

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ

doi: 10.7251/SPM1447047S

Изворни научни чланак

Апстракт: *Право на приватност припада категорији права која су дубоко утемељена у филозофију људских права, поседују патину класичног и проученог права, но подједнако и јаку конотацију сталне актуелности. У раду се анализира да ли појмови, дефиниције и постојећи међународноправни нормативни оквир обезбеђују адекватну заштиту права на приватност у ужурбаном информатичком и технолошки напредном свету у коме живимо. Анализа обухвата универзалне међународноправне норме, регионалне међународноправне акте, као и ставове и праксу међународних органа и судова.*

Кључне речи: *појам приватности, право на приватност, јуриспруденција Европског суда за људска права*

УВОД

Право на приватност у структури међународног јавног права држи позицију једног од основних људских права и представља једну од основних слобода људи. Посматрано у категорији генерација људских права припада I (првој) генерацији људских права – политичко-грађанских права. *Telos* ових права, пак, је да регулишу

* Доцент на предмету Међународно јавно право, Криминалистичко полицијска академија, Београд, Србија tijana.surlan@kpa.edu.rs

однос између државе и људи, односно да обезбеде заштиту човека од свемоћи државе и прекомерног задирања државе у живот појединца.

У груписању грађанских и политичких људских права потпада под шири појам права на душевни и морални интегритет личности. Његов директни циљ јесте заштита урођеног достојанства и слободе људи. Међутим, сва људска права у својој бити имају управо исти тај циљ, дефинисан спрам разнородних области људског живота. И заиста, да ли је избор школе, професије, држављанства, имена слободан избор сваке особе и оличење права на приватност? Потом, да ли је слобода мисли, вероисповести, удруживања, говора превасходно слобода, право на достојанство, у исто време и право на приватност? Да ли теме о абортусу или самоубиству потпадају под право на приватност или неко друго право – право на живот? Управо стога, спуштањем фокуса ка конкретизацији – на шта се конкретно мисли када се каже достојанство и приватност, постаје јасно да се спектар права мора сузити.

1. ПОЈАМ ПРИВАТНОСТИ

Појам приватности има дуг историјат. У вредносном смислу почива на уверењу да свако људско биће има вредност само по себи и урођену потребу за постојањем одређеног сопственог заштићеног простора у који држава не сме заирати. Стога и појмовно одређење у основи почива на овом вредносном ставу, те право на приватност у најопштијем смислу одређујемо као скуп правила којима се појединцу обезбеђује унутрашњи мир и вођење живота по слободном избору.¹

Историјат и појма приватности и права на приватност доста је дуг, занимљив и разуђен. Преовлађује схватање да је оно продукт западноевропских вредности, те да порекло вуче из западно-

¹ Схватање приватности у светлу функционалистичке теорије видети у: Westin, Alan. *Privacy and Freedom*. New York, 1970.

европске правне културе. И овај сет права зачет је, као и већина међународних људских права, у унутрашњим правима, те потом пренет и уобличен у корпус међународних људских права. У англофонској литератури посвећеној овој теми, по правилу се као први акт у коме је право на приватност нормирано, наводи акт усвојен у Енглеској, давне 1361. године, под називом *Justices of the Peace Act*. Овим актом предвиђено је хапшење шпијуна и прислушкивача. Укорењивање права на приватност најтврдокорније отпоре имало је у материји кривичног процесног права. Ограничавања права државе на задирање у приватност дома и комуникације у доброј мери је и историјат кривичног процесног права. У тој сфери историјат права на приватност као пример напредног резоновања и реаговања бележи активност енглеског лорда Камдена (1765. године) који је одбио да прихвати налог за претресање дома и одузимање докумената тврдећи да је приватност једна од најважнијих „угодности” које друштво мора да обезбеди човеку, а да су лична документа најзначајније благо сваког човека. Сличним жаром обојене су и речи енглеског парламентарца Вилијема Пита, који је уз дужно поштовање према круни, изразио став да и најсиромашнији човек у својој чатрљи може изразити отпор краљу.²

Србија, иако (у историјском контексту) није припадала западноевропској цивилизацијској групи земаља, врло рано је препознала и нормирала право на приватност. Наиме, у Србији право на приватност први пут је препознато у Уставу из 1835. године, што се мора окарактерисати врло напредним, и то не само за оно доба, већ и у односу на целокупан статус у коме се Србија налазила у том тренутку – однос са Турском, однос између државе и човека

² “*The poorest man may in his cottage bid defiance to all the force of the Crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow though it; the storms may enter; the rain may enter -- but the King of England cannot enter; all his forces dare not cross the threshold of the ruined tenement.*” –*Sir William Pitt, Earl of Chatham, Speech on the Excise Bill, House of Commons (March 1763).* Наведени цитат, део говора Вилијема Пита, може се пронаћи на различитим интернет сајтовима, као нпр: <http://www.bartleby.com/100/248.html>; http://en.wikiquote.org/wiki/William_Pitt,_1st_Earl_of_Chatham; <http://www.ait.org.tw/infousa/zhtw/DOCS/Rights-People/privacy.html>;

пре као поданик-држава, а не грађанин-држава.³ Право на приватност одређено је на есенцијални начин, по својој суштини речима – „Сваки Србин има право бирати начин живљења свог по својој вољи, само који није на општенородну штету“ (Глава једанајеста, 117). У ширем смислу право приватности допуњује се и одредбом о неприкосновености имања. Циљ ове одредбе јесте нормирање права својине, али у ширем смислу речи „ко се покуси дирнути у туђе добро и имање, или присвајати га или окрњити...“ могу се сматрати и као запрека неовлашћеног уласка и државних органа. У потоњем Уставу из 1869. године право на приватност одређује се базично као „право сопствености“ (члан 25) и као неповредивост дома речима „обиталиште је Србина неповредиво“ (члан 28). Устав из 1888. године наставља нормирање права на приватност, додатно га брусећи у правцу кривичног поступка, као и сви потоњи устави.

Поред укореењавања општег права на приватност, као принципа и као правне норме, паралелно су се развијале и нормативне одреднице у специфичним, конкретним аспектима или областима. Тако на пример, стипулисана је материја коришћења информација о људима којима располаже држава. Први такав акт донет је у Шведској, Закон о приступу јавним документима из 1776. године. Овај аспект приватности потом се гранао на низ подкатегија, почев од најосновнијих личних података (време и место рођења, националност, држављанство), ка нешто деликатнијим као нпр. кривичноправна осуђиваност или медицински подаци (здравствени картон, подаци о обољењима, присилна тестирања и сл.).

У теоријском разматрању утемељења појма приватности и садржине тог појма, у англофонској литератури, примогенитурa се унисоно опредељује на трактат америчких правника Семјуела Ворена и Луја Брандајса с краја XIX века.⁴ Сматра се да су скројили

³ Стојановић, Драган. „Устав Србије од 1888. и људска права“. Фира А., Марковић Р. (ур.), Два века српске уставности: зборник радова са научног скупа одржаног 11-12. марта 2010, Београд: САНУ, 2010, 217-284.

⁴ Garrett, Brandon. *The Right to Privacy*. The Rosen Publishing Group, New York, 2001, 17; Westby, Jody R. (ed.), *International Guide to Privacy*. American Bar Association, Privacy and Computer Crime Committee, 2005, 9.; Chemerinsky, Erwin.

формулу најјаснијег и најтачнијег одређења појма права на приватност - право да се буде остављен на миру ("*right to be left alone*").⁵

За потпуно прецизирање појма и јасно опредељење оквира права на приватност од суштинског је значаја рад органа при Савету Европе задужених за надзор и санкционисање кршења правила о људским правима. У практичном, примењеном, процесуираном сагледавању појма приватности и права на приватност, управо у случајевима изношеним раније пред Европску комисију за људска права и Европски суд за људска права, а данас само пред Суд, усвајани су ставови који су есенцијално утицали на поимање права на приватност. Стога, ставови које су усвајали ови органи представљају изузетан полигон за резоновање и систематисање правог значења и оквира права на приватност. Општа оцена приступа споменутих органа Савета Европе је уједначена – приступ је екстензиван.⁶ Но оваква оцена прати целокупан рад Европског суда, а неретко је и издашан основ за критиковање, с констатацијом нарушеног односа техника примењивања и тумачења права. У најопштијем смислу приватност се одређује као приватна сфера, право човека да живи како жели, заштићен од јавности, право на успостављање односа са другим људским бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољења сопствене личности.

Појам приватности у једној равни формулише се у односу на самог појединца, његов унутрашњи живот и потребе, а у другој равни у његовом односу са другима тј. понашању других у односу на појединца. С обзиром на то да у материји међународних људских права посматрамо однос државе и појединца, утолико понашање у односу на појединца практично и јесте само понашање државе, по стандардном моделу манифестације државе (по гранама власти, те

„*Rediscovering Brandeis Right to Privacy*“. Brandeis Law Journal, Vol. 64, 2006-07, 643-657; Bratman, Benjamin. „*Brandeis and Warren “Right to Privacy” and the birth of the right to privacy*“. Tennessee Law Review, Vol.69, 2002, 623-641.

⁵ Текст је објављен у *Harvard Law Review*, Vol. IV, No.5, 1890 и доступан на интернет сајту: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html

⁶ Ehlers, Dirk. (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*. Berlin, 2007, 69.

понашање државних службеника у оквиру њихових надлежности и сл. према правилима о одговорности државе).

Идеја приватности, као и правна уобличавања приказана у форми историјата права на приватност, и данас су исти. Појам такође није претрпео есенцијалне промене ни протеком неколицине векова. Оно што данас јесте битно другачије у схватању и примени права на приватност потиче од карактеристика и особености света у коме живимо. Не улазећи на овом месту у карактерисање данашњег света, а посебно не у социолошке анализе, ипак није згорег навести да се као најчешће одреднице специфичности данашњег међународног друштва употребљавају изрази глобално друштво и информатичко друштво.⁷ И у овом раду наслањамо се на карактеристике глобалног друштва као управо оне карактеристике које суштински утичу на физиономију права на приватност.

Две карактеристике данашњег глобалног друштва суштински утичу на разумевање и примењивање права на приватност – (1) брзина и доступност информација, те посебно електронских информација и (2) степен угрожавања и појединаца и држава злоупотребом информација.⁸ Док је у ранијој фази развоја права на приватност антиципирано да су државе које угрожавају ово право ауторитарне и тоталитаристичке, данас је изражена тенденција ограничавања или ускраћивања права на приватност и од стране високоразвијених демократских, либералних држава посредством позива на принцип националне безбедности. У варијанти ауторитарних држава, државе су ограничавале или ускраћивале права својим држављанима – грађанима у страху од њих. У савременом свету, те новим нијансама којима се боји право на приватност, оно

⁷ Pečujlić, Miroslav. *Globalizacija: dva lika sveta*. Beograd, 2002; Gidens, Entoni. *Evropa u globalnom dobu*. Beograd, 2009; Held, Dejvid. *Demokratija i globalni porredak – od moderne države ka kosmopolitskoj vladavini*. Beograd, 1997; Glen, John. *Globalisation – North-South Perspectives*. Routledge, 2007; Webster, Frank. *Theories of the Information Society*. Routledge, 2006 (3rd edition); Rabb, C.D. *Privacy, Democracy*. Information, Routledge, 1997 .

⁸ Rengel, Alexandra. *Privacy in the 21st Century*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 32-34.

у међународном праву трпи ограничења или се ускраћује у страху од друге државе или држављана друге државе управо позивом на угрожену националну безбедност. Опасност која се антиципира прети и држави и њеним држављанима на идентичан начин. У таквој перцепцији нема стварног нарушења односа на релацији држава-грађанин, већ се приступа унифицирању позиција и циљева у заједничкој борби против заједничке опасности. Управо на овим премисама настао је Патриотски закон Сједињених Америчких Држава после напада на Њујорк у септембру месецу 2001. године, који се у савременом свету критикује као ретко рестриктиван закон у односу на право на приватност у развијеном демократском свету.

9

Кључна тема данас формулише се у форми питања – (1) који је нормативни оквир права на приватност, да ли је он кохерентан и да ли подлеже простој примени или тумачењу права? (2) докле се право на приватност може ограничавати, а да се при том не ускраћује?

2. МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ НОРМАТИВНИ ОКВИР

Међународноправни нормативни оквир права на приватност чини неколицина међународних докумената. Оне заједно творе општи нормативни оквир у смислу разумевања и конструисања права на приватност, но ипак разликују се у начинима примене, тумачења и санкционисања.

На универзалном нивоу право на приватност регулисано је у Универзалној декларацији о људским правима, усвојеној од стра-

⁹ Назив *The Patriot Act* представља акроним изведен од речи које творе пуни назив овог закона - *Uniting (and) Strengthening America (by) Providing Appropriate Tools Required (to) Intercept (and) Obstruct Terrorism Act*. Председник САД Обама у мају 2011. год. продужио је за још четири године примену одредаба овог закона. Westby, Jody R. (ed.), *International Guide to Privacy*. American Bar Association, Privacy and Computer Crime Committee, 2005, 15.

не Генералне скупштине УН 10. децембра 1948. године. Право на приватност одређено је у члану 12 на следећи начин:

„Нико не сме бити изложен произвољном мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед. Свако има право на заштиту закона против оваквог мешања или напада”.

Потом, у Међународном пакту о грађанским и политичким правима из 1966. године у члану 17 стоји:

„1. Нико не може бити изложен произвољном или незаконитом мешању у његов приватни живот, породицу, стан или преписку, нити противзаконитим нападима на његову част и углед.

2. Свако има право на законску заштиту против таквог мешања или напада”.

Конвенција о правима детета из 1989.године, као универзални међународни уговор, такође садржи одредбу о праву на приватност деце – члан 16:¹⁰

„1. Ни једно дете не сме бити изложено произвољном или незаконитом мешању у његову приватност, породицу, дом или преписку, као ни незаконитим нападима на његову част и углед.

2. Дете има право на заштиту законом од таквог мешања или напада”.

На регионалном нивоу Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године право на приватност одређује у члану 8:

„1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала,

¹⁰ Више о редиговању овог члана видети у: Detrich, Sharon. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publisher, 1999, 269-282.

заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других”.

И летимичним погледом на редакцију наведених одредаба уочава се уједначен материјалноправни оквир, али и различит технички приступ у спровођењу права.¹¹ У свим приказаним решењима право на приватност разложено је на четири категорије: право на приватни живот, право на поштовање породичног живота, право на поштовање дома (стана) и право на поштовање преписке. Универзални акти овом списку додају и заштиту части и угледа.

Технички приступ у Универзалној декларацији и у Међународном пакту о грађанским и политичким правима креиран је као пасивно право појединца и пасивно-активна обавеза држава потписница. Изразом - *нико не сме бити изложен*, заправо државе се обавезују да оне неће задирати у приватност с једне стране, али и да ће креирати такав правни систем којим ће то бити онемогућено како самој држави, тако и осталима, било физичким било правним лицима.

У Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода право на приватност креирано је као директно право појединца, широко постављено како у односу на државу, тако и на све остале.¹² У закључку обе варијанте казују исто, само различитом правно-техничком поставком. Најзначајнија разлика међу њима постоји у примени. Наиме, давање директног, активног права појединцу претпоставља постојање таквог система у коме појединац може утужити своје повређено право. Такав систем и јесте креиран Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода. За разлику од тога, друга два спомињана акта говоре о обавези државе и као такве омогућавају реаговање других држава на неиспуњење обавезе, а не могућност да се оштећени директно ангажује у утужењу свог повређеног права.

¹¹ Doebbler, Curtis .F.J. *Introduction to International Human Rights Law*. CD Publishing, 2007, 150-152.

¹² Ehlers, Dirk. *European Fundamental Rights and Freedoms*. Berlin, 2007, 70.

2.1. Тумачење члана 17 Међународног пакта о грађанским и политичким правима

Међународним пактом о грађанским и политичким правима предвиђено је креирање надзорног механизма – Комитета за људска права. Комитет за људска права овлашћен је да усваја и дистрибуира генералне, опште коментаре („*general comments*“) у погледу примене и тумачења свих права дефинисаних Пактом, са статусом ауторитативних тумачења.¹³ Право на приватност, с обзиром на то да се нормира у односу на незаконито и арбитрерно мешање, приватни живот, породицу, дом, преписку, свакако припада оној категорији права које је неопходно додатно одредити тј. тумачити.

У општем коментару Комитет превасходно кристалише базично разумевање права на приватност.¹⁴ Са становишта појединца оно је заштита појединца од мешања државе, физичког или правног лица, а не право појединца. Са становишта државе потписнице Међународног пакта о грађанским и политичким правима оно је обавеза на креирање таквог нормативног оквира којим ће заштита приватности бити обезбеђена.¹⁵ У коментару се констатује да је право на приватност неминовно релативно право, релативизовано простом чињеницом суживота са другим људима, у заједници.¹⁶ С друге стране, мешање у приватни живот може се дозволити само у оним случајевима у којима се ради о есенцијалном интересу целокупног друштва.¹⁷ Ослонцем на ову логику државе морају прецизирати целокупно своје законодавство, које потом постаје основ и средство за разумевање одреднице „незаконито и арбитрерно“ ме-

¹³ Rengel, Alexandra. *Privacy in the 21st Century*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013. 85.

¹⁴ UN General Assembly, Report of the Human Rights Committee, Supplement No.40 (A/43/40), 28 September 1988, Annex VI, General Comment 16 (32) d/ Article 17, par.1-11, 181-183

¹⁵ *Ibid*, par.1

¹⁶ *Ibid*, par.7

¹⁷ *Ibid*.

шање. Законски оквир, при том, не сме служити као општи отклон од поштовања права на приватност, већ само као инструмент који се у специфичним ситуацијама и под надзором може примењивати логиком *од случаја до случаја*.¹⁸ У Коментару се децидно наводи да се преписка не сме пресретати, отварати нити читати; праћење, електронско или друго, пресретање телефонске, телеграфске или друге форме комуникације, прислушкивање и снимање разговора морају бити забрањени; претраживање дома мора бити ограничено само на неопходне доказе и мора бити заштићено од узнемиравања; претраживање особа сме се спроводити само узимајући у обзир људско достојанство, искључиво од стране овлашћених особа и особа истог пола.¹⁹ Сакупљање и чување личних података мора бити регулисано законом, као и њихово коришћење, тј. приступ.²⁰ Сваки појединац мора бити снабдевен правом да приступи својим личним подацима, да има податак о томе ко све има приступ тим информацијама и ко од држаних органа може користити податке или контролисати документа са личним подацима, као и правом да затражи исправку или уклањање нетачних података.²¹

Појам породица има се тумачити у складу са уобичајеним схватањем тог израза у друштву државе чланице.²² Појам *дом* односи се на место у коме појединац пребива или обавља своје уобичајено занимање (термин „*occupation*“ односи се на професију).²³ Државе су позване да приликом подношења својих извештају прецизирају значење ових појмова сходно сопственом законодавству.²⁴

Формулација члана 16 Међународног пакта о грађанским и политичким правима у себи носи основ дерогирања норме. Право на приватност може бити ограничено законом, при чему Пакт не улази у прецизирање ни којом врстом закона, нити принципима,

¹⁸ *Ibid*, par.8.

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ *Ibid*, par.10

²¹ *Ibid*.

²² *Ibid*, par.5

²³ *Ibid*.

²⁴ *Ibid*.

нити околностима. У Коментару прецизира да се под изразом незаконито мешање подразумева оно мешање које је у супротности са законом.²⁵ Израз арбитрерно мешање треба разумети као мешање које није у директној супротности са законом, али околности примене закона протумачене су у супротности са одредбом права на приватност стипулисаној у Пакту.²⁶

2.2. Садржина права на приватност

Садржински, у основној поставци, право на приватност је уједначено. Састоји се од права на приватни живот, права на поштовање породичног живота, права на поштовање дома и права на преписку – комуникацију. Сва ова појединачна права додатно се гранају на низ појавних облика.

2.1.1. Приватни живот

Под приватним животом подразумева се право човека да живи како жели, заштићен од јавности, право на успостављање односа са другим људских бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољења сопствене личности. Као аспекти права на приватни живот појављују се право на име, право на сексуалну оријентацију, право на тајност медицинских података, право на физички интегритет. Право на име сматра се неповредивим правом сваког појединца и државе јесу у обавези да обезбеде слободу избора имена – право родитеља да самостално бирају име детету, право одраслим особама на промену имена, равноправна права супружницима приликом ступања у брак на промену имена. Ипак, држава може подвргавати одређеним ограничењима ову материју, као нпр. захтевом о сталности имена или спречавањем именовања речима које нису прикладне да буду лично име.²⁷ Аспект сталности

²⁵ *Ibid*, par.3

²⁶ *Ibid*, par.4

²⁷ Видети пресуду Европског суда за људска права у случају: *Burgarc v.Switzerland* (1994).

је ограничавајући аспект права на име. Често мењање имена није у складу са јавним интересом држава, те државе могу забранити често мењање имена.²⁸ Слобода изражавања сексуалности ограничена је старосним добом (забрана сексуалног општења са децом), а либерализована у погледу хомосексуалних и садомазохистичких оријентација.²⁹ Под аспект приватног живота подводи се и право транссексуалних особа на промену пола и бележење у јавним документима о промењеном полу.³⁰ Има мишљења да се под правом на приватни живот имају сматрати и право на употребу контрацепције и право на абортус.³¹

2.1.2. Поштовање породичног живота

Право на поштовање породичног живота означава право чланова породице на заједнички живот и на развијање међусобних односа. Породични живот се сматра чињеничним питањем и не може се правити разлика између законите и незаконите породице.³² Основни елемент овог аспекта права на приватност је уживање у узајамном друштву између родитеља и деце. Поред овога постоји читав спектар тема из материје породичног живота – растављене породице, поново састављене породице, везе с бабама и дедама, помоћ државе у подизању деце. Посебан аспект права на породични живот је укрштање овог права са одлукама држава везаним за забрану уласка у земљу, непродужавање боравишних дозвола, про-

²⁸ Видети пресуду Европског суда за људска права у случају: *Stjerna v. Finland* (1994).

²⁹ Видети пресуде Европског суда за људска права у случајевима: *Dudgeon v. UK* (1981), *Norris v. Ireland* (1988), *Modinos v. Cyprus* (1994), *Marangos v. Cyprus* (1997), *Smith and Gradz v. UK* (1999)

³⁰ Видети пресуде Европског суда за људска права у случајевима: *B. v. France* (1992), *X,Y,Z v. UK* (1997), *Sheffield and Horsham v. UK* (1998)

³¹ *Van Dijk, Pietr., Van Hoof, Godefridus.J.H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Kluwer Law International, 1998, 496

³² Видети пресуде Европског суда за људска права у случајевима: *K.and T. v. Finland* (2001); *Marckx v. Belgium* (1979).

теривање странаца у браку са држављанином, пресељења, права на породични живот особа на издржавању затворске казне.³³

Илустрације ради навешћемо два случаја Европског суда за људска права: случај Радовановић *v.* Аустрија (2004) – Суд је заузео став да су приликом доношења одлуке о издавању трајне забране на боравак у Аустрији, власти Аустрије повредиле члан 8 и право појединца на породични живот. Иако разлози, као што је почињење тешког кривичног дела, јесу основа за такву одлуку, у случају Радовановића мера није била оправдана јер је он рођен у Аустрији, средњу школу и занат завршио је у Аустрији, кривично дело почињено је као малолетан, породица му је у Аустрији, док су баба и деда који су га чували до 10 године у СРЈ умрли. Суд је нашао да је у одмеравању интереса јавног поретка и права на породични живот аустријски суд резоновао преоштро и тиме повредио члан 8.

Случај Бултиф *v.* Швајцарска (2001) - Алжирац се жалио на повреду чл.8 и права на поштовање на породични живот, пошто је Швајцарска одбила да му продужи боравишну дозволу и тиме повредила његов породични живот са супругом швајцаркињом. Основ за одбијање продужења боравка је почињено кривично дело и правоснажна пресуда, што по швајцарском праву јесте легални основ за непродужавање боравишне дозволе. Суд је ипак утврдио да иако сви законски услови јесу испуњени, решењем је прекшрен члан 8 ЕКЉП, јер власти Швајцарске нису узеле у обзир нарушење породичног живота.

2.2.3. Право на поштовање дома

Дом, стан сваког човека и породице сматрају се неповредивим. Изузетно могу се предвидети факултативна ограничења. Под појмом дома подразумева се место где лице живи, где се настанило и под тим појмом се може подразумевати и више станова-кућа, као и викендица или други привремени смештај.

³³ Видети пресуде Европског суда за људска права у случајевима: *Beerehab v. Netherlands* (1988), *Ahmut v. Netherlands* (1996), *Boujlifa v. France* (1997), *Radovanović v. Austria* (2004), *Boultif v. Switzerland* (2001).

Као спорно питање пред Европским судом за људска права појавило се да ли у одређеним ситуацијама може доћи до преклапања појмова пословног простора и дома.

У случају Ромен и Шмит *в.* Луксембург из 2003. године окосница тужбе је чланак који је новинар написао о криминалним радњама једног од министара у влади.³⁴ После објављивања текста дошло је до претреса стана новинара, али и канцеларије његовог адвоката. Суд је заузео став да се претрес адвокатовете канцеларије сматра повредом члана 8 ЕКЉП, тј. повреде права на дом и поред тога што је претрес извршен у складу са законом о кривичном поступку. Тиме је појам дома проширен и на пословни простор, али у спрези са осталим специфичностима овог случаја (посебно чл. 10 слобода изражавања). Наиме, Суд је заузео став да легални претрес простора адвокатске канцеларије представља повреду члана 8 и права на дом, јер је начин и обим претреса био у диспропорцији са циљем претреса, као и слободом изражавања новинара и његовог права на прикупљање информација.³⁵

Европски суд за људска права заузимао је став и поводом питања да ли се ромски караван може сматрати домом у смислу члана 8. У случају Конорс *в.* Уједињено Краљевство - Суд је заузео став да је живот у караванима интегрални део етничког идентитета Рома, који рефлектује дугу традицију путујућег стила живота овог народа.³⁶ Наиме, УК се позвало на други став члана 8 у коме се предвиђа да се јавна власт може мешати у вршење овог права у оној мери која је у складу са законом и која је нужна у демократском друштву. УК је сматрало да је налог на пресељење каравана издат у случају породице Конорс био у складу са законом и са решењем којим им је додељено право на коришћење парцеле на којој су они годинама држали свој караван. Налог за пресељење каравана, дат је у складу са ставом 2, члана 8 као нужним у демократском

³⁴ Видети пресуду Европског суда за људска права у случају: Roemen and Schmit *v.* Luxembourg (2003).

³⁵ *Ibid*, par.35

³⁶ Видети пресуду Европског суда за људска права у случају: Connors *v.* United Kingdom (2004).

друштву. Суд је заузео став да тумачење закона како је извршено представља повреду права на дом и то додатно у случају рома онемогућавања смештаја каравана на неким локалитетима има шири утицај на право на поштовање нечијег дома, јер утиче на способност лица да очува ромски идентитет и води приватни и породични живот у складу са традицијом. Што се тиче тумачења члана 8, став 2 мешање се може правдати нуждом у демократском друштву када је оправдано неодољивом потребом друштва и када је у пропорцији са законом којим је предвиђено, што у овом случају није било тако. У овом случају Суд је посебно подвукао рањивост ромске заједнице, те обавезу државе да приликом доношења одлука у погледу рома увек додатно морају имати на уму специфичности њиховог стила живота.

2.2.4. Право на поштовање преписке

Термин преписка, у време када су одредбе настале, односио се преваходно на комуникацију писањем. Данас се под термином преписка подразумевају и други видови комуникације, посредством правила о еволутивном тумачењу међународног права.³⁷ Стога, под правом на поштовање преписке подразумевамо и комуникацију телефоном, факсом, електронском поштом, као и будућа иновирани средства комуникације. Под ову категорију потпада и целокупна друга комуникација и информисање у дигиталном свету. Овај аспект права приватности нов је и трајно актуелан, јер неутуђиво почива на технолошком напретку. Разноврсност и специфичност дигитализације друштва, те свих података отвара као сасвим нову област тему приватности у информатичком друштву.³⁸

Преписка појединца начелно је заштићена. Писма се не смеју отварати нити читати, нити се начелно остале комуникације смеју

³⁷ Шурлан, Тијана. „Еволутивно тумачење међународног права“, Правна ријеч, година X, број 37, 2013, 139-154.

³⁸ Бобан, Марија. Право на приватност и право на приступ информацијама у савременом информацијском друштву, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год.49, 3/2012.

пратити, надzirати, прислушкивати. Изузеци од овог принципа постоје. Да би се приступило отварању и читању преписке, или праћењу и упућивању у друге видове комуникације неопходно је постојање законског основа.³⁹ Закони могу прописати увид у преписку само са циљем заштите националне безбедности, јавне безбедности или у материји кривичног тј. кривичнопроцесног права.

Као отворено питање пред Европским судом за људска права појавило се да ли затвореници имају право на поштовање преписке са спољним светом или не. Мишљења су се поделила на оне који сматрају да се на затворенике има применити доктрина уграђених ограничења, те да лишавање слободе своје последице мора протегнути и на ограничавање преписке следствено. С друге стране је став да се затворенику мора обезбедити слобода општења са адвокатом или судом, пошто је то једино средство осуђеника на остваривање његових права. Могућност ометања или надзирања преписке уређена је у случају *Ринзивило в. Италија* из 2000. године. Суд је увео тзв. троделни тест. Да би се могла надzirати преписка осуђеника са адвокатом неопходно је да је изграђен механизам правне контроле, да постоји угрожавање националне безбедности, превенција нереда или криминала и да је таква мера неопходна, тј. да постоје такве чињенице или информације које би указале на постојање злоупотребе привилегованих канала комуникације.

У оквиру права на преписку свакако једно од најзаступљенијих и у савременом друштву најфреквентнијих канала за размену информација је телефонска комуникација. Надзирање телефонских комуникација, као подкатеорије права на преписку, од стране полиције, безбедносних служби, судова, појавило се пред Европским судом за људска права у више наврата. Један од првих и најчешће цитираних случајева поводом овог аспекта права на приватност је *Малоун в. Велика Британија* (1984).⁴⁰

³⁹ Видети пресуде Европског суда за људска права у случајевима: *Klass and others v. Germany* (1978); *Campbell v. United Kingdom* (1992); *Calogero Diana v. Italy* (1996); *Petra v. Romania* (1998).

⁴⁰ Видети пресуду Европског суда за људска права у случају: *Malone v. UK* (1984).

2.3. Дерогирање права на приватност

Право на приватност начелно не припада категорији не-дерогабилних права. Но, у Међународном пакту о грађанским и политичким правима не наводе се посебни услови или околности под којима би дерогирање овог права дошло у обзир. Стога се на ово право примењују стандардне околности за дерогирање неког људског права, када говоримо о примени Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

С друге стране, Европска конвенција о људским правима и основним слободама, изричито наводи лимитирање права на приватност, односно набраја оне ситуације у којима се јавне власти могу мешати у приватни живот.

Према ставу 2 члана 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама право на приватност је дерогабилно право. Домашај права се може ограничити законом, када је неопходно „у демократском друштву“ због очувања националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, да би се спречили нереди или криминал, заштитило здравље или морал, као и права и слободе других.⁴¹ Формулација става 2 даје широк простор државама да у својим правним оквирима прецизирају и конкретизују право на приватност. С друге стране овако формулисана одредба широк је полигон и Суду за тумачење. Суд је у контексту ове одредбе доносио већину својих одлука, претежно фаворизујући право на приватност.

Рад Суда увек је усмерен на анализирање и преиспитивање националног законодавства. Неретко је овакво овлашћење Суда

⁴¹ Значење речи закон у наведеном ставу није дато у правно техничком смислу, већ у ширем смислу подразумевајући под законом и друге изворе права који имају функцију закона. Ово је посебно значајно за оне правне системе у којима закон није главни извор права, као нпр. за земље аглосаксонског правног система. Суд се о овоме изјаснио више пута. Видети нпр. пресуде у случајевима *Sunday Times v. UK* (1979), *Silver and others v. UK* (1983), *Malone v. UK* (1984).

критиковано као „надмоћна“ или „надржавна“ позиција Суда у односу на државе. У домену члана 8, став 2 Суд је и додатно овлашћен да још дубље понире у сврхисходност, легитимност и усклађеност законских решења. Наиме, одредба да се право на приватност може ограничити законом, али само када је такво законско уређење устројено као неопходно и својствено демократском друштву. Процена „неопходности“ и „демократског друштва“ у потпуности је слободна процена судског већа.

Богата је пракса Суда којом се појашњавају ови термини. Тако нпр. у случају Клас *v.* Немачка (1978) Суд је образложио схватање израза демократско друштво.⁴² Материја поводом које је Суд изнео став у односу на схватање израза демократско друштво односила се на тајно праћење и надзирање, те је утолико и поентирање демократског друштва било олакшано. Расправа о питању да ли одређивање тајног праћења у надлежности органа државне управе или суда, довела је брушења става Суда да је окосница демократског друштва способност примене принципа владавине права. Принцип владавине права, *inter alia*, имплицира да мешање извршних власти у права појединаца мора бити подвргнуто ефективној контроли која по правилу значи судску контролу, јер судска контрола је најбољи гарант независне, непристрасне и прикладне процедуре.⁴³

2.4. Конвенција Савета Европе о заштити појединаца у односу на аутоматску обраду личних података из 1981. године

Нормативна класификација права на приватност није једина. Поред ове класификације појављује се и низ других теоријских класификација заснованих на различитим критеријумима или пак аспектима живота људи.⁴⁴ Тако се нпр. говори о заштити приват-

⁴² Видети пресуду Европског суда за људска права у случају: Case of Klass and Others *v.* Germany (1978).

⁴³ *Ibid.*, par.55

⁴⁴ Boban, Marija. „Pravo na privatnost i pravo na pristup informacijama u suvreme-

ности личних података, о праву на приватност тела и организма (у смислу искључиве и самосталне одлуке о подвргавању медицинским тестовима на дроге, сиду, алкохол и сл.), о праву приватности комуникација, приватности окружења.

Управо на једном од наведених издвојених исечака настала је конвенција Савета Европе - Конвенција о приватности, како се популарно зове, тј. Конвенција Савета Европе о заштити појединаца у односу на аутоматску обраду личних података из 1981. године.⁴⁵ До данас је 41 држава ратификовала ову Конвенцију, Србија 2005. године (ступила на снагу 2006. године).

Предмет Конвенције је усклађивање националних законодавства држава потписница с основним начелима и препорукама садржаним у овом документу. Поштујући владавину права, људска права и основне слободе, Конвенција има за циљ повезивање својих чланица, проширење заштите основних права и слобода појединца, нарочито права на приватност, када је реч о аутоматској обради личних података. Државама је препуштена иницијатива да се у поступку регулисања ове материје определе у погледу садржаја, домета и обухвата заштите личних података, уз могућност исказивања и очувања одређених специфичности. При томе, свака држава мора да се придржава утврђених начела.

2.5. Право Европске Уније

Право на приватност нормирано је и у оквиру права Европске Уније. У Повељи о основним правима у Европској Унији из 2000. године у члану 7 предвиђено је да „свако има право да се поштује његов односно њен приватни и породични живот, дом и комуници-

nom informacionom društvu“. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god.49, 3/2012, 575-598.

⁴⁵ The Council of Europe's 1981 Convention for the Protection of Individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data – Council of Europe, ETS no. 108, Strasbourg 28.1.1981.

рање“.⁴⁶ У основној одредби дакле комунитарно право није направило ни једну измену у односу на остале међународноправне акте.⁴⁷ Чланом 8 Повеље посебно се прописује заштита личних података и то изричито *pro* појединца, утврђивањем права појединца да има сазнања и приступа свим информацијама које се тичу ње/њега. Европска Унија, као заједница препознатљива и по обимној нормативној активности наставила је нормирање права на приватност и у другим правним актима. То су превасходно директиве Европске комисије - ЕУ Директива 95/46/ЕЦ - пропис о заштити појединца у вези са обрадом података о личности и слободним протоком тих података који представља темељни документ права о заштити личних података у правном систему Европске уније; ЕУ Директива 2002/58/ЕЦ, пропис о обради података о личности и заштити приватности у сектору електронских комуникација (Директива о приватности и електронским комуникацијама; Регулатива (ЕЦ) Но 45/2001, пропис о заштити појединца у вези са обрадом података о личности од стране органа ЕУ и слободним протоком тих података; ЕУ Директива 97/66/ЕЦ, пропис о заштити појединца у вези са обрадом података о личности и заштитом приватности у области телекомуникација).

Према правилима ЕУ Директиве 95/46/ЕЦ, државе чланице овлашћене су да врше пренос података о личности у земљу која није чланица ЕУ само ако је та земља осигурала адекватан ниво заштите података о личности, мерен према стандардима ЕУ. Ако овај услов није испуњен у националном законодавству треће земље, држава чланица је овлашћена да изврши пренос података у ту земљу ако постоје гаранције друге врсте у вези са заштитом података о личности. Типична додатна гаранција ове врсте јесу уговорне кла-

⁴⁶ Повеља о основним правима Европске Уније усвојена је од стране Европског Парламента, Савета министара и Европске комисије 7. децембра 2000.године. По усвајању Лисабонског споразума 2009.године Повеља постаје обавезујућа за све државе ЕУ од 2010.године, објављивањем у Службеном гласнику ЕУ - Official Journal of the European Union, С 83/389, 30.3.2010.

⁴⁷ О специфичностима комунитарног права видети: Вукадиновић, Радован. *Увод у институције и право Европске Уније*. Крагујевац, 2012, 7-15.

узуле у уговору који се у целини или делом односи на пренос података о личности.⁴⁸

У праву ЕУ већ су донете одлуке које се односе на дефинисање уговорних клаузула којима се на директан начин гарантује адекватна заштита података о личности приликом њиховог преноса из земље чланице ЕУ у треће земље.⁴⁹ У том смислу, Европска Комисија упућује стране уговорнице на типичне аспекте заштите података о личности, као што су ограничења која се везују за сврху обраде и употребе података, квалитет података и захтев за пропорционалношћу, транспарентност, сигурност и поверљивост обраде, права лица на које се односи податак и сл.

3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – АКТУЕЛНЕ АКТИВНОСТИ

Међународноправни нормативни оквир јасан је и изванредан. Подједнако је извесно да нема изгледа, нити потребе мењати ни универзалне нити регионалне документе из корена. То истовремено не значи да је тема затворена. Поштовање тј. кршење позитивноправних норми, може се санкционисати, а може се приступити и другим видовима међународноправног општења. Кршење права на приватност јесте изразито актуелна тема. Иако темељи овог права стоје чврсти и недирнути, идеја не нарушена, изазова које намећу околности глобалног информатичког друштва ипак има. Сет околности – почев од нејасног става у погледу екстратериторијалне примене људских права, те технолошки олакшаног праћења комуникација и могућности увида у свеукупност комуникација, довео је до нарушавања права приватности, али и реаговања на такво понашање, посебно када је оно организовано и планско понашање државе.⁵⁰

⁴⁸ Видети: Kuner, Christopher. *European Data Privacy Law and Online Buisines*. Oxford, 2003.

⁴⁹ Ramage, Sally. *Privacy: law of Civil Liberties*. 2007, 15-17 .

⁵⁰ Deeks, Ashley. „Does the ICCPR Establish an Extraterritorial Right to Privacy?“ *Lawfare – Hard National Security Choices*, postavljeno 14.novembra 2013,

У жижи интересовања поводом тема о нелегалном праћењу и надзирању комуникација у савременом тренутку је САД, почев од прешироких овлашћења државним органима на задирање у приватност својих држављана, па до држављана других држава и државних функционера. У САД делује неколико невладиних организација које се залажу за враћање САД на режим поштовања права на приватност у његовом међународноправном и базичном националном обиму. Посебно треба споменути *Center for Democracy and Techology* и *American Civil Liberties Union*, који су припремили извештај Комитету за људска права (*Shadow Report*) о (не) спровођењу Међународног пакта за грађанска и политичка права од стране САД. Извештај ће бити разматран у марту 2014. године. Тежиште је на масовном надзирању комуникација од стране Агенције за националну безбедност (*National Security Agency – NSA*) и кршењу обавеза које САД има на основу Међународног пакта о политичким и грађанским правима.⁵¹

Поред ових унутардржавних активности, под окриљем УН покренуте су иницијативе о заузимању заједничког става о нарушавању дигиталне приватности. У новембру је поднет нацрт резолуције, коју су саставиле Немачка и Бразил, усмерене ка ојачавању заштите дигиталне приватности.⁵² Резолуцију су подржале и промовишу је утицајне невладине организације које се баве заштитом људских права *Access Now, Amnesty International, Human Rights Watch, Privacy International, Electronic Frontier Foundation*.⁵³

<http://www.lawfareblog.com/2013/11/does-the-iccpr-establish-an-extraterritorial-right-to-privacy/>

⁵¹ <https://www.cdt.org/report/report-un-human-rights-committee-nsa-surveillance;>
[https://www.cdt.org/files/pdfs/ICCPR-Shadow-Report.pdf;](https://www.cdt.org/files/pdfs/ICCPR-Shadow-Report.pdf) https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/american_civil_liberties_union_shadow_report_to_the_u.s._fourth_periodic_report_final.pdf

⁵² UN General Assembly, Third Committee, Promotion and Protection of Human Rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective joint of human rights and fundamental freedoms, Brazil and Germany: draft resolution “The right to privacy in the digital age”, A/C.3/68/L.45, 1 November 2013.

⁵³ У употреби је и термин “*five eyes*” којим се означава пет држава које се налазе у заједничком аранжману у погледу дељења информација – САД, Велика Брита-

Резолуција је базирана на потреби реafirмације права нормираних Међународним пактом о политичким и грађанским правима у конотацији убрзаног информатичког развоја, комуникационих технологија и потребе очувања интернета као отвореног простора, гарантујући људима права која имају *of-line* и *on-line*.⁵⁴

Стога се у финалном ставу може констатовати да постојећи нормативни оквир има капацитета да одговори на нове аспекте друштвеног живота у оквиру којих долази до снажног сударања права на приватност и принципа националне безбедности. Баланс који се мора одржати је ограничавање права на приватност у мери у којој не доводи до његове негације.

Dr Tijana Surlan*

RIGHT TO PRIVACY – INTERNATIONAL LAW NORMATIVE FRAMEWORK

Summary

Right to privacy presents one of the classical international human rights law, deeply rooted in the human rights philosophy. It does have pedigree of classical and well established right, but yet again it is marked with terms of constant actuality. Within the paper exploration

нија, Канада, Аустралија и Нови Зеланд - <https://www.eff.org/deeplinks/2013/11/human-rights-groups-un-reject-mass-surveillance>;
<https://www.accessnow.org/blog/2013/11/21/message-to-u.n.-general-assembly-stand-up-for-right-to-privacy-in-the-digit>

⁵⁴ UN General Assembly, Third Committee, Promotion and Protection of Human Rights: human rights questios, including alternative approaches for improving the effective joint of human rights and fundamental freedoms, Brazil and Germany: draft resolution “The right to privacy in the digital age”, A/C.3/68/L.45, 1 November 2013, par.1-3.

* Associate Professor in International Public Law, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, Serbia, tijana.surlan@kpa.edu.rs

is directed toward the analysis on whether terms, notions, normative framework do provide efficient protection of privacy rights, especially nowadays, in global society. Analysis follows universal international law instruments and regional international law instruments – Council of Europe primarily. Jurisprudence of European Court of Human Rights provides important conclusions and crystallisation of all aspects of privacy law. Thus, attention is hugely directed toward ECHR.

Key words: *notion of privacy, privacy rights, jurisprudence of European Court of Human Rights*

ЛИТЕРАТУРА

- Boban, Marija. „Pravo na privatnost i pravo na pristup informacijama u suvremenom informacijskom društvu“. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god.49, 3/2012.
- Bratman, Benjamine. „Brandeis and Warren “Right to Privacy” and the birth of the right to privacy“. Tennessee Law Review, Vol.69, 2002, 623-641.
- Chemerinsky, Erwin. „Rediscovering Brandeis Right to Privacy“. Brandeis Law Journal, Vol. 64, 2006-07, 643-657.
- Вукадиновић, Радован. Увод у институције и право Европске Уније. Крагујевац, 2012.
- Deeks, Ashley. „Does the ICCPR Establish an Extraterritorial Right to Privacy?“ Lawfare – Hard National Security Choices, postavljeno 14.novembra 2013, <http://www.lawfareblog.com/2013/11/does-the-iccpr-establish-an-extraterritorial-right-to-privacy>
- Detrich, Sharon. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publisher, 1999.
- Doebbler, Curtis.F.J. *Introduction to International Human Rights Law*. CD Publishing, 2007.
- Ehlers, Dirk. (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*. Berlin, 2007.

- Garrett, Brandon. *The Right to Privacy*. The Rosen Publishing Group, New York, 2001.
- Gidens, Entoni. *Evropa u globalnom dobu*. Beograd, 2009.
- Glen, John. *Globalisation – North-South Perspectives*. Routledge, 2007.
- Held, Dejvid. *Demokratija i globalni poredak – od moderne države ka kosmopolitskoj vladavini*. Beograd, 1997.
- Kuner, Christopher. *European Data Privacy Law and Online Buisines*. Oxford, 2003.
- Pečujlić, Miroslav. *Globalizacija: dva lika sveta*. Beograd, 2002; Entoni Gidens, *Evropa u globalnom dobu*, Beograd, 2009.
- Rabb, Charles.D. *Privacy, Democracy, Information*. Routledge, 1997.
- Ramage, Sally. *Privacy: law of Civil Liberties*. 2007.
- Rengel, Alexandra. *Privacy in the 21st Century*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Стојановић Драган, „Устав Србије од 1888.и људска права“. Фира А., Марковић Р. (ур.), Два века српске уставности:зборник радова са научног скупа одржаног 11-12.марта 2010, Београд:- САНУ, 2010, 217-284.
- Шурлан, Тијана. „Еволутивно тумачење међународног права“. Правна ријеч, година X, број 37, 2013, 139-154.
- Van Dijk, Pietr., Van Hoof, Godefridus.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Kluwer Law International, 1998.
- Webster, Frank. *Theories of the Information Society*. Routledge, 2006.
- Westby, Jody R. (ed.), *International Guide to Privacy*. American Bar Association, Privacy and Computer Crime Committee, 2005
- Westin, Alan. *Privacy and Freedom*. New York, 1970.

Случајеви Европског суда за људска права:

1. *Klass and Others v. Germany* (1978)
2. *Marckx v. Belgium* (1979)
3. *Sunday Times v. UK* (1979)
4. *Dudgeon v. UK* (1981)
5. *Silver and others v. UK* (1983)
6. *Malone v. UK* (1984)
7. *Norris v. Ireland* (1988)
8. *Beerehab v. Netherlands* (1988)
9. *B. v. France* (1992)
10. *Burgarc v. Switzerland* (1994)
11. *Stjerna v. Finland*, (1994)
12. *Modinos v. Cyprus* (1994)
13. *Ahmut v. Netherlands* (1996)
14. *Boujlifa v. France* (1997)
15. *Marangos v. Cyprus* (1997)
16. *X, Y, Z v. UK* (1997)
17. *Sheffield and Horsham v. UK* (1998)
18. *Smith and Gradz v. UK* (1999)
19. *K. and T. V. Finland* (2001)
20. *Boultif v. Switzerland* (2001)
21. *Radovanović v. Austria* (2004)

