

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдиите Благовест Пунев, Стефка Стоева и Гроздан Илиев

по конституционно дело № 8/2014 г.

Не споделяме извода на мнозинството съдии за установяване на цялостна противоконституционност на чл. 250а – чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а от Закона за електронните съобщения (ЗЕС), макар че възприемаме съображенията им за наличие на такава относно част от оспорените разпоредби, отнасящи се до срока на съхраняване на трафичните данни и липсата на предвиден съдебен контрол за това съхраняване и последващото им унищожаване. Основният аргумент за така обявената *an bloc* противоконституционност на целия раздел от закона, отнасящ се до проследяване на трафични данни от съобщителни мрежи и услуги е, че всички разпоредби от този раздел представляват нормен комплекс, при който съществува неразривно единство между тези от тях, които са противоконституционни с оглед нарушаване принципа на пропорционалност при ограничаване на основни конституционни права, и тези, които нямат тази характеристика, но не притежават автономно съществуване и възможност за самостоятелно прилагане. Това разбиране е погрешно по следните съображения:

Налице е липсата на последователност в съобразителната част на решението. Това е така, защото само част от тези норми са предмет на изрично обсъждане с оглед на тяхната противоконституционност, а за останалите изводът е направен при липсата на обосноваващи го мотиви. Този подход е продължение на застъпената в искането теза, че продължителният срок на съхранение на трафичните данни, уреден в чл. 250а, ал. 1 ЗЕС налага отмяна и на останалите, посочени в искането разпоредби, без да се обосновава тяхната противоконституционност. Ако Съдът счита, че съществуващият срок от една година не е съобразен с Конституцията, следваше да прогласи неговата противоконституционност и да укаже на законодателя ориентируващо каква следва да бъде неговата продължителност, а не да обявява цялата норма за противоконституционна, а в случая дори и цялата уредба. В други подобни случаи практиката на Конституционния съд сочи, че Съдът не е обявявал за противоконституционна цялата разпоредба, а само прогласения за противоречащ на основния закон срок и е указвал на Народното събрание какъв е подходящият за

случая срок (Решение № 4/2011 г. по к.д. № 4/2011 г., с което са обявени за противоконституционни числото „12” и думите „две години” и „една година и четири месеца”, и Решение № 13/2012 г. по к.д. № 6/2012 г., с което са обявени за противоконституционни думите „петнадесет години” и „петнадесетгодишна давност”). По наше мнение отмяната на срока по никакъв начин не засяга цялата разпоредба и не я прави изцяло несъответна на Конституцията. В тази връзка намираме, че мотивите на решението съдържат вътрешно противоречие. От една страна, мнозинството приема, че само по себе си събирането и запазването на данни от телекомуникационен трафик не представлява дейност, забранена от Конституцията, а, от друга страна, цялата уредба се отменя като противоконституционна.

Конституционният съд не е ограничен с посоченото в искането основание и може да извършва проверка за евентуално несъответствие на оспорените законови текстове и с други конституционни разпоредби. Съдът обаче не може да обявява ап блос за противоконституционни и норми, за които се ограничава да приеме, че нямат самостоятелно приложение. Съдът не разполага с правомощието да преустановява действието на разпоредби, които сами по себе си не са противоконституционни. След като не са такива, те се явяват част от действащото право и тяхното действие може да бъде преустановено, ако се приеме, че нямат приложно поле, само чрез изричната им отмяна с приемането на друг закон.

Дори да се приеме, че разпоредбите, които дефинират легално съдържанието на трафичните данни и уреждат процедурно въпросите по тяхното предоставяне на оторизираните органи и институции във връзка с разкриването и разследването на тежки престъпления нямат самостоятелно съществуване и ще намерят приложение само ако запазят действието си основните по значението си разпоредби, които уреждат достъпа до трафичните данни с посочената легитимна цел, те пак не би следвало да се обявяват за противоконституционни поради връзката си с първите. Това е така, защото те ще влязат в новата законова уредба на материята след отстраняване на дефектите в нея с предвиждане на съдебен контрол при съхраняване и унищожаване на информацията и подходящ срок на нейното запазване. Освен това според нашето становище при частично обявена противоконституционност тези разпоредби биха запазили и своето актуално действие и прилагане, защото по отношение на достъпа до трафични данни от страна на органите по чл. 250б, ал. 1 ЗЕС е предвиден съдебен контрол, т.е. липсва основание за противоконституционност на уредбата, а относно органите на досъдебното производство и съда за такъв достъп е

предвидено препращане към чл. 159 от Наказателно-процесуалния кодекс (НПК), който не е оспорен пред Конституционния съд.

В контекста на изложените съждения за наличие на частична противоконституционност на оспорената уредба за проследяване на трафичните данни от предоставени съобщителни услуги като несъобразени с чл. 34, ал. 2 от Конституцията следва да се третират следните разпоредби от ЗЕС: чл.250а, ал.1 само в частта относно предвидения с нея срок от 12 месеца за съхраняване на трафични данни, създадени или обработени от предприятията, предоставящи обществени електронни съобщителни мрежи и услуги, но не и в частта, в която са предвидени отделните хипотези на необходимост от това съхраняване; чл. 250а, ал. 2 само в частта, която предвижда разкриване и разследване на престъпления по чл. 319а-319е от Наказателния кодекс (НК) (с изключение на чл. 319а, ал. 5 във вр. с ал. 4 НК – вж. по-долу), които не са тежки престъпления и за тях не съществува легитимната цел на съхраняването на тези данни, която да е в съответствие с чл. 34, ал. 2 от Конституцията; чл. 250а, ал. 4, която не предвижда съдебен контрол относно тяхното унищожаване, чл. 250а, ал. 5 и ал. 6, които не предвиждат съдебен контрол относно съхраняване на трафичните данни, както и предвиденият в първата от тях допълнителен срок за съхраняването им, след като са били предоставени, както и разпоредбата на чл. 250е, която не предвижда съдебен контрол при унищожаване на справка по чл. 250д, ал. 4, която не се използва при образуване на досъдебно производство.

При това положение не са противоконституционни и би трябвало да запазят действието си, вместо да бъдат обявени за такива, следните разпоредби от ЗЕС: чл. 250а, ал. 3, който предвижда различен ред за съхраняване на други данни, вкл. съдържанието на съобщенията, от този, предвиден за трафичните данни от телефонните и интернет комуникации; чл. 250б, ал. 1, който определя органите, имащи право да искат извършване на справка за данните по чл. 250а, ал. 1 съобразно компетентността им да разкриват и разследват тежки престъпления. В тази част не споделяме разбирането на мнозинството за противоконституционност на чл. 250б, ал.1, т. 1-4 ЗЕС. Според мотивите текстът е противоконституционен понеже за посочените органи, предвид многообразието на тяхната дейност, отсъства изрична разпоредба, която отделно да очертае границите на необходимостта от нужните им трафични данни. Това разбиране не отчита ноторния факт, че дейността на тези органи във функционално отношение е свързана с противодействие на посегателства,

които могат да застрашат или увредят националната сигурност. За гарантиране на нейната защита приоритетно значение има борбата с тежката престъпност. Затова, въпреки многообразието на осъществяваната преди всичко аналитична дейност, с устройствените закони на органите на Военната полиция, Военна информация, на МВР, Националната разузнавателна служба и Държавна агенция „Национална сигурност“ (ДАНС) е възложена и дейност по разкриване и разследване на извършени престъпления. С разпоредбата на чл. 250а, ал. 2 ЗЕС е въведен и основният критерий, според който тези органи могат да получават необходимите им данни за нуждите на разкриването и разследването само на тежки престъпления, каквото е изискването и на чл. 34, ал. 2 от Конституцията. Според чл. 93, ал. 1, т. 7 НК тежки са престъпленията, за които е предвидено наказание над пет години лишаване от свобода. Този критерий относно нуждите за получаване и ползване на трафични данни законодателят е въвел за всички органи, посочени в чл. 250б, ал. 1 ЗЕС. Следователно не се налага втори път единствено и само за всеки от органите по чл. 250б, ал. 1 ЗЕС да се въвежда изискването по чл. 250а, ал. 2 от закона.

Според чл. 34, ал. 2 от Конституцията допустимо е ограничаване неприкосновеността на правата по чл. 34, ал. 1 от нея и за да се **предотврати** извършването на тежки престъпления. В ЗЕС тази форма на противодействие на тежката престъпност изрично не е посочена като основание за получаване на трафични данни от органите по чл. 250б, ал. 1 от закона. Поради това в бъдещото уреждане на материята при определяне на легитимната цел за ограничаване на правата по чл. 34, ал. 1 от Конституцията законодателят трябва да съобрази и предвидената в ал. 2 на същия конституционен текст цел, изразяваща се не само в разкриване и разследване, но и в предотвратяване извършването на тежки престъпления.

Не споделяме разбирането за противоконституционност на чл. 250а, ал. 2, предложения второ и трето от ЗЕС. Това е така, защото за престъплението по чл. 319а, ал. 5 във връзка с ал. 4 НК е предвидено наказание от една до осем години лишаване от свобода. Следователно престъплението е тежко, поради което разпоредбата в тази част се явява съобразена с критерия, посочен в чл. 34, ал. 2 от Конституцията. Обявяването ѝ в тази част за противоконституционна прави невъзможно предотвратяването и разкриването на тежките случаи на компютърни престъпления.

От прецизен анализ се нуждае и хипотезата, свързана с необходимостта за съхраняване на трафичните данни за издирване на лица. При положение, че водеща е необходимостта за съхраняване на данните за нуждите на предотвратяване, разкриване и разследване на тежки престъпления то очевидно е, че издирването на лица обхваща случаите на издирване в трите хипотези. Следователно издирването на лица по смисъла на чл. 250а, ал. 2, предложение последно ЗЕС не обхваща други възможни хипотези, каквито са издирване на безследно изчезнали лица или издирване на лица за изпълнение на наказанията, наложени им с влязла в сила присъда за извършени престъпления и в други подобни случаи. Затова приемаме, че чл. 250а, ал. 2, предложение последно ЗЕС не се явява противоконституционен, каквото е разбирането на мнозинството конституционни съдии.

Не са противоконституционни и разпоредбите на чл. 250б, ал. 2 ЗЕС, уреждащ съдържанието на писменото искане за достъп до данните по чл. 250, ал. 1 ЗЕС; чл. 250б, ал. 3 ЗЕС, който предвижда водене на непубличен специален регистър на исканията от органите по ал. 1 ЗЕС; чл. 250в, ал. 1 и ал. 5 ЗЕС, изрично предвиждащи съдебен контрол за достъп до данните по чл. 250, ал. 1 ЗЕС, който се осъществява след разрешение от председателя на районния съд (когато се отнася до него или близките му, това разрешение се дава от председателя на съответния окръжен съд), за което се издава разпореждане за предоставяне на достъп до трафичните данни; чл. 250в, ал. 2 и ал. 3 ЗЕС, които предвиждат задължителното съдържание на това разпореждане и воденето на непубличен специален регистър за дадените разрешения и откази в съответните районни съдилища.

Според изразеното в мотивите разбиране на мнозинството разпоредбата на чл. 250в, ал. 4 ЗЕС също се явява противоконституционна, защото не съдържа изискване за съдебен контрол върху дейността на орган на досъдебното производство, когато прави искане за получаване на трафични данни. В случая този извод се прави, като не се държи сметка за това, че става дума за разпоредба, която се ограничава с препращане към Наказателно-процесуалния кодекс. Друго не може да бъде разрешението, тъй като в разглежданата хипотеза е налице образувано и протичащо по правилата на НПК производство в неговата досъдебна и съдебна фаза на наказателния процес. Когато е налице наказателен процес, всички въпроси по упражняване на съдебен контрол върху дейността на разследващите органи и прокурора при получаване и ползване на трафични данни следва да се уредят именно в НПК. Обстоятелството, че чл. 159 НПК не е изчерпателен по отношение на

съдебния контрол в хода на конкретен наказателен процес не е проблем, изразяващ се в непълнота на препращащата разпоредба на чл. 250в, ал. 4 ЗЕС, поради което и направеният в мотивите извод за противоконституционност не може да бъде споделен.

Не са противоконституционни и разпоредбите на чл. 250г, ал. 1 и ал. 2 ЗЕС, както и на чл. 250д ЗЕС, които уреждат реда, по който предприятията, осигуряващи обществени електронни съобщителни мрежи и услуги, процедурат при получаване на разпореждането за достъп по чл. 250в, ал. 1 ЗЕС. Такова е положението и с разпоредбата на чл. 251, ал. 1 ЗЕС, според който данните по чл. 250а, ал. 1 ЗЕС могат да се предоставят по молба и на компетентен орган на друга държава, когато това е предвидено в международен договор, който е в сила за Република България, и съответно с ал. 2 и ал. 3 на същия законов текст, които се отнасят до предоставянето на достъп до исканите трафични данни и справката за тях, както и с чл. 251а ЗЕС, който дефинира съдържанието на данните по чл. 250а, ал. 1, т. 1-6 ЗЕС.

В заключение трябва да се отбележи, че цялостната отмяна на уредбата на чл. 250а - 250е, чл. 251 и чл. 251а ЗЕС създава правен вакуум в материя, която е свързана със защитата срещу заплахи за националната сигурност и обществения ред, които имат перманентен характер и не са обусловени от съществуването на такава уредба. Поради това липсата ѝ, от една страна, създава опасност от правен nihilism, тъй като потенциална заплаха би мотивирала органите по чл. 250б, ал. 1 ЗЕС да извършат противозаконна намеса в личната сфера на гражданите с нерегламентирано следене на трафичните данни от телефонните и интернет комуникации, а, от друга, че те не биха реагирали на такава заплаха и биха поставили в риск сигурността на обществото поради опасенията, че неправомерно засягат основни конституционни права. В този контекст настоящото особено мнение трябва да се разглежда и като призив към законодателната власт в кратък срок да уреди материята за достъпа, съхраняването и унищожаването на трафичните данни, за да се избегнат противоконституционните посегателства срещу личните права на гражданите от държавните органи, натоварени с компетентността да разкриват и разследват тежки престъпления. Така ще се осигурят законовите гаранции за пропорционалност при ограничаване на посочените права, за да могат да бъдат ползвани трафичните данни от телефонните и интернет комуникации за нуждите на защитата на националната сигурност и обществения ред.