



## СТАНОВИЩЕ

на фондация „Български адвокати за правата на човека“ по конституционно дело № 4/2020, образувано по искане на група народни представители за обявяване на разпоредби от Закона за електронните съобщения (ЗЕС), както и § 51 от ПЗР на Закона за мерките и действията по време на извънредното положение (ЗМДВИП), за противоконституционни.

### УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

С определение от 9 юни 2020 г. по конституционно дело № 4/2020 г. по описа на Конституционния съд (КС) е допуснато за разглеждане по същество искането на шейсет и трима народни представители за установяване на противоконституционност на изменения в членове 251б, 251в, 251г и 251г-1 от ЗЕС, както и § 51 от ЗМДВИП. Със същото определение Конституционният съд е отправил покана до фондация „Български адвокати за правата на човека“ за становище по допуснатите за разглеждане въпроси, което представяме.

Фондация „Български адвокати за правата на човека“ споделя съображенията, изложени в искането, съответно застава зад становището, че оспорените законови текстове противоречат на Конституцията, тъй като са ограничени основни права, без в закона да са определени времевни предели. Направените промени, макар и обявени в рамките на действията на властите във връзка с извънредното положение и обстановка, имат постоянен характер и не представляват временни мерки.

### По отношение на нарушенията на законодателния процес и противоречието с принципа на правовата държава

В първата част от искането си вносителите оспорват приетата законодателна уредба, във връзка с нарушения на законодателния процес, също така намират противоречие с принципа на правовата държава.

В становището си установяват, че промените в ЗЕС са приети без обсъждане при гласуването им на второ четене в ресорната комисия. Оспореният § 51 от ЗМДВИП пък е приет отново без обсъждане при гласуването на второто четене в пленарната зала. Отделно наблягат на начина, по който е изменен ЗЕС – вместо със самостоятелен закон за изменение, чрез изменение на друг закон, макар въвежданата нова уредба да има постоянен характер и да не е свързана с мерките на извънредното положение, важащи единствено до отмяната му.

При така изложените съображения, напълно споделяме становището на вносителите. Действително в константната си практика КС предоставя на Народното събрание самостоятелна преценка при отклонение от формалните процедури, развити в Закона за нормативните актове (ЗНА) и Правилника за организацията и дейността на Народното събрание (ПОДНС).

Така например в свое решение 28 от 1998 г. КС приема, че “[В]ъпросът дали по изключение двете гласувания могат да се извършат в едно заседание очевидно е предоставен на свободната преценка на народните представители”. В решение 14 от 2001 г. КС приема, че “[Р]азпоредбата на чл. 11, ал. 1 ЗНА е законова, а не конституционна норма и неспазването ѝ при приемането на закон не може да бъде основание за установяване на противоконституционността на закона. Идентично е положението и с разпоредбите в ПОДНС. Те също не са с ранг на конституционна норма и нарушаването им не може да обоснове противоконституционност на закона”.

В съвсем новото решение 1 от 2020 г. се продължава тази практика, като се приема следното:

*„Многопластовото конституционно понятие "правова държава" имплицитно съдържа изискване правото, което е нейната основа, да е разумно и справедливо. Средство за постигането на изискването в законодателството е чл. 18а от Закона за нормативните актове (ЗНА), според чиято императивна норма при изработването на проект на нормативен акт се извършва предварителна оценка на въздействието и се провеждат обществени консултации с гражданите и юридическите лица съгласно глави втора и трета от закона.*

*а. Оценката на въздействието изследва съотношението между цели и резултати на нормативния акт – чл. 19, ал. 2 ЗНА. В идеалния случай тя трябва да покаже всичките възможни импликации на законодателното разрешение, тоест неговата ирадиация в максимален брой максимално дълги причинно-следствени вериги. Оценката би следвало да удовлетворява нуждата от разум в правото.*

*б. Обществените консултации, извън това, че също съдържат оценки на въздействието на акта, са насочени към неговото възприемане от засегнатите или облагодетелстваните групи правни субекти. Установяването на съотношенията между*

тях и на възможностите за други, по-щадящи разрешения, са необходими елементи от правната справедливост, на която, без да се навлиза в дълбочината на това понятие, следва да отговаря нормативният акт.

в. *Неизпълнението на задълженията за предварителна оценка на въздействието и за обществени консултации е пречка за обсъждането – чл. 28, ал. 4 ЗНА, следователно и за приемането на проекта на акта от компетентния орган, включително от парламента*”.

От друга страна КС неведнъж е критикувал отклонения от обичайното развитие на законодателния процес. Например при решение 4 от 2002 г. по аргумент на противното би се поставил въпросът за конституционността на законови текстове, приети при пълна липса на идентичност с разглежданата материя:

*“Конституцията не изисква пълна идентичност на законодателните текстове, приети на първо и второ четене. Основният закон не ограничава възможността на законодателя на базата на направените разисквания и представените предложения при първото четене от народните представители да коригира и допълва законопроектите при второто четене. Особено, когато тези предложения не противоречат на принципите на приетия при първото гласуване законопроект, какъвто е случаят с § 28 ЗИДЗОВСРБ”.*

В сходен смисъл е и решение 7 от 2005 г.:

*“Ако първото четене на един законопроект е стадий, в който той се обсъжда и гласува в цялост, при второто четене се обсъждат и гласуват детайлите, като всяка добавка или изменение не следва да излиза от общия дух, общите принципи на законопроекта, очертани при първото му гласуване”.*

Също така в решение 6 от 2007 г. искането на група народни представители е отхвърлено поради това, че Конституционният съд не е постигнал необходимото мнозинство за еднопосочно произнасяне по поставения въпрос, като според шест съдии правилото за две гласувания в пленарната зала не се нарушава при приемане на бюджетен закон, когато с последното гласуване се утвърждават направени между първото и второто четене предложения на народни представители за въвеждане в преходните и заключителните разпоредби на промени в други закони, без такива да са били включени във внесените от Министерския съвет законопроект, а останалите пет съдии са изразили обратното становище.

При решение 8 от 2010 г. се стига до противоконституционност, след ограничаването на правото за внасяне на предложения между двете четения при гласуване:

*“Писмените предложения за изменение и допълнение на текстовете на законопроектите, които народните представители могат да правят между първото и второто гласуване в Народното събрание, не представляват някаква особена форма на законодателна инициатива, а участие на народните представители в законодателния процес, без което законодателството в една демократична държава не може да се осъществява. Конституционно недопустимо е политическото мнозинство в Народното събрание да злоупотребява с възможността, предоставена от чл. 88, ал. 1, изречение второ от Конституцията, по изключение двете гласувания на законите да се извършват на едно заседание”.*

Във вече цитираното решение 1 от 2020 г. с особено си мнение съдия Влахов прави следното обобщение:

*“... закон, който е приет при незачитане на установената от самия законодател процедура, обезпечаваща качеството и прозрачността на законодателния процес, е несъответен на идеята за държава, управлявана именно от закона, поради което такъв акт е несъвместим с Конституцията на Република България. Възприемането на противоположното не само превръща една задължителна законова уредба в чисто пожелателна, с което на практика я обезсмисля, но и не позволява пълноценното реализиране на заложените в Основния закон замисъл конституционното правосъдие да служи като коректив на властта”.*

Нашето становище подкрепя изцяло цитираното обобщение, както и мотивите на вносителите за противоконституционност. Изградените с времето правила в законодателния процес в последните години все по-често се нарушават и именно Конституционният съд е органът, който би следвало да е коректив на тези отклонения, съхранявайки водещия конституционен принцип на правовата държава. Отделно, разглежданата правна уредба е приета при натрупване на твърде много отклонения от съществуващата законодателна процедура, за да може да се приеме, че принципът на правовата държава е спазен.

**По отношение на противоречието с чл. 32 и 34 от Конституцията, както и с международни актове**

В искането си вносителите намират противоречие на оспорените текстове с чл. 32, ал. 1 и чл. 34 от Конституцията. Отделно, в мотивите си се позовават на чл. 8 от ЕКПЧ, както и на Директиви 94/46/ЕО, 2002/58/ЕО и 2009/136/ЕО, също и на решение на Съда на Европейския съюз (СЕС), разширен състав, по съединени дела C-293/12 и C-594/12, с която е обявил Директива 2006/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 15.03.2006 г. за невалидна. Самият СЕС в решението си се основава предимно на анализ

относно съвместимостта на директивата с членове 7, 8 и 11 от Хартата на основните права на ЕС.

Българската конституция, както и редица международни актове, освен защитата на правото на личен живот, приема да защити отделно правото на неприкосновеност на кореспонденцията. Доколкото няма съмнение, че правото на неприкосновеност на кореспонденцията е естествена част от правото на личен живот, отделянето му показва специалното отношение на законодателя към това чувствително право, редовен обект на нарушение от страна на властите. В този смисъл е редно да се определи дали оспорените текстове от ЗЕС попадат в приложното поле и на чл. 34 от КРБ. Нашето мнение е в този смисъл, тъй като освен съдържанието на разговорите и съобщенията, личността на двете или повече страни в разговор или кореспонденция, местоположението им, идентификационните данни на комуникационните устройства или казано на съвременен език трафик данните (или данни за местоположение) и метаданните без съмнение са неразделна част от правото на неприкосновеност на кореспонденцията. В този смисъл е както решение 2 от 2015 г. на КС, така и цитираното вече решение на СЕС.

В решение 2 от 2015 г. на КС *inter alia* се приема следното:

*„...в обхвата на подлежащите на съхраняване по силата на закона данни не влиза самото съдържание на кореспонденцията, т.е. не става дума за запазване на записи на разговори, текстови съобщения и т.н. Въпреки това генерирането и запазването на описания значителен обем данни без повод, и то за фиксирания в закона достатъчно продължителен срок, по отношение на един неперсонифициран кръг лица (практически всички, използващи различните съвременни комуникации като форма на общуване) дава възможност да се направят достатъчно обосновани и точни заключения за личния живот на хората, обичайните им действия, навиците им в ежедневието, включително контакти, социална среда, местопребиваване – постоянно и временно, пътувания, с тяхната честота, време и точни дестинации. В тази посока на разсъждения следва да се съобрази също, че при подробно и детайлно оценяване и анализ на генерираните данни от телекомуникационен трафик могат да се изведат и достатъчно съдържателни изводи дори за интимния живот на хората, сексуалната им ориентация, здравословното им състояние (психично и/или соматично), професионалната им или политическа принадлежност, активностите или пристрастията им, евентуалните им проблеми с правосъдието. Проследяването на данните в един продължителен период позволява да се достигне още по-далеч – до личните предпочитания на индивида, дори неговите склонности, увлечения и слабости. А това означава само едно: осигурена напълно реална възможност за съставянето на достатъчно подробен и ясен профил на личността не само без нейното изрично съгласие, но и без тя изобщо да има представа или дори да подозира, че това се случва в действителност.“*

Оспорената законова регулация създава нов законен повод за събиране от страна на властите – случай, когато при епидемиологична обстановка се налага принудително изпълнение на мерки за задължителна изолация и болнично лечение. Създава и нова процедура за изискване на данните и съдебен контрол, различен от досегашния. Изискването на данни, в случай на определени епидемиологични ситуации, не се отнася до разкриване и предотвратяване на тежки престъпления, така както изисква чл. 34 от КРБ. От друга страна, искането на властите за предоставяне на данни следва да се изпълни незабавно, тоест преди евентуалното одобрение на съда. На последно място, искането за одобрение до съда не е обвързано с изискването на чл. 251в, ал. 3, т. 5 от ЗЕС – да се представи пълно и изчерпателно посочване на фактите и обстоятелствата, обуславящи целта по чл. 251б, ал. 2, като процедурата за произнасяне на съответния съд е крайно неясна, тъй като не е обвързана с някоя от съществуващите процедури.

Конституцията не създава детайлна уредба относно изключенията в прилагането на чл. 32 и чл. 34, но това е направено от Конституционния съд.

В решение 2 от 2015 г. на КС, за да обяви за противоконституционна регулацията за съхранение и предоставяне на данните по ЗЕС, се приема следното:

*„Въведеният с разпоредбите на чл. 250а - чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а ЗЕС режим на запазване, съхранение, достъп, експлоатация и унищожаване на данни от трафика по своя характер и същност безспорно представлява намеса в основни, конституционно защитени права на гражданите и следователно следва да се третира като изключение от правилата, установени с конституционните норми на чл. 32, ал. 1 и чл. 34, ал. 1. Тези права не са абсолютни. Съгласно изискванията на чл. 32, ал. 2 и чл. 34, ал. 2 от Конституцията изключенията следва да са уредени от закон; да се допускат само с разрешение на съдебната власт; и само когато това се налага за разкриване и предотвратяване на тежки престъпления.“*

Приетите правила за допустима намеса са – да са създадени със закон (§ 2), да преследват легитимна цел, а именно за нуждите на разкриването и разследването на престъпления по чл. 319а - 319е от Наказателния кодекс (§ 3), кръгът на субектите, които имат право да искат извършване на справка за данните, да разполагат с правомощия, свързани с преследваната легитимна цел (§ 4), изискване за контрол от съд или друг независим орган (§ 5) и уреден контрол и върху унищожаването на издадена справка (§ 5).

Отделно, КС изрично приема, че всички тези изисквания следва да отговарят както на принципа на пропорционалност, така и с оглед критериите в богатата практика на

ЕСПЧ, определяща рамката на възможната и допустима намеса на държавата в основните човешки права.

Несъмнено първият критерий – законоустановеност, е спазен. Не може да се каже същото относно преследваната цел, която не може да се определи като легитимна. КРБ ясно определя целта на подобна намеса – превенция при предотвратяване и разкриването на тежки престъпления. В този смисъл, процедури по Закона за здравето и затрудненията на власите при прилагането на мерки за изолация и болнично лечение, няма как да се отнесат към единствената легитимна цел, посочена в чл. 34, ал. 2 от КРБ.

Относно кръга на субектите, законодателят също е подбрал твърде общо, като е посочил две неясно определени хипотези на необходимост от прилагане на оспорваните процедури по ЗЕС. Доколкото конкретната регулация е гласувана в кръга от мерки за превенция на епидемията от коронавирус, разширяващият се кръг от заболели, съответно контактни лица и очертаващата се все повече като най-вероятна теория за преодоляване на епидемията при постигане на стаден имунитет, сочи като потенциален кръг от засегнати лица всички физически лица, намиращи се на българска територия. Отделно, приетият §51 от ЗМДВИП и самата нова регулация в ЗЕС имат действие извън периода на въведеното извънредно положение и съответно постоянен характер. В този смисъл могат да се използват при всевъзможни заболявания и на практика да доведат до произвол в гарантираните конституционни права на личен живот и защита на кореспонденцията.

Относно изискването за уреден контрол от съд, следва да се отбележи, че липсва гаранцията, приета след решението на КС от 2015 г., да се представи пълно и изчерпателно посочване на фактите и обстоятелствата, мотивираци искането. Подобно законодателно решение поставя съдебно одобрение на искането до бланкетно произнасяне при липса на детайлна информация. Така въведената процедура, съчетана с липса на процесуални правила за разглеждане на искането, не може да се определи като действителен съдебен контрол.

Относно изискването за контрол по унищожаването на данните, следва да се обърне внимание на липсата на процедура, съобразно която гражданин, засегнат от незаконно събиране на данни, може да се защити. Изискването за незабавно унищожаване изглежда формално, необвързано с процедура за контрол от страна на държавен орган или засегнато лице. В този смисъл отново процедурата създава опасност за произвол от страна на властите и засягане на конституционно гарантирани права.

Относно пропорционалността и изпълнението на критериите на ЕКПЧ и правото на ЕС, отново намираме противоречие при атакуваната законодателна уредба.

В дългогодишната си практика, още от произнасянето на основополагащото решение Клас срещу Германия (5029/71) до ключовото решение Роман Захаров срещу Русия (47143/06), ЕСПЧ формира редица критерии относно допустимостта на намесата в правото на независим живот и тайната на кореспонденцията, тогава, когато са предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления, за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите.

В мотивите на решението Захаров срещу Русия се обобщават създадените до момента критерии за допустимост на намесата в случаи като разглеждания (§§ 230-231 от решението). ЕСПЧ приема, че минималните гаранции срещу злоупотреба от страна на властите са естеството на престъпленията, които могат да доведат до правомощия за намеса на властите, определянето на категориите лица, които могат да бъдат подслушвани, определянето на ограничение при продължителността на изпълнението на мярката, определянето на процедурата, която трябва да се спазва при проучването, използването и съхраняването на събраните данни, предпазните мерки, които трябва да се предприемат при обмен на данните на други страни, и обстоятелствата, при които изтриването или унищожаването на данните може или трябва да се извърши.

Повече от очевидно е, че оспорената регулация от ЗЕС не изпълнява теста, изграден в практиката на ЕСПЧ. Съответно, по вече изложените съображения, не приемаме намесата, предложена в ЗЕС, за пропорционална и необходима в едно демократично общество.

Отделно, вносителите се позовават и на решението на Съда на Европейския съюз (СЕС), разширен състав, по съединени дела С-293/12 и С-594/12, с което е обявил Директива 2006/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 15.03.2006 г. за невалидна. В §§ 33-34 от решението се приема следното:

*„За да се установи наличието на намеса в основното право на зачитане на личния живот, не е от значение дали съответните данни за личния живот имат чувствителен характер, или не и дали заинтересованите лица са претърпели, или не евентуални неудобства поради тази намеса (вж. в този смисъл решение Österreichischer Rundfunk и др., С-465/00, С-138/01 и С-139/01, ЕУ:С:2003:294, точка 75).*

*От това следва, че установеното в членове 3 и 6 от Директива 2006/24 задължение доставчиците на обществено достъпни електронни съобщителни услуги или на обществени съобщителни мрежи да запазват за определен период данни като посочените в член 5 от тази директива, свързани с личния живот на дадено лице и с*



неговите съобщения, само по себе си представлява намеса в правата, гарантирани от член 7 от Хартата.“

В решението си, за да обяви за невалидна Директива 2006/24, СЕС приема и следните критерии, създаващи рамка на допустима намеса в правата на личен живот, защита на кореспонденцията и правото на изразяване – цел от общ интерес, пропорционалност, способност на мерките да постигнат търсената цел и ограничение на намесата до строго необходимото за постигане на целта.

Отделно в § 54 от решението се приема следното:

*„В този смисъл разглежданата правна уредба на Съюза трябва да предвижда ясни и точни правила, които да уреждат обхвата и прилагането на разглежданата мярка и да установяват минимални изисквания, така че лицата, чиито данни са били запазени, да разполагат с достатъчни гаранции, позволяващи ефикасна защита на техните лични данни срещу рискове от злоупотреби, както и срещу всякакъв незаконен достъп или използване на тези данни“.*

В крайна сметка СЕС намира заазването на данните, предвидани в Директива 2006/24, създадена за хармонизация на националните законодателства при съхраняването и достъпа на властите до трафични и метаданни, макар и с фокус борба срещу тероризма и организираната престъпност, за надхвърлящи границите, които налага зачитането на принципа на пропорционалност с оглед на членове 7 и 8 и на член 52, параграф 1 от Хартата.

Очевидно е и че така създадената и оспорена нова уредба в ЗЕС не изпълнява критериите, заложи в цитираното решение, както и относно директивите 94/46/ЕО, 2002/58/ЕО и 2009/136/ЕО за защита на данни.

По тези съображения считаме, че оспорените разпоредби на ЗЕС и ЗМДВИП противоречат както на Конституцията, така и на стандартите, заложи от Конституционния съд, ЕСПЧ и СЕС.

С уважение:

Станислав Костов  
Председател на УС на БАПЧ

