

CRIMINAL INVESTIGATION AND RIGHT OF PRIVACY: THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS LIMITS*

Lorena BACHMAIER WINTER**

Keywords: *case-law, European Court of Human Rights, the right to privacy, criminal investigation*

I. Introduction

Organised crime, trans-national crime such as cyber-crime or money-laundering and the complex phenomenon of international terrorism – specially after the 11th September attacks in New – have posed new challenges to the criminal justice systems. These forms of criminality are conceived as global threats of historical dimensions¹. Law enforcement agencies, in many cases are confronted to crimes that surpass the national boundaries, produce indiscriminate attacks and generate a feeling of insecurity that sometimes even reaches the state of a collective shock or at least emotional stress. In those circumstances the demand for more safety increases and, as Andrew Ashworth said it, when facing situations that are perceived as threats against one's own existence, before such a relevant public interest, who cares about fundamental rights?² Before the most serious forms of crime, and specially terrorism, there are even governments that tend to displace the traditional principles of criminal law in order to adopt pro-active measures and anticipate the commission of certain acts, justified within the concept of “the war against terror”³, which shall allow them to substitute a reactive system with a pro-active system, to introduce more intrusive investigatory measures and to apply notions of the state of exception to the field of fundamental rights⁴.

* This paper has been prepared within the research project «Integración europea y armonización de las garantías fundamentales en el proceso penal» (SEJ2005-05719/JURI) financed by the Ministry of Science and Education.

** *Complutense University of Madrid, J.D.; Complutense University, M.A. in Political Science; Complutense University, J.S.D.* Professor Bachmaier Winter has been a Professor at the Faculty of Law at Complutense University since 1996, where she has taught criminal procedure and civil procedure. She has written extensively on the subject of procedure. She has lectured in universities and governmental agencies in Europe and Latin America. She is a member of the Spanish Royal Academy of Jurisprudence and Legislation and of the Ibero-American Association of Procedural Law. She has been a fellow of the Alexander von Humboldt Foundation, and a visiting scholar in the Max-Planck-Institut for Criminal Law and Procedure (Freiburg i. Br., Germany) and at the University of California – Berkeley and Harvard University. Her comparative legal studies are focused on human rights and procedure, international judicial cooperation, comparative law and the EU process of legal harmonization. She has consulted for the Ministry of Justice of Spain. E-mail: l.bachmaier@der.ucm.es.

¹ With regard to terrorism as a global threat see, W. LAQUEUR, *Die globale Bedrohung*, New York 1998, especially pp. 95 et seq.

² On the conflicting interests in the criminal justice and procedure and the risk of the public interest arguments for the respect of human rights see the interesting analysis of A. ASHWORTH, *Human rights, Serious Crime and Criminal Procedure. The Hamlyn Lectures*, London, 2002, specially pp. 93 et seq.

³ On this issue see W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt a. M., 2005, pp. 114 et seq.; W. HETZER, “Terrorist attacks. Criminal Prosecution or National Defence?”, *Eur Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 13, n.1-2 (April 2007), pp. 33-55, 42 et seq.

⁴ M. FREEDMAN, *Freedom or Security. The consequences fr democracies using emergency powers to fight terror*, Westport, 2003.

In this context, where law enforcement agencies and even part of the society demand more effective measures to combat criminal actions, the fundamental right of privacy may be severely affected⁵. If more repressive measures are admitted to be needed, then also more intrusive measures may be accepted, something which entails higher risks for the protection of human rights⁶.

This paper tries to point out the main guidelines set up by the European Court of Human Rights in the protection of privacy within the criminal process. Through its case-law the ECHR has provided for a common standard of guarantees that have to be respected within the criminal proceeding. Although this doctrine has proved to be essential to a common understanding of fundamental rights and the principles of criminal justice –and to the European integration–, it still does not provide for a fixed set of rules that precisely define under which conditions can law enforcement authorities interfere within the right to privacy without violating Art.8 of the Convention. Due to the state margin of appreciation doctrine, there is no common understanding of the concept of privacy –which is probably right–. On the other hand the proportionality test is only very seldom applied to criminal investigative measures regarding to privacy and the Court tends to check almost exclusively the legality and foreseeability rule; and in those few cases when it has entered to counterbalance the right to privacy against the public interest or need in a democratic society, the right to privacy is not valued in a uniform manner, but according to the specific circumstances of each particular case.

It is clear that reasonable proportionality must exist between investigative restrictive measures and the seriousness of the crime investigated, but where are the limits? Should there be different rules when facing a certain type of criminality? We have considered worth addressing these issues as we do not have a common standard to assess when the proportionality requirement is met when intrusive measures are granted within a criminal investigation.

II. New Challenges on the Right of Privacy

If we have started this presentation addressing the reality of new forms of complex criminality like terrorism, it is not because this type of criminality can be considered as statistically relevant –it is by far one of the less frequent criminal actions–, but it is a good example that entails the three main risks for the protection of human rights and particularly for the right for privacy within the criminal investigation: 1) the existence of emotional stress; 2) the need for pro-active action; 3) the definition of the fight against crime as a “state of war”⁷.

If we add the significant development of surveillance technologies and the possibility of collecting general information of potentially dangerous people –sometime unrelated to the prosecution of any criminal offence–, technologies that have led to the processing of huge new

⁵ In fact it is unquestionably admitted that worldwide level of privacy have declined, especially in response to the terrorist threats, see, for example, J.B. RULE and G. GREENLEAF, *Global Privacy Protection*, Cheltenham 2008, p.10; P. DE HERT and S. GUTWIRTH, “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power”, in *Privacy and the Criminal Law*, (E.Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), Antwerpen, 2006, p.62.

⁶ A. ASHWORTH, *op. cit.*, p. 99

⁷ There is the dangerous tendency to blur the line between war and crime, see, among others, W. HETZER, *op. cit.*, 15; W. LAQUEUR, *Krieg dem Westen. Terrorismus im 21. Jahrhundert*, Berlin 2003, p.336-338. With regard to the topic of terrorism there is such an extensive literature that tackles this phenomenon from very different points of view, that makes it impossible to include a complete quotation here. Some of the studies we have consulted are, M. IGNATIEFF, *The lesser Evil. Political Ethics in the Age of Terror*, Princeton 2004; M. RANSTROP (ed.), *Terrorism and Human Rights*, Routledge 2007; W. SOFSKY, *Violence, Terrorism, Genocide, War*, San Antonio, Tx, 2003.

types of data –administrative files, criminal records, genetic, medical or financial data–, the sphere of privacy may strongly be curtailed by a variety of intrusive measures. While these measures and the use of technology facilitates considerably the law enforcement activities, it definitely pose a high risk on the respect to the private life of the citizens. Privacy is elusive in modern society and some losses occur out of choice. The conflict always present in the criminal law, as was already expressed by Ernst Beling⁸, between the respect for individual rights and the public interest to guarantee public security and efficiently prosecute the criminal offences, is particularly evident in the field of the criminal investigation and the adoption of intrusive measures restrictive of fundamental rights. And technology has given the state much more access to private information than it once had. Thus perhaps it should be admitted that privacy, understood as the right to be let alone, is not realistic anymore⁹

In this context, the inevitable questions that arise are: What are the limits for those intrusions? Shall the present global citizen renounce to its privacy in order to guarantee the global security? Is it possible to reach a common meaning of privacy with regard to the criminal investigation?

On the other hand, in the present “information society, can we still conceive the privacy as a right with the same value as it had in XIX and XX century, or should we recognize that its significance has undergone a change over the last decades? I am trying to draw attention to the present sociological phenomenon that we are witnessing nowadays and which has been called the “extimacy” as opposed to intimacy, to define the extended practice of making the intimate sphere public to everyone through internet. Only in Spain out from a population of 45 mill people, 13 million use face-book or other social networks as a way of sharing their privacy. I recently read the work of an Argentinean anthropologist –P. Sibilía– that we are assisting to a change in the way we develop and build ourselves as individuals. Things that were traditionally considered to belong to the private sphere are now exposed to others. The introspective attitude is devaluated, and in some circles, only the one who communicates and publicly shares his most intimate thoughts and private emotions and experiences is regarded as fully integrated in society. Does this mean that the protection of privacy should also change in accordance to this new value? Is it still so important to preserve the privacy whilst we assist to a voluntarily exposure of that private sphere?¹⁰

We do not intend to come to conclusive and precise answers to these questions in this paper. Our aim is only to open a discussion on these issues, and stress out the need to agree on minimum standards that should apply within criminal investigations. Nevertheless, we already advance our opinion towards the respect for private life within the criminal investigation:

1) The right to privacy covers several aspects¹¹, and one of it is the right to self-determine the disclosure of personal information. No one can interfere in the private sphere that the individual has decided not to share with others, unless there is a ground that justifies it for reasons of public interest and with the safeguards established by the ECHR. The fact that many people

⁸ E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, Darmstadt 1903, pág. 40: “Möge es dem Gesetzgeber gelingen, für die Abwägung der durcheinander wirrenden Interessen auf der Waage der Themis die richtigen Gewichte zu finden!”

⁹ W. DIFFIE and S. LANDAU, *Privacy on the line. The politics of Wiretapping and Encryption*, Cambridge, Mass., 2007, p.171.

¹⁰ On the contrary, for V. TADROS, “Power and the Value of Privacy”, in *Privacy and the Criminal Law*, (E.Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), p.115 “statements which would, in private, be intimate, don’t constitute intimate statements at all when they are made public. The very nature of a statement’s being intimate is that it is believed to be made in private”.

¹¹ V. TADROS, *op. cit.*, pp. 105 et seq.

open their intimacy to others through internet, does not allow the state or any law enforcement authority to intrude in that part of the privacy which has not been made public¹².

2) Following the case-law of the ECHR: *even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime*” the protection of fundamental rights remains non-negotiable beyond the exceptions and derogations provided by the Convention itself¹³.

There is a third question which should be analysed and I just pose it to open a discussion over it. With regard to privacy and electronic communication, according to EU Directive 2002/58¹⁴, one of the main principles that govern the legal regime of traffic data is that the Member States have to ensure the confidentiality of traffic data, to the same extent as the content of a communication¹⁵. But is this protection possible? Can the state effectively guarantee the secrecy of the electronic communications? And if not, is there a fundamental right to its confidentiality or should these communications be treated as conversations held in public? This question goes back to the U.S Supreme Court approach to the notion of privacy as the “reasonable expectation of privacy” and what can a normal person in our present society expect to remain private and what not¹⁶.

On the other hand, whilst with regard to traditional telephone communications it is quite easy to separate content data (the conversation) with the signalling or billing data, the distinction in the modern electronic communication networks is fading. Broadly speaking, “traffic data” can be defined as any computer data generated by a computer system in the chain of communication, indicating the communication’s origin, destination, route, size duration or type of service¹⁷, but in practice content and traffic data are generated simultaneously, as for example results obtained from data search engines, like google.

III. Approach of the European Court of Human Rights to the Right of Privacy within the Criminal Investigation

Art. 8 CEDH, under the title “Right to respect for private and family life”, states:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of

¹² As long as the sharing of the private sphere self decided is. As Sofsky says, “indem sie ihr persönliches Interieur öffentlich präsentieren, berauben sie sich freiwillig ihrer Zufluchtsstätte. (...) Er allein entscheidet darüber, wie er sich öffentlich zeigt”; W.SOFSKY, *Verteidigung des Privaten*, München 2007, p.81.

¹³ *Jalloh v. Germany*, de 11.7.2006, in a case regarding to forcible medical intervention and the administration of emetics in a case involving a small scale drug dealer. Although the Court focused this case on the violation of Art. 3 of the Convention, and concluded that the citizen Abuh Bakah Jalloh had suffered inhuman and degrading treatment contrary to Art. 3, the declaration made in it is applicable to all fundamental rights.

¹⁴ Directive 2002/58/ EC of 12 July 2002, concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, O.J: L 201/37, 31 July 2002.

¹⁵ See Art.5 Directive 2002/58/ EC.

¹⁶ See *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). On this issue see F. VERBRUGGEN, in “The glass may be half-full or half-empty, but it is definitely fragile”, in *Privacy and the Criminal Law*, (E.Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), Antwerpen, 2006, p. 129: “If you know how intrusive technology has become, you cannot reasonably expect certain facts to remain secret or confidential”.

¹⁷ See the definition of the Convention on cyber-crime, Council of Europe of 23 November 2001, Art. 1, <http://conventions.coe.int/Treaty/en>

disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

As we can see, Article 8 is one of the articles of the European Convention which is *qualified*. In other words, the first part of the Article (Art. 8.1) sets out the right and the second part (8.2) then qualifies it, by providing for certain circumstances in which restriction on the right or interference with the right is permissible¹⁸. The importance of this is that whilst, considering the first part of Art. 8, there may be an interference with the right for privacy, it is still possible that that interference might be found to nonetheless be *justified* under Art. 8.2.

Art. 8 ECHR is very similar to Art. 12 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 and Art. 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, but presents an important difference: while these two latter covenants grant protection against “illegal or arbitrary” interferences, Art. 8 ECHR does not mention the illegality or the arbitrariness to define the scope of application of this precept. Art. 8 offers protection against interferences with the right to private and family life, the home and the correspondence. Respect for private life includes a right to develop one’s own personality as well as to create relationships with others.

The Convention is often described as a “living instrument”. This means that the nature of Convention rights and the extent to which they should be protected will depend upon society’s values at any one time. And this is especially applicable to the scope of Art. 8 and the notion of privacy.

When analysing if there has been a breach of Art. 8 ECHR, the Court first looks if there has been an interference in any of the rights embodied in Art.8 ECHR. If there is an interference, the next step is to evaluate if the interference has been done in accordance with the law of the place where the measure was taken. If the measure *does* prove to be in accordance with law, the test of *necessity* involves deciding whether there is a ‘pressing social need’ for the interference and whether the means employed are proportionate to the legitimate aim or aims pursued by the state. The law must be accessible to the person concerned and foreseeable in its effect. But if the action in question was *not* in accordance with law, then there is no requirement to consider if it was justified. In conducting such an examination, the nature, context and importance of the *right* asserted- and the extent of interference- must be balanced against the nature, context and importance of the *public interest* asserted as justification. With this general test in mind certain further observations can be made, both as to the requirement for legal certainty and the process of justification.

It is clear that the requirement which is most difficult to check is the proportionality of the measure. Only upon a case by case study we can learn in which situations and under which circumstances the Court has considered an investigative measure –be it a home search or telephone tapping or other interference with privacy– to be justified in a democratic society.

1. In accordance with the law

In a well established doctrine¹⁹, the Court has stated that words “in accordance with the law” require firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law. However, that expression does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the

¹⁸ See also, P. DE HERT and S. GUTWIRTH, “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power”, cit., pp. 74-76; W. FREEDMAN, *The Right of Privacy in the Computer Age*, New York, 1987, pp. 10-11.

¹⁹ Así, *Handyside v. United Kingdom*, of 7.12.1976, *The Sunday Times v. United Kingdom*, of 26.4.1979, *Kruslin v. France* and *Huvig v. France*, of 24.4. 1990, *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998; *Rekvenyi v. Hungary*, of 20.5.1999.

law, requiring it to be compatible with the rule of law. The expression thus implies that there must be a measure of protection in domestic law against arbitrary interference by public authorities. From that requirement stems the need for the law to be accessible to the person concerned, who must, moreover, be able to foresee its consequences for him²⁰. And as was stated in *Valenzuela Contreras v. Spain* “especially where a power of the executive is exercised in secret the risks of arbitrariness are evident. In the context of secret measures of surveillance or interception by public authorities, the requirement of foreseeability implies that the domestic law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in and conditions on which public authorities are empowered to take any such secret measures. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is constantly becoming more sophisticated”²¹. The requirement that the effects of the “law” be foreseeable means that the guarantees stating the extent of the authorities’ discretion and the manner in which it is to be exercised must be set out in detail in domestic law so that it has a binding force which circumscribes the judges’ discretion in the application of such measures.

The requirement that there is a detailed legal provision, is a necessary consequence of the principle of legality in a democratic state, which recognizes the supremacy of the rule of law²². In this context, the word “law” shall not be interpreted in a formal sense, and as the Court has put it, it covers “written but also unwritten law”. This broad concept of “law” not limited to statutory rules, has a special relevance in those countries that belong to the common law legal system²³.

The Strasbourg Court has found a lack of sufficient legal grounds in cases where, although there was a legal basis for the adoption of the investigative measure, the relevant statutory provisions were not detailed enough as occurred in the *Huvig* case²⁴. In that landmark judgment, the Court stated that the provisions of the French *Code de procédure pénal*—then Art. 368—, was too broad as it allowed the Investigating Judge to adopt any measures he judged necessary to investigate the criminal facts. In the case *Calogero Diana*²⁵, detention of correspondence: lack of sufficient legal basis: law not grounds for intercepting and opening and not specify maximum duration of the monitoring. Violation of Art.8 was found.

Also lack of legal basis: *Valenzuela Contreras*²⁶, wire tapping not enough Constitutional provision allowing restrictions on the secrecy of communications in Spanish law; later again, judgment against Spain, *Prado Bugallo*²⁷. Already legal provision, but not enough detailed: not

²⁰ *Kopp v. Switzerland* judgment of 25.3.1998.

²¹ *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998, § 46. See also, *Malone v. United Kingdom*, of 2.8.1984; *Kruslin v. France* and *Huvig v. France*, f 24.4.1990; *Kopp v. Switzerland*, of 25.3.1998; *Valasinas v. Lithuania*, of 24.7.2001.

²² See, among others, N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid 1990, pp. 69-70.

²³ *The Sunday Times v. United Kingdom*, de 26.4.1979; *Malone v. United Kingdom*, de 2.8.1984. This doctrine is consistent with the different system of sources of law that exists in the common law legal orders, as well as with the value of the jurisprudence of the Constitutional Courts in the civil law countries.

²⁴ *Huvig v. France*, de 24.4.1990.

²⁵ *Calogero Diana v. Italy*, de 15.11.1996.

²⁶ *Valenzuela Contreras v. Spain*, of 30.7.1998. On telephone tapping in Spain, see, among others, J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid 1989; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid 1991; R. MARTIN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid 1995; J. MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Valencia 1999; A.P. RIVES SEVA, *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Navarra 2000; V. MORENO CATENA, “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en la obra colectiva *Jornadas sobre la justicia penal en España*, CGPJ, Madrid 1987, pp. 155-161; y J. JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, “RDC”, 1987, núm. 20, pp. 35-82, 58.

²⁷ *Prado Bugallo v. Spain*, de 18.2.2003.

definition of the persons that could be monitored, the remedies against the measure, system or recording and storing of the tapes.

The Kruslin and Huvig judgments mention the following minimum safeguards that should be set out in the statute in order to avoid abuses of power: a) a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped by judicial order, b) the nature of the offences which may give rise to such an order, c) a limit on the duration of telephone tapping, d) the procedure for drawing up the summary reports containing intercepted conversations, e) the precautions to be taken in order to communicate the recordings intact and in their entirety for possible inspection by the judge and by the defence and f) the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes destroyed, in particular where an accused has been discharged by an investigating judge or acquitted by a court.

In case *Rotaru v. Romania*, of 4.5.2000, the Court decides on a case related to the existence and use of data contained in intelligence service archives. Mr. Aurel Rotaru in a procedure of damages of the victims of the communist regime, claimed that there were data of him collected 50 years ago by the intelligence service. Among those data, it said that Mr. Rotaru was member of an extreme right organization. According to Mr. Rotaru, that information was false and sue for damages. The claims were rejected, although later the authorities recognized that the information was in fact not true, and there had been a confusion with a person with the same name. In any event national courts refused the request for damages.

Strasbourg Court after stating that the data collected and stored by the Romanian intelligence services interfered with the right to privacy, analyzed if there was sufficient legal basis. According to the statutory provisions existing at the time the data were stored, there was a legal basis, but not precise enough to meet the requirements of the ECHR and grant full protection to the affected person: the rule did not establish what kind of information could be stored, nor did specify which persons could be subject to the surveillance measures nor contained provisions regarding the period of time the information could be stored and under which circumstances it should be destroyed. The absence of a complete regulation, led the Court to judge that there had been a breach of the Convention and Mr. Rotaru's right to privacy had been violated. In this case, there was no further need to verify if the aims were justified or the measure was proportionate.

By establishing the requirement of precise legal provision, and the minimum content of the legal regulation in order to meet the certainty and foreseeability requirement, the ECHR has set the common guidelines to be followed by each of the Member States legal orders, and thus contributed to a certain degree of harmonization within the European legal systems.

2. Measure necessary in a democratic society and proportionality principle

For an investigative measure that interferes with the right to privacy to be in conformity with the Convention it must not only have a legal basis, its adoption has to be necessary in a democratic society, in other words, it has to respond to a *pressing social need*²⁸.

Only under these circumstances can an interference by the state in the privacy be justified. It is the judicial authority who has to assess if in a certain case there is a social pressing need that allows the restriction of a fundamental right, according to the legitimate interest of the criminal investigation and the prosecution of the criminal offence.

There are no fixed rules to assess the existence of a pressing social need. The court has stated that there is a pressing social need, when: 1) the aim is legitimate, and in Art. 8 ECHR it already states that the prosecution of a crime is a legitimate aim. Only in very rare occasions the

²⁸ See, for example, *Silver v. United Kingdom*, of 25.3.1983; or *Camezind v. Switzerland*, of 16.12.1997.

Court has found a violation of Art. 8 because there was not a legitimate aim, as the investigation of a criminal act is considered a legitimate aim. 2) The second step is to control if the measure was strictly necessary, and the measures adopted to investigate it will be considered necessary if there are no less intrusive means to reach the same results or the measure is not adequate to the aim pursued. To fulfil this requirement the measure does not have to be absolutely indispensable, being enough that it is reasonably necessary and convenient²⁹.

The Court requires that, whatever system of surveillance is adopted, there exists adequate and effective guarantees against abuse. This assessment has only a relative character: it depends on –among other things– the kind of remedy provided by the national law. It therefore has to be determined whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the ‘interference’ resulting from the contested legislation to what is ‘necessary in a democratic society’.³⁰ If in domestic law there is not an adequate remedy, the interference turns out to be illicit and in contravention of Art. ECHR as was declared in the case *Lambert v. France*³¹.

Finally, the measure must respect the proportionality principle. Proportionality is an abstract concept, it could also be said that we are facing an empty concept that needs to be defined according to the values of society. The Strasbourg Court has consistently held that the principle of proportionality is inherent in evaluating the right of an individual person and the general public interests in society³². This means that a fair or reasonable balance must be attained between those countervailing interests. Elements to evaluate the proportionality principle in the criminal investigation are the seriousness of the crime, the intensity of the suspicions, the perspective of success of the measure, and the prejudice caused to the individual person with regard to the usefulness of the results.

The ambiguities present in the evaluation of the “necessity of the measure in a democratic society” respond to the search of an adjustment between the supranational protection of human rights and the respect for the features and principles of the national legal systems. The efforts of the Court to achieve a right balance between the sovereignty of the states and the values envisaged in the Convention, have materialized in the doctrine of the state margin of appreciation. The Court has pointed out that national authorities enjoy a margin of appreciation in assessing whether there is a pressing social need³³.

²⁹ *Handyside v. United Kingdom*, of 7.12.1976, a case regarding the limits of the freedom of expression, but the reasoning contained in it is applicable to the restriction of any other fundamental right and also the right for privacy.

³⁰ *Klass and Others v. Germany*, of 6.10.1978.

³¹ In the case *Lambert v. France*, de 24.8.1998, the conversations of Mr. Lambert were wiretapped within a criminal investigation of a theft. The measure was accorded in conformity with the law, the legal basis was considered sufficient and the aim pursued legitimate. But, due to the judicial interpretation of the French courts, the person whose conversations were tapped, was denied the possibility to challenge the measure, because he was not the owner of the line. Precisely, the Court of Cassation affirmed the decision appealed against and held that the applicant had no standing to challenge the manner in which the duration of the monitoring of a third party's telephone line was extended. As a result, Mr. Lambert was denied effective protection under the national law, which was consequently held as a violation of Article 8 of the Convention.

Generally on the requirement of an "effective control" of the lawfulness of an investigative measure, to which citizens are entitled under the rule of law see *Klass and others v. Germany*, de 6.9.1978. See the note on this judgement by S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, págs. 541-542.

³² See Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford, 2002, p. 14.

³³ The state margin appreciation doctrine was explicitly mentioned for the first time in the case *Handyside*, 7.12.1976, §§ 48-49, in relation with the notion of what is “obscene”. However, implicitly it was already present in previous judgments, like in the case *Lawless v. Ireland* de 1.7.1961.

In sum, the doctrine of the margin of appreciation allows the national authorities a certain discretionary power to assess the necessity and proportionality of the investigative measures that interfere with fundamental rights. This is usually explained by saying that national authorities are in a better position to evaluate the necessity of the measures and thus to find the right balance between the protection of the individual and the objectives of the public interest. The states are given a margin of discretionary power in order to comply with the standards of the Convention³⁴.

¿What is the scope of this margin of appreciation? A too broad discretionary power would be contrary to the essence of the fundamental rights, but to try to limit it excessively would amount to the supranational court having to decide in every single case on the necessity of each measure and thus with the risk of becoming a fourth instance. In fact, only having a look to the decisions rendered with regard to investigative measures restrictive of the right to privacy, we can approach to the standard of protection the ECHR offers, if there is any such standard.

The following cases show some examples on how the Court has evaluated the proportionality requirement in the criminal investigation:

Within the **entry and search** measure:

1) In the case *Niemitz v. Germany*, of 16.12.1996, the Court deals with a criminal case for menaces and insults to a judge, where an a judicial order of entry and search of a lawyer's office is granted. Once the warrant was issued, the police searched a number of files in the legal practice. The Court held, however, that the measure was held to be not proportionate as the judicial warrant was too broad allowing to search documents, and not restricting to certain documents. In this case, to assess the proportionality, the Court took into account the special confidentiality of the lawyer-client relationship, and finally found there had been a violation of Art.8 ECHR.

2) In *Miaillhe v. France*³⁵, during the investigation of an tax fraud offence and infringements against the customs rules a search and entry of Mr Miaillhe premises was granted and more than 15.000 documents were seized. The Court decided that there was a sufficient legal basis, the necessity of the entry and search was justified, but the indiscriminate seizure of so many documents was disproportionate. Furthermore, this huge seizure lacked sufficient control, circumstances that led to find a violation of Art. 8 ECHR.

3) *Z. v. Finland*³⁶ deals with the investigation of a sexual offence and possible infection of the victim with AIDS. The search of medical archives was granted and lawful under the domestic law. In order to evaluate the proportionality the Court attended to the seriousness of the crime, the way in which the search of documents was done and the measures provided by the Finnish law to preserve the confidentiality. It concluded that the measure was not disproportionate, but the time limit established in the statutory provisions to guarantee the confidentiality of the medical data –a time of ten years–, was considered to violate art. 8 ECHR³⁷.

With regard to the respect for privacy in relation to postal **correspondence**:

There are several sentences dealing with this issue, but all of them in the context of communications of imprisoned person³⁸, and thus not within a criminal investigation. These

³⁴ As pointed out by Y. ARAI-TAKAHASHI, op.cit, p.3, this doctrine finds its origins in the case law of the French *Conseil d'État*, as well as in the administrative discretionally doctrine developed in the civil law systems.

³⁵ *Miaillhe v. France*, de 25.2.93.

³⁶ *Z. v. Finland*, de 25.2. 1997.

³⁷ This sentence includes a partly dissenting opinion of Judge Mayer states that “without prejudice to what might be acceptable with regard to other information in criminal case files, I consider that medical data in such files must remain confidential indefinitely. The interest in ensuring that court proceedings are public is not sufficient to justify disclosure of confidential data, even after many years have elapsed.”

³⁸ See *Golder v. United Kingdom*, de 21.2.1975; *Silver v. United Kingdom*, 25.3.1983; *Boyle and Rice v. United Kingdom*, 27.4.1988; *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, 20.6.1988; *McCallum v. United Kingdom*, de 30.8.1990; *Campbell v. United Kingdom*, de 25.3.1992; *Messina v. Italy*, de 26.2.1993 y de 24.10.2002; *Calogero*

decisions are interesting in order to evaluate the proportionality principle of the interference, especially when this affects the privileged relationship client-lawyer³⁹. We will not mention these cases here, as they are only indirectly related to the topic of this presentation.

With regard to **telephone tapping**:

All judgments that we have found that deal with telephone tapping focus on the question of the sufficient legal basis, as the leading cases *Malone v. United Kingdom*⁴⁰ and *Kruslin and Huvig*, already mentioned. There are other decisions, like *Amann v. Switzerland*⁴¹ where the Court draws attention to the insufficient protection of the rights of third persons that are affected by the interception of a telephone conversation. But even in this last case, the Court only deals with the sufficient legal provision. As far as we know, no case-law is found that shows how is the proportionality principle to be assessed with regard to wire tapping or electronic surveillance of communications.

IV. Conclusions

Within the ambit of the Council of Europe countries, the case-law of the European Court of Human Rights has played and is still playing an essential role in the definition and protection of the fundamental rights and at the same time it has acted as an integrating element of the European Union. We are not in front of a mere declaration on human rights: the Convention constitutes an effective instrument to control the respect of those rights. Thanks to the decisions of the ECHR many reforms have taken place in the criminal proceedings along Europe, and significant advances have taken place towards the implementation of the procedural safeguards. In general, the regulation of the criminal proceedings have gained more transparency and the level of protection of the individual rights has definitely been increased.

However these significant contributions of the ECHR⁴², we have to point out that in the field of criminal investigative measures and right to privacy we are still very far from reaching a common standard or a uniform understanding on the limits of these measures: proportionality is still a notion to be defined. The Court has focused primarily and almost exclusively on the legality requirement, skipping the issue of the content and limits of the right to privacy. There are no specific guidelines to define the right balance between the interests of a criminal investigation and the protection of the right to privacy, at least not until now⁴³. But, this might be the most sensible policy of the Court, not only because we lack of universally accepted standards to measure the necessity of limitations on human rights and especially on privacy, but also in order not to stress to

Diana v. Italy, de 15.11.1996; *Di Giovine v. Italy*, de 26.7.2001; *Puzinas v. Lithuania*, de 14.3.2002; *A.B. v. Neatherlands*, de 29.4.2002.

³⁹ See, for example, *S. v. Switzerland*, de 21.11.1991.

⁴⁰ *Malone v. United Kingdom*, de 2.8.1984.

⁴¹ *Amann v. Switzerland*, de 16.2.2000. In this case a businessman resident in Switzerland received a telephone call from a woman to buy a depilatory appliance. She was calling from the former Soviet embassy. That telephone call was intercepted by the Federal Public Prosecutor's Office, and a file was created indicating he had relations with a communist party, which then requested the Intelligence Service to carry out an investigation into the applicant. The Court held that Art.8 of the Convention had been violated, because the domestic law regarding telephone tapping did not contain specific and detailed provisions to comply with the accessibility and foreseeability requirements and the applicant had had no remedy before the national authorities in order to control the measure and if appropriate, seek redress.

⁴² Vid. U. SIEBER, "Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht. Einführung zum Corpus Iuris", en *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, (ed. M. Delmas-Marty), Köln 1998, p. 26.

⁴³ Critic on this policy of the ECHR, see DE HERT and S.GUTWIRTH, *op. cit.*, pp.86-87.

much its own existence⁴⁴. Finally, privacy has a multitude of meanings and dimensions, all depending on the context, including not only those activities that connote freedom from intrusion, but also data protection⁴⁵.

Questions like what should be defined as a serious offence that justifies the adoption of a investigative measure restrictive of the fundamental right to privacy, cannot be answered in a clear and common way. On the other hand, issues like what are the minimum indications or what kind of suspicions have to be present in a case in order to allow a telephone tapping, also can only be answered on a national basis⁴⁶.

These questions tend to be kept within the national discretionary power through the doctrine of the state margin of application and only in very rare cases, the Court sets up guidelines to interpret the principle of proportionality of the investigative measures. Thus the states have considerable leeway in determining the proportionality of e inroads in fundamental rights. As a result, we do not find guidelines to define the limits of the state interference in the sphere of our private life. It is easy to require a measure to be in conformity with the proportionality principle, and at the same time leaving each state the task to define what is to be considered proportional.

The right to privacy is not absolute and restrictions may be justified for example, on grounds of public interest, national security or prevention of crimes. Thus even rights that are declared to be fundamental must be the subject of constant appraisal and re-appraisal. Thus the content of the right for privacy is to a certain extent flexible. And every time we are confronted with conflicting interests, we are facing the difficulty of finding the right balance between the public interests and the protection of the individual rights. The outcome depends on how we value the significance of the public interest at stake or how we interpret the existence of a pressing social need, and to how extent are we willing to give renounce to our own privacy. A serious public debate on the content of fundamental rights and particularly of the right to privacy is needed in Europe.

At the end, after having a look on all the legal tests and balances, it will be necessary to take a view on reality and express a preference for the sort of society in which one wants to live⁴⁷: one with more freedom and more privacy with higher risks for security, or on the contrary.

⁴⁴ As F. VERBRUGGEN states, *op. cit.*, p.125, the Strasbourg Court is not technically a Constitutional Court and “giving the national lawmakers of different states some leeway in ascertaining the necessity of intrusive measures is sound court policy”.

⁴⁵ J.K. SOBEL, K.J.PETRULAKIS, D.M. DIXON-THAYER, “The evolution of data protection as a privacy concern, and the contract law dynamics underlying it”, in *Securing Privacy in the Internet Age*, Stanford, Ca, 2008, p.55.

⁴⁶ See also, H.H. KÜHNE, “Grundrechtsschutz in einem grenzenlosen europäischen Strafrecht”, en la obra colectiva *Europäischer Grundrechtsschutz*, cit., pp. 61 and 65.

⁴⁷ A. ASHWORTH, p. 43; W. DIFFIE and S. LANDAU, *Privacy on the line. The politics of Wiretapping and Encryption*, cit., pp.170-171.

LIMITAREA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ ÎN CURSUL URMĂRIII PENALE. JURISPRUDENTA CEDO*

Lorena BACHMAIER WINTER**

Cuvinte cheie: dreptul la viață privată, limitări ale drepturilor fundamentale, urmărirea penală, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

1. Introducere

Crima organizată, infracțiunile transfrontaliere, cum ar fi cele informatice și spălarea banilor, precum și fenomenul complex al terorismului internațional, în special după atacurile din 11 Septembrie, constituie noi provocări pentru sistemul justiției penale¹. Aceste noi tipuri de infracțiuni au un grad ridicat de pericol social reprezentând o amenințare globală de dimensiuni istorice. Instituțiile abilitate cu aplicarea legii se confruntă cu infracțiuni ce se extind în afara frontierelor naționale cu acte izolate, la întâmplare, ce generează un sentiment de insecuritate în rândul membrilor societății, câteodată chiar un șoc colectiv sau cel puțin un stres emoțional. În aceste situații se impune ridicarea nivelului de protecție a valorilor sociale iar Andrew Ashworth sublinia că în cazurile atingerilor aduse chiar dreptului la viață primordialitatea interesului public intră în conflict cu drepturile individuale fundamentale².

În fața celor mai grave infracțiuni, în special a terorismului, guvernele au intenția de a deroga de la principiile generale de drept penal în vederea adoptării de măsuri preventive de acțiune și de anticipare a săvârșirii de asemenea acte justificând conceptul de „război împotriva terorismului”³ care permite înlocuirea sistemului de reacție socială activ cu unul pro-activ ce conține metode de cercetare penală mult mai ferme și mai invazive constituind excepții de la respectarea drepturilor fundamentale ale omului⁴.

În aceste situații de excepție, când organele competente ale statului și chiar o parte a societății, reclamă măsuri ferme de combatere a infracționalității, dreptul la viață privată poate fi grav atins⁵. Cu cât măsurile necesare protecției siguranței statului sunt mai represive cu atât atingerile aduse drepturilor omului vor fi mai extinse⁶.

* Lucrarea a fost redactată în cadrul proiectului de cercetare „*Integracion europea y armonizacion de las garantias fundamentales en el proceso penal*” (SEJ2005-05719/JURI) finanțată de Ministerul Științei și Educației din Spania.

** Profesor universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea Complutense, Madrid, Spain (e-mail: l.bachmaier@der.ucm.es). Traducerea: Cornelia Hanna Budur.

¹ Cu privire la terorism ca amenințare globală a se vedea, W. Laqueur, *Die globale Bebrohung*, New York 1998, pp. 95 și următoarele.

² Pentru interesele conflictuale ale justiției penale și riscul asupra interesului public, argumente pentru respectarea drepturilor omului, a se vedea analiza lui A. Ashworth, *Human rights, Serious crime and Criminal Procedure. The Hamlyn Lectures*, London, 2002, pp. 93 și următoarele.

³ A se vedea W. Sofsky, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt a.M., 2005, pp. 114 și următoarele; W. Hetzer, „*Terrorist attacks. Criminal Prosecution or National Defence?*”, *Eur Journal on Criminal Policy and Research*, vol.13, nr. 1-2 (April 2007), pp. 33-55, 42 și următoarele.

⁴ M. Freedman, *Freedom or Security. The consequences fr democracies using emergency powers to fight terror*, Westport, 2003.

⁵ Este indubitabil că a scăzut nivelul de protecție a vieții private, în special ca răspuns la atacurile teroriste, a se vedea, ca exemplu, J. B. Rule și G. Greenleaf, *Global Privacy Protection*, Cheltenham 2008, p.10; P. de Hert and S. Gutwirth, „Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power”, în *Privacy and Criminal Law*, (E. Claes, A. Dufy, S. Gutwirth eds.), Antwerpen, 2006, p. 62.

⁶ A. Ashworth, *op. cit.*, p. 99.

Scopul lucrării este analiza jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului (în continuare Curtea) în situațiile speciale în care se impune protejarea dreptului la viața privată pe parcursul procesului penal, jurisprudența Curtea stabilind standardul minim de respectare a acestui drept. Cu toate că aceste decizii ale Curtea s-au dovedit a fi esențiale pentru înțelegerea conținutului drepturilor fundamentale și a principiilor de drept penal ele nu conțin un set de reglementări prin care să se satbilească condițiile în care autoritățile statului pot aduce atingere dreptului la viața privată fără a încălca art.8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (în continuare, Convenția). Datorită acestei marje de apreciere asupra condițiilor necesare nu există o interpretare unitară a conceptului de viață privată. Pe de altă parte testul de proporționalitate dintre necesitatea derogării și caracterul de drept fundamental al respectării vieții private este rar aplicat la luarea măsurilor procesuale din faza urmăririi penale iar Curtea are tendința de a verifica exclusiv legalitatea și necesitatea acestora. Și chiar în cazurile în care se constată un raport de proporționalitate între interesul public și respectarea dreptului la viața privată, conținutul dreptului nu este definit în mod general, uniform, ci depinde de circumstanțele fiecărui caz de încălcare în parte.

Este clar că trebui să existe o proporționalitate între măsurile procesuale restrictive impuse și gradul de pericol social al infracțiunii, dar care sunt limitele acesteia? Ar trebui să existe câte o reglementare pentru fiecare categorie de infracțiuni? Răspunsul la aceste întrebări este esențial pentru că nu există un standard comun asupra aplicării condiției de proporționalitate ce trebuie împlinită la dispunerea unor asemenea măsuri procesuale în faza urmăririi penale.

2. Noi provocări ale dreptului la viață privată

Dacă am început prezentarea cu enumerarea a noi tipuri de infracțiuni complexe, cum ar fi terorismul, nu este pentru că ar fi statistic relevant – fiind de departe una din cele mai puțin frecvente infracțiuni – ci pentru că este un exemplu relevant ce întrunește cele trei riscuri majore pentru protecția drepturilor omului, și în particular pentru dreptul la viața privată în cursul procesului penal: 1) existența unui stres emoțional; 2) necesitatea unei intervenții pro-active; 3) definirea luptei împotriva infracțiunilor ca o „stare de război”⁷.

Dacă luăm în considerare progresul major al tehnicilor de supraveghere și al posibilității de a obține informații generale asupra unor indivizi potențial periculoși – câteodată chiar în afara urmăririi penale –, tehnologii care duc la procesarea unor cantități mari de informații - dosare administrative, antecedente penale, profile genetice, medicale sau financiare - , domeniul vieții private poate fi restrâns prin o multitudine de măsuri invazive. Datorită faptului că aceste măsuri sunt facilitate de tehnologiile moderne, ele reprezintă un risc major pentru respectarea vieții private a cetățenilor. Dreptul la viață privată devine foarte precar într-o societate modernă, restrângerile devenind de neevitat. Conflictul întotdeauna prezent în legea penală, așa cum era perceput de Ernst Beling⁸, dintre respectarea drepturilor individuale și interesul public de a apăra valorile sociale și de a garanta eficiența procesului penal, este mult mai evident în faza urmăririi penale în cazul dispunerii de măsuri restrictive de drepturi fundamentale. Iar tehnologia a permis statului o imixtiune în viața privată a individului din ce în ce mai mare. Din acest motiv s-ar putea

⁷ Există o tendință periculoasă de a se șterge linia dintre război și infracțiuni, a se vedea, printre alții, W. Hetzer, *op. cit.*, p.15; W. Laqueur, *Krieg dem Westen. Terrorismus im 21. Jahrhundert*, Berlin, 2003, p. 336-338. Cu privire la noțiunea de terorism, există numeroase studii care abordează fenomenul din diferite puncte de vedere, devenind imposibilă menționarea tuturor aici. Câteva din studiile consultate sunt, M. Ignatiev, *The lesser Evil. Political Ethics in the Age of Terror*, Pricetown, 2004; M. Ransrop (ed.), *Terrorism and Human Rights*, Routledge, 2007; W. Sofsky, *Violence, Terrorism, Genocide, War*, San Antonio, Tx, 2003.

⁸ E. Beling, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, Darmstadt, 1903, p. 40.

spune că viața privată, ca drept al individului de a fi lăsat în pace, nu mai reprezintă un concept realist⁹.

În acest context apar întrebări inevitabile: Care sunt limitele acestei imixțiuni? Ar trebui să renunțe cetățeanul la viața sa privată în favoarea garanției unei securități globale? Este posibilă o interpretare unitară asupra conceptului de viață privată în contextul urmăririi penale?

Pe de altă parte, în prezent, în această societate a informațiilor, dreptul la viața privată mai are același conținut ca în secolul al XIX-lea sau în secolul al XX-lea sau trebuie reevaluat în contextul schimbărilor din ultimele decenii? Am încercat să atrag atenția asupra acestui fenomen sociologic contemporan în desfășurare care opune transparența intimității individului expunându-i viața privată publicului prin intermediul internetului, chiar prin voința acestuia uneori. Numai în Spania, din o populație de 45 de milioane, 13 milioane folosesc Face-book sau alte rețele de comunicare ca mijloace de expunere a vieții private. Am citit recent lucrarea unui antropolog argentinian – P.Sibilia – care susține că asistăm în prezent la o schimbare a modului în care ne construim și ne dezvoltăm personalitatea ca indivizi. Elemente care în mod tradițional erau considerate ca aparținând vieții private acum sunt expuse publicului. Atitudinea introspectivă este dezavuată, iar în anumite cercuri, numai cei care își exprimă public cele mai intime sentimente și experiențe sunt considerați pe deplin integrați în societate. Acest lucru demonstrează oare necesitatea schimbării conceptului de protejare a vieții private corelat la noua sa valoare? Este la fel de importantă protejarea intimității când asistăm la o renunțare voluntară la aceasta prin expunerea publică¹⁰?

Nu intenționăm să tragem concluzii nici să răspundem ferm la aceste întrebări. Scopul urmărit este acela de a aduce în discuție aceste probleme și să arătăm necesitatea găsirii unor standarde minime care ar trebui regăsite în cadrul oricărui proces penal. Cu atât mai mult susținem respectarea vieții private pe parcursul urmăririi penale:

1). Dreptul la viața privată cuprinde mai multe aspecte printre care se află și dreptul la păstrarea confidențialității voluntare asupra unor informații personale¹¹.

Nimeni nu poate interveni în această sferă privată decât dacă individul permite accesul sau dacă există motive temeinice care să justifice un interes public cu respectarea garanțiilor impuse de Curtea. Faptul că mulți indivizi își expun viața privată prin intermediul internetului nu dă dreptul statului și organelor judiciare să pătrundă în sfera privată rămasă neexpusă¹².

2) Conform jurisprudenței Curții: chiar în cele mai dificile situații cum ar fi lupta împotriva terorismului și a crimei organizate protecția drepturilor fundamentale rămâne absolută, nenegociabilă, cu excepțiile și derogările prevăzute chiar în Convenție¹³.

În acest context apare o a treia întrebare care trebuie ridicată și pusă în discuție publică. Referitor la confidențialitatea comunicațiilor electronice, în acord cu reglementarea Directivei UE 2002/58¹⁴, unul din principiile generale ce guvernează regimul legal al traficului de date este acela

⁹ W. Diffie and S. Landau, *Privacy on the line. The politics of Wiretapping and Encryption*, Cambridge, Mass., 2007, p.171.

¹⁰ În sens contrar, V. Tadros, "Power and the Value of Privacy", in *Privacy and the Criminal Law*, (E. Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), p. 115.

¹¹ V. Tadros, *op. cit.*, pp. 105 și următoarele.

¹² Atâta timp cât decidem să neîmpărtășim celorlalți viața privată, așa cum afirmă Sofsky "indem sie ihr persönliches Interieur öffentlich präsentieren, berauben sie ich öffentlich zeigt"; W. Sofsky, *Verteidigung des Privaten*, München, 2007, p. 81.

¹³ *Jalloh v. Germany*, din 11.7.2006. este un caz privind asistența medicală forțată asupra unui traficant de droguri. Chiar dacă atenția Curții a fost îndreptată pe încălcarea art.3 al Convenției, constatând că cetățeanul Abuh Bakah Jalloh a fost supus tratamentelor inhumane și degradante, dispoziția poate fi aplicabilă tuturor drepturilor fundamentale.

¹⁴ Directiva 2002/58/EC din 12 iulie 2002, privind procesarea datelor personale și protecția confidențialității comunicațiilor electronice, O.J: L 201/37, 31 iulie 2002.

că Statele Membre au obligația să asigure confidențialitatea acestuia extinsă la tot volumul de date¹⁵. Dar este posibilă această protecție? Poate statul efectiv garantează secretul comunicațiilor electronice? Și dacă nu, există o absolută confidențialitate asupra acestora sau trebuie tratate ca niște conversații ținute în public? Privitor la această problemă, Curte Supremă a Statelor Unite a dat o accepțiune a confidențialității ca fiind predictibilă și rezonabilă în măsura în care un individ al societății contemporane poate opta pentru limitele expunerii sale publice¹⁶.

Pe de altă parte, referitor la tradiționalele conversații telefonice, este facilă separarea conținutului de alte date, pe când în cazul comunicațiilor electronice moderne această separare nu este posibilă. Tehnic vorbind traficul de date poate fi definit ca totalitatea informațiilor generate de un computer sau de un sistem de calculare dintr-o rețea, care indică originea comunicației, destinația, ruta, durata sau tipul de serviciu¹⁷, dar practic conținutul și traficul sunt generate simultan, ca de exemplu rezultatele căutărilor pe un motor de căutare cum este Google.

3. Reglementarea Convenției asupra dreptului la viața privată în contextul urmării penale

Art.8 din Convenție sub titlul "Dreptul la respectarea vieții private și de familie" statuează: 1). *Fiecare are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a locuinței și a corespondenței.* 2). *Autoritățile statului nu pot restrânge exercițiul acestui drept decât în situații de interes public ce privesc siguranța statului, ordinea publică, bunăstarea economică a statului, prevenirea infracțiunilor sau tulburărilor publice, sau pentru protejarea drepturilor și libertăților celorlalți.*

După cum se observă articolul 8 este unul *calificat*. Cu alte cuvinte, în art. 8 alin. 1 este consacrat dreptul iar în art. 8 alin. 2 acesta este calificat. Deasemenea, sunt reglementate situațiile de restrângere a acestuia, situații în care este permisă intruziunea statului în viața privată¹⁸. Importanța acestei calificări este aceea că în considerarea primei părți a articolului 8 chiar dacă atingerile aduse dreptului la viața privată nu sunt permise ne putem afla totuși într-unul din cazurile prevăzute de art. 8 alin. 2 în care aceste atingeri pot avea o justificare.

Art. 8 din Convenție este similar cu art.12 din Declarației Universale a Drepturilor Omului din 1948 și art.12 al Convenției Internaționale asupra Drepturilor Civile și Politice din 1966, dar prezintă o importantă diferență în sensul că în timp ce ultimele două garantează protecția împotriva atingerilor „ilegale sau arbitrare”, art.8 din Convenție nu utilizează conceptele de arbitrar sau ilegal pentru a defini scopul garanției date indivizilor. Art. 8 garantează o protecție necondiționată vieții private și de familie, a locuinței și corespondenței. Respectul pentru viața privată include și dreptul individului de a-și dezvolta propria personalitate precum și relațiile personale.

Convenția este deseori descrisă ca un „instrument viu”. Aceasta înseamnă că natura și conținutul drepturilor pe care le protejează depind de valorile societății contemporane. Acest lucru se aplică în mod special scopului art. 8 precum și conceptului de viață privată.

¹⁵ A se vedea Art.5 Directiva 2002/58/EC.

¹⁶ A se vedea *Katz v. United States*, 389 U.S.347(1967). În această problemă a se vedea F. Verbruggen, în "The glass maybe half-full or half-empty, but is definitely fragile", în *Privacy and the Criminal Law*, (E. Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), Antwerpen, 2006, p. 129: "If you know how intrusive technology has become, you cannot reasonably expect certain facts to remain secret or confidential".

¹⁷ A se vedea definiția infracțiunii cibernetice din Convenție, Consiliul European din 23 noiembrie 2001, Art.1, <http://conventions.coe.int/Treaty/en>.

¹⁸ A se vedea, P. de Hert și S. Gutwirth, "Privacy data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power", *op. cit.*, pp.74-76; W. Freedman, *The Right of Privacy in the Computer Age*, New York, 1987, pp.10-11.

Când analizează o încălcare a art.8 din Convenție, Curtea analizează mai întâi atingerile aduse drepturilor garantate de Convenție. Dacă acestea există, pasul următor este evaluarea încălcării și dacă s-a respectat legea internă în momentul dispunerii măsurii procesuale. Dacă se dovedește că măsura a fost luată cu respectarea legii se trece la efectuarea *testului de necesitate* care arată dacă a existat o „nevoie socială urgentă” care a determinat dispunerea măsurii procesuale proporțional cu scopul legitim urmărit de către stat.

Dar dacă măsura nu s-a dispus cu respectarea legii, aceasta este declarată ilegală, fără a se mai cerceta dacă a fost necesară sau nu. În efectuarea acestei analize Curtea pune în balanță natura, contextul și importanța dreptului cu împrejurările de fapt și importanța *interesului public* legitim care să justifice măsura procesuală dispusă.

Este clar că cel mai dificil este verificarea proporționalității măsurii. Numai studiind fiecare caz de încălcare în parte ne putem da seama în ce situații și sub care circumstanțe Curtea a considerat o măsură – de exemplu o percheziție domiciliară, o interceptare telefonică sau orice altă intruziune în viața privată – ca fiind justificată într-o societate democratică.

3.1. Restrângerea dreptului la viață privată trebuie să fie reglementată în legea națională

Cu o jurisprudență uniformă, Curtea a decis că „respectarea prevederilor legale”¹⁹ necesită în primul rând ca măsura procesuală dispusă să aibă o bază legală. Mai mult expresia nu se referă în general la reglementarea internă, ci expres la norma care a stat la baza dispunerii măsurii respective. Adică trebuie să existe o normă internă expresă, de protecție împotriva măsurilor abuzive sau arbitrare ale statului și a autorităților sale publice. Din această cerință reiese că legea trebuie să fie accesibilă persoanei în cauză, care trebuie să-i prevadă consecințele²⁰. Astfel a statuat Curtea în *Valenzuela Contreras v. Spain* „în special când exercitarea puterii executivului se face în secret, riscul arbitrariului măsurii crește”. În contextul unor măsuri secrete de supraveghere sau interceptare din partea autorităților publice, cerința cunoașterii consecințelor implică faptul că legea internă trebuie să fie suficient de clară, ca terminologie, pentru ca cetățenii să cunoască circumstanțele și condițiile în care autoritățile publice sunt autorizate să dispună asemenea măsuri secrete. Este esențială edictarea unor norme clare și amănunțite cu atât mai mult cu cât tehnologia folosită devine din ce în ce mai sofisticată²¹. Cerința ca efectele legii să fie transparente înseamnă că garanția asupra discreției autorităților și modalitatea de exercitare trebuie să fie expres prevăzute în norma internă astfel încât să constituie o obligație a organelor judiciare autorizate în aplicarea unor asemenea măsuri.

Cerința ca prevederile legale să fie amănunțite este o consecință necesară a principiului legalității într-un stat democrat, care recunoaște supremația legii²². În acest context cuvântul „lege” nu trebuie interpretat în sens formal, ci, în accepțiunea Curții, în sens larg acoperind „legea scrisă și nescrisă”. Acest concept al „legii”, care nu se limitează la legile ordinare are o relevanță specială în țările cu sistem *common law* în care jurisprudența este izvor de drept²³.

¹⁹ *Asi, Handyside v. United Kingdom*, din 7.12.1976, *The Sunday Times v. United Kingdom*, din 26.4.1979, *Kruslin v. France* și *Huvig v. France*, din 24.4.1990, *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998; *Rekvenyi v. Hungary*, din 20.5.1999.

²⁰ *Kopp v. Switzerland* decizia din 25.3.1998.

²¹ *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998. A se vedea și *Malone v. United Kingdom*, din 2.8.1984; *Kruslin v. France* și *Huvig v. France*, din 24.4.1990; *Kopp v. Switzerland*, din 25.3.1998; *Valensinas v. Lithuania*, din 24.7.2001.

²² A se vedea printre alții, N. Gonzales-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, pp.69-70.

²³ *The Sunday Times v. United Kingdom*, din 26.4.1979; *Malone v. United Kingdom*, din 2.8.1984. Această doctrină se aplică în sistemele *common law*, unde jurisprudența este izvor de drept.

Curtea a considerat ca insuficiente temeiurile legale în cazurile în care, chiar dacă exista o bază legală pentru dispunerea măsurii procesuale, reglementările existente nu erau suficient de amănunțite, ca în cazul *Huwig*²⁴. Într-o decizie de referință, Curtea a statuat că prevederile Codului de Procedură Penală Francez - atunci art.368 -, era prea extins, autorizându-l pe judecătorul de instrucție să dispună orice măsură pe care o considera necesară pe parcursul urmăririi penale. În cazul *Calogero Diana*²⁵, reținerea corespondenței, insuficiența temeiurilor legale: lipsa reglementărilor privind interceptarea și deschiderea corespondenței precum și a duratei de monitorizare. În acest caz s-a apreciat încălcarea art.8 din Convenție.

De asemenea a lipsit temeiul legal în *Valenzuela Contreras*²⁶ (sistem de ascultare), nefiind suficiente prevederi constituționale care să permită restrângerea secretului comunicațiilor în legea spaniolă; se adaugă și decizia împotriva Spaniei în cazul *Prado Bugallo*²⁷. Existența prevederilor legale, dar neamănunțite: nedefinirea categoriilor de persoane care pot fi monitorizate, lipsa reparațiilor, sistemul de înregistrare și stocare a datelor.

În deciziile *Kruslin* și *Huwig* se precizează condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a se evita abuzul din partea autorităților: a) definirea categoriilor susceptibile de ascultări telefonice prin ordin judecătoresc, b) tipul de infracțiune pentru care se poate emite un astfel de ordin, c) limitarea duratei ascultărilor, d) procedura întocmirii de rezumate a convorbirilor înregistrate, e) precauțiile ce trebuie luate pentru comunicarea intactă a acestora și punerea lor la dispoziția judecătorului, f) circumstanțele în care aceste înregistrări trebuie sau pot fi distruse, în special când acuzațiile au fost retrase sau inculpatul a fost achitat.

În cazul *Rotaru v. România*, din 04.05.2000, Curtea a statuat asupra existenței și folosirii datelor deținute în arhiva serviciilor secrete. Domnul Aurel Rotaru, în procedura obținerii de reparații ca victimă a regimului comunist, a susținut că autoritățile dețin date despre el obținute cu 50 de ani în urmă de serviciul de informații. Printre aceste date se aflau unele din care reieșea că domnul Rotaru a fost membru al unei organizații de extremă dreaptă. Pretențiile sale au fost respinse în plan național, autoritățile recunoscând totuși că informațiile nu erau adevărate fiind o confuzie cu o altă persoană cu același nume. Instanțele naționale i-au respins însă toate acțiunile în daune ca nefondate. Curtea de la Strasbourg, după ce a constatat că datele colectate și stocate de serviciul de informații român aduc atingere dreptului la viața privată, a analizat dacă există o bază legală temeinică. Având în vedere prevederile legale existente în momentul colectării datelor, s-a constatat că exista o reglementare dar insuficient de precisă ca să corespundă cerințelor Convenției, de garantare a protecției persoanelor afectate. Astfel, legea nu preciza ce tip de informație poate fi stocată, nu specifica ce categorii de persoane pot face subiectul unor măsuri de supraveghere și nici nu conținea prevederi exprese asupra perioadei de timp pentru păstrarea informațiilor sau în ce împrejurări acestea puteau fi distruse. Absența unei reglementări complete a determinat Curtea să constate încălcarea Convenției, fiind atins dreptul la viața privată a domnului

²⁴ *Huwig v. France*, din 24.4.1990.

²⁵ *Calogero Diana v. Italy*, din 30.7.1996.

²⁶ *Valenzuela Contreras v. Spain*, din 30.7.1998. Despre ascultarea telefonică în Spania a se vedea, printre alții, J. Lopez Barja de Quiroga, *Las escuchas telefonicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989; T. Lopez-Fragoso Alvarez, *Las intervenciones telefonicas en el proceso penal*, Madrid 1991; R. Martin Morales, *El regimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid 1995; J. Montero Aroca, *La intervencion de las comunicaciones telefonicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Valencia 1999; A. P. Rives Seva, *La intervencion de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Navarra 2000; V. Moreno Catena, "Garantia de los derechos fundamentales en la investigacion penal", en la obra colectiva *Jornadas sobre la justicia penal in Espana*, CGPJ, Madrid 1987, pp. 155-161; si J. Jimenez Campo, *La garantia constitucional del secreto de las comunicaciones*, "RDC", 1987, nr. 20, pp. 35-82, 58.

²⁷ *Prado Bugallo v. Spain*, din 18.2.2003.

Rotaru. În acest caz nu au mai fost necesare cercetarea justificării măsurii sau proporționalitatea acesteia.

Prin impunerea acestor condiții reglementărilor legale, a minimumului de conținut, Curtea a tratat reguli comune ce trebuie urmate de legislațiile naționale ale statelor membre, contribuind astfel la armonizarea sistemelor judiciare europene.

3.2 Restrângerea dreptului la viață privată trebuie să fie necesară într-o societate democratică. Principiul proporționalității.

Pentru ca o măsură procesuală care aduce atingere dreptului la viață privată să fie în conformitate cu prevederile Convenției, nu este suficient să aibă o bază legală, ci trebuie ca dispunerea acesteia să fie cu adevărat necesară într-o societate democratică, cu alte cuvinte să răspundă unei „nevoi sociale urgente”²⁸.

În aceste circumstanțe, atingerea de către stat a dreptului la viață privată poate fi justificată. Autoritățile judiciare trebuie să decidă, într-un anumit caz, dacă este necesară restrângerea drepturilor fundamentale în considerarea interesului legitim de a aduce pe cei vinovați de săvârșirea unei infracțiuni în fața justiției.

Nu există reguli precise de determinare a nevoii sociale urgente ce poate justifica luarea unei asemenea măsuri. Curtea a decis că acesta există în următoarele cazuri: 1) scopul măsurii să fie legitim (iar art.8 deja precizează că cercetarea unei infracțiuni este un scop legitim); 2) măsura să fie necesară, această condiție fiind îndeplinită când nu există și alte măsuri, mai puțin invazive, care să ducă la aceleași rezultate și să servească aceluiași scop. Pentru a îndeplini această cerință măsura nu trebuie să fie absolut indispensabilă, ci numai necesară și utilă scopului urmărit²⁹.

Curtea a precizat că, chiar dacă este adoptat un sistem de supraveghere, există garanții adecvate și efective împotriva abuzului. Prevederea are doar un caracter relativ: depinde – printre altele – de tipul reparației garantate de legea internă. Din acest motiv trebuie stabilit dacă procedurile de dispunere, aducere la îndeplinire și de implementare a măsurilor restrictive sunt de așa natură încât să mențină efectul de „restrângere” în limitele legale așa cum este „necesar într-o societate democratică”³⁰. Dacă în legea națională nu sunt prevăzute asemenea reparații în cazul încălcărilor drepturilor, atingerea dreptului devine ilegală și contravine art.8 din Convenție, așa cum s-a decis în cazul *Lambert v. France*³¹.

În cele din urmă măsura procesuală trebuie să respecte principiul proporționalității. Proporționalitatea este un concept abstract, despre care s-ar putea spune că este lipsit de conținut concret, care trebuie definit în contextul valorilor sociale existente. Curtea de la Strasbourg a susținut constant că principiul proporționalității este inerent în evaluarea drepturilor persoanelor și a interesului public general într-o societate³². Aceasta înseamnă că trebuie să existe un echilibru rezonabil între cele două interese contradictorii. Elementele necesare pentru aplicarea principiului proporționalității măsurilor procesuale dispuse pe parcursul urmăririi penale sunt gradul de pericol social al infracțiunii, indiciile temeinice asupra vinovăției persoanei, perspectiva ca măsura dispusă

²⁸ A se vedea, de exemplu, *Silver v. United Kingdom*, din 25.3.1983; sau *Camezind v. Switzerland*, din 16.12.1997.

²⁹ *Handyside v. United Kingdom*, din 7.12.1976, un caz privind limitele libertății de expresie dar judecata aplicându-se și altor drepturi fundamentale, ca și dreptului la viață privată.

³⁰ *Klass and Others v. Germany*, din 6.10.1978.

³¹ În cazul *Lambert v. France*, din 24.8.1998, conversațiile domnului Lambert au fost ascultate în cadrul urmăririi penale a unui furt. Această măsură a fost în conformitate cu legea, baza legală a fost considerată ca suficientă iar scopul urmărit legitim. Dar, datorită interpretării judiciare a instanței franceze, persoanei ale cărei conversații au fost înregistrate, nu i s-a dat posibilitatea atacării măsurii, nefiind proprietarul liniei telefonice. Mai exact Curtea de Casație a cofirmat decizia de respingere a apelului pe motiv că reclamantul nu avea calitatea procesuală cerută. Ca rezultat domnului Lambert i-a fost refuzată protecția națională, reținându-se încălcarea art. 8 al Convenției.

³² A se vedea Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of ECHR*, Antwerpen-Oxford, 2002, p. 14.

să producă efect și prejudiciul cauzat individului, având în vedere efectul util al rezultatelor obținute pentru desfășurarea procesului penal.

Neclaritățile care apar la evaluarea „necesității măsurii într-o societate democratică” corespund suprapunerii dintre protecția supranațională a drepturilor omului și particularitățile sistemelor legale naționale. Eforturile Curții sunt îndreptate spre obținerea unui echilibru între suveranitatea statelor și valorile consacrate de Convenție, concretizat în doctrina marjei de apreciere lăsată statului. Curtea a statuat că autoritățile naționale dispun de o marjă de apreciere a nevoii sociale imperative, care poate sta la baza unei măsuri procesuale restrictive de drepturi³³.

În concluzie, doctrina marjei de apreciere a statului, permite autorităților naționale să dispună de o putere discreționară în stabilirea necesității și proporționalității măsurilor procesuale restrictive de drepturi. Această doctrină se fundamentează pe aceea că autoritățile naționale sunt mai în măsură să evalueze necesitatea măsurilor și să mențină un echilibru între protecția indivizilor și apărarea valorilor sociale. Statelor li s-a atribuit această marjă, de putere discreționară pentru a se conforma standardelor impuse de Convenție³⁴.

Care este însă scopul acestei marje de apreciere? O putere discreționară prea largă ar putea fi esențial contrară drepturilor fundamentale, dar a încerca să limitezi excesiv această putere ar atribui Curții supranaționale competența să decidă în fiecare caz în parte transformând-o în a patra instanță a statelor.

Următoarele cazuri sunt câteva exemple despre cum Curtea a considerat îndeplinită sau nu cerința proporționalității la dispunerea de măsuri procesuale pe parcursul urmăririi penale:

Cu privire la **percheziția domiciliară**:

1). În cazul *Niemitz v. Germany*, din 16.12.1996, Curtea a analizat un dosar penal de amenințare și insultă aduse unui judecător, în care s-a dispus măsura percheziției biroului avocatului. După emiterea mandatului de percheziție, organele de poliție au cercetat mai multe dosare găsite în biroul de avocatură. Curtea a decis neproporționalitatea măsurii, din motivul că mandatul judiciar a fost prea general nefiind limitat la anumite documente. În acest caz, pentru respectarea cerinței proporționalității, trebuia luată în considerare confidențialitatea relației client-avocat, eludarea acesteia conducând la încălcarea art.8 din Convenție.

2) În *Miailhe v. France*³⁵, în timpul cercetării penale a unui caz de evaziune fiscală și a unor încălcări ale regimului vamal, s-a dispus măsura percheziției domiciliare a domnului Miailhe, de la care s-au ridicat mai mult de 15000 de documente. Curtea a decis că măsura a avut o bază legală solidă, necesitatea acesteia a fost deplin justificată, dar ridicarea neselectivă a unui număr așa de mare de documente a fost disproporționată. Mai mult lipsa unui control prealabil suficient al documentelor ridicate a condus la încălcarea art.8 din Convenție.

3) *Z v. Finland*³⁶ a avut ca obiect cercetarea unei infracțiuni de natură sexuală și a posibilei infectări a victimei cu SIDA. Cercetarea arhivei medicale a fost legal dispusă. Pentru a evalua proporționalitatea măsurii Curtea a avut în vedere gradul de pericol social al infracțiunii, procedura ridicării documentelor și prevederile legii finlandeze ce protejează confidențialitatea victimei. S-a concluzionat că măsura nu a fost disproporționată, dar perioada limită stabilită de lege pentru a

³³ Doctrina marjei de apreciere a statului a fost menționată expres pentru prima dată în cazul *Handyside*, 7.12.1976, p. 48-49, în corelație cu noțiunea de “obscene”. Cu toate acestea a fost acceptată implicit în deciziile anterioare cum ar fi cazul *Lawless v. Ireland* din 1.7.1961.

³⁴ Așa cum a arătat Y. Arai-Takahashi, *op.cit.*, p. 3, această doctrină își are originile în decizia Consiliului de Stat Francez, ca și în doctrina administrativă a puterii discreționare dezvoltată în sistemele de drept civil.

³⁵ *Miailhe v. France*, din 25.2.93.

³⁶ *Z. v. Finland*, din 25.2.1997.

garanta confidențialitatea datelor medicale – de 10 ani – a fost considerată că încalcă art.8 din Convenție³⁷.

Cu privire la respectarea dreptului la viața privată prin păstrarea **secretului corespondenței**:

În acest context există numeroase decizii, dar toate privind corespondența celor ce execută pedeapsa închisorii nereferindu-se la învinuiri sau inculpați³⁸. Aceste decizii interesează pentru a evalua incidența principiului proporționalității, mai ales când acesta afectează relația privilegiată client-avocat³⁹. Nu vom menționa aceste cazuri pentru că sunt legate indirect de subiectul lucrării.

Cu privire la **ascultarea telefonică**

Toate deciziile asupra acestei chestiuni privesc existența unei baze legale temeinice, cum am subliniat deja în cazul *Malone v. United Kingdom*⁴⁰ precum și *Kruslin, Huvig*. Mai există și alte decizii, ca *Aman v. Switzerland*⁴¹, în care Curtea a atras atenția asupra insuficienței protecții acordate terților afectați de interceptarea conversațiilor telefonice. Dar chiar în acest ultim caz menționat, Curtea a decis în temeiul suficienței bazei legale. Din ceea ce știm, până în momentul actual, Curtea nu a statuat pe baza principiului proporționalității aplicat în cazul supravegherii electronice a telecomunicațiilor.

Concluzii

Pentru țările membre ale Consiliului Europei, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului are un rol esențial în definirea și protecția drepturilor fundamentale dar constituie și un element de integrare al Uniunii Europene. Nu este o simplă declarație a drepturilor omului : Convenția constituie un instrument efectiv de control a respectării acestor drepturi. Datorită hotărârilor Curții⁴² au avut loc multe reforme în codurile de procedură penală ale statelor europene, crescând numărul garanțiilor procesuale acordate indivizilor de către state. În general reglementările de procedură penală au devenit mai transparente iar nivelul protecției drepturilor individuale a crescut substanțial.

Cu toate aceste contribuții semnificative aduse de jurisprudența Curții, se evidențiază faptul că în domeniul măsurilor procesuale dispuse pe parcursul urmăririi penale și a dreptului la viața

³⁷ Această decizie include opinia separată a judecătorului Mayer care afirmă că “without prejudice to what might be acceptable with regard to other information in criminal case files, I consider that medical data in such files must remain confidential indefinitely. The interest in ensuring that court proceedings are public is not sufficient to justify disclosure of confidential data, even after many years have elapsed”.

³⁸ A se vedea *Golder v. United Kingdom*, din 21.2.1975; *Silver v. United Kingdom*, 25.3.1983; *Boyle and Rice v. United Kingdom*, 27.4.1988; *Schonenberger and Durmaz v. Switzerland*, 20.6.1988; *McCallum v. United Kingdom*, din 30.8.1990; *Campbell v. United Kingdom*, din 25.3.1992; *Messina v. Italy*, din 26.2.1993 și 24.10.2002; *Calogero Diana v. Italy*, din 15.11.1996; *Di Giovine v. Italy*, din 26.7.2001; *Puzinas v. Lithuania*, din 14.3.2002; *A.B. v. Netherlands*, din 29.4.2002.

³⁹ A se vedea, de exemplu, *S. v. Switzerland*, din 21.11.1991.

⁴⁰ *Malone v. United Kingdom*, din 2.8.1984.

⁴¹ *Amann v. Switzerland*, din 16.2.2000. În acest caz, un om de afaceri, rezident în Elveția a primit un apel telefonic de la o femeie ce suna din fosta ambasadă rusă. Apelul a fost interceptat de biroul procurorului federal care i-a deschis un dosar penal din care reieșea că are relații cu partidul comunist, cerând Serviciului de Informații să întreprindă o investigație cu privire la acesta. Curtea a reținut că a fost încălcat art. 8 din Convenție, pentru că legea internă privind ascultarea telefonică nu conținea prevederi exprese și detaliate care să îndeplinească cerințele de accesibilitate și anticipare a consecințelor, precum și pentru că reclamantul nu a beneficiat de posibilitatea contestării legalității și oportunității măsurii.

⁴² A se vedea U. Sieber, “Auf dem Weg zu einem europaischen Strafrecht. Einfuhrung zum Corpus Iuris.” în *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europaishen Union*, (ed. Delmas-Marty), Koln 1998, p. 26.

privată suntem încă foarte departe de atingerea unui standard comun pentru limitele acestor măsuri, proporționalitatea necesitând o definiție clară. Curtea s-a axat exclusiv pe cerința legalității neglijând aspectul conținutului și limitelor dreptului la viața privată. Nu există linii directoare speciale pentru găsirea unui echilibru între interesul public care stă la baza urmării penale și protecția dreptului la viața privată, cel puțin până acum⁴³. Acest domeniu ar putea constitui cea mai sensibilă politică a Curții nu numai din cauza lipsei universalității standardelor acceptate pentru aprecierea necesității restrângerii drepturilor omului, în special a dreptului la viața privată, ci și pentru a nu-și încărca prea mult activitatea decizională⁴⁴. În final, viața privată are o multitudine de înțelesuri și dimensiuni, incluzând nu numai activitățile de protecție a libertății personale ci și protecția datelor⁴⁵.

Chestiuni cum ar fi definirea infracțiunilor grave care justifică dispunerea de măsuri procesuale, pe parcursul urmării penale, care să restricționeze dreptul la viața privată, nu își găsesc un răspuns clar și uniform acceptat. Pe de altă parte, aspectele ce privesc minimul de indicii temeinice pentru care se poate dispune ascultarea telefonică, pot fi lămurite numai pe baza legislației interne⁴⁶.

Rezolvarea acestor chestiuni aparține puterii discreționare a statului, în baza marjei de apreciere a acestuia și numai în cazuri rare Curtea dă îndrumări de interpretare a principiului proporționalității la măsurile procesuale dispuse. Astfel statele au o libertate considerabilă în interpretarea proporționalității acestor măsuri ce restricționează drepturile fundamentale. În concluzie nu există linii directoare comune impuse statelor în limitarea intruziunii statului în viața noastră privată. Este mai facil să ceri condiția de proporționalitate și în același timp să dai posibilitatea fiecărui stat să definească proporționalitatea.

Dreptul la viața privată nu este un drept absolut iar restricționările care îi pot fi aduse au ca temei interesul public, siguranța statului, componentă a domeniului rezervat statului din punct de vedere al dreptului internațional public, precum și funcția de prevenire a infracțiunilor a dreptului penal. Astfel, chiar drepturi fundamentale ale omului pot face, în mod excepțional, obiectul unor asemenea limitări. Conținutul dreptului la viața privată devine astfel variabil, putând fi extins sau restricționat. În cazul conflictului dintre interesul public și acest drept al individului este foarte dificilă echilibrarea acestora, restricționarea fiind impusă de importanța nevoii de securitate socială, pe care se fundamentează interesul public, defavoarea protecției vieții private a indivizilor. De aceea, în spațiul european, este necesară o dezbateră publică asupra conținutului drepturilor fundamentale ale omului.

În concluzie, după ce se evaluează în mod concret cele două concepte și se compară cele două interese aflate în conflict, este necesară exprimarea unei opțiuni asupra tipului de societate căruia individul vrea să-i aparțină⁴⁷: o societate în care dreptul la viața privată este intangibil cu riscurile inerente asupra securității sau contrariul.

⁴³Pentru critica acestei politici a Curții a se vedea de Hert și S. Gutwirth, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁴⁴ După cum a afirmat F. Verbruggen, *op. cit.*, p. 125, Curtea de la Stasbourg nu este o Curte Constituțională, și "giving the national lawmakers of different states some leeway in ascertaining the necessity of intrusive measures is sound court policy".

⁴⁵ J. K. Sobel, K. J. Petoulakis, D. M. Dixon-Thayer, "The evolution of data protection as a privacy concern, and the contract law dynamics underlying it", în *Securing Privacy in the Internet Age*, Stanford, Ca, 2008, p. 55.

⁴⁶ A se vedea, de asemenea H. H. Kufne, "Grundrechtsschutz in einem grenzenlosen europäischen Strafrecht", en la obra colectiva *Europaichen Grundrechtsschutz*, *op. cit.* pp. 61 și 65.

⁴⁷ A. Ashworth, p. 43; W. Diffie și S. Landau, *Privacy on the line. The politics of Wiretapping and Encryption*, *op. cit.*, pp. 170-171.