться политики *laissez-faire*. Однако относимость этого к другим сферам, в том числе свободе слова, значительно более спорна.

Доктрина государственных действий и негативный подход к правам не отрицают, что и частные, и государственные волеизъявления подкрепляются государственным принуждением. Устанавливая общее правило, позволяющее частному лицу принимать определённые решения, законодатель не оценивает мотивы или результаты этих решений. Общая норма закона даёт возможность выбора, но она нейтральна к тому решению, которое примет частное лицо. Конституционной оценке подлежат лишь общие нормы, но не те действия, которые предпримут на их основании управомоченные частные субъекты⁴⁶⁸. Главный тезис негативного подхода – что конституция уполномочивает и ограничивает государство, а не обозначает конкретное содержание правил, регулирующих частное поведение, и тем более не устанавливает конкретных параметров перераспределения благ в обществе⁴⁶⁹. Пересмотр подхода эры Лохнера вполне укладывается в эту логику: конкретной экономической политики конституция не требует⁴⁷⁰.

Прагматический смысл разделения между государственными и частными действиями, вполне очевиден. Важно обеспечить минимальное пространство для свободы, в котором люди могут принимать решения и действовать без препятствий. Подобная граница проводится на основании исторического опыта и множества других параметров, и, как любая подобная демаркация, может

// Michigan Law Review. 2003. Vol. 102. P. 418; Hershkoff H. Horizontality and the “Spooky” Doctrines of American Law // Buffalo Law Review. 2011. Vol. 59. P. 488-489.

⁴⁶⁸ BeVier L., Harrison J. Op. cit. P. 1770.

⁴⁶⁹ Ibid. P. 1772.

⁴⁷⁰ Кроме того, неприменимость положений о правах к частным действиям не означает, что последние не могут быть ограничены частноправовыми нормами, волей других лиц или рыночными силами (конкуренцией). Частных субъектов сдерживают все обозначенные силы, но ограничить государство ничто, кроме конституции, неспособно.

выглядеть произвольно. Из этого не следует, что от неё нужно отказаться, вверив государству неограниченные полномочия.

С принятием позитивной концепции свободы, однако, любые сферы могут регулироваться: главное — кем и с какими целями. Для свободы слова уравнивание частного и публичного будет означать, что любое высказывание гражданина потенциально является объектом регулирования, а для государства нет ничего запретного. Признавая это, и не будучи тогда готовым к разрушению негативной свободы слова, Санстейн в ранних публикациях относил свой подход лишь к вопросу финансирования избирательных кампаний⁴⁷¹. Автор изначально не ставил под сомнение общее правило идеологического нейтралитета при регулировании высказываний⁴⁷². Впоследствии, однако, Санстейн выступил более радикально: Первая поправка была истолкована в пользу лиц и групп, чьи высказывания не заслуживают конституционной защиты. И это произошло из-за государственного нейтралитета к частным решениям⁴⁷³. То есть по Санстейну доктрина государственных действий плоха своим кажущимся безразличием к последствиям нейтралитета государства⁴⁷⁴.

2. *Эмпирическая индифферентность.* Доктрина государственных действий, утверждают критики, игнорирует проблемы частной цензуры и эфемерность возможностей высказываться при исключительно негативной трактовке свободы слова⁴⁷⁵. Для анализа этого довода, рассмотрим два решения:

⁴⁷¹ Sunstein C. Lochner's Legacy // Columbia Law Review. 1987. P. 915 (автор критикует за «лохнерианство» следующей позиции ВС США в деле Buckley v. Valeo: «концепция, что государство может ограничивать высказывания некоторых в нашем обществе для увеличения относительного голоса других — полностью противоречит Первой поправке»).

⁴⁷² Его останавливало, в частности, возможность манипуляций данными понятиями со стороны правоприменителей. См.: Sunstein C. Lochner's Legacy // Columbia Law Review. 1987. P. 915

⁴⁷³ Sunstein C. Free Speech Now // University of Chicago Law Review. 1992. P. 258.

⁴⁷⁴ Изучение трудов критиков доктрины государственных действий приводит к выводу, что настаивать на четком разделении между частным и публичным — это или наивность (непонимание того, что частная власть всегда поддерживается государственной властью, а поэтому оба эти типа неотделимы с точки зрения их последствий), или заговор (использование размытых правовых понятий для того, чтобы сохранить имеющееся распределение собственности), или самообман юристов (то есть комбинация двух первых объяснений). См.: BeVier L., Harrison J. Op. cit. P. 1771-1772.

⁴⁷⁵ См., напр.: Barron J. An Emerging First Amendment Right of Access to the Media? // The George Washington Law Review. 1969. Vol. 37. P. 487; Barron J. Access to the Press—A New First Amendment Right // Harvard Law Review. 1967. Vol. 80. P. 1641 (одни из первых американских публикаций по этому вопросу: частная цензура — угроза не меньше государственной; свобода слова должна гарантировать право граждан на доступ к медиа, то есть право быть услышанным).

(1) государство вводит уголовную ответственность за высказывание точки зрения X в СМИ и устанавливает за это наказание; (2) собственник канала Y решает не предоставлять носителям точки зрения X эфирного времени. Гражданин А желает выступить в вечернем ток-шоу на канале Y, выразив точку зрения X. Сделать это ему не позволяют оба решения. Более того, даже если в силе останется лишь одно из них – например, второе, результат будет тем же самым: он не сможет выступить на конкретном канале.

Позитивная концепция свободы предлагает рассматривать указанные решения одинаково. Поскольку они ведут к одному и тому же, оба решения могут попасть в сферу внимания конституции. Негативная концепция допускает конституционное оспаривание лишь первого из них. Решение (в форме закона, судебного акта и т.п.) ограничить точку зрения, принятое государственным органом, нарушало бы свободу слова⁴⁷⁶. Однако такое же решение собственника не может быть ограничено государством, поскольку это будет вмешательством в право собственности. Если гражданин обратится в суд с требованием к каналу предоставить (даже за плату) возможность выступить, ссылаясь на свободу слова, оно будет отклонено. Если бы суд принудил канал показать выступление, то уже он, как государственный орган, нарушал бы конституцию, ограничивая право собственности. В случае же позитивной свободы слова, собственность обременена обязанностью предоставлять аудитории разнообразную информацию. Таким образом, различие в трактовках свободы слова происходит из разного понимания соотношения свободы слова и права собственности в конституционном порядке.

Нормы о частной собственности и свободе договора, кажется, имеют мало общего со свободой слова. Однако это не так. Свобода слова защищает возможность людей выбрать, какую точку зрения принимать, каким сведениям верить. Усилия всех участников публичного дискурса направлены на этот момент «покупки» идеи. Часто приводимая в связи со свободой слова аналогия

⁴⁷⁶ Если это вводится законом или иным решением государственного органа штата, то нарушаются Первая и Четырнадцатая поправки к Конституции США.

с рынком имеет свои ограничения, но во многом она корректна. Вложения людьми своих ресурсов в поддержку определённой идеи определяют её успех в конкретный момент времени⁴⁷⁷. Если человек оценивает какую-то идею положительно, он не только посвящает ей время и внимание, но и поддерживает её материально (например, покупая книги любимых авторов, подписываясь на издания, или делая пожертвования политической партии). Неясно, почему материальная поддержка определённой точки зрения должна рассматриваться как более циничная или низкоценная, чем устное одобрение идеи или её распространение. Также непонятно, по каким основаниям конституция могла бы требовать равенства материальных ресурсов, достающихся каждой точке зрения.

Исполняя решение собственника ограничить распространение идеи с использованием своих ресурсов, государство не выражает поддержку или осуждение этого решения или «подавляемой» точки зрения. Правопорядок лишь предоставляет собственнику возможность самостоятельно оценивать идеи и действовать в соответствии с этой оценкой⁴⁷⁸. Если частное лицо финансирует какую-то кампанию, веря в её пользу или правильность, оно не обязано также поддерживать и все остальные общественные кампании. Это было бы абсурдно, однако именно к этому ведёт позитивная концепция свободы слова: собственник не может сделать идеологический выбор, но обязан быть нейтральным, как государство. Он должен предоставлять свои ресурсы не только для поддержки своей точки зрения, но и, против воли, финансировать высказывания своих оппонентов.

Эмпирическая индифферентность негативной свободы слова — это не ошибка или пробел, а весьма взвешенная позиция. ВС США, как показывает указанная выше практика, полностью осознает, что может происходить частная

⁴⁷⁷ Идеи погибают, когда никто больше не готов тратить свое время и другие ресурсы на их поддержку, под влиянием контраргументов или по иным причинам. См.: Schauer F. *Hudgens v. NLRB and the Problem of State Action in First Amendment Adjudication* // *Minnesota Law Review*. 1976. Vol. 61. P. 449.

⁴⁷⁸ Schauer F. *Hudgens v. NLRB and the Problem of State Action in First Amendment Adjudication* // *Minnesota Law Review*. 1976. Vol. 61. P. 450.

цензура. Однако он отклонил⁴⁷⁹ позитивное понимание свободы слова, верно предполагая, что государственное перераспределение информационных возможностей чревато ещё большими потерями для конституционных ценностей⁴⁸⁰.

3. *Интересы аудитории.* Ещё одним направлением критики негативной свободы слова является то, что в ней ключевой фигурой является единоличный спикер, а не широкая аудитория. Это не так, ведь свобода слова в негативной трактовке мало зависит от субъекта (носителя) права. Интересы аудитории защищаются от посягательств со стороны государства так же, как интересы высказывающегося. Придерживающийся негативного подхода ВС США давно учитывает интересы слушателей в своей практике⁴⁸¹ и отмечает: свобода слова *защищает высказывания, а не высказывающегося*⁴⁸². Конституционная свобода защищает не конкретную сторону спора, а всех граждан.

Отменяя дополнительный налог на газеты с высоким тиражом, суд указал, что государство не должно посягать на информированность общественного мнения⁴⁸³. Интересы аудитории стали одним из оснований известного решения по делу *New York Times v. Sullivan*, которым были повышены требования к

⁴⁷⁹ Сторонники позитивного подхода к свободе слова в США полагают, что упомянутое выше дело *Marsh v. Alabama* фактически распространило широкой позиции решения *Shelley v. Kramer* о расовой дискриминации на свободу слова (Berle A. Constitutional Limitations on Corporate Activity: Protection of Personal Rights from Invasion of Economic Power // University of Pennsylvania Law Review. 1952. Vol. 100. P. 933). Однако большинство комментаторов все же признает, что подобное расширительное толкование безосновательно, а дальнейшее развитие доктрины самого суда подтверждает это. Верховный суд, высказываясь про государственные действия в связи со свободой слова, делает лишь короткие отсылки к данному делу, подтверждая, что масштабного пересмотра доктрины не произошло. См.: Note. Applicability of the Fourteenth Amendment to Private Organizations // Harvard Law Review. 1948. Vol. 61. P. 344.

⁴⁸⁰ *CBS v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973) (особенно этот вывод подчеркивает судья Дуглас в совпадающем мнении: «Вопросы, представленные в этом деле - важнейшие. <...> Однако перспектива предоставления государству контроля над издателями, для меня, отвратительна. Борьба за свободу всегда была борьбой против государства <...> В некоторых кругах не рады неспособностью государства [регулировать медиа]. Но, если это и подлежит изменению, то путем изменения конституции». Ibid. P. 162).

⁴⁸¹ В данном случае мы имеем в виду любых получателей информации: слушателей, читателей, наблюдателей визуального искусства и т.п.

⁴⁸² *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978) (суд не стал разбираться с вопросом о том, является ли банк субъектом свободы слова, но признал ограничение финансирования им избирательных кампаний не соответствующим Первой поправке; «Ценность высказывания в смысле возможности информировать публичке не зависит на идентичности источника, будь он корпорацией, ассоциацией, профсоюзом, или частным лицом»); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980) (аналогичная позиция в деле о неконституционности проведения судебного процесса об убийстве в закрытом режиме).

⁴⁸³ *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936) (разработчик отменённого лицензионного налога Х. Лонг называл его «налогом на ложь», чем явно выдавал истинные цензорские мотивы государственных мер)

доказыванию в диффамационных процессах по искам государственных служащих⁴⁸⁴. Также ВС США применил Первую поправку, отменяя запрет зарубежных политических публикаций⁴⁸⁵. Применимость свободы слова к коммерческим высказываниям также обосновывается, в первую очередь, интересами слушателей⁴⁸⁶. Во всех перечисленных выше делах оценивались государственные действия: введение налога, подача разорительных исков чиновником в подконтрольные суды штата, запрет ввоза определённых материалов. Суд выдерживает негативную трактовку свободы слова, ограничивая государство, но при этом часто опирается на интересы широкой аудитории, а не отдельных спикеров.

Интересы аудитории достаточно полно представлены и в практике ВС США относительно регулирования Интернета⁴⁸⁷. В первом подобном деле, рассмотренном высшим судом в 1997 году, оценивались положения Закона о пристойности в коммуникациях (*Communications Decency Act, 1996*)⁴⁸⁸. Ими устанавливалась уголовная ответственность за заведомое направление непристойных материалов несовершеннолетним. ВС США единогласно признал оспариваемые нормы закона неконституционными из-за чрезмерной широты. Суд указывал на интересы получателей информации, отмечая, что недопустимо, чтобы взрослым гражданам было доступно только то, что подходит для детей. Интересы провайдеров и иных интернет-компаний вообще не были упомянуты, хотя именно на них закон возлагал ответственность за распространение недолжной информации.

Таким образом, негативная свобода слова учитывает интересы аудитории, но не позволяет государству самостоятельно уточнять их: суд лишь

⁴⁸⁴ New York Times Co. v. Sullivan , 376 U.S. 254 (1964)

⁴⁸⁵ Lamont v. Postmaster General , 381 U.S. 301 (1965). Оказывается, для разрешения коллизии, возникшей, в том числе в деле Лейпцигской газеты, не обязательно полагаться на позитивную концепцию свободы слова.

⁴⁸⁶ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. , 425 U.S. 748 (1976) («дело не только в праве фармацевтов предоставлять информацию, но и в праве потребителей получать её; свобода слова – настолько же про слушателя, насколько про спикера»).

⁴⁸⁷ Witteman C. Information Freedom, a Constitutional Value for the 21st Century // Hastings International and Comparative Law Review. 2013. P. 220 (поскольку в Интернете эти роли часто играют одни и те же лица, видит в этом подходе суда непоследовательность).

⁴⁸⁸ Reno v. ACLU , 521 U.S. 844 (1997)

презюмирует, что цензура вредит слушателям (вполне обоснованное предположение). Позитивная же трактовка позволяет судам или законодателям конкретизировать интересы аудитории и предъявлять результат этого додумывания как конституционное требование к действиям частных лиц. Как мы описывали выше, подобное конструирование интересов слушателей особенно характерно для регулирования медиа: именно там сильно мнение, что аудиторию необходимо защитить от злонамеренных корпораций. В этой области и американская правовая система, правда не на долгое время, поддалась влиянию информационного социализма и позитивной трактовки свободы слова. Рассмотрим практику этого периода.

Параллельно с развитием позитивного подхода к свободе вещания в Германии, и с теми же обоснованиями, в США действовала **Доктрина справедливости** (*Fairness Doctrine*). Данная политика регулирования вещательных медиа применялась Комиссией по коммуникациям (далее - FCC⁴⁸⁹) с 1949 года⁴⁹⁰. Её основой стала идея, что система вещания должна способствовать информированности публики, а не интересам государства, вещателя или конкретного гражданина распространять свои взгляды в эфире⁴⁹¹. Угрозу для свободы слова представляет не только государственная цензура, но и частная: владельцы вещательных организаций могут использовать их в своих личных или партийных интересах⁴⁹². Информация в СМИ, согласно Доктрине справедливости, должна подаваться сбалансированно и отражать все «ответственные» взгляды⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Federal Communication Commission – исполнительный орган, похожий по своему статусу и полномочиям на российский Роскомнадзор. Далее в работе для его обозначения используется аббревиатура FCC, поскольку использование русскоязычного варианта ФКК стилистически неудачно, а ФКС может быть перепутано с обозначением Конституционного суда РФ.

⁴⁹⁰ Политика была закреплена в ряде ведомственных актов данной комиссии, однако не была консолидирована в единый акт или закон.

⁴⁹¹ In The Matter of Editorializing by Broadcast Licensees. Federal Communications Commission. 1949, June 2. Docket 8516, 1246-1270. Appendix. P. 1249.

⁴⁹² Ibid. P. 1256.

⁴⁹³ Ibid. P. 1258.

На телеканалы и радиовещателей накладывались две обязанности. Первая заключалась в выделении определённой доли эфирного времени общественно-значимым новостям. Вторая – в предоставлении аудитории возможности знакомиться с различными позициями по обсуждаемым в эфире вопросам⁴⁹⁴. К этим общим правилам позже добавились положения о праве на ответ: вещатели должны предоставлять противоположной стороне бесплатное эфирное время по запросу, если ими опубликованы личные нападки или политические редакционные материалы⁴⁹⁵.

Доктрина справедливости, естественно, стала предметом рассмотрения ВС США. Радио-проповедник Билл Харгис обрушился в своей программе с критикой на Фреда Кука, активиста демократической партии и автора критической книги о Б. Голдуотере и материалов для леволиберального журнала *The Nation*. Харгис назвал Кука «профессиональным обливателем грязью», а его издание – «поганым журналом», поддерживающим коммунистов⁴⁹⁶. В отличие от критических высказываний Кука о Харгисе, Голдуотере, опубликованных только в печати, выступления Харгиса по радио попадали под регулирование Доктрины справедливости. Кук потребовал бесплатное время на ответ, но собственник радиостанции отказал в этом. Так начался судебный процесс по делу *Red Lion v. FCC*⁴⁹⁷.

ВС США признал Доктрину справедливости и правила о времени на ответ соответствующими конституции⁴⁹⁸. В решении суда представлен весь набор тезисов позитивной концепции свободы слова: приоритетны права аудитории, а не вещателей; слушатели имеют право на доступ к разнообразным социальным,

⁴⁹⁴ Ibid. P. 1249, 1258.

⁴⁹⁵ Правило о нападке и правило о политических редакционных материалах. Согласно этим правилам, бесплатное время на ответ должно быть предоставлено каналом “противоположной” стороне дискуссии в двух случаях. Во-первых, если в эфире прозвучало критическое замечание против конкретного лица. Во-вторых, если в эфире кто-либо поддерживал или заявлял о негодности кандидата на публичную должность. См.: Cronauer A. The Fairness Doctrine: A Solution in Search of a Problem // Federal Communications Law Journal. 1994. Vol. 47, Iss. 1. P. 52.

⁴⁹⁶ Friendly F.W. The Good Guys, the Bad Guys, and the First Amendment: Free Speech vs. Fairness in Broadcasting. Westminster, MD: Random House, 1976. P. 5.

⁴⁹⁷ Кук первоначально обратился в FCC, которая вынесла решение о том, что ему должно быть предоставлено бесплатное время. Вещатель оспорил в суде данное решение исполнительного органа.

⁴⁹⁸ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). P. 375.

политическим, эстетическим, моральным и иным идеям⁴⁹⁹; применение Доктрины справедливости не ограничивает свободу слова, а являются гарантией её эффективности⁵⁰⁰. Ключевым для суда стал довод о дефицитности частот. Именно технологические барьеры для открытия частного вещательного бизнеса меняют конституционный анализ: «Первая поправка не предоставляет укрытия для безграничной частной цензуры, происходящей в пространстве, открытом не для всех»⁵⁰¹.

Истец утверждал, что Доктрина справедливости заставляет вещателей отказываться от освещения спорных тем из-за правовых и финансовых рисков. Суд признал такую вероятность, однако назвал её «в лучшем случае спекулятивной», не исключив, однако, что конституционная оценка будет изменена, если такой эффект подтвердится⁵⁰².

Почти сразу после столь решительного признания права на информацию, Верховный суд начал от него отходить. В решении, вынесенном через четыре года после дела *Red Lion*, суд уже был куда более сдержан⁵⁰³. Предметом разбирательства был отказ канала CBS продать рекламное время Демократической партии США. ВС США встал на сторону вещателя. Признавая важность свободы слова для демократии, суд отметил, что признание общего права на информацию чрезмерно расширяет полномочия исполнительной власти по вмешательству в редакционную политику.

Еще более явно ВС США разошелся⁵⁰⁴ с основаниями Доктрины справедливости в деле *Miami Herald v. Tornillo*⁵⁰⁵. В штате Флорида был принят закон, квалифицирующий непредоставление медиа бесплатного времени на

⁴⁹⁹ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*. P. 390.

⁵⁰⁰ «Права зрителей и слушателей, а не права вещателей, являются ключевыми». *Ibid.* P. 390.

⁵⁰¹ *Ibid.* P. 392.

⁵⁰² «Если опыт применения этих норм покажет, что они ведут к сокращению, а не увеличению объема и качества репортажей, будет достаточно времени для того, чтобы пересмотреть конституционные последствия» (*Red Lion v. FCC*, P. 393). В данном деле ВС США отошел свои стандарты оценки законов: обычно он не готов дожидаться предсказуемых негативных эффектов правоограничительных законов, но сразу отменяет их. Видимо, суд действительно исходил из того, что охлаждающего эффекта не возникнет.

⁵⁰³ *CBS v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973). P. 102.

⁵⁰⁴ Заметим, что Доктрина справедливости никогда не распространялась на печатную прессу. Однако суд никак не пояснил, что его выводы относятся только к таким изданиям. Этот вопрос мы подробнее рассмотрим ниже.

⁵⁰⁵ *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974)

ответ как уголовный проступок (*misdemeanor*). Кандидат в законодательное собрание штата обратился в газету для ответа на критические материалы в свой адрес. Газета отказалась. После длительного судебного процесса, ВС США отменил закон штата, отметив, что принуждение медиа публиковать что-либо так же неконституционно, как и запрет публикаций. Государственное вмешательство в редакционную политику было признано категорически недопустимым⁵⁰⁶. Ответственность прессы не является юридической и не должна реализовываться посредством государственных действий⁵⁰⁷. Сдерживающими факторами для предвзятости редакционной политики являются риски потери репутации, аудитории и рекламодателей при недобросовестной работе⁵⁰⁸.

Отказ от Доктрины справедливости произошёл, однако, не из-за позиции ВС США, а в результате решения самой FCC⁵⁰⁹. Главным аргументом противников данных мер являлся охлаждающий эффект, то есть предположение, что разнообразие мнений из-за них сокращается, а не расширяется⁵¹⁰. В 1987 году, когда такая контрпродуктивность была доказана исследованиями, FCC отказалась от применения доктрины. Однако решения комиссии было бы недостаточно. Второй частью этого пазла стали решения судов, установившие, что конституция не обязывает исполнительную власть применять данные правила, закреплённые не в законе, а лишь на уровне ведомственных нормативно-правовых актов⁵¹¹. Американские суды не пошли по пути немецких и не стали принуждать FCC регулировать разнообразие в медиа, руководствуясь

⁵⁰⁶ Ibid. P. 258 .

⁵⁰⁷ Ibid. P. 253-254.

⁵⁰⁸ Продолжая рассуждения суда, предположим, что это не так – что читатели не уйдут от партийной газеты лишь потому что она однобоко освещает новости (читателям это может даже скорее нравиться). Однако если читатели предпочитают такую подачу информации, ничто не будет препятствовать им и в дальнейшем смотреть на новости таким образом. Их партийность не является результатом партийности прессы, а цензура – решением этой проблемы (если и считать проблемой естественную склонность человека к подтверждению своих взглядов).

⁵⁰⁹ К этому моменту имелась общая тенденция на дерегулирование (эпоха президентства Р. Рейгана).

⁵¹⁰ См., напр.: Fowler A. The Positive- and Negative-Right Conceptions of Freedom of Speech and the Specter of Reimposing the Broadcast Fairness Doctrine ... or Something Like It. USF Tampa Graduate Theses and Dissertations. 2010. P. 1.

⁵¹¹ *Meredith Corp. v. FCC* , 809 F.2d 863 (D.C. Cir. 1987)

конституционной нормой о свободе слова и неким «объективным правопорядком»⁵¹².

Критическим элементом, который отличал более поздние решения от дела *Red Lion* – это растущая неубедительность аргумента о дефиците частот. Технологии расширяли возможности для доступа к разным медиа и значительно снижали «порог входа» на этот рынок. Количество телеканалов и радиостанций, по сравнению с моментом принятия Доктрины справедливости, стремительно росло⁵¹³. Уменьшение дефицитности не сразу нашло отклик в судах – они продолжали до некоторой степени опираться на позитивную концепцию свободы слова. Однако подход постепенно менялся.

В деле *NBO v. FCC*, апелляционный суд Округа Колумбии систематизировал за ВС США его практику по этому вопросу. В решении было проведено различие между физической и экономической дефицитностью ресурсов. В деле *Red Lion* речь шла о физической дефицитности (частот не может стать больше по естественным причинам), и государственное вмешательство было обоснованно. В деле же *Miami Herald*, повышенное регулирование было признано неконституционным, поскольку дефицитность была экономической (физических ограничений на создание новых газет нет, есть только экономические)⁵¹⁴. Поскольку физическая ограниченность ресурса в вещании также быстро исчезала, пришло время пересмотреть подход и в этой сфере⁵¹⁵.

С августа 1987 FCC официально перестала применять Доктрину справедливости.. Комиссия указала, что доктрина противоречит Первой поправке и дальнейшее ее применение не будет отвечать общественным

⁵¹² Еще одной опцией сохранить позитивный подход к вещанию могло бы стать введение доктрины на уровне закона. Однако на такой проект в июне 1987 Президент Р. Рейган наложил вето. (см.: Pagano P. Reagan's Veto Kills Fairness Doctrine Bill. Los Angeles Times. June 21, 1987. [Online]. URL: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1987-06-21-mn-8908-story.html>).

⁵¹³ В частности, общее количество радиостанций увеличилось с 2500 (1949 год, принятие Доктрины справедливости) до 7500 (1974, год решения *Miami Herald*), количество телеканалов – с 51 до 938 за тот же период. См.: Fowler A. Op. cit. P. 50.

⁵¹⁴ *Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F.2d 9 (D.C. Cir.), cert. denied, 434 U.S. 829 (1977).

⁵¹⁵ См, напр.: *Telecommunications Research & Action Center v. FCC*, 801 F.2d 501 (D.C. Cir. 1986).

интересам⁵¹⁶. Хотя ВС США никогда не поддерживал этот вывод, современный состав суда скорее всего признал бы Доктрину справедливости неконституционной. Разительнее всего от позитивной трактовки отличаются решения суда в вопросах финансирования избирательных кампаний. Конституция, пишет Верховный суд, не доверяет государству и не наделяет его полномочиями по уравниванию коммуникативных возможностей даже в этой узкой сфере⁵¹⁷.

Таким образом, в американском праве свобода слова трактуется исключительно как запрет государственных действий, то есть как негативная свобода. Именно в действиях публичной власти, а не частных лиц, видится угроза этой конституционной ценности. Верховный суд США первоначально оценил положительно позитивный подход, предполагавший обеспечение равенства и разнообразия в дискурсе, но, через короткое время, все же отклонил из-за рисков, связанных с возможными злоупотреблениями.

§4. Сопоставление позитивной и негативной концепций свободы слова

Негативное понимание свободы слова как запрета вмешательства в процесс выражения мыслей и их формирования является традиционным. Позитивное же видение этой свободы — относительно молодая идея, которая, однако, уже плотно закрепилась во многих правовых системах. Представляется, что это типичная ситуация, когда стремление к лучшему пошатывает основы хорошего. Хотя некоторые утверждают, что позитивная свобода слова лишь дополняет негативную, расширяет гарантии, не изменяя её сути, два эти подхода фундаментально противоречат друг другу. Любые государственные меры, нацеленные на подавление одних точек зрения или продвижение других, тем более если регулируется содержание высказываний, вторгаются в негативную свободу слова, и не могут рассматриваться как её гарантии.

⁵¹⁶ Memorandum Opinion and Order in re Complaint of Syracuse Peace Council against Television Station WTVH, Syracuse, New York. Federal Communications Commission. 1987, August 6. 2 FCC Rcd 17 FCC 87-266, 5043-5071.

⁵¹⁷ Citizens United v. Federal Election Commission. 558 U. S. 310 (2010). P. 350; ранее - Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).

Поскольку сочетать эти концепции невозможно, необходимо выбирать⁵¹⁸. КС ФРГ, очевидно, склоняется в сторону позитивной интерпретации. Немецкий суд уделяет внимание тонкостям регулирования общественного вещания, но никак не реагирует на расплывчатые и дискриминационные к конкретным идеям запреты в уголовном законодательстве (например, ответственность за разжигание ненависти или отрицание Холокоста) и принуждение интернет-платформ к реализации этих цензорских мер⁵¹⁹. Занимаясь развитием свободы информации, суд фактически опустошил изначально либеральное понимание свободы слова⁵²⁰.

На наш взгляд, негативная трактовка свободы слова — единственно верная. Мы видим в позитивном подходе три типа проблем: теоретические, политико-правовые (моральные) и эмпирические. На всех этих уровнях позитивное понимание гражданских прав и свобод, в особенности свободы слова, несёт в себе серьёзные риски.

1. Проблема целевого характера свободы слова. Позитивная свобода слова предполагает, что конституция задаёт некоторый образ идеального мира, который должен быть достигнут через активные государственные действия. Этот идеал может выражаться различными абстрактными понятиями — информированность граждан, демократия, человеческое достоинство, — каждое из которых подаётся как предмет общественного консенсуса. Согласие подавляющего большинства общества с этими идеалами и предполагается идеей об объективном правопорядке, излагаемой КС ФРГ. Эти ценности абстрактны, а поэтому вроде бы нейтральны: используя их, высшие суды не отдают предпочтения какой-либо из сторон повседневной политической борьбы.

⁵¹⁸ Можно делать этот выбор не в рамках всей правовой системы целиком, но в рамках отдельных дел или категорий дел.

⁵¹⁹ См. подробнее: Кульнев А.С. Запрет разжигания ненависти в современном праве: наука и практика в поисках надежного обоснования // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 4 (155). С. 93-121

⁵²⁰ Fink U. Wem dient die Rundfunkfreiheit? // Die Öffentliche Verwaltung. 1992. S. 807-808 (развиваемая КС ФРГ концепция свободы слова как права в пользу третьих лиц чужда либеральному конституционализму); Oppermann T. Rundfunkgebühr – Rundfunkordnung Rundfunkideologie, Zum Rundfunkgebührenurteil des BVerfG vom 22.2.1994 // JuristenZeitung. 49. Jahrg., Nr. 10 (20. Mai 1994). S. 500 (аналогичные выводы).

Эта концепция несостоятельна в принципе, но рассмотрим типичные проблемы на примере ФРГ. Нет убедительных доказательств того, что Основной закон Германии построен на каком-то конкретном наборе ценностей. Каким он может быть? Культурное наследие Европы, идеи христианской морали, или современные достижения западного просвещённого общества? В своей основе, и тем более в деталях, все эти варианты противоречат друг другу, поэтому даже в совокупности они не могут образовывать какой-либо единый правопорядок⁵²¹. Маловероятно, что немецкий народ на момент принятия переходной конституции был един даже в негативной оценке нацизма, и тем более — в деталях такой оценки⁵²².

Объективный правопорядок был соткан судьями КС ФРГ из воздуха. Он основан на ценностных убеждениях судейского сообщества и юридической науки, а ссылки на конституцию, на волю принявшего её народа или конкретных авторов Основного закона помогают лишь приданию авторитетности этим субъективным взглядам. Концепция объективного правопорядка позволяет КС ФРГ свободно принимать практически любые решения, при сохранении видимой опоры на понятия и текст ОЗ ФРГ⁵²³. В использовании судьями моральных установок при разрешении споров нет ничего порочного, однако зачем это скрывать? Как только объективный правопорядок начинает применяться, как, например, в делах об общественном вещании, становится ясно, что судьи заранее знают, как должен выглядеть публичный дискурс, а не определяют это по получении неких объективных данных.

Критика позитивной концепции свободы слова – это не призыв к большей объективности или определённости. Напротив, необходимо признать, что в информационной сфере мало что можно считать объективным. Влияние

⁵²¹ Fink U. Op. cit. S. 811.

⁵²² Помимо некоего общего осуждения Гитлера или Холокоста, мало что в современном мире является предметом общего согласия. Сомнению подвергаются даже утверждения о шарообразной форме Земли, что и говорить о политических и социальных вопросах. Консенсусные же точки зрения, как правило, имеют мало общественно-политического значения и, в любом случае, едва ли попадут под государственные ограничения. Конституции, по большому счету, нет никакого смысла защищать их.

⁵²³ Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd ed. Durham, NC: Duke University Press, 1997. P. 49.

конкретного высказывания, его ценность и сопряжённые риски, сложно оценить любому, в том числе (в особенности) коллективному экспертному органу. Эта задача содержит слишком много неизвестных. Негативная свобода слова предлагает лучшее из возможных решений в ситуации такой неопределённости решения об информации не должны приниматься централизованно.

Так что целевой характер свободы слова, подчинённость её неким сущностным ценностям проблематичны сами по себе. Конкретное же целеполагание теоретиков позитивного подхода — разнообразие информации — вызывает ещё больше вопросов. Что такое разнообразие? Когда наступает его достаточная степень? Как суду и, тем более, самому вещателю или интернет-платформе применить этот стандарт? Как и первый, и вторые будут определять, что представлена показательная выборка мнений? Критерии такой оценки отсутствуют.

Не вполне понятно, почему разнообразие информации в принципе считается безусловно положительным явлением⁵²⁴. Феномен информационной перегрузки получил достаточно серьёзное подтверждение: существует грань, после которой дополнительная информация не помогает принимать решения, а снижает их качество⁵²⁵. Огромный объем сведений и точек зрения по любому вопросу, содержащихся в Интернете, и так, без каких-либо усилий со стороны государства, стал необъятным. Является ли эта информация разнообразной? Безусловно да. Но это едва ли является идеалом, который необходимо навязывать каждой конкретной платформе и всему обществу.

С этим же связаны вопросы к более широкой цели позитивной свободы слова — информированности граждан. По каким основаниям граждане обязаны досконально разбираться в каждом общественно-значимом вопросе, разве без этого голос гражданина становится менее ценным? Почему каждому необходимо

⁵²⁴ Если рассматривать это как описание реальности, к которой необходимо стремиться, а не общее основание для ограничения государственных действий - плюрализм ценностей.

⁵²⁵ Roetzel P.G. Information overload in the information age: a review of the literature from business administration, business psychology, and related disciplines with a bibliometric approach and framework development // Business Research. 2019. Vol. 12. Pp. 479-522; Bawden D., Robinson L. Information Overload: An Overview // In: Oxford Encyclopedia of Political Decision Making. Oxford: Oxford University Press, 2020.

услышать все точки зрения об арабо-израильском конфликте, доле социальных расходов в бюджете или атомной энергетике? Помимо того, что отчитываться о своей информированности граждане не обязаны, в условиях переизбытка информации по любому общественно-значимому вопросу, подобное распоряжение временем и вниманием представляется крайне легкомысленным⁵²⁶.

Отстаивая разнообразие, и теоретики, и суды, всё же не вполне искренни. Никто всерьёз не предлагает показать зрителю все точки зрения на проблемы и уделить каждой из них равное время. Отрицателя Холокоста точно не пригласят поучаствовать в рефлексии над нацистским прошлым. Сомнительно и то, что на немецком телевидении при обсуждении конфликта России и Украины будут представлены различные точки зрения в равных пропорциях. Рамки дискуссии, как и состав тем для обсуждения, задаются доминирующим в определённый момент общественным мнением, а точнее — представлением об этом мнении лиц, принимающих соответствующие решения.

2. Политико-правовые и ценностные проблемы. Позитивная трактовка свободы слова якобы отстаивает интересы слушателей, обвиняя спикеров или структуру рынка медиа в том, что они ими пренебрегают. Однако в действительности защищаются не интересы слушателей как таковые, а те, которые, в представлении регулятора, у них должны быть. Это запросы гипотетических, идеальных слушателей, а не настоящих. Позитивный подход к свободе слова выражает глубокое недоверие к способности людей самостоятельно выбирать информацию, и предполагает, что они не могут справиться с этим без вмешательства государства или экспертных комиссий⁵²⁷.

⁵²⁶ Экономист Б. Каплан отмечает, что, учитывая крайне малый вес голоса отдельного избирателя, трата времени на изучение общественно-политической информации (если она не является областью профессиональной деятельности) абсолютно не оправдана. Caplan B. The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies. Princeton: Princeton University Press, 2007.

⁵²⁷ Требование внутреннего разнообразия, о котором упоминал КС ФРГ, проявляет еще более явный патернализм. Оно означает, что зрителям не доверяют выслушать точку зрения в изоляции, не получив тут же альтернативную. Ведь без этого аудитория не додумается, что ей могут сообщать неправду, что это не единственная возможная точка зрения и т.п.

Можно возразить, что конкретное содержание программ не определяется, но устанавливаются лишь общие параметры, такие как доля новостного вещания или выделение времени на определённые категории тем. Однако и это не избавляет от проблемы: мнение регулятора о важности темы подменяет мнение публики (если вообще можно говорить о каком-то её едином мнении). Индикаторы же последнего, рейтинги телевизионных программ или цифры посещаемости в Интернете, заранее признаются искажёнными⁵²⁸.

Патерналистские наклонности, которые связывал с позитивной свободой ещё И. Берлин, особенно проблематичны в случае со свободой слова и информационной средой⁵²⁹. Концепция свободы слова как позитивной свободы – это пик социального реформаторства, порыва левых интеллектуалов и политиков переделать реальных людей в нечто иное, более рациональное и правильное, с точки зрения теоретиков. Наиболее честен в этом отношении К. Санстейн: он не скрывает, что предлагает патерналистские меры⁵³⁰, что личный выбор потребителей вовсе не обязательно правильный (больше того – что это даже не их выбор)⁵³¹. Поскольку люди, в любом случае, подвержены влиянию внешних факторов, вводя регулирование или настаивая на невмешательстве, мы просто выбираем между различными источниками такого влияния. Рыночное, негативное, влияние, лучше заменить на должное демократическое.

Конституция, удивительным образом, установила в качестве объективных именно те ценности, которые кажутся верными юридическим и политическим элитам конкретного общества. Этика любого человеческого взаимодействия якобы должна строиться на основании представлений этой узкой группы людей⁵³². То есть патернализм позитивного подхода к свободе слова имеет ещё

⁵²⁸ Санстейн, например, говорит о вещательном статусе кво. Sunstein C. Free Speech Now // University of Chicago Law Review. 1992. P. 288.

⁵²⁹ Berlin, I. Op. cit. P. 180, 183, 203.

⁵³⁰ См., напр.: Sunstein C., Thaler R. Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin, 2009 (направление предлагаемой им политики Санстейн называет либертарианским патернализмом).

⁵³¹ Sunstein C. Democracy and the Problem of Free Speech. New York: The Free Press, 1993. P. 35 («демократическое правительство иногда должно брать под контроль частные предпочтения и регулировать их»).

⁵³² См., напр., подобную критику юриспруденции КС ФРГ: Widmaier U. German Broadcast Regulation: A Model for a New First Amendment? // Boston College International and Comparative Law Review. 1998. Vol. 21. P. 164-165.

и элитистскую окраску: он продвигается интеллектуалами, которые с пренебрежением относятся не только к плюрализму в его классическом либеральном понимании, но и к культурным предпочтениям большинства граждан. Информационное потребление обязательно должно быть своего рода испытанием, образовательным процессом, а не развлечением. Ли Боллинджер, например, пишет, что сам факт того, что программу приятно и легко смотреть, означает её низкую общественную ценность. Качественный политический дискурс, по его мнению, требует дисциплины, скромности, концентрации, осознания своих предубеждений⁵³³. Аналогично высказывается и Санстейн. Оба отмечают, что успешные на рынке информационные продукты не представляют ценности для процесса построения общественного мнения.

С этим наблюдением можно поспорить в его же рамках. Развлекательные программы вполне могут провоцировать рефлексию по общественно-значимым или моральным вопросам⁵³⁴. Популярные сериалы, фильмы или музыкальные произведения иногда более ёмко и точно комментируют общественные проблемы, чем выпуски вечерних новостей. В конце концов, сам К. Санстейн написал целую книгу о тех политических, экономических и психологических выводах, которые можно сделать из трилогии «Звездные войны»⁵³⁵.

Такой пуританский подход к информационному потреблению исходит от учёных, которые пытаются навязать обществу свои профессиональные стандарты⁵³⁶. Ули Видмайер отмечает, что эти люди проводят всю жизнь, закаляя информационную дисциплину, формируя, образовывая себя. Подобное времяпровождение кажется самоочевидно ценным, и тяжело признать, что возможна иная расстановка приоритетов.⁵³⁷ Никто не обязан иметь информированное и обоснованное мнение по каждому вопросу: гражданин

⁵³³ Bollinger L. Images of a Free Press. Chicago: University of Chicago Press, 1991. P. 139-140

⁵³⁴ Widmaier U. Op. cit. P. 158.

⁵³⁵ Sunstein C. The World According to Star Wars. New York, 2019.

⁵³⁶ Однако если бы сосед этих людей сообщил, что, для изучения всего написанного в Интернете о конфликте на Ближнем Востоке, он увольняется с работы и уходит из семьи, предполагаем, что они бы предложили ему пересмотреть приоритеты.

⁵³⁷ Widmaier U. Op. cit. P. 158. P. 164-165.

получает право голосовать и участвовать в политической жизни автоматически, по достижении совершеннолетия, а не после сдачи какого-либо норматива политической подготовленности.

Таким образом, в позитивной свободе слова возможности граждан определять границы и условия своего вовлечения в общественный дискурс ограничиваются и заменяются стандартами, установленными узким кругом лиц. Это приводит нас к третьему «-изму», свойственному позитивной концепции свободы слова: её антидемократизму. Если люди настолько несобранные, что не могут сориентироваться в программе телепередач или найти альтернативные точки зрения самостоятельно, как же они могут голосовать на выборах? Разумеется, теоретики будут отрицать такое свойство своего подхода, вероятно, отметив, что их цели — это лишь повышение участия в общественно-политической жизни, вовлечение в дискурс различных точек зрения и, как следствие, более качественные политические решения. Однако есть явное противоречие между этими целями и предоставлением государству полномочий по вмешательству в формирование ценностей граждан. Непременное условие демократии — это то, что государство происходит от народа, насколько бы несовершенно, с чьей-либо точки зрения, он ни был. Идеи о том, что граждане не справляются со своими задачами, а потому должны быть дополнительно обучены, под контролем государства, несовместимы с демократией.

Позитивная концепция свободы слова реагирует не на провал медиа-рынка, а на провал избирателей. Недовольство системой коммерческого вещания, социальными медиа, правилами финансирования избирательных кампаний, связано ни с чем иным, как с неодобрением политических предпочтений граждан. Реальная проблема — в желаниях аудитории. Именно зрители не хотели хорошего телевидения, предлагаемого им академиками, о чём красноречиво свидетельствуют рейтинги. Санстейн полагает, что, на самом деле, люди хотели бы смотреть не развлекательные сериалы, а обсуждения актуальных

законопроектов⁵³⁸. Используемую им методику выяснения реальных предпочтений людей автор, однако, не сообщает. В любом случае, конституция, в этой концепции, пытается не исполнить предпочтения аудитории, а исправить их. Это не документ, ограничивающий государственную власть, а программа масштабного и, на наш взгляд, зловещего, эксперимента по изменению государством желаний, то есть мышления, людей.

3. Эмпирические проблемы. Поскольку теоретики позитивной свободы заранее знают результат, к которому хотят прийти, они достаточно часто пренебрегают эмпирическими данными или, по крайней мере, смотрят на них однобоко. Типичным для социальных реформаторов образом, они не учитывают, что в реальности предлагаемое ими регулирование будет разворачиваться вовсе не по плану.

Обратимся к конкретному примеру. КС ФРГ кладёт в основу вывода о том, что коммерческое вещание склонно предлагать зрителям низкопробный развлекательный продукт, исследование, сделанное по заказу регионального регулятора. В нём указывается, что около 90% времени коммерческого вещания посвящено развлечениям. Эти данные, однако, не говорят ничего о том, какую информацию потребляют граждане: разумеется, если они все своё время посвящают просмотру телевидения, то их медиа-рацион состоит из этих 90% развлечений. Однако маловероятно, что это так: даже на момент принятия решения немецким Конституционным судом, люди не черпали информацию только из телевизионных программ. Цитируемое исследование никак не исключает, что в остальное время граждане читали Шиллера и Гёте, политические еженедельные журналы, посещали художественные галереи и т.п. Оно ничего не говорит об информированности граждан.

Приведённый эпизод подчёркивает важную методологическую проблему, которой подвержена позитивная концепция свободы слова. Реальные показатели свободного рынка идей сравниваются с неким идеалом публичного дискурса.

⁵³⁸ См. Gey S. The case against postmodern censorship theory // University of Pennsylvania Law Review. 1996. Vol. 145, No. 2. P. 262.

Однако государственные меры (например, поддержание системы общественного вещания) не сравниваются ни с чем: их эффективность фактически просто презюмируется. Наличие общественного телевидения или принуждение вещателей к определённому набору программ не означает, что люди будут смотреть выбранные для них передачи. Вполне возможно, граждане просто откажутся смотреть телевизор в принципе, или будут, ориентируясь на программу передач, выбирать то небольшое время, что выделено на осуждаемые академическими учёными и судебным корпусом развлечения.

Это приводит к ещё более общему наблюдению. В погоне за реализацией своего видения, сторонники позитивной свободы слова не учитывают непредвиденные последствия предлагаемых государственных мер. Меры всегда разрабатываются, исходя из того, что люди обязательно поступят именно так, как указывает регулятор, и что общественные процессы и личные решения бесконечно пластичны. В частности, позитивная концепция свободы слова не учитывает охлаждающий эффект, который государственное вмешательство будет иметь на спикеров. Вводимое ради разнообразия и полноты общественно-значимой информации, оно приводит к тому, что распространители информации начинают избегать дискуссионных, острых тем. Чтобы не попасть в область внимания регулятора, самое логичное для вещателя — сделать эфир максимально стерильным. Однако это, в свою очередь, оттолкнёт зрителей. Для них оптимально будет отключить телевизор и выбрать другой формат проведения досуга. Именно такую цепочку последствий, достаточно предсказуемую, и установила американская FCC перед отменой доктрины справедливости⁵³⁹. Принуждение не стимулировало разнообразие и дискурс, а производило обратный эффект⁵⁴⁰.

⁵³⁹ In the Matter of Inquiry into Section 73.1910 of the Commission's Rules and Regulations Concerning the General Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees. Federal Communications Commission. 1985, August 23. General Docket No. 84-282.

⁵⁴⁰ Можно отбросить эти данные комиссии как сфабрикованные для подтверждения точки зрения о необходимости отмены доктрины. Однако они подтверждаются и независимыми исследованиями: вещатели массово отказывались от информационных программ. Как только доктрина была отменена, они вернули их в эфир. См.: Hazlett T.W., Sosa D.W. Was the Fairness Doctrine a Chilling Effect? Evidence from the Postderegulation Radio Market // The Journal of Legal Studies. 1997. Vol. 26, No. 1. P. 279-301.

Главная слепая зона позитивной концепции — это те возможности злоупотребления, которые открываются данными теоретическими построениями. Достаточно часто её сторонники признают эту проблему, но, видимо не относятся к ней слишком серьёзно, упрекая сторонников негативной теории в чрезмерном алармизме. Демократическое государство якобы не имеет особой заинтересованности в чрезмерной цензуре и, в любом случае, меньше вредит дискурсу, чем частные лица. Однако примеры злоупотребления государством полномочиями при регулировании информации крайне многочисленны и нет причин считать, что меры по установлению разнообразия или иные «гарантии» будут применяться иначе. Например, Доктрина справедливости, использовалась в политических целях всеми президентскими администрациями в США периода её действия⁵⁴¹. Представители исполнительной власти отслеживали эфир, чтобы требовать времени на ответ каждый раз, когда произносятся критические замечания о политике правительства. Смыслом этого было не обращение к недовольным гражданам с разъяснениями, но повышение издержек нелояльных вещателей. Рискую отдать эфирное время бесплатно, они предпочтут не распространять критические программы. Это, по существу, естественное и логичное поведение властей, следствие противоречия их личных интересов с интересами граждан. Инкубенты злоупотребляют даже максимально нейтральными инструментами, такими как антимонопольное регулирование, и это тем более ожидаемо, если допускается вмешательство в содержание публикуемых материалов⁵⁴².

Немецкая конституционная система для предупреждения чрезмерного государственного вмешательства полагается на общественные, сформированные демократически, органы, которые, теоретически, независимы от инкубентов и повседневной политики. Во-первых, от замены законодателя или

⁵⁴¹ В особенности, Д. Кеннеди (в связи с вопросом договора о запрете испытаний ядерных вооружений) и Р. Никсона (война во Вьетнаме). См.: Powe L.A. Jr. *American Broadcasting and the First Amendment*. Berkeley, CA: University of California Press, 1987.

⁵⁴² Так, контроль за монополиями в США в какой-то момент стал контролем за разнообразием (расовым, этническим и т.п.) состава владельцев СМИ, то есть антимонопольное законодательство стало формой преследования политики позитивной дискриминации. Fowler A. *Op. cit.* P. 124.

исполнительного органа как цензоров на «независимые» общественные советы, результат для спикера не меняется. Высказывающемуся нет разницы, проводится цензура решениями государственного агентства, суда или плюралистического общественного органа. Как отмечали Д.С. Милль, Б. Констан и соглашающийся с ними И. Берлин, характеристикой тирании является концентрация власти *в одних руках*, даже если эти руки принадлежат коллективному субъекту⁵⁴³. Если ограничение информации производится централизованно, оно будет репрессивным вне зависимости от процедуры формирования органа, который его осуществляет.

Во-вторых, независимость подобных органов от государства иллюзорна. Именно государство определяет, какая социальная группа является значимой и задаёт иные параметры формирования советов по вещанию⁵⁴⁴. Власть предоставляется данным органам с напутствием о том, как её использовать: следить за информационным разнообразием, не допускать излишне партийного вещания, освещать все общественно-политические темы. Люди, склонные не вмешиваться в редакционную политику медиа, едва ли окажутся членами совета, задача которого заключается именно в этом. Подобные общественные советы предсказуемо более политизированы, чем общество в целом. В них входят активисты, каждый из которых имеет определенную область интересов (экология, права меньшинств и т.п.)⁵⁴⁵. Контроль за дискурсом со стороны таких глубоко погруженных в тематику людей — это, в каком-то смысле, ещё более опасная ситуация, чем прямая государственная цензура. Как мы отмечали ранее, люди в принципе неспособны регулировать содержание информации разумно: в это неизбежно вмешиваются цензорские мотивы, которые делают любые такие попытки вредными или, в хорошем случае, неэффективными.

⁵⁴³ «Это не рука является несправедливой, а орудие слишком тяжело — некоторые ноши слишком тяжелы для человеческой руки». Constant B. *Ecrits politiques* / ed. M. Gauchet. Paris, 1997, P. 312. Cited in: Berlin I. *Two Concepts of Liberty // Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*. 2nd Edition / Ed. H. Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 209.

⁵⁴⁴ Fowler A. *Op. cit.* P. 101.

⁵⁴⁵ Теоретически, видимо, предполагается, что они будут уравнивать друг друга и не договорятся до введения каких-то серьёзных мер цензуры. Однако совершенно не исключена ситуация, что все эти группы придут к компромиссу как раз на стороне цензуры.

Позитивная концепция свободы слова предполагает, что общественные советы не будут злоупотреблять своими полномочиями, в то время, как частные вещатели – будут. Вторая часть этой презумпции так же безосновательна, как первая. Утверждается, что технологические компании или вещатели *могут* злоупотреблять своим положением и искажать информационный обмен. Из этой гипотетической возможности делается вывод, что эти действия уже необходимо предотвращать. При этом, почти не приводятся примеры, когда частная компания действительно осуществляла цензуру, приведшую к каким-либо значимым последствиям. Противодействие частной цензуре – типичное решение в поисках проблемы⁵⁴⁶.

Достаточно явно подобный недостаток доказательств проявляется при обсуждении вопроса сетевого нейтралитета⁵⁴⁷. Его сторонники требуют, чтобы на государственном уровне была установлена обязанность провайдеров относиться одинаково ко всем пакетам данных, проходящим через систему. Данная инициатива (в некоторых странах закреплённая на уровне подзаконных актов⁵⁴⁸) обосновывается тем, что провайдеры интернет-сервисов контролируют доступ поставщиков контента к потребителям и *могут* использовать эту позицию для продвижения собственных или аффилированных материалов. Например, если интернет-провайдер владеет также и газетой, он будет показывать её материалы в приоритетном порядке, а доступ к остальным изданиям — замедлять⁵⁴⁹. Однако в реальности такое происходит крайне редко. В США в 2019 году были открыты 121 млн сервисных линий Интернета – при

⁵⁴⁶ Так американский автор описывал Доктрину справедливости, но определение применимо ко всему позитивному подходу к правам. См.: Cronauer A. The Fairness Doctrine: A Solution in Search of a Problem // Federal Communications Law Journal. 1994. Vol. 47, Iss. 1, P. 51.

⁵⁴⁷ Один из комиссионеров FCC (Ажит Пай), который утверждал, что все доводы в пользу сетевого нейтралитета построены лишь на гипотезах. См.: Manne G.A et all. Op. cit. P. 344 .

⁵⁴⁸ См., напр.: Базовый документ о сетевой нейтральности. Федеральная Антимонопольная Служба РФ. 17 февраля 2016. URL: <https://fas.gov.ru/documents/562718> (дата обращения: 02.04.2024); Telecom Regulatory Authority of India (TRAI). The Prohibition of Discriminatory Tariffs for Data Services Regulations. February 8, 2016. URL: https://traigov.in/sites/default/files/Regulation_Data_Service.pdf (дата обращения: 02.04.2024);

⁵⁴⁹ В приказе FCC «О защите и продвижении открытого Интернета» прямо написано, что компании, контролирующие доступ пользователей к Интернету, *могут* вредить открытому интернету. См.: Protecting and Promoting the Open Internet, 80 Fed. Reg. 19,738, 19,740, para. 15 (Apr. 13, 2015) (to be codified at 47 C.F.R. pt. 1, 8, 20). При этом, стандарт промежуточной оценки государственного действия предполагает, что государство должно доказать реальность угроз, тот факт, что они не надуманные («conjectural»). См.: Minority Television Project, Inc. v. FCC, Judgment of 9th Circuit Court. 2012. 676 F.3d 869, 879 (9th Cir. 2012).

этом, ситуации, когда операторы сетей нарушали нейтралитет, немногочисленны и малозначительны⁵⁵⁰. В этом нет ничего удивительного, ведь рыночная конъюнктура заставляет провайдеров не заниматься подобным: пользователи требуют быстрый и свободный доступ ко всей информации. Учитывая обсуждаемость проблемы нейтралитета сети, любая практика, противоречащая ему, обязательно будет обнаружена, а компания станет героем (точнее, злодеем) новостей и понесёт потери, несопоставимые с возможной выгодой от продвижения корпоративного контента. Гипотетические сделки между производителями контента и социальными сетями, по всей видимости, не так выгодны, как представляется активистам и учёным: в противном случае они уже были бы заключены, а мрачные прогнозы сторонников нейтралитета реализовались⁵⁵¹.

При том, что в Интернете власть крупных компаний (социальных сетей, поисковиков и т.п.) действительно достаточно сконцентрирована, нет никаких причин полагать, что это приведёт к серьёзным и неразрешимым рыночными механизмами проблемам для дискурса. Социальные сети находятся на высококонкурентном рынке и не будут проводить в своих сетях цензуру по идеологическим причинам, рискуя понести финансовые потери. Политика социальных сетей доказывает скорее иное соотношение власти корпораций и правительства: цифровые гиганты начали вводить ограничительные меры на своих платформах именно тогда, когда этого потребовало государство (в случае неподчинения, оно угрожало ввести прямое регулирование их деятельности)⁵⁵².

⁵⁵⁰ Например, перечень подобных злоупотреблений, составленный организацией, отстаивающей сетевой нейтралитет, состоит из примерно 13 случаев (включая недоказанные), ни один из которых не представляется достаточно серьёзным, чтобы говорить о системности проблемы. См.: <https://www.freepress.net/blog/net-neutrality-violations-history-abuse>

⁵⁵¹ Негативным сценарием нарушения сетевого нейтралитета видится Интернет, полностью разделенный корпорациями: в таком случае клиенты, допустим, одного интернет-провайдера фактически не образуют общего публичного дискурса с пользователями другого.

⁵⁵² На рассмотрении Верховного суда США находится дело *Murthy v. Missouri* по вопросу о том, нарушила ли администрация Президента США Первую поправку, принуждая социальные медиа вводить цензуру того, что она считала некорректной информацией про эпидемию коронавируса. См., напр.: Savage, D. Supreme Court will decide Biden-GOP clash over social media and COVID disinformation. Los Angeles Times. October 20, 2023. URL: <https://www.latimes.com/politics/story/2023-10-20/supreme-court-biden-republican-social-media-covid-disinformation>

Позитивная свобода слова противоречива и в том, как она оценивает специальность рынка информации. С одной стороны, эта область человеческого взаимодействия вроде бы действует по иным законам. Так, судья ВС США Ф. Франкфуртер (сторонник позитивного подхода) рассуждает, что истина и понимание — это не такие же товары, как арахис или картофель⁵⁵³. По его словам, монополизация рынка в этой области имеет конституционно-значимые последствия, а не просто влечёт повышение цен. Повышенная ценность информации для демократического общества диктует необходимость регулировать её оборот сообразно.

В других местах теории, напротив, упирают на сходство рынка информации и рынка обычных товаров. К. Санстейн, например, основывает большую часть своих выводов о несовершенстве рынка идей на исследованиях потребительского поведения в других областях. По его логике, если на обычных рынках особенности принятия людьми решений позволяют государству вмешиваться в частные решения, то оно вправе делать это и применительно к публичному дискурсу⁵⁵⁴. Сторонники информационного социализма (в том числе КС ФРГ) утверждают, что рыночный механизм может быть и работает эффективно в целом, но периодически может давать сбой, который должен быть исправлен государством. Такой вывод предполагает, что возможно определить некое вредное, неправильное состояние публичного дискурса так же, как завышенность цен на продукты питания.

Регулирование информационного обмена значительно отличается от вмешательства в рядовой экономической оборот⁵⁵⁵. Во-первых, экономическим регулированием государство решает практические проблемы, поддающиеся более-менее объективному анализу. Задаются решаемые вопросы, например,

⁵⁵³ Associated Press v. United States , 326 U.S. 1 (1945). P. 27-28.

⁵⁵⁴ Sunstein C. Free Speech Now // University of Chicago Law Review. 1992. P. 266-267.

⁵⁵⁵ United States v. Carolene Products Co. , 304 U.S. 144 (1938) (так называемая «Сноска номер четыре» в этом решении указывает, что приоритет в конституционном контроле перемещен судом с экономических вопросов на вопросы гражданских прав).

ведёт ли монополизация конкретного рынка к повышению цен? Опасен ли товар для потребителей? Конкретность этих задач создаёт для государственного регулирования некие естественные пределы. Если что-то пойдёт не так, провал политики будет виден и она может быть скорректирована⁵⁵⁶. Не вполне понятно, как такой пересмотр будет происходить в области информации. Во-вторых, никакая экономическая политика не может быть вечной, потому что экономическая ситуация постоянно меняется. Регулирование же дискурса рассчитано на долговременный, если не вечный, эффект (в идеологических вопросах, в любом случае, быстрого изменения ждать не приходится). В-третьих, решения по экономическим вопросам, как правило, будет компромиссом между различными политическими силами: определённый набор ресурсов может быть распределён тем или иным образом⁵⁵⁷. Подобный компромисс невозможен в сфере цензуры: тот, кто первым получит полномочия, позволяющие навязывать свою идеологию и подавлять чужую, забирает полную победу. В связи с отмеченными особенностями, недоверие правительству значительно ниже в случае экономического регулирования, чем идеологического.

Игнорируются также важные структурные различия рынков товаров и идей. При экономическом регулировании государство отстаивает групповые по своей природе интересы (промышленников, банковского капитала или наёмных работников). Государство действует в интересах одной группы (бенефициаров регулирования), в ущерб другой (тех, на кого накладываются ограничения). В дискурсе же взаимодействуют не коллективные субъекты. Высказывания и мысли, которые ими выражаются, – это сугубо индивидуальный феномен⁵⁵⁸. Даже если спикер – это корпорация, аудитория всегда состоит из отдельных людей, которым идею нужно «продать» — убедить их поверить в неё или хотя бы учесть в своих размышлениях. В отличие от рынка товаров, у «потребителей» нет необходимости приобретать определённое количество идей для того, чтобы

⁵⁵⁶ Gey S. Op. cit. P. 268.

⁵⁵⁷ Gey S. Op. cit. P. 268.

⁵⁵⁸ Gey S. Op. cit. P. 274-275 .

удовлетворить свои базовые потребности: они могут отказаться от всего, что предлагается. Рынок идей — это рынок с абсолютной властью потребителя, на котором индивид способен защитить себя сам (и, в любом случае, будет вынужден это делать). Каждый может не смотреть канал или конкретную передачу, или не верить в то, что слышит от какого-то спикера.

В связи с этим, позиция (которую занимает в том числе и КС ФРГ), что медиакомпания ориентируются на рекламодателей, а не на потребителей, неверна. В действительности, рекламодатели стоят в очереди для размещения рекламы на крупных платформах, а потребители всегда готовы уйти. Вероятно, нет другой отрасли, которая тратит столько усилий на то, чтобы отследить настроения потребителей, определить и удовлетворить их потребности, как медиа. Причиной этого видится то, что переключение на другой канал — достаточно простая операция, которая не грозит зрителю никакими издержками. При такой конъюнктуре рынка, делать что-либо, что может оттолкнуть аудиторию, для СМИ в высшей степени нерационально.

Повторим, что проблема, которую пытаются решить позитивной свободой слова, заключается не в провале рынка: последний дает людям то, что они требуют. Граждане, однако, не хотят смотреть программы, которые, по мнению теоретиков, делают из них политически подкованных избирателей. Но можно ли их винить в этом? Представим программу, которая полно рассматривает некий вопрос, представляя разнообразные точки зрения. Допустим, она посвящена теме перехода от ядерной энергетики к зеленой. Приглашены различные эксперты, активисты, политические деятели. Может быть, вещатель решает дополнительно проинформировать потребителей, сделав короткий видеоряд с историей ядерной энергетики, в том числе авариями ядерных электростанций в Чернобыле и Фукусиме (так, правда, он уже начинает «подыгрывать» одной из сторон дискуссии). Далее выступают противники и сторонники зелёной энергии: обсуждается экономическая эффективность этих программ, последствия глобального потепления и так далее. Доводам каждой из сторон уделяется равное

время, при этом они должны высказать свою позицию полностью и, вероятно, отреагировать на позиции друг друга. Если следовать позиции КС ФРГ и ученых-юристов, привычных к изучению процессуальных документов и длительным дискуссиям, такая программа – это успех, однако, если посмотреть на вопрос реалистично, потребительской ценностью такая передача не обладает.

Наконец заметим, что негативный подход к свободе слова, скорее всего, показывает себя лучше даже с точки зрения цели, которая ставится сторонниками позитивного – разнообразия информации. Именно свободный рынок, а не государственное регулирование, создал современный Интернет, разнообразие информации в котором превышает все возможные ожидания⁵⁵⁹. Подобные тектонические сдвиги в доступности и разнообразии информации не могут произойти из государственных агентств: последние неспособны на инновации в интересах конкретных пользователей. Пределом построений судей КС ФРГ, членов вещательных советов, теоретиков, было более разнообразное телевидение. Помыслить сервисы вроде *YouTube* они не могли бы, однако отвлечь ресурсы от их разработки или иным образом навредить информационному обмену — вполне в их власти.

Перед негативной свободой слова стоят исключительно правовые цели: она призвана помешать государству принимать определённые решения. Защищая высказывания от государственного регулирования, свобода слова не обещает людям возможности говорить на том канале, на котором им хочется, не обязывает других людей слушать или жертвовать ресурсы на продвижение идей, с которыми они не согласны. Аудитории негативная трактовка не предоставляет гарантий, что в медиа будет представлена разнообразная или достоверная информация. Такая свобода слова не преобразует социальную действительность, однако только такой подход позволяет, с достаточно большой уверенностью, предполагать, что государство не будет привлекать граждан за слова к уголовной

⁵⁵⁹ На возможный довод, что Интернет – это проект Министерства обороны США, ответим, что так и есть, но изначальная версия сети не отличалась и многообразием информации. Последнее было достигнуто через деятельность частных организаций и самих пользователей, а не государственного института или агентства.

или иной ответственности, что исполнительные органы власти не будут вторгаться в редакционную политику медиа во имя собственного понимания общественных интересов. Это, в принципе, уже немало.

Глава 4. Ограничения свободы слова: методики и критерии оценки

§1. Принцип пропорциональности как методика оценки правоограничительных мер

Ограничительные клаузулы большинства послевоенных конституций, хартий прав или международных договоров похожим образом устанавливают, что права и свободы подлежат ограничению не произвольно, а по определённым правилам⁵⁶⁰. Основные требования адресуются к соразмерности ограничительных мер преследуемым законодателем целям, перечень которых также обычно устанавливается в конституционном документе⁵⁶¹. Абстрактность данных норм породила запрос на уточнение методики анализа судами ограничений прав: это место занял изначально разработанный в Пруссии анализ соразмерности (в других европейских языках и в английском называемой пропорциональностью⁵⁶²). Он основывается на том, что преследование государством некой легитимной цели не означает правомерности ограничения. Должна быть оценена степень сужения прав, которая, с одной стороны, позволит реализовать задачи законодателя, с другой — ограничит право в наименьшей степени. Органы конституционного контроля многих стран⁵⁶³, в том числе и КС

⁵⁶⁰ Еще более современная модель регулирования ограничений в конституции - это модель Билля о правах ЮАР, в котором имеется единая ограничительная клаузула, но также подробно описан процесс анализа соразмерного ограничения прав (пункт 1 ст. 36 Конституции Южно-Африканской Республики). URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=78> (дата обращения: 12.03.2024).

⁵⁶¹ Например, часть 3 статьи 55 Конституции РФ указывает, что права могут быть ограничены федеральным законом *только в той мере*, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. «Только в той мере» — это требование соразмерности.

⁵⁶² Хотя специалисты по немецкому праву утверждают, что использование данного термина огрубляет содержание методики анализа, и в своих доводах достаточно убедительны, углубление в данную дискуссию мы полагаем лишним для данной работы (подробнее см.: Румянцев А. Г. *Verhältnismäßigkeit - proportionality - соразмерность* // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 5. С. 156-158). В российской правовой науке данные термины (соразмерность и пропорциональность) используются как синонимы, так же они будут использоваться и в данной работе. См.: Должиков А. В. Конституционный принцип соразмерности: метод юридической догматики // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2021. Вып. 53. С. 546 (пропорциональность и соразмерность — сходные по смыслу понятия).

⁵⁶³ См.: Webber G. Proportionality and Limitations on Freedom of Speech // *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* / eds A.Stone, F.Schauer. Oxford, 2021. P. 179.

РФ⁵⁶⁴, а также ряд исследователей⁵⁶⁵, толкуют ограничительные клаузулы национальных конституций в качестве закрепления требования пропорциональности.

Пропорциональность, в общем смысле⁵⁶⁶, заключается в определённом соотношении между целями, поставленными государством, и мерами, которые оно на них направляет⁵⁶⁷. Любое государственное действие, вторгающееся в права, должно быть оправданным и соразмерным. Права граждан и общественные интересы (выражаемые государством) должны находиться в разумном балансе. Рассуждения суда, который анализирует государственное действие с точки зрения пропорциональности, должны проходить через ряд последовательных этапов. В классической немецкой модели их три: пригодность, необходимость и строгая пропорциональность.

На первом шаге суд анализирует **пригодность** меры (у некоторых авторов – эффективность, что точнее⁵⁶⁸). Суду важно определить, связаны ли меры с заявляемой целью? Могут ли они, хотя бы теоретически, быть эффективны? Глубина проверки на этом этапе может различаться. Некоторые авторы утверждают, что проверяется лишь, не выбраны ли государством совсем неподходящие, произвольные, методы достижения цели. В таком формате, анализ пригодности «крупным ситом»⁵⁶⁹ отсеивает явно абсурдные меры. Например, немецкий закон требовал от лиц, занимающихся соколиной охотой,

⁵⁶⁴ Постановление Конституционного суда РФ от 16 января 1996 года №1-П // Собрание законодательства РФ. 1996. №4. Ст. 408.

⁵⁶⁵ Должиков, А. В. Конституционное требование необходимости: постановка проблемы // Правоприменение. 2022. Т. 6, № 1. С. 125.

⁵⁶⁶ Помимо упомянутых выше работ А.В. Должикова и А.Г. Румянцева, в российской юридической науке принцип пропорциональности стал темой нескольких качественных исследований (Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 45; Вайпан Г. В. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 3. С. 37). Также переведены опубликованы на русском языке труды Р. Алекси, главного европейского теоретика пропорциональности (Алекси Р. О понятии и природе права // Правосудие. 2022. Т. 4. № 1. С. 169; Алекси Р. Дуальная природа права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 2. С. 138). Поэтому далее мы не будем детально рассматривать общие аспекты методики, а сфокусируемся на проблемах, с которыми связано ее применение к свободе слова.

⁵⁶⁷ Stein E. Staatsrecht. Tübingen, 1993. S. 240-243.

⁵⁶⁸ Gerards J. How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights // International Journal of Constitutional Law. 2013. Vol. 11. No. 2. P. 466.

⁵⁶⁹ BVerwG 27, 181, 1871 // Cit.: Stein E. Op. cit. S. 241.

знаний об оружии и его законодательном регулировании. КС ФРГ, отметив, что сокольники не используют оружие (а используемые ими птицы пугаются от выстрелов), признал его неконституционным⁵⁷⁰.

Российский государственный служащий оспаривал в ЕСПЧ соответствие Конвенции запрета на выезд за границу, который государство мотивировало необходимостью охраны секретной информации⁵⁷¹. ЕСПЧ определил, что запрет был неэффективным и не необходимым, поскольку раскрыть государственные тайны можно и не выезжая за границу. На первом же шаге проверки, ограничение было признано неправомерным. В другом деле ЕСПЧ обратил внимание на неэффективность запрета на публикацию книги, если её содержание уже доступно публике⁵⁷². Указанные случаи, однако, скорее исключительны. Как правило, законы проходят первый шаг теста пропорциональности без проблем⁵⁷³, так как разумность законодателя предполагается.

В некоторых юрисдикциях эффективность мер все же проверяется, а не просто презюмируется. Решение Верховного суда Канады (далее – ВС Канады) о запрете рекламы табака показывает сразу несколько вопросов, которые возникают при тщательном анализе пригодности меры. В деле табачной компании *RJR-McDonald* суд рассматривал конституционность закона, который ограничивал рекламу табачной продукции и предписывал размещать на сигаретных пачках предупреждения о вреде здоровью. По мнению компании, данные нормы нарушали свободу слова. Суд отменил ограничения рекламы, посчитав вторжение в свободу слова компании несоразмерным. По мере того, как судьи продвигались по шагам теста пропорциональности, возникло несколько интересных развилок.

⁵⁷⁰ BVerfGE 55,159 // Cit.: Foster N., Sule S. German Legal System and Laws. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 186.

⁵⁷¹ Soltysyak v. Russia, judgment of the European Court of Human Rights, 11 February 2011, Application No. 4663/05

⁵⁷² См.: *Éditions Plon v. France*, judgment of the European Court of Human Rights, 18 May 2004, Application No. 58148/00.

⁵⁷³ КС ФРГ примерно в половине дел фактически полностью пропускает этот шаг анализа. См.: Lang A. Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court // *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice* / eds M. Kremnitzer, T. Steiner, A. Lang. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. P. 78.

Насколько конкретной должна быть цель, заявляемая законодателями? Единой позиции на этот счёт нет, хотя в академических трудах обычно указывается, что цель должна быть ясной и конкретной⁵⁷⁴. Уровень абстрактности может значительно влиять на выводы суда. В деле *RJR-McDonald* некоторые судьи остановились на общей цели, защите здоровья населения, но большинство посчитало, что это неверно. Судом оцениваются не борьба с курением⁵⁷⁵ как направление политики, а конкретные нормы, цель которых заключается в снижении вероятности того, что граждане будут убеждены рекламой в необходимости курить⁵⁷⁶. Гипертрофированные формулировки целей могут привести к неверному анализу, ведь спорить с легитимностью общих, масштабных, целей (защита здоровья, конституционного строя, национальной безопасности) достаточно сложно⁵⁷⁷. Сформулированная же более конкретно, государственная цель может оказаться недостаточно убедительной для вмешательства в конституционные права⁵⁷⁸.

Ещё ряд вопросов касается оценки эффективности. Во-первых, какой должна быть временная точка отсчёта? Оценка эффективности может ориентироваться на предположения в момент принятия меры (*ex tunc*) или на реальную эффективность закона после его принятия (*ex nunc*). Практически всегда⁵⁷⁹ судами используется первая методика, более снисходительная к законодателю (например, судом ЕС, КС ФРГ⁵⁸⁰). Требуется лишь наличие разумных ожиданий относительно определенного эффекта принимаемых мер.

⁵⁷⁴ За рамками теста (это не отдельный шаг) государство должно определить цель своей меры, которая должна быть ясной и достаточно конкретной. См.: Gerards J. Op. cit. P. 479.

⁵⁷⁵ Закон и судебный акт относились к употреблению табака, но для простоты мы говорим лишь о курении.

⁵⁷⁶ *RJR-Macdonald v Canada* (Attorney General): judgment of the Supreme Court of Canada // [1995] 3 SCR 199. P. 203.

⁵⁷⁷ Неудивительно, что судьи ВС Канады, удовлетворившиеся абстрактной целью (защита здоровья) в деле табачной компании, в итоге поддержали конституционность правоограничительных мер. Ibid. P. 204.

⁵⁷⁸ Ещё одним преимуществом требования к конкретности цели в случае свободы слова является то, что она часто обнажает цензурские мотивы законодателя.

⁵⁷⁹ В случае особо грубых вмешательств в права и свободы, суды прибегают к оценке *ex nunc* или требуют законодателя тщательно обосновать свой прогноз. Например, в делах о депортации ЕСПЧ тщательно собирает и анализирует информацию о стране назначения, не полагаясь исключительно на оценки государства-ответчика. См.: *Salah Sheekh v. the Netherlands*, judgment of the European Court of Human Rights, 11 January 2007, Application No. 1948/04; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, judgment of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, 6 July 2010, Application No. 41615/07, § 145.

⁵⁸⁰ Grimm D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence // *University of Toronto Law Journal*. 2007. Vol. 57. P. 391; Tridimas T. *The General Principles of EC Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 144.

Заявитель же обязан доказать, что такие прогнозы явно не соответствовали действительности⁵⁸¹.

Оценка *ex nunc* мало защищает права. Законы достаточно редко принимаются с единственным намерением навредить гражданам: их авторы все же надеются на какой-то эффект. К судебным спорам, однако, часто приводят непредвиденные последствия, которые законодатель не учёл (но должен был). Без реальной проверки, выяснения, на что опирался законодатель, данный шаг анализа пропорциональности становится лёгкой прогулкой для государств и теряет всякое значение. Какими бы ожиданиями ни руководствовались регуляторы, законы должны отменяться, если выяснилось, что они неэффективны и при этом вторгаются в права.

Разумеется, по этому вопросу имеется и иная позиция. Проверка политических решений наделяет судов слишком большой властью. В особенности подход *et nunc* неудачен для наднациональных судов, так как с их стороны пересмотр решений избранных гражданами парламентов выглядит еще более неуместно⁵⁸². Кроме того, суды часто могут просто не располагать достаточной оперативной информацией и иными ресурсами для проверки зарубежных законодательных решений.

Во-вторых, на какие данные должен полагаться суд? В деле *RJR-McDonald* некоторые судьи потребовали от правительства конкретных доказательств эффективности запрета рекламы в снижении потребления табака⁵⁸³. Например, казалось неочевидным, что на распространенность курения может повлиять запрет на размещение логотипов табачных компаний на товарах, не являющихся

⁵⁸¹ Tridimas T. Op. cit. P. 147.

⁵⁸² Различные международные суды более или менее требовательны к государствам. Так, в делах о требовании к сикху снять тюрбан для фотографии на водительских правах, ЕСПЧ сослался на усмотрение государства, а Комитет ООН по правам человека - указал, что государство не доказало необходимость этого для идентификации гражданина. См.: *Mann Singh v. France*, judgment of the United Nations Human Rights Committee, 26 September 2013, CCPR/C/108/D/1928/2010; *Mann Singh v. France*, judgment of the European Court of Human Rights, 13 November 2008, Application No. 4479/07.

⁵⁸³ Судья Ламер, автор решения большинства суда, отметил, что государство никак не опровергло аргумент компании, что реклама направлена на увеличение доли на имеющемся рынке, а не на привлечение новых потребителей. *RJR-Macdonald v Canada (Attorney General)*. P. 341.

сигаретами⁵⁸⁴. Другие члены Верховного суда презюмировали рациональность законодателя и отмечали, что табачные компании не стали бы тратить огромные средства на неэффективные рекламные кампании⁵⁸⁵. Ограничившись подобными житейскими наблюдениями, они не посчитали необходимым истребовать у государства дополнительные данные⁵⁸⁶.

На втором этапе анализа пропорциональности устанавливается **необходимость** меры. Суд оценивает, выбрал ли законодатель ту меру, которая в наименьшей степени затрагивает права при том же уровне эффективности⁵⁸⁷. Может быть несколько методик такого анализа. При формальном подходе выясняется, задавался ли вообще законодатель вопросом о возможных альтернативах. Оценивается процесс принятия закона: были ли рассмотрены другие варианты и было ли их отклонение обоснованно? Если это так, то требование необходимости считается выполненным.⁵⁸⁸ Такого подхода (в основном) придерживаются, например, Суд Европейского союза и ВС Канады⁵⁸⁹.

В некоторых случаях суды переоценивают за законодателя варианты достижения цели или предлагают свои. Так, в одном из решений КС ФРГ пришёл к выводу, что распространение данных переписи населения, в которых указывались адреса и даты рождения опрошенных, угрожало анонимности⁵⁹⁰. В качестве менее инвазивного способа было предложено частичное раскрытие данных конкретным государственным органам и для конкретных целей. ЕСПЧ также привёл менее инвазивные варианты регулирования, рассматривая

⁵⁸⁴ Сомнение вызвало, что наличие логотипа табачного бренда на зажигалке увеличивает потребление табака и представляет риск для здоровья населения. *RJR-Macdonald v Canada* (Attorney General). P. 342.

⁵⁸⁵ *RJR-Macdonald v Canada* (Attorney General). P. 291-94, 342.

⁵⁸⁶ *Ibid.* P. 291.

⁵⁸⁷ Поэтому данный этап анализа иногда называется стандартом наименее ограничительных мер, *least restrictive means test*.

⁵⁸⁸ Gerards J. Op. cit. P. 488.

⁵⁸⁹ Court of Justice of the European Union (CJEU), *Monsees*, judgment of the Court, 9 September 1999, Case C-350/97, E.C.R. I-2921 § 30; Court of Justice of the European Union (CJEU), *Arblade*, judgment of the Court, 23 November 1999, Joined Cases C-369 & 376/96, E.C.R. I-8453 § 78. Supreme Court of Canada, *R v Edwards Books & Art Ltd*, judgment of the Court, 26 August 1986, [1986] 2 S.C.R. 713, 772-773.

⁵⁹⁰ Bundesverfassungsgericht Urteil vom 15.12.1983 // BVerfGE 65,1. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>

введённый в Турции запрет публикации газет, поддерживающих Рабочую партию Курдистана (в частности, конфискация конкретных выпусков)⁵⁹¹.

Суды не всегда хотят связываться со сложной оценкой эффективности государственных мер и, тем более, со сравнением эффективности с другими опциями. Даже если такой анализ проведён, остаётся вопрос, обязано ли государство выбирать те меры, которые чуть менее эффективны, но в большей степени сохраняют права⁵⁹²? Так считают некоторые исследователи, однако этот вывод явно не является единственно возможным⁵⁹³.

На третьем этапе (**пропорциональность в узком или строгом смысле**) напрямую сопоставляются интересы носителя прав и публичные интересы, ради которых вводилась мера. Говоря упрощённо, суд определяет, превосходят ли приобретения на стороне общественной выгоды (цели правоограничительной меры) потери, которые несут права или свободы. Это, однако, совсем не простая задача.

Р. Алекси формулирует общее правило взвешивания: чем больше степень неудовлетворения или нарушения одного принципа, тем больше должна быть важность удовлетворения другого. Уточняя данное правило (поскольку оно действительно проясняет мало), Алекси предлагает логическую формулу веса⁵⁹⁴. В ней соотносятся несколько параметров: степень неудовлетворенности принципа (насколько пострадает этот интерес, если проиграет в балансировании), его общая важность (внутренняя ценность принципа) и серьёзность вмешательства. Полученные значения подставляются в формулу и

⁵⁹¹ *Urper and Others v. Turkey*, judgment of the European Court of Human Rights, 20 October 2009, Applications Nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, and 54637/07.

⁵⁹² Распространенный пример - запрет ношения тюрбанов во время занятий спортом, который оценивал ЕСПЧ. Если есть возможность носить эластичные тюрбаны, риски для безопасности значительно снижаются, но свобода религии не затрагивается. См.: *Phull v. France*, judgment of the European Court of Human Rights, 20 January 2005, Application No. 35753/03.

⁵⁹³ Gerards J. *Op. cit.* P. 482.

⁵⁹⁴ Мы говорим о ней в единственном числе и приводим наиболее простой вариант формулы, поскольку тема работы – это свобода слова. Однако Р. Алекси на протяжении лет приводил достаточно много вариантов такой формулы в своих работах. В одной из итераций абстрактный вес принципа и его вес в конкретном деле умножаются на степень надёжности предположений о весе. См.: Alexy R. *Constitutional Rights and Proportionality* // *Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2014. No. 22. P. 54-55.

определяется вес ценности в рассматриваемом случае⁵⁹⁵. «Выигрывает» ценность с наибольшим весом.

Третий шаг теста пропорциональности вызывает самые серьёзные замечания критиков, поскольку он полностью субъективен. Суды находятся в почти абсолютно свободном плавании. За исключением ВС Канады⁵⁹⁶, именно этот этап оказывается центральным в практике судов. ЕСПЧ на первых двух этапах проводит проверку крайне формально, по всей видимости не чувствуя уверенности в достаточности информации для объективного анализа ситуации в разнообразных странах-членах Европейской Конвенции⁵⁹⁷. КС ФРГ также уделяет особое внимание именно третьему шагу: 84% законов, отмененных по результатам теста пропорциональности, проваливаются именно на третьем этапе⁵⁹⁸.

Анализ пропорциональности — основной подход к разрешению споров о правах в мировом (точнее сказать глобальном) конституционализме⁵⁹⁹. Идея о том, что ограничения прав и свобод допустимы, если они соразмерны, глубоко укоренилась в мышлении судей по всему миру: от европейских национальных (КС ФРГ, КС РФ⁶⁰⁰) и наднациональных судов (ЕСПЧ⁶⁰¹, суд ЕС⁶⁰²) до

⁵⁹⁵ $W = (I \times D) / C$, где - W (Weight) означает вес принципа в конкретном деле, I (intensity of interference) - степень потери принципа в случае, если он проиграет в итоге взвешивания, D (degree of importance) - оценка внутренней ценности принципа; C (cost) - это уровень неудовлетворенности принципа в исходном состоянии.

⁵⁹⁶ ВС Канады редко прибегает к третьему этапу, чаще всего отменяя законы на первых двух. Соображения, обычно относящиеся к «пропорциональности в узком смысле», учитываются раньше. См.: Grimm D. Op. cit. P. 384.

⁵⁹⁷ Как указывает Я. Джерардс, для улучшения подхода следует систематически применять трехчастный тест пропорциональности, который уже используется в Германии, Канаде и суде ЕС. Gerards J. Op. cit. P. 488.

⁵⁹⁸ При этом, среди тех дел, в которых нарушения установлены раньше, половина все равно «доходят» до этого этапа. См.: Lang A. Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice // Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice / eds M. Kremnitzer, T. Steiner, A. Lang. Vol. 22. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. P. 44.

⁵⁹⁹ Webber G. The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. Cambridge, 2009. P. 64.

⁶⁰⁰ КС РФ толкует текст ч. 3 ст. 55 Конституции РФ как устанавливающий требование пропорциональности для законодателя. Устанавливаются цели ограничения, требование о наименее ограничительных мерах («только в той мере»), а практика КС РФ добавляет, что меры должны быть соразмерными и пропорциональными. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21.04.2003 №6-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 3 («защита права собственности и иных вещных прав, а также прав и обязанностей сторон в договоре должна осуществляться на основе соразмерности и пропорциональности, с тем чтобы был обеспечен баланс прав и законных интересов всех участников гражданского оборота - собственников, сторон в договоре, третьих лиц»).

⁶⁰¹ Трехшаговый тест «необходимости в демократическом обществе», сформулированный в деле Sunday Times, в целом, совпадает с пропорциональностью. См.: The Sunday Times v. The United Kingdom, judgment of the European Court of Human Rights, 26 April 1979. Application No. 6538/74.

⁶⁰² Суд ЕС (European Court of Justice) применяет пропорциональность к основным гражданским свободам,

Верховного суда Канады⁶⁰³, Израиля⁶⁰⁴ и Конституционного суда ЮАР. Хотя терминология, соотношение и содержание шагов теста различаются, практически во всех указанных странах рассуждения о правах ведутся под влиянием идеи о балансе.

Образ баланса интересов, равновесия, консенсуса стал в современном мире некой константой, клише, постоянно используемым в рассуждениях об экономике, политике и обществе. Наравне с этим, идея пропорциональности настолько проникла в мышление и дискурс, что кажется невозможным рассуждать о правах, свободах и ограничениях без неё⁶⁰⁵. Умеренные сторонники пропорциональности считают, что это наиболее эффективный метод принятия судами решений по конституционным спорам.⁶⁰⁶ Более же решительные авторы утверждают, что пропорциональность — неотъемлемый элемент конституционно-правового мышления⁶⁰⁷. Р. Алекси пишет, что применение данного рационального метода для выявления соотношения между правами и их ограничениями «неизбежно»⁶⁰⁸. Универсальность пропорциональности, и

административным, корпоративным, антимонопольным, фундаментальным правам. Непринятая европейская конституция 2004 года (ст. 54) и Лиссабонский договор (ст. 52), содержат требования пропорциональности. См.: Stone Sweet A. *The Judicial Construction of Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2004. P. 165-170.

⁶⁰³ Канадский тест Оукса, названный по наименованию закрепившего его решения, терминологически практически полностью повторяет немецкий подход. Разница, как было отмечено выше, заключается в различном практическом весе третьего шага. См.: Supreme Court of Canada, *R v Oakes*, judgment of the Court, 28 February 1986, [1986] 1 S.C.R. 103.

⁶⁰⁴ Израиль с 1980-х годов ввел конституционный контроль, аналогичный по модели немецкому, и закрепил писанные права и свободы. Два ключевых дела, применяющие принцип пропорциональности, связаны с борьбой с терроризмом. См.: *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, judgment of the Supreme Court of Israel, 1999, HCJ 5100/94 (вопрос о соразмерности определенных мер допроса); *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, judgment of Supreme Court of Israel, 2004, HCJ 2056/04 (правомерность пролегания «барьера безопасности», стены по земельным участкам заявителей). См.: Шустров Д. Г. Принцип пропорциональности в конституционном праве Израиля. М.: ЛЕНАНД, 2015

⁶⁰⁵ Webber G. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge, 2009. P. 87.

⁶⁰⁶ Pulido C. The migration of proportionality across Europe // *New Zealand Journal of Public and International Law*. 2013. Vol. 11. No. 3. P. 511–512; Andrade Neto J. The debatable universality of the proportionality test and the wide-scope conception of fundamental rights // *Revista Brasileira de Direito*. 2016. Vol. 12. No. 1. P. 4.

⁶⁰⁷ Я. Сикман утверждает, что принцип пропорциональности – универсальный стандарт рациональности, который должна признавать любая правовая система (Sieckmann J. *Proportionality as a Universal Human Rights Principle // Proportionality in Law: An Analytical Perspective* / eds D. Duarte, J. Silva Sampaio. Springer Verlag, 2018. P. 3). Также пропорциональность называют «мета-конституционным принципом» (См.: Stone Sweet A., Mathews J. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* // *Columbia Journal of Transnational Law*. 2008. Vol. 47. P. 85).

⁶⁰⁸ Alexy R. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 73. Алекси также утверждает, что нет иного способа рационально разрешать конституционные споры (Ibid. P. 74). Ученый даже определяет права через необходимость их балансирования с другими интересами. Права для него — это принципы, «требования оптимизации» (Ibid. P. 47).

нормативно, и дескриптивно, достаточно спорна⁶⁰⁹, однако сложно отрицать, что эта методология серьёзно влияет на дискурс о правах и на конкретные решения в странах с развитым или хотя бы функционирующим конституционным контролем. В чём видятся преимущества этого подхода к правам?

Пропорциональность идеально вписывается в модель глобального «нового конституционализма», которая предполагает ограничение законодателя установленными в конституции гарантиями прав и свобод граждан. Конституция сковывает политические ветви власти, чтобы не допустить произвола⁶¹⁰. Судьи являются «трасти»⁶¹¹ народа и, в его интересах, осуществляют контроль за государственными действиями. Они подчиняются, в конечном счете, только конституции⁶¹². Позиция конституционных судей может преодолена только через внесение изменений в конституцию (или её пересмотр), что обычно предполагает сложную, можно сказать запретительную, процедуру.

В этой схеме остро встаёт вопрос о судейской легитимности, ведь они не избираются народом и не подотчётны ему напрямую⁶¹³. Пропорциональность призвана решить именно эту проблему. Акты, выносимые судами по конституционным вопросам, должны казаться максимально объективными —

⁶⁰⁹ Д. Битти пишет, что методика универсально принята судами по всему миру (см. Beatty D.M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004. Pp. 116-117). В этом дескриптивном аспекте Битти однозначно неправ, поскольку он смог привести решения лишь из 15 стран мира, из которых 11 — это бывшие британские колонии. Всего же стран в мире, на момент написания — более 200. См.: Posner R.A. *Constitutional Law from a Pragmatic Perspective* // *University of Toronto Law Journal*. 2005. Vol. 55, No. 2. P. 301. Другие сторонники пропорциональности пытаются переформулировать понятие универсальности для достижения положительного для себя соответствия. Напр., см.: Sieckmann J. *Op. cit.* P. 5). В любом случае, универсальное принятие какого-либо института конституционного права мы не считали бы его положительной характеристикой. Принятие большинством стран мира, как правило, — следствие его ценностной пустоты.

Универсальность какого-либо института конституционного права (принятие его большинством стран мира) в современном мире мы считали бы скорее поводом насторожиться или следствием его пустоты.

⁶¹⁰ В зависимости от принятой системы конституционного контроля, это могут быть все судьи (США, Канада, Индия, Бразилия), или только судьи отдельного конституционного суда (помимо европейских стран, такая модель принята в ЮАР, Южной Корее, Турции).

⁶¹¹ По аналогии с управляющим траста, *trustee*.

⁶¹² Stone Sweet A. *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy* // *West European Politics*. 2002. Vol. 25. P. 77; Stone Sweet A., Brunell T.L. *Trustee Courts and the Judicialization of International Regimes* // *Journal of Law and Courts*. 2013. Vol. 1, No. 1. P. 61-88.

⁶¹³ Вопрос о легитимности решений конституционного суда был ключевым в споре между Г. Кельзеном и К. Шмиттом. Последний утверждал, что орган, защищающий конституцию, является судом лишь по названию. По Шмитту, он является сугубо политическим, но объективным и нейтральным арбитром. Кельзен же считал, что функция такого органа — применение норм конституции — в принципе аналогична судебной. См.: Kelsen H., Schmitt C. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. P. 47, 165.

обоснованными чем-либо, кроме внутреннего убеждения их авторов. Суды должны дистанцироваться от внешних моральных, факторов и максимально опираться на факты, представленные в деле⁶¹⁴. Поскольку пропорциональность предполагает равенство противоборствующих доводов, результат конституционного судебного процесса не предопределён. Выводы суда следуют из конкретных обстоятельств дела, а не из принципиального несогласия судей с одной из сторон⁶¹⁵. Пропорциональность стремится минимизировать отрицательное воздействие на проигравшую сторону, укрепляя, в каком-то смысле, легитимность итоговых решений.

При этом схема рассмотрения дела, анализа поставленного им вопроса, будет оставаться схожей. Стройность, упорядоченность методики пропорциональности считается её важным преимуществом: по всей видимости, предполагается, что пошаговая структура аргументации повлияет на выводы суда, или, по крайней мере, позволит в дальнейшем их объективно проверить. Подобная предсказуемость анализа пропорциональности, по мнению её сторонников, позволяет судам мягко подталкивать политические ветви власти к умеренности⁶¹⁶. Законодатель знает, что от него требуется, и может учесть это заранее, до принятия закона. Суды указывают лишь на явные ошибки.

Судьи, ориентирующиеся на пропорциональность, неслучайно предпочитают оставлять рассуждения о правомерности меры на третий этап анализа. Это позволяет не рассуждать категорически, а сфокусироваться на количественных показателях — соразмерности. Данная проблема отчетливо видна на примере дела ЕСПЧ, в котором суд оценивал приговор за публикацию книги, оскорбляющей пророка Мухаммеда⁶¹⁷. Три страницы решения (§ 23-28)

⁶¹⁴ Например, Д. Битти указывает, что анализ пропорциональности должен основываться в основном на научных данных и заключениях экспертов (Beatty D. Op. cit. P. 92). Я. Джерардс считает первые два шага теста ключевыми для соразмерности, поскольку они представляют собой объективный анализ, а не субъективное взвешивание интересов (Gerards J. Op. cit. P. 472). С другой стороны, Р. Алекси видит пропорциональность лишь в качестве структуры моральной аргументации (Alexy R. Constitutional Rights and Proportionality // *Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2014. No. 22. P. 58).

⁶¹⁵ Stone Sweet A., Mathews J. Op. cit. P. 6.

⁶¹⁶ Ibid. P. 81.

⁶¹⁷ *IA v. Turkey*, judgment of the European Court of Human Rights, 13 September 2005, Application No. 42571/98.

посвящены общим принципам — это ода плюрализму и свободе слова, переносимая судом из решения в решение. Однако затем хватает одного пункта, чтобы установить, что эти принципы в данном случае не имеют значения. Поскольку была оскорблена религиозная фигура, государство преследовало насущный социальный интерес и действовало правомерно. Особенно поразительна следующая фраза: «Однако настоящее дело связано не просто с комментариями, которые оскорбляют или шокируют, или провокационным мнением, но с оскорбительной атакой на Пророка». Далее не следует никакого объяснения, чем одно отличается от другого. Признавая допустимость наказания за богохульство в XXI веке, суд не проанализировал, является ли оскорблённость в религиозных чувствах должным основанием для ограничения свободы слова, но отметил, что книга не была изъята, а издателю необходимо было лишь заплатить небольшой штраф (§ 32). Остаётся вопрос, а какое наказание было бы несоразмерным и почему?

Анализ пропорциональности уводит взгляд от оценки правомерности, направляя его на оценку уместности, адекватности и степени воздействия⁶¹⁸. Если следовать этой методике буквально, можно прийти к крайне неожиданным (в плохом смысле) результатам. Обратим внимание на трактовку Дэвидом Битти дела *Brown v. Board of Education*⁶¹⁹. Согласно ему, сегрегация была отменена, поскольку она больше вредила достоинству чернокожих детей, чем чувству превосходства белых⁶²⁰. Оставим в стороне, что судьи ничего подобного не писали и едва ли размышляли в таких категориях, но звучит взвешенно и разумно. Однако получается, что решение нужно было вынести в пользу сегрегации в обстоятельствах, когда вред белым оценивался бы выше (например, их чувство превосходства особо затронуто интеграцией в школе, названной

⁶¹⁸ Tsakyrakis S. Proportionality: An Assault on Human Rights? // International Journal of Constitutional Law. 2009. Vol. 7, No. 3. P. 491.

⁶¹⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) (историческое дело, в котором Верховный суд отменил расовую сегрегацию в школах);

⁶²⁰ Более того, Битти считает, что белые, оскорблённые интеграцией, реализовывали своё негативное право. Оно было учтено, но проиграло. Beatty D. Op. cit. P. 106.

именем бывшего рабовладельца). Расовая сегрегация, согласно такому подходу, в определённых обстоятельствах правомерна.

Суды, естественно, до такого не доходят. Однако как они выражают эту умеренность? Когда они вправду заинтересованы в правильном разрешении дела, когда на карту поставлены действительно серьёзные вопросы, они отбрасывают пропорциональность и категорично утверждают, что некие государственные действия неприемлемы⁶²¹. Это происходит не всегда, но достаточно регулярно, чтобы не уничтожить права в соответствующих юрисдикциях⁶²². По большей же части, суды используют именно открытое взвешивание интересов: если есть возможность не высказываться категорично, они ей пользуются.

Подобная модель аргументации создаёт видимость объективности решений. Применяя пропорциональность, судьи как бы опираются на внешние авторитеты (объективные факты и формулу их оценки) вместо того, чтобы следовать собственным убеждениям. Такой манёвр – часть арсенала, излюбленного бюрократами: когда комиссия публикует отчёт, разумеется, взвешивающий преимущества и недостатки, никто не несёт за него моральную ответственность⁶²³.

⁶²¹ Например, в деле «Ластиг-Прин и Беккет против Великобритании» ЕСПЧ принципиально отклонил обоснования, представленные государством в дискриминации (Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, judgment of the European Court of Human Rights, 27 September 1999, Applications Nos. 31417/96 and 32377/96). Также см. F. v. Switzerland, judgment of the European Court of Human Rights, 18 December 1987, Application No. 11329/85 (судьи высказались о природе права на вступление в брак, указав, что некоторые его аспекты не подлежат ограничению). Последнее указывает на то, что, вероятно, спасти методику пропорциональности может концепция основного содержания, принятая в Германии (ст. 19(2) ОЗ ФРГ). Она теоретически не должна позволить взвешиванию зайти слишком далеко. Однако в практике КС ФРГ она применяется значительно реже, чем упоминается. Более того, КС ФРГ допускает взвешивание интересов даже в случае вторжения в основное содержание одного из прав, несмотря на прямой запрет этого в Основном законе. В конкретном деле ядро права на жизнь ребенка перевесило достоинство и право на самоопределение женщин (1 BVerfG, Order of the Second Senate, 28 May 1993 - 2 BvF 2/90).

⁶²² ВС Канады пришёл к выводу, что экстрадиция в страны, где практикуются пытки, в некоторых обстоятельствах возможна (хотя в конкретном деле этого, разумеется, не было сделано), а ЕСПЧ категорически отверг эту возможность. См.: Suresh v. Canada judgment of the Supreme Court of Canada, 11 January 2002, 2002 SCC 1, [2002] 1 SCR 3; Chahal v. United Kingdom, judgment of the European Court of Human Rights, 15 November 1996, Application No. 22414/93, § 79.

⁶²³ Поскольку профессиональный инстинкт судей – сформулировать решение так, чтобы его не отменили вышестоящие инстанции, непрозрачная методика пропорциональности находит отклик.

Сторонники пропорциональности утверждают, что эта методика упрощает работу судей, помогает толковать и конкретизировать общие нормы законодательства⁶²⁴. Однако действительно ли судьи настолько неспособны к анализу, что нуждаются в дополнительном руководстве для формирования и изложения своих суждений⁶²⁵? Почему их интеллектуальный и профессиональный уровень оценивается так низко? Для общества важно вести открытую дискуссию о ценностях и не скрывать разногласия за фасадом суконной терминологии. Судебные решения играют в этом большую роль. Облечённый знаниями в области права (что предполагает не только знание закона) и моральным авторитетом, судья высшего суда находится в уникальном положении, позволяющем разъяснить всему обществу, чего именно требует конституция и почему. Формулаичность аргументации о соразмерности не позволяет конституционным судам серьёзно влиять на общественный дискурс⁶²⁶. Акты о свободе слова Верховного суда США, содержащие не такой стройный ценностный анализ, изучаются, цитируются (в том числе и в зарубежных правовых порядках). В конечном счёте, они влияют на принятие определённой концепции прав в обществе, причём не обязательно той, которая излагается судом. Эту задачу не могут выполнить ни работы Р. Алекси, ни судебные акты, анализирующие вслед за ним вес и степень воздействия меры на различные интересы⁶²⁷.

⁶²⁴ Pulido C. Op. cit. P. 485.

⁶²⁵ Предложение Алекси оценивать степень серьёзности вмешательства по шкале от серьёзного до лёгкого намекает на то, что он рассматривает судей как детей или студентов, которым необходима методичка по аргументации для вынесения разумных решений.

⁶²⁶ Пропорциональность не предлагает новых решений, которые выходили бы за рамки того, что может быть достигнуто более привычными для людей рассуждениями. Обратим внимание на работу Я. Сикмана, в которой он, в качестве примера, применяет формулу веса (её усложнённый вариант) к соотношению свободы слова и репутации. Завершив свои построения, сравнив абстрактный и конкретный вес, степени вмешательства, автор приходит к выводу, что, если клеветнические высказывания касаются вопросов общественного значения, должна защищаться свобода слова. Таким образом, Сикман приходит к тому же выводу, что ВС США в деле *NYT v. Sullivan*, но путём, недоступным для бытового понимания. Повысилась или понизилась бы легитимность указанного решения ВС США, если бы оно не было написано человеческим языком, а как логическая формула? См.: Sieckmann J. Proportionality as a Universal Human Rights Principle // *Proportionality in Law: An Analytical Perspective* / eds D. Duarte, J. Silva Sampaio. Springer Verlag, 2018. P. 20.

⁶²⁷ ЕСПЧ влияет на дискурс как раз тогда, когда отходит от пропорциональности и выносит категоричные решения. Например, достаточно категоричная оценка уголовного наказания за мужеложество в Северной Ирландии привела, в итоге, к его отмене. Аналогично, в Италии закон о регулировании однополых партнерств по аналогии с браком, также был принят под влиянием жесткой позиции Европейского суда (см. Winkler M. Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia // *GenIUS*. 2016. No. 2. P. 46.). Как правило, таких успехов в области

Несмотря на указанные выше преимущества для правоприменителей, теория пропорциональности – это произведение юридической науки, а не судов⁶²⁸. Несложно понять, почему методика пропорциональности пользуется спросом в академической среде: учёных привлекает стройность, системность предполагаемой ей аргументации. Она соответствует профессиональным склонностям теоретиков, но также, по их мнению, приводит к более дисциплинированным правовым рассуждениям и обоснованным выводам⁶²⁹. Однако представляется, что ценность подобной упорядоченности в судебной аргументации переоценена. Нет никаких оснований полагать, что та или иная структура сделает выводы суда более обоснованными, ведь пустая форма анализа пропорциональности может быть наполнена любым содержанием. Как на немецком языке можно написать и *Mein Kampf*, и «О пределах государственной власти», так и с использованием структуры пропорциональностями можно обосновать фактически любые выводы.

В теории, принятие решения на основе принципа пропорциональности – это *рациональное* взвешивание доводов для обоснованного вывода, что также привлекает академиков⁶³⁰. Вытекающее из этого стремление к точности и объективности доведено исследователями до абсурда: рассуждения о правах облекаются в логические формулы⁶³¹. По всей видимости, этим укрепляется идея, что итоговое решение будет предсказуемо справедливым. Однако все переменные в приводимых формулах задаёт конкретный аналитик, который

свободы слова не происходит. Единственным подобным примером может быть отмена закона о запрете демонстрации «символов тоталитаризма» (советских) Конституционными судами Польши и Венгрии после жесткой негативной позиции ЕСПЧ. Обратим внимание, что ЕСПЧ не рассуждал о соразмерности, но утверждал, что недопустимо запрещать символы в отсутствии угрозы от них. См.: Decision 4/2013 (II. 21.) of the Constitutional Court of Hungary, 21 February 2013. Para. 2; Judgment of 19th July 2011 of the Constitutional Tribunal of Poland, No. K 11/10.

⁶²⁸ Известно, что соразмерность произошла из специальных административных судов Пруссии, однако в их практике она появилась под влиянием юридической науки (что, в целом, достаточно характерно для Германии).

⁶²⁹ См., напр.: Kumm M. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review // Law & Ethics of Human Rights. 2010. Vol. 4. P. 163.

⁶³⁰ Показательно, что сборник статей про юриспруденцию Р. Алекси называется «Институционализованный разум». См: Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy / ed. M. Klatt. Oxford: 2012.

⁶³¹ Интересно, что замечания о том, что рассуждения о правах недопустимо вести с помощью цифр (Алекси до какого-то момента выражал составляющие своей формулы численными показателями), Р. Алекси «отражает», начав использовать словесные обозначения «сильное», «слабое» и т.д. Alexy R. Constitutional Rights and Proportionality // Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. 2014. No. 22. P. 54-55.

может указать любые значения для получения желаемого результата. Вероятно, преимущество соразмерности заключается в том, что его применение можно проверить? Однако как установить, что упоминаемые Алексис «W» или «I» оценены судом неверно? В общем, ощущение точности и объективности, которое пытается создать анализ соразмерности, иллюзорно. В применении он полностью субъективен.

Далее мы обратим внимание на ряд общих проблем анализа, основанного на пропорциональности. Затем будут перечислены те его недостатки, которые особо серьёзно влияют на свободу слова.

1. Несоизмеримость интересов и ценностей. На проблему несоизмеримости интересов критики пропорциональности указывают чаще всего⁶³². Взвешивание, к которому метафорически обращается методика, предполагает некую меру, точку отсчёта. Как взвесить свободу слова против, например, репутации? Что важнее? Конституция обычно не выстраивает иерархии прав⁶³³, а теоретики не указывают, на что ориентироваться в этом вопросе⁶³⁴, и в этом вакууме суд подходит к третьему шагу теста пропорциональности, где он должен установить потери и приобретения на обеих сторонах спора, а затем сравнить их. Как замечает А. Скалиа, взвешивание конституционных интересов сродни сравнению длины конкретной линии с массой конкретного камня. Ценности, выражаемые правами и свободами, неизмеримы, а значит, их невозможно сопоставить и уравновесить. Также нельзя привести к единой системе исчисления степень вмешательства — как мы уже отмечали, попытки Р. Алексиса исправить это выглядят достаточно сомнительно. На основании чего можно заключить, что определённая мера вредит праву серьёзно или умеренно⁶³⁵?

⁶³² Обзор публикаций с данной аргументацией – см. Urbina F.J. Incommensurability and Balancing // Oxford Journal of Legal Studies. 2015. Vol. 35. No. 3. P. 575.

⁶³³ Если бы устанавливала, необходимость в методике пропорциональности отпала бы.

⁶³⁴ Исследователи пропорциональности не могут договориться даже о том, что именно взвешивается — принципы, интересы, доводы — что дополнительно свидетельствует о неопределённости стоящей перед судом задачи.

⁶³⁵ Возьмём пример из работы Р. Алексиса: дело журнала Титаник, в котором КС ФРГ признал несоразмерным преследование журналистов за оскорбление солдата «прирождённым убийцей», но соразмерным — за

Теоретики соразмерности предлагают различные доработки концепции, защищаясь от довода о несоизмеримости. Например, утверждается, что взвешиваются *аргументы* «за» и «против» меры, а не сами интересы⁶³⁶. В таком случае пропорциональность оказывается схемой моральной аргументации, а не объективным, техническим, анализом. Этим, однако, теория снова возвращается в исходную точку, ведь её основная задача (укрепление легитимности судебных решений) оказывается невыполненной⁶³⁷.

Другие авторы сводят к абсурду аргумент критиков, утверждая, что, если ценности несоизмеримы, то невозможно в принципе рационально принимать ценностные решения и разрешать конституционные споры⁶³⁸. Однако и это не так: неверно сводить рациональность лишь к утилитарному сравнению выгод и потерь. Вполне возможно, что происходит обоснованный выбор одних ценностей в ущерб другим (например, как в случае со свободой слова, из-за сопутствующих рисков). Именно так люди зачастую и принимают решения по принципиальным вопросам: они не ищут баланса и не пытаются угодить всем сторонам, а занимают позицию и берут на себя ответственность за последствия такого шага⁶³⁹. Несоразмерность интересов не означает, что невозможно рационально принимать решения о правах, но указывает на несостоятельность технического ситуативного взвешивания подобных категорий. Непригодность для нормативных вопросов также не значит, что такой подход неприменим, например, в экономической или социальной политике.

оскорбление «калекой». Алекси применяет свою формулу веса и объясняет, что «обзывательство» убийцей – лёгкое вмешательство в права личности оскорбляемого, а калекой – серьёзное. Однако как это установлено? Вполне можно помыслить, что сам солдат (или даже «средний» солдат) оценил бы ситуацию ровно наоборот. См.: Alexy R. Constitutional Rights and Proportionality // *Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2014. No. 22. Pp. 58-59.

⁶³⁶ Ekins R. Legislating Proportionately // *Proportionality and the Rule of Law* / eds G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber. Cambridge, 2014. P. 349, 354.

⁶³⁷ Webber G. Proportionality and Limitations on Freedom of Speech // *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* / eds A. Stone, F. Schauer. Oxford, 2021. P. 190.

⁶³⁸ Da Silva V. A. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2011. Vol. 31. P. 273, 295.

⁶³⁹ Принятие серьёзного решения – это, как правило, не поиск баланса, а именно выбор. Как пишет Д. Раз, решение следует за появлением неповерженного аргумента, то есть такого довода, который кажется в итоге наиболее убедительным. См.: Raz J. Reasons for Action, Decisions and Norms // *Mind*. 1975. Vol. 84, No. 336 (Oct.). Pp. 481-499.

2. Дефиниционная щедрость. Теория пропорциональности рассматривает права граждан как принципы, подлежащие сопоставлению с другими принципами. Права, утверждает Р. Алекси, – это требования оптимизации⁶⁴⁰. Они признаются с пониманием, что не могут быть реализованы полностью. Поэтому детально рассуждать об изначальном содержании права нет смысла. Важно не определить содержание, но провозгласить право, а все сложные вопросы разрешатся уже на этапе взвешивания интересов. С. Цакиракис называет такой подход дефиниционной щедростью. Любые интересы, даже самые тривиальные, могут быть включены в содержание права теоретически, чтобы потом быть исключенными. Права с таким раздутым содержанием покрывают практически все сферы жизни. Возникает тотальная конституция, в рамках которой любая деятельность людей и все их статусы рассматриваются в терминах прав и свобод⁶⁴¹. Любой политический или социальный вопрос в такой парадигме — это поиск баланса между конституционными правами.

Такой подход к свободе слова означает, что ей покрывается любая коммуникация. Заранее исключать какие-либо словесные или невербальные высказывания не нужно, ведь лишние части «содержания» будут исключены потом, под влиянием других прав или интересов. Это прослеживается, например, в практике ВС Канады и ЕСПЧ. Признается, что свобода слова распространяется на любую коммуникацию, в том числе ту, которая может оскорблять или шокировать. Однако это соседствует с положением о том, что свобода слова — это не неограниченная возможность высказываться⁶⁴². Сам факт вхождения в содержание не говорит ничего о конституционной защите высказывания: его реальная судьба выяснится уже позднее, по итогу оценки соразмерности правоограничительной меры.

⁶⁴⁰ Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 47.

⁶⁴¹ Webber G. The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. Cambridge, 2009. P. 68.

⁶⁴² Пункт 2 статьи 10 Европейской Конвенции.

Исходя из такого подхода, свобода слова, по всей видимости, может быть применима и к инсайдерскому трейдингу, и к теракту. Никаких доктринальных оснований для исключения такой коммуникации из конституционной защиты доминирующий в европейском праве подход не предоставляет. Меры, ограничивающие эти действия, должны быть (и, судя по всему, являются) соразмерными. Однако суды прекрасно понимают, что инсайдерский трейдинг не имеет никакого отношения к свободе слова и будут исходить из этого, несмотря на презумпцию изначального равенства доводов. Неприменимая норма не будет упомянута в решении суда интуитивно, без дополнительных разъяснений. Такая практика искажает всю систему конституционных прав: со временем становится совершенно неясно, почему права закреплены в конституции, что этим имелось в виду, и зачем их защищать⁶⁴³. Аморфные права, полученные в результате, не могут обладать каким-либо моральным и политическим весом. Ведь именно в ходе конкретизации права⁶⁴⁴, которой позволяет пренебречь соразмерность, формулируется, что в него входит и почему. Содержание конкретного права связывается с более широкими моральными и политическими ценностями, учитываются основные возможные конфликты с другими правами или действительно значимыми общественными интересами.

3. Равенство доводов. С дефиниционной щедростью тесно связана ещё более серьёзная проблема. Права рассматриваются теоретиками соразмерности как доводы, равные по весу всем остальным общественно-значимым целям регулятора. Так права и свободы утрачивают свою уникальную юридическую силу, а в конституционную аргументацию проникают те соображения, которым в ней нет никакого места. Это происходит, в частности, через молчание суда о легитимности заявленной законодателем цели — как правило, она не

⁶⁴³ Этим может объясняться то, что в США (где Верховный суд использует другой подход к правам) вопросы теории свободы слова рассматриваются наукой крайне подробно, а в Европе подобные исследования относительно редки.

⁶⁴⁴ Термин *specification* использует, в частности, Грегори Уэббер. См.: Webber G. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge, 2009. P. 127, 133.

конкретизируется и не оценивается⁶⁴⁵. По сути, любой публичный интерес допускается до взвешивания, если он связан с крупными, абстрактными интересами, перечисленными в ограничительных клаузулах. Если государство заявляет, что оно собирается избавиться от определённой религиозной или национальной группы в рамках обеспечения национальной безопасности и, допустим, обосновывает угрозу от этой группы, стоит ли рассматривать способы достижения этой цели (газовые камеры, депортация, переселение в другие страны) на предмет соразмерности? Нет, можно утверждать определённо, что такая цель является неправомерной. Для того, чтобы служить основой для таких категорических выводов и принимаются конституции⁶⁴⁶. Приведённый достаточно резок, но его суть от этого не страдает: тест пропорциональности не позволяет отсеять подобные предложения до третьего шага проверки⁶⁴⁷.

Права обесцениваются и тем, что суды возводят в эту категорию интересы, которые не заслуживают высшего правового статуса. Суды, грубо говоря, придумывают права *ad hoc*, не анализируя последствия этого и их место в конституционной системе. Так рождаются конструкции вроде права на информацию, права не быть оскорбленным за религиозные убеждения или права на забвение. Их непродуманность и некий усеченный, ситуативный характер — следствия отсутствия глубокого ценностного анализа, предполагаемого конкретизацией прав.

⁶⁴⁵ В редких случаях высшие суды, применяющие пропорциональность, признают преследуемый государством интерес нелегитимным. См., напр.: The UK House of Lords, *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, judgment of 21 June 2004. [2004] 2 AC 557, [18] (гарантии для членов семей арендаторов должны распространяться и на однополых сожителей, интерес по защите гетеросексуальных семей – нелегитимен); R. v. Big M Drug Mart Ltd., judgment of the Supreme Court of Canada, 24 April 1985, [1985] 1 S.C.R. 295. (соблюдение христианских принципов было признано нелегитимной целью обязательного закрытия магазинов по воскресеньям).

⁶⁴⁶ Противодействие недопустимым мотивам ограничения - ключевая задача суда при защите свободы слова, о чем мы говорили выше (параграф 2) и к чему вернёмся ниже (параграф 4), но методика пропорциональности не позволяет это сделать. Сторонники пропорциональности могут утверждать, что маргинальные или недолжные доводы получают низкую оценку значимости и проиграют при взвешивании, однако неясно, почему они вообще учитываются при анализе.

⁶⁴⁷ Проверка пригодности в данном случае не подходит, ведь она оценивает возможность меры повлиять на цель, а не легитимность самой цели.

Проблематичность этого наглядно показывается практикой ЕСПЧ по вопросу оскорбления религиозных чувств⁶⁴⁸. Власти Австрии конфисковали фильм, содержащий оскорбительные изображения религиозных фигур. Решение большинства суда рассматривало конфискацию фильма в качестве меры защиты свободы религии, в то время как несогласные судьи утверждали, что право на религиозные убеждения включает в себя и право на критику чужих верований. При этом, вторая концепция явно более логична, поскольку каждая религиозная доктрина предполагает, что все остальные неверны. Чтобы отстоять ограничение свободы слова, судьи ЕСПЧ наделили свободу религии внутренне противоречивым толкованием, и одновременно провозгласили новое право личности не быть оскорблённой⁶⁴⁹. Если такое право провозглашается в светском государстве, то у фанатов поп-звезды появляется возможность обращаться в суд или требовать уголовного наказания публикацию фотографий их кумира в неподобающем виде⁶⁵⁰. Такие соображения, идущие вразрез со здравым смыслом, не должны учитываться правовой системой, однако пропорциональность требует обратного⁶⁵¹.

Указанное выше приводит нас к выводу, что пропорциональность не является надлежащей методикой для разрешения вопросов о правах и свободах человека в целом. Однако её недостатки особо серьёзны применительно к свободе слова⁶⁵². Она, судя по всему, и являлась одной из главных планируемых жертв данного подхода к правам. В работах теоретиков свобода слова представлена больше, чем иные права, а в судебной практике именно против неё провозглашаются «контрправа», единственным смыслом которых является

⁶⁴⁸ *IA v. Turkey; Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of the European Court of Human Rights, 20 September 1994, Application No. 13470/87.

⁶⁴⁹ См.: Кульнев А.С. Защита чувств верующих: как не переступить черту? // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 2. С. 25-28.

⁶⁵⁰ Пример оскорблённых фанатов Дженнифер Лопес приводит С. Цакиракис. См.: Tsakyrakis S. *Op. cit.* P. 480.

⁶⁵¹ В реальности такие абсурдные соображения не будут учтены даже теми, кто работает в парадигме пропорциональности, вопреки принципу равенства интересов. Здравый смысл, скорее всего, возьмет верх над формулами.

⁶⁵² К. Меллер поддерживает пропорциональность только для гражданских и политических прав, в частности, свободы слова. По мнению автора, методика неприменима для абсолютных прав, вроде права не подвергаться жестокому и необычному наказанию, праву не быть в рабстве. См.: Möller K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford Constitutional Theory. Oxford, 2012. P. 180.

ограничение высказываний (право быть забытым, право не быть оскорбленным)⁶⁵³.

В общем виде, неприменимость пропорциональности к свободе слова связана с тем, что значительное ценностное и социальное содержание этой свободы требует более глубокого анализа, чем простое сопоставление интересов⁶⁵⁴. Возвращаясь к образу взвешивания, обратим внимание, что у большинства весов – только две чаши. Структура конституционных споров сводится пропорциональностью к столкновению между личными и общественными (представляемыми ограничительной мерой) интересами, хотя в реальности подобные конфликты сложны и имеют множество сторон. Права гарантируются в интересах всех граждан, а не одного их конкретного носителя или группы таковых. Свобода слова защищается не для того, чтобы конкретный человек имел возможность высказываться, а для того, чтобы предотвратить цензуру как системную моральную и политическую проблему.

Теоретики пропорциональности утверждают, что суду необходимо учитывать и взвешивать *все* затрагиваемые спором интересы⁶⁵⁵. Однако, как отмечает А. Алейников,⁶⁵⁶ суд практически никогда не может даже назвать все эти интересы, не то что учесть их. Суды, применяя пропорциональность, как правило, сосредотачиваются на тех интересах, которые обозначают стороны спора.⁶⁵⁷ Такое упрощение, казалось бы, противоречит идее баланса, но избежать его невозможно. Это означает, что права и свободы становятся зависимыми от того, кто именно обращается за их защитой⁶⁵⁸.

⁶⁵³ Австралийский исследователь фиксирует (без какого-либо «двойного дна»), что закрепление права на свободу политической дискуссии в Австралии привело к повышению интереса судей к пропорциональности. Нам такое совпадение кажется достаточно показательным Quirk P. An Australian Looks at German 'Proportionality' // University of Notre Dame Australia Law Review. Jan. 1999. Vol. 1, No. 1. P. 54.

⁶⁵⁴ Также, полагает Р. Мун, не подлежит взвешиванию свобода религии. См.: Moon R. Limits on Constitutional Rights: The Marginal Role of Proportionality Analysis // Israel Law Review. 2017. Vol. 50. P. 5.

⁶⁵⁵ Kumm M. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement // Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy / ed G. Pavlakos. Hart, 2007. P. 151.

⁶⁵⁶ Aleinikoff T. Constitutional Law in the Age of Balancing // Yale Law Journal. 1987. Vol. 96. No. 5. P. 977.

⁶⁵⁷ Ibid. P. 978.

⁶⁵⁸ Категориальный подход также не избегает этой проблемы, но предоставляет большую степень уверенности.

Если позволить приглядности конкретного заявителя влиять на выводы о государственном вмешательстве в его высказывания, свобода слова достаточно скоро перестанет действовать. Подход судов к свободе слова неизбежно формируется в делах, в которых спикеры имеют крайне спорные взгляды и порой прибегают к откровенно асоциальным формам их выражения. Например, прецедентные решения ВС США выносились пользу нацистов⁶⁵⁹, членов Ку-Клукс-Клана⁶⁶⁰, коммунистов⁶⁶¹, свидетелей Иеговы⁶⁶², сектантов, вламывающихся на похороны солдат⁶⁶³, а также гражданина, лгавшего о получении им государственных наград⁶⁶⁴. Рассматривая эти дела, судьи учитывали более широкий контекст, поскольку понимали, что формирование прецедента требует тщательного размышления и не может основываться на эмоциональном порыве осудить того, с кем ты несогласен.

Посмотреть на это с другой стороны позволяет знаменитое дело, в котором заявитель был скорее приличным. Газета *New York Times*, опубликовавшая агитационный материал Движения за гражданские права, должна была компенсировать репутационный ущерб полицейскому из штата Алабама. Велика ли была потеря на стороне Нью-Йорк Таймс? Закрылась бы газета из-за этой выплаты? Поменяла бы она образ своей работы? Скорее всего, ответ на все эти три вопроса — отрицательный. Значит ли это, что подобное вмешательство в свободу слова является лёгким? Нет, и предположительно, с нами согласятся сторонники пропорциональности. Но что, если бы дело не было столь очевидным (например, вместо серьёзной газеты преследовался бы

⁶⁵⁹ *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977) (запрет нацистского шествия в городе Скоки неконституционен).

⁶⁶⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁶⁶¹ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957) (отменен приговор активистам Коммунистической партии США за призывы к свержению государственного строя, поскольку отстаивание абстрактной доктрины, в отличие от призывов к немедленным насильственным действиям защищено Первой поправкой).

⁶⁶² *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) (отказ отдавать честь флагу по религиозным причинам — защищенное конституцией высказывание); *Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton*, 536 U.S. 150 (2002) (необходимость получения разрешения местного органа для распространения литературы по домам граждан нарушает свободу слова).

⁶⁶³ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

⁶⁶⁴ *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012) (отменено положение закона об ответственности за ложные утверждения о присвоении государственных наград, так как государство не может привлекать к ответственности за ложные высказывания, не наносящие конкретного и немедленного вреда).

конспирологический листок или таблоид)? Нормы о клевете оказались бы соразмерными? Соображения судей ВС США об охлаждающем эффекте и роли свободы слова в демократической политике, выраженные в данном историческом решении, касаются не только интересов сторон спора, не только интересов СМИ или государственных служащих. Они затрагивают самые основы существования публичного дискурса. Вопрос заключался не в конкретном диффамационном иске чиновника, а в возможности использования подобных исков в политических целях. Подход пропорциональности хуже приспособлен для рассмотрения такого общего контекста, поскольку не предполагает категоричных и нормативных аргументов.

Если рассматривать свободу слова через призму негативной теории, становится очевидна еще одна причина, почему именно метод пропорциональности не подходит для её анализа. Негативная теория свободы слова предполагает, что смыслом закрепления в конституции свободы слова является подверженность высказываний ограничениям из-за недолжных мотивов законодателей, структуры стимулов, а также из-за того, что вред от слов оценивается некорректно. Сфокусируемся на трёх моментах, в которых видны сбои анализа соразмерности: особенностях оценки вреда, возможности прямого регулирования действий вместо слов и чувствительности свободы слова к правоприменению.

1. Особенности оценки вреда. Взвешивание свободы слова затруднено, поскольку зачастую невозможно корректно оценить негативные последствия высказываний (а значит, пригодность и необходимость ограничительных мер⁶⁶⁵). Основой защиты этой свободы является исключение преследования некоторых типов вреда: вреда от убеждения и, по большей части, нематериального вреда. Даже материальный, но гипотетический (разворачивающийся в будущем) вред законодатель склонен оценивать некорректно под влиянием эффекта третьего

⁶⁶⁵ Кроме того, вероятно более, чем в случае с иными правами, законодатели врут относительно того, какие цели реально преследуются той или иной мерой. Преследуя эгоистичные или цензорские мотивы, они пытаются облечь их в конституционно-значимые цели.

лица и ложной причинности, так что и в этом случае необходимы специальные правила.

Если говорить в терминах соразмерности, некоторые типы интересов не должны допускаться ко взвешиванию со свободой слова, чтобы сохранить ее основное содержание. Судья КС РФ Г. Гаджиев в одном из особых мнений замечал, применение каких-то из конституционно-значимых целей к свободе слова может привести к её умалению⁶⁶⁶. Свобода слова запрещает государству реагировать на вред от убеждения, что следует из традиционного понимания юридической ответственности⁶⁶⁷. По крайней мере по общему правилу, высказывания не являются причиной дальнейших действий слушателя, поскольку он самостоятельно принимает решение совершить нечто осуждаемое. Меры, направленные на вред от убеждения, следовательно, не могут быть соразмерными и не должны в принципе допускаться к анализу, вопреки методике пропорциональности⁶⁶⁸.

2. Возможность прямого регулирования. Слова крайне редко наносят материальный вред — его наносят действия, осуществляемые под их влиянием. Так что для предотвращения вреда от высказываний, в подавляющем большинстве случаев, менее ограничительным средством является прямое регулирование этих действий. Однако обратный подход стал распространенным у законодателей по всему миру. Действия ограничиваются через запрет «подталкивающих» к ним высказываний. Типичные примеры - это запрет «пропаганды» ЛГБТ (но не самих гомосексуальных отношений), запрет рекламы табака (но не торговли им). Удивительным образом, оказывается, что

⁶⁶⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 30.10.2003 №15-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации" в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова". Особое мнение судьи КС РФ Г.А. Гаджиева // СПС "Консультант-Плюс".

⁶⁶⁷ См., напр.: Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression. P. 209-213; Strauss D. Op. cit. P. 355-57.

⁶⁶⁸ Судей в канадском табачном деле, кажется, абсолютно не смутило, что ограничивается возможность компании убеждать граждан в чем-то. При этом, похвально, что большинство судей все же конкретизировало цензорский мотив оспариваемого закона.

политически и юридически законодателю проще запретить слова, чем сами действия, которые он считает вредными⁶⁶⁹.

Направляя регулирование на информацию, а не на поведение, законодатель избегает напряжённых политических столкновений и категорических суждений. Мобилизация критики таких мер значительно сложнее. Может казаться, что запрет слов — это более мягкая мера, чем запрет действий, однако конституция расставляет приоритеты по-иному, и её позиция должна быть приоритетной. Прямое регулирование более прозрачно, а потому обладает более высокой степенью политической и моральной легитимности. Кроме того, более высока вероятность, что прямое регулирование действий будет надлежащим образом выверено и не будет допускать обхода правонарушителями или возложения ответственности за безвредное поведение⁶⁷⁰.

3. Хрупкость свободы слова в правоприменении. Традиционно правовые нормы рассматриваются как определённые и общеприменимые (то есть работающие во всех или почти во всех ситуациях) правила поведения. Этот принцип, особо важный для публичного права, несовместим с методикой пропорциональности. Вместо того, чтобы устанавливать нормы, применимые всегда, для определимых категорий лиц и действий, конституция оказывается зависимой от контекста. Её общеобязательные правила становятся ситуативными⁶⁷¹.

В таких условиях граждане не могут серьёзно полагаться на конституционные права и свободы. Они не могут свободно высказываться, рассчитывая на свободу слова, потому что никогда не знают, посчитает ли конституционный суд убедительными доводы государства. Конституция, толкуемая с точки зрения соразмерности, защищает граждан от *чрезмерного* вмешательства в права, но не от вмешательства как такового. Если права не

⁶⁶⁹ Мобилизовать ресурсы и сторонников для защиты от подавления действий проще, чем в защиту информации.

⁶⁷⁰ Bambauer J.R., Bambauer D.E. Information Libertarianism // California Law Review. 2017. Vol. 105. P. 340.

⁶⁷¹ См. об этой проблеме: Должиков, А. В. Неопределённость судейского балансирования и интенсивность конституционного контроля // Журнал Конституционного правосудия. 2023. № 2. С. 18-24.

обладают стабильным содержанием и их можно пересматривать в каждом последующем деле, то имеет ли смысл вообще закреплять их в конституционном документе?

Определённость вносят прецеденты, однако пропорциональность фактически не допускает их формирования, ведь интересы предполагаются равными и взвешиваются в свете конкретных обстоятельств. Наиболее последователен в этом вопросе Д. Битти, который утверждает, что взвешивание всегда должно происходить только на основании фактов, имеющихся в конкретном деле⁶⁷². В этом случае никаких прецедентов быть не может и каждое дело следует рассматривать с чистого листа. В более умеренной версии Р. Алекси формирование прецедентов возможно, однако всё равно значимость (вес) каждой ценности будет меняться в зависимости от ситуации⁶⁷³. Ни одна из этих версий не предоставляет ясности и уверенности в конституции: граждане заранее не могут знать, имеют ли они право на определённое поведение⁶⁷⁴.

Думается, что вернее считать права, закреплённые в конституции, результатом рассуждений, а не неким приглашением законодателя к разговору. Права – это выводы, а не доводы⁶⁷⁵. Сам факт того, что права записаны в конституции, имеет серьёзное значение: государственные действия, затрагивающие их, оцениваются иначе. Только такой взгляд на права возвращает уверенность в них, которая утрачивается при применении методики

⁶⁷² Он также утверждает, что в конституционном праве прецеденты «в лучшем случае – лишние». Beatty, D.M. *Op. cit.* P. 90.

⁶⁷³ Alexy R. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 51.

⁶⁷⁴ Разумеется, суды на самом деле не рассматривают каждый раз спор с чистого лица - они почти всегда опираются на практику, сформированными ими самими или зарубежными коллегами. Делая это, однако, они идут вразрез с методикой пропорциональности. Сама концепция – видеть в споре о правах столкновение интересов, которое необходимо разрешить компромиссно – подталкивает к тому, чтобы постоянно пересматривать позицию. С этим связана и бросающаяся в глаза непоследовательность практики, например, ЕСПЧ.

⁶⁷⁵ Теории прав, которые видят в правах особую юридическую силу, излагаются, например, следующими исследователями: Ролз Д. *Теория справедливости*. М.: Издательство ЛКИ, 2010; Нозик Р. *Анархия, государство и утопия* / пер. с англ. Б. Пинскера; под ред. Ю. Кузнецова и А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2008; Дворкин Р. *О правах всерьёз* / пер. с англ. М. Д. Лахути, Л. Б. Макеевой. Москва: РОССПЭН, 2004; Dworkin R. *Rights as Trumps // Theories of Rights* / ed J. Waldron. New York: Oxford University Press, 1989. Также см.: Webber G. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge, 2009. PP. 116-146.

пропорциональности. Гибкость методики пропорциональности, её ситуативность, создаёт серьёзные риски для свободы слова из-за крайней чувствительности последней к правоприменению. Такое качество этой свободы связано с двумя феноменами: охлаждающий эффект и патологические политические периоды.

Охлаждающий эффект означает отказ граждан от правомерных высказываний из-за страха перед юридическими или другими негативными последствиями. Данное явление особенно свойственно регулированию коммуникации: именно её можно эффективно сдерживать через саму перспективу правовых санкций или социального давления, а не их применение. Такого, как правило, не происходит с другими действиями и правами. Люди не имеют неудержимой естественной потребности публично выражать свои убеждения: промолчав, они не испытывают очень значительного лишения. Риск не оправдан и потому, что преимущества от высказываний не обретаются немедленно, а предсказать их, в любом случае, трудно. В этом отношении свобода слова отличается от более практичных свободы передвижения, права собственности или, тем более, права на жизнь. От реализации этих возможностей люди не отказываются лишь из-за размытого регулирования.

Соображения об охлаждающем эффекте составляют значительную часть доктрины свободы слова в США. Один из первых теоретиков первой поправки З. Чефи ещё в 1941 году писал, что открытые репрессии – не единственная форма подавления свободы слова. Такие же последствия может повлечь и страх возможных правовых последствий или социального ostracism. Первым в практике ВС США об охлаждающем эффекте упомянул в судья У. Дуглас в 1953 году⁶⁷⁶. В дальнейшем охлаждающий эффект стал основанием для позиции суда

⁶⁷⁶ Дело касалось возможности Конгресса запрашивать у общественной организации информацию о том, кто покупает у неё литературу. Румели, консервативный противник Нового Курса, был обвинён в неуважении к Конгрессу из-за того, что не предоставил такую информацию. ВС США отменил приговор, сославшись на пределы полномочий Конгресса по проведению расследований, но судья Дуглас отметил, что подобные запросы к общественным организациям имеют сковывающий эффект (*debilitating effect*) на высказывания общественников и иных граждан. *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41 (1953).

по вопросам клеветы⁶⁷⁷, подстрекательства к насилию⁶⁷⁸, публикации журналистами секретной информации⁶⁷⁹ и распространению информации в Интернете⁶⁸⁰.

Европейский суд по правам человека указывал на потенциальный охлаждающий эффект санкций за нераскрытие журналистами источников информации⁶⁸¹, привлечения интернет-платформ к ответственности за комментарии пользователей⁶⁸². Позиция ЕСПЧ о том, что клевета должна оцениваться иначе, если высказывания касаются вопросов общественного значения, также обоснована этим феноменом⁶⁸³. Охлаждающий эффект называется как фактор конституционного анализа в решениях высших судов Канады⁶⁸⁴, ЮАР⁶⁸⁵, Австралии⁶⁸⁶, Индии⁶⁸⁷, Соединенного королевства,⁶⁸⁸ Новой

⁶⁷⁷ В случае, если истец по диффамационному иску – должностное лицо, подлежит доказыванию действительный злой умысел (*actual malice*) ответчика по нанесению вреда репутации). *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁶⁷⁸ Государство вправе преследовать подстрекательство, не нарушая свободу слова, только в случаях, когда высказывания непреодолимо приводят к вреду. То есть вред должен высоковероятным и близким во временном отношении. Данным стандартом закрывается дорога для преследования разжигания ненависти и экстремизма. См. подробнее: Кульнев А.С.

⁶⁷⁹ В деле о «бумагах Пентагона», ВС США отклонил попытку правительства запретить публикацию секретного исследования о практиках американских военных во Вьетнаме. Суд подчеркнул важность свободной прессы и публичного дискурса по вопросам общественной важности, в том числе и национальной безопасности. Если даже точечная предварительная цензура возможна, это произведет охлаждающий эффект на всех, граждане и пресса будут опасаться последствий в случае публикации чувствительных материалов. *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

⁶⁸⁰ ВС США отменил закон о регулировании Интернета, поскольку в нём использовались расплывчатые категории вроде «неприличности», «явной оскорбительности» материалов, а также общественных моральных стандартов. Суд отметил, что настолько широкие и неопределенные формулировки приведут к самоцензуре и, следовательно, цензуре правомерных высказываний. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

⁶⁸¹ *Goodwin v. United Kingdom*, judgment of the European Court of Human Rights, 27 March 1996, Application No. 17488/90.

⁶⁸² *Delfi AS v. Estonia*, judgment of the European Court of Human Rights, 16 June 2015, Application No. 64569/09.

⁶⁸³ *Steel and Morris v. United Kingdom*, judgment of the European Court of Human Rights, 15 February 2005, Application No. 68416/01 (спор о деловой репутации между Макдональдсом и экологическими активистами, распространявшими информацию о деятельности компании).

⁶⁸⁴ *R. v. National Post*, judgment of the Supreme Court of Canada, 7 May 2010, 2010 SCC 16 (раскрытие журналистами источников информации).

⁶⁸⁵ *Print Media South Africa and Another v. Minister of Home Affairs and Another*, judgment of the Constitutional Court of South Africa, 28 September 2012. [2012] ZACC 22 (отмена некоторых положений закона об издательской и кинопрокатной деятельности, поскольку предварительная цензура может производить охлаждающий эффект).

⁶⁸⁶ *Lange v Australian Broadcasting Corporation*, judgment of the High Court of Australia, 8 July 1997, [1997] HCA 25; 189 CLR 520 (в процессе о чести и достоинстве, инициированный премьер-министром Новой Зеландии против телекомпании, австралийский суд обращает внимание на возможный негативный эффект законов о клевете на политический дискурс).

⁶⁸⁷ Отменяя запреты распространения «раздражающей», «опасной», «глубоко оскорбительной» информации в Интернете, ВС Индии прямо говорит об охлаждающем эффекте подобных широких запретительных мер. См.: *Shreya Singhal v. Union of India*, judgment of the Supreme Court of India, 24 March 2015, AIR 2015 SC 1523. Para. 13.

⁶⁸⁸ *Miranda v. Secretary of State for the Home Department*, judgment of the Court of Appeal (Civil Division), 21 January 2016, [2016] EWCA Civ 6 (применение антитеррористических законов в отношении журналистов ведет к самоцензуре).

Зеландии⁶⁸⁹. Стойкость и разрушительная сила охлаждающего эффекта заставляет проявлять особое внимание к формулировкам правоограничительных мер – они не должны быть неопределёнными или чрезмерно широкими. Эти соображения не учитываются в должной мере анализом соразмерности⁶⁹⁰, но, в целом, могут использоваться судом независимо от принятия этой методики.

Чувствительность свободы слова к правоприменению также связана с её особой хрупкостью в патологические политические периоды. Нет острой необходимости защищать высказывания в спокойные времена: как правило, нет ни запроса на цензуру, ни смысла её осуществлять. Конституционная защита свободы слова проверяется на пригодность в периоды общественных потрясений, войн, специальных операций и тому подобных стрессовых, кризисных моментов⁶⁹¹. В такое время «[н]аступает паника, властвует психология толпы, которая преувеличивает опасность слов, ищет козлов отпущения наших страхов и гнева, и выплёскивается в постыдную череду репрессий»⁶⁹². Лишь вынося уроки из предыдущих подобных эпизодов, доктрина сможет выдержать это давление.

Пропорциональность не просто не учитывает эти риски, но и активно потворствует тому, чтобы государство действовало в зависимости от своей сиюминутной оценки ситуации. Поскольку вся суть методики состоит в подсчёта преимуществ и недостатков в конкретных обстоятельствах, принять на её основании стратегическое решение, обращённое в основном в будущее, невозможно.

Пропорциональность в целом, фактически, стала методикой, которая помогает судам лишь тогда, когда необходимо оправдать государственное вмешательство или предложить приемлемые его рамки. Если суд полагает, что

⁶⁸⁹ *Duffy v Google New Zealand Ltd*, judgment of the High Court of New Zealand, 12 April 2017, [2017] NZHC 804 (охлаждающий эффект имеет возможность привлечения интернет-платформ к ответственности за контент, размещенный пользователем).

⁶⁹⁰ А.В. Должиков считает концепцию «тонкой подгонки» норм (*narrow tailoring*) сходной с проверкой необходимости меры, однако приводит и доводы о различиях этих концепций (Должиков А. В. Конституционное требование необходимости: постановка проблемы // *Правоприменение*. 2022. Т. 6, № 1. С. 126).

⁶⁹¹ *Blasi V. The pathological perspective and the first amendment* // *Columbia Law Review*. 1985. Vol. 85, No. 3. P. 449.

⁶⁹² *Bollinger L. The First Amendment's Original Sin* // *University of Chicago Law Review*. 2005. Vol. 72. P. 417-418.

вмешательство недопустимо, он может воспользоваться традиционной формой аргументации. Такое развитие идеи пропорциональности отчасти парадоксально, поскольку она разрабатывалась и использовалась в Пруссии XIX века исключительно для ограничения вмешательства государства в личные свободы. Поскольку права не имели конституционного закрепления, соображения о них приходилось оформлять через идею о соразмерности государственных действий. В мире же с писаными конституционными правами эта методология стала правоограничительной: основанием для преследования богохульства, отрицания официальных исторических позиций и критики решений правительства⁶⁹³.

Ещё одним правоограничительным механизмом, заслуживающим очень короткого упоминания, является концепция злоупотребления правом. А.А. Малиновский определяет злоупотребление правом как действие, причиняющее вред другим участникам общественных отношений или осуществляемое вопреки его предназначению⁶⁹⁴. Для свободы слова оба эти критерия губительны. Неоднозначность оценки вреда от высказываний многократно обсуждалась выше. Свобода слова также не имеет какого-то определённого предназначения: результат дискурса и даже какие-то его параметры заранее неизвестны. Свобода слова предназначена не для достижения конкретных целей (если итог уже понятен — зачем дальнейшие обсуждения?), а для предотвращения цензорских государственных действий. «Злоупотребление правом» в принципе не является серьёзной, аналитически выверенной методикой разрешения конфликтов между конституционными правами. Например, кто и по каким основаниям будет решать, что спикер злоупотребляет свободой слова, а не заявитель по

⁶⁹³ И. Берлин отмечал подобные тенденции эволюции (от освободительной до репрессивной) и других идей. «История мысли и культуры - это сменяющийся узор из великих освобождающих идей, которые неизбежно превращаются в удушающие кандалы, и таким образом стимулируют своё собственное уничтожение новыми, освобождающими и в то же время поработаживающими концепциями». Berlin I. Does Political Theory Still Exist? // Isaiah Berlin: The Proper Study of Mankind. An Anthology of Essays / eds H. Hardy, R. Hausheer. London, 1997. P. 76.

⁶⁹⁴ «Таким образом, к основным признакам, характеризующим злоупотребление правом как правовое явление, относятся: причинение субъектом в процессе осуществления субъективного права вреда другим участникам общественных отношений (личности, обществу, государству), а также осуществление конкретного субъективного права в противоречие с его назначением». Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Юрлитинформ, 2007. С. 109.

диффамационному иску – правом на репутацию? Скорее данная терминология используется для того, чтобы облечь в правовую терминологию неправовые по сути решения⁶⁹⁵. Большого научного интереса, таким образом, она не представляет.

§ 2. Категориальное взвешивание как методика оценки ограничений свободы слова

В связи с указанными выше проблемами, действительная защита свободы слова предполагает особые правила оценки правоограничительных мер. Особенности регулирования высказываний в большей степени учитываются американской доктриной, которая построена на категориальном, а не ситуационном, анализе. Выбор данной методики не связан с некими национальными особенностями США, а институциональная структура повлияла на него лишь в малой степени⁶⁹⁶. Причиной того, что выводы Верховного суда США кажутся нестандартными, видится длительность эволюции американской практики по этому вопросу. Говоря проще, американские суды и правоведы занимаются анализом свободы слова и её ограничений значительно дольше, чем их европейские коллеги. Это и привело к более глубокому пониманию особенностей регулирования высказываний, а децентрализованная система конституционного контроля позволила отразить это понимание в судебных актах⁶⁹⁷.

Далее в работе последует уровень согласия с позицией американского высшего суда, который может показаться научному сообществу критическим. Так что уместно добавить методологическое пояснение по этому поводу именно здесь. Мы точно не знаем причины, по которым ВС США пришёл именно к таким результатам. О них приходится лишь догадываться, но и эти догадки не

⁶⁹⁵ См., напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 30 мая 2023 г. N 1398-О // СПС «Консультант-Плюс».

⁶⁹⁶ Например, роль сыграла возможность оценки любым судом конституционности норм. Она, однако, едва ли была определяющей, поскольку в других странах со схожей системой доктрина свободы слова развивалась иначе.

⁶⁹⁷ Ф. Шауэр прогнозирует, что по мере накопления опыта, европейское право придёт к категориальному анализу. Его оптимизм мы разделить не разделяем (Schauer F. Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture // European and US Constitutionalism / ed. G. Nolte. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. P. 49).

столь значимы для нашего исследования. Как и в других местах работы, мы рассматриваем судебные акты лишь как доводы в теоретическом споре и не наделяем какой-либо суд повышенным авторитетом. Аналогичную практику мог бы сформировать районный суд в европейской стране: тогда в работе была бы использована именно она. Однако по каким-то (обозначенным выше или другим) причинам ВС США пришёл к тем выводам, которые мы разделяем, по целому ряду рассматриваемых вопросов, и привёл для этих выводов обоснования, которые мы считаем убедительными⁶⁹⁸.

В литературе достаточно часто встречаются ремарки об исключительности подхода США к правам, который не допускает взвешивания. Называются разнообразные причины для этого, например краткость или архаичность конституционного текста, а также отстранённость правовой системы от международных организаций и судов⁶⁹⁹. Текст Первой поправки к Конституции США провоцирует большое непонимание: она запрещает государству⁷⁰⁰ ограничивать свободу слова и не содержит никаких оговорок. Это заставляет полагать, что свобода слова в США абсолютна, то есть вообще не предполагает ограничений⁷⁰¹. Даже не вдаваясь в исследование истории и судебной практики, нужно заподозрить ложность этого аргумента, предполагающего высочайшую степень иррациональности десятков поколений американских судей, законодателей и избирателей⁷⁰². Если посмотреть хотя бы бегло на историю применения Первой поправки, все встанет на свои места. Она никогда не

⁶⁹⁸ Неубедительна практика, например, по вопросу непристойностей (obscenity), а некоторые вопросы, такие, как соответствие Первой поправке закона об иностранных агентах, Верховный суд США избегает. Наконец, долгие годы этот суд выносил необоснованные и неверные решения, например, по вопросу о подстрекательстве к мятежу (условно можно приравнять это понятие к экстремистской деятельности). Поскольку отдельные ограничения свободы слова – это не предмет настоящей работы, эти и другие примеры неудачных решений суда не входят в настоящую работу. Подробнее про них см.: Кульнев А.С. Свобода слова и потенциальный вред от высказываний в праве США: исторический путь и современные вызовы // Сравнительное конституционное обозрение. № 3. 2024.

⁶⁹⁹ Jackson V. Op. cit. P. 3159-3166.

⁷⁰⁰ Текстуально – Конгрессу, но, с учётом 14-й поправкой, любым государственным органам.

⁷⁰¹ Конституционный суд ЮАР демонстрирует это топорное понимание: «Подход США, в частности, связан с тем, что американский Билль о правах не содержит ограничительной оговорки». См.: Case and Another v. Minister of Safety and Security and Others; Curtis v. Minister of Safety and Security and Others, judgment of the Constitutional Court of South Africa, 1996, 1996 (3) SA 617 (CC) at para. 21.

⁷⁰² Известно, что суды, как и любые юристы, умеют путем толкования обходить нормативный текст любого уровня абсолютности. Кроме того, любая конституционная норма может быть изменена и дополнена через соответствующую процедуру, если того требуют обстоятельства.

рассматривалась как абсолютная, и с самого основания США в этой стране действуют многочисленные ограничения свободы слова (они уже упоминались и будут приведены ниже).

Американское право не настолько чуждо взвешиванию интересов, как принято считать. Например, проверка наименьшей инвазивности меры — второй шаг теста пропорциональности — активно используется в американской юриспруденции. Соразмерность проверяется судами, например, при назначении уголовных наказаний⁷⁰³. При том, что американская юриспруденция действительно настроена негативно к судебному *ad hoc* взвешиванию конституционных прав, и в науке⁷⁰⁴, и в судебском корпусе⁷⁰⁵ есть сторонники рецепции теста пропорциональности. Более того, некоторое время (50-60-е годы XX века) методика открытого взвешивания интересов применялась большинством членов ВС США. Результаты этого почти единогласно признаны позором американского конституционализма, ведь на этот период пришлась антикоммунистическая истерия маккартизма. ВС США если не проявил активное участие, то по крайней мере попустительски отнёсся к произвольным политическим репрессиям, развернувшимся в стране. Судья Ф. Винсон начал текст решения по делу Деннис против Соединенных штатов (преследование лидеров Коммунистической партии США⁷⁰⁶) с утверждения: «нет ничего более определённого в современном обществе, чем принцип, что не существует ничего абсолютного»⁷⁰⁷. Эрозию конституционных свобод связывал со взвешиванием интересов судья Х. Блэк, который в эпоху маккартизма в многочисленных

⁷⁰³ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910) (восьмая поправка к Конституции США предполагает не только варварские наказания, но также и те, которые несоразмерны преступлению; аналогично – см.: *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983)).

⁷⁰⁴ Американская правовая традиция (школы правового реализма и критических правовых исследований) скептически к судебному усмотрению в целом. Но см.: Jackson, V. Op. cit. P. 3125; Yowell P. Proportionality in United States Constitutional Law // *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement* / eds L. Lazarus, C. McCrudden, N. Bowles. Oxford: Hart, 2014.

⁷⁰⁵ Например, см. особые мнения судьи Стивена Брейера: *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012); *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) (Breyer, J., dissenting).

⁷⁰⁶ Лидеры Коммунистической партии США были приговорены за отстаивание (*advocacy*) насильственной смены государственного строя, что не было доказано ничем, кроме как наличием у них трудов классиков марксизма-ленинизма.

⁷⁰⁷ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). В совпадающем мнении судья Ф. Франкфуртер, поддерживая правомерность приговора, отметил что балансирование интересов - это методика для разрешения всех споров о свободе слова.

особых мнениях писал об опасностях подхода, который позволяет «отбалансировать» (*balance away*, в смысле отбросить⁷⁰⁸) свободу слова во всех случаях, когда большинство в Верховном суде считает государственный интерес в цензуре веским⁷⁰⁹. Первая поправка и вся конституция размывается до такой степени, что становится лишь «увещеванием Конгресса»⁷¹⁰.

В американском праве, из-за высоких рисков, предполагаемых цензурой, доводы государства и свобода слова не равны: на чашу весов, занимаемую последней, несколько надавливают пальцем⁷¹¹. Взвешивание интересов все равно проводится⁷¹², но вместо оценки соразмерности используется дефиниционное (категориальное) балансирование⁷¹³. Взвешивание происходит не ситуативно в рамках конкретного дела, а на более высоком уровне абстрактности – путём формирования категорий ситуаций и установления специальных правил их анализа. Категоризация уравнивает интересы на долгосрочную перспективу, и судебское усмотрение в конкретных вопросах серьёзно ограничивается. Для суда заранее выделяются значимые фактические обстоятельства, на которые нужно обращать внимание⁷¹⁴.

Первым уровнем категоризации является чёткое определение, что такое высказывание в конституционном смысле. Это самые первичные границы применимости свободы слова, о которых мы рассуждали в главе 2. Результатом этого является то, что некоторые высказывания (в бытовом смысле) не подлежат

⁷⁰⁸ *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961), at P. 367 U. S. 138

⁷⁰⁹ *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961) at P. 366 U. S. 57

⁷¹⁰ *Dennis v. United States*, at P. 341 U. S. 581

⁷¹¹ Шауэр проводит аналогию между этим подходом и требованием высокой степени доказанности вины для предотвращения ошибок в уголовном процессе. Лучше оправдать десять виновных, чем осудить одного невиновного. Аналогично, подавление правомерного высказывания является гораздо более серьёзной проблемой, чем ускользание от санкций неправомерного. См.: Alexander L., Horton P. The Impossibility of a Free Speech Principle // *Northwestern University Law Review*. 1983-1984. Vol. 78, No. 5. P. 1335.

⁷¹² Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression // *Philosophy & Public Affairs*. Winter, 1972. Vol. 1, No. 2. P. 205.

⁷¹³ Эта терминология используется в академических трудах попеременно. См.: Nimmer M.B. The Right to Speak Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy // *California Law Review*. 1968. Vol. 56. Pp. 935, 942 (дефиниционное балансирование); Volokh E. Crime-Facilitating Speech // *Stanford Law Review*. 2005. Vol. 57. Pp. 1095, 1138 (категориальное балансирование); Werhan K. The Liberalization of Freedom of Speech on a Conservative Court // *Iowa Law Review*. 1994. Vol. 80. Pp. 51, 53-59 (категориальное балансирование, категоризация).

⁷¹⁴ Schauer F. Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts // *Vanderbilt Law Review*. 1981. Vol. 34. P. 295.

конституционной защите. ВС США приводит перечень таких категорий в деле *Chaplinsky v. New Hampshire* и уточняет его в дальнейших делах: непристойность, клевета, дача ложных показаний, «боевые слова», шантаж, подстрекательство к немедленным незаконным действиям (*Brandenburg v. Ohio*), реальные угрозы и детская порнография (*New York v. Ferber*). Данные слова не считаются «словами» в терминологии конституции. Первоначально сформулированный как набор примеров исключённых категорий высказываний, перечень мало изменился за почти 80 лет применения. ВС США расширял его крайне неохотно⁷¹⁵, а в 2010 году прямо признал закрытым⁷¹⁶.

Набор исключённых категорий выглядит достаточно эклектично⁷¹⁷, но объединяет их то, что государственное вмешательство руководствуется нецензурскими мотивами. Этим же основанием объединены позиции ВС США, сформулированные при определении данных категорий. Суд пытается исключить влияние цензурских устремлений законодателя и правоприменителей. Так, суд сузил понятие подстрекательства, исключённое из свободы слова, только до тех случаев, когда последствия призывов разворачиваются немедленно⁷¹⁸. Иначе состав использовался для политических преследований⁷¹⁹. Непристойности не считаются высказываниями в конституционном смысле, поскольку эта категория определена через способность провоцировать физическую реакцию (сексуальное возбуждение), а не рациональную⁷²⁰. В дальнейшем понятие было уточнено : подобные

⁷¹⁵ Критики американской доктрины обращают внимание, что список категорий, возникший в 1942 году, устарел и в принципе не был рассчитан на будущее применение. См., напр.: Batchis W. On the Categorical Approach to Free Speech-And the Protracted Failure to Delimit the True Threats Exception to the First Amendment // *Pace Law Review*. 2016. Vol. 37. P. 1.

⁷¹⁶ *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 468–69 (2010) at P. 470–72.

⁷¹⁷ С.Н. Шевердяев, думается, имеет в виду именно это, когда отмечает, что подобные перечни руководствуются историческим опытом, а не общим теоретическим критерием. См.: Шевердяев С.Н. Проблемы конституционно-правового регулирования информационных отношений в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. - Москва, 2002. С. 82.

⁷¹⁸ Подробнее об этом см.: Кульнев А.С. Свобода слова и потенциальный вред от высказываний в праве США: исторический путь и современные // *Сравнительное конституционное обозрение*. № 3. 2024. С. 43-68.

⁷¹⁹ Среди прочих, см.: *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) (распространитель листовок, критикующих участие США в Первой мировой войны обвинен в попытке сорвать мобилизацию и понизить боевой дух армии)

⁷²⁰ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957) (суд разграничивает сексуальные материалы, исключённые из конституционной защиты, используя слово «похоть», *prurience*). См.: Brown R.L. The Harm Principle and Free Speech // *Southern California Law Review*. 2015. Vol. 89. P. 982. Ф. Шауэр пишет, что порнография в целом – это суррогат сексуального акта, а её потребление – это физический, а не ментальный опыт (*Schauer F. Speech and*

материалы также не должны иметь литературной, артистической, политической или научной ценности⁷²¹.

Клевета исторически считалась аналогом физического нападения на личность и руководствовалась нецензурскими мотивами. Вред считается нанесённым самим фактом распространения сведений, вне зависимости от того, поверил в них кто-то или нет. Это отличается от общего запрета распространения ложной информации (по какой-то теме) — цензорского состава правонарушения, — в котором вред наносится только тогда, когда кто-то, полагаясь на сведения, совершил какие-то действия. В этом случае нет конкретной личности, которой мог бы быть нанесён вред⁷²².

Наконец, довольно показательна разница подхода к детской порнографии и «обычной». Запрещая детскую порнографию, государство пытается предотвратить использование детей в производстве таких материалов. Вред наносится вне зависимости от того, как воспримут подобный контент его потребители (и увидят ли вообще)⁷²³. Это нецензурские основания запрета, так что свобода слова неприменима. Ограничивая же «обычную» порнографию, законодатель стоит на более зыбкой почве, ведь взрослые актёры снимаются в этих фильмах по своей воле. Вредом видится реакция зрителей: их нравы, по мнению законодателя, деградируют от просмотра порнографии. Поэтому данные меры являются цензурскими.

После рассмотренного первого уровня категоризации возможно создание подкатегорий внутри базовой категории «высказывания» — они объединяют группы ситуаций, к которым закон относится отлично. Например, ограничения

Speech--Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language // *Georgetown Law Journal*. 1978. Vol. 67. P. 922-923).

⁷²¹ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973) (

⁷²² Например, см. ч. 4.1 ст. 13.15 КоАП РФ («публичное распространение заведомо ложных сведений о деятельности СССР в годы Второй мировой войны»), ч. 9 этой же статьи (распространение заведомо недостоверной общественно-значимой информации).

⁷²³ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982). Это работает и в обратном направлении: неконституционен запрет таких материалов, которые заставляют потребителей думать, что они смотрят на детскую порнографию, хотя в реальности в ней заняты взрослые актёры. Теория вреда в данном случае является цензурской, потому что вреда детям не наносится. См.: *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).

коммерческих высказываний (рекламы) подвергаются менее тщательному анализу, нежели все остальные⁷²⁴.

При категориальном анализе необходимо стремиться к определённости, последовательности, стабильности, а также управляемости рисков неверного применения⁷²⁵. Удачные категории (например, клеветнические и коммерческие высказывания) позволяют легко распознавать входящие в них ситуации и последовательно применять установленные правила.

Категория непристойных высказываний менее удачна, поскольку она неизбежно опирается на культурные установки оценщика. Попытки сузить это понятие критерием отсутствия социальной ценности не исправляют ситуацию, что ведёт к непоследовательности. В 1971 году Верховный суд отменил арест гражданина, надевшего в здание суда свитер с надписью «*Fuck the draft*» (к черту призыв)⁷²⁶. Суд отметил, что государство не может преследовать высказывания лишь за то, что они оскорбительны или содержат неприличные слова. В другом деле, через семь лет, рассматривалось предупреждение Федеральной комиссии по коммуникациям, вынесенное радиостанции за распространение монолога комика Джорджа Карлина «Семь слов, которые нельзя говорить на телевидении». Суд посчитал, что государство вправе регулировать неприличные материалы в эфире, по крайней мере в часы, когда их могут слышать дети⁷²⁷. Возможность принятия различных решений в рамках одной категории высказываний без понятного заранее обоснования подрывает главную цель дефиниционного анализа — обеспечение определённости.

Есть и ещё более яркие примеры недолжных категорий. Например, «деструктивная информация». По определению М.Я. Муратова это сведения, противоречащие праву и общественной морали, устоявшимся у индивидов или групп взглядам на мир (вызывающие когнитивный диссонанс)⁷²⁸. Автор

⁷²⁴ К коммерческим высказываниям применяется оценка среднего уровня строгости (intermediate scrutiny).

⁷²⁵ Schauer F. Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts // Vanderbilt Law Review. 1981. Vol. 34. P. 296.

⁷²⁶ Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

⁷²⁷ FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978).

⁷²⁸ Муратов М.Я. Право на свободу слова: История и современность: дис. ... канд. юрид. наук. - М., 2002. С. 102.

отмечает, что такая информация может негативно влиять на поведение людей, разрушать их психоэмоциональное состояние и провоцировать девиантное поведение. Разумеется, по его мнению, она подлежит «блокированию», то есть государственному запрету⁷²⁹. Данная категория оценочна и может включать множество сообщений с совершенно различными типами наносимого вреда, а также абсолютно безвредные высказывания. Теория вреда, заложенная в данную категорию, является цензорской, потому что предполагает реагирование государства на вред от убеждения (в части провокации девиантного поведения) и нематериальный вред (когнитивный диссонанс). Наконец, защита высказываний, которые противоречат устоявшимся взглядам на мир, — это самая суть свободы слова⁷³⁰.

Система категорий должна быть стабильной, но не статичной. Меняя категории слишком часто или вводя новые без должных на то оснований, суды снижают предсказуемость доктрины. Однако абсолютно нормально, что дефиниционные линии периодически передвигаются, с учётом, например, эволюции стандартов общественной морали⁷³¹. В 1942 году Верховный суд США сформировал новую категорию высказываний, исключенную из Первой поправки, боевые слова (*fighting words*). Уолтер Чаплинский, свидетель Иеговы, проповедовал на городской улице. Это привлекло толпу, и, во избежание драки, он был арестован маршалом. По пути в полицейский участок, Чаплински несколько раз оскорбил маршала, называя его проклятым рэкетиrom и фашистом. Он был обвинён по закону штата Нью Гэмпшир, запрещающему оскорбительные высказывания по отношению к любому лицу в публичном

⁷²⁹ Там же.

⁷³⁰ Подобные непродуманные теоретические построения, найдя место в законе (см., например, ч. 2 ст. 5 Федеральный закон от 29.12.2010 N 436-ФЗ "О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию"), предсказуемо приводят к непоследовательному и репрессивному правоприменению. В перечне видов информации, подлежащей ограничению согласно указанной норме, есть примеры нарушения каждого из принципов ограничения свободы слова, изложенных в настоящей работе.

⁷³¹ В ситуации когда действующая категоризация приводит к явно недолжному выводу, у суда есть три варианта действий: слепо применить правило с нежелательным результатом, нарушить правило, ограничившись формальными замечаниями или казуистическим объяснением, или же изменить правило, перерисовав границы категории или иначе определив последствия попадания в эту категорию. Доктрина развивается, если суд чаще всего выбирает третий вариант, обосновывая свою новую позицию и осознанно «вписывая» её в имеющуюся систему категорий. Schauer F. Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts // *Vanderbilt Law Review*. 1981. Vol. 34. P. 298 (рассуждает о первой и третьей опции).

месте. Верховный суд описал действия осуждённого как «боевые слова»: высказывания, которые «самим своим произнесением наносят вред и склонны создавать немедленное нарушение порядка». Отражая изменение отношения общества к эмоциональным проявлениям протеста (на сегодняшний момент слова Чаплинского не кажутся такими уж радикальными), ВС США в последующие десятилетия самостоятельно усыпил доктрину боевых слов. Неконституционными признавались приговоры за намного более хлёсткие угрозы и оскорбления в отношении полицейских⁷³². Как было указано выше, аналогичную эволюцию прошли нормы о непристойности и подстрекательстве.

В дополнение к категоризации самих высказываний, классифицируются также и ограничения свободы слова, в зависимости от их направленности⁷³³. Центральным фактором конституционной оценки конкретной правоограничительной меры является её ориентированность на содержание сообщения. Закон, ограничивающий высказывания, может быть: 1) направлен на сообщаемую точку зрения; 2) направлен на содержание (тематику или само сообщение, но не точку зрения); 3) нейтрален к содержанию. Ограничение законом критики государственной антитеррористической политики (но дозволение комплиментарных высказываний о ней) относится к первому типу. Запрет выступлений на тему терроризма – ко второму. Запрет всех выступлений в парке после 22.00 - нейтрален.

Принцип нейтралитета к точкам зрения (идеологического нейтралитета) выдерживается в американской юриспруденции очень жёстко⁷³⁴. Большая часть

⁷³² Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972) (слова осужденного: “white son of a bitch, I’ll kill you”, “you son of a bitch, I’ll choke you to death”); Lewis v. New Orleans, 415 U.S. 130 (1974) (слова осужденного: “You god damn motherfucker, I’m going to the Superintendent of Police about this”).

⁷³³ Соотношение исключенных высказываний и типологии ограничений не вполне однозначно. Например, имеет ли право государство внутри незащищенных категорий проводить регулирование на основании точки зрения (например, запрет именно такой детской порнографии, в которой высказываются определенные идеи)? Казалось бы, государство таким образом ограничивает меньше высказываний, т.е. свободе слова «лучше». Это не так, если рассматривать свободу слова как ограничение цензорских государственных действий, не ориентированное на определенный результат (больше информации). Подобное искусственное сужение нормы – это явный показатель недолжного мотива законодателя и, следовательно, основание для её отмены. См.: R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992) (исключенность категории не означает, что она невидима для свободы слова).

⁷³⁴ Ofseyer J.J. Speech Or Opinion-Two Objects of First Amendment Immunity // Utah Law Review. 2002. P. 866.

исследователей считает дискриминацию в отношении точек зрения хрестоматийным примером нарушения свободы слова и эссенцией государственной цензуры. Выборочное подавление государством или, напротив, фаворитизм к определённой точке зрения — основной риск, от которого предостерегает свобода слова⁷³⁵. На практике, законы и иные государственные действия, направленные на конкретные мнения, в подавляющем большинстве случаев признаются неконституционными. ВС США не раз подчеркивал, что дискриминация на основании точки зрения недопустима⁷³⁶.

Чуть менее обречены, хотя все же крайне подозрительны, ограничения, которые основываются на содержании, но не на точке зрения (мы будем также называть их содержательными). Такие нормы ограничивают высказывания из-за их тематики или иных характеристик, присущих самому сообщению. Нейтралитет по отношению к содержанию, по сути, защищает от риска ограничений конкретных мнений: более широкая категория устанавливается для укрепления этой защиты⁷³⁷. Когда государство вводит ограничения на обсуждение темы, оно подспудно пытается укрепить господствующую точку зрения и сужает возможности для её изменения. Например, запрещая обсуждение сексуальных отношений, государство, на самом деле, имеет в виду недопустимость обсуждения этой темы в том ключе, который не устраивает большинство. Альтернативные точки зрения будут подавляться, а доминирующие всё равно прозвучат.

Фактически, американская свобода слова существует в двух измерениях: один набор правил действует для содержательных ограничений, второй — для нейтральных⁷³⁸. Данная дихотомия является определяющей с 1972 года⁷³⁹. Тогда

⁷³⁵ Jacobs L. Clarifying the Content-Based/Content Neutral and Content/Viewpoint Determinations // *McGeorge Law Review*. Spring 2003. Vol. 34, Issue 3. P. 600.

⁷³⁶ *RAV v. City of St Paul* at P. 391-392. *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819 (1995) at P. 829; *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978) at P. 785-786.

⁷³⁷ *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994) at 642 (суд отметил, что нейтральное регулирование в большинстве случаев влечет меньший риск того, что некоторые идеи или точки зрения будут вытеснены из публичного диалога).

⁷³⁸ См.: Tribe L.H. *American Constitutional Law*. 1978. Pp. 584-585; McDonald B.P. *Speech and Distrust: Rethinking the Content Approach to Protecting the Freedom of Expression* // *Notre Dame Law Review*. 2006. Vol. 81. P. 1362.

⁷³⁹ *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

в деле Мосли был отменен закон, запрещающий проведение пикетов возле школ, кроме акций, связанных с трудовыми спорами. Верховный суд постановил, что Первая поправка запрещает государству ограничивать высказывания на основе сообщения, идей, тематики или содержания. Хотя текст решения говорит о полном запрете подобных государственных действий, скорее судья Т. Маршалл призывал к их крайне тщательному анализу. Суду необходимо убедиться, что ограничения мотивированы легитимными государственными интересами, а не цензорскими⁷⁴⁰.

Определение того, является ли ограничение содержательным, может быть ответом на один из двух вопросов. Первый выясняет, зависит ли норма в применении от содержания высказывания? Нужно ли правоприменителю знать, что именно говорит гражданин для привлечения его к ответственности в соответствии с ней? Второй вопрос обращен напрямую к мотиву регулятора. Основывалось ли решение законодателя принять данную норму на предполагаемом содержании материалов, подлежащих ограничению? Первый критерий более понятный и применимый⁷⁴¹, тогда как второй более чётко отражает, что именно пытается найти суд в законе – цензорское намерение ограничить определённые материалы.

В деле *Hill v Colorado* рассматривался запрет протестов возле медицинских учреждений. Норма была сформулирована достаточно аккуратно. Возле больниц запрещалось приближаться к другому лицу без его согласия для протеста, просвещения или консультирования. Большинство ВС США признало эти ограничения нейтральными и конституционными, но судьи А. Скалиа и Э. Кеннеди настаивали, что мера является содержательной. Позиция Кеннеди основывалась на том, что правоприменитель должен знать содержание высказывания, чтобы определить, является ли оно протестом, просвещением или

⁷⁴⁰ Ссылаясь на прецеденты ВС США по вопросам расового равноправия (Equal Protection Clause), Маршалл отмечал, что дифференцированное отношение закона к различным ораторам должно быть обосновано государством. Бремя доказывания легитимности реализуемых целей возлагается на последнее (См.: Ibid. at P. 408 U.S. 95).

⁷⁴¹ Сторонником этого критерия по указанным причинам является Ребекка Браун. См.: Braun, R. Op. cit.

консультированием⁷⁴². Судье Скалиа было очевидно, что данное ограничение было введено специально для того, чтобы ограничить деятельность противников абортов.

В некоторых делах суд стремится оценить истинные цели регулятора и не довольствуется нейтральной формулировкой норм⁷⁴³. Готовность судей смотреть дальше текста закона в поисках реального цензорского мотива законодателя проявилась при оценке запретов сжигания флага. Г. Джонсон сжег американский флаг перед зданием, в котором собиралась предвыборная конвенция республиканской партии. Он был приговорён к году тюрьмы и штрафу по тexasскому закону, запрещающему надругательство над почитаемым символом, способное возбудить гнев или оскорбить других. ВС США отменил приговор и закон, заметив, что дискриминация точек зрения запрещена, а сжигание флага — очевидный протест против некоего аспекта государственной политики⁷⁴⁴. Федеральный законодатель в следующем году попытался обойти эту позицию суда и запретил любое уничтожение флага, вне зависимости от мотива или протестного характера такого действия. Несмотря на нейтральную формулировку, закон был отменен Верховным судом (нашлось целых два заявителя, которые сожгли флаги в знак протеста против этого закона). Обратив внимание на то, что уничтожение флагов по техническим причинам (ветхость, загрязненность) не попадает под запрет, суд заключил, что государство пытается ограничить высказывания из-за неприятия их содержания, что недопустимо⁷⁴⁵.

Форма высказывания также считается частью его содержания. Для эффективной передачи своего сообщения иногда необходимо отступить от

⁷⁴² Аналогичное расхождение можно наблюдать и в других делах. См., напр.: *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180 (1997) (правило об обязательном включении определенных каналов в сеть вещания признано большинством суда нейтральным, особыми мнениями – содержательным); *United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720 (1990) (запрет со стороны почтовой службы США на политическую агитацию перед своими отделениями большинство судей посчитало нейтральным, особые мнения, обращая внимание на зависимость применения от содержания, признали содержательным).

⁷⁴³ Также см. *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001) (запрет публикации незаконно прослушанных звонков, сформулированный грамматически нейтрально, по мнению суда, был попыткой государства ограничить распространение общественно-значимой информации)

⁷⁴⁴ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

⁷⁴⁵ *United States v. Eichman*. 496 US 310 (1990).

общепринятых норм этики, используя, например, обценную лексику или шокирующие образы. Устанавливая в дискурсе некие «нормы приличия», государство фактически навязывает этический кодекс одной части общества другим, лишая последних возможности выражать свои мысли так, как они привыкли или просто считают нужным. Судья А. Скалия описывал эту ситуацию как бой, в котором одна сторона может сражаться по законам смешанных единоборств, а другая — только по более сковывающим правилам Маркиза Куинсберри⁷⁴⁶. Создавая подобное неравенство возможностей, государство вторгается в свободу слова.

Нейтральные ограничения в доктрине обычно обозначаются как ограничения на основании времени, места и способа высказывания (*time, place and manner*). Последний элемент этой триады означает не форму, как могло бы показаться, а физические аспекты выступления, например, использование звукоусилительной аппаратуры, размер или место размещения плакатов и надписей. Подобные меры, как правило, не руководствуются цензорским мотивом, потому они менее опасны. Гражданин может найти способ сказать то, что ему необходимо, но в других обстоятельствах. Вместе с тем, признание ограничения нейтральным не означает, что оно абсолютно безвредно для ценностей свободы слова. Они вполне могут нанести публичному дискурсу значительный урон. Поэтому они все же проходят проверку, хотя и не такую серьёзную. Целью последней является, все так же, подтверждение того, что законодатель не руководствуется цензорским мотивом.

Признание закона основанным на содержании высказывания во многом предопределяет исход судебного спора. К любым ограничениям, основанным на содержании, американскими судами применяется «строгая проверка» (*strict scrutiny*), которая «почти не оставляет выживших»⁷⁴⁷. Государству⁷⁴⁸ необходимо

⁷⁴⁶ R.A.V. v. City of St. Paul. P. 392.

⁷⁴⁷ Los Angeles v. Alameda Books, Inc., 535 U.S. 425 (2002), at P. 455.

⁷⁴⁸ Здесь и в иных местах под государством имеется широкий круг субъектов государственной власти на федеральном уровне, уровне штатов, или местном.

доказать, что мера необходима для реализации убедительного государственного интереса⁷⁴⁹. Необходимость здесь означает отсутствие менее ограничительных способов достижения поставленной цели, чем оцениваемая мера. Значение «убедительного государственного интереса» менее определённо: ВС США никогда не формулировал перечня или критериев таковых. Видимо, это должен быть публичный интерес, существенный настолько, чтобы превзойти в конкретном случае фундаментальную гражданскую свободу (то есть очень существенный). Таким образом, стандарт доказывания для государства установлен на очень высоком уровне - проверка называется строгой, однако, по большей части, она фатальна («*strict in theory, fatal in fact*»). Содержательные ограничения высказываний выдерживают судебную проверку только в исключительных случаях. В этом столетии это произошло только в двух делах⁷⁵⁰.

К нейтральным ограничениям суды применяют промежуточную проверку (*intermediate scrutiny*), намного менее сложную, чем строгая⁷⁵¹. Для признания их конституционными, меры должны соответствовать трём условиям⁷⁵². Во-первых, ограничение должно служить «важному» или «существенному» общественному интересу (в отличие от «убедительного» интереса при строгой проверке и разумного – при проверке разумности). Во-вторых, мера должна быть точно направлена на реализацию данного интереса – не должна обременять свободу слова более необходимого. При этом, не нужно доказывать, что данное ограничение является безальтернативным. В-третьих, у спикера должно оставаться достаточно возможностей для выражения своей точки зрения. Если закон не даёт спикеру высказываться в принципе, он не регулирует, а именно подавляет высказывания и, следовательно, является скорее основанным на

⁷⁴⁹ Werhan K. Freedom of Speech: A Reference Guide to the United States Constitution. Westport: Praeger Publishers, 2004. P. 73.

⁷⁵⁰ Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2009) (запрет материальной помощи террористическим организациям был применен к юристам, которые давали консультации Рабочей Партии Курдистана и Тамильским тиграм); Williams-Yulee v. Florida Bar, 575 U.S. 433 (2015) (ограничение на личный сбор средств на избирательные кампании на судейские должности).

⁷⁵¹ Но более требовательную, чем стандарт разумности, применяемый к государственным мерам, не затрагивающим конституционные свободы

⁷⁵² Формулировки, описывающие эти шаги в судебных актах, различаются, но их суть не меняется. См.: Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989).

содержании, чем нейтральным. Если это будет установлено, применяется строгая проверка.

Как видно, промежуточная проверка по методике похожа на анализ пропорциональности и предполагает балансирование интересов *ad hoc*. Такой подход оптимален для контекстуальных, нейтральных ограничений, поскольку в их оценке важна гибкость. На практике, нейтральные ограничения высказываний, как правило, признаются американскими судами правомерными.

Система общих правил ограничения свободы слова, разработанная ВС США, разумеется, подвергается критике. При этом, поскольку идеологический нейтралитет считается в американской науке и судебной практике центральным принципом свободы слова, положение о недопустимости ограничения высказываний на основании точки зрения практически не подвергается сомнению.

1. Концептуальные проблемы. Главным образом, замечания касаются того, что ВС США недостаточно чётко отделяет содержательные ограничения от остальных. Когда это необходимо, суд отступает от абсолюта нейтралитета к содержанию. Обходя этот запрет, ВС США: признает законы нейтральными к содержанию (даже когда это очевидно не так⁷⁵³); в принципе не анализирует направленность закона на содержание⁷⁵⁴; или ограничивается наблюдением об отсутствии дискриминации конкретной точки зрения (будто это равно нейтральности к содержанию)⁷⁵⁵.

Подобная подразумеваемая гибкость, в основном, имеет теоретическое обоснование: если государство предоставляет нецензорские основания для регулирования и не имеет цензорских, суд, как правило, оставляет меру в силе,

⁷⁵³ См., напр.: *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000) (признание нейтральными к содержанию ограничений на протесты рядом с медицинскими учреждениями); *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 48 (1986) (ограничения на размещение кинотеатров для взрослых).

⁷⁵⁴ См., напр.: *Austin v. Mich. Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990) (ограничения на финансирование корпорациями политических кампаний). Подход пересмотрен: *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, 363 (2010) (подобные ограничения являются содержательными).

⁷⁵⁵ *CBS v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94, 130 (1973) (оценивались требования к вещателям, которые обязывали их показывать политическую рекламу).

даже если текстуально закон основан на содержании. Например, суд признал конституционным «зонирование» театров для взрослых — запрет размещать их в определенных районах⁷⁵⁶. Суд указал, что закон направлен на вторичный эффект коммуникации, а не на её саму. Законодатель не нарушал свободу слова, поскольку ставил своей целью борьбу с преступностью или падением стоимости недвижимости, а не ограничение выражения определенных идей.

Как мы указывали выше, это работает и в обратную сторону: текстуально нейтральный закон может быть отменен, если суду покажется вероятным, что мотивы государства – цензорские. Однако тот факт, что оценка направленности закона может зависеть и от реальных целей регулятора, и от текста закона, действительно порождает путаницу⁷⁵⁷. Поскольку реальное основание для решений (цензорские и нецензорские теории вреда) не проговаривается, создается ощущение непоследовательности.

2. Избыточная требовательность. Некоторые авторы полагают, что суд заходит слишком далеко в своей предубежденности к содержательным ограничениям. Например, Р. Браун пишет, что после того, как установлено, что закон основан на содержании, суды тщательно не рассматривают его обоснования. Анализ фактически заканчивается на классификации ограничения. В такой ситуации государство оказывается неспособным принимать меры против реального вреда, вытекающего из высказываний. В качестве примеров таких невзвешенных решений приводятся дела, в которых вред якобы наносился содержанием сообщения, но государственные меры не были направлены на то, чтобы ограничить какие-либо идеи⁷⁵⁸.

В деле *Brown v. Entertainment Merchants Association* ВС США постановил, что закон, ограничивающий доступ к видеоиграм с насилием, основывается на содержании и, следовательно, подлежит отмене. Суд тщательно рассмотрел

⁷⁵⁶ City of Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41 (1986).

⁷⁵⁷ Post R. Recuperating First Amendment Doctrine // Stanford Law Review. 1995. P. 1255-1256.

⁷⁵⁸ Помимо проанализированного примера ниже, приводятся примеры запретов видео с насилием над животными или виртуальной детской порнографии. Суд признал неконституционным запрет на так называемые краш видео, поскольку он был сформулирован слишком широко и вмешивался распространение безвредных и защищенных конституцией материалов, например, съемки охоты. См.: Stevens v. United States, 559 U.S. 460 (2010).

представленные государством доказательства причинной связи между содержанием игр и агрессивным поведением подростков. А. Скалиа, за большинство, отметил, что психологические исследования не могут служить доказательством причинной связи, так как они слишком противоречивы и нечётки. Однако даже эти исследования не подтверждали предполагаемого законодателем, и закон был отменен. Таким образом, несправедливо упрекать Верховный суд в недостаточно тщательном анализе фактических обстоятельств. Относительно тщательности анализа несправедлив. Мы, полагаем, что суд верно распознал, что оспариваемые государственные меры основаны на ложной причинности, о которой мы говорили выше. В данном случае закон был отменен, поскольку государство не подтвердило теорию вреда, заложенную в рассматриваемую норму.

3. Избыточная мягкость. Профессор М. Редиш критикует подход суда к нейтральным ограничениям как слишком мягкий. По его мнению, суды не должны безусловно принимать валидность государственных целей и не уделяют должного внимания балансу между государственным интересом и влиянием на свободу слова. Редиш считает, что все ограничения, включая нейтральные, должны подвергаться строгой проверке, ведь, вне зависимости от их направленности, такие меры ограничивают распространение идей⁷⁵⁹. С подобной критикой выступает также Р. Пост⁷⁶⁰. На это можно в очередной раз возразить, что лучшее - враг хорошего. Расширяя границы применимости строгих категориальных правил, мы подталкиваем суды к принятию методики вольного взвешивания интересов. Последовательная строгая защита от содержательных ограничений важнее, чем тщательность анализа нейтральных мер.

§3. Система принципов оценки мер, ограничивающих свободу слова

Теоретически, нет прямой связи между выбранной методологией оценки конституционности ограничений свободы слова и итоговым результатом.

⁷⁵⁹ Redish M. The Content Distinction in First Amendment Analysis // Stanford Law Review. 1981. Vol. 34. P. 118.

⁷⁶⁰ Post R. Recuperating First Amendment Doctrine // Stanford Law Review. 1995. P. 1265.

Пропорциональность можно использовать во благо свободы слова, а категориальный анализ — в её ущерб. Ситуативное взвешивание интересов может иногда быть более точным и учитывать те обстоятельства дела, которые упущены категоризацией. Тем не менее, более строгие правила категоризации предпочтительны, так как они снижают влияние на закон субъективных предвзятостей, психологических и институциональных факторов, работающих, как правило, против свободы слова.

К применению специальных критериев оценки правомерности ограничительных мер подталкивают указанные выше особенности свободы слова, а именно склонность законодателя к переоценке вредоносных последствий высказываний, доступность менее ограничительного регулирования, подверженность государственных действий в данной сфере недолжным цензорским мотивам, а также особая хрупкость свободы слова в правоприменении.

По большей части, указываемые ниже принципы являются традиционными требованиями к правоограничительным законам, которые, однако, необходимо применять последовательно, учитывая специфику свободы слова. В частности, важным барьером перед государственным вмешательством в свободу слова должно быть особое внимание к качеству ограничительных законов: соблюдению требований точной направленности и определённости.

Закон должен быть точно направлен именно на те действия граждан, которые производят вредный эффект, он не должен быть шире. Законодатель обязан проявлять аккуратность в формулировании норм, ограничивающих коммуникацию, чтобы они касались только тех высказываний, которые не защищены конституцией⁷⁶¹. Если ограничение затрагивает как правомерные, так и неправомерные высказывания, оно является чрезмерно широким⁷⁶². Доктрина чрезмерной широты была сформулирована ВС США впервые в деле 1940 года⁷⁶³.

⁷⁶¹ Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972)

⁷⁶² Ibid.

⁷⁶³ Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940)

Суд отметил, что само существование слишком широкого закона накладывает постоянные и всепроникающие ограничения на свободу дискуссии. Подобные нормы, кроме того, применяются дискриминационно, против официально осуждаемых спикеров и точек зрения.

На чрезмерную широту может ссылаться даже то лицо, к которому закон применён правомерно (которое занимается чем-то, что не защищено конституцией). Это идёт вразрез с общим правилом, согласно которому стороны могут оспаривать конституционность законов только в той мере, в какой они применены в их деле. Такое исключение объясняется «трансцендентной ценностью» защищённых конституцией высказываний для всего общества⁷⁶⁴. Граждане, желавшие выступить, будут склонны отказаться от этого под влиянием чрезмерно широкого закона. Надлежащего заявителя при иных правилах можно никогда не дожидаться.

Со временем, однако, ВС США перешёл к более умеренному применению доктрины чрезмерной широты. Реальные правонарушители не должны уходить от ответственности из-за незначительных неточностей законодателя⁷⁶⁵. В этой связи чрезмерная широта должна быть значительной, то есть «ошибочная» доля закона должна быть достаточно большой. Теоретических предположений о том, как закон может быть неконституционно применён, недостаточно. Стороне необходимо отдельно доказать, что закон представляет реальную угрозу свободе слова сторон, которые не представлены в деле. Периодически, однако, суд сам приводит возможные примеры такого неконституционного применения⁷⁶⁶.

Практика ЕСПЧ также упоминает о том, что закон должен быть точно направленным на достижение поставленной перед ним цели⁷⁶⁷. Хотя напрямую

⁷⁶⁴ Gooding v. Wilson.

⁷⁶⁵ Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601 (1973)

⁷⁶⁶ Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002) (примерами неконституционного применения запрета детской порнографии суд назвал, в частности, ограничение фильмов о подростках с сексуальными темами, в которых заняты совершеннолетние актеры).

⁷⁶⁷ Lashmankin and Others v. Russia, judgment of the European Court of Human Rights, 7 February 2017, Application Nos. 57818/09 and 14 others. §440 (запрет демонстраций вблизи зданий судов в российском законодательстве сформулирован как абсолютный, признан Европейским судом слишком широким, а потому противоречащим конвенции); Ögrü v. Turkey, judgment of the European Court of Human Rights, 9 May 2017, Application No. 74053/12, § 26 (преследование гражданина Турции за публикацию критического видео о К. Ататюрке – слишком широкая

такое требование не подразумевается тестом пропорциональности, оно может быть учтено на первом шаге анализа (эффективная часть закона – слишком мала, чтобы посчитать норму пригодной), на втором (слишком широкий закон – явно не наименее ограничительная мера), а также на третьем. На чрезмерную широту ограничительных законов, правда не в контексте свободы слова, ссылается и КС ФРГ. В 1957 году был отменен закон о лицензировании частных торговцев, требующий от последних общих знаний о коммерции. Помимо предотвращения экономического ущерба, утверждали законодатели, закон якобы защищает здоровье потребителей. Суд указал, что в большинстве видов торговли ни о каком вреде здоровью речи не идет, а в тех областях, в которых он возможен (например, продажа продуктов питания или лекарств), уже приняты повышенные требования. Закон был признан слишком широким для эффективного достижения предполагаемых целей⁷⁶⁸.

Определённость норм — это принцип, общий для всего права. Человек «среднего ума» должен понимать значение нормы, что ей запрещается или ограничивается (остальное, по общему правилу, разрешено). Недопустимо, чтобы формулировка закона допускала или, тем более, поощряла произвольное и дискриминационное применение. ВС США, обратив внимание на то, что определённость требуется от всех уголовно-правовых норм, признал, что это особо относимо к законам, затрагивающим высказывания⁷⁶⁹. Неопределённость формулировки закона показывает, что законодатель не учёл должным образом ценности свободной дискуссии, которые он поставил под угрозу. Расплывчатые нормы создают охлаждающий эффект – подталкивают граждан к осторожности, то есть к молчанию⁷⁷⁰.

Сам по себе стандарт неопределённости в американской юриспруденции не является слишком определённым. Верховный суд отмечает, что конституция

мера для обеспечения общественного порядка и нравственности, затрагивает общественно-значимые высказывания).

⁷⁶⁸ Stein, E. Op.cit. P. 43.

⁷⁶⁹ Smith v. Goguen, 415 U.S. 566 (1974)

⁷⁷⁰ Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972)

не требует от законодателя «математической точности»: норма может быть до некоторой степени прояснена через аналогию, судебное толкование и, в крайнем случае, правоприменительную практику⁷⁷¹. Правило об определённости, фактически, используется судом как один из инструментов для отлавливания цензорских мотивов законодателя. Она применяется неформально, в рамках отстаивания ключевого для свободы слова принципа идеологического нейтралитета государства.

Европейская юриспруденция также требует определённости правоограничительных норм. ЕСПЧ выводит такое требование из принципа, что ограничения прав должны быть установлены законом. Закон должен быть сформулирован настолько ясно, чтобы гражданин смог предвидеть последствия своих действий с разумной степенью уверенности. Однако ЕСПЧ признает, что абсолютная предсказуемость последствий невозможна⁷⁷², а сам по себе факт неопределённости закона, ограничивающего свободу слова, никогда не был основанием для решения в пользу заявителя. Аналогично, КС РФ высказывается об определённости, однако, по настоящий момент, нарушение этого принципа ни разу привело к отмене норм, регулирующих высказывания⁷⁷³.

Оба указанных параметра — чрезмерная широта и неопределённость — призваны пресечь произвол правоприменителей. Точные формулировки законов позволяют избежать «перегибов на местах», которые достаточно часто являются изначальным цензорским замыслом законодателя (или, по крайней мере, чем-то, что он мог бы предвидеть). Противоречащие указанным принципам законы должны отменяться, и бдительность в этом отношении вряд ли может быть чрезмерной. В целом в правовой политике, но особенно — при регулировании

⁷⁷¹ Ibid.

⁷⁷² The Sunday Times v. The United Kingdom, judgment of the European Court of Human Rights, 26 April 1979. Application No. 6538/74.

⁷⁷³ Подобная практика имеется и у КС РФ, правда она относится к другим правам и свободам (Постановление Конституционного Суда РФ от 27.10.2022 N 46-П "По делу о проверке конституционности пункта 12 статьи 25 Федерального закона "О безопасности дорожного движения" в связи с жалобой гражданина Д.С. Брашкина» (порядок обмена иностранного водительского удостоверения на российское); Постановление от 23 мая 2013 года N 11-П по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "Встреча" (возврат платежа за лицензию, выдаваемую для продажи алкоголя).

высказываний, недопустимо принимать широкий запрет с тем, чтобы далее наблюдать, будет ли он правомерно применяться. Слова почти никогда не представляют такой насущной угрозы, чтобы реагирование на них было настолько срочным. Сомнительно, что отмена слишком широкого или неопределённого закона, накладывающего ответственность за высказывания, приведёт к каким-то неисправимым последствиям. Если некоторая проблема действительно насущна, законодатели вполне могут потрудиться сформулировать запрет так, чтобы не нарушать названные базовые принципы законотворчества и ограничения высказываний.

Далее приведена методика разрешения спора, которая, как представляется, обеспечивает действительную защиту свободы слова. Мы изложим её в связи с абстрактным нормоконтролем, однако нет сложности в том, чтобы переложить эти правила на конкретный. Также оговоримся, что излагаются общие правила, которые не относятся к ситуациям, когда на территории страны действуют особые правовые режимы военного или чрезвычайного положения.

1. При оценке конституционности ограничения свободы слова суду необходимо определить меру как содержательную или нейтральную. Для этого суд задаёт последовательно два вопроса: во-первых, необходимо ли государственному органу или должностному лицу для применения нормы знать содержание высказывания? Во-вторых, руководствуется ли законодатель цензорским мотивом, принимая оцениваемую норму⁷⁷⁴? Цензорский мотив в данном случае означает, во-первых, неприятие конкретной точки зрения, или, во-вторых, что теория вреда, заложенная в норму, основана на нематериальных, гипотетических, но отдалённых, последствиях высказываний, или на последствиях убеждения.

2. Если ограничение признано направленным на содержание (то есть в числе мотивов его принятия есть цензорские) и, дополнительно, на конкретную

⁷⁷⁴ На самом деле, суд интересуется как раз второй вопрос, но первый образует практически более применимый стандарт. Повторение же обусловлено тем, что периодически явно цензорская мера выражается нейтральными формулировками: второй вопрос предназначен для ситуаций, когда у суда остаются сомнения после первого.

идею, оно должно отменяться. Если речь не идёт о конкретной точке зрения, устанавливается, является ли мера наименее ограничительным способом реализовать поставленную законодателем нецензорскую цель. Если есть хотя бы одна альтернатива, которая позволила бы с меньшими потерями для свободы слова (или с такими же) достичь того же, оцениваемая цензорская мера должна отменяться. Меры, руководствуемые исключительно цензорскими мотивами, подлежат отмене без дополнительного анализа.

Нейтральные ограничения допустимо оценивать с точки зрения стандарта, сходного с принципом пропорциональности. Мера, оставляющая достаточные возможности для аналогичных высказываний в других контекстах, должна ограничивать свободу слова соразмерно её эффективности в достижении поставленных перед ней целей.

3. Обе категории ограничений далее проверяются на точную направленность и определённость. Если какая-то часть регулятивного воздействия не имеет подтверждённого нецензорского основания, норма отменяется целиком или изменяется в этой неправомерной части самим органом конституционного контроля (конкретная процедура этого зависит от действующего законодательства). Если возможно помыслить ситуации, в которых норма разумно применяется исключительно цензорским образом, происходит то же самое. Проверка определённости происходит по обычным для конституционного контроля параметрам.

Только такой стандарт в действительности защищает свободу слова. С одной стороны, он позволяет государству достаточно простора для действий, направленных на конституционно-значимые цели. С другой, он ставит преграду перед цензорскими действиями. Несложно заметить, что значительная часть норм современного российского уголовного и административного законодательства провалит подобную проверку. На ограничение конкретных точек зрения направлены, в частности, статьи 280.3 (дискредитация вооружённых сил), 284.2 (призыв к введению санкций), 354.1 (реабилитация

нацизма) УК РФ. Нормы антиэкстремистского законодательства немногим более сложны для анализа. В части запрета демонстрации символики, они также основаны на выражаемой точке зрения. В части разжигания ненависти, они предполагают цензорскую теорию вреда — законодатель пытается предотвратить вред от убеждения (ненависть — это мысли слушателей, который далее, по мысли законодателя, трансформируются в общественно-опасные действия). В соответствии с обозначенной методикой допустим запрет лишь призывов к насилию, причём таких, которые приводят к высоковероятным и немедленным общественно-опасным последствиям.

Данные примеры можно было бы множить, однако анализ действующего российского законодательства не входит в цели настоящей работы⁷⁷⁵. В таком усечённом виде он приводится для того, чтобы подчеркнуть, что задача обеспечения действительной защиты свободы слова в правовых системах со сложившимися цензорскими практиками крайне сложна. Попад в законодательство, нормы склонны оставаться его частью. Вероятность того, что значительная часть цензорского законодательства в России и в других европейских странах, будет отменена даже в перспективе десятилетий, представляется крайне низкой.

Обратим также внимание, что ни на одном из этапов анализа не предлагается учитывать способ или технологию распространения информации, что требует дополнительного комментария. Последние несколько десятилетий технологии в области коммуникации развивались настолько активно, что общим местом стало название нынешней эпохи информационной эрой⁷⁷⁶. Утверждается, что происходит цифровая революция, по масштабу сопоставимая с

⁷⁷⁵ Можно согласиться с Д.Р. Салиховым, который указывает, что разделение между содержательными и иными ограничениями высказываний не соответствует российской практике и традициям регулирования (Салихов Д.Р. Свобода выражения мнения в контексте теории протестных отношений: традиционные подходы и новые вызовы // Вестник Московского Университета. Серия 11: Право. № 3. 2017. С. 100). Deskriptivno такой вывод выглядит весьма точным.

⁷⁷⁶ См.: Глик Дж. Информация. История. Теория. Поток. М.: 2016.

индустриальной конца XVIII - XIX вв⁷⁷⁷. Казалось бы, такое бурное развитие технологий должно автоматически повлечь пересмотр подхода к регулированию коммуникации⁷⁷⁸.

В отношении контуров такого пересмотра, можно наблюдать два подхода: кибероптимистический и алармистский. Первая позиция предполагает, что новые технологии распространения информации даруют человечеству процветание, вне зависимости от желания государств или каких-либо иных врагов открытости информации. Любые усилия цензоров теперь обречены на провал. Джон Гилмор утверждал: «Интернет воспринимает цензуру как нападение и обходит её». Президент США Б. Клинтон, комментируя ещё начальные этапы создания в КНР закрытой от внешнего мира сети, сравнил усилия по регулированию информации в новую эпоху с попыткой прибить желе к стене (вероятно, русскоязычной аналогией может быть ношение воды в решете).

Алармисты полагают, что Интернет представляет более масштабные угрозы, нежели традиционные каналы распространения информации. Информация в Интернете распространяется значительно быстрее, часто – анонимно, а значит практически всегда – безответственно. С появлением социальных сетей у каждого человека, в том числе и злонамеренного, появилась возможность обратиться к огромной аудитории. Процветает манипуляция информацией и откровенная ложь, что приводит к радикализации политики и размыванию моральных ориентиров. Катастрофа ждёт часа, чтобы случиться, и необходимо принимать срочные меры по урегулированию онлайн-активности граждан.

Противоположные практически во всем, в одном два эти подхода едины: они подразумевают забвение конституционной свободы слова. Она не нужна оптимистам и мешает алармистам. Мы, однако, считаем, что это ошибка.

⁷⁷⁷ Schwab, K. The Fourth Industrial Revolution // Foreign Affairs. December 12, 2015. URL: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2015-12-12/fourth-industrial-revolution/>

⁷⁷⁸ Д.Р. Салихов, например, указывает, что частично имеющиеся ограничения свободы слова возникли «в связи с развитием технологий» (Салихов Д.Р. Указ. соч. С. 98).

Развитие информационных технологий фундаментально не изменило отношения, которые охватывает свобода слова, и нет необходимости пересматривать принципы регулирования высказываний.

Коммуникация онлайн происходит в другой форме, нежели в «физическом» мире, но, как мы уже отмечали, форма передачи сообщения не значима для конституционной защиты. Свобода слова уже пережила значительные технологические изменения – например, появление радио и телевидения⁷⁷⁹. На каждом витке развития технологий коммуникации раздавались голоса о том, что распространяемая конкретным способом информация создаёт новые, невиданные ранее, угрозы или надежды. Конституционная свобода слова, однако, работает с рисками иного рода: угрозами вмешательства государства в высказывания людей по цензорским, недолжным, основаниям. Эти риски стабильно высоки, а заинтересованность законодателей в цензуре не меняется в зависимости от технологических тенденций. Имея это в виду, сделаем несколько наблюдений о том, что Интернет значит для свободы слова.

Во-первых, охват свободы слова, безусловно, поменялся количественно. С появлением Интернета высказываний стало кратно больше⁷⁸⁰. Слова стали вездесущими. У этого, безусловно, есть огромные, вероятно пока даже недооценённые, преимущества. Однако для конституционного права значима скорее обратная сторона. Интернет помещает под угрозу государственного ограничения большее количество высказываний, многие из которых не планировались спикерами как публичные. Публикуемое в Интернете, в отличие от напечатанного в газете или сказанного в семейном кругу, остаётся доступным долгое время и поддаётся поиску. Свобода слова и её правовая защита в

⁷⁷⁹ См. Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310, 363 (2010) («Мы отказываемся определять, а затем пересматривать, конституционные границы на основании конкретного способа передачи политических высказываний конкретным спикером. <...> Сам по себе процесс подобного толкования создаст неизбежный, всепроникающий и серьёзный риск охлаждения правомерных высказываний, который будет действовать до того, как будут установлены чёткие параметры, которые в конечном счёте опять будут спорными»).

⁷⁸⁰ В Интернете создаётся ежедневно 2,5 млрд гигабайт данных. Библиотека Александрии, богатейшая библиотека древнего мира, по самым щедрым оценкам, составляла 700 гигабайт данных, то есть объем, генерируемый интернетом за доли секунды.

цифровую эпоху становятся значительно актуальнее, чем думается кибероптимистам.

Во-вторых, понимание динамики распространения информации важно для оценки ограничительных мер, хотя и не в том смысле, как утверждается обычно. В частности, в Интернете не действует посылка (сама по себе ложная), что сообщение, которое может прочитать много людей, должно обязательно восприниматься как более влиятельное (и, следовательно, потенциально опасное). Большинство онлайн-материалов не читаются большим количеством людей, а если и читаются, то бегло. В лучшем для авторов случае, публикации производят эффект лишь в рамках крайне ограниченного «пузыря фильтров». Они, в большинстве случаев, лишь подтверждают заранее сформированные взгляды читателей.

Социальные сети, судя по всему, не являются настолько удачным механизмом для мобилизации граждан, как это предполагалось. Е. Морозов пишет про феномен «диванного активизма» (*slacktivism*), характерный для онлайн-дискурса⁷⁸¹. Последствия призыва к общим действиям часто исчерпываются большим количеством просмотров или «лайков», а не реальными действиями значительного числа людей. Это необходимо учитывать, рассуждая о предположительном вреде интернет-сообществ, подстрекательства или иных призывов в социальных сетях.

В-третьих, Интернет полностью дискредитировал некоторые из тех оснований для государственного вмешательства в публичный дискурс, которые раньше могли казаться убедительными. Приведем лишь один пример. Отпала дефицитность частот, которой объяснялось повышенное регулирование СМИ. Если ранее считалось, что телезритель находится, в некотором роде, в плену у вещателя, это более неактуально. Интернет переместил власть на рынке идей полностью на сторону аудитории, поэтому в «помощи» государства для исправления какого-либо дисбаланса граждане теперь абсолютно точно не

⁷⁸¹ См.: Морозов Е. Интернет как иллюзия. Обратная сторона Сети. М.: АСТ, 2014.

нуждаются. Это означает, что люди должны брать на себя всю полноту ответственности за своё информационное потребление и осознавать, что вмешательство в такие же решения других людей столь же неправомерно, сколь недальновидно.

Конституционная свобода слова никогда не ориентировалась на технологии распространения информации или субъектов, которые его осуществляют. Она не касалась масштаба аудитории и тем более её интеллектуального уровня. Конституция не оценивает навыки граждан по работе с информацией и не позволяет делать этого законодателю. Свобода слова призвана решать одну ключевую проблему — ограничение государства как недолжного регулятора высказываний. С годами подозрение к государству-цензору, которое и является основой конституционной свободы слова, лишь укрепляется. Угрозы, представляемые им, не менялись качественно уже столетия.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Основанием свободы слова как конституционного права личности является недоверие государству в вопросе регулирования высказываний. Исторический опыт однозначно свидетельствует о том, что меры цензуры вредны и предсказуемо чрезмерны. Такие системные провалы вызваны тем, что регулирование этого объекта особенно часто руководствуется не соображениями действительного вреда или достижения определённых позитивных социальных целей, но своекорыстными мотивами инкумбентов и нетерпимостью. Возможный вред от высказываний преувеличивается, а достаточно низкая заинтересованность в них делает принятие ограничительных мер простой задачей. Негативная теория свободы слова предполагает, в первую очередь, идеологический нейтралитет государства: запрет ограничивать высказывания на основании выражаемой ими точки зрения. Свобода слова в таком понимании —

это элемент конституционной системы, сдерживающий как чрезмерную концентрацию власти, так и иррациональные порывы большинства избирателей.

Содержание свободы слова определяется не характеристиками регулируемого объекта, а цензорским мотивом регулирования. Если государственные действия направлены на ограничение последствий значения любых действий граждан, они вторгаются в свободу слова и должны оцениваться соответственно. Таким образом, в область действия свободы слова могут входить как чистые (словесные) высказывания, так и символическое самовыражение, а также финансовые операции и любая другая деятельность, если она ограничивается, исходя из реакции на неё сознания других лиц (аудитории). При этом, к преследованию любых насильственных действий, обусловленному их физическими последствиями, не связанными со значением, свобода слова неприменима.

Свобода слова является отдельным и самодостаточным институтом конституционного права, который не нуждается в дополнении какими-либо гарантиями (помимо обычных гарантий судебной защиты). Концепции свободы информации и права на информацию, подающиеся как улучшения защиты свободы слова, на самом деле представляют для неё угрозу. Любое расширение полномочий государства по регулированию публичного дискурса, даже руководимое заслуживающими уважения ценностями разнообразия информации, достоверности или полноты, должно оцениваться как ограничение свободы слова и, в подавляющем большинстве случаев, быть отклонено.

Свобода слова является запретом государственных действий, руководствующихся цензорскими мотивами, то есть негативной свободой. Концептуализация свободы слова как руководства для государственных действий (позитивной свободы) теоретически несостоятельна и вредна. Внесение в конституционный анализ качественных критериев, которым должны соответствовать высказывания или деятельность частных лиц, нарушает идеологический нейтралитет государства. Проблемы, поднимаемые в рамках

замены негативной трактовки свободы слова на позитивную, часто являются преувеличенными: ни частная цензура, ни низкий интерес граждан к политическим вопросам, не являются угрозами, достаточно масштабными, чтобы отказываться от фундаментальной гражданской свободы.

В связи подверженностью чрезмерному регулированию, а также чувствительностью к правоприменению, свобода слова подлежит ограничению с учётом особых принципов. Центральным фактором анализа конституционности ограничительной государственной меры, является её ориентированность на содержание сообщения. Если государственная мера признается направленной на ограничение конкретной точки зрения, она подлежит отмене. Если она направлена на содержание сообщения (но не точку зрения), законодатель обязан доказать, что в своих действиях он руководствовался нецензорскими основаниями, введённая мера является точнонаправленным, определённым и наименее ограничительным способом реализации правомерных целей. Теория вреда правоограничительной нормы не должна основываться исключительно на цензорских соображениях: вреде от убеждения, нематериальном вреде, гипотетическом отдалённом вреде⁷⁸².

Указанные критерии правомерности ограничений свободы слова, её ценностные основания и содержание никак не меняются в связи с развитием Интернета и социальных сетей. Свобода слова ориентирована не на способы распространения высказываний, не на массовость их аудитории, а на риски, исходящие от цензорских государственных действий. Интернет лишь усиливает данные риски.

Применение указанных принципов анализа ограничений свободы слова, последовательная реализация идеологического нейтралитета государства, идёт вразрез с естественными желаниями и интересами людей: как государственных деятелей, так и большей части граждан. В связи с этим проблема цензуры

782

сохраняет свою актуальность, и вероятность того, что в противостоянии ей будет достигнут значительный прогресс, представляется достаточно низкой.

Это, как ни странно, делает данную тему перспективной для дальнейших исследований. Задачей юридической науки является не воспроизведение нормативно-правового материала, позиций органов конституционного контроля, но их критическое осмысление, систематизация, а также выработка понятий и принципов, составляющих целостную систему представлений о тех или иных правовых институтах. Расхождение этих положений с практикой законодателей или судебных органов — это лишь дополнительный источник материала для научной работы. Количество таких источников, как представляется, будет только увеличиваться.

БИБЛИОГРАФИЯ

Нормативные правовые акты (РФ)

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) // Собрание законодательства РФ. - 1993. - № 51. - Ст. 1861.
2. Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (ред. от 31 июля 2023 г.) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 13. – Ст. 1447.
3. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.
4. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1 (часть 1). – Ст. 1.
5. Федеральный закон от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» // Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 14. – Ст. 1515.
6. Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 31 (часть 1). – Ст. 3448.
7. Федеральный закон от 20 июля 2012 г. № 121-ФЗ (ред. от 4 июня 2014 г.) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента» // Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 30 (часть 1). – Ст. 4172.
8. Федеральный закон от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 1 (часть 1). – Ст. 212.
9. Закон Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1992. – № 7. – Ст. 300.
10. Доктрина информационной безопасности Российской Федерации (утв. Президентом РФ 05.12.2016 № 646) // Собрание законодательства РФ. – 2016. – № 50. – Ст. 7077.
11. Доктрина информационной безопасности Российской Федерации (утв. Советом Безопасности РФ 09.09.2000) // Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 38. – Ст. 3921.
12. Базовый документ о сетевой нейтральности. Федеральная Антимонопольная Служба РФ. 17 февраля 2016 // URL: <https://fas.gov.ru/documents/562718> (дата обращения: 02.04.2024);

Международные правовые акты

1. Всеобщая декларация прав человека: принята и провозглашена резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. // ООН. Официальный сайт. URL: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (дата обращения: 03.04.2022).
2. Международный пакт о гражданских и политических правах: принят резолюцией 2200А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 г. // ООН. Официальный сайт. URL: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (дата обращения: 03.04.2022).
3. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: подписана в Риме 4 ноября 1950 г. // Совет Европы. Официальный сайт. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf (дата обращения: 03.04.2022).
4. Договор о функционировании Европейского союза (Лиссабонский договор): подписан в Лиссабоне 13 декабря 2007 г. // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RU/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC> (дата обращения: 01.01.2021).
5. Резолюция Парламентской ассамблеи Совета Европы № 2381 (PACE Resolution 2381): CDLPI(2020)008, 7 июля 2020 г. // Официальный сайт Парламентской ассамблеи Совета Европы. URL: <https://pace.coe.int/en/files/29004/html> (дата обращения: 01.01.2021).

Нормативные правовые акты зарубежных государств

1. Декларация прав человека и гражданина: принята Национальным собранием Франции 26 августа 1789 г. // Вехи всемирной истории: Хрестоматия. В 2 т. / сост. Е. М. Шилс. - М. : Просвещение, 1995. - Т. 1. - С. 194-196.
2. Конституция Соединенных Штатов Америки (1787 г.) // Конституции государств мира : сборник. - М. : Юрид. лит., 2000. - С. 304-320.
3. Основной закон Федеративной Республики Германии (1949 г.) // Конституции государств мира : сборник. - М. : Юрид. лит., 2000.. С. 175-195.
4. Конституция Итальянской Республики (1947 г.) // Конституции государств мира : сборник. - М. : Юрид. лит., 2000.. С. 542-565.
5. New Zealand Bill of Rights Act (1990) // Legislation New Zealand. URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html> (дата обращения: 03.04.2022).
6. Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982) // Justice Laws Website. URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html> (дата обращения: 01.01.2021).
7. Гражданское уложение Германии (ГГУ) от 18.08.1896 (ред. от 02.01.2002) (с изм. и доп. по 31.03.2013) // СПС «Консультант-Плюс».

8. Protecting and Promoting the Open Internet, 80 Fed. Reg. 19,738, 19,740 (to be codified at 47 C.F.R. pt. 1, 8, 20)
9. Telecom Regulatory Authority of India (TRAI). The Prohibition of Discriminatory Tariffs for Data Services Regulations. February 8, 2016 // URL: https://traigov.in/sites/default/files/Regulation_Data_Service.pdf (дата обращения: 02.04.2024);
10. Конституция Южно-Африканской Республики (1996 г.) // Официальный веб-сайт Правительства Южно-Африканской Республики. URL: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996> (дата обращения: 27.03.2024).
11. The Freedom of Information Act (FOIA), 5 U.S.C. § 552 (1966) // Официальный сайт правительства Соединенных Штатов Америки. URL: <https://www.foia.gov/> (дата обращения: 27.03.2024).
12. Freedom of Information Act 2000 // Legislation.gov.uk. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents> (дата обращения: 27.03.2024).
13. Freedom of Information Act 1982 // Federal Register of Legislation. URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00364> (дата обращения: 27.03.2024).
14. Access to Information Act, R.S.C., 1985, с. A-1 // Justice Laws Website. URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-1/page-1.html> (дата обращения: 27.03.2024).
15. Freedom of Information Law 5758-1998 (Израиль) // Официальный сайт Кнессета. URL: https://www.knesset.gov.il/review/data/eng/law/kns12_freedom_eng.pdf (дата обращения: 27.03.2024).

Судебная практика

16. BVerfG, Order of the Second Senate of 28 May 1993 - 2 BvF 2/90 -, paras. 1-434,
17. BVerfGE 103, 332 - Naturschutzgesetz Schleswig-Holstein
18. BVerfGE 111, 333 - Brandenburgisches Hochschulgesetz
19. BVerfGE 119, 181 - Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag
20. BVerfGE 13, 181 - Schankerlaubnissteuer
21. BVerfGE 153, 1 - Kopftuch III
22. BVerfGE 27, 71 - Leipziger Volkszeitung
23. BVerfGE 30, 173 - Mephisto
24. BVerfGE 55, 159 (166)
25. BVerfGE 6, 309 - Reichskonkordat
26. BVerfGE 65, 1 - Volkszählung
27. BVerfGE 69, 315 - Brokdorf

28. BVerfGE 7, 198 [205] – Lüth
29. BVerfGE 73, 118 - 4. Rundfunkentscheidung
30. BVerfGE 87, 181 - 7. Rundfunkentscheidung
31. BVerfGE 90, 27 - Parabolantenne I
32. BVerfGE 97, 350 - Euro
33. BVerfGE 98, 169 - Arbeitspflicht
34. Constitutional Court of Hungary. Decision 4/2013 (II. 21.). 21 February 2013.
35. Constitutional Court of South Africa. Case and Another v. Minister of Safety and Security and Others; Curtis v. Minister of Safety and Security and Others. 1996 (3) SA 617 (CC);
36. Constitutional Court of South Africa. Print Media South Africa and Another v. Minister of Home Affairs and Another. 28 September 2012. [2012] ZACC 22;
37. Constitutional Tribunal of Poland. Judgment of 19th July 2011. No. K 11/10.
38. Court of Justice of the European Union (CJEU), Arblade, judgment of the Court, 23 November 1999, Joined Cases C-369 & 376/96, E.C.R. I-8453
39. Court of Justice of the European Union (CJEU), Monsees, judgment of the Court, 9 September 1999, Case C-350/97, E.C.R. I-2921
40. European Court of Human Rights. Éditions Plon v. France, judgment of the European Court of Human Rights, 18 May 2004, Application No. 58148/00.
41. European Court of Human Rights. F. v. Switzerland. 18 December 1987, Application No. 11329/85
42. European Court of Human Rights. Otto-Preminger-Institut v. Austria, judgment of the European Court of Human Rights, 20 September 1994, Application No. 13470/87.
43. European Court of Human rights. Fratanoló v. Hungary, 3 November 2011.
44. European Court of Human Rights. Chahal v. United Kingdom, 15 November 1996, Application No. 22414/93,
45. European Court of Human Rights. Christian Democratic People's Party v. Moldova (No. 2). 2 February 2010.
46. European Court of Human Rights. Delfi AS v. Estonia. 16 June 2015, Application No. 64569/09;
47. European Court of Human Rights. Erdtmann v. Germany. 5 January 2016.
48. European Court of Human Rights. Goodwin v. United Kingdom. 27 March 1996, Application No. 17488/90.
49. European Court of Human Rights. IA v. Turkey. 13 September 2005, Application No. 42571/98.
50. European Court of Human Rights. Kotlyar v. Russia. 12 October 2022.
51. European Court of Human Rights. Lashmankin and Others v. Russia, judgment of the European Court of Human Rights, 7 February 2017, Application Nos. 57818/09 and 14 others;

52. European Court of Human Rights. Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, judgment of the European Court of Human Rights, 27 September 1999, Applications Nos. 31417/96 and 32377/96
53. European Court of Human Rights. Mann Singh v. France. 13 November 2008, Application No. 4479/07
54. European Court of Human Rights. Maria Alekhina and Others v. Russia, 17 July 2018
6. European Court of Human Rights. Murat Vural v. Turkey. 21 October 2014.
55. European Court of Human Rights. Neulinger and Shuruk v. Switzerland. 6 July 2010, Application No. 41615/07.
56. European Court of Human Rights. Oberschlick v. Austria (no. 1). 23 May 1991.
57. European Court of Human Rights. Öğrü v. Turkey. 9 May 2017, Application No. 74053/12;
58. European Court of Human Rights. Phull v. France. 20 January 2005, Application No. 35753/03.
59. European Court of Human Rights. Salah Sheekh v. the Netherlands. 11 January 2007, Application No. 1948/04;
60. European Court of Human Rights. Salihu and Others v. Sweden. 10 May 2016.
61. European Court of Human Rights. Shvydka v. Ukraine, 30 October 2014.
62. European Court of Human Rights. Steel and Morris v. United Kingdom. 15 February 2005, Application No. 68416/01;
63. European Court of Human Rights. Steel and Others v. the United Kingdom. 23 September 1998.
64. European Court of Human Rights. Tatár and Fáber v. Hungary, 12 June 2012
65. European Court of Human Rights. Urper and Others v. Turkey, judgment of the European Court of Human Rights, 20 October 2009, Applications Nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, and 54637/07.
66. European Court of Human Rights. Vajnai v. Hungary. 8 July 2008.
67. European Court of Human Rights. The Sunday Times v. The United Kingdom. 26 April 1979. Application No. 6538/74;
68. High Court of Australia. Lange v Australian Broadcasting Corporation. 8 July 1997, [1997] HCA 25; 189 CLR 520;
69. High Court of New Zealand. Duffy v Google New Zealand Ltd. 12 April 2017, [2017] NZHC 804;
70. Miranda v. Secretary of State for the Home Department, judgment of the Court of Appeal (Civil Division), 21 January 2016, [2016] EWCA Civ 6;
71. Provincial Court of Alberta. R. v. Geoghegan (C.P.) (2004), 369 A.R. 105 (PC)
72. Supreme Court of Canada, R v Edwards Books & Art Ltd, judgment of the Court, 26 August 1986, [1986] 2 S.C.R. 713, 772-773.

73. Supreme Court of Canada, *R v Oakes*, judgment of the Court, 28 February 1986, [1986] 1 S.C.R. 103.
74. Supreme Court of Canada. *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, judgment of the Supreme Court of Canada, 24 April 1985, [1985] 1 S.C.R. 295
75. Supreme Court of Canada. *R. v. Malmo-Levine, R. v. Caine*: judgment of the Supreme Court of Canada // [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74. P. 575;
76. Supreme Court of Canada. *R. v. National Post*, judgment of the Supreme Court of Canada, 7 May 2010, 2010 SCC 16;
77. Supreme Court of Canada. *RJR-Macdonald v Canada (Attorney General)*: judgment of the Supreme Court of Canada // [1995] 3 SCR 199. P. 203.
78. Supreme Court of India. *Shreya Singhal v. Union of India*. 24 March 2015, AIR 2015 SC 1523;
79. Supreme Court of Israel. *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, , 2004, HCJ 2056/04
80. Supreme Court of Israel. *Public Committee against Torture in Israel v. Israel*. 1999, HCJ 5100/94
81. Supreme Court of the United States. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)
82. Supreme Court of the United States. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002);
83. Supreme Court of the United States. *Associated Press v. United States* , 326 U.S. 1 (1945);
84. Supreme Court of the United States. *Austin v. Mich. Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990);
85. Supreme Court of the United States. *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* // 501 U.S. 566 (1991)
86. Supreme Court of the United States. *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001);
87. Supreme Court of the United States. *Bigelow v. Virginia* // 421 U. S. 809 (1975).
88. Supreme Court of the United States. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969);
89. Supreme Court of the United States. *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association* , 531 U.S. 288 (2001)
90. Supreme Court of the United States. *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973);
91. Supreme Court of the United States. *Brown v. Louisiana* // 383 US 131 (1966).
92. Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)
93. Supreme Court of the United States. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).
94. Supreme Court of the United States. *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961)
95. Supreme Court of the United States. *CBS v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973);

96. Supreme Court of the United States. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010),
97. Supreme Court of the United States. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310, 340 (2010)
98. Supreme Court of the United States. *Citizens United v. Federal Election Commission*. 558 U. S. 310 (2010);
99. Supreme Court of the United States. *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 48 (1986);
100. Supreme Court of the United States. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).
101. Supreme Court of the United States. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971);
102. Supreme Court of the United States. *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961)
103. Supreme Court of the United States. *Cox v. Louisiana* // 379 U.S. 536 (1965);
104. Supreme Court of the United States. *Cox v. Louisiana* // 379 U.S. 536 (1965).
105. Supreme Court of the United States. *Dallas v. Stanglin* // 490 U.S. 19, 25 (1989)
106. Supreme Court of the United States. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951);
107. Supreme Court of the United States. *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) (Breyer, J., dissenting);
108. Supreme Court of the United States. *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978);
109. Supreme Court of the United States. *First National Bank of Boston v. Bellotti* , 435 U.S. 765 (1978);
110. Supreme Court of the United States. *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972);
111. Supreme Court of the United States. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972);
112. Supreme Court of the United States. *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936);
113. Supreme Court of the United States. *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000);
114. Supreme Court of the United States. *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2009);
115. Supreme Court of the United States. *Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F.2d 9 (D.C. Cir.), cert. denied, 434 U.S. 829 (1977);
116. Supreme Court of the United States. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Boston* // 515 U.S. 557, 569 (1995)
117. Supreme Court of the United States. *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961)
118. Supreme Court of the United States. *Lamont v. Postmaster General* , 381 U.S. 301 (1965);
119. Supreme Court of the United States. *Lewis v. New Orleans*, 415 U.S. 130 (1974);
120. Supreme Court of the United States. *Lloyd Corp. v. Tanner* , 407 U.S. 551 (1972)

121. Supreme Court of the United States. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)
122. Supreme Court of the United States. *Los Angeles v. Alameda Books, Inc.*, 535 U.S. 425 (2002);
123. Supreme Court of the United States. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974);
124. Supreme Court of the United States. *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973);
125. Supreme Court of the United States. *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007),
126. Supreme Court of the United States. *Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle* // 429 U.S. 274 (1977).
127. Supreme Court of the United States. *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977)
128. Supreme Court of the United States. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931)
129. Supreme Court of the United States. *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934)
130. Supreme Court of the United States. *New York Times Co. v. Sullivan* , 376 U.S. 254 (1964);
131. Supreme Court of the United States. *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971);
132. Supreme Court of the United States. *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); .
133. Supreme Court of the United States. *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972);
134. Supreme Court of the United States. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).
135. Supreme Court of the United States. *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* , 395 U.S. 367 (1969). P. 375;
136. Supreme Court of the United States. *Rendell-Baker v. Kohn* , 457 U.S. 830 (1982)
137. Supreme Court of the United States. *Reno v. ACLU* , 521 U.S. 844 (1997);
138. Supreme Court of the United States. *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia* , 448 U.S. 555 (1980);
139. Supreme Court of the United States. *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819 (1995);
140. Supreme Court of the United States. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957);
141. Supreme Court of the United States. *Schenck v. United States* // 249 U.S. 47 (1919).
142. Supreme Court of the United States. *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974);
143. Supreme Court of the United States. *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011);
144. Supreme Court of the United States. *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983).
145. Supreme Court of the United States. *Spence v. Washington* // 418 U.S. 405 (1974),
146. Supreme Court of the United States. *Stevens v. United States*, 559 U.S. 460 (2010);

147. Supreme Court of the United States. *Stromberg v. California* // 283 U.S. 359 (1931)
148. Supreme Court of the United States. *Texas v. Johnson* // 491 U.S. 397 (1989)
149. Supreme Court of the United States. *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940);
150. Supreme Court of the United States. *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* // 393 U.S. 503 (1969).
151. Supreme Court of the United States. *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994);
152. Supreme Court of the United States. *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012);
153. Supreme Court of the United States. *United States v. Carolene Products Co.* , 304 U.S. 144 (1938);
154. Supreme Court of the United States. *United States v. Eichman*. 496 US 310 (1990);
155. Supreme Court of the United States. *United States v. Grace* // 461 U.S. 171 (1983)
156. Supreme Court of the United States. *United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720 (1990);
157. Supreme Court of the United States. *United States v. O'Brien* // 391 U.S. 367 (1968), 391;
158. Supreme Court of the United States. *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41 (1953);
159. Supreme Court of the United States. *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 468–69 (2010).
160. Supreme Court of the United States. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* , 425 U.S. 748 (1976);
161. Supreme Court of the United States. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989);
162. Supreme Court of the United States. *Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton*, 536 U.S. 150 (2002);
163. Supreme Court of the United States. *Wayte v. United States* // 470 U.S. 598 (1985),
164. Supreme Court of the United States. *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910)
165. Supreme Court of the United States. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)
166. Supreme Court of the United States. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943);
167. Supreme Court of the United States. *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U.S. 433 (2015);
168. Supreme Court of the United States. *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957);
169. *Suresh v. Canada* judgment of the Supreme Court of Canada, 11 January 2002, 2002 SCC 1, [2002] 1 SCR 3;

170. Telecommunications Research & Action Center v. FCC, 801 F.2d 501 (D.C. Cir. 1986);
171. The UK House of Lords. Ghaidan v. Godin-Mendoza, judgment of 21 June 2004. [2004] 2 AC 557, [18]
172. The United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania. Cyber Promotions, Inc. v. American Online, Inc., 948 F. Supp. 436 (E.D. Pa. 1996).
173. United Nations Human Rights Committee. Mann Singh v. France. 26 September 2013, CCPR/C/108/D/1928/2010;
174. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Meredith Corp. v. FCC , 809 F.2d 863 (D.C. Cir. 1987)
175. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Minority Television Project, Inc. v. FCC, Judgment of 9th Circuit Court. 2012. 676 F.3d 869, 879 (9th Cir. 2012).
176. United States Federal Communications Commission. In the Matter of Inquiry into Section 73.1910 of the Commission's Rules and Regulations Concerning the General Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees. 1985, August 23. General Docket No. 84-282.
177. United States Federal Communications Commission. Memorandum Opinion and Order in re Complaint of Syracuse Peace Council against Television Station WTVH, Syracuse, New York. 1987, August 6. 2 FCC Rcd 17 FCC 87-266, 5043-5071;
178. United States Federal Communications Commission. In The Matter of Editorializing by Broadcast Licensees. 1949, June 2. Docket 8516, 1246-1270;
179. Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации (Утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г.) // СПС «Консультант-Плюс».
180. Определение Конституционного Суда РФ от 21 сентября 2017 г. № 1797-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Дильмухаметова Айрата Ахнафовича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 47 и частью первой статьи 205.2 Уголовного кодекса Российской Федерации»;
181. Определение Конституционного Суда РФ от 30 мая 2023 г. N 1398-О // СПС «Консультант-Плюс»;
182. Постановление Конституционного суда РФ от 16 января 1996 года №1-П // Собрание законодательства РФ. 1996. №4. Ст. 408;
183. Постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1993 г. N 10-П "По делу о проверке конституционности постановления Верховного Совета Российской Федерации от 17 июля 1992 года "О газете "Известия" и по индивидуальной жалобе членов журналистского коллектива редакции газеты "Известия" в связи с постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 17 июля 1992 года "О газете "Известия"

184. Постановление Конституционного Суда РФ от 21.04.2003 №6-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 3
185. Постановление Конституционного Суда РФ от 23.09.2014 N 24-П "По делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н.А. Алексеева, Я.Н. Евтушенко и Д.А. Исакова" // СПС «Консультант-Плюс».
186. Постановление Конституционного Суда РФ от 25.05.2021 N 22-П "По делу о проверке конституционности пункта 8 части 1 статьи 6 Федерального закона "О персональных данных" в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "МедРейтинг" // СПС «Консультант-Плюс».
187. Постановление Конституционного Суда РФ от 27.10.2022 N 46-П "По делу о проверке конституционности пункта 12 статьи 25 Федерального закона "О безопасности дорожного движения" в связи с жалобой гражданина Д.С. Брашкина" (порядок обмена иностранного водительского удостоверения на российское);
188. Постановление Конституционного Суда РФ от 30.10.2003 №15-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации" в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова". Особое мнение судьи КС РФ Г.А. Гаджиева // СПС "Консультант-Плюс".
189. Постановление Конституционного Суда РФ от 31.03.2011 N 3-П "По делу о проверке конституционности части третьей статьи 138 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.В. Капорина, И.В. Коршуна и других" // СПС «Консультант-Плюс».
190. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 июня 2010 г. № 16 г. Москва "О практике применения судами Закона Российской Федерации "О средствах массовой информации"" // Российская газета, 18 июня 2010 г.;
191. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 N 7 (ред. от 22.06.2021) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»);
192. Постановление Пятнадцатого ААС от 29.06.2023 № 15АП-8889/23
193. Постановление от 23 мая 2013 года N 11-П по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "Встреча" (возврат государственной пошлины за предоставление лицензии на продажу алкоголя);

194. Решение Верховного суда Аргентины по делу *Cristina Fernandez v. Eduardo Feinmann*. 29.04.2021. EXPTE. № 88115/2016. Par. III.;
195. Решение Верховного суда Российской Федерации от 17.08.2020 по делу № АКПИ20–514с
196. Решение Верховного суда ЮАР: *Hoho v The State* [2008] ZASCA 98 at para. 29;
197. Решение Высокого суда Кералы (Индия) по делу *S. Sudin Vs The Union of India* от 29.10.2014. AIR 2015 Ker 49. Para. 24.
198. Решение Конституционного Суда Грузии от 11 апреля 2012 года №1/1/468 по делу «Народный Защитник Грузии против Парламента Грузии», II-26;
199. Решение Конституционного суда Зимбабве по делу *Madanhire et all. v Attorney General CCZ 2/14*;

Диссертационные исследования, авторефераты

1. Бусленко Н.И. Конституционные основы профессиональной деятельности журналиста в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2000.
2. Дубровина М.А. Защита конституционного права на свободу мысли и слова в современной России: дис. ... канд. юр. наук. Саратов, 2007.
3. Елизаров В.Г. Свобода массовой информации в Российской Федерации (Конституционные основы и правовые ограничения). Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.
4. Кузнецова Н.В. Право граждан СССР на критику (теоретические вопросы). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982.
5. Малиновский А. А. Свобода массовой информации: Теоретические и правовые аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1995.
6. Муратов, М.Я. Право на свободу слова: История и современность: дис. ... канд. юр. наук. М., 2002.
7. Погребинская Л.А. Реализация конституционной свободы массовой информации: российское законодательство и практика его применения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2009.
8. Прохоров А.Ю. Политико-правовые технологии ограничения свободы слова в современных средствах массовой информации: на примере сети Интернет: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2007.
9. Терещенко Л.К. Правовой режим информации: дис. ... докт. юридических наук. Москва, 2011.
10. Троицкая А.А. Конституционно-правовые пределы и ограничения свободы личности и публичной власти: дис. ... канд. юридических наук Москва, 2008.
11. Шахназарова В.Г. Правовое регулирование в сфере массовой информации Российской Федерации: принципы и институты: дис... канд. юридических наук. М., 2006.

12. Шевердяев С. Н. Проблемы конституционно-правового регулирования информационных отношений в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М, 2002.
13. Щербович А.А. Конституционные гарантии свободы слова и права доступа к информации в сети Интернет: дис. ... канд. юр. наук. М., 2013.
14. Эктумаев А.Б. Свобода слова в Российской Федерации (конституционно-правовое исследование): дис. ... канд. юр. наук. Тюмень, 2012.
15. Fowler A. The Positive- and Negative-Right Conceptions of Freedom of Speech and the Specter of Reimposing the Broadcast Fairness Doctrine ... or Something Like It. USF Tampa Graduate Theses and Dissertations. 2010.

Монографии, сборники статей, учебные пособия, аналитические материалы

1. Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Trans. J. Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2010.
2. Atiyah P., Summers R. Form and Substance in Anglo-American Law. Oxford: Oxford University Press, 1987.
3. Autonomy and the Challenges to Liberalism. New York: Cambridge University Press. 2005.
4. Baker C.E. Human Liberty and Freedom of Speech. Oxford: Oxford University Press, 1992.
5. Banerjee I., Seneviratne K. (Eds.). Public Service Broadcasting in the Age of Globalization. Singapore: Asian Media Information and Communication Centre, 2006.
6. Beatty D.M. The Ultimate Rule of Law. New York: Oxford University Press, 2004.
7. Bendix R. Kings or People: Power and the Mandate to Rule. University of California Press, 1980.
8. Bollinger L. Images of a Free Press. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
9. Cassese S. et al. ELI Report on Freedom of Expression as a Common Constitutional Tradition in Europe. European Law Institute, 2022.
10. Dworkin R. Freedom's Law. Oxford: Oxford University Press, 1996.
11. Dworkin R. Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality. Cambridge, MA Harvard University Press, 2000.
12. Dworkin R. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
13. Emerson T. The System of Freedom of expression. Michigan: Random House, 1970.
14. Enquete-Kommission Internet und Digitale Gesellschaft. Bericht über Netzneutralität. 2012. ID 24667. S. 40. URL: <http://dip21.bundestag.de/>

dip21/btd/17/085/1708536.pdf.

15. European and US Constitutionalism / ed. G. Nolte. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
16. Fiss O. Liberalism Divided: Freedom Of Speech and the Many Uses of State Power. Boulder, Colorado: Westview Press, 1996.
17. Fiss, O. The Irony of Free Speech. Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 1996.
18. Freedom of Expression and Freedom of Information: Essays in Honour of Sir David Williams. Oxford: Oxford University Press, 2000.
19. Friendly F.W. The Good Guys, the Bad Guys, and the First Amendment: Free Speech vs. Fairness in Broadcasting. Westminster, Maryland: Random House, 1976.
20. Greenawalt K. Speech, crime and the uses of language. New York: Oxford University Press. 1989.
21. Habermas J. Moral Consciousness and Communicative Action. / Trans. C. Lenhart and S.W. Nicholson. Cambridge: MIT Press, 1990.
22. Hamilton, A., Madison, J., Jay, J. The Federalist Papers (Oxford World's Classics). New York: Oxford University Press. 2008. P. 257.
23. Hart H.L.A. The Concept of Law. Second Edition. Oxford: Clarendon, 1994.
24. Hate, Politics, Law: Critical Perspectives on Combating Hate / ed. by T. Brudholm, B. Johansen. Oxford: Oxford University Press, 2008.
25. Holmes S., Sunstein C.R. The Cost of Rights: Why Liberty Depends Upon Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
26. Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy / ed. M. Klatt. Oxford: Oxford University Press: 2012.
27. Isaiah Berlin: The Proper Study of Mankind. An Anthology of Essays / eds H. Hardy, R. Hausheer. London: Chatto & Windus, 1997.
28. Kahneman D. Thinking, Fast and Slow. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
29. Kelsen H., Schmitt C. The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. Trans. Lars Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
30. Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Neuwied: Luchterhand, 1989.
31. Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Durham, North Carolina: Duke University Press, 1997.
32. Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy / ed G. Pavlakos. Oxford: Hart, 2007.
33. Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty. 2nd Edition / Ed. H. Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002.
34. Meiklejohn A. Free Speech and Its Relation to Self-Government. New York:

- Harper, 1948.
35. Milton, J. *Areopagetica and Other Writings*. New York: Penguin, 2016.
 36. Möller K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford Constitutional Theory. Oxford: Oxford University Press, 2012.
 37. Neier. A. *Defending My Enemy: American Nazis, Skokie Case, and the Risks Of Freedom*. New York: Dutton Books. 1979.
 38. Öffentlichkeit unter Viel-Kanal Bedingungen / eds O. Jarren, F. Krotz. Baden-Baden: Nomos, 1998.
 39. *Oxford Encyclopedia of Political Decision Making*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
 40. *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers*. Vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
 41. Pinker S. *The Language Instinct How the Mind Creates Language*. New York: HarperPerennial, 1998.
 42. Popper K. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. New York: Routledge, 2002.
 43. Powe L.A. Jr. *American Broadcasting and the First Amendment*. Berkeley: University of California Press, 1987.
 44. *Practical Philosophy. The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant*. Ed. Gregor M. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
 45. Probleme des Zugangs zu den Medien und Telekommunikationseinrichtungen. Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln. Band 88. Hrsg. Prütting H. München 2004
 46. *Proportionality and the Rule of Law* / eds G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber. New York: Cambridge University Press, 2014.
 47. *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice* / eds M. Kremnitzer, T. Steiner, A. Lang. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
 48. *Proportionality in Law: An Analytical Perspective* / eds D. Duarte, J. Silva Sampaio. Cham, Switzerland: Springer, 2018.
 49. Rawls J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996. P. 61, 138.
 50. *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement* / eds L. Lazarus, C. McCrudden, N. Bowles. Oxford: Hart Publishing, 2014.
 51. Redish, M. *The Adversary First Amendment. Free Expression and the Foundation of American Democracy*. Stanford, California: Stanford Law Books, 2013.
 52. Remnick D. *The Bridge: The Life and Rise of Barack Obama*. New York: Alfred A. Knopf, 2010.
 53. Rossen H. *Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk. Die Rundfunkfreiheit im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. I GG*. Baden-Baden: Nomos, 1988.
 54. Scalia A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton:

- Princeton University Press, 1997.
55. Schauer F. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
 56. Shiffrin S. *Speech Matters: On Lying, Morality, and the Law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2014.
 57. Stein E. *Staatsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993.
 58. Stone Sweet A. *The Judicial Construction of Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
 59. Sunstein C. *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*. Princeton: Princeton University Press, 2018.
 60. Sunstein C. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993.
 61. Sunstein C. *The Partial Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.
 62. Sunstein C. *The World According to Star Wars*. New York: Dey St., an imprint of William Morrow Publishers, 2016.
 63. Sunstein C., Thaler R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin, 2009.
 64. *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* / eds A.Stone, F.Schauer. Oxford: Oxford University Press, 2021.
 65. *Theories of Rights* / ed J. Waldron. New York: Oxford University Press, 1989.
 66. Tribe L.H. *American Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.
 67. Tridimas T. *The General Principles of EC Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
 68. Webber G. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2009.
 69. Werhan K. *Freedom of Speech: A Reference Guide to the United States Constitution*. Westport, Connecticut: Praeger, 2004.
 70. Авакьян, С.А. *Конституционное право России. Учебный курс. Том 1*. М.: Норма, 2014.
 71. Арановский К.В., Князев С.Д. *Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений: монография*. М.: Проспект, 2016.
 72. Аристотель. *Этика и политика (Всемирное наследие)*. Москва: Издательство АСТ. 2002.
 73. Баглай, М. В. *Конституционное право Российской Федерации: учеб. для вузов*. М.: Норма, 2007.
 74. Батулин Ю. М., Федотов М. А. *Феноменология юридического чуда*. М.: РОССПЭН. 2012.
 75. Бачило И.Л. *Информационное право*. М.: Юридический центр Пресс, 2005.
 76. Бачило И.Л. *Информационное право: учебник для академического*

бакалавриата. М.: Юрайт, 2019.

77. Бергман, Р. Восстань и убей первым. Тайная история израильских точечных ликвидаций. М.: Колибри, Азбука-Аттикус, 2022.
78. Большой толковый словарь русского языка. Гл. ред. С. А. Кузнецов. Первое издание: СПб.: Норинт, 1998.
79. Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Часть 1: Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901.
80. Вишняков, Н.П. Пять свобод: свобода личности, свобода совести, свобода слова, свобода союзов, свобода собраний. С.-Петербург, 1906.
81. Власихин В.А., Мишин А.А. Конституция США. Политико-правовой комментарий. М., 1985
82. Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. Учебное пособие. М., 1997.
83. Глик Дж. Информация. История. Теория. Поток. М.: АСТ, Corpus, 2016.
84. Горбачев, М.С. Жизнь и реформы. Книга 1. М.: Издательство «Новости», 1995.
85. Горяева Т. М. Политическая цензура в СССР. 1917-1991 гг. М.: РОССПЭН. 2010.
86. Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. Москва: Статут, 2018.
87. Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М. Д. Лахути, Л. Б. Макеевой. Москва: РОССПЭН, 2004;
88. Джефферсон, Т. Автобиография. Заметки о штате Виргиния. Ленинград: Издательство «Наука», 1990.
89. Законодательные проекты и предположения партии народной свободы. 1905-1907 гг. / Под ред. Н.И. Астрова, Ф.Ф.Кокошкина, С.А. Муромцева, П.И. Новгородцева, кн. Д.И. Шаховского. СПб., 1907.
90. Информационное право: актуальные проблемы теории и практики / ред. И.Л. Бачило, М.А. Лапина. М.: Юрайт, 2015.
91. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотренное. М.: Норма, Инфра-М, 2011.
92. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. В 4 томах. Том 1 / Под ред. Б.А. Страшуна. М.: БЕК, 1996.
93. Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу "Основы квалификации преступлений". Москва: Городец, 2007.
94. Ленин В. И. Письмо о свободе печати. // Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т.44. М.: Издательство политической литературы, 1970.
95. Локк, Дж. Сочинения в трех томах. Том 3 / пер. Ю.В. Семенова. М.: Мысль, 1988.

96. Лукашева, Е.А. Права человека: Учебник. М.: Норма, 2011.
97. Мазуров А.В. Конституция и общественная практика: Монография. М., 2004.
98. Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: учебник для студентов юридических вузов. М.: Волтерс Клувер, 2006.
99. Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Юрлитинформ, 2007.
100. Милль Д.С. О гражданской свободе. М.: Книжный дом «Либроком», 2012.
101. Морозов Е. Интернет как иллюзия. Обратная сторона Сети. М.: АСТ, 2014.
102. Нозик Р. Анархия, государство и утопия / пер. с англ. Б. Пинскера; под ред. Ю. Кузнецова и А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2008;
103. Нудненко Л.А. Конституционные права и свободы личности в России. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2009.
104. Петтит Ф. Республиканизм. Теория свободы и государственного правления. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.
105. Рихтер А.В. Правовые основы журналистики. Учебник. М.: Издательство Московского университета, 2009.
106. Ролз Д. Теория справедливости. М.: Издательство ЛКИ, 2010;
107. Российская юридическая энциклопедия / Гл. ред. Л.Я. Сухарев. М.: Издательский Дом ИНФРА-М, 1999;
108. Руссо, Ж. Об общественном договоре или принципы политического права. М: Издательство Юрайт, 2023
109. Сделки: проблема теории и практики: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. докт. юрид. наук М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008.
110. Словарь русского языка: В 4-х т. / РАН, Ин-т лингвистич. исследований; Под ред. А. П. Евгеньевой. М.: Полиграфресурсы, 1999.
111. Уголовное право России. Общая и Особенная части: Учебник / отв. ред. Ю.В. Грачева, А.И. Чучаев. Москва, 2017.
112. Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М.: Издательская группа “Прогресс”, 1994.
113. Федотов М.А. Право массовой информации в Российской Федерации. М.: Международные отношения, 2001.
114. Хайек Ф. Индивидуализм и экономический порядок. М.: Социум. 2016.
115. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ / пер. с нем. Е.А. Сидоровой. М.: Юридическая литература, 1981.
116. Шустров Д. Г. Принцип пропорциональности в конституционном праве Израиля. М.: ЛЕНАНД, 2015
117. Щерба Л. В. Избранные работы по языкознанию и фонетике. Т. 1. Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1958.

Статьи, опубликованные в периодических печатных изданиях

1. Adler A. Inverting the first amendment // University of Pennsylvania Law Review. 2001. Vol. 149. No. 4. P. 971-1002.
2. Aleinikoff T. Constitutional Law in the Age of Balancing // Yale Law Journal. 1987. Vol. 96. No. 5. P. 943-1005.
3. Alexander L. Is freedom of expression a universal right // San Diego Law Review. Vol. 50. 2013. P. 707-713;
4. Alexander L., Horton P. The Impossibility of a Free Speech Principle // Northwestern University Law Review. 1983-1984. Vol. 78, No. 5. P. 1335-1358.
5. Alexy R. Constitutional Rights and Proportionality // Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. 2014. No. 22. P. 58-65
6. Andrade Neto J. The debatable universality of the proportionality test and the wide-scope conception of fundamental rights // Revista Brasileira de Direito. 2016. Vol. 12. No. 1. P. 4-19.
7. Assiter A. Autonomy and pornography // Feminist Perspectives in Philosophy. London: Palgrave Macmillan UK, 1988. P. 58-71;
8. Baker C.E. Autonomy and Free Speech // Constitutional Commentary. 2011. Vol. 27. P. 251-282.
9. Baker C.E. Autonomy and Informational Privacy, or Gossip: The Central Meaning of the First Amendment // Social Philosophy and Policy. 2004. Vol. 21, No. 2. P. 215-268.
10. Baker C.E. Scope of the First Amendment Freedom of Speech // UCLA Law Review. 1978. Vol. 25. P. 964-1040.
11. Bambauer J., Bambauer D. Information Libertarianism // California Law Review. 2017. Vol. 105. P. 371-394.
12. Barron J. Access to the Press-A New First Amendment Right // Harvard Law Review. 1967. Vol. 80. P. 1641-1678
13. Barron J. An Emerging First Amendment Right of Access to the Media? // The George Washington Law Review. 1969. Vol. 37. P. 487-509;
14. Batchis W. On the Categorical Approach to Free Speech-And the Protracted Failure to Delimit the True Threats Exception to the First Amendment // Pace Law Review. 2016. Vol. 37. P. 1-54.
15. Bayles M. Mid-Level Principles and Justification // NOMOS XXVIII: Justification. 1986. P. 49-67;
16. Berle A. Constitutional Limitations on Corporate Activity: Protection of Personal Rights from Invasion of Economic Power // University of Pennsylvania Law Review. 1952. Vol. 100. P. 933-942
17. BeVier L. The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle // Stanford Law Review. 1978. Vol. 30, No. 2. Pp. 299-358;
18. BeVier L., Harrison J. The State Action Principle and Its Critics // Virginia Law

Review. 2010. P. 1767-1835. .

19. Blasi V. Reading Holmes through the lens of Schauer: The Abrams dissent // Notre Dame Law Review. 1996. Vol. 72. P. 1343-1360.
20. Blasi V. The Checking Value in First Amendment Theory // American Bar Foundation Research Journal. 1977. P. 521-649.
21. Blasi V. The Pathological Perspective and the First Amendment // Columbia Law Review. 1985. Vol. 85, No. 3. P. 449-514.
22. Bollinger L. The First Amendment's Original Sin // University of Chicago Law Review. 2005. Vol. 72. P. 417-418.
23. Bork R.H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems // Indiana Law Journal. 1971. Vol. 47, Issue 1, P. 1-35.
24. Brennan W. The Supreme Court and The Meiklejohn Interpretation Of The First Amendment // Harvard Law Review. Vol. 79. 1965. P. 1-20
25. Brown R. The Harm Principle and Free Speech // Southern California Law Review. 2015. Vol. 89. P. 953-1010.
26. Cass R. The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory // UCLA Law Review. 1986. Vol. 34. P. 1405-1492.
27. Chafee Z. Review of Free Speech: And Its Relation to Self-Government // Harvard Law Review. 1949. Vol. 62, No. 5. P. 891-901.
28. Cronauer A. The Fairness Doctrine: A Solution in Search of a Problem // Federal Communications Law Journal. 1994. Vol. 47, Iss. 1. P. 51-77.
29. Da Silva V. A. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision // Oxford Journal of Legal Studies. 2011. Vol. 31. P. 273-301.
30. Davison, W. The third-person effect in communication // Public Opinion Quarterly. Vol. 47. No. 1. 1983. P. 1-15.
31. De Gregorio, G. The rise of digital constitutionalism in the European Union // International Journal of Constitutional Law. Vol. 19. No. 1. 2021. P. 41-70.
32. Ely J. Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis // Harvard Law Review. Vol. 88. 1975. P. 1482-1508.
33. Fallon, R. Two Senses of Autonomy // Stanford Law Review. 1994. Vol. 46, No. 4. P. 875-905
34. Fink U. Wem dient die Rundfunkfreiheit? // Die Öffentliche Verwaltung. 1992. S. 805-813
35. Fried C. The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty // University of Chicago Law Review. 1992. Vol. 59. P. 225-253.
36. Friedman H.M. Why Do You Speak That Way? Symbolic Expression Reconsidered // Hastings Constitutional Law Quarterly. Vol. 15. 1988. P. 587-601.

37. Gardbaum S. The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights // *Michigan Law Review*. 2003. Vol. 102. P. 387-431;
38. Gerards J. How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights // *International Journal of Constitutional Law*. 2013. Vol. 11. No. 2. P. 466-490.
39. Gey S. The case against postmodern censorship theory // *University of Pennsylvania Law Review*. 1996. Vol. 145, No. 2. P. 193-296.
40. Gey S. Unfortunate Revival of Civic Republicanism // *University of Pennsylvania Law Review*. 1992. Vol. 141. P. 801-898.
41. Goldberger D. Judicial Scrutiny in Public Forum Cases: Misplaced Trust in the Judgment of Public Officials // *Buffalo Law Review*. 1983. Vol. 32. P. 175-205.
42. Goldman A., Baker D. Free Speech, Fake News, and Democracy // *First Amendment Law Review*. Vol. 18. 2019. P. 66-141.
43. Grimm D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence // *University of Toronto Law Journal*. 2007. Vol. 57. P. 383-397;
44. Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State // *Political Science Quarterly*. 1923. Vol. 38. P. 470-494
45. Hale R. Force and the State: A Comparison of "Political" and "Economic" Compulsion // *Columbia Law Review*. 1935. Vol. 35. P. 149-201.
46. Hazlett T.W., Sosa D.W. Was the Fairness Doctrine a Chilling Effect? Evidence from the Postderegulation Radio Market // *The Journal of Legal Studies*. 1997. Vol. 26, No. 1. P. 279-301.
47. Hershkoff H. Horizontality and the "Spooky" Doctrines of American Law // *Buffalo Law Review*. 2011. Vol. 59. P. 455-506
48. Hillgruber C. Die Meinungsfreiheit als Grundrecht der Demokratie: Der Schutz des demokratischen Resonanzbodens in der Rechtsprechung des BVerfG // *JuristenZeitung*. 2016. Vol. 71, No. 10. S. 495–501.
49. Horwitz P. Citizenship and Speech // *McGill Law Journal*. 1998. Vol. 43. P. 445-479.
50. Ingber S. The marketplace of ideas: a legitimizing myth // *Duke Law Journal*. 1984. P. 1-91.
51. Jackson T., Jeffries J. Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment // *Virginia Law Review*. Vol. 65. 1979. P. 1-41.
52. Jackson V. Constitutional law in an age of proportionality // *Yale Law Journal*. 2014. Vol. 124. P. 3094-3196.
53. Jacobs L. Clarifying the Content-Based/Content Neutral and Content/Viewpoint Determinations // *McGeorge Law Review*. Spring 2003. Vol. 34, Issue 3. P. 595-623.
54. Jones W.R. Actions for Slander -Defamation in English Law, Language, and History // *Quarterly Journal of Speech*. Vol. 57. 1971. P. 274-283.
55. Kagan E. Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in

- First Amendment Doctrine // *University of Chicago Law Review*. 1996. Vol. 63. P. 413-517.
56. Kahn R. Why Do Europeans Ban Hate Speech: A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post // *Hofstra Law Review*. 2012. Vol. 41. P. 545-585.
 57. Karst K, Horowitz H. *Reitman v. Mulkey: A Telophase of Substantive Equal Protection* // *Supreme Court Review*. 1967. P. 55-80.
 58. Kendrick L. The 'Speech' in 'Freedom of Speech' // *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*. 2017.
 59. Kendrick L. Use Your Words: On the Speech in Freedom of Speech // *Michigan Law Review*. Vol. 116. 2017. P. 667-704.
 60. Kreimer S. Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link // *University of Pennsylvania Law Review*. 2006. Vol. 121. P. 11-101.
 61. Kumm M. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review // *Law & Ethics of Human Rights*. 2010. Vol. 4. P. 142-175.
 62. Leff A. Law and // *Yale Law Journal*. 1978. Vol. 87. P. 989-1011.
 63. Lichtenberg J. Foundations and Limits of Freedom of the Press // *Philosophy & Public Affairs*. Autumn 1987. Vol. 16, No. 4. P. 329-355.
 64. Manne G.A., Sperry R.B., Struble T., Szoka B. A Conflict of Visions: How the 21st Century First Amendment Violates the Constitution's First Amendment // *First Amendment Law Review*. 2018. Vol. 13. P. 319-375.
 65. Marshall W.P. In Defense of the Search for Truth as a First Amendment Justification // *Georgia Law Review*. 1995. Vol. 30. P. 1-45.
 66. McDonald B.P. Speech and Distrust: Rethinking the Content Approach to Protecting the Freedom of Expression // *Notre Dame Law Review*. 2006. Vol. 81. P. 1347-1430.
 67. McLeod D.M., Eveland W.P., Nathanson A.I. Support for Censorship of Violent and Misogynic Rap Lyrics: An Analysis of the Third-Person Effect // *Communication Research*. 1997. Vol. 24, No. 2. P. 153–174.
 68. Michelman F. Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation // *Tennessee Law Review*. 1989. Vol. 56. P. 291-319.
 69. Moon R. Limits on Constitutional Rights: The Marginal Role of Proportionality Analysis // *Israel Law Review*. 2017. Vol. 50. P. 49-68
 70. Newman S. Finding the Harm in Hate Speech: An Argument against Censorship // *Canadian Journal of Political Science/Revue Canadienne de science politique*. Vol. 50. No. 3. 2017. P. 679-697.
 71. Nimmer M. The meaning of symbolic speech under the First Amendment // *University of California Los Angeles Law Review*. Vol. 21. 1973. P. 29-62.
 72. Nimmer M. The Right to Speak Times to Time: First Amendment Theory Applied

- to Libel and Misapplied to Privacy // *California Law Review*. 1968. Vol. 56. P. 935-967.
73. Note. Applicability of the Fourteenth Amendment to Private Organizations // *Harvard Law Review*. 1948. Vol. 61. P. 344-352.
 74. Ofseyer J. Speech or Opinion - Two Objects of First Amendment Immunity // *Utah Law Review*. No. 4. 2002. P. 843-926.
 75. Oppermann T. Rundfunkgebühr – Rundfunkordnung Rundfunkideologie, Zum Rundfunkgebührenurteil des BverfG vom 22.2.1994 // *JuristenZeitung*. 49. Jahrg., Nr. 10 (20. Mai 1994). S. 499-503.
 76. Pagano P. Reagan's Veto Kills Fairness Doctrine Bill. *Los Angeles Times*. June 21, 1987. [Online]. URL: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1987-06-21-mn-8908-story.html>
 77. Posner R.A. Constitutional Law from a Pragmatic Perspective // *University of Toronto Law Journal*. 2005. Vol. 55, No. 2. P. 299-309.
 78. Posner R.A. Free Speech in an Economic Perspective // *Suffolk University Law Review*. 1986. Vol. 20. P. 1-54.
 79. Post R. Encryption Source Code and the First Amendment // *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 14. 2000. P. 713-724.
 80. Post R. Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence // *Michigan Law Review*. 1997. Vol. 95, No. 6. Pp. 1517-1559.
 81. Post R. Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse // *University of Colorado Law Review*. 1993. Vol. 64. P. 1109-1137.
 82. Post R. Recuperating First Amendment Doctrine // *Stanford Law Review*. 1995. P. 1249-1281.
 83. Pulido C. The migration of proportionality across Europe // *New Zealand Journal of Public and International Law*. 2013. Vol. 11. No. 3. P. 483-515;
 84. Quirk P. An Australian Looks at German 'Proportionality' // *University of Notre Dame Australia Law Review*. Jan. 1999. Vol. 1, No. 1. P. 39-55.
 85. Raz J. Reasons for Action, Decisions and Norms // *Mind*. 1975. Vol. 84, No. 336 (Oct.). Pp. 481-499.
 86. Redish M. Fear, Loathing, and the First Amendment: Optimistic Skepticism and the Theory of Free Expression // *Ohio State Law Journal*. Vol. 76. 2015. P. 691-700
 87. Redish M. The Content Distinction in First Amendment Analysis // *Stanford Law Review*. 1981. Vol. 34. P. 113-151.
 88. Redish M. The Value of Free Speech // *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 130. 1982. P. 591-645.
 89. Redish M., Lippman G. Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications // *California Law Review*. 1991. Vol. 79. P. 267-311.
 90. Richards D. Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First

- Amendment // *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 123. 1974. P. 45-91.
91. Richards D. Rights and autonomy // *Ethics*. Vol. 92. No. 1. 1981. P. 3-20.
 92. Roetzel P.G. Information overload in the information age: a review of the literature from business administration, business psychology, and related disciplines with a bibliometric approach and framework development // *Business Research*. 2019. Vol. 12. P. 479-522;
 93. Roig J. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook, and the Arab Spring // *New York University Annual Survey of American Law*. Vol. 68. 2012. P. 319-396.
 94. Ruck S. Development of Broadcasting Law in the Federal Republic of Germany // *European Journal of Communication*. 1992. Vol. 7. P. 219-239.
 95. Ruck S. Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit // *Archiv für Öffentliches Recht*. 117/1992. S. 543-566.
 96. Salwen M., Dupagne M. The Third-Person Effect: Perceptions of the Media's Influence and Immoral Consequences, *Communications Research*. 1999. Vol. 26. P. 523-549.
 97. Savage, D. Supreme Court will decide Biden-GOP clash over social media and COVID disinformation. *Los Angeles Times*. October 20, 2023. [Online]. URL: <https://www.latimes.com/politics/story/2023-10-20/supreme-court-biden-republican-social-media-covid-disinformation>
 98. Scanlon T. A Theory of Freedom of Expression // *Philosophy and Public Affairs*. 1972. Vol. 1, No. 2. P. 204-226.
 99. Scanlon T. Freedom of Expression and Categories of Expression // *University of Pittsburgh Law Review*. 1979. Vol. 40. P. 519-550. .
 100. Schauer F. Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts // *Vanderbilt Law Review*. 1981. Vol. 34. P. 265-307.
 101. Schauer F. *Hudgens v. NLRB and the Problem of State Action in First Amendment Adjudication* // *Minnesota Law Review*. 1976. Vol. 61. P. 433–460.
 102. Schauer F. Reflections on the Value of Truth // *Case Western Reserve Law Review*. 1990. Vol. 41. P. 699-724.
 103. Schauer F. Speech and Speech--Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language // *Georgetown Law Journal*. 1978. Vol. 67. P. 899–934.
 104. Schauer F. The boundaries of the First Amendment: A preliminary exploration of constitutional salience // *Harvard Law Review*. Vol. 117. No. 6. 2004. P. 1765–1809.
 105. Schauer F. The Second-Best First Amendment // *William & Mary Law Review*. 1989. Vol. 31. P. 1-23.
 106. Schmidt C.W. On Doctrinal Confusion: The Case of the State Action Doctrine //

BYU Law Review. 2016. P. 575-628.

107. Schwab, K. The Fourth Industrial Revolution // Foreign Affairs. December 12, 2015. URL: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2015-12-12/fourth-industrial-revolution/>
108. Shiffrin S. A thinker-based approach to freedom of speech // Constitutional Commentary. 2011. Vol. 27, Issue 2. P. 283-307.
109. Shiffrin S.H. Freedom of speech and two types of autonomy // Constitutional Commentary. 2010. Vol. 27. P. 337-345
110. Solum L. Freedom of communicative action: A theory of the first amendment freedom of speech // Northwestern University Law Review. Vol. 83. 1988. P. 54-135..
111. Starck C. Grundversorgung und Rundfunkfreiheit // Neue Juristische Wochenschrift. 1992. Vol. 51. S. 3257–3263.
112. Stone G. Ronald Coase's First Amendment // The Journal of Law and Economics. 2011. Vol. 54, S4. Pp. 367-382;
113. Stone Sweet A. Constitutional Courts and Parliamentary Democracy // West European Politics. 2002. Vol. 25. P. 77-100;
114. Stone Sweet A., Brunell T.L. Trustee Courts and the Judicialization of International Regimes // Journal of Law and Courts. 2013. Vol. 1, No. 1. P. 61-88.
115. Stone Sweet A., Mathews J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. 2008. Vol. 47. P. 72-164.
116. Strauss D. Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression // Columbia Law Review. 1991. Vol. 91, No. 2. P. 334-371.
117. Sunstein C. Free Speech Now // University of Chicago Law Review. 1992. P. 255-316.
118. Sunstein C. Legal Interferences with Private Preferences // University of Chicago Law Review. 1986. Vol. 53. No. 3. P. 1129-1174.
119. Sunstein C. Lochner's Legacy // Columbia Law Review. Vol. 87. No. 5 1987. P. 873-919.
120. Sunstein C. Pornography and the First Amendment // Duke Law Journal. 1986. No. 4. P. 589-627
121. Sunstein C. Preferences and Politics // Philosophy & Public Affairs. 1991. P. 3-34.
122. Teachout Z. The Anti-Corruption Principle // Cornell Law Review. 2008. Vol. 94. P. 341-414.
123. Tiersma P. Nonverbal communication and the freedom of speech // Wisconsin Law Review. 1993. P. 1525-1590.
124. Tsakyrakis S. Proportionality: An Assault on Human Rights? // International Journal of Constitutional Law. 2009. Vol. 7, No. 3. P. 468 – 493.

125. Urbina F.J. Incommensurability and Balancing // Oxford Journal of Legal Studies. 2015. Vol. 35, No. 3. P. 575-605.
126. Verpeaux M. Liberté d'expression et discours politique // Annuaire International de Justice Constitutionnelle. 2008. Vol. 23, 2007. P. 235-249.
127. Volokh E. Crime-Facilitating Speech // Stanford Law Review. 2005. Vol. 57. P. 1095-1222,
128. Wei R. et al. Third-Person Effect and Hostile Media Perception Influences on Voter Attitudes Toward Polls in the 2008 US. Presidential Election // International Journal of Public Opinion Research. 2011. Vol. 23. P. 169-190.
129. Werhan K. Liberalization of Freedom of Speech on a Conservative Court // Iowa Law Review. 1994. Vol. 80. P. 51-102.
130. Widmaier U. German Broadcast Regulation: A Model for a New First Amendment? // Boston College International and Comparative Law Review. 1998. Vol. 21. P. 75-166.
131. Winkler M. Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia // GenIUS. 2016. No. 2. P. 46-61
132. Witteman C. Information Freedom, a Constitutional Value for the 21st Century // Hastings International and Comparative Law Review. 2013. P. 1454-256.
133. Witteman C. West German Television Law: An Argument for Media as an Instrument of Self-Government // Hastings International and Comparative Law Review. 1983. Vol. 7. P. 145-213.
134. Wright, R. What Counts as Speech in the First Place: Determining the Scope of the Free Speech Clause // Pepperdine Law Review. Vol. 37. 2009. P. 1217-1260.
135. Авакьян, С. А. Свобода общественного мнения и конституционно-правовые гарантии ее осуществления // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 1. С.12-21
136. Аксаков К.С. О внутреннем состоянии России. 1855 г. /// Аксаков К. С. Полное собрание сочинений. Т.1. М., 1861. С. 72-91.
137. Аксаков, И.С. Не есть ли вредная сторона печати необходимое зло, которое приходится терпеть ради ее полезной стороны? // Русь. 1882. № 36.
138. Аксаков, И.С. Ошибочность взгляда, будто свобода слова несовместна с существующею у нас политической формою правления // «День», № 4, 1863.
139. Алексеева М.В. О проблемных вопросах реализации конституционного права на информацию как одного из основных прав и свобод человека и гражданина // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 7. С. 16 – 19
140. Алекси Р. Дуальная природа права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 2. С. 138-152.
141. Алекси Р. О понятии и природе права // Правосудие. 2022. Т. 4. № 1. С.169-192.
142. Арановский К.В. Право существует в человеке // Закон. 2019. № 12. С. 18

143. Бережная Т.В. Право на информацию как гарантия реализации прав человека // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 22. С. 14-17.
144. Вайпан Г. В. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 3. С. 37
145. Должиков А. В. Неопределенность судебного балансирования и интенсивность конституционного контроля // Журнал Конституционного правосудия. 2023. № 2. С. 18-24.
146. Должиков А. В. Конституционное требование необходимости: постановка проблемы // Правоприменение. 2022. Т. 6. № 1. С. 124-133.
147. Должиков А. В. Конституционный принцип соразмерности: метод юридической догматики // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2021. Вып. 53. С. 540–561.
148. Киршина Е. А. Корыстный мотив в преступлениях коррупционной направленности // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2017. №. 3 (29). С. 105-109.
149. Колосов К.М., Колосова Н.М. Президент Российской Федерации как гарант информационной безопасности личности // Журнал российского права. 2020. № 4. С. 17-27.
150. Комитет Госдумы предложил запретить ЛГБТ-пропаганду безотносительно возраста // Ведомости. 11 июля 2022. URL: <https://www.vedomosti.ru/society/news/2022/07/11/930772-komitet-gosdumi-predlozhit-zapretit-lgbt-propagandu>.
151. Королев С. А., Гуринович Л. А. Подростковая преступность как форма протеста и поиска социальной истины // В поисках социальной истины. 2022. С. 289-293.
152. Кротов А.В. Перспективы развития информационной свободы в РФ // Правовые вопросы связи. 2006. № 2. С. 23-33
153. Кротов А.В. Свобода информации и право на информацию человека // Адвокатская практика. 2007. № 2. С. 2-6.
154. Кульнев А.С. Запрет разжигания ненависти в современном праве: наука и практика в поисках надежного обоснования // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 4 (155). С. 93-121
155. Кульнев А.С. Защита чувств верующих: как не переступить черту? // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 2. С. 25-28.
156. Малько А.В. Право гражданина на информацию: необходимость, природа, гарантии реализации // Правоведение. 1995. № 3. С. 12-20.
157. Маркварт Э., Маркелова А. Публичные компании в России и Германии – основания создания и организационно-правовые формы // Местное право. 2016. №. 4. С. 25-44.
158. Румянцев А. Г. Verhältnismäßigkeit - proportionality - соразмерность // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 5. С. 156-158.

159. Салихов Д.Р. Использование информационных технологий в рамках процесса модернизации российских политических институтов: правовые условия, приемлемые способы, вызовы и риски // Конституционное и муниципальное право. № 11. 2019. С. 18-26
160. Салихов Д.Р. Свобода выражения мнения в контексте теории протестных отношений: традиционные подходы и новые вызовы // Вестник Московского Университета. Серия 11: Право. № 3. 2017. С. 98-108.
161. Снежко О.А. Обеспечение права на достоверную информацию в цифровом пространстве // Конституционное и муниципальное право. 2021. № 6. С. 38-43.
162. Троицкая А.А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 45-69.
163. Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. Рекомендации по распространению в СМИ информации о случаях самоубийства. Дата публикации: 27.06.2016. URL: <https://presscouncil.ru/teoriya-i-praktika/dokumenty/5367-rekomendatsii-po-rasprostraneniyu-v-smi-informatsii-o-sluchayakh-samoubijstva> (дата обращения: 26.03.2024).
164. Федотов М.А. Закон СССР о печати как юридическое чудо // Новое литературное обозрение. №83, 2007. С. 463-502.
165. Щепин Д.С. Теория фактических договорных отношений: история становления и критика // Вестник гражданского права № 6. 2021. С. 197-241

Интернет-ресурсы

1. СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/>.
2. СПС «ГАРАНТ». URL: <http://www.garant.ru/>.
3. Электронная библиотека SSRN. URL: <https://www.ssrn.com>.
4. База данных HeinOnline. URL: <https://heonlineline.org>
5. Электронная библиотека Йельского Университета. URL: <https://library.yale.edu/>
6. Сайт информационного агентства ТАСС. URL: <https://www.tass.ru>
7. Справочно-информационный портал о русском языке Грамота.ру. URL: <https://www.gramota.ru>
8. Портал словарей и энциклопедий Gufo.me. URL: <https://gufo.me>
9. Сайт газеты РБК. URL: <https://www.rbc.ru>
10. Интернет-издание Право.ру. URL: <https://www.pravo.ru>
11. Сайт газеты New York Times. URL: <https://www.nytimes.com>

