

УДК 340+342.7+349:004

DOI <https://doi.org/10.32840/pdu.2020.4.2>

Ю. С. Разметаєва

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії і філософії права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЦИФРОВІ ПРАВА ЛЮДИНИ ТА ПРОБЛЕМИ ЕКСТРАТЕРИТОРІАЛЬНОСТІ В ЇХ ЗАХИСТІ

Стаття покликана проаналізувати проблеми екстратериторіальності в захисті цифрових прав людини та визначити на цій основі перспективи вирішення відповідних проблем, з урахуванням особливостей правового регулювання й юридичної практики у цифрову епоху. У статті акцентується увага на юрисдикційних питаннях з урахуванням двох таких аспектів: (1) захисту прав в умовах великого накопичення і повсюдного використання даних, надзвичайного поширення цифрових технологій, як у приватній, так і в публічній сферах життя, переведення значної частки діяльності усіх суб'єктів права онлайн; (2) зростаючої впливовості бізнес-структур, діяльність яких має значні наслідки для прав людини і глобальний ефект в умовах взаємопов'язаності та взаємозалежності в сучасному світі.

У статті надається розуміння терміна «цифрові права людини», в тому числі обґрунтовується подвійне розуміння того, про які права йдеться. Встановлюється, що в першому розумінні цифровими називають усі ті права, здійснення та захист яких тісно пов'язаний сьогодні з використанням цифрових інструментів або має суттєву онлайн-складову, а у другому – лише ті права, які виникають або починають претендувати на статус фундаментальних у цифрову епоху. На прикладі права бути забутим, приватності та свободи вираження думки і слова розглядаються юрисдикційні моделі, наявні та потенційні конфлікти й шляхи їх вирішення. Низка конфліктів ілюструється прикладами значущих судових рішень, винесених авторитетними судовими інстанціями ЄС і США.

У статті також підкреслюються зміни в балансуванні фундаментальних прав у цифрову епоху, з урахуванням питань обробки особистих даних, цифрового сліду та медіа-привілеїв. Розглядаються окремі проблеми застосування теоретичних моделей екстратериторіального захисту прав людини. У сучасних юрисдикційних конфліктах з екстратериторіальною складовою частиною пропонується зважати на специфіку цифрового середовища, онлайн-діяльності та використання цифрових інструментів усіма суб'єктами права. Встановлюється, що потенційне розв'язання проблем має враховувати різні тлумачення змісту й обсягу фундаментальних прав, якщо конфлікт зачіпає цифрове середовище або користування цифровими інструментами.

Ключові слова: права людини, цифрові права людини, цифрова епоха, правове регулювання, принцип екстратериторіальності, юрисдикція, судова практика.

Постановка проблеми. Стрімкий розвиток технологій, зміни в усталених правовідносинах, поява нових форм бізнес-діяльності й економіки спільного користування, інформаційна асиметрія та збільшення частки онлайн-життя індивідів – усе це впливає на зростання викликів для права, як у концептуальному плані, так і в питаннях правового регулювання й юридичної практики. Такі важливі цінності, як свобода, справедливість, вер-

ховенство права, права людини, опиняються перед обличчям численних загроз, а захист їх зазнає суттєвих змін, у тому числі захист суто правовими інструментами.

Юрисдикційні питання та екстратериторіальна дія права ніколи не були простими. Але сьогодні є два аспекти, які ускладнюють їх ще більше. Перший – це настання цифрової епохи, яка характеризується великим накопиченням і повсюдним використанням даних, надзвичайним поширенням цифрових інструментів, як у приватній, так і в публічній сферах життя,

переведенням значної частки діяльності усіх суб'єктів права онлайн. Другий – зростаюча могутність бізнес-структур, що отримують великий вплив на питання прав людини та можуть визнаватися адресатами відповідних зобов'язань, помножена на взаємопов'язаність і, відповідно, взаємозалежність сучасного світу. Усе це загострює питання здійснення та захисту прав людини у глобальному та цифровому середовищі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням захисту прав людини, у тому числі проблематиці його здійснення в сучасному світі, присвячено багато робіт, серед яких не можна не відмітити підходи, запропоновані в межах теорії і філософії права такими вченими, як Р. Алексі, Ю. Габермас, Д. Гудима, Р. Дворкін, Т. Дудаш, М. Козюбра, М. Мальман, С. Максимов, Дж. Нокс, П. Рабінович, Дж. Раз, О. Петришин, П. Пушкар, М. Савчин, Г. Христова та ін. У свою чергу, питанням екстратериторіальності присвячені фундаментальні дослідження таких вчених, як В. Муравйов, С. Перемот, Л. Фалалєєва тощо, що розглядали їх переважно в контексті міжнародного права, а також таких вчених, як Е. Аджай, О. Броневицька, М. Гілден, С. Бреннер, К. Куш тощо, що розглядали їх переважно в контексті кримінального права.

Разом із тим у сучасній науці майже відсутні теоретичні моделі, які пропонували б дослідження захисту прав людини як елементів права у цифрову епоху у зв'язку з проблемами екстратериторіальності, тому ця стаття намагається заповнити дану прогалину.

Мета статті полягає в тому, щоб проаналізувати проблеми екстратериторіальності в захисті цифрових прав людини та визначити на цій основі перспективи вирішення відповідних проблем, з урахуванням особливостей правового регулювання та юридичної практики у цифрову епоху.

Виклад основного матеріалу. Термін «цифрові права людини» охоплює фактично два розуміння. У першому ним називають усі ті права, здійснення та захист яких тісно пов'язаний сьогодні з використанням цифрових інструментів або має суттєву онлайн-складову. У другому – лише

ті права, які виникають або починають претендувати на статус фундаментальних у цифрову епоху. Тому до цифрових відносять і такі фундаментальні права, як свобода вираження думки і слова, приватність, право на інформацію, право на участь в управлінні державними справами тощо, і такі, як право бути забутим, право на анонімність чи навіть право на Інтернет.

Розглянемо проблематику екстратериторіальності захисту цифрових прав людини в обох розуміннях і на прикладі тих прав, які найтісніше пов'язані з новітніми загрозами та, водночас, найчастіше конфліктують між собою.

Право бути забутим. Воно, зокрема, знайшло відображення у низці рішень Суду Європейського Союзу (далі – ЄС), які прямо стосуються екстратериторіальності в захисті прав людини. Найбільш ілюстративним прикладом тут буде справа «Google v. CNIL», в якій французький регулятор звернувся до суду щодо можливості глобального охоплення цього права у зв'язку із суперечкою із транснаціональною корпорацією [1]. Невизначеність територіальної дії та обсягу права бути забутим стала причиною звернення за роз'ясненням до суду ЄС. На перший погляд результатом вирішення справи здається перемога Google, оскільки суд встановив, що від корпорації не вимагається стирання даних за межами ЄС, і, відповідно, вилучення цифрових слідів з усіх версій пошукової системи. Суд ЄС також вказав на той факт, що хоча громадяни країн-членів ЄС мають законне право бути забутими, воно не є абсолютним і має бути збалансоване з іншими правами, а належного балансу досягнуто суто в межах ЄС.

Водночас суд не виключив можливості глобального стирання даних і звужив сферу маневру для транснаціональної корпорації. По-перше, вимоги щодо стирання даних можуть бути висунуті до операторів пошукових систем національними органами із захисту даних країн-членів ЄС або національними судами після врівноваження конфліктуючих права на захист персональних даних і права на свободу інформації. По-друге, незастосовність стирання даних пов'язана у європейському законодавстві саме з балансу-

ванням прав: необхідність продовження обробки приватних даних має впливати з переліку підстав, якими можуть бути законні права осіб, легітимні цілі некомерційних об'єднань (стосовно учасників), профілактична медицина та суспільні інтереси у сфері охорони здоров'я, архівування й дослідницька діяльність, значний (істотний) суспільний інтерес тощо [2]. Оскільки в рішенні суду ЄС йдеться про те, що Google обробляє особливі категорії приватних даних, цілком можливо корпорації буде необхідно доводити, що така обробка представляє істотний суспільний інтерес у кожному конкретному випадку.

Розглядаючи проблеми екстратериторіальності в межах міжнародного права, С. Перемот пише про дві основні моделі здійснення екстратериторіальної юрисдикції, «доктрину впливу», застосовну в американському праві, та «принцип об'єктивної територіальної юрисдикції», застосовну в європейському праві [3, с. 73]. Тяжіння до цих моделей певною мірою визначає обличчя юрисдикційних конфліктів, у тому числі моделі балансування фундаментальних прав. Додаткові складнощі для юрисдикційних моделей впливають сьогодні як із проблем регулювання цифрового середовища, так і з невизначеності розуміння таких явищ, як кіберпростір, онлайн-діяльність, захист прав людини онлайн тощо. Зокрема, як попереджає Д. Свантессон, «частково внаслідок нездатності окреслити точну природу юрисдикційної проблеми, регулювання Інтернету розглядається як емпірично нездійснене або нормативно нелегітимне» [4, с. 72].

Як підкреслює Л. Фалалєєва, «концепція екстратериторіального застосування норм права ЄС розвивається практикою Суду ЄС, на відміну від США, що надають перевагу експліцитному закріпленню екстратериторіальної дії національного права у рішеннях Конгресу» [5, с. 91]. Дійсно, ефект від рішень Суду ЄС складно переоцінити, що показав і приклад наведеної вище справи. Однак у питаннях захисту прав людини не слід забувати також про потенційно конкуруючі юрисдикції ЄС та країн-членів ЄС, а також третіх країн, які можуть бути задіяні в конфлікті через

цифровий простір, кордони якого не співпадають із територіальними кордонами або через діяльність, яку складно прив'язати до фізичного місця розташування. Так, В. Муравйов пише про негативні наслідки двох конкуруючих юрисдикцій, коли поведінку суб'єкта права, «з одного боку, регулює право ЄС, а, з іншого, внутрішнє право третьої країни» [6, с. 262].

Повертаючись до прикладу права бути забутих, слід зазначити, що на його тлі виникли саме такі юрисдикційні конфлікти. Так, широкого розголосу набули потенційні конфлікти, пов'язані із двома минулорічними рішеннями Федерального Конституційного суду Федеративної Республіки Німеччини (далі – ФРН). Перше рішення стосувалося тлумачення права на забуття як можливості отримати свободу відступити від минулого, а також того, що воно випливає з індивідуальних прав і не дає підстав для видалення всієї особистої інформації в ході комунікаційних процесів в цифровому середовищі [7]. Суд також висунув нову (іншу по відношенню до тлумачення Суду ЄС) нормативну підставу права бути забутих, розглянувши його не в контексті контролю над приватними даними, а в контексті права особи на саморозвиток і автономію.

Друге рішення Федерального Конституційного суду ФРН щодо права бути забутих включає пряму інтерпретацію та застосування Хартії основних прав ЄС, а не застосування німецької конституції. Суд, зокрема, постановив, що контролює застосування права ЄС у відповідності зі стандартами основних прав ЄС «у тій мірі, в якій основні права Основного закону замінюються пріоритетом застосування права Союзу» [8]. Це може означати, серед іншого, що німецькі суди нижчої ланки не звертатимуться за роз'ясненнями щодо застосування Хартії до Суду ЄС, оскільки інтерпретацію здійснюватиме Федеральний Конституційний суд ФРН. Відповідно, це означає потенційні зміни у системі багаторівневого судового розгляду питань щодо фундаментальних прав у ЄС.

Приватність. Нові способи комунікації та нові засоби стеження ускладнюють питання приватності. Знакове рішення Європейського суду з прав людини

у справі «Bărbulescu v. Romania», яке стосувалося меж стеження за працівниками на робочому місці з використанням новітніх комунікаційних каналів [9], добре ілюструє той факт, що нам доведеться занурюватися в дуже тонкі нюанси для того, щоб знайти майже невидиму лінію між правами індивідів і законними інтересами бізнесу. Нам доведеться застосовувати гнучкі критерії, і водночас кожна крихітна деталь конфлікту матиме значення. Так що судова практика захисту прав людини у цифрову епоху ризикує стати ще більш суперечливою і динамічною.

Хоча приватність і захист даних із точки зору європейського законодавства представляють собою два різних основних права, і останнє на сьогодні є «самостійним фундаментальним правом» [10], таке трактування характерне не для всіх юрисдикцій. Крім того, концепція приватного життя відома як надзвичайно широка, що особливо проявляється у цифрову еру.

Більше того, аспект приватності, що охоплюється *правом на захист даних*, виходить сьогодні на передній план, у тому числі в питаннях екстратериторіальності захисту. Так, знакова суперечка щодо конфіденційності електронної пошти глобальної компанії, яка виникла у справі «United States v. Microsoft Corp», фокусувалася навколо використання даних у хмарному сховищі та, зокрема, їх передачі за кордон [11]. Під час розгляду справи Верховним судом США було прийнято новий закон, який включав проблему використання даних із хмарного сховища та надавав правоохоронним органам деякі нові повноваження. Як результат, питання цифрових доказів, зібраних за кордоном, не було вирішено по суті.

Ю. Зайченко підкреслює, що поведінка мультинаціональних підприємств «повинна визначатися відповідно до «доктрини ефекту» [12, с. 120], для якої ключовою є прив'язка до наявності не самої діяльності суб'єктів права на території конкретної держави, а ефекту від цієї діяльності. Згідно із цією доктриною, якщо дії корпорації будуть відбуватися в першій державі, а ефект від них буде відчутний на території другої держави, то друга держава має право розповсюджу-

вати свою юрисдикцію на відповідну бізнес-структуру. Однак застосування такої доктрини є надзвичайно спірним, і додаткові проблеми впливатимуть тут як із тлумачення «ефекту», так і з того факту, що ефект діяльності у цифровому просторі може бути віддаленим в усіх розуміннях цього слова.

Втручання до приватності в сучасному світі відбуваються на регулярній основі. У багатьох випадках вони є майже невидимими або стають такими внаслідок того, що ми не звертаємо уваги ані на засоби стеження, розташовані в місцях різного ступеня публічності, ані на те, скільки інформації щоденно довіряємо мобільним додаткам і пристроям, соціальним мережам і пошуковим системам. Тим більше ми не надто часто замислюємося про те, які компанії, уряди, організації або особи виступають кінцевими одержувачами приватної (та пов'язаної з приватністю) інформації й як саме вона використовується. Водночас на підставі приватних даних може бути здійснене доволі точне профілювання з подальшим точковим впливом на думки та переконання індивідів і груп.

Свобода вираження думки та слова. Проблематика екстратериторіальності у захисті цього права впливає з необхідності зберегти баланс, передусім, між свободою вираження та приватністю, протидією мові ненависті, захистом даних, честі, гідності, репутації індивідів, а також іншими правами й законними інтересами суб'єктів права. Свобода вираження поглядів є основою для здійснення та захисту багатьох інших прав людини.

Сучасне міжнародне право не лише не ставить під сумнів екстратериторіальну юрисдикцію держави, але й «визнає за державою досить широку дискрецію як щодо самої можливості здійснення екстратериторіальної юрисдикції, так і щодо обрання моделей її здійснення» [3, с. 71–72]. Разом із тим такий вибір обмежений як традиційними чинниками (політичні та економічні міркування, участь в регіональних організаціях, наявність двосторонніх і багатосторонніх міжнародних угод тощо), так і сучасними викликами, пов'язаними з (не)реальністю імплементації певних юрисдикційних моделей.

Приміром, балансування фундаментальних прав має сьогодні не лише включати досягнення балансу між приватністю особи та свободою друку засобів масової інформації на національному рівні, але й враховувати різні тлумачення змісту й обсягу цих прав, якщо конфлікт зачіпає цифрове середовище або, ймовірно, користування цифровими інструментами. Якщо, приміром, стикаються право на захист приватних даних та право медіа обробляти ці дані як елемент свободи преси, враховуються і важливість свободи вираження поглядів, і роль медіа для свободи інформації, але, одночасно, приймається до уваги необхідність обробки даних, і диференційованість соціальної комунікації, і захист від надмірного висвітлення життя особи (адже деталі цього життя та зв'язаність розрізнених шматків інформації у цілісну картину стає набагато легше відновити за допомогою пошукових систем).

Надзвичайно довгий цифровий слід діє на розуміння необхідності обробки даних з боку медіа та на ступінь впливу відомостей про особу на вільну й захищену сферу реалізації, свободу розсуду та майбутніх життєвих виборів. Так, одна зі згадуваних вище справ Федерального Конституційного суду ФРН мала стороною постачальника оригінального контенту, тобто засіб масової інформації, який володів привілеями, пов'язаними з свободою вираження думки і слова [7]. Онлайн-архіви німецького журналу містили відомості більш ніж двадцятирічної давності, дістатися до яких було доволі легко. Тому в сучасних умовах медіа мають приймати до уваги доступність через пошукові системи архівів, переведених у цифрову форму.

Крім того, у цифрову еру саме поняття «медіа» трансформується. Чи поширюються в межах вільного вираження поглядів привілеї засобів масової інформації на нові медіа? Зрозуміло, що і до настання цифрової ери портал новин міг належати корпорації, однак платформи соціальних медіа, власниками яких сьогодні часто є транснаціональні корпорації, позиціонуються як майданчики для висловлювання вільних думок та розміщення контенту, який формується самими користувачами. Це означає, що деякі лідери думок можуть

стати досить впливовими, але не рахуватися публічними особами. Це також означає, що цензурувати свободу вираження або визначати, які висловлювання відносяться, наприклад, до мови ворожнечі, можуть корпорації-власники соціальних медіа відповідно до непрозорих корпоративних політикам і в неочевидний спосіб. Це також означає, що, маючи в більшості своїй транснаціональний характер, бізнес-структури можуть маневрувати по різних юрисдикційним гаваням у разі виникнення правових конфліктів, у тому числі використовувати країни з найбільш вигідним законодавством, слабкими демократичними інститутами або корупційним правосуддям як такі гавані.

Висновки і пропозиції. Юрисдикційні конфлікти з екстратериторіальною складовою частиною в захисті цифрових прав і складне балансування цих прав представляють лише частину складнощів, з якими ми стикаємося в цифрову епоху в зв'язку з діяльністю корпорацій і розростанням зон невизначеності у праві. Потенційні сценарії вирішення пов'язаних із цим проблем мають враховувати специфіку цифрового середовища, онлайн-діяльності та використання цифрових інструментів усіма суб'єктами права. Вони мають, крім того, фокусуватися на відмінностях у розумінні змісту та обсягу прав людини в різних правових системах, а також збереженні належного рівня їх захисту, як онлайн, так і офлайн.

Список використаної літератури:

1. Google LLC, successor in law to Google Inc. v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) [2019], CJEU (Grand Chamber) C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772.
2. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016.
3. Перемот С.В. Екстратериторіальна юрисдикція в конкурентному праві ЄС: тенденції розвитку та висновки для України. *Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження»*. 2009. № 2. С 72–77.

4. Svantesson D. An introduction to jurisdictional issues in cyberspace. *Journal of Law and Information Science*. 2004. Vol. 15. P. 50–74.
5. Фалалеева Л. Права людини та екстратериторіальна дія права ЄС: еволюція практики застосування юрисдикційних моделей. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Міжнародні відносини*. 2017. 1(46). С. 91–97.
6. Муравйов В.І. Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика) : монографія. Київ : Академ-Прес, 2002. 426 с.
7. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019. 1 BvR 16/13, Rn.1-157, ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr001613.
8. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019. 1 BvR 276/17, Rn. 1-142, ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr027617.
9. Bărbulescu v. Romania [2017] ECHR 754.
10. Politou E., Alepis E., Patsakis C. Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: challenges and proposed solutions. *Journal of Cybersecurity*. 2018. Vol. 4, no. 1, tyu001. URL : <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyu001>.
11. United States v. Microsoft Corp., 584 U.S. ____ (2018).
12. Зайченко Ю.І. «Доктрини ефекту» – метод врегулювання державами суперечок щодо транскордонного негативного впливу антиконкурентної поведінки. *Прикарпатський юридичний вісник*. Випуск 2(17), 2017. С. 117–122.

Razmetaeva Yu. Digital human rights and problems of extraterritoriality in their protection

The article is intended to analyze the problems of extraterritoriality in the protection of digital human rights and to determine on this basis the prospects for solving relevant problems, taking into account the peculiarities of legal regulation and legal practice in the digital age. The article focuses on jurisdictional issues, taking into account the following two aspects: (1) protection of rights in the conditions of large accumulation and widespread use of data, the extraordinary spread of digital technologies, both in private and public spheres of life, transfer of a considerable part of activity of all subjects of law to online; (2) the growing influence of business structures whose activities have significant implications for human rights and a global impact in an interconnected and interdependent environment in today's world.

The article provides an understanding of the term «digital human rights», including a double understanding of what rights are in question. It is established that in the first sense digital refers to all those rights, the realization and protection of which is closely related today with the use of digital tools or has a significant online component, and in the second – only those rights that arise as rights or claim to be fundamental only in digital era. Jurisdictional models, existing and potential conflicts and ways to resolve them are considered on the example of the right to be forgotten, privacy and freedom of expression. A number of conflicts are illustrated by examples of significant judgments rendered by authoritative courts in the EU and the United States.

The article also highlights changes in the balancing of fundamental rights in the digital age, taking into account issues of personal data processing, digital footprint and media privileges. Some problems of application of theoretical models of extraterritorial protection of human rights are considered. In modern jurisdictional conflicts with an extraterritorial component, it is proposed to take into account the specifics of the digital environment, online activities and the use of digital tools by all subjects of law. It is argued that the potential solution must take into account different interpretations of the essence and scope of fundamental rights if the conflict affects the digital environment or the use of digital tools.

Key words: human rights, digital human rights, digital age, legal regulation, principle of extraterritoriality, jurisdiction, case law.