

СТАНОВИЩЕ И ОСОБЕНО МНЕНИЕ

На съдията Т. Тодоров по к.д. 36/98

А. Становище

I. За обратното действие на закона

Становището се отнася на първо място до мотивите, според мен без решаващ в случая характер, по чл. 67, т. 2 ЗРТ. Не споделям обобщеното разбиране на съда, че разпоредбата на чл. 5, ал. 3 от Конституцията “визира само забраната за обратно действие на наказателния закон и се отнася само за престъпления. И не следва те да се приравняват с всякакви други нарушения – административни, трудови, дисциплинарни и т.н.”.

Според мен **чл. 5, ал. 3 от Конституцията е конкретен израз на общ конституционен принцип**, който непълно бих формулирал така: - недопустимо е въвеждането на правни санкции /наказания, репресии и пр./ за действия или бездействия, които не са били укорими според действащото към момента на извършването им право като престъпления /простъпки, нарушения и пр./. Другояче казано, съществува конституционна забрана за обратно действие на установени санкции и съдът е длъжен да тълкува правилото на чл. 5, ал. 3 от Конституцията **разширително**, а не ограничително.

Източникът на този конституционен принцип съзирам в принципа на справедливостта /Преамбюл на Конституцията/ и го

отнасям към принципите на правовата държава – чл. 4, ал. 1 от Конституцията.

II. За таксата по чл. 60, ал. 1 от Конституцията

На второ място, не споделям изразеното в мотивите по чл. 93, ал. 1 ЗРТ разбиране, “че радио-телевизионната такса не е цена на услуга, а държавно вземане”. То не съответства на изричния текст на оспорената законова разпоредба, който говори за “такса”, а така също и наличието на информационни услуги, които държавата извършва чрез участието си във финансирането на дейността на БНР и БНТ.

Смятам, че поради изключително важния за обществото характер на осъществяваните от БНР и БНТ услуги, без които то практически не би могло да функционира в съвременните условия, държавата разполага с конституционно право да преразпределя разходите за тези услуги, като определи минимална, еднаква за всички, такса за тях. Тези два елемента – наличието на необходими за обществото информационни услуги и включването на социални съображения в определянето на разходите за тях обосновават наличието на **такса** по смисъла на чл. 60, ал. 1 от Конституцията. Конституционните основания за това разпределяне на разходи само между потребителите на услугите произтичат от същността на “социална”-та държава по смисъла на Преамбюла на Конституцията.

Б. Особено мнение

Особеното мнение се отнася до **три групи въпроси**, които подреждам не по номерацията на съответните членове на закона, а

според важността им за урежданата материя. В този ред те засягат принципа на свободата и независимостта на средствата за масова информация – чл. 40, ал. 1 от Конституцията; принципите на свободната стопанска инициатива и създаването на еднакви правни условия за стопанска дейност – чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията, неразривно свързани с първия и; принципите на правовата държава и основните права на личността – Преамбюла на Конституцията, чл. 6, ал. 2 и чл. 48, ал. 3 от Конституцията.

I. За органа, който лицензира

Особеното мнение се отнася на първо място до разпоредбите с които се предоставя на Държавната комисия по далекосъобщенията /ДКД/ правото да издава, съответно да изменя и отнема *лицензи за радио- и телевизионна дейност* и всички правомощия в тази връзка – чл. 32, ал. 1, т. 9; чл. 105, ал. 1 и 3; чл. 106, ал. 2; чл. 107, ал. 3; чл. 111- 115; чл. 118; чл. 119, ал. 1; чл. 120; чл. 123 и чл. 125, ал. 2 и 3 ЗРТ. Това право не бива да се смесва с правото на ДКД да издава *лицензи за далекосъобщителен оператор* по Закона за далекосъобщенията. Уредбата на последните има своето основание в чл. 18, ал. 3 и 5 от Конституцията; **обратно**, лицензиите за радио- и телевизионна дейност нямат основание в посочените конституционни текстове, тъй като държавата няма суверенни права, нито държавен монопол върху тази дейност. Конституционното основание за лицензиите за радио- и телевизионна дейност може да бъде потърсено в чл. 19 от Конституцията /за търговските оператори/, а в по-общ план – в специалната разпоредба на чл. 40, ал. 1 от Конституцията.

Няма да се впускам в подробен анализ на всяка от оспорените разпоредби, а ще се огранича само с философията на уредбата и нейната противоконституционност, по-специално съотношението ѝ с основния конституционен текст в материята – чл. 40, ал. 1 от Конституцията. По мое мнение, включването на лицензиите за радио- и телевизионна дейност в домена на ДКД противоречи на конституционния принцип на свобода /и независимост/ на средствата за масова информация – чл. 40, ал. 1 от Конституцията, а така също и на доскорошната практика на съда.

При тълкуване на този принцип съдът, в едно макар и неясно и вътрешно противоречиво решение, е анализирал разпоредбата на чл. 27, т. 5 от Закона за далекосъобщенията /ЗД/, която гласи: “Държавната комисия по далекосъобщенията извършва следните дейности:...5. Издава, отменя, допълва, спира, прекратява и отнема *лицензии за радио-и телевизионни дейности* след решение на Националния съвет по радио и телевизия” /тук и навсякъде в текста курсив и подчертаване мои – Т.Т./.

Съдът изрично е отбелязал: “Разпоредбите на ЗД и по конкретно чл. 27, т. 4, 5 и 6 се отнасят до лицензии за изграждането на далекосъобщителни мрежи и предоставяне на услуги чрез ползване на радиочестотния спектър. Контролът върху подготвянето, създаването и *разпространението* на радио- и телевизионни програми по смисъла на § 1, т. 12 от Допълнителната разпоредба на ЗД е извън компетентността на ДКД, поради което **чл. 27, т. 5 ЗД се отнася единствено до лицензиите за изграждане на далекосъобщителни мрежи и предоставяне на услуги чрез радиочестотния спектър.** По отношение на радиото и телевизията съществува конституционната повеля на чл. 40, ал. 1 от Конституцията за превръщането им в автономни, обществени *институции, освободени от опеката на определен държавен орган.*

За това регулаторните функции за радиото и телевизията са предоставени със ЗРТ на НСРТ, който не е държавен орган” /ДВ, бр. 147 от 1998 г./.

Съдът прибегва до едно присвоено, но полезно според мен правомощие, като **тълкува изправително** чл. 27, т. 5 ЗД. За да не обяви тази разпоредба за противоконституционна, съдът приема, че тя се прилага само за лицензиите за изграждане на далекосъобщителни мрежи и предоставяне на услуги чрез радиочестотния спектър. Що е “далекосъобщителна мрежа” и “услуга чрез радиочестотния спектър” по смисъла на Закона за далекосъобщенията е описано в § 1, т. 1, 9, 10 и 11 на същия закон. Във всеки случай понятието “радио- и телевизионна дейност” е различно от тях, описано е в самостоятелната т. 12 и според съда тълкуването на чл. 27, т. 5 ЗД изрично изключва лицензиите за радио- и телевизионна дейност от правомощията на ДКД.

В решението си по ЗРТ съдът забравя това свое решение и включва лицензиите за радио- и телевизионна дейност в правомощията на ДКД.

Наред с това следва да се напомни, че радио- и телевизионна дейност може да се извършва и чрез наети линии от лица, които нямат лицензия за мрежата. Впрочем, такава е практиката на радио- и телевизионни оператори и към този момент. Ето защо, разпространето на правомощията на държавния орган ДКД и върху лицензиите за радио- и телевизионна дейност не може да бъде обосновано с компетентността му в материята на далекосъобщенията. Изложеното в някои становища разбираше, което изглежда мълчаливо се споделя и от съда, че ДКД действа при издаването на лицензиите за радио- и телевизионна дейност като орган с обвързана компетентност не съответства на действителното

положение. Ако ДКД *винаги* издава лицензия по предложението му от НСРТ проект, то връзката между двете институции се свежда до куриерски пренос на книжа. Така е особено в случаите, когато едно лице кандидатства само за лицензия за радио- и/или телевизионна дейност, без да кандидатства за лицензия за далекосъобщителен оператор. Тогава участието на ДКД в лицензионната схема се оказва безсмислено; комисията само полага печати и подписи без да може да прояви собствена воля в този процес.

Очевидно логиката на уредбата е друга. Според мен, правомощието за издаване на лицензия е предоставено на ДКД с оглед на възможността комисията да откаже лицензия, *въпреки* положителния проект на НСРТ. Срокът по чл. 115, ал. 4 ЗРТ е инструктивен и не виждам какво може да попречи на комисията да откаже издаване на лицензията в този срок. От друга страна, не виждам как един такъв отказ /изричен или мълчалив/ може да бъде заменен със съдебно решение. Липсват и каквито и да е критерии за подреждане и предимство, когато няколко кандидати участват за една и съща /за тях практически единствена/ налична честота. Другояче казано, ножът и сиренето са в ръцете на държавния орган и всеки /кандидат за/ радио- и телевизионен оператор по необходимост ще се съобразява с това.

Резултатът вкратце е следният: тъй като лицензиите за радио- и телевизионна дейност се издават от Държавната комисия по далекосъобщенията по реда на ЗД /чл. 115, ал. 4 ЗРТ/, ролята на НСРТ се свежда до извършване на **писарската работа** по проекта за лицензия. Решаващият акт по издаването, изменението или прекратяването на лицензията се извършва от орган на изпълнителната власт, което е условие за опитомяване на “свободните” по Конституция средства за масова информация.

В някои становища възприетата уредба се обяснява с необходимостта от *“единен регулаторен орган”*. Не е ясно защо след като съдът е възприел в цитираното по-горе решение, че общата философия на чл. 40, ал. 1 от Конституцията е насочена към *“превръщането на радиото и телевизията в автономни, обществени институции, освободени от опеката на определен държавен орган”*, приема че *Държавната* комисия за далекосъобщения е конституционно подходящия *“единен”* орган. От гледна точка на чл. 40, ал. 1 от Конституцията и на цитираното по-горе решение, очевидно подходящият орган би трябвало да бъде НСРТ, който в по-голяма степен от ДКД е носител на автономното и донякъде обществено начало.

Горните аргументи ме карат да мисля, че с новия ЗРТ ролята на НСРТ е принижена до *помощен* орган към Държавната комисия по далекосъобщенията по отношение на радио- и телевизионните лицензии. Свободата на електронните средства за масова информация се оказва свобода в границите на благоволенieto на изпълнителната власт. Тъй като разбирам другояче чл. 40, ал. 1 от Конституцията, оставам на особено мнение.

II. За забраните по чл. 105, ал. 4 ЗРТ

Оставам на особено мнение и относно конституционността на забраните в чл. 105, ал. 4 ЗРТ, с изключение на тези в т. 3 и т. 9. Забраната по т. 3 може да бъде обоснована с обществения интерес, тъй като тя няма абсолютен характер, а по същество е само едно изискване за доказване на *“собствеността на имуществото или на капитала”* /вероятно на произхода им/ в съответствие с чл. 6 от Закона за мерките срещу изпирането на пари.

Забраната по т. 9 е безсмислена, тъй като от конституционноправна гледна точка “монополно положение на далекосъобщителен оператор” на пазара е възможно единствено за държавен оператор /чл. 18, ал. 4 от Конституцията/, а едва ли е необходимо държавата да забранява на себе издаване на лицензия; достатъчно е да се въздържа от злоупотреба с монополното си положение.

Абсурдна е обаче уредбата в останалите точки. Тя противоречи на принципите на чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията прогласяващи свободната стопанска инициатива и задължаващи държавата да гарантира “еднакви правни условия за стопанска дейност” за всички стопански субекти. Безспорно, свободата на стопанска инициатива не е неограничена, но когато е наложително нейното ограничаване, **тежестта за обосноваване** на такова ограничаване се възлага върху държавата. Тя трябва да посочи конституционните ценности и цели, в чиито интерес е въведено ограничението.

Такива ценности и цели в оспорената уредба не могат да бъдат установени. Абсурдът започва със забраната по чл. 115, ал. 4, т. 1 ЗРТ. От кръга на кандидатите /?!/ за лицензии са изключени юридическите лица, на които е отказано или отнето разрешението за извършване на застрахователна дейност по § 8а от Закона за застраховането.

Достатъчен е бегъл поглед върху уредбата в Закона за застраховането за да се види, че там отказът може да бъде следствие от неизпълнението на формални изисквания /например непривеждане дейността на заварен застраховател в съответствие с изискванията на новата уредба/. Възможно е кандидатът за лицензия за радио- и/или телевизионна дейност да е добросъвестен търговец,

който се отказва от бизнеса си в застрахователната дейност и затова не е потърсил нова лицензия за застрахователна дейност. Каква е връзката със забраната за радио- и телевизионна дейност въобще не е ясно.

Не е ясно например основаниято за забрана и за лицата, “които през последните пет години, предхождащи кандидатстването за лицензия, са обявени в несъстоятелност...” – т. 5. Обстоятелството, че едно юридическо лице е било обявено в несъстоятелност не изключва възможността впоследствие производството по несъстоятелност да е било прекратено било защото лицето е изплатило задълженията си към всички кредитори /чл. 735, ал. 1 и 2 ТЗ/, било защото е постигнало съдебно споразумение с тях /чл. 740, ал. 1 и 2 ТЗ/. Няма икономическа и правна логика на това лице да се забрани да упражнява радио- и телевизионна дейност като търговски оператор, тъй като към момента на кандидатстване за лицензия то може да е в по-добро финансово състояние от другите кандидати.

Върхът на абсурда обаче са забраните за юридически лица, в които участват съдружници или акционери, притежаващи дялово участие в някое дружество по т. 1, 3 и 6 – виж например т. 2 и 4. Ако аз съм бил акционер в застрахователно дружество с отнет лиценз, сега нито едно дружество от което съм закупил акции не може да кандидатства за радио- и телевизионна дейност.

Тази забрана демонстрира пълна законодателна некомпетентност в материята на търговското право. Оставям настрана въпроса за това, как при условията на акции на приносител и свободен фондов пазар може да ми се забрани да купя по една акция от всички потенциални кандидати за лицензия за радио- и телевизионна дейност и по какъв ред ще се проверяват акционерите в анонимните капиталови дружества. Достатъчно е само да попитам,

какви конституционни ценности налагат да се забрани на едно юридическо лице да кандидатства за лицензия само защото между неговите акционери има и лице, което е било акционер във застрахователно дружество с отнет лиценз /т. 2/ или е акционер и в дружество по т. 3 /т.4/? Ако аз съм имал 50 акции в застрахователното дружество с отнет лиценз X или 5 акции в дружеството Y, което не е доказало произхода на капитала си, каква е вината на дружеството Z, от което съм закупил 10 акции на фондовата борса и което кандидатства за лиценз за радио- и/или телевизионна дейност?

По същата логика не мога да разбера и защо едно дружество, в което сред хилядите акционери има и такива, които са акционери и в дружества с предмет “рекламна” или “охранителна” дейност /т. 7 и 8/, не може да кандидатства за лицензия за радио- и/или телевизионна дейност.

По мое дълбоко убеждение установените в чл. 105, ал. 4 забрани са въведени без разбиране на анонимния характер на капиталовите дружества, свободните фондови борси и движението на капитали. Независимо от колко добри намерения са продиктувани, тези ограничения са просто неграмотни. Те противоречат грубо на чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията и мога само да изразя съжаление, че съдът не възприе изложените от мен съображения и не уважи искането в тази му част.

III. За лустрацията

На трето място, особеното мнение се отнася до разпоредбите на чл. 26, т. 3 и чл. 59, ал. 2, т. 3 ЗРТ с които се забранява на щатни и нещатни сътрудници на бившата Държавна сигурност да бъдат

членове на НСРТ, съответно на управителните съвети на БНР и БНТ. Действително оспорените разпоредби засягат тесен кръг от длъжности и с това може да се обоснове тяхната малозначителност. Доколкото обаче с така създадената забрана се нарушават основни конституционни права, за тези норми едва ли може да се каже нещо различно от казаното за лустрационните норми в решението на съда по к.д. 33/98 г./ДВ, бр. 8 от 1999 г./. За по-подробна справка отправям към това решение. Тук накратко ще повторя само основните аргументи за противоконституционност.

Оспорените норми на ЗРТ са също лустрационни, имат репресивен характер и нарушават конституционни права. Те притежават същите пороци – въвеждат принципа на груповата отговорност, без да взимат предвид присъщата на всяка правова държава презумпция за невинност до доказване на вината и укоримостта на индивидуалното поведение на съответното лице; изключват всяка правна възможност съответните лица да оспорят твърдяното сътрудничество и да докажат своите твърдения пред безпристрастен съд; ограничават правото на тези лица да заемат определени длъжности. Тези характеристики на лустрационните норми очевидно противоречат на принципа на справедливостта /Преамбюл на Конституцията/; принципа на правовата държава /чл. 4, ал. 1/; равенството пред закона /чл. 6, ал. 1/ и ред други норми на Конституцията. Наред с това противоречат на редица международни договори, по които България е страна, а също и на изричната резолюция на № 1096 от 1996 г. на Парламентарната асамблея на Съвета на Европа, според която *“лустрационните мерки са несъвместими с демократичната държава, освен ако са спазени множество критерии. Първо, вината – която е индивидуална, а не колективна – трябва да бъде доказана за всяко лице, което показва*

необходимостта от индивидуално, а не колективно прилагане на лустрационните закони. Второ, трябва да се гарантира правото на защита, презумпцията за невиновност до доказване на вината и възможността за редовно съдебно обжалване на всяко решение...”.

Тук ще се възползвам само от възможността да добавя няколко думи по въпроса за **презумпцията за невиновност**, която очевидно не се разбра от мнозинството в съда. Излагам последващите кратки бележки с надеждата, че по други дела съдът ще се съобрази с този основен принцип на всяка правова държава в навечерието на XXI век.

Презумпцията за невиновност има общ **конституционен характер**. Тя произтича от принципите на справедливостта и правовата държава – Преамбюла на Конституцията и чл. 4, ал. 1 и 2 от Конституцията. Въпреки че е записана изрично само в чл. 31, ал. 3 от Конституцията за невиновността на обвиняемия до постановяване на присъдата, тази презумпция важи във **всички** области на правото. Тя е свързана с достойнството на личността и правото на всяко лице да бъде третирано като невиновно до установяване на противното от безпристрастен и независим съд.

В случаите, когато се допуска отклоняване от тази презумпция /например в материята на непозволеното увреждане или в митническото законодателство/, единствената функция на отклонението е разместване на *тежестта на доказване* и **презумпцията за вина е винаги оборима**. При това презумпция за вина е допустима само при безспорно установени **вреда и причинна връзка** между действието /бездействието/ и така установената вреда. Така е и в българското право.

В по-развити законодателства този въпрос е уреден изрично. Например в чл. 9-1 от френския Граждански кодекс е записано като

основен принцип на гражданското право правото на всяко лице на уважение на презумпцията за невиновност /*Chacun a droit au respect de la presumption d'innocence – Art. 9-1/*. Този принцип хармонично се вписва в общата правна уредба на гражданските отношения заедно с разпоредбите за непозволеното увреждане /чл. 1382 и чл. 1383/, които през италианския Codice civile /Art. 2043/ са прототип на чл. 45 ЗЗД.

Презумпцията за невиновност е **принцип и на административното право**. Принципът е от такава важност за съвременните правови държави, че е предмет на акт на Комитета на министрите на Съвета на Европа /R(91)1/, който гласи: “*Тежестта на доказване пада върху административните органи /Принцип 7/ Презумпцията за невиновност важи не само за наказателния съдия, който се произнася върху основателността на обвинението, но и за другите органи. /La charge de la preuve incombe a l'autorite administrative (Principe 7). La presumption d'innocence ne s'impose pas uniquement au juge penal statuant sur le bien-fonde d'une accusation mais aussi aux autres autorite*”/. В този смисъл е и практиката на Европейския съд по правата на човека – X c/Autriche, 6.10.1982 /виж по-подробно **Robert, J.**, Droits de L'homme et Libertes Fondamentales, avec la collaboration de **Jean Duffar**, Ed. Montchrestien, Paris, 1996, p. 259/.

Не считам за необходимо да се разпростирам подробно върху съдържанието и всички проявления на презумпцията за невиновност. Достатъчно е да се отбележи, че тя функционира в две насоки: този който твърди вината /укоримостта/ носи **доказателствената тежест**, тя /презумпцията/ задължава законодателя /и всички държавни органи/ да тълкуват всяко съмнение в полза на заподозряното лице /*in dubio pro reo*/; до

безспорното установяване на вината от независим и безпристрастен съд заподозряното лице задължително се третира като невинно, даже и когато срещу него съществуват тежки */graves et concordants/* улики.

Очевидно в оспорените разпоредби от Закона за радиото и телевизията грубо са нарушени всички посочени принципи, произтичащи от презумпцията за невинност. Надявам се, че в други свои решения съдът ще надскочи остарялото провинциално разбиране за презумпцията за невинност, като приложима единствено към “вина в наказателно правен смисъл” и ще възприеме разширително тълкуване на чл. 31, ал. 3 от Конституцията в съответствие с общия ѝ конституционен характер.

