



ИНСТИТУТ ЗА МОДЕРНА ПОЛИТИКА

Офис: София, ул. „Бачо Киро“ № 57, ет. 1-2; e-mail: imp@europe.com
www.modernpolitics.org

СТАНОВИЩЕ

на Института за модерна политика
по конституционно дело № 8/2014 г.

**УВАЖАЕМИ Г-Н ПРЕДСЕДАТЕЛЮ НА КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД,
УВАЖАЕМИ ГОСПОЖИ И ГОСПОДА КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,**

С определение на Конституционния съд, постановено на 12 юни 2014 г., **Институтът за модерна политика** е конституиран като страна по конституционно дело № 8 от 2014 г. Делото е образувано по искане на омбудсмана на Република България за установяване на противоконституционност на разпоредби от Закона за електронните съобщения (обн., ДВ, бр. 41 от 2007 г., последно изм. и доп., ДВ, бр. 11 от 2014 г.).

Институтът за модерна политика изразява следното становище относно конституционосъобразността на оспорените разпоредби на чл. 250а-чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а от Закона за електронните съобщения (ЗЕС), приети през 2010 г. (обн., ДВ, бр. 17/2010):

1. С оспорените законови текстове беше облекчен достъпа на МВР и службите за сигурност до трафични данни за интернет и телефонните комуникации на гражданите. С промените се предвиди, че тези данни могат да се предоставят на МВР и прокуратурата, когато това е необходимо за разкриване и разследване на тежки престъпления (т.е. наказуеми с повече от 5 години лишаване от свобода), на компютърни престъпления,

Институтът за модерна политика е носител на Втора награда „Изследователски център на Европа 2012 г.“, връчен от британското издание Prospect Magazine и Британското кралско общество

както и за издирване на лица (чл. 250а, ал. 2 от ЗЕС). За да бъде проследен и идентифициран източника, направлението, датата, часа и типа на връзката, както и устройството, чрез което се осъществява е необходимо предварително разрешение от районен съдия. На практика обаче, неясният законов текст, който предвижда, че за нуждите на наказателното производство данните по чл. 250а, ал. 1 от ЗЕС „се предоставят на съда и на органите на досъдебното производство при условията и по реда на Наказателно-процесуалния кодекс" (чл. 250в, ал. 4 от ЗЕС), беше устойчиво използван от прокуратурата, МВР и службите за сигурност за заобикаляне на съдебния контрол. След влизането в сила на процесните законови разпоредби през 2010 г. дори бяха издадени писмени указания от Главния прокурор, които към онзи момент инструктираха прокурорите да изискват информация директно от телефонните оператори и интернет доставчиците без разрешение от съдия.

2. Институтът за модерна политика още през 2010 г. в хода на обсъжданията на разглежданите промени в ЗЕС, както и през февруари 2011 г. в своя *Специален доклад за действия на МВР и службите за сигурност в България, които застрашават или пряко нарушават правата на гражданите*¹ и във внесени в парламента конкретни законодателни предложения, застъпи еднозначното становище, че предоставянето на достъп до трафични данни и разпечатки от телефонни разговори без спазване на изискванията на чл. 34, ал. 2 от Конституцията е противоконституционно поради следните основни съображения:

а) Конституцията изрично забранява да се накърнява не само тайната на кореспонденцията, но „и на другите съобщения" (чл. 34). Пак там се казва, че това може да става само при две условия: да има разрешение на съдебната власт и това да се налага за разкриване или предотвратяване на тежко престъпление. Също в Конституцията е прогласена неприкосновеността на личния живот (privacy) – чл. 32. Тези права са гарантирани и от чл. 7 от Хартата за основните права на ЕС и чл. 8 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи.

б) Конституционният законодател прогласява не само тайната на кореспонденцията, но „и на другите съобщения". Тъкмо тази конституционна защита „и на другите съобщения" дори и при най-стеснително тълкуване включва и интернет комуникациите – т.е. задължително условие за достъп до трафичните данни е разрешението от съдия и то само с оглед разкриването и предотвратяването на тежко престъпление, съгласно изискванията на чл. 34 от Конституцията.

¹ Цитираният Специален доклад на Института за модерна политика от 8 февруари 2011 г. е връчен на европейския комисар по правосъдие Сесилия Малмстрьом и изпратен до Европейския парламент, Комисаря по правата на човека на Съвета на Европа, до Народното събрание и е оповестен публично чрез средствата за масова информация. Неговият пълен текст може да се прочете на интернет страницата на ИМП на адрес: <http://www.modernpolitics.org/?p=1459>

в) Трябва да се подчертае, че не само съдържанието (какво), а и данните за адресата (с кого), с който се осъществява един телефонен разговор или интернет комуникация, се ползва с конституционна защита. Не могат да бъдат споделени, според нас, твърденията, които често се срещат в публичните и експертни дискусии по темата, включително в мотивите за приемане на процесните законови текстове, а именно, че трафичните данни и разпечатките за проведени разговори с мобилен телефон имат само технически характер и не засягат тайната на кореспонденцията, защото не разкриват нейното съдържание. **Институтът за модерна политика** отново подчертава, че този тип данни – с кого са проведени разговори или е осъществена интернет комуникация – макар и да не разкриват съдържанието на самите разговори и комуникации, позволяват да се направят изводи, свързани с личната, частна сфера на гражданите. Позволяват да се идентифицира и анализира кръга от лица, с които контактува един човек, честотата на тези контакти, социалната среда и лични навици на едно лице и пр. Метафорично казано тези данни са част от „електронното ДНК“ на личността. Тази информация е част от личния живот и тайната на кореспонденцията и съобщенията, чиято неприкосновеност е конституционно защитена.

Такава е и практиката на **Европейския съд за правата на човека в Страсбург**:

- по делото *„Малоун срещу Великобритания“* Съдът постанови, че не само съдържанието на телефонния разговор, но и избраните телефонни номера (т.е. данни за трафика) попадат под защитата на чл. 8 от ЕКПЧ;

- по делото *„Копланд срещу Великобритания“* Съдът определи, че този принцип е приложим и към електронните писма. По тези причини, трябва да се изравнят и всички останали законови гаранции при използването на трафични данни с тези при използване на данни от съдържанието на съобщенията чрез препращане към регламентацията на СРС.

г) В публичните дискусии се правят и сравнения между трафичните данни, съответно телефонните разговори, и обикновената кореспонденция (писма). На тази основа се твърди, че по аналогия с традиционните писма, при които името на получателя е изписано на пощенския плик, не съставлявало нарушаване на тайната на кореспонденцията, ако се съхранява и предоставя на компетентните държавни органи без да се спазва чл. 34, ал. 2 от Конституцията информация за IP-адреси, разпечатки, от които е видно един телефонен абонат с кои други абонати е контактувал и пр. Тези твърдения според нас са неоснователни поради следните съображения:

- При обикновената кореспонденция със самия факт на изпращането на писмо по поща/куриер изпращачът знае и е съгласен с обстоятелството, че получателят ще може да бъде видян от неограничен кръг други лица по пътя на писмото до адресата. Не е така при телефонните разговори и интернет комуникациите.

- Информацията кой на кого и по колко пъти изпраща писма при обикновената кореспонденция не се събира, систематизира и съхранява от пощенските служби, което да позволява органите на реда да правят изводи относно профила на дадено лице и неговите контакти. В този смисъл информацията за лицата, които контактуват помежду си чрез обикновена кореспонденция, която е видима за трети лица, не накърнява тайната на кореспонденцията. Обратно, при трафичните данни и телефонните разпечатки информацията за страните в комуникацията (кой) и интензитета на общуването (колко) е част от съдържанието (какво), защото според процесните разпоредби от ЗЕС се съхранява от съответните оператори и се предоставя при наличие на нормативно установените предпоставки на компетентните органи.

д) Процесните разпоредби разширяват кръга на престъпленията, за чието разкриване следва да се предоставят данните по чл. 250а, ал. 1 от ЗЕС. В нарушение на чл. 34, ал. 2 от Конституцията, който допуска изключения от принципа за неприкосновеност на тайната на кореспонденцията и на другите съобщения само по отношение на разкриването и предотвратяването на тежки престъпления, в чл. 250а, ал. 2 от ЗЕС са включени и компютърните престъпления и дори се въвежда изискване трафични данни да се съхраняват и предоставят за нуждите на оперативно-издирвателната дейност. Не може да бъде споделено виждането, че не се засяга тайната на съобщенията, щом не се събират данни за съдържанието им. Кръгът на лицата, с които общува един гражданин е неразривна част от съобщенията, която носи най-малко толкова, (а понякога дори и повече!) информация за частния живот и кореспонденция на едно лице и трябва да се ползва със същата степен на защита.

3. Още в хода на обсъжданията и приемането на процесните законови разпоредби, Институтът за модерна политика изтъкна, че мотивите на вносителя - Министерският съвет - че с текстовете се въвеждат (транспонират) изискванията на Директива 2006/24/ЕО от 15 март 2006 г., са необосновани. Това е така, защото самата директива предоставяше достатъчно възможности на държавите-членки да постигнат поставената от нея цел като съобразят нейните изисквания със спецификата на съответните национални конституционни и законодателни системи. Типичен пример в това отношение е използването в директивата на термина „сериозни престъпления“, който има различни интерпретации на национално ниво, като в българския случай той е съответен на традиционния за нашето законодателство и конституционно установен термин „тежки престъпления“ и не следва да бъде тълкуван разширително. Прочее, разширително тълкуване на изискванията на директивата въпреки изричните конституционни текстове на Основния закон на Германия стана причина германският конституционен съд да обяви противоконституционност. Въпреки съществуващите възможности за съобразяване с българската нормативна традиция и конституционни норми, законодателят не стори това и прие процесните разпоредби, които са по същество разширително тълкуване на директивата. Според нас и тогава - при

действието на тази директива, и сега - след обявяването на нейната нищожност, те противоречат на Конституцията на Република България.

4. Официалните данни, свързани с приложението на процесните разпоредби сочат непрекъснато увеличаване на исканията за достъп до трафични данни. Така например, в Годишния доклад за 2011 г. на постоянно действащата към 41-то НС подкомисия за осъществяване на парламентарния контрол, предвиден в Закона за специалните разузнавателни средства и в ЗЕС, изрично се изтъква:

„Наблюдава се тенденция на увеличаване на дела на исканията по реда на чл. 159 от НПК (без разрешение от съдия - около 80% от общия брой), което поставя въпроса за ефективността от контрола от съда върху исканията за достъп до данни по чл. 250а, ал. 1 от ЗЕС, когато за престъплението не е образувано досъдебно производство, т.е. данните са необходими за т.нар. "оперативни цели".

В цитирания доклад се посочва също, че исканията за достъп до информация по реда на ЗЕС за 2011 г., обобщени на базата на годишните доклади на Върховния касационен съд, Върховна касационна прокуратура, доклада на СДОТО - МВР и "ДАНС", както и на статистика, предоставена на Подкомисията от мобилните оператори „Българска телекомуникационна компания“ АД, „Мобилтел“ ЕАД и „Космо България Мобайл“ ЕАД, е както следва:

- „1. Брой разрешения за достъп до данни по ЗЕС по реда на НПК - 58 702.*
- 2. Общ брой разрешения за достъп до данни по чл.250б ал.1 от ЗЕС - 15 350.*
- 3. Брой откази за достъп до данни - 639.“*

В същото време, на базата на обобщените данни за прилагане на СРС и на достъпа до информация по ЗЕС през 2011 г., подкомисията констатира, че:

„Намалява броят на изготвените веществени доказателствени средства спрямо броя на контролираните лица: от 62 % през 2010 г. на 45 % през 2011 г.“

За 2013 г., според приетия на 5 юни 2014 г. от Комисията за контрол над службите за сигурност, използването и прилагането на СРС и достъпа до данните по ЗЕС при 42-то Народно събрание, исканията за достъп до информация по чл. 250а са както следва: 17 833 за телефония и 520 за интернет. От тях са били разрешени 17 299 искания. Броят на исканията обаче става значително по-голям, като към исканията по чл. 250а от ЗЕС се прибавят исканията въз основа на чл.159 от Наказателнопроцесуалния кодекс - **общо по двата текста през 2013 г. исканията за използване на трафични данни възлизат на 98 258.**

Институтът за модерна политика е носител на Втора награда „Изследователски център на Европа 2012 г.“, връчен от британското издание Prospect Magazine и Британското кралско общество

Тези данни от практиката по прилагане на процесните разпоредби от ЗЕС потвърждават трайното ни становище, че в този си вид тези нормативни текстове са непропорционални на преследваната от закона легитимна цел и не са необходими в едно едно демократично общество, защото застрашават прекомерно и дори нарушават основни конституционни права и свободи на гражданите.

Предвид гореизложеното, Институтът за модерна политика се обръща към Конституционния съд с предложение да бъде уважено искането на омбудсмана на Република България за обявяване на противоконституционността на чл. 250а-чл.250е, чл. 251 и чл. 251а от Закона за електронните съобщения.

Юли 2014 г.

ЗА УПРАВИТЕЛНИЯ СЪВЕТ НА
ИНСТИТУТА ЗА МОДЕРНА ПОЛИТИКА:

БОРИСЛАВ ЦЕКОВ
(ПРЕДСЕДАТЕЛ)



Институтът за модерна политика е носител на Втора награда „Изследователски център на Европа 2012 г.“, връчен от британското издание Prospect Magazine и Британското кралско общество