

GLOBAL INFORMATION SOCIETY WATCH 2014

Nadzor komunikacija u digitalnom dobu - ODABRANI TEKSTOVI



Association for Progressive Communications (APC)

OneWorld Platform for Southeast Europe Foundation (OWPSEE)

GLOBAL INFORMATION SOCIETY WATCH

2014

ODABRANI TEKSTOVI

Global Information Society Watch **2014** – IZABRANI TEKSTOVI

Prevod sa engleskog:

Denis Šparavalo

Lektorica:

Aida Mahmutović

Odabir tekstova i adaptacija:

One World Platform for South East Europe Foundation (OWPSEE)

Graphic design

Monocromo

info@monocromo.com.uy

Phone: +598 2400 1685

Cover illustration

Matías Bervejillo

Financial support provided by

Association for Progressive Communication (APC)



Global Information Society Watch
Communications surveillance in the digital age
Published by APC and Hivos
2014

Creative Commons Attribution 3.0 Licence
<creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0>
Some rights reserved.

ISSN: 2225-4625
ISBN: 978-92-95102-16-3
APC-201408-CIPP-R-EN-DIGITAL-207

APC and Hivos would like to thank the Swedish
International Cooperation Agency (Sida) for its support for
Global Information Society Watch 2014.



www.GISWatch.org

MIT O GLOBALNOM ONLINE NADZORU OSLOBOĐENOM USKLAĐIVANJA S LJUDSKIM PRAVIMA

Alberto J. Cerda Silva
Sveučilište u Čileu Pravnog fakulteta i NVO
Derechos Digitales
www.derecho.uchile.cl
<https://www.derechosdigitales.org>

UVOD

Od sredine 2013. godine kontinuirano se otkrivaju implementacije niza programa od strane vlade Sjedinjenih Američkih Država (SAD), koje čine sistem za globalni i masovni on-line nadzor. Inicijativa obuhvata nekoliko agencija, prije svega Agenciju za nacionalnu sigurnost (NSA), u uskoj suradnji s kompanijama koje pružaju usluge putem interneta. Sistem, koji je uglavnom usmjeren na strance i prekomorske komunikacije, utjecao je i na privatne komunikacije posvuda, od šefova država do redovnih web korisnika/ca.

Ova otkrića o sistemu za globalni internetski nadzor pobudila su zabrinutost po pitanju ljudskih prava. Vremenom, ova pitanja su odbačena sugerirajući da se ljudska prava ne primjenjuju na ova pitanja, jer nemaju posebne norme, imaju uzak opseg, ili su irelevantna za nedržavne aktere. Ovi argumenti su izgradili mit kako bi prekogranični online saobraćaj bio izuzet od uklađivanja sa zakonom o ljudskim pravima. Ovaj izvještaj osporava te zablude, najprije zagovarajući punu primjenu zakona o ljudskim pravima nad globalnim on-line nadzorom i, drugo, skrećući pažnju na trenutna ograničenja zakona o ljudskim pravima kako bi se postiglo stvarno jačanje ljudskih prava u svijetu.

ZAKON O LJUDSKIM PRAVIMA O NADZORU

Tokom 1990-ih, vladalo je uvjerenje da je internet laissez-faire okruženje izuzeto od bilo kakve kontrole vlade, regulacije i ograničenja. Ova zabluda je potaknuta od strane slobodarskih ideja koje su precijenile bezgraničnost, otvorenost i

virtualnu anonimnost interneta¹. Ove mogućnosti su, međutim, umjesto da spriječe bilo kakav regulatorni pristup, samo bile izazov učinkovitosti propisa, otežavajući međunarodnu harmonizaciju propisa. Tokom godina, Internet je postao jako regulirano okruženje u kojem se nekoliko slojeva regulacije i zakona preklapaju, a jedan od njih je i međunarodni zakon o ljudskim pravima. U stvari, kao što i neke nedavne odluke Ujedinjenih Naroda pojašnjavaju, ljudska prava se u potpunosti odnose na online okruženje².

Iako se ljudska prava u cijelosti odnose i na internet, sugerirano je da on-line nadzor nema posljedica iz perspektive ljudskih prava, budući da ne postoji posebno pravilo o tom pitanju u međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima. Ova tvrdnja, međutim, počiva na kratkovidom i doslovnom tumačenju zakona. Ti instrumenti, umjesto da se bave određenim rizicima, navode opća pravila i načela koja se moraju primijeniti u mnogim konkretnim okolnostima. U konkretnom slučaju masovnog online nadzora, ono izaziva zabrinutost u vezi s nekoliko prava, kao što su privatnost, pravo na proces, zaštita osobnih podataka, jednaka zaštita i sudska zaštita, između ostalih.

Obzirom da nadzor ima implikacije na ljudska prava ne znači da nadzor treba biti izvan zakona, jer njegova primjena može biti dopuštena u određenim okolnostima. Naprotiv, to otvara potrebu za analizom kako bi se utvrdilo jesu li mjere nadzora u skladu s ljudskim pravima. Drugim riječima, ljudska prava nisu apsolutna i mogu biti predmet određenih ograničenja - i neke prakse primjene nadzora koje ograničavaju određena ljudska prava mogu biti dopuštene.

Međutim, zemlje nemaju potpunu slobodu da ograniče ljudska prava; naprotiv, ona moraju biti u skladu s određenim pravilima utvrđenim

¹ Barlow, J. P. (1996). A Declaration of the Independence of Cyberspace. <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

² United Nations General Assembly, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, UN Doc. A/HRC/20/L.13, 29 June 2012; United Nations Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013: The right to privacy in the digital age, UN Doc. A/RES/68/167 (21 January 2014); and United Nations General Assembly, The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, UN Doc. A/HRC/26/L.24, (20 June 2014). Vidjeti također Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: The right to privacy in the digital age, UN Doc. A/HRC/27/37, 30 June 2014.

međunarodnim pravom po tom pitanju³. Prvo, ograničenja zahtjevaju poticajne zakone, odnosno akt donesen od strane zakonodavnog tijela⁴. Drugo, ograničenja moraju imati legitiman cilj. U stvari, ljudska prava mogu biti predmet ograničenja iz nekoliko razloga, uključujući nacionalnu sigurnost, javnu sigurnost i red, kao i javno dobro i moral. Prema Općoj deklaraciji o ljudskim pravima, ograničenja su dopuštena "u cilju osiguranja dužnog priznanja i poštivanja prava i sloboda drugih"⁵. Treće, ograničenja moraju biti proporcionalna, odnosno, mora postojati određeni balans između nametnutih ograničenja i njegovih pokušaja kršenja⁶. I četvrto, prilikom usvajanja ograničenja, zemlje moraju uspostaviti odgovarajuće mjere zaštite kako bi se spriječila zloupotreba ograničenja u pogledu ljudskih prava.

Istovremeno dok SAD ovlašćuje NSA-a za globalni masovni internet nadzor u domaćem pravu, ne ispunjava bilo koji drugi uvjet zadan od strane međunarodnog prava o ljudskim pravima. Prvo, iako se čini opravdanim na temelju legitimne svrhe, međunarodni zakon zabranjuje bilo kakva ograničenja koja diskriminiraju proizvoljno, kao što su one na temelju različitosti vjere, političkog ili drugog uvjerenja, te nacionalnog ili socijalnog porijekla, između ostalog⁷. Drugo, sistem ne ispunjava test proporcionalnosti, jer čak i ako primjereno ispunjava svoju svrhu, to je nepotrebno jer postoje manje ozbiljna sredstva za postizanja namjeravanog cilja, a to je nerazmjerno jer štetni učinci primjene sustava za globalni on-line nadzor na ljudska prava prelaze svoje potencijalne prednosti. I treće, dokazi pokazuju da mjere zaštite koje nam zakon omogućava, uglavnom kroz sudske kontrole u provedbi politike, nisu ni dostigane niti primjerene, jer su u potpunosti prevaziđene same provedbe sustava.

³ Kiss, A. C. (1981). Permissible limitations on rights. In Louis Henkin (Ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*. New York: Columbia University Press, pp. 290-310.

⁴ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-6/86 of 9 May 1986, "Laws" in article 30 of the American Convention on Human Rights, para. 38.

⁵ Universal Declaration of Human Rights, Article 29 (2).

⁶ Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁷ American Declaration of the Rights and Duties of Man, articles I and II; Universal Declaration of Human Rights, articles 1 and 2; European Convention on Human Rights, article 14; International Covenant on Civil and Political Rights, article 2; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, article 2; American Convention on Human Rights, article 1; Charter of Fundamental Rights of the European Union, article 21; and African Charter on Human and Peoples' Rights, article 2.

Sve u svemu, iako sustav za globalni i masovni online nadzor, sličan onome koji provodi NSA, može biti u skladu s domaćim pravom dotične zemlje, to sigurno krši zakon o međunarodnim ljudskim pravima, samovoljno diskriminirajući ciljanu populaciju time što je nepotrebno i nesrazmjerno, i bez odgovarajuće zaštitne mjere.

ZAŠTITA IZVAN DRŽAVLJANSTVA I TERITORIJE

Druga zabluda koja je korištena kao opravdanje masovnog online nadzora, posebno uinostranstvu, podrazumjeva sužavanje obima ljudskih prava, tvrdeći da to ne obezbjeđuje nikakvu zaštitu bilo strancima/kinjama, bilo nerezidentnim subjektima. U slučaju inicijative NSA, ovaj argument navodi da bi SAD Ustav priznao osnovna prava jedino građana i, prema tome, stranci bi biti isključeni iz zaštite⁸. Kao rezultat, dok domaći zakon predviđa neke mjere zaštite u korist državljanina/ki (koje su se pokazale nedovoljnima), one su praktično nepostojeće za strane državljane/ke. Iako ova koncepcija može biti u skladu sa domaćim zakonom, vrlo brzo pada u vodu po pitanju međunarodnih ljudskih prava.

Ograničavajući i zaštitu ljudskih prava na građane/ke narušava se zakon o ljudskim pravima. U stvari, svi međunarodni instrumenti po tom pitanju priznaju da ova prava pripadaju svima, bez obzira na naciju ili državljanstvo. Kako Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima navodi, ona su neotuđiva prava "svih članova/ca ljudske porodice" koja "će ljudska bića uživati."⁹ Izuzimajući određena politička prava koji su vezana uz državljanstvo, kao što su aktivno i pasivno biračko pravo, sva ostala ljudska prava pripadaju ljudima bez dozvoljenih izuzetaka po osnovi posjedovanja državljanstva datoj zemlji. Naprotiv, međunarodni instrumenti ljudskih prava izričito zabranjuju razlike bilo koje vrste, ne samo na osnovu rase, boje, pola ili jezika, ali i vjeroispovjesti, političkog ili drugog uvjerenja, kao i nacionalnog ili socijalnog porijekla, među ostalim navodima¹⁰.

⁸ Cole, D. (2003). Are Foreign Nationals Entitled to the Same Constitutional Rights As Citizens?, *Thomas Jefferson Law Review*, 25, 367-388.

⁹ Universal Declaration of Human Rights, Preamble.

¹⁰ Vidjeti fusnotu 7.

U vezi sa argumentom koji pokušava da oslobodi poštovanje ljudskih prava u slučaju nadzora nad strancimakinjama, tvrdi se da nijedna vlada nije dužna da garantuje prava osim ljudima pod svojom jurisdikcijom i, prema tome, ne postoji obaveza da se poštuju ljudska prava osoba u inostranstvu. Ova uska koncepcija tvrdi da jedna država ne može biti prisiljena da promoviše, štiti i poštuje ljudska prava u okviru druge države, jer je ovo primarna nadležnost države koja vrši jurisdikciju nad teritorijom. Pored toga, ova koncepcija počiva na doslovnom tumačenju riječi "teritorij", kao fizičkom prostoru pod isključivom kontrolom datoj državi koja prisiljava na poštivanje zakona o ljudskim pravima. Ovaj argument je, međutim, varljiv i anahron.

Zakon o ljudskim pravima je nastao poslije Drugog Svjetskog Rata kako bi razvio obavezujuće međunarodne zakone koji će spriječiti ponavljanje zločina. Zakon nije bio ograničen na kršenja od strane vlada protiv sopstvenih državljana/ki na svojoj teritoriji, ali i ljudi podložnih drugim jurisdikcijama, ponekad u teritorijama koje nisu bile pod nečijom isključivom kontrolom. Tačno je da država ne može biti u stanju da promoviše i štiti ljudska prava u drugim državama nego u svojim, ali svakako može (i mora) da poštuje ta prava, ograničavajući i svoje funkcionere/ke od kršenja na svom i izvan svog teritorija. Štaviše, u slučaju sistema globalnog online nadzora, nije jasno na čijoj se teritoriji kršenje ljudskih prava dešava.

Međutim, glavni problem sa sužavanjem obima ljudskih prava na fizički ograničen prostor, u uslovima globalizacije sa primjetnim napretkom u transportu i komunikacijama, suočava se sa nedopustivom rupom iz teleološke perspektive koja gleda u cilju ljudskih prava, a ne užem tekstu ugovora o ljudskim pravima. Ekstrateritorijalna primjena ljudskih prava je jedina koji daje smisao ljudskim pravima u trenutnoj situaciji¹¹. Čak i da su ograničena, ekstrateritorijalni efekat međunarodnog zakona o ljudskim pravima je potvrđen od strane međunarodnih sudova, kao i domaćih sudova. Kao primjer možemo navesti sud u Ujedinjenom Kraljevstvu koji je optužio svoje

¹¹ United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29 March 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004), para. 10. See also: Moreno-Lax, V., & Costello, C. (2014). The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territory to Facticity, the Effectiveness Model. In S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, & A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford: Hart Publishing, pp. 1657-1683; and Grabenwarter, C. (2014). *European Convention on Human Rights: Commentary*. Oxford: Beck/Hart.

vojnike za kršenje ljudskih prava nad civilima u Afganistanu. Teleološko tumačenje obaveza ljudskih prava je jedino koje može da ima smisla u digitalnom dobu, u kome kršenje ovih prava može biti počinjeno na daljinu, između dvije države.

ODGOVORNOST NEDRŽAVNIH AKTERA

Druga zabluda o implikacijama nadzora ljudskih prava tvrdi da su ta prava prisilno provediva samo nad državnim akterima, ali ne i nad nedržavnim, stoga, privatni subjekti koji špijuniraju ljude ne podliježu kontroli ljudskih prava. To uvjerenje je ukorijenjeno u činjenici da su međunarodni instrumenti nad ljudskim pravima utvrđeni obavezama samo državnih aktera, jer postoje kao pravne osobe pred međunarodnim pravom. Osim toga, ovaj argument ističe da, iako je filozofija o ljudskim pravima prisutna već duže vrijeme, međunarodni instrumenti ih izdvajaju kao reakciju na totalitarne sisteme koji su doveli do strahota Drugog svjetskog rata, u kojem su vlade kršile njihova vlastita građanska prava. U tom pogledu, sprečavanje kršenja prava od strane privatnih osoba nije pitanje od važnosti za međunarodni zakon o ljudskim pravima, već je pitanje koje je ostavljeno na diskreciju domaćeg zakona svake države. Ovaj argument je, međutim, dovodi u zabludu.

Iako međunarodni zakoni o ljudskim pravima u prvom redu obavezuju države, oni imaju jako mali učinak na nedržavne aktere, kao što su korporacije koje sudjeluju u nadzoru. U stvari, ti zakoni zahtjevaju da države ne samo poštuju već i promovišu zaštitu ljudskih prava¹². Zbog toga, osim što se država obuzdava od kršenja ljudskih prava, međunarodno pravo nameće državama dužnost da podstiču i očuvaju ta prava da ne budu kršena od strane trećih lica. U stvari, sudska praksa sudova za ljudska prava eksplicitno je naglasila da je država ne samo odgovorna za svoje postupke, već i za neuspjeh da zaštiti ta prava kada je povreda počinjena od strane nedržavnih aktera, kao što su paravojne snage¹³. Iz toga slijedi da je država

¹² United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29 March 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004), paras. 1-8.

¹³ Inter-American Court of Human Rights, Velasquez Rodriguez Case (Series C) No. 4, para. 172, 29 July 1988.

međunarodno odgovorna za ljudska prava, čak i ako ih krše nedržavni akteri, te država ima dužnost provoditi ta prava protiv nedržavnih aktera kroz domaće zakone. Dakle, država mora poduzeti mjere kako bi se spriječilo kršenje ljudskih prava od strane državnih i nedržavnih aktera.

Kako bi se udovoljilo obavezi osiguravanja da nadzor ne krši prava na privatnost, kao i druga ljudska prava, zemlje su izabrale različite načine. Neke zemlje su spriječile ilegalni nadzor kroz: usvajanje zakona koji reguliraju detaljnu obradu osobnih podataka od strane državnih i nedržavnih aktera; reguliranjem komercijalizacije tehnologija dvostruke namjene (tj. robe koja se može koristiti za obje legitimne i nelegitimne svrhe, kao što su spyware i komunikacijski uređaji za presretanje); odbacujući bilo kakve dokaze dobivene na način koji je ugrozio ljudska prava, kao što su ilegalna presretanja komunikacija; i kažnjavanjem pretjeranih djela upada na privatnost. Ovaj zakonodavni pristup osigurava određeni stupanj pravne sigurnosti, ali ima neka ograničenja, uglavnom samom činjenicom da ne daje cjelovitu zaštitu.

Zemlje s modernim ustavnim okvirom usvojile su drugačiji put za zaštitu ljudskih prava u domaćim okvirima. Uključile su međunarodne instrumente o ljudskim pravima u svoje domaće ustave i učinile ta prava provodivim protiv i državnih i nedržavnih aktera. To je slučaj u zemljama Latinske Amerike, u kojima postoji niz sudskih odluka donesenih na temelju ustavnih razloga koji poništavaju zakone o zadržavanju podataka, garantiraju privatnost u online komunikaciji, sprečavaju obradu osobnih podataka koja krši prava, ograničava video nadzor proporcionalnim okolnostima. Ova ustavna zaštita ljudskih prava garantira sveobuhvatnost, iako to obično prate uakonski akti koji definišu konkretne posljedice u složenijim slučajevima.

Internet je postao ključan za naše živote, i biti će još važniji to što se više ljudi međusobno povezuju, više ga koriste, i to na duže vrijeme. Internet je, međutim, sredina pod kontrolom privatnih sudionika: od osoba koje obezbjeđuju tehničke uslove¹⁴ do onih koji usvajaju tehničke standarde, od onih koji pružaju okosnicu i telekomunikacijske usluge do onih koji nude pristup i sadržaj. Činjenica da je internet pod privatnom kontrolom ne bi

¹⁴ Kao što su IP adrese i nazivi domena.

trebao biti izgovor za onemogućavanje ostvarenje ljudskih prava u online okruženju i stoga, države su potrebne za promicanje i zaštitu ljudskih prava protiv zloupotrebe od strane nedržavnih aktera. To ne sprečava usvajanje međunarodnog instrumenta o korporativnoj odgovornosti za ljudska prava, posebno u slučajevima u kojima država ne može ili ne želi provesti ovo kroz domaća pravna sredstva¹⁵

STVARNI PROBLEM: PROVEDBA LJUDSKIH PRAVA

Međunarodni zakon o ljudskim pravima propisuje pravila koja se mogu primjenjivati na sistemu globalnog online nadzora. Ono što što slučaj NSA pokazuje, ustvari je drugačiji problem u trenutnom međunarodnom pravu. Postoji rupa u provedbi ljudskih prava u odnosu na one "neposlušne" države koje ne usklade svoje domaće zakone i standarde mjera politike za ljudska prava¹⁶. Domaći mehanizmi provedbe mogu pomoći, ukoliko su dostupni, ali oni nisu dovoljni kada su u pitanju rješavanja problema sa pukim župnim standardima nakona, ili ako je u pitanju uskogrudni pravni pristup. Dostupni su određeni mehanizmi na međunarodnim forumima, ali oni imaju tendenciju političke, a ne pravne prirode. Nažalost, u slučaju NSA, SAD nije priznala nadležnost nijednog međunarodnog suda. Dakle, čini se neprovediva bilo kakva pravno obvezujuća odluka o tome da li sistem za globalni masovni online nadzor krši međunarodni zakon o ljudskim pravima.

¹⁵ United Nations General Assembly, Resolution on elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, UN Doc. A/HRC/26/L.22/Rev.1, 25 June 2014.

¹⁶ Louis Henkin, International Human Rights Standards in National Law: The Jurisprudence of the United States, in Benedetto Conforti and Francesco Francioni (eds.), Enforcing International Human Rights in Domestic Courts (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), pp. 189-205.