

УДК 340 (17.023.1+004.6)

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.02>

Размстаєва Ю.С.

к.ю.н.,

асистент кафедри теорії і філософії права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

РОЗУМНІ ОЧІКУВАННЯ У СФЕРІ ПРИВАТНОСТІ У ЦИФРОВУ ЕПОХУ

Постановка проблеми. Приватність є одним із найширших фундаментальних прав і одночасно концепцією, яка суттєво впливає на життя індивідів і суспільств у цифрову епоху. Взаємодії усіх суб'єктів права, що в сучасному світі часто опосередковані новими комунікаціями та цифровими технологіями, включають елемент захисту приватності, передовсім в аспекті захисту даних. Проте наскільки очікування щодо високого рівня захисту приватності збігаються з реальною картиною?

Використання цифрового простору, великих даних, штучного інтелекту та інших надбань науково-технічного прогресу відкривають величезний спектр можливостей, одночасно піддаючи нас величезним ризикам. Суперечності між свободою та безпекою стають дедалі гострішими. Зростає кількість зловживань із боку ключових зацікавлених сторін: урядів, бізнесу, національних і міжнародних організацій, соціальних груп та індивідів. Відсутність етичних і правових обмежень у деяких сферах стає дедалі більш очевидною.

Формулювання завдання дослідження. Метою статті є аналіз розумних очікувань у сфері приватності за умов цифрової епохи та визначення на основі відповідного аналізу перспектив розуміння та захисту приватності.

Виклад основного матеріалу. Стандарт «розумних очікувань» є елементом принципу розумності. Останній, як визначає К. Буряковська, «є загальним принципом права, який має на меті захист правової системи від явно нерозумних моделей поведінки» [1, с. 169]. Як синонімічне поняття іноді використовується термін «легітимні очікування», або «законні

очікування». О. Беяневич визначає їх як елемент верховенства права і юридичної визначеності та водночас як об'єкт правового захисту, що «не є тотожним суб'єктивному праву або законному інтересу» [2, с. 41]. Як зазначає С. Рабінович: «Саме по собі збереження стану правової певності, не погіршення наявного правового статусу особи внаслідок прийняття рішень органами публічної влади виступає одним із найважливіших об'єктів правомірних очікувань» [3, с. 169]. Слід зазначити, що право у цифрову еру стає дедалі більш невідзначеним як із огляду на неврегульовані нормами та принципами сфери діяльності, так і з огляду на зростання непевності як такої.

У знаковій справі «Katz v. United States» [4] суддя Дж. Харлан сформулював тест щодо розумних очікувань приватності, який включає два міркування: (1) особа має продемонструвати фактичне очікування приватності й (2) очікуванням вважається те, що суспільство готове визнати як розумне. Перше демонструє суб'єктивний аспект очікування, друге – об'єктивний, у т. ч. передбаченість нормами права. Однак цей беззаперечно важливий тест, хоча й застосований до втручань, опосередкованих технологіями, стосується передусім дій публічної влади, тоді як у цифрову епоху відповідні втручання часто здійснюються бізнес-структурами, організаціями й окремими індивідами.

Такі втручання не обов'язково пов'язані зі злочинними намірами суб'єктів права, навпаки, останні можуть мати найкращі та добросовісні наміри, але отримати негативний вплив на захист приватності, автономії,

недискримінації та прав людини загалом. Той факт, що людські звички змінилися за останні кілька років, додає проблем: зростаюча залежність від цифрових технологій, щоденні звернення до соціальних мереж і додатків, повсюдне користування мобільними девайсами – усе це впливає на обґрунтованість очікувань індивідів, у т. ч. на рівні відчуттів.

Якщо детальніше розглянути зміни в розумінні й захисті приватності у цифрову епоху, можна виділити такі відправні їхні точки.

По-перше, приватність набуває рис колективного явища, коли приватна інформація може бути не тільки тим, що індивіди розкривають про себе, а й тим, що про них розкривають інші. Наприклад, позначення тегів на фото в соціальних мережах передає основний контроль налаштувань щодо групових знімків тим особам, котрі їх завантажують. Звісно, особа, яку позначають, має деякі інструменти для того, щоб зупинити небажаний витік даних, однак ці інструменти можуть виявитися неефективними або запізно застосованими. На додачу, очікування громадськості щодо індивідуалізації приватного життя змінилися. Зазвичай такі очікування включають необхідність мати принаймні один обліковий запис соціальної мережі, заповнений деякою інформацією. Такі очікування зазвичай не включають постановку питання, як ваші дані будуть використовувати друзі, колеги чи знайомі щоразу, коли вони роблять колективне селфі з вами. З одного боку, усі ці типи поведінки осіб є питанням свободи волі, а з іншого – питанням довіри й відсутності соціального тиску. Як справедливо зазначається, соціальні медіа вимагають багато саморозкриття, а віртуальні ігрові світи керуються суворими правилами, які змушують користувачів поводитися певним чином [5]. Сьогодні ми вимушені взаємодіяти більше ніж будь-коли, навіть якщо цього не хочемо, і покладатися на інших суб'єктів, котрі керують частиною нашої приватності, навіть якщо особисто не знайомі з ними, не передаємо чи не розкриваємо їм приватну інформацію прямо.

По-друге, тривалий цифровий слід має все більш помітний вплив на приватність. Особа може забути, яка приватна інформація була нею розкрита в минулому, можете мати іншу ідентичність, але багато даних про неї зберігається роками та легко може бути знайдено. Через відсутність ефективних правових (і технічних) засобів стирання такого сліду залишається покладатися на те, що індивіди навчаться усвідомлювати наслідки тієї інформації про себе, яку вони залишають у вигляді даних. Не останню роль у цьому може зіграти освіта, спрямована не лише на цифрову грамотність, а й на більш вузькі проблеми, такі як приватність в Інтернеті. Наприклад, сподівання захистити приватність можуть бути пов'язані з тим, що потрібно «навчати дітей, підлітків і дорослих ненавмисним наслідком їх цифрових слідів» [6]. Водночас рівень моніторингу за діями осіб у цифровому середовищі та стеження за допомогою технічних засобів неухильно зростає в сучасному світі. Тому зусиль самих індивідів діяти розумно в питаннях цифрового сліду може бути недостатньо, якщо не буде відповідних жорстких стандартів щодо публічної влади, корпорацій, організацій і спільнот.

По-третє, приватність зазвичай розглядається в контексті взаємодії з іншими людьми. Однак сьогодні ми частіше ділимося приватною інформацією не зі співрозмовниками, а із пристроями. Смартфон стає цифровим продовженням особи, а сам фокус спілкування зсувається. Тут виникають дві проблеми. З одного боку, нам не вдається правильно оцінити межі конфіденційності. Те, що ми все ще вважаємо приватною розмовою, вже не є приватною, коли відбувається за допомогою пристроїв. З іншого боку, ми беззастережно довіряємо девайсам як нашим цифровим продовженням, тоді як насправді ці пристрої постійно взаємодіють між собою. Інтернет речей (IoT) і комунікація гаджетів, коли ваш холодильник обмінюється даними з вашим фітнес-браслетом, ще більше посилює проблему. Наприклад, як показують деякі дослі-

дження, «з появою IoT дедалі частіше розглядається можливість використання великих даних як джерела офіційної статистики, що створює додаткові етичні проблеми» [7]. Великі дані, які накопичуються у т. ч. завдяки IoT, мають великий вплив на проблеми приватності, включаючи такі загрози, яким сьогодні складно запобігти. Зокрема, використання таких даних призводить до зростаючої залежності від алгоритмів для аналізу та прийняття рішень, а також поступового зменшення людського нагляду за багатьма автоматичними процесами [8], фактичної деанонімізації, оскільки конфіденційні дані користувачів можна отримати статистично [9], значного розкриття інформації про групи навіть у разі використання анонімних даних [6], сумнівності згоди у разі повторного використання даних і, врешті-решт, вторгнення до приватності і без використання особистих даних.

Слід зазначити, що перегляду підлягає в цифрову епоху і розуміння таких термінів, як «приватна та публічна особа», «приватна та публічна сфера», «приватний і публічний інтерес» тощо.

Наприклад, обсяг права на приватність суттєво залежить від того, ким є носій права – головою держави чи її пересічним громадянином. Однак у сучасному світі лідери думок і навіть цифрові особистості можуть мати більший вплив на прийняття значущих рішень у суспільстві, ніж політики та представники державної влади, а вивчення поведінкових реакцій онлайн може надати ефективні інструменти для втручання до демократичних процесів (виборів, референдумів, громадських обговорень). Оскільки режими захисту приватності залежать від визначення публічної особи й, відповідно, громадяни мають право знати трохи більше про людей, які приймають важливі рішення чи формують політичне життя суспільства, сучасне розуміння «публічної особи» має бути розширене.

Ви можете заперечити, що блогери Instagram, котрі потенційно стають новими лідерами думок, не повинні бути предметом

такої пильної уваги, оскільки вони лише розважають аудиторію, навіть якщо мають сотні тисяч фоловерів. Однак, як показала відома справа Кароліни фон Ганновер, розваги також мають вплив і відіграють певну роль у формуванні суспільної думки. І хоча Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) встановив, що різниця між діячами сучасного суспільства «*par excellence*» і «відносно» громадськими діячами повинна бути чіткою і що захист повинен бути вищим у «відокремленому місці» [10], у цифрову епоху майже не залишається місць, які були б по-справжньому відокремленими від будь-якого впливу, і немає жодної анонімності, яку не можна було б розкрити. Крім того, блогери здатні висловлювати впливову думку щодо нагальних суспільних питань, закликати до громадянських акцій протесту, успішно та безвідповідально рекламувати когось чи щось. Тому можливість дізнатися більше про них або провести дослідження, що стосується даних таких блогерів, може бути виправдана міркуваннями, які становлять публічний інтерес.

Враховуючи проникнення цифрових інструментів у всі сфери життя та накопичення даних, ми можемо спостерігати тенденцію до встановлення складного балансу публічної та приватної сфери онлайн та офлайн. Наприклад, такий баланс ЄСПЛ намагався встановити у суперечливій справі «*Lopez Ribalda and Others v. Spain*», у якій розглядалося питання законності таємного відеоспостереження за працівниками супермаркету менеджером, котрий мав обґрунтовані підозри щодо крадіжок [11]. Позиція суду містить, серед іншого, аргументи про різний ступінь публічності приміщень, у яких знаходилися камери, й очікування працівників щодо захисту їхнього приватного життя. Зокрема, очікування щодо захисту приватності можуть бути дуже високими у приватних за своєю природою місцях, таких як туалети, але вони очевидно нижчі в місцях, що є видимими або доступними для колег чи для широкої громадськості. Незважаючи на те, що ЄСПЛ застосовує чіткі кри-

терії пропорційності та зазвичай спирається на динамічну правову доктрину, в подібних випадках складно говорити про консенсус навіть на рівні самого суду. Так, у вищезазначеній справі троє суддів не погодилися із прийнятим рішенням. Якщо ж ми маємо справу із застосуванням права у цифровому середовищі, кількох юрисдикціях, за участі транснаціональних корпорацій тощо, то визначення балансу додатково ускладнюється.

Розуміння приватного та публічного може мати значні відмінності в різних правових системах. Водночас регулятивні юрисдикції стають дедалі більш взаємозалежними, тому одне рішення суду може торкнутися кількох правових систем. Ще одним моментом, який слід врахувати, є спроба багатьох урядів застосувати екстратериторіальну юрисдикцію до питань, пов'язаних з обміном інформацією, яка включає загрози приватності.

Тому потенційні рішення щодо захисту приватності повинні охопити не лише сферу законодавчого регулювання та судової практики, а і сферу етики й освіти. Незважаючи на глибоку моральну основу, що сягає корінням античних часів, етика може бути досить гнучкою у відповіді на зміни у суспільстві. Наприклад, на наших очах формується етичні правила спілкування, які передбачають уникнення приватних дзвінків і заміну їх текстовими повідомленнями чи листуванням електронною поштою або принаймні встановлення попередньої онлайн-домовленості щодо дзвінка. Крім того, у зв'язку з тим, що етичні зміни відбуваються набагато швидше, ніж змінюється правове регулювання та застосування, деякі проблеми перейшли із суто філософської сфери до цілком практичного застосування (як, наприклад, проблема штучного інтелекту).

Оскільки основними суб'єктами, які використовують різні дані та не збираються зупинятися на шляху вторгнень до приватності, є корпорації – транснаціональні та національні, технічні гіганти та мікрофірми, – постає питання про зобов'язання бізнесу щодо прав людини.

За останнє десятиліття розгорнулася широка дискусія щодо бізнесу як адресата прав людини, стандартів, що слід застосовувати як обов'язкові, проблем, із якими стикаються всі зацікавлені сторони [див.: 12–14]. Активно обговорюється проблематика розширення корпоративної відповідальності компанії за нових умов господарювання [15, с. 251], у т. ч. їх зобов'язання у сфері приватності. Так само активно обговорюється необхідність обов'язкового міжнародного договору для всіх суб'єктів господарювання або принаймні для транснаціональних корпорацій.

Водночас проблема зобов'язань бізнесу щодо прав людини стикається з відсутністю єдиної моделі впровадження таких зобов'язань, як у сенсі теоретичної основи, так і регуляторного забезпечення, складності прогнозів щодо природи та ступеня впливу бізнесу на питання фундаментальних прав, а також ступенем ризиків для індивідів і суспільств. Довгострокові та побічні негативні наслідки діяльності бізнесу також малопередбачувані. Крім того, як компанії, так і уряди здійснюють опір впровадженню більш жорстких зобов'язань із прав людини для бізнесу. Потрібно зазначити, що такий опір базується не лише на прагненні зберегти поле для можливих порушень і корупції, але частково на розумінні того, що з огляду на особливості економічної діяльності в сучасному світі та налагодження транскордонних зв'язків розвинені країни нестимуть основний тягар відповідних зобов'язань.

У цифрову епоху індивіди та групи довіряють значну долю приватних даних і пов'язаної з питаннями збереження приватності інформації корпораціям добровільно, тому що звикли вважати смартфони та блоги своїм особистим простором, або не зовсім добровільно, оскільки не знають, що для збору даних встановлюються не-мінімалістичні налаштування конфіденційності за замовчуванням. І навіть якщо корпорації прагнуть виконувати зобов'язання бізнесу щодо прав людини, невелика вразливість у популярному додатку може призвести до витоку приватних даних.

Було б правильним, якби розумні очікування щодо приватності ґрунтувалися насамперед на прозорості, відповідальності та конфіденційності. Однак, незважаючи на зростаючу популярність «приватності, вбудованої до дизайну» (privacy by design), здебільшого налаштування за замовчуванням забезпечують безкоштовний доступ до величезного обсягу даних користувачів. Такі налаштування часто незручні для індивідів, вимагають спеціальних знань і навичок, а також потребують розуміння того факту, що приватна інформація може бути первинною, вторинною та навіть поведінковою.

У світлі цього розповсюджена вимога «інформованої згоди» на обробку приватних даних осіб порушує питання про те, чи буде така згода насправді свідомою та інформованою. Інформована згода, як слушно зазначає Д. Хенд, «не може бути отримана за замовчуванням: вона повинна бути активною, а не пасивною» [16]. Навіть якщо ця вимога не ігнорується бізнес-структурами, організаціями й органами публічної влади повністю або частково, формулювання публічних ofert та угод користувачів часто не сприяють розумінню того, як саме будуть використовуватися дані.

Інший аспект інформованої згоди стосується її меж. Наприклад, дані, які ми залишаємо в соціальних мережах, якщо наші налаштування конфіденційності включають відкритий доступ, можуть бути використані для різних досліджень. Хоча дані вже є загальнодоступними, як справедливо зазначається, деякі дослідники збирають їх із соціальних медіа, не вважаючи, що відсутність інформованої згоди буде серйозним порушенням етики досліджень [6].

Анотація

У статті аналізуються розумні очікування у сфері приватності у цифрову епоху та визначаються перспективи розуміння й захисту приватності з огляду на такі зміни: набуття приватністю рис колективного явища, надзвичайно довгий цифровий слід, зміну способів комунікації та надання приватної інформації не співрозмовникам, а пристроям. Стаття досліджує розумні, обґрунтовані та легітимні очікування, у т. ч. в їх суб'єктивному й об'єктивному аспектах.

Парадоксальні очікування користувачів щодо персоналізації послуг і товарів онлайн за повної захищеності приватних даних навряд чи можна назвати розумними. Водночас більшість потужних гравців – корпорації, уряди, міжнародні організації – навмисно підтримують такі парадоксальні очікування індивідів, оскільки це дозволяє досягти таких цілей, як економічна чи політична вигода, справляння значного впливу на суспільну думку, уникнення репутаційних витрат, майже невідстежуване нав'язування волі тощо.

Висновки. Отже, чи є обґрунтовані сподівання та розумні очікування із приводу того, що приватність може бути захищена у цифрову епоху? Напевно, що так, однак лише за умови перегляду концепції приватності та застосування інших механізмів її захисту, використання відповідального й етичного підходу, заснованого на правах людини, що може включати усвідомлений вибір і дотримання прав осіб на обґрунтовані й раціональні рішення.

Правове регулювання та правозастосовна практика мають бути адаптованими до технологічних змін і враховувати інноваційні способи здійснення серйозних порушень приватності. Крім того, необхідно розуміти, що існує первинна, вторинна та поведінкова приватна інформація, і повна анонімність і повний контроль навряд чи можливі у цифрову епоху.

Потрібно враховувати зміни у розумінні приватного та публічного – сфер, осіб, інтересів. Необхідно використовувати комбінацію правових та етичних інструментів, які можуть допомогти убезпечити приватність від втручань із боку урядів, бізнесу, організацій, спільнот і окремих осіб. Крім того, слід підтримувати баланс приватності з іншими правами людини й основними соціальними цінностями.

Стаття пропонує розглянути нове розуміння приватних і публічних осіб, інтересів, сфер життя як онлайн, так і офлайн. Передбачається, що розуміння приватного та публічного може мати значні відмінності в різних правових системах, слід звертати увагу на взаємозалежність регулятивних юрисдикцій у сучасному світі та намагання екстратериторіального регулювання з боку урядів держав. У статті стверджується, що за умов цифрової ери необхідно розуміти, що існує первинна, вторинна та поведінкова приватна інформація, повна анонімність осіб, і повний контроль над приватними даними навряд чи можливі.

Стаття приділяє значну увагу питанням впливу публічної влади, організацій і корпорацій на права людини загалом і приватність зокрема. Правове регулювання і правозастосовна практика мають бути адаптованими до технологічних змін і враховувати інноваційні способи здійснення серйозних порушень приватності, а також парадоксальні очікування індивідів щодо високого рівня її захисту. У статті пропонується застосовувати комбінацію правових, етичних і освітніх інструментів, які можуть допомогти забезпечити приватність від втручань.

Ключові слова: права людини, приватність, захист даних, принцип розумності, розумні очікування, легітимні очікування, цифрова епоха.

Razmietaieva Yu.S. Reasonable expectations in the field of privacy in the digital age

Summary

The article analyzes reasonable expectations in the field of privacy in the digital age and identifies prospects for understanding and protecting privacy, given the following changes: privacy acquires the features of a collective phenomenon, the extremely long digital footprint is arises, communication methods are changing, the private information discloses not to interlocutors but devices. The article explores the nature of reasonable and legitimate expectations, including in their subjective and objective aspects.

The article offers to consider a new understanding of private and public persons, interests, spheres of life, both online and offline. It is assumed that the understanding of the private and public can have significant differences in different legal systems, with attention to the interdependence of regulatory jurisdictions in the modern world and the efforts of extraterritorial regulation by governments. The article argues that in the digital age, it is necessary to understand that there is primary, secondary and behavioral private information, and complete anonymity of individuals and complete control over private data is hardly possible.

The article pays considerable attention to the impact of public authorities, organizations and corporations on human rights in general and privacy in particular. Legal regulation and law enforcement practices must be adapted to technological change and must take into account innovative ways of committing serious breaches of privacy, as well as the paradoxical expectations of individuals regarding a high level of protection. The article proposes to use a combination of legal, ethical and educational tools that can help protect privacy from interference.

Key words: human rights, privacy, data protection, reasonableness principle, reasonable expectations, legitimate expectations, digital age.

Список використаних джерел:

1. Буряковська К. Юридичні стандарти, що ґрунтуються на принципі розумності. *Філософія права і загальна теорія права*. 2015. № 1–2. С. 169–177.
2. Беляневич О. Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 16. С. 41–45.
3. Рабінович С. Конституційні принципи правової певності і захисту легітимних очікувань у діяльності публічної влади. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2014. Вип. 60. С. 168–177.

4. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).
5. Kaplan A., Haenlein M. Users of the world, unite! The challenges and opportunities of social media. *Business Horizons*. 2010. Vol. 53 (1). P. 59–68.
6. Zwitter A. Big Data ethics. *Big Data & Society*. 2014. P. 1–6 DOI: 10.1177/2053951714559253.
7. Tam S.-M., Kimb J.-K. Big Data ethics and selection-bias: An official statistician's perspective. *Statistical Journal of the IAOS*. 2018. Vol. 34. P. 577–588.
8. Mittelstadt B. The Ethics of Biomedical “Big Data” Analytics. *Philosophy & Technology*. 2019. Vol. 32. P. 17–21.
9. Vivitsou M., Saadatmand M. Privacy in the era of big data and learning analytics: Ethical considerations and positions. In *Ethical and Privacy Issues in the Design of Learning Analytics Applications: 2nd Workshop on Ethics & Privacy in Learning Analytics @ LAK1, University of Edinburg, Edinburgh, UK, April 24, 2016 Learning Analytics Community Exchange LACE*.
10. Von Hannover v. Germany [2004] EMLR 379; (2005) 40 EHRR 1.
11. Lopez Ribalda and Others v. Spain [2018] ECHR 14.
12. Aaronson S., Higham I. Re-Righting Business: John Ruggie and the Struggle to Develop International Human Rights Standards for Transnational Firms. *Human Rights Quarterly*. 2013. № 35 (2). P. 333–364.
13. Baumann-Pauly, D., Nolan J. (eds.) *Business and Human Rights. From Principles to Practice*. 2016. Routledge. 350 p.
14. Ruggie J. *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*. Amnesty International Global Ethics Series, W.W. Norton & Company. 2013. New York. 225 p.
15. Ramasastry A. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. *Journal of Human Rights*. 2015. Vol. 14 (2). P. 237–59.
16. Hand D. Aspects of Data Ethics in a Changing World: Where Are We Now? *Big Data*. 2016. Vol. 6 (3) Mary Ann Liebert, Inc. DOI: 10.1089/big.2018.0083.