

3.3. Забезпечення прав людини в умовах «регулювання кодом»: нові виклики цифрової епохи*

Кіберпростір – це динамічне середовище, в якому постійно виникають нові процеси та явища. Деякі з них здатні суттєво змінити наше життя і породити небачені раніше загрози для людини й суспільства. Останнім часом головна увага правознавців, яких цікавлять особливості регулювання відносин в Інтернеті, прикута до ненавмисних порушень прав людини внаслідок поширення нових технологій, зокрема штучного інтелекту. Проте колишні суспільні проблеми та конфлікти інтересів, які були визначальними для розвитку права упродовж останніх століть, нікуди не зникли і перемістилися в кіберпростір практично відразу після його виникнення. Їх намагаються вирішити через запровадження нових правил поведінки, однак ці правила далеко не завжди походять від державних органів законодавчої, виконавчої чи судової влади та доволі рідко закріплені в міжнародних договорах, незважаючи на транскордонний чи глобальний характер відповідних проблем. Багато хто вбачає у цьому ознаку занепаду права як регулятора відносин у суспільстві та заміщення його альтернативними засобами. Вивчення цих засобів, основним із яких найчастіше вважають комп'ютерний код, наближає нас до розуміння нових реалій, до яких сучасні правові системи мають швидко «адаптуватися або зникнути назавжди»¹.

Концепція коду як регулятора відносин у суспільстві

Одним із перших звернув увагу на регулятивну роль комп'ютерного коду² архітектор і професор Массачусетського технологічного інституту Вільям Мітчелл. У книзі «Місто бітів», яка вийшла у 1996 році, він писав, що «там в електронному просторі код є законом»³, і попереджав мешканців цифрового

* Сухорольський Петро, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародної інформації Національного університету «Львівська політехніка», ORCID: 0000-0002-1689-3283, e-mail: petro.m.sukhorolskyi@lpnu.ua

1 Саме таку формулу полюбляють використовувати техноентузіасти, проштовхуючи чергову підривну новачку, яка, на їхню думку, є ще однією сходинкою на шляху невинного цивілізаційного прогресу.

2 Визначення коду, яке пропонує ключовий представник цієї теорії Л. Лессіг, є таким: код – це «інструкції, закладені у програмне й апаратне забезпечення, які дають змогу кіберпростору функціонувати» (Lessig L. Code: Version 2.0. New York: Basic Books, 2006. P. 72).

3 Ключову формулу «code is law», яку використовують багато авторів, можна в різних контекстах перекласти як «код є правом» чи «код є законом». Проте головна суть у тому, що код вважають паралельним регулятором поряд із правом чи його головним джерелом – законом. Цікаво, що саме слово «код» походить від кодексу як збірки правових норм і тепер знову набуває свого оригінального значення.

світу, що вони мають пильно стежити за порядками в їхній створеній програмами політії – чи є ці порядки справедливими й гуманними та чи захищають приватність, власність і свободу¹. На його думку, контроль над кодом означає велику владу – він дає змогу окреслювати сферу допустимого та вирішувати, хто буде привілейованим чи маргіналізованим у цифровому світі. Мітчелл виділив три головні чинники, які були визначальними у минулому для формування пов'язаних із приватністю балансів: архітектуру, право та звичаї. У кіберпросторі місце архітектури зайняв код, і він є набагато могутнішим інструментом, ніж будь-які технології, які створила людина раніше².

Згодом схожу теорію сформулював професор Фордгемського університету та один із перших американських дослідників правового захисту приватності в Інтернеті Джоел Райденберг. У своїй найвідомішій статті він обґрунтував виділення своєрідного комплексу норм під назвою *lex informatica*, які, на його думку, для інформаційного суспільства не менш важливі, ніж *lex mercatoria* для середньовічних торговців. Спільна риса обох регуляторів суспільних відносин – автономність від національних правових систем. Норми, які належать до *lex informatica*, походять із технологій і стандартів, на основі яких розбудовується мережа. Головною їхньою ознакою є самореалізація, тобто вони не потребують ніяких спеціальних органів правозастосування для того, щоб бути ефективним регулятором і впливати на відносини³.

Проте найбільш повно і детально розкрив проблему «коду як закону» всесвітньовідомий професор права зі Стенфорда та засновник «*Creative Commons*»⁴ Лоуренс Лессіг. Він виділив чотири головні регулятори суспільних відносин: право, [інші] соціальні норми, ринок та архітектуру⁵. Код є одним із варіантів архітектури. Регулювання архітектурою/кодом означає, що конкретні люди чи організації безпосередньо не впливають у реальному часі на суспільні від-

1 Mitchell W. City of bits: space, place, and the infobahn. Cambridge: The MIT Press, 1996. P. 111.

2 Ibid. P. 112, 159.

3 Reidenberg J. Lex Informatica: The formulation of information policy rules through technology. *Texas Law Review*. 1998. Vol. 76. No. 3. P. 553–593.

4 Неприбуткова організація, мета якої – сприяти вільному розповсюдженню творів, зокрема через розроблення так званих ліцензій *Creative Commons*, за допомогою яких автори можуть обирати, які саме права щодо їхніх творів буде мати невизначене коло осіб у всьому світі.

5 Слово «архітектура» тут вживають у найширшому розумінні як певну складну структуру, систему, конструкцію, розроблену і створену людьми для певних цілей. Це не лише будівлі, ландшафти чи способи організації компонентів у комп'ютерній системі, а практично все, що впливає на творення просторів, у яких живуть і діють люди. У праці іншого автора на ту саму тему сказано, що архітектура «поєднує обмеження фізики, природи та технологій» (Weber R. "Rose is a rose is a rose is a rose" – what about code and law? *Computer Law & Security Review*. 2018. 34.4. P. 702). Тобто, якщо міст спроектували певної ширини, то по ньому не проїде ширший транспорт. Якщо комп'ютерну систему спроектували відстежувати і фіксувати кожен рух користувача, то у ній не забезпечиш приватність без втручання в «архітектуру».

носини, проте вони впливають на створення та зміну архітектури, яка завдяки самому своєму існуванню здатна виконувати самостійну регулятивну роль¹. Найпростіше це можна пояснити на класичному прикладі побудови мостів на Лонг-Айленді у Нью-Йорку, який дослідники обговорюють уже багато десятиліть. Мости були спеціально спроектовані так, щоб проїзди під ними були низькими, тобто розрахованими на рух лише легкового транспорту, але не автобусів. Таке інженерне рішення було спрямоване на конкретний соціальний ефект, а саме – перешкодити потраплянню на пляжі та в інші місця відпочинку представників нижчого соціального класу та чорношкірих – основних пасажирів громадського транспорту, які не можуть дозволити собі купити власний автомобіль².

У цьому прикладі важливі кілька аспектів: 1) це був цілеспрямований вплив з боку влади на суспільні процеси, тобто регулювання суспільних відносин; 2) таке регулювання здійснювалося не за допомогою правових чи інших соціальних норм; 3) незважаючи на це, його ефект не менший, а може й більший, ніж від аналогічних правових норм; до того ж він значно триваліший у часі – дискримінаційні закони можна швидко й досить легко скасувати, а мости споруджують на віки. Загалом уся ця тема є не новою і для суспільствознавців, і для технологів та інженерів. Вона стосується ключового питання – чи можуть цінності, політичні та правові рішення бути вбудованими у технології, чи навпаки – технології є нейтральними, як стверджують представники високотехнологічного бізнесу³. Ще в середині ХХ ст. визначний мислитель у галузі філософії техніки Льюїс Мамфорд вважав засадничим поділ технологій (у широкому значенні слова) на демократичні (розсіяні, орієнтовані на людину) та тоталітарні (орієнтовані на систему, «мегамашини»). Цікавими в сучасному контексті є його слова, що «там, де йдеться про великі цифри, демократія стає або об'єктом зовнішнього контролю і централізованого управління, або має братися за виконання важкого завдання – делегування повноважень певній кооперативній організації»⁴. Інший відомий дослідник суспільного впливу технологій Ленгдон Віннер стверджує, що «те, що ми називаємо словом 'технології', є способами організації порядку в нашому світі»⁵. Це, безумовно, споріднює їх із правом.

1 Lessig L. Code: Version 2.0. New York: Basic Books, 2006. P. 123; Wright A., De Filippi P. Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia. *Social Science Research Network*. 2015. 2580664. P. 17.

2 Winner L. Do artifacts have politics? *Daedalus*. 1980. Vol. 109. No. 1. P. 123–124.

3 Детальніше про це у праці: Сухорольський П. Основи футурології. Львів: Апіорі, 2021. С. 500–507.

4 Мамфорд Л. Миф машины. Техника и развитие человечества. Москва: Логос, 2001. С. 309–310.

5 Winner L. Do artifacts have politics? P. 127.

Як уже було зазначено, ключовою ознакою архітектури як регулятора є «самовиконуваність», тобто здатність функціонувати не покладаючись на людей та їхні рішення. Це стало головною причиною нового піднесення ідей Лессіґа та інших авторів у час розвитку та поширення блокчейн-технологій. На їхній підставі були розроблені так звані *сма́рт-контракти* – своєрідні комп'ютерні замітники цивільно-правових договорів, що насправді є комп'ютерними програмами, в які вбудовані усі необхідні умови та положення. Усі ці новації пов'язані зі значними викликами для багатьох правових галузей та інститутів і породили широкі дискусії щодо співвідношення смарт-контрактів із правом¹. Незважаючи на те, як такі питання будуть врегульовані в майбутньому, для нас важливий сам факт того, що комп'ютерний код у цьому випадку явно продемонстрував рису прямого конкурента правових норм. Такий варіант архітектурного регулятора називають *lex cryptographia*, інакше кажучи – це правила, які реалізуються через смарт-контракти та автономні децентралізовані організації, що функціонують на базі блокчейн-технологій². Проте це не обов'язково означає автоматичні поліпшення у сфері людських прав, адже математична точність нових регуляторів може не залишити місця для людини та її свобод³.

Для кращого розуміння нюансів розглянемо кілька інших прикладів регулювання за допомогою архітектури. Передусім це дорожній рух, на впорядкування якого впливають різні чинники. Крім нормативно-правових актів, у яких закріплені детальні правила руху, а також правова відповідальність за їх порушення, водії знають і неформальні правила, які більшість виконує добровільно (соціальні норми). Страхові компанії можуть не відшкодовувати збитки, якщо порушено правила сезонної заміни шин (регулювання ринком), а на дорогах встановлюють обмежувачі швидкості, або самі дороги у житлових кварталах проектують вузькими та з численними поворотами (регулювання архітектурою). Нові технологічні засоби пересування потребують специфічного й диверсифікованого регулювання. Ілюстративною є озвучена після трагічного випадку вимога мерії Парижа до компаній, що надають послуги прокату електросамокатів, встановити у них обмежувачі швидкості, інакше вона відмовиться продовжувати контракти з цими компаніями⁴. Тобто влада усвідомлює недостатню ефективність правового регулювання у цій сфері та

1 Drummer D., Neumann D. Is code law? Current legal and technical adoption issues and remedies for blockchain-enabled smart contracts. *Journal of Information Technology*. 2020. 35.4. P. 337–360.

2 Wright A., De Filippi P. Decentralized blockchain technology and the rise of *lex cryptographia*. P. 1.

3 Tapscott D., Tapscott A. Realizing the potential of blockchain : White Paper. World Economic Forum. June 2017. P. 23.

4 У Парижі погрожують заборонити прокатні електросамокати. *Економічна правда*. 30.06.2021. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2021/06/30/675459/> (дата звернення: 01.07.2021).

закликає приватні компанії задіяти інструменти архітектурного регулювання. Загалом, аналогічні обмежувачі можна було давно вбудувати і в автомобілі (допускати на ринок лише автомобілі з вбудованими обмежувачами швидкості), цим самим різко зменшивши аварійність і смертність на дорогах, але у минулому регулювання архітектурою не було аж таким поширеним і популярним. Чого зовсім не можна сказати про сучасний кіберпростір.

Згідно з теорією Лессіґа, право може впливати на відносини безпосередньо або через інші три регулятори. Якщо інші регулятори мають протилежний вплив, то правові норми виявляються неефективними. Яскравим прикладом є проблема захисту інтелектуальної власності в нашій державі: 1) соціальні неправові норми в Україні швидше працюють проти, аніж на користь інтелектуальної власності – користування контрафактною продукцією не вважається чимось таким, що заслуговує навіть на мінімальний осуд суспільства; 2) населення здебільшого небагате, і стандартна глобальна ціна об'єкта інтелектуальної власності часто надмірна для більшості; за таких умов ринок схиляє швидше до вибору «вкрасти», аніж «купити»; якщо ж запровадити особливі суттєві знижки «для бідних» чи пропонувати безплатні продукти в обмін на персональні дані, тоді порушення прав інтелектуальної власності можна звести до мінімуму; 3) архітектура може бути «за» чи «проти» захисту інтелектуальної власності: прикладом першого є децентралізовані мережі обміну файлами на зразок *BitTorrent*, а другого – технології *Digital Rights Management (DRM)*.

Для ефективного регулювання відносин у кіберпросторі потрібно, щоб право і архітектура доповнювали одне одного¹. Якщо влада в державі не впливає на зміну архітектури (а також на процеси на глобальному ринку), це неодмінно буде позначатися на ефективності правових норм, які вона видає, особливо у випадку, якщо вони суперечать правилам діючої архітектури і ринку. Лессіґ та його однодумці стверджують, що в інформаційному суспільстві регулювання архітектурою (тобто кодом) виходить на перше місце і перетворюється на головну загрозу для свободи (у попередні два століття такими загрозами були спершу соціальні норми, потім державна влада, а згодом – ринок)², а також, що не менш важливо, загрозу для інших трьох регуляторів, які з часом можуть втратити своє значення³.

1 Це зовсім не означає, що такий варіант завжди позитивний, – він може бути й основою надзвичайно ефективного авторитаризму.

2 Lessig L. Code: Version 2.0. P. 121.

3 Великі компанії та уряди, маючи в розпорядженні гігантські масиви персональних даних, швидко вчаться маніпулювати соціальними нормами, які визначають поведінку людей. Деякі з компаній здобули виняткове становище на ринку та викроюють його за своїми вподобаннями, схиляючи до того, щоб він втратив своє значення як незалежний регулятор. Це підтверджують відомі слова керівника компанії *Uber*: «Ми не встановлюємо ціну. Ринок встановлює ціну. Ми маємо алгоритми, які визначають, чим цей ринок є» (Wohlsen M. *Uber*

Коренем сучасної могутності коду можна вважати віру в точну науку та в можливість технологічно-ідеальних рішень різноманітних проблем¹. Колишні зразки регулювання архітектурою були поодинокими та локальними. Натомість код, який є в основі кіберпростору та його ключових платформ і сервісів, має глобальне значення. Його можна легко й швидко змінювати, адаптуючи до інтересів тих, хто здатний на нього впливати. Найчастіше це великі корпорації та уряди сильних держав. Сучасний Інтернет суттєво відрізняється від свого попередника, який існував кілька десятиліть тому. У ньому на перше місце вийшли комерційні інтереси, і майже повністю зникла приватність. Автори концепції «code is law» стверджують, що так сталося не тому, що це було неминуче, а завдяки конкретним рішенням, які стосуються створення та зміни архітектури. І такі рішення були прийняті, бо це було в інтересах великого бізнесу та влади ключових держав.

Особливості регулювання кодом у контексті прав людини

Регулювання кодом порівняно з правовим регулюванням відзначається низкою особливостей, які не можна ігнорувати, особливо коли йдеться про їхню конкуренцію за вплив на суспільні відносини. Ще Райденберг у своїй статті говорив про ключову відмінність: у випадку порушень право покладається на заходи *ex post* (тобто діє ретроспективно, постфактум), тоді як технологія діє *ex ante* (наперед)². Отже, досконало написаний код не дає жодного шансу порушити визначене правило, бо воно є частиною коду³. В одній із праць про використання гравцями «глуків» у відеоіграх стверджується, що ближчою аналогією комп'ютерного коду є не право, а фізика, тому «law» у виразі «code is law» можна розуміти як «фізичний закон» чи «закон природи» в штучно сконструйованому людьми кіберпросторі. Отже, коли гравці виявляють можливість пройти крізь стіну у певному місці у грі, вони без вагань користуються нею, адже так було передбачено у коді, тобто правила не порушені⁴.

boss says surging prices rescue people from the snow. *Wired*. 17.12.2013. URL: <https://www.wired.com/2013/12/uber-surge-pricing/> (дата звернення: 01.07.2021)).

Щодо права, особливо міжнародного, яке мало б бути головним чинником, що обмежує та скеровує розвиток глобальної архітектури кіберпростору, то його роль залишається дуже скромною у цій сфері.

- 1 Керуючись ідеями, викладеними у працях класиків ліберальної теорії, можна дійти до протилежного висновку. Наприклад І. Берлін вважає великою помилкою прагнення побудувати єдину статичну утопію, в якій буде досягнуто ідеальне співвідношення між різними цінностями та інтересами. Натомість філософ стверджує, що людські цінності та цілі часто несумісні між собою, і здатність людини обирати між ними у кожному конкретному випадку є важливим елементом людського життя (Берлін І. *Філософія свободи*. Європа. Москва: Новое литературное обозрение, 2001. С. 181–185).
- 2 Reidenberg J. *Lex Informatica: The formulation of information policy rules through technology*. P. 580–581.
- 3 Lessig L. *Code: Version 2.0*. P. 110.
- 4 Hemmingsen M. *Code is law: subversion and collective knowledge in the ethos of video game speedrunning*. *Sport, Ethics and Philosophy*. 2020. P. 5.

Про неможливість жодного відступу від передбачених кодом правил говорить і Мітчелл. Для цього він використовує приклад банкомата: його неможливо втягнути у будь-яку дискусію чи домогтися від нього особливого рішення, яке враховувало б непередбачені побажання чи обставини – «поле можливих взаємодій повністю визначене формально встановленими правилами»¹. Отже, код окреслює поле можливого, тоді як право – поле допустимого, доцільного, бажаного. Це змушує задуматися над запитанням, якби у права були такі ж можливості, як у коду, чи пішло б це на користь суспільству? Безумовно, регулювання стало б набагато ефективнішим: не доводилося б схиляти поведінку непокірних людей у потрібне русло, натомість можна було б усунути саму можливість небажаної поведінки (на зразок блокування екаунтів у соціальних мережах). Боротьба з порушеннями *ex ante* означає не покладання відповідальності на порушників, а стирання з реальності самих порушень.

Шукаючи аналогії цього у правовій реальності легко помітити, що схоже відбувається, коли людину позбавляють волі. Тоді, крім правових норм, які забороняють покидати територію в'язниці, і тих, що передбачають за це суворі заходи відповідальності, застосовують своєрідне регулювання архітектурою – товсті стіни в'язниці, разом з високою огорожею з колючим дротом та озброєною охороною зводять до мінімуму саму можливість втечі. Проте тут ідеться про виняткові крайні випадки суспільної небезпеки – такі заходи не застосовують широко і до всіх людей.

Зважаючи на зазначені особливості, виникають побоювання, що регулювання кодом надзвичайно звужує автономність і свободу індивіда – ключових цінностей, які є в основі прав людини. На думку Іммануїла Канта, поширення державного регулювання на сферу моралі є недоцільним, бо тоді зовнішні чинники підмінятимуть внутрішню свободу, і людина буде позбавлена можливості робити справжній моральний вибір². Регулювання ж кодом широкого кола питань забирає можливість не лише вибирати між добром і злом, а й між правомірною та неправомірною поведінкою: залишається єдиний варіант – діяти згідно з правилами коду з усіма його помилками, спрощеннями та недосконаlostями. Норвезький філософ Ларс Свендсен зауважує, що негативна свобода «визначається кількістю відчинених дверей, а не лише тим, що двері, через які я бажаю пройти, відчинені»³. Регулювання кодом може залишити занадто мало відчинених дверей, а індустрія і влада, яка за ним стоїть, змусить повірити, що це саме ті двері, в які хочеться увійти. Тому Лессіг і застерігає, що за теперішніх тенденцій Інтернет невдовзі перетвориться у найбільш регульований, тобто позбавлений свободи простір, який будь-коли знала людина⁴.

1 Mitchell W. City of bits: space, place, and the infobahn. P. 112.

2 Fletcher G. Law and morality: A Kantian perspective. *Columbia Law Review*. 1987. Vol. 87. P. 542.

3 Свендсен Л. Фр. Г. Філософія свободи. Київ: Ніка-Центр, 2016. С. 141.

4 Lessig L. Code: Version 2.0. P. 32.

Важливий недолік регулювання кодом – його *непрозорість*. Суспільство не контролює і не усвідомлює особливостей цього процесу. Загалом непрозорість не можна вважати загальною ознакою архітектурного регулювання, адже, наприклад, ніхто не думає, що обмежувачі на дорогах лежать там випадково¹. Усі розуміють, що їх там спеціально встановили, щоб зменшити швидкість у конкретних місцях. У ситуації з мостами в Нью-Йорку теж із часом широке коло людей, ймовірно, зрозуміє їхню додаткову обмежуючу функцію, хоча тоді може бути вже запізно для того, щоб щось змінювати. Коли йдеться про код, сама складність процесів далеко не завжди дає змогу розібратися в них навіть спеціалістам. Ситуацію погіршує те, що код – закритий і захищений правами інтелектуальної власності.

Зважаючи на це, Лессіг вбачає головний вихід у широкому розповсюдженні програмного забезпечення з відкритим кодом. У такому разі можна з'ясувати, як він працює та які норми і цінності у ньому вбудовані. Це головна передумова проведення відкритої суспільної дискусії та розв'язання цих проблем на політичному рівні. З іншого боку, закритий код підміняє собою політику. Значущі для суспільства рішення щодо балансування різних цінностей та інтересів приймають уже не обрані народом представники, а особи з бізнесу, технологічного середовища та виконавчої влади, які стоять за кодом. Лессіг навіть порівнює архітектуру кіберпростору з конституцією та говорить, що це засоби, які покликані структурувати й обмежувати соціальну та нормотворчу владу з метою захисту фундаментальних цінностей². Але вони не виникають самі собою – їх свідомо винаходять, створюють та розбудовують навколо конкретних цінностей, які кладуть в основу конструкції. У випадку з кодом, якщо суспільство та його представники не займаються цими речами, то рішення за них приймають інші люди, керуючись власними уявленнями та інтересами. Усе це має прямий стосунок до прав людини, що втілюють різні важливі суспільні цінності, деякі з яких (передусім приватність, а також рівність, недискримінація, свобода) опинилися під загрозою в цифровому світі, керованому алгоритмами.

Проте навряд чи варто покладати надмірні надії лише на відкритий код. По-перше, відповідне програмне забезпечення та сервіси існують десятиліттями, але це не дуже змінює загальну картину. По-друге, якщо процеси регулювання кодом стануть прозорішими, це не означатиме, що люди будуть здатні зрозуміти наслідки правил, які містяться у коді, та робити правильний вибір. Це може ще більше дезорієнтувати користувачів інтернет-сервісів, і вони (на зразок того, як зараз погоджуються з практично усіма умовами використання персональних даних, не читаючи самих документів) будуть вирішувати на вмання або під впливом мінливих настроїв у медіа-просторі. Такий варіант

1 Lessig L. Code: Version 2.0. P. 135.

2 Ibid. P. 4.

означає перекладення на людину та громадськість усього тягара складної роботи з управління ризиками у непередбачуваному цифровому світі. Насправді це функція держави та її вищих органів – дбати, щоб усі ключові публічні та приватні інтереси були забезпечені й адекватно збалансовані.

Вплив коду на конкретні права людини

Право на недискримінацію

Найбільші побоювання щодо регулювання кодом пов'язані саме з його значним потенціалом у сфері дискримінації. Вже в ранніх прикладах регулювання архітектурою ще у доінтернетні часи можна простежити дискримінаційний ефект. Зокрема, мости на Лонг-Айленді не давали змоги доїхати на пляжі представникам незаможних верств і расових меншин. Тепер право на недискримінацію означає, у тім числі, й позитивні обов'язки влади здійснювати або стимулювати архітектурне регулювання, наприклад, забезпечити створення безбар'єрного середовища для людей з інвалідністю¹. Проте використання коду і великих даних виводить дискримінаційні можливості на зовсім новий рівень, до того ж пов'язуючи їх із конкретними інтересами у сфері бізнесу та управління.

Багато дослідників вважають, що сама модель розвитку Інтернету на основі накопичення все більшої кількості персональних даних є прямою дорогою до збільшення дискримінації. Інакше кажучи, зважаючи на економічні та безпекові інтереси, розвиток архітектури кіберпростору спеціально спрямували в бік максимального збору даних, що стосуються користувачів². Це спричинило різке збільшення дискримінаційних загроз, і для боротьби з ними потрібно вживати все складніші і затратніші заходи, але немає жодної гарантії, що навіть вони виявляться достатньо ефективними. Можливості маневру в такій ситуації зведені до мінімуму, бо архітектура тотального спостереження вже збудована, а відповідні бізнес-моделі перетворилися на глобальний стандарт. Тому будь-які спроби насильно її змінити будуть мати ознаки надмірно великих втручань у свободу підприємництва. До того ж за останній час сформувалися соціальні норми, які практично заохочують передачу необмеженої кількості персональних даних в обмін на безкоштовні послуги, що їх надають інтернет-компанії³, або взагалі добровільне викладення цих даних у вільний доступ.

1 Конвенція про права осіб з інвалідністю 2006 року вважає дискримінацією за ознакою інвалідності відмову у розумному пристосуванні та зобов'язує держави-учасниці виявляти та усувати перепони і бар'єри, що перешкоджають доступності; це положення стосується будинків, доріг, транспорту, шкіл, житлових будинків, медичних установ та робочих місць (ст. 2, 9).

2 Bedoya A. Algorithmic discrimination vs. privacy law. *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*. Cambridge University Press, 2018. P. 232–240.

3 Можливо, розуміння ситуації користувачами поліпшиться, якщо називати речі своїми іменами. Наприклад, можна визначити в законодавстві майнові права на персональні дані та фіксувати у договорі їх передачу в обмін на конкретні зобов'язання щодо надання послуг (Спасибо-Фатеева І., Філатова-Білоус Н. Критичний аналіз права на забуття з погляду економічного аналізу права. *Право на забуття*. Харків: ЕКУС, 2021. С. 140–142).

Розглянемо детальніше згадані вище загрози. Найчастіше дослідники звертають увагу на алгоритмічну *дискримінацію в трудовій сфері*. Вона стосується різноманітних етапів трудової діяльності, починаючи від пошуку роботи і закінчуючи звільненням. Зокрема, рекламні оголошення про пошук працівників тепер спрямовують на конкретних осіб, вилучивши з цільових аудиторій реклами цілі групи, куди часто входять саме особи, які потребують особливого захисту. Наприклад, *Фейсбук* дозволяє роботодавцям використовувати 100 атрибутів для пошуку працівників. У результаті дії алгоритмів оголошення про вакансії таксистів чи у сфері STEM¹ бачать в основному чоловіки, водночас неповносправних і старших людей можна взагалі вилучити з кола претендентів на отримання роботи². Ситуацію загострює автоматизоване сортування вже поданих анкет на етапі відбору, яке пропонують інтернет-компанії³. У підсумку до роботодавця потрапляє рейтинговий список претендентів, і він розглядає справи лише тих, хто розташований у ньому нагорі.

Дискримінація поступово стає звичним явищем і на самому робочому місці, зважаючи на зростання технологічності управління людськими ресурсами та ширше використання алгоритмів. Наприклад, компанія *Uber* виявила дискримінаційний ефект в оцінці пасажирів таксистів: жінкам виставляли менше балів через те, що вони їхали повільніше, і тому вони отримували меншу зарплату⁴. Відома американська дослідниця негативного впливу алгоритмів на життя людей (включаючи руйнування цінностей, збільшення нерівності та експлуатації) Кеті О'Ніл у книзі «Зброя математичного знищення» наводить різні приклади того, як автоматизоване управління закріплює та поглиблює дискримінацію. Зокрема, йдеться про існування статистичних кореляцій між місцем проживання людини (її поштовим індексом) та тим, наскільки якісно вона виконує роботу, і ці кореляції вже враховані у різноманітних алгоритмах, які цементують та поглиблюють нерівність між мешканцями різних населених пунктів чи районів⁵. Цікавим є алгоритм, який використовувала компанія *Hewlett Packard*. На основі великої кількості персональних даних він визначав

1 Наука, технології, інженерія та математика.

2 Зауважимо, що згідно з Конвенцією МОП №111 про дискримінацію в галузі праці і занять 1958 року дискримінацією вважається будь-яке розрізнення, перевага, що робиться за ознакою статі та не ґрунтується на специфічних вимогах певної роботи (ст. 1); а згідно з Рекомендацією МОП №162 щодо літніх працівників 1980 року літні працівники без дискримінації за віком мають користуватися рівністю можливостей доступу до роботи за їхнім вибором у державному та приватному секторах, крім обмежень, зважаючи на особливі вимоги для окремих видів роботи (п. 5).

3 Köchling A., Wehner M.C. Discriminated by an algorithm: a systematic review of discrimination and fairness by algorithmic decision-making in the context of HR recruitment and HR development. *Business Research*. 2020. 13. P. 831–833.

4 Ibid. P. 835.

5 O'Neil C. Weapons of math destruction. New York: Crown, 2016. P. 17.

ймовірність того, що працівник звільниться з роботи в недалекому майбутньому. Якщо ймовірність була висока, то це значно підвищувало шанси цього працівника бути звільненим самою компанією¹.

Іншим видом алгоритмічної дискримінації є дискримінація на ринку товарів і послуг. Вона може полягати в позбавленні окремих груп можливості користуватися певними благами, а також в диференційованих стратегіях у відносинах з різними групами клієнтів. Прикладом першого є вилучення неповносправних з категорій осіб, які на сайті бачать оголошення про оренду квартир чи пошук співмешканців на підселення². Друге стосується бомбардування рекламою, цінової дискримінації та інших явищ. Цілеспрямовану рекламу часто націлюють на вразливі місця людей, і саме категорії осіб, які потребують особливого захисту, часто стають головними жертвами. О'Ніл у своїй праці розповідає, як низькосортні університети (так звані фабрики дипломів) спрямовують свої агресивні маркетингові стратегії, включно з рекламними обіцянками, які не мають зв'язку з дійсністю, на такі вразливі групи як: вагітні, незаможні, колишні ув'язнені, люди з низькою самооцінкою, ті, хто нещодавно пережили втрату близької людини³ (як бачимо, накопичення величезних обсягів персональних даних дає змогу значно розширити традиційний перелік ознак, за якими людину можна дискримінувати).

Особливо занепокоюють процеси, які відбуваються у сфері ціноутворення. На основі алгоритмів і даних стало можливо прогнозувати, скільки конкретний покупець готовий заплатити за конкретний товар чи послугу. Це дає змогу продавцям встановлювати найвищу можливу персоналізовану ціну⁴. Зосередження торгівлі на великих он-лайн платформах на зразок *Amazon* дозволило продавцям делегувати платформі функції з ціноутворення і непогано на цьому заробляти. У підсумку цінові змови вийшли на якісно новий рівень: продавцям не потрібно навіть домовлятися про ціну, алгоритми усе зроблять за них самі⁵. Не менші загрози виникають на ринку страхових послуг, де звичним вже стало використання все більшої кількості персональних даних задля максимізації

1 Marks M. Algorithmic disability discrimination. *Disability, Health, Law and Bioethics*. Cambridge University Press, 2020. P. 244.

2 Ibid. P. 243;
Oliveri R. Discriminatory housing advertisements on-line: Lessons from Craigslist. *Indiana Law Review*. 2010. Vol. 43. P. 1125–1183.

3 O'Neil C. Weapons of math destruction. P. 68–83.

4 Townley C., Morrison E., Yeung K. Big data and personalised price discrimination in EU competition law. *Yearbook of European Law*. 2017. Vol. 36. No. 1. P. 685.

5 Щодо цього цікавою є справа *United States v. David Topkins* про змову продавців постерів та іншої друкованої продукції на *Amazon Marketplace*, що розглядалася в американському суді. Для визначення і встановлення ціни використовували спеціальне програмне забезпечення (Mehra S. Algorithmic competition, collusion, and price discrimination. *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge University Press, 2020. P. 201–204).

прибутків. Встановлення нових кореляцій між даними часто призводить до небажаних для людини ефектів. Наприклад, проживання в бідному районі може зробити страхування недоступним для індивіда, навіть якщо він не має хвороб і веде здоровий спосіб життя¹.

Зважаючи на масштабність цих процесів, американський дослідник цінової дискримінації та монополізації Рамсі Вудкок навіть стверджує, що великі дані означають кінець вільного ринку. В інформаційному суспільстві покупці втрачають будь-яку владу, навіть «владу стада», яка зберігається на монополізованому ринку. Впевненість у числах, що позначають ціну, зникає, водночас продавець перетворюється на «Гекатонхейра², який веде кожного споживача як теля на мотузці однією зі своїх ста рук і наглядає за ним одним зі своїх ста очей»³. У контексті прав людини такі ринкові трансформації означають безпрецедентні загрози для засадничих принципів рівності і недискримінації, тому їх не можна залишати поза увагою.

Ще один аспект – дискримінаційні прояви внаслідок використання коду та алгоритмів у діяльності органів державної влади, які все частіше використовують спеціальне програмне забезпечення, зокрема для підвищення ефективності роботи правоохоронних структур. Ці питання вже неодноразово були предметом розгляду в національних судах різних держав і в міжнародних судових органах. Важливою є тенденція все частішого покладання ними на державу позитивного обов'язку усунути будь-які дискримінаційні ризики, пов'язані з використанням спеціального програмного забезпечення її органами (рішення ЄСПЛ у справі *NJCM v. The Netherlands*; рішення Верховного суду Канади у справі *Ewert v. Canada*)⁴.

Проте це зовсім не означає, що проблема близька до розв'язання. Процес проникнення регулювання кодом у роботу органів влади лише розпочався. Особу все частіше оцінюють, опираючись на численні атрибути, які пов'язані з нею в різноманітних базах даних. Багато з них мають ймовірнісний характер або взагалі некоректні чи помилкові. Людина може ніколи не дізнатися, що їїдесь позначили як ймовірного терориста чи повію, і це спричиняє реальний негативний вплив на її життя та обмеження її прав⁵. Упереджене ставлення правоохоронних органів до представників певних груп, навіть якщо воно

1 Winter J. Algorithmic discrimination: Big data analytics and the future of the Internet. *The Future Internet. Public Administration and Information Technology*. Vol. 17. Springer, Cham, 2015. P. 131.

2 Гекатонхейри – велетні у давньогрецькій міфології, сини Урана та Геї.

3 Woodcock R. Big data, price discrimination, and antitrust. *Hastings Law Journal*. 2017. Vol. 68. P. 1416.

4 Maxwell J., Tomlinson J. Proving algorithmic discrimination in government decision-making. *Oxford University Commonwealth Law Journal*. 2020. Vol. 20. Is. 2. P. 352–360.

5 Nersessian D. The law and ethics of big data analytics: A new role for international human rights in the search for global standards. *Business Horizons*. 2018. Vol. 61. Is. 6. P. 850.

базується на точних даних та адекватних алгоритмах, лише поглиблюватиме їхню маргіналізацію¹. За таких умов одиничні судові рішення на користь конкретних осіб, які все ж дізналися про порушення їхнього права на недискримінацію через використання алгоритмів та подали до суду, можуть виявитися недостатньо ефективними для зміни загальної тенденції.

Підсумовуючи зазначимо, що причиною описаних вище проблем часто вважають недосконалість алгоритмів і помилки, які у майбутньому можна буде усунути. Зрозуміло, що чимало дискримінаційних ефектів зумовлені тим, що алгоритми зберігають і продовжують ефект дискримінаційних упереджень, які вже давно існують у суспільстві². Це відбувається, наприклад, тоді, коли алгоритм навчають на основі даних із минулого, в яких уже закладена нерівність, і він під час свого функціонування просто її відтворює³. З іншого боку, важко не помітити, що у значній кількості випадків дискримінацію свідомо закладають у код просто тому, що це вигідно його власникові, або ж вона є неминучим побічним продуктом дії алгоритму, який за іншими параметрами показує чудові характеристики, підвищуючи ефективність управління та прибутки. Саме ті випадки, коли відповідальні за код особи допускають дискримінацію, керуючись власними інтересами, є яскравим прикладом регулювання кодом, і на них потрібно звертати найпильнішу увагу. Адже одна справа – помилки, які можна виявити і виправити, чи штучний інтелект, що його з часом можна удосконалити, а зовсім інша – цілеспрямована дискримінація, яку приховують за туманом складних і непрозорих алгоритмів.

Приватність і захист персональних даних

Права людини – збалансована система, і масштабні порушення одного з них спричиняють порушення інших. Це найяскравіше ілюструє приклад поступового зникнення приватності в кіберпросторі, яке зумовлює порушення права на недискримінацію, свободи вираження і багатьох інших громадянських, політичних та соціально-економічних прав людини. Лессіг вважає, що «невидима рука» кіберпростору, яку штовхають уряди і комерція, конструює архітектуру досконалого контролю. З одного боку, це дає змогу побудувати найефективніше регулювання з усіх можливих, але з іншого – не залишає місця для приватності й автономності⁴. Перенесення різноманітної діяльності в кіберпростір зазвичай означає, що замість анонімності приходить ідентифікація. В самому Інтернеті програми й сервіси, які колись забезпечували приватність

- 1 Goel S. et al. Combatting police discrimination in the age of big data. *New Criminal Law Review*. 2017. Vol. 20. No. 2. P. 181–232.
- 2 Rhoen M., Feng Q. Y. Why the 'Computer says no': illustrating big data's discrimination risk through complex systems science. *International Data Privacy Law*. 2018. Vol. 8. Is. 2. P. 142.
- 3 Maxwell J., Tomlinson J. Proving algorithmic discrimination in government decision-making. P. 353.
- 4 Lessig L. Code: Version 2.0. P. 4.

та анонімність, були швидко витіснені продуктами великих технологічних компаній, спрямованими на збирання якомога більшої кількості даних про користувача.

У різних працях вчені демонструють, як тенденція *датафікації* (перетворення численних аспектів життя у дані) фактично руйнує правовий інститут захисту персональних даних, підриваючи його основи. Наприклад, усі правові акти в цій сфері містять норми щодо особливого захисту чутливих даних або ж спеціальних категорій персональних даних (про расу, політичні погляди, релігійні переконання, здоров'я та статеве життя, в останні роки також – про сексуальну орієнтацію, генетичні й біометричні дані). Проте в епоху великих даних стає все простіше з високою ймовірністю вивести чутливі дані з нечутливих. Зокрема, з лайків у *Фейсбуці* можна визначити національність, релігію, сексуальні вподобання, а з переліку покупок – те, чи жінка очікує на дитину¹. Насправді ж, сучасні технології набагато потужніші, ніж у згаданих прикладах, і з кожним днем вони стають усе кращими. Даних накопичується усе більше, а ефективність бізнесу чи управління напряму залежить від їхньої кількості, а також від якості алгоритмів. В умовах жорсткої конкуренції мало хто готовий добровільно відмовлятися від цих можливостей (це можна зробити, якщо розвивати альтернативну архітектуру), створюючи загрози для власного бізнесу.

У передових законодавчих інструментах, передусім у Загальному регламенті захисту даних ЄС (GDPR), зроблена спроба адаптувати норми у цій сфері до вимог часу та зберегти баланси між різними інтересами. Проте багато його положень вважають застарілими та неповними вже через кілька років після набрання ним чинності². До того ж спроби узгодити в Регламенті протилежні інтереси не можна назвати дуже вдалим, бо самі принципи, які лежать в основі інституту захисту персональних даних, з одного боку, та практик у сфері бізнесу, управління, наукових досліджень – з іншого, мало сумісні між собою. Наприклад, результативність наукових досліджень у галузі генетики прямо залежить від кількості зібраних генетичних даних людини, а також від їхнього поєднання з іншими персональними даними. Водночас навіть зі знеособлених генетичних даних можна визначити конкретну особу, тобто анонімізація і псевдонімізація поступово будуть втрачати свою ефективність як засоби забезпечення інтересів суб'єкта даних³.

В епоху великих даних зацікавленим особам потрібна «ціла копиця» для того, щоб знайти в ній потрібну «голку»⁴. Тому дані збирають про всіх і про

1 Rhoen M., Feng Q. Y. Why the 'Computer says no': illustrating big data's discrimination risk through complex systems science. P. 141.

2 Ibid. P. 142.

3 Sukhorolskyi P., Hutsaliuk V. Processing of genetic data under GDPR: Unresolved conflict of interests. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2020. Vol. 14. No. 2. P. 151–176.

4 Quinn P., Quinn L. Big genetic data and its big data protection challenges. *Computer Law & Security Review*. 2018. 34(5). P. 1006–1007.

все, тобто без попередньо визначеної цілі. Це прямо суперечить ключовим принципам, які містяться в Конвенції Ради Європи №108, GDPR та у національних законах¹. У Посібнику з європейського права у сфері захисту персональних даних² зазначено, що «бізнес-модель великих даних може бути цілковитою протилежністю мінімізації даних, оскільки вимагає все більше і більше даних»; також це створює значні виклики для принципів законності, прозорості, точності даних та обмеження мети³. Зважаючи на те, що згадана бізнес-модель підкріплена архітектурою і кодом, а також ринком і частково неправовими соціальними нормами, ситуацію дуже непросто змінити за допомогою правових інструментів.

Ще цікавішим є те, що намагання вирішити проблему відкривають суперечності між самими принципами захисту персональних даних. Зокрема, для того, щоб встановити порушення прав суб'єкта даних, потрібно аналізувати самі дані. Наприклад, щоб виявити дискримінаційні патерни, треба мати в розпорядженні великі масиви чутливих даних. Але ж ці дані не можна збирати без особливої потреби, і, ймовірно, їх не збирали взагалі. Інакше кажучи, алгоритм, можливо, дискримінаційний щодо сексуальних меншин чи осіб з певними політичними поглядами, проте щоб виявити це, нам потрібно, щоб велика кількість індивідів, які підпадають під дію алгоритму, добровільно розкрили свою сексуальну орієнтацію чи політичні погляди. Те ж саме стосується й мінімізації даних, яка, виявляється, може працювати і проти інтересів суб'єкта даних: дискримінаційний чи інший негативний ефект можуть давати і алгоритми, які працюють зі знеособленими даними, але з'ясувати це ми не зможемо, якщо контролер даних не має у розпорядженні персональних даних через те, що він виконує вимоги законодавства щодо мінімізації⁴.

Це далеко не всі виклики для інституту персональних даних. Наприклад, блокчейн-технології в певних варіантах свого втілення можуть виявитися несумісними з правом на стирання і правом на забуття та створити безпрецедентну ситуацію, коли контролера даних просто не існує, і немає кому при-

1 Конвенція про захист осіб з'язку з автоматизованою обробкою персональних даних 1981 року, ст. 5; Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), art. 5, 17, 18.

2 Згаданий Посібник підготовлений Агентством ЄС з основоположних прав людини та Радою Європи спільно з Секретаріатом Європейського суду з прав людини та Європейським інспектором із захисту даних. Тому висловлені в ньому позиції можна вважати близькими до офіційних.

3 Посібник з європейського права у сфері захисту персональних даних. Київ: K.I.C., 2020. С. 385–386.

4 Rhoen M., Feng Q. Y. Why the 'Computer says no': illustrating big data's discrimination risk through complex systems science. P. 153.

писувати численні обов'язки та відповідальність щодо захисту персональних даних¹. Водночас усі традиційні рішення, на які звикли покладатися дотепер, не виглядають дієвими у нових реаліях²: 1) посилення механізму згоди суб'єкта лише ще більше дезорієнтує індивідів, які й зараз у своїй масі не здатні адекватно оцінити загрози і не мають бажання цим займатися³; 2) знеособлення даних часто несумісне з їхньою корисністю, до того ж його все простіше зробити зворотним; воно не є перешкодою для багатьох негативних ефектів, але ускладнює їх виявлення; 3) загальний нагляд з боку органів влади потребує значних ресурсів, перевірки потрібно проводити постійно, а їхні результати будуть точковими та тимчасовими; 4) підвищення обізнаності людей може бути додатковим засобом, але не варто сподіватися, що люди масово почнуть протидіяти тенденціям розвитку архітектури кіберпростору та глобального ринку.

Якщо говорити тільки про правові рішення, то й тут ситуація зовсім не безхмарна. Тест пропорційності й інші засоби, які використовує у своїй роботі Європейський суд з прав людини у справах щодо ст. 8 Європейської конвенції з прав людини, не дуже підходить у ситуації, коли дуже непросто визначити конкретну шкоду для індивіда та його інтересів від загального і постійного нагляду, який ведуть компанії та державні органи⁴. Тому в окремих рішеннях ЄСПЛ відходить від своїх звичних правил оцінювання шкоди для конкретної особи та зосереджується на абстрактних питаннях впливу законодавства на право на повагу до приватного життя загалом. У справі *Klass and Others v. Germany* Суд стверджує, що не можна допускати, щоб гарантоване Конвенцією право людини було скасоване лише через те, що людина не знає про його порушення⁵. У справі *Захаров проти Росії* ЄСПЛ формулює критерії, які він враховує, коли з'ясовує, чи людина стала жертвою порушення ст. 8 лише внаслідок самого існування системи спостереження та відповідного законо-

-
- 1 Drummer D., Neumann D. Is code law? Current legal and technical adoption issues and remedies for blockchain-enabled smart contracts. *Journal of Information Technology*. 2020. 35.4. P. 343.
 - 2 Rhoen M., Feng Q. Y. Why the 'Computer says no': illustrating big data's discrimination risk through complex systems science. P. 155–157.
 - 3 Щодо цього у Посібнику ЄС та Ради Європи написано таке: «Складність та недостатність прозорості аналітики великих даних може вимагати переосмислення ідей особистого контролю персональних даних» (Посібник з європейського права у сфері захисту персональних даних. С. 386).
 - 4 Van der Sloot B. How to assess privacy violations in the age of Big Data? Analysing the three different tests developed by the ECtHR and adding for a fourth one. *Information & Communications Technology Law*. 2015. Vol. 24. No. 1. P. 74–103;
Van der Sloot B. Is the human rights framework still fit for the big data era? A discussion of the ECtHR's case law on privacy violations arising from surveillance activities. *Data Protection on the Move*. Springer, Dordrecht, 2016. P. 411–436.
 - 5 Case of *Klass and Others v. Germany*. The European Court of Human Rights (Application no. 5029/71). 6 September 1978. §36.

давства у державі¹. Проте головне завдання Європейського суду – розглядати порушення конкретних прав, передбачених у ЄКПЛ, а не займатися оцінкою конституційності політики та правових норм². Він не може підмінити собою національні органи законодавчої влади та конституційного контролю чи компенсувати відсутність міжнародних договорів у цій сфері та спеціальних органів їхньої реалізації. Тому його можливості щодо впливу на відносини в кіберпросторі доволі обмежені.

Описані вище проблеми, способи розв'язання яких поки що не винайдені, є наслідком прийнятих рішень щодо регулювання кіберпростору на рівні архітектури та коду, а саме – тих, які забезпечують ефективний нагляд, контроль, а також збирання, зберігання й опрацювання максимальної кількості даних.

Інші права

Регулювання кодом, безсумнівно, впливає і на інші права людини, передує їм на свободу вираження, право на мирні зібрання, право брати участь в управлінні державними справами тощо. Щодо свободи вираження, то тотальна фіксація усього написаного й сказаного разом із неможливістю стерти інформацію та відсутністю анонімності мають суттєвий «охладжувальний ефект» на це право. Навіть прості інструменти відстеження дій користувачів для видачі персоналізованої реклами нерідко змушують людину утриматися від того, щоб натиснути певний лінк, бо вона не бажає бути бомбардованою сотнями схожих оголошень чи пропозиціями такого ж ґатунку. Крім того, компанії самі здійснюють регулювання контенту, запроваджуючи обмеження та санкції чи сприяючи поширенню повідомлень. Для виявлення і боротьби з небажаним контентом вони можуть використовувати код. Зважаючи на масштаби найбільших інтернет-платформ, такі їхні дії нерідко мають не менший вплив на суспільні відносини, ніж державні обмеження.

Обговорення впливу алгоритмів на політичні права за останні роки стало звичним явищем. Йдеться про численні публікації щодо втручання у вибори і референдуми та заяви топ-менеджерів технологічних компаній про можливість за допомогою алгоритмів і даних схилити результати будь-якого волевиявлення народу в бажаний бік³. Незважаючи на усвідомлення значної поширеності цих явищ, які явно суперечать засадам демократії, виявити і довести порушення конкретних прав людини у таких випадках ще важче, ніж у справах щодо втручання у приватність через загальний нагляд.

Регулювання за допомогою коду є надзвичайно швидким і легким. Це створює ілюзію, начебто за допомогою нього можна побудувати максимально

1 Дело Романа Захарова против России. Европейский суд по правам человека (Заявление № 47143/06). 4 декабря 2015. П. 171.

2 Van der Sloot B. Is the human rights framework still fit for the big data era? P. 432–434.

3 The Cambridge Analytica Files. *The Guardian*. URL: <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files> (дата звернення: 01.07.2021).

ефективну та наближену до простих людей демократію. У праці про потенціал *lex cryptography* автори доводять, що поширення блокчейн-технологій призведе до чудодійного зцілення політичної системи. Ці технології нібито допоможуть сформувати техно-демократію, ознаками якої є: безперешкодне проведення постійних голосувань населення щодо важливих питань суспільного життя, вимірювання у прямому часі рейтингів політиків та за його результатами відкликання депутатів і посадовців з посад, негайне обрання нових¹, а також визначення громадянами правил, за якими вони хочуть жити в межах техно-правової структури, і формування децентралізованих альтернатив сучасним правовим системам². Усе це для багатьох може виглядати привабливо, проте, по-перше, крім загальних утопічних візій, ніхто в деталях не пояснює, як воно працюватиме (водночас механізми представницької демократії, з якими збираються покінчити, детально вивчені, неодноразово апробовані та довели свою спроможність гарантувати високий рівень забезпечення прав людини); по-друге, незрозуміло, які саме сили змусять спроектувати цю систему так, щоб її пріоритетом стали основні права людини, а не інтереси провідних гравців глобальної політичної арени та глобального ринку.

Висновки

Створені людиною структури з розвитком цивілізації стають усе складнішими та визначально впливають на людське життя, нерідко обмежуючи індивідуальну свободу. Переміщення великої частини суспільних відносин у кіберпростір створює безпрецедентні можливості у побудові цих структур, роблячи те, що Лессіг позначає словосполученням «регулювання архітектурою», максимально простим, швидким і ефективним. З розвитком цих процесів стає зрозуміло, що ті самі правові норми, що й для реального світу, не підходять для Інтернету, бо він має зовсім іншу «фізику», ніж простір поза ним, і її творцем є сама людина. Можливість впливових суб'єктів легко змінювати структуру кіберреальності за власними вподобаннями призводить до постійних і швидких трансформацій. Вони спричиняють нові й нові порушення балансів прав та інтересів, що вже нібито надійно сформувалися.

За таких умов нещодавно прийняті закони швидко застарівають і нездатні суттєво змінити тенденції розвитку кіберпростору. Усвідомлюючи загрози, Європейський парламент в одній зі своїх резолюцій на тему робототехніки та штучного інтелекту наголошує, що всю відповідну діяльність потрібно

1 У цьому контексті варто навести цитату з роботи Лессіга: «Демократія має бути чимось більшим, ніж потік збуджених слів. Вона має бути узгоджувальною, рефлексивною і збалансованою обмеженнями, накладеними конституцією» (Lessig L. Code: Version 2.0. P. 331).

2 Wright A., De Filippi P. Decentralized blockchain technology and the rise of *lex cryptography*. P. 38–40.

провадити на основі принципу перестороги¹. З цим важко сперечатися, проте незрозуміло, як це та інші схожі положення можна втілити у життя. Головною перешкодою на цьому шляху є вже збудована архітектура кіберпростору та налагоджені на цій підставі різноманітні процеси, учасником яких є переважна більшість населення земної кулі.

Вражаючі характеристики коду як регулятора обеззброюють його конкурентів. Передусім ідеться про швидкість. Міжнародно-правові норми є результатом тривалих перемовин та інших процедур, під час яких можна узгодити головні позиції та інтереси і досягти консенсусу. Щодо архітектури кіберпростору, то такі перемовини на глобальному рівні ще навіть не розпочалися, а бізнес та окремі уряди за допомогою впливу на код вже давно здатні вирішувати за всіх. Незгідні намагаються виправити ситуацію *постфактум*, постійно перебуваючи в ролі тих, хто доганяє, тоді як код вже функціонує і регулює відносини *ex ante*. За допомогою регулювання кодом можна уникнути складних процедур, пов'язаних із прийняттям та реалізацією правових норм, або обійти вже чинні норми. Це створює загрози передусім для слабких – тих, чий права найбільше потребують захисту.

Марно сподіватися, що описані проблеми вдасться подолати за допомогою нових технологічних винаходів на зразок блокчейну. Як зазначав класик фантастики та непересічний експерт у царині технологій Станіслав Лем, кожна технологія схожа на двосічний меч – її можна використати і на користь, і на шкоду людям². Це залежить від численних правил та налаштувань, які у нашому випадку приховані у комп'ютерному коді. Розуміючи це, навряд чи варто покладати великі надії на зміну політики впливових в інтернеті суб'єктів та апелювати до їхньої відповідальності (як це роблять у багатьох документах ООН та інших міжнародних організацій на цю тему). Інтернет-компанії грають за законами бізнесу, і це цілком природно для них – обирати і розвивати такі архітектури, які максимально підвищують їхні прибутки та посилюють становище на ринку. Інший поширений варіант – перекладати відповідальність на людей, закликаючи їх до поміркованості й обережності в кіберпросторі, – також не є ефективним засобом подолання проблем, адже складність процесів в Інтернеті вже давно вийшла за межі розуміння середнього користувача, а його поведінка до певної міри детермінована кодом та нормами, які проштовхують компанії.

Справді виправити ситуацію можна за допомогою сильного та узгодженого правового регулювання на міжнародному і національному рівнях. Головною передумовою його запровадження є зміщення акцентів в Інтернеті з бізнесу

1 Civil Law Rules on Robotics: European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2018/C 252/25).

2 Лем С. Кошмари футуролога. *Наука и жизнь*. 2015. №1. С. 56.

у сферу громадянських відносин. Перефразовуючи слова Лессіґа, можна сказати, що те, чи буде кіберпростір розвиватися за законами супермаркету та Диснейленду¹, чи за законами громадянської спільноти, залежить від рішень, які будуть чи не будуть прийняті на політичному і правовому рівнях. Якщо право та демократична політика в процесі творення кіберреальності (яка поступово зливається зі звичною реальністю) відійдуть на задній план, то наслідки можуть бути катастрофічними для людини та її прав. Майбутні загрози швидше походять не від примарних фантастичних машин, які здобудуть власну свідомість, а від конкретних урядових і бізнесових структур, що стоять за кодом, визначальним для відносин в Інтернеті. Зважаючи на це, потрібно знову вибудовувати збалансовану систему на міжнародному та національному рівнях, фіксуючи в універсальних міжнародних договорах і конституціях нові базові принципи, з-поміж яких особливу увагу варто звернути на прозорість, демонополізацію, демаркетизацію громадянських просторів, а також прогресивну відповідальність і підконтрольність платформ.

1 Lessig L. Code: Version 2.0. P. 286–287.

Зміст

Нова парадигма міжнародного устрою: світовий порядок чи світовий правопорядок (проф. М. Мальський).....	7
1. Верховенство права та міжнародне право у світі динамічних змін	9
1.1. Принцип верховенства права в міжнародному праві (проф. М. Буроменський, проф. А. Заєць).....	11
1.2. Принцип заборони застосування сили у міжнародному праві (ст. наук. співроб. К. Савчук)	33
1.3. Правова природа основних принципів міжнародного права (доц. І. Земан)	47
1.4. Концепція міжнародного правопорядку та її вплив на процес становлення інституту визнання держав (доц. Л. Тимченко).....	60
1.5. Персонологічний вимір динамічних змін міжнародного права (д.ю.н. О. Тарасов).....	75
2. Багатовимірність міжнародного договірного регулювання	89
2.1. Договірно-правове регулювання двосторонніх консульських відносин (проф. В. Репецький)	91
2.2. Особливості застосування договорів про правову допомогу (доц. А.Зубарева).....	106
2.3. Юридична природа міжнародного кредитного договору (к.ю.н. М.Грабинський)	130
2.4. Імплементация міжнародних стандартів вищої освіти в Україні (д.ю.н. К. Громовенко).....	143
2.5. До питання про формування міжнародного муніципального права як галузі міжнародного публічного права (проф. М.Баймуратов, д.ю.н. Б. Кофман)	154
3. Права людини в умовах міжнародного правопорядку	183
3.1. Захист прав людини під час збройних конфліктів (доц. В. Лисик)	185
3.2. Використання технологій штучного інтелекту під час збройного конфлікту: виклики у контексті захисту прав людини (к.ю.н. І. Городиський)	201

3.3.	Забезпечення прав людини в умовах «регулювання кодом»: нові виклики цифрової епохи (доц. П. Сухорольський)	209
3.4.	Міжнародно-правовий захист права на здоров'я вразливих категорій осіб: теорія та практика (проф. Т. Сироїд, к.ю.н. Л. Фоміна)	229
3.5.	Особливості ефективності міжнародних механізмів захисту прав людини на прикладі свободи зібрань (доц. Т. Левицький, асп. Н. Дорошенко)	245
3.6.	Соціальна складова міжнародного правопорядку в умовах глобалізації (ас. Т. Шевчук).....	274
4.	Сучасні тенденції розвитку міжнародного правосуддя	289
4.1.	Міжнародне кримінальне правосуддя: прогрес, регрес чи рух по колу? (проф. В. Гутник)	291
4.2.	Міжнародний виконавчий процес (д.ю.н. М. Мальський)	303
4.3.	Утвердження принципу рівності міжнародними судовими інституціями (др.філ. І. Хмельова)	314
4.4.	Міжнародно-правові питання у сфері універсальної юрисдикції МКС щодо неміжнародних збройних конфліктів (др.філ. К. Доді)	328
5.	Європейське право: контури регіонального співробітництва.....	343
5.1.	Вплив співробітництва між Радою Європи та Європейським Союзом на розвиток європейського права (доц. В. Кузьма)	345
5.2.	Особливості правового регулювання європейського транскордонного співробітництва (Руфат Мірзоев)	362
5.3.	Імплементация державами-членами ЄС міжнародних договорів ООН з питань космічної діяльності: досвід для України (проф. М.Микієвич, доц. Ю. Утко-Масляник).....	387
5.4.	Сучасні тенденції правового регулювання захисту споживачів у Європейському Союзі (доц. О. Головка-Гавришева)	403

УДК 341:340.12

М 58

Рецензенти:

д-р юрид. наук, проф. *К. В. Смирнова*
(Проректор з науково-педагогічної роботи
Київського національного університету імені Тараса Шевченка);
д-р юрид. наук, проф. *В. М. Бурдін*
(декан юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка);
д-р юрид. наук, доц. *С. Б. Карвацька*
(Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича)

*Рекомендовано до друку Вченою Радою
факультету міжнародних відносин
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Протокол № 6 від 30 червня 2021 р.)*

М 58 Міжнародне право у світі динамічних змін: контури майбутнього міжнародного правопорядку : колект. монографія / наук. ред. В. Репецький, І. Земан, В. Гутник : Львів-Дрогобич, Коло, 2021. 420 с.

ISBN 978-617-642-582-3

Колективна монографія присвячена 30-літтю відновлення кафедри міжнародного права Львівського університету. Книга продовжує серію наукових праць «Бібліотека кафедри міжнародного права».

Автори представляють Львівську, Київську, Харківську та Одеську школи міжнародного права. У книзі викладено основні проблеми верховенства міжнародного права у час динамічних змін, договірно-правового регулювання відносин між суб'єктами міжнародного права, міжнародного права прав людини, міжнародного гуманітарного права, тенденцій розвитку міжнародного правосуддя.

Для викладачів, студентів та усіх, хто цікавиться актуальними питаннями міжнародного права та міжнародних відносин.

УДК 341:340.12

ISBN 978-617-642-582-3

© Репецький В. М., Земан І. В., Гутник В. В. та ін., 2021

© Львівський національний університет
імені Івана Франка, 2021