

КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

Сх. № 302/К1  
Дата 27.08.20г.

1

ДО  
КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД  
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ПРАВНО МНЕНИЕ

от проф. дпн Нели Огнянова  
по конституционно дело № 4 /2020 г.

УВАЖАЕМИ ГОСПОЖИ И ГОСПОДА КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

с Определение от 9 юни 2020 г. Конституционният съд допуска за разглеждане по същество искането на шестдесет и трима народни представители от 44-то Народно събрание за установяване на противоконституционност на чл. 251б, ал. 2, изречение трето, чл. 251в, ал. 2, изречение второ, чл. 251г, ал. 4 относно думите „и в случаите по чл. 251б, ал. 2, изречение трето“ и чл. 251г<sup>1</sup>, ал. 1, изречение второ, ал. 3 и 4 относно думите „и чл. 251в, ал. 2, изречение второ“ от Закона за електронните съобщения (в редакцията ДВ, бр. 28 от 24.03.2020 г.) (ЗЕС) и на свързания с тях § 51 от преходните и заключителни разпоредби на Закона за мерките и действията по време на извънредното положение, обявено с решение на Народното събрание от 13 март 2020 г. и за преодоляване на последиците (обн., ДВ, бр. 28 от 24.03.2020 г., последно изм., ДВ, бр. 44 от 13.05.2020 г.).

В искането си до Конституционния съд народните представители твърдят, че:

а. ограниченията, които оспорваните разпоредби въвеждат по отношение на правото на личен живот на гражданите и на тайната на кореспонденцията и на другите съобщения, позволяващи незабавен достъп до данни от комуникационен трафик по чл. 251б, ал. 1, т. 6 ЗЕС на изключително широк кръг лица, за сравнително дълъг - половингодишен период от време, който при това не е ограничен за времето на извънредното положение, при липса на истински ефективен съдебен контрол, се явяват несъразмерни (непропорционални) на преследваната цел и

б. при приемане на оспорените разпоредби не са спазени правилата на законодателния процес, което нарушава „фундаменталния принцип на публичността в парламентарното управление“, изведен от чл. 1, ал. 1 от Конституцията.

Оспорваните разпоредби се отнасят до правната уредба на задържането на трафични данни достъпа до тях, съдържаща се в Закона за електронните съобщения.

Чл. 251б ал.2 урежда основанията за задържане на трафични данни и изречение 3 е ново основание: „Данните по ал. 1, т. 6 се съхраняват и за нуждите на принудителното изпълнение на задължителната изолация и болничното лечение на лица по чл. 61 от Закона за здравето, които са отказали или не изпълняват задължителна изолация и лечение”;

Чл.251в ал. 2 посочва лицата с право на достъп до трафичните данни, а новото изречение 2 предвижда, че „В случаите по чл. 251б, ал. 2, изречение трето право да искат извършване на справка за данните по чл. 251б, ал. 1, т. 6, когато те са необходими за изпълнение на техните правомощия, имат Главна дирекция "Национална полиция", Столичната дирекция на вътрешните работи и областните дирекции на Министерството на вътрешните работи.“

Чл.251 г предвижда, че „предприятията, предоставящи обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги, предоставят незабавен достъп до данните по чл. 251б, ал. 1, т. 6 въз основа на искане на съответния ръководител на структурите по чл. 251в, ал. 2, изречение второ.“ Същественото в случая е, че достъпът е незабавен, тоест без разрешение от председателя на районния съд или от оправомощен от него съдия по седалището на органа, който е поискал достъп, за което да се издава разпореждане за предоставяне на достъп до данните.

Тезата ми е, че оспорваните разпоредби противоречат на Конституцията, тъй като представляват намеса в тайната на личния живот и тайната на кореспонденцията; намесата е неоснователна; достъпът на широк кръг лица до трафичните данни е твърде либерален; намесата е осъществена без необходимите гаранции (предварителен съдебен контрол) и тежестта на намесата не е пропорционална на тежестта на предвиденото в НК престъпление, състоящо се в нарушаване на мерки по време на пандемия.

По този начин са нарушени конституционни стандарти, потвърдени в практиката на Конституционния съд, Съда на ЕС, актовете на Съвета на Европа и Европейския съд за правата на човека.

Конституционният съд има практика, свързана с правната уредба на трафичните данни в Закона за електронните съобщения - Решение №2/2015 г. с докладчик Кети Маркова. Според КС „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. В случая оспорената уредба е създадена със закон и следователно изпълнява формално първото конституционно изискване.“<sup>1</sup>

**Първото конституционно изискване** е изпълнено и в разглеждания случай.

**Второто изискване** – изключението да се допуска само с разрешение на съдебната власт - не е изпълнено: чл. 251 г ЗЕС изисква предоставяне на незабавен достъп, при това на широк кръг правни субекти, очертани в чл. 251в. Осъществява се хипотеза, която вече е била предмет на разглеждане от ЕК и е довела до решение за противоконституционност: „Конституционното изискване за контрол от съд или друг независим орган изобщо отсъства в процедурата, уредена по чл. 250а, ал. 5 ЗЕС. В тази хипотеза органът, отправил искане за достъп, контактува директно с предприятието, предоставило данните, и без съответното разрешение постига на практика едно продължаване на запазването им за срок до шест месеца, който сам по себе си е значителен.“<sup>2</sup> Аналогична е хипотезата, въведена от законодателя с чл. 251 г: „незабавен достъп до данните по чл. 251б, ал. 1, т. 6 въз основа на искане на съответния ръководител на структурите по чл. 251в, ал. 2, изречение второ.“

Такава е и практиката на Съда на ЕС, обобщена напоследък в Заключение на Генералния адвокат Petruzzella по дело *C-746/18 Н. К. срещу Prokuratuur* с препратки към решение

1 Решение на КС №2/2015

2 Решение на КС №2/2015

*Tele2 Sverige*<sup>3</sup> и Становище на Съда на ЕС 1/15 (Споразумение PNR ЕС—Канада) от 26 юли 2017 г. (EU:C:2017:592, т. 202 и 208): „За да се гарантира, че достъпът на компетентните национални органи до запазените данни е ограничен до строго необходимото за постигане на преследваната цел, Съдът е приел, че е от съществено значение този достъп „по принцип да се предоставя, освен в надлежно обосновани неотложни случаи, след предварителен контрол, осъществяван *или от юрисдикция, или от независима административна структура*, и решението на тази юрисдикция или на тази структура да се постановява след мотивирана молба на тези органи, подадена по-специално в рамките на наказателни производства за предотвратяване, разкриване или наказателно преследване на престъпления“.<sup>4</sup>

Съдът на ЕС подчертава както че контролът трябва да е *предварителен*, така и развива аргументи защо не е възможно *органи като посочените* в чл.251в ЗЕС да се смятат за независими. Накратко, оспорваните разпоредби не съответстват на набора изисквания, изведени в решение *Tele2 Sverige*, особено относно необходимостта от предварително разрешение от съд или независим орган, за да се оправдае достъпът до трафични данни.

**Третото изискване** на КС е задържането на трафични данни да се разрешава само когато това се налага за разкриване и предотвратяване на тежки престъпления. Налице ли е целта „предотвратяване и разкриване на тежки престъпления“? Съдът на ЕС обсъжда „тежки престъпления“ именно за целите на задържането на трафични данни и „от практиката на Съда следва, че намеса в основните права, квалифицирана като „тежка“, включва изискване за засилена обосновка“.<sup>5</sup> Подобна засилена обосновка не е налице. Поддържам разбирането, че „приложимото наказание не е единственият критерий за определянето тежестта на престъпленията. Следва да се вземе предвид и естеството на престъпленията, причинената от тях вреда на обществото, по какъв начин засягат правните интереси и общите им последици за националния правен ред и ценностите на демократичното общество. Историческият, икономическият и социалният контекст, специфичен за всяка държава членка, също е от значение в това отношение.“<sup>6</sup> Намирам за необосновано квалифицирането на престъплението, по отношение на което в ЗЕС е

3 Съд на ЕС, Решение по дела C-203/15 и C-698/15 - Решение *Tele2 Sverige*

4 Съд на ЕС, Заключение на Генералния адвокат по дело *C-746/18 Н. К. срещу Prokuratuur*, представено на 21 януари 2020 г. с препратка към Решение *Tele2 Sverige*, т.120

включено новото изискване за задържане на трафични данни<sup>7</sup>, като тежко, видно и от размера на предвидените и налагани наказания.

Като се вземе и широкият кръг лица, които имат достъп до данните, заедно с липсата на предварителен съдебен контрол, смятам, че противно на практиката на Съда на ЕС тежестта на намесата е непропорционална на тежестта на разглежданото престъпление.

Непременно трябва да се посочи, че мярката беше приета в контекста на извънредното положение с пар. 41 от Закона за мерките и действията по време на извънредното положение, обявено с решение на Народното събрание от 13 март 2020 г. и според пар. 52 на същия закон се прилагаше до отмяната на извънредното положение, но впоследствие с пар. 12 на изменителния закон думите „и се прилага до отмяна на извънредното положение“ бяха заличени. Така една мярка, по начало – ако не обоснована, то разбираема – за извънредно положение, остана да действа постоянно. Това е допълнителен аргумент към тезата, че тежестта на намесата е непропорционална на тежестта на разглежданото престъпление.

По съображения за пълнота следва да се отбележат и някои стандарти по този въпрос, разработени в рамките на Съвета на Европа. Според Венецианската комисия „колкото по-дълго трае извънредният режим, толкова по-вероятно е държавата да се отдалечи от обективните критерии, които може да са оправдали използването на извънредните правомощия на първо място. Колкото по-дълго продължава ситуацията, толкова по-малко оправдание има за третиране на ситуация като изключителна в своето естество“<sup>8</sup> Неопределено продължаване на общите изключителни правомощия на изпълнителната власт е недопустимо<sup>9</sup>. Както посочва Съветът на Европа, „инвазивният потенциал на

5 Пак там, т.87

6 Пак там, т.93

7 Чл. 355 НК: Който наруши наредба, правила или мерки, издадени против разпространяването или появяването на заразна болест по хората по време на епидемия, пандемия или извънредно положение, свързано със смъртни случаи, се наказва с лишаване от свобода до пет години и глоба от 10 до 50 хиляди лева.

8 Венецианска комисия, Становище относно Законите актове за постановления в извънредни ситуации № s667-676, прието след неуспешния преврат в Турция от 15 юли 2016 г., CDL-AD(2016)037, параграф 41

9 CommDH(2002)7, Opinion 1/2002 on certain aspects of the United Kingdom derogation from Article 5 par. 1 of the European Convention on Human Rights, стр. 25; вж и Венецианска комисия, Parameters On The Relationship

съвременните технологии не трябва да се оставя безконтролен и без баланс спрямо необходимостта от уважение на личния живот.<sup>10</sup>

Конституционният съд вече е обсъждал „богатата прецедентна практика на ЕСПЧ“ (вж Решение №2/2015), която няма да бъде отново цитирана тук.

Правото на личен живот не е привилегия само когато времената са добри. Във всяка криза намесата трябва да бъде пропорционална и строго необходима, т.е най-слабата възможна за достигане на обществено необходимото. Нямам убеждение, че това е българският случай на задържане и достъп до трафични данни за целите на противодействие на пандемията.

Предвид изложеното по-горе смятам, че искането за установяване на противоконституционност на разпоредбите на чл. 251б, ал. 2, изречение трето, чл. 251в, ал. 2, изречение второ, чл. 251г, ал. 4 относно думите „и в случаите по чл. 251б, ал. 2, изречение трето“ и чл. 251г<sup>1</sup>, ал. 1, изречение второ, ал. 3 и 4 относно думите „и чл. 251в, ал. 2, изречение второ“ от Закона за електронните съобщения и пар. 51 ЗМДВИП е основателно и обосновано, а оспорените разпоредби противоречат на Конституцията, практиката на КС и Съда на ЕС и стандартите на Съвета на Европа.

София, юли 2020

Проф. д-ни Нели Огнянова

---

Between The Parliamentary Majority And The Opposition In A Democracy: A Checklist (CDL-AD(2019)019), параграф 119

10 Съвет на Европа, Информационен документ SG/Inf(2020)11 Спазване на демокрацията, върховенството на закона и правата на човека в условията на санитарната криза с COVID-19