



**РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ**  
**ВИСШ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ**

ул. „Цар Калоян“ № 1-а, 1000 София, тел. 986-28-61, 987-55-13,  
факс 987-65-14, e-mail: VASarch@bitex.com

Изх. *0820* .....

Дата *08.07* .....2014 г.  
(Моля, цитирайте при отговор)

**ДО**  
**КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД**  
**НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ**

**СТАНОВИЩЕ**

**НА ВИСШИЯ АДВОКАТСКИ**  
**СЪВЕТ**

**ПО КОНСТИТУЦИОННО ДЕЛО**  
**№ 8/2014 г.**

**УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,**

В указания от Вас срок представяме становище във връзка с конституционно дело № 8/2014 г., образувано по искане на омбудсмана на Република България за установяване на противоконституционност на разпоредбите на чл. 250а – чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а от Закона за електронните съобщения.

**1. Факти и обстоятелства**

С искане до Конституционния съд омбудсмана на Република България излага аргументи за противоконституционност на разпоредбите на чл. 250а – чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а от Закона за електронните съобщения (ЗЕС). Въпросните разпоредби от ЗЕС са създадени със Закона за изменение и допълнение на ЗЕС, обнародван в Държавен вестник бр. 17/2010 г., чиято задача е да транспонира изискванията на Директива 2006/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2006 година за запазване на данни, създадени или обработени, във връзка с предоставянето на обществено достъпни електронни съобщителни услуги или на обществени съобщителни мрежи и за изменение на Директива

2002/58/ЕО (Директивата или Директивата за запазване на данни)<sup>1</sup>. С тях са регламентирани правила за запазване на данни, създадени или обработени, във връзка с предоставянето на обществено достъпни електронни съобщителни услуги или на обществени съобщителни мрежи. Според омбудсмана посочените нормативни разпоредби са в противоречие с конституционни норми, а именно чл. 5, ал. 4, чл. 32, ал. 1 и чл. 34 от Конституцията на Република България (КРБ). Във връзка с чл. 5, ал. 4 от КРБ аргументира противоречие с правото на Европейския съюз вследствие обявяването на Директивата за нищожна с решение на Съдът на Европейския съюз от 8.04.2014 г., по съединени дела С-293/12 и С-594/12<sup>2</sup> поради несъответствието ѝ с разпоредбите на чл. 7, чл. 8 и чл. 52, § 1 от Хартата на основните права на Европейския съюз<sup>3</sup>.

## 2. Относно Решение на Съда на Европейския съюз от 8.04.2014 г., по съединени дела С-293/12 и С-594/12 (Решението)

С посоченото решение на СЕС е обявена за недействителна Директивата за запазване на данни. За да стигне до това заключение Съдът приема следното.

Първо, установява, че от съвкупността на посочените в Директивата данни могат да се изведат изключително точни заключения относно личния живот на лицата, чийто данни са били запазвани. В тази насока посочва, че и **самият факт на запазване на подобни данни засяга пряко правото на личен живот на лицата гарантирано от чл. 7 от Хартата, което пък от своя страна представлява обработка на лични данни по смисъла на чл. 8 от Хартата.** Съдът изследва валидността на Директивата с оглед на чл. 7 и чл. 8 от Хартата и установява, че мерките за запазване данни безспорно представляват намеса в тези права. Като анализира чл. 52, пар. 1 от Хартата, съдебният орган намира, че намесата в тези права не е обоснована, поради това, че приетите мерки не отговарят на принципа на пропорционалност, поради което обявява Директивата за невалидна. Основните аргументи, въз основа на които съдът мотивира това решение са:

- а. Макар и запазването на данни да представлява мярка, която безспорно може да постигне целите на Директивата (борба с тежката и организираната престъпност и тероризма), не би могло да се приеме, че тази мярка е необходима, а на още по-силно основание строго необходима. В този смисъл е абзац 52 от Решението: *„Що се отнася до зачитането на личния живот, съгласно постоянната практика на Съда защитата на това основно право изисква във всички случаи дерогациите и ограниченията на защитата на личните данни да се въвеждат в границите на строго необходимото (решение IPI, С-473/12, EU:С:2013:715, точка 39 и цитираната съдебна практика).”*

<sup>1</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0024:bg:HTML>

<sup>2</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=150642&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=BG&cid=391709>

<sup>3</sup> [http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_bg.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_bg.pdf)

- b. Аргументира се в абзац 57, че: „... Директива 2006/24 се прилага общо за всички лица, за всички електронни съобщителни средства, както и за всички данни за трафик, без да въвежда никакво разграничаване, ограничаване или изключение с оглед на целта за борба с тежките престъпления.”
- c. Твърди се още, че **при запазването** и достъпа до информацията не се взима никакво отношение за наличието на престъпление – било то улика, или каквито и да е действия, за които може да се счита, че имат някаква връзка с извършени тежки престъпления.
- d. Не се определя обективен критерий относно това кои органи имат право на достъп до данните, както и материалните и процесуалните условия за достъп на компетентните органи.
- e. Критикува се и периода на съхранение на данните като се излага, че установения в Директивата период не се основава на обективни критерии.
- f. Заклучава се, че Директивата не предвижда ясни и точни правила, които да определят обхвата на намеса в правата по чл. 7 и чл. 8 от Хартата.
- g. Констатира следното: „Директива 2006/24 не предвижда достатъчни гаранции, каквито се изискват от член 8 от Хартата, позволяващи да се осигури ефикасна защита на запазените данни срещу рискове от злоупотреба, както и срещу всякакъв незаконен достъп и незаконно използване на тези данни.”
- h. На последно място установява, че не се регламентира незабавното унищожение на данните в края на периода, както и територията на която следва да бъдат пазени тези данни.

Въз основа на гореизложеното СЕС намира Директивата за невалидна.

### **3. Правна уредба на правото на личен живот**

С разпоредбата на чл. 5, ал. 4 от КРБ е закрепен принципът, че международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната, като те имат предимство пред нормите на вътрешното законодателство, които им противоречат. В настоящия случай се касае за евентуално противоречие на ЗЕС със законодателството на Европейския съюз, а именно Хартата на основните права на европейския съюз (Хартата)(чл. 7, чл. 8 и чл. 52), която е част от Договора за Европейския съюз, както и с Европейската конвенция за защита правата на човека (Конвенцията/ЕКЗПЧ)<sup>4</sup>(чл. 8), ратифицирана от Република България.

Чл. 32, ал. 1 от КРБ прогласява принципа за неприкосновеност на личния живот и забранява всяка форма на незаконна намеса в него. Чл. 34, ал. 1 КРБ от своя страна регламентира основното право на неприкосновеност на личната кореспонденция, а в ал. 2 на чл. 34 КРБ е регламентирана възможност това правило да бъде дерогирано при определени обстоятелства. Наред с това, при

<sup>4</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_BUL.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BUL.pdf)

тълкуване на разпоредбите на нормативните актове следва да се взема предвид и принципът на пропорционалност заложен в чл. 5 от Договора за Европейския съюз. По-конкретно, на изследване подлежи изискването за пропорционалност между въведените в ЗЕС мерки за ограничаване на международно признатите и конституционни права и преследваните с тях цели.

За целите на настоящото становище представяме нормите регламентиращи правото на личен живот и кореспонденция, а именно:

#### **А. Конституцията на Република България:**

Чл. 32. (1) Личният живот на гражданите е неприкосновен. Всеки има право на защита срещу незаконна намеса в личния и семейния му живот и срещу посегателство върху неговата чест, достойнство и добро име.

(2) *Никой не може да бъде следен, фотографиран, филмиран, записван или подлаган на други подобни действия без негово знание или въпреки неговото изрично несъгласие освен в предвидените от закона случаи.*

.....

Чл. 34. (1) Свободата и тайната на кореспонденцията и на другите съобщения са неприкосновени.

(2) *Изключения от това правило се допускат само с разрешение на съдебната власт, когато това се налага за разкриване или предотвратяване на тежки престъпления.*

#### **Б. Хартата на основните права на европейския съюз:**

Чл. 7. Зачитане на личния и семейния живот

Всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговите съобщения.<sup>5</sup>

Чл. 8. Защита на личните данни

1. *Всеки има право на защита на неговите лични данни.*

2. *Тези данни трябва да бъдат обработвани добросъвестно, за точно определени цели и въз основана съгласието на заинтересованото лице или по силата на друго предвидено от закона легитимно основание. Всеки има право на достъп до събраните данни, отнасящи се до него, както и правото да изиска поправянето им.*

3. *Спазването на тези правила подлежи на контрол от независим орган.*

#### **В. Европейската конвенция за защита правата на човека:**

Чл. 8. Право на зачитане на личния и семейния живот

1. Всеки има право на неприкосновеност на личния и семейния си живот, на жилището и на тайната на кореспонденцията.<sup>6</sup>

2. *Намесата на държавните власти в упражняването на това право е недопустима, освен в случаите, 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.*

<sup>5</sup> Оригинален текст на английски: "Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications." -

<sup>6</sup> Оригинален текст на английски: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence." - <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

Гореизложеното има за задача да покаже унифицирания характер и съдържание на правото на личен живот в отделните правни режими. Относно текстовете на Хартата и Конвенцията е видно, че те са идентични. Това се дължи на факта, че Хартата е последващ Конвенцията правен акт, който, в голяма степен реципира уредбата си от Конвенцията. Като се вземе предвид и факта, че многократно СЕС се е позовавал на решения на Европейският съд за правата на човека във връзка с правото на личен живот, то следва да се направи извода, че правото на личен живот уредено в Хартата и Конвенцията има едно и също съдържание. В подкрепа на казаното е и фактът, че английският текст на двете разпоредби е еднакъв. Единствената разлика между двете норми е, че в Хартата е използвана думата „communications”, а пък в Конвенцията „correspondence”. Това обаче се дължи на факта на бързото развитие на обществените отношения и най-вече на бързото развитие на технологиите и новите възможности за комуникация, които възникват. Що се отнася до правото на личен живот съгласно КРБ, то формулировката на Основния закон в чл. 32 е по-различна, но това не означава, че съдържанието му е различно. Неприкосновеността на личния живот защитава същите ценности, както и правото на личен живот съгласно международните договори, поради което следва да приемем, че съдържанието на и понятието право на личен живот по смисъла на КРБ, Хартата и Конвенцията е еднакво и защитава едни и същи ценности. За целите на настоящото становище понятието право на личен живот инкорпорира правата съгласно Конституцията, Хартата и Конвенцията.

Не на последно място следва да изясним взаимовръзката и съотношението между Конвенцията и Хартата. Поначало Хартата представлява международен правен акт, който съчетава основните права и свободи признати на гражданите на територията на ЕС, които поначало са разпръснати в множество документи (в това число и Конвенцията). Хартата има по-широко поле на действие от Конвенцията що се отнася до обема на предоставяните права, а по силата на чл. 6, ал. 1 от Договора за Европейския съюз (ДЕС), има юридическата сила на Договорите за създаване на Европейския съюз и следователно е част от правото на ЕС и съответните държави-членки. По отношение на Конвенцията чл. 6, ал. 2 и ал. 3 от ДЕС установяват, че ЕС се присъединява към ЕКЗПЧ, а основните права гарантирани от нея са част от правото на Съюза в качеството им на общи принципи. В този смисъл следва да отбележим, че правата и свободите, които предоставят Хартата и Конвенцията са част от правото на ЕС, и съответно от правото на отделните държави-членки. Двата правни източника не се конкурират, а се допълват дотолкова доколкото Хартата надгражда правата и свободите, предоставени от Конвенцията и им дава по-широка защита.

### **3.1. Съдържание на правото на личен живот**

Правото на личен живот е изключително обширно правно понятие, което съдържа в себе си значителни по обем права. Нееднократно Съдът на Европейския съюз и Европейският съд за правата на човека са постановявали в решенията си, че „... *правото на личен живот е широко понятие, което не се поддава на изчерпателно определение...*” (така *para. 114, Case T-194/04 The Bavarian Lager Co. Ltd vs Commission of the European Communities; para. 36, Costello-Roberts v. the United Kingdom; Niemietz v. Germany, 16 December 1992,*

*Series A no. 251-B, p. 11, para. 29*). Все пак могат да се изброят някои негови елементи като например: а) правото на защита на личните данни – безспорно то е част от правото на защита на лични живот (*Решение № 11077 от 24.08.2012 г. по адм. д. № 3444/2012 на Върховния административен съд*<sup>7</sup>; в този смисъл вж. the Opinion of Advocate General Leger in *Parliament v Council and Commission*, point 209); б) правото на лична неприкосновеност; в) правото на лична комуникация; г) правото на лична информация и др. В редица съдебни решения ЕСПЧ е намирал, че в съдържанието на правото на личен живот могат да влизат необозрими на брой и разнообразни елементи като: физическата и психическата цялост на човек (вж. *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III, and *Y.F. v. Turkey*, no. 24209/94, § 33, ECHR 2003-IX), данни за пол, име, адрес или сексуалната ориентация на лицето (*Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001 I with further references, and *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, § 57, ECHR 2003 I), информация относно здравето на лицето (*Z v. Finland*, 25 February 1997, § 71, Reports of Judgments and Decisions 1997 I), правото да не бъде заснеман и др. Въпреки изложеното дотук съдилищата приемат, че макар и правото на личен живот да не се поддава на изчерпателно определение и в него да се включва правото на лични данни, то това не означава, че абсолютно всички лични данни попадат в обхвата на правото на личен живот (така *para. 118, Case T-194/04 The Bavarian Lager Co. Ltd vs Commission of the European Communities*).

**В тази връзка СЕС изрично приема в Решението, че данните и информацията, която може да се изведе от тях, събирани по реда на Директивата, (съответно и на ЗЕС), представляват лични данни, а самото им запазване засяга пряко личния живот и представлява обработка на лични данни. За целите на настоящото производство, при разглеждането на правото на личен живот е необходимо да се вземе под внимание взаимовръзката между правото на личен живот и правото на защита на личните данни, които често се преплитат, образувайки едно хомогенно цяло. Същевременно следва да се отчитат спецификите на отделните права (те са ясно разграничени в Хартата – чл. 7 регламентира правото на личен живот, а чл. 8 правото на защита на личните данни; обратното е в чл. 32, ал. 1 КРБ – налице е едно единствено право, а именно правото на личен живот, което инкорпорира и правото на лични данни). В параграф 33 и 34 от Решението Съдът отбелязва следното:**

„33. 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 (в този смисъл решение *Österreichischer Rundfunk* и др., C-465/00, C-138/01 и C-139/01, EU:C:2003:294, точка 75).

34. 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**

<sup>7</sup><http://www.sac.government.bg/court22.nsf/d6397429a99ee2afc225661e00383a86/bbfb9b355da66ffc225751a0053a2e1?OpenDocument>

*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.”*

Нещо повече, доколкото тези данни безспорно представляват лични данни по смисъла на чл. 8 от Хартата и чл. 2, ал. 1 от ЗЗЛД (виж чл. 251 във връзка с § 1, т. 83 от ЗЕС), тяхното съхраняване и обработка следва да съответстват на чл. 8 от Хартата, която е нормативен акт от по-висока степен.

#### **4. Значението на трафичните данни по чл. 250а и чл. 251а от ЗЕС и начините им на използване**

Част от или всички трафични данни се генерират автоматично при осъществяване на обмяна на информация чрез съобщителни мрежи (било то телефонни или за пренос на данни и достъп до интернет). **Закономерността е такава, че без генерирането, кратковременното съхраняване и използване на тези данни или не може да се осъществени самата комуникация (няма да има размяна на съобщения/кореспонденция), или те няма да могат да бъдат тарифирани, а от там и платени.**<sup>8</sup> От тук следва и извода, че при сега използваните технологии трафични данни и данни за местоположението съществуват в обективната действителност и винаги до някаква степен се обработват<sup>9</sup> от доставчиците на електронни съобщителни мрежи и услуги. Именно защото тези данни засягат личния живот на гражданите и неприкосновеността на кореспонденцията съгласно чл. 250, ал. 1, ал. 3 от ЗЕС същите следва да бъдат незабавно изтрети или деперсонифицирани (направени анонимни).

Разпоредбите на чл. 250а-250е, чл. 251 и чл. 251а от ЗЕС предвиждат изключение от този режим и особени правила за обработка на трафичните данни. Този режим се характеризира с необходимостта данните да бъдат запазени от операторите за период от 1 година и да се предоставят при искане и при наличие на съответното съдебно разрешение на изброените в чл. 250б, ал. 1 органи за описаните в чл. 250а, ал. 2 от ЗЕС цели. Целта на този специален режим е да предвиди запазването на данни за случили се в електронния свят събития, за които по принцип не остават или остават изключително малко физически следи.

<sup>8</sup> Класическият пример е набирането от абонат А на телефонния номер на абонат Б, на когото абонат А желае да се обади, на клавиатурата на домашния телефон на А и провеждането на разговор с Б. При извършването на тези действия при доставчика на телефонна услуга на А се подават данни, че от домашния телефонен номер ХХХХХХХ на А, в 10:23 часа на 06.07.2014 г. е иницирано обаждане до номер УУУУУУУ. Обаждането е продължило до 10:27 часа на 06.7.2014 г. Доставчика на телефона услуга на А знае, че номера ХХХХХХХ е на А, неговото им, ЕГН, адреса, на който е инсталирано устройството, което отговаря на номер ХХХХХХХ, както и адреса на А, ако е различен от този на устройството. Същевременно при оператора на Б се подават данни, че към телефон номер УУУУУУУ в 10:23 часа на 06.07.2014 г. е иницирано обаждане от номер ХХХХХХХ и че обаждането е продължило до 10:27 часа на 06.7.2014 г. Операторът на Б знае, че номера УУУУУУУ е на Б, неговото им, ЕГН, адреса, на който е инсталирано устройството, което отговаря на номер УУУУУУУ, както и адреса на Б, ако е различен от този на устройството. Данните за имената, ЕГН и адресите се получават от операторите при сключването на договори със съответните абонати.

<sup>9</sup> Когато става дума за лични данни понятието „обработват“ е събирателно и включва „събиране, записване, организиране, съхраняване, адаптиране или изменение, възстановяване, консултиране, употреба, разкриване чрез предаване, разпространяване, предоставяне, актуализиране или комбиниране, блокиране, заличаване или унищожаване“ на данните – аргумент от § 1, т. 1 от ЗЗЛД

Доколкото едно телефонно обаждане или изпращането на друго електронно съобщение се обективират по коренно различен начин от изпращането на хартиено писмо например, обработването на данните по чл. 250а и чл. 251а от ЗЕС в множество хипотези е единственият начин, по който може да се установи фактът на комуникация между две крайни точки на мрежите, съответно между две лица. Всичко това прави режимът на чл. 250а-250е, чл. 251 и чл. 251а от ЗЕС незаменим от гледна точка на разследването на престъпления при, които по някакъв начин са използвани електронни съобщителни средства.

#### **5. Общо относно противоречието на чл. 250а – чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а от ЗЕС с Конституцията на Република България, международните договори и правото на ЕС**

На първо място трябва да се посочи една съществена разлика между Директивата и правната регулация на правото на запазване на данните по реда на чл. 250а – чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а от ЗЕС, която следва да се вземе предвид при изясняването на въпроса. В т. 2 посочихме решаващите мотиви за обявяването на Директивата за невалидна, но по отношение на ЗЕС повечето от тях не са налице. Това се дължи на обстоятелството, че българският законодател се е възползвал от правото си на преценка във връзка с мерките относно реда за запазване, процедурата за достъп, контрол и периода на запазване на данните. Така българският законодател е предвидил значително по-широка уредба на тези отношения, отколкото Директивата. По-конкретно, но без да се влиза в подробности и изчерпателност, ЗЕС предвижда:

- Лицата, които имат достъп до данните, подлежащи на събиране (чл. 250б ЗЕС);
- Съдебен ред за осъществяване на достъп до данните (чл. 250в ЗЕС);
- Процедурата по отношение на предприятията, предоставящи електронни съобщителни услуги;
- Вида на данните (чл. 251 ЗЕС) и други.

**С оглед на горното не считаме, че самият факт на обявяване на Директивата за невалидна води автоматично и до противоконституционност на разпоредбите на ЗЕС, с които е транспонирана Директивата, поради противоречие с международните договори и правото на ЕС.** В подкрепа на това твърдение е и факта, че никъде в правната уредба на Съюза или на Република България не се съдържат норми, които да задължават държавите-членки да отменят норми, с които е транспонирано европейско законодателство, което впоследствие е било отменено или обявено за невалидно.

Изводът е, че за всяка страна-членка остава правото на избор дали (i) изрично да отмени подобни норми, или (ii) да продължи да ги прилага доколкото те самите не противоречат на правото на ЕС и на останалата част от приложимото национално и международно законодателство, или (iii) да не ги прилага поради противоречие с актове на националното, европейското или международното право с по-голяма сила. И трите хипотези изискват да бъде направена преценка за съответствие на националните норми (в настоящия случай ЗЕС) с националното (Конституцията), международното (Конвенцията) и



европейското законодателство (във вида му след обявяване на директивата за невалидна), включително с оглед на Хартата, Директива 95/46/ЕО<sup>10</sup> и Директива 2002/58/ЕО<sup>11</sup> и т.н.

Тук следва изрично да се подчертае, че преценката за съответствие на националния закон с актовете на международното право, включва както Договора за функциониране на Европейския съюз, така и регламентите, директивите и решенията на европейските институции. В този смисъл е и практика на уважаемия съд, който в Решение № 3 от 21.03.2012 г. по к.д. № 12/2011 г. извежда извода, че: *„Щом международният договор е ратифициран по конституционен ред, обнародван е и влязъл в сила, той има предимство. Предимството е безусловно. Съгласно чл. 5, ал. 4, изр. 2 на Конституцията международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната и имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат. Това се отнася и до всички актове на общностното право, а не само до регламентите (чл. 249, § 2 ДЕО; чл. 288, § 2 ДФЕС). Предимството действа автоматично и не е необходим какъвто и да било специален механизъм за установяване или обявяване.“*

С оглед на гореизложеното, считаме, че в настоящото производство следва да се провери дали чл. 250а – чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а от ЗЕС нарушават чл. 5, ал. 4 от Конституцията поради несъответствие с чл. 7, чл. 8 и чл. 52 от Хартата и с чл. 8 от Конвенцията, както и с чл. 15, ал.1 във връзка с чл. 5 от Директива 2002/58/ЕО, както и с чл. 32 и чл. 34 от Конституцията.

С известни резерви, които ще бъдат изяснени по-долу, намираме за приложимо по отношение на чл. 250а – чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а разрешението на повдигнатите от СЕС в Решението въпроси и подкрепяме в голяма степен мотивите на съда. Едновременно с това ще бъдат посочени и причините, поради които считаме, че по отношение на част от разпоредбите на ЗЕС е налице нарушение на нормите на Конституцията.

#### **6. Критерии за валидност на ЗЕС**

Както вече се изясни по-горе, самото действие по запазване на данните съгласно чл. 250а от ЗЕС представлява намеса в основното право на личен живот, съответно в правото на защита на личните данни, и като такова за да бъде законосъобразно трябва да отговаря на изискванията заложиени в чл. 8, ал. 2 от Хартата и чл. 8, ал. 2 от Конвенцията, както и на чл. 34, ал. 2 и чл. 57 от Конституцията.

С оглед международните договори съгласно чл. 52, пара. 1 от Хартата подобни намеси могат да бъдат оправдани, ако отговарят на определени критерии, а именно: *„Всяко ограничаване на упражняването на правата и свободите, признати от настоящата Харта, трябва да бъде предвидено в*

<sup>10</sup> Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни (ОВ L 281, 23.11.1995, р.31)

<sup>11</sup> Директива 2002/58/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 юли 2002 година относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации (Директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронни комуникации) (ОВ L 201, 31.7.2002, р.37)

закон и да защита основното съдържание на същите права и свободи. При спазване на принципа на пропорционалност ограничения могат да бъдат налагани, само ако са необходими и ако действително отговарят на признати от Съюза цели от общ интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора.”

От тази гледна точка следва да се разглежда и евентуалното нарушение на чл. 32 и чл. 34 от Конституцията. Правото на защита на личните данни е част от правото на личен живот, както се изясни горе, но то не е абсолютно право, поради което може да бъде ограничавано при спазване на принципа на пропорционалност. В този смисъл е и *Решение № 4 от 26.03.2012 г. на КС на РБ по к.д. № 14/2011 г.*<sup>12</sup> **Ето защо, изследвайки въпроса за пропорционалността ще бъде даден едновременно отговор и по отношение на твърдяното от омбудсмана несъответствие с международните договори, както и по отношение на твърдяното нарушение на чл. 32 и чл. 34 от КРБ и международните договори и актовете на ЕС.**

### **7. Критерият пропорционалност**

Принципът на пропорционалност включва следните елементи: той изисква правните актове да са годни да постигнат целите, които преследва въпросната правна уредба (в случая чл. 250а – чл. 250е, чл. 251 и чл. 251а ЗЕС), и да не надхвърлят границите на подходящото и необходимото за постигането на тези цели. С други думи, задават се въпросите дали със запазването на данни по реда на ЗЕС могат да се постигнат целите, които правната уредба преследва и дали, ако това е възможно, тези средства са необходими и не засягат ненужно правото на личен живот на гражданите. По-горе в т. 2.а. отбелязахме, че става въпрос не просто за необходимото, а за строго необходимото поради значителната и обширна намеса в тези значими права.

**7.1.** Данните, които се събират съгласно атакуваните от омбудсмана текстове дават възможност за идентификация на лицата извършили престъпления, за установяване на тяхното местоположение, за изследване на техните обичайни действия и др. Същевременно, обаче не може да се приеме, че запазването на данните, описани в чл. 251а от ЗЕС, е необходимо (строго необходимо) по отношение на практически всички лица в България, в това число – деца (малолетни и непълнолетни граждани), държавни органи, търговци и т.н.

Данните биват събирани посредством най-разпространените и значими електронни съобщителни средства, използвани ежедневно от милиони българи. В съвременното общество неизползването на тези комуникационни средства е немислимо. Тези услуги са иманентно свързани с модерния свят, а ежедневието на всеки гражданин е неизменно свързано с употребата им. Съхраняването на всички тези данни с цел превенцията на престъпления и тероризъм превръща неусетно всички потребители на електронни съобщителни услуги в потенциални заподозрени в престъпление, доколкото всички жители на територията на страната използват въпросните комуникационни средства. Това е в пряко противоречие с презумпцията за невинност призната както на международно ниво (чл. 48 от Хартата; чл. 6, ал. 1 и ал. 2 от Конвенцията; Всеобщата декларация за правата на човека), така и на национално ниво в чл. 31, ал. 3 от КРБ. Чрез тези мерки за

<sup>12</sup> <http://constcourt.bg/contentframe/contentid/655>

запазване на данни се презюмира една „висяща” виновност на всеки един гражданин, по всяко време, без да са налице каквито и да е данни за извършено престъпление или улики в този смисъл. С други думи с оглед трайната практика на Европейския съд за правата на човека (Решенията по делата S и Marper с/у Обединеното кралство; M.K.с/у Франция и т.н.) самият факт на запазване на данните на всички граждани представлява сериозно ограничаване на правото на личен живот на гражданите.

Същевременно следва да се отбележи, че за осигуряване реалното осъществяване на всички конституционно гарантирани права на гражданите е необходимо да съществува достатъчно добре развита правоохранителна система, която да гарантира превенцията на престъпността, както преследване и наказване на нарушителите. За да се постигне този резултат в ерата на електронните съобщения е необходимо органите на реда да разполагат с възможност за събиране и достъпване на информация за вече осъществени съобщения. В много случаи е крайно недостатъчно достъпът до кореспонденцията и разкриването на нейното съдържание и трафични данни да се осъществяват по реда на Закона за специалните разузнавателни средства, защото информацията, която може да бъде събрана по този начин се отнася до съобщения, които ще бъдат осъществени след получаване на съдебното разрешение за прихващане. Ако липсва атакувания от омбудсмана режим няма да има какъвто и да е механизъм, по който органите на реда да установят осъществяването на електронни съобщения преди получаване на съдебното разрешение. Поради факта, че такива съобщения са извършени в електронна среда липсва каквато и да е възможност да се установи тяхното осъществяване, защото единствените следи, които остават за тях са трафичните данни по чл. 250а и чл. 251а от ЗЕС. Това означава, че режимът на ЗЕС е единствената възможност за събиране на информация за факти, които са настъпили в електронната среда и поради това може да се приеме, че същият е необходим и пропорционален с оглед защита на обществения интерес от разкриване на тежки престъпления, на престъпленията по чл. 319а-319е от НК и за издирване на лица.

7.2. На мнение сме, че с мерките по запазване на данни могат да се постигнат целите заложи в ЗЕС, а именно разследването и разкриването на тежки престъпления и престъпления по чл. 319а - 319е от Наказателния кодекс, както и за издирване на лица (чл. 250а ЗЕС). Част от тези цели, обаче, противоречат формално на чл. 34, ал. 2 от Конституцията, който изрично предвижда, че свободата и тайната на кореспонденцията (в това число безспорно влизат и трафичните данни и най-вече информацията с кого и как се комуникира) може да се ограничи само по отношение на тежки престъпления и то след разрешение от съда. Това означава, че :

- доколкото в Конституцията са посочени само „тежки престъпления”, по смисъла на националното законодателство това включва престъпленията по чл. 93, т. 7 от Наказателния кодекс: *„Тежко престъпление” е това, за което по закона е предвидено наказание лишаване от свобода повече от пет години, доживотен затвор или доживотен затвор без замяна*”. Престъпленията по чл. 319а – 319е от НК обаче не са такива, такава не е и издирването на

лица. С оглед разпоредбата на чл. 251а, във връзка с §1, т. 93 от ЗЕС, **информацията кой** (чл. 250а, ал. 1, т.1 от ЗЕС), **с кого** (чл. 250а, ал. 1, т. 2 от ЗЕС), **кога** (чл. 250а, ал. 1, т.3 от ЗЕС), **как** (чл. 250а, ал. 1, т.4 от ЗЕС), **с кое конкретно устройство** (чл. 250а, ал. 1, т.5 от ЗЕС) и **къде точно** (чл. 250а, ал. 1, т.6 от ЗЕС) е комуникирал, безспорно е съществена част от всяка кореспонденцията и като такава попада в обхвата на чл. 34 от Конституцията. В този смисъл, считаме, че ако не целия, то **текстът „и престъпления по чл. 319а - 319е от Наказателния кодекс, както и за издирване на лица”** от чл. 250а, ал. 2 от ЗЕС формално противоречи на чл. 34, ал. 2 от Конституцията и следва да бъде обявен за противоконституционен поне в тази част.

- Доколкото чл. 34, ал. 2 от Конституцията предвижда неприкосновеността на кореспонденцията да се засяга само и единствено с цел разкриването на тежки престъпления, считаме, че право да получат достъп до трафични данни имат само органите, които разполагат правомощия свързани с разкриването на тежки престъпления. В този смисъл органите, посочени в л. 250б и 251 от ЗЕС, които нямат компетенции в областта на наказателното производство не би следвало да имат право на достъп до трафичните данни по ЗЕС. Това означава, че чл. 250б, ал. 1, т. 3 и 4 от ЗЕС следва да бъдат обявени за противоконституционни, защото нито Националната разузнавателна служба, нито службите „Военна информация” и „Военна полиция” към министъра на отбраната имат каквито и да е било компетенции в областта на разкриването на тежки престъпления.
- Същевременно следва да се отбележи, че макар за действията по събиране и запазване на трафичните данни да не се изисква предварително съдебно разрешение, за достъпването им от страна на компетентните органи е предвидено предварително съдебно разрешение. В този смисъл следва да се приеме, че условието на чл. 34, ал. 2 от Конституцията за нарушаване на неприкосновеността кореспонденцията е спазено, още повече, че лицата които могат да получат съдебно разрешение са ясно и изчерпателно изброени в чл. 250б и 251 от ЗЕС. Разбира се възможно е и по-разширително тълкуване на чл. 34, ал. 2 от Конституцията в смисъл, че съдебно разрешение е необходимо и за действията по запазване на трафичните данни, доколкото самото запазване на лични данни се приема от ЕСПЧ за нарушение на правото на неприкосновеност на личния живот и за него е необходимо да са налице достатъчно основания за всеки конкретен случай. В този смисъл са и решенията по делата S и Marper с/у Обединеното кралство; M.K.c/у Франция. Ако разбирането на ЕСПЧ, че доколкото самото запазване на данните ограничава правата по чл. 8 от Конвенцията за него е необходимо специално и нарочно основание бъде споделено, чл. 250а-250е, чл. 251 и чл. 251а от ЗЕС ще трябва да бъдат обявени за

противоконституционни, защото предвиждат запазването на трафични данни за всички лица без изключение. Все пак ни е струва, че подобно разбиране, комбинирано с липсата на друга възможност за установяване на факти, настъпили в електронния свят (виж т. 7.1 по-горе) и относими към тежки престъпления на практика ще навреди сериозно на обществените интереси за разкриване и предотвратяване на такива тежки престъпления.

**7.3.** В т.2 бяха разгледани основните мотиви за приемане на Решението, но по отношение на ЗЕС не всички от тях са релевантни, тъй като правната уредба на ЗЕС регулира по-подробно правоотношенията, свързани с обработването на трафични данни отколкото Директивата.

Повечето от тях се отнасят именно към въпроса дали мерките за защита на трафичните данни (ограничаване на срока за запазване, ограничаване на лицата, които могат да искат достъп до тях, необходимостта от получаване на съдебно разрешение) са достатъчни за осигуряване спазването на принципа на пропорционалност и в частност за ограничаване на възможността за фактическо засягане на правото на личен живот и неприкосновеност на кореспонденцията. Така, най-напред следва да отбележим, че запазването и обработването на данните е автоматичен процес, който може да доведе до тежки последици вследствие на нерегламентиран достъп до тях. Този риск, обаче, е ограничен до обективно възможния минимум, чрез чл. 250а, ал. 6, който препраща към режима на ЗЗЛД, който включва и Наредба № 1 от 30.01.2013 г. за минималното ниво на технически и организационни мерки и допустимия вид защита на личните данни (Наредба № 1). Наредба № 1 същевременно предвижда възможно най-строгите мерки за защита на лични данни, в това число и на трафични данни по отношение на предприятията, предоставящи обществени електронни съобщителни мрежи и услуги с оглед разпоредбата на чл. 13, т.1 от Наредба № 1. Това се отнася и до личните данни на отделните граждани в електронната среда. С други думи може да се приеме, че за разлика от Директивата чрез ал. 6 на чл. 250а от ЗЕС националното законодателство осигурява адекватна защита на данните.

На следващо място, в контраст с Директивата ЗЕС предвижда обективен критерий относно лицата, които имат достъп до тези данни, както и материалните и процесуални условия за достъп. Това е предвидено в чл. 250б и чл. 250в, които изчерпателно посочват субектите, които имат достъп до тези данни и редът за осъществяване на достъп. Определянето на тези правила е безспорно предимство на ЗЕС по отношение на по-точни, ясни и конкретни правила за достъп до личните данни. С оглед на историческото развитие на правото на личен живот следва да се отбележи, че то е имало за цел да предпази отделните граждани именно от държавата, а не да ги предпазва един от друг. Целта е била защита на отделния индивид от репресивния апарат на държавата. Тези данни са изключително мощен инструмент, с който държавата може да упражнява контрол върху гражданите. В този смисъл предвиденият режим на съдебно разрешаване достъпа до данни съхранени от независими от държавата

лица е единственият и възможно най-сигурен начин за защита правата и интересите на гражданите.

**7.4.** В обобщение на гореизложеното считаме, че чл. 250, ал. 2 в частта относно думите: „и престъпления по чл. 319а - 319е от Наказателния кодекс, както и за издирване на лица” и чл. 250б, ал. 1, т. 2 и 3 следва да бъдат обявени за противоконституционни поради противоречие с чл. 32 и чл. 34, ал. 1 от Конституцията, чл. 5 и чл. 4 от Хартата и чл. 8 от Конвенцията във връзка с чл. 4, ал. 1 от Конституцията.

Все пак считаме, че съществуват и сериозни аргументи, за обявяване на целите чл. 250а-250е, чл. 251 и чл. 251а от ЗЕС за противоконституционни поради възможното разбиране, че самият факт на запазване на трафични данни за всички ползватели на електронни съобщителни мрежи и услуги представлява нарушаване на правото на личен живот по смисъла на националното, европейското и международното законодателство. Ако това действително е така е необходимо въпросът за пропорционалността и необходимостта от такова ограничаване на правото на личен живот да бъде преценена с оглед наличието на предвидените в ЗЕС защитни механизми – мерки за сигурност на данните по чл. 250а, ал. 6 от ЗЕС; ограничаване на целите, за които могат да бъдат използвани данните – чл. 250а, ал. 2 от ЗЕС; ограничаване на лицата, които могат да искат достъп до данните – чл. 250б, ал. 1 от ЗЕС; процедурата за достъп и необходимостта от съдебно разрешение за получаване на достъп до данните – чл. 250б и 250в от ЗЕС. По-конкретно следва да се прецени дали те да дават адекватна защита на правото на личен живот, включително на неприкосновеност на кореспонденцията и защита на личните данни на гражданите.

При извършването на тази преценка и най-вече с оглед разкриване на съдържанието на принципа за пропорционалност считаме, че е налице възможност в рамките на настоящото производство да се отправи преюдициално запитване за тълкуване на чл. 7 и 8 от Хартата до Съда на европейския съюз.

### **8. Възможност за отправяне на преюдициално запитване до Съда на европейския съюз**

Чл. 267 от Договора за функциониране на Европейския съюз (ДФЕС) посочва, че юрисдикция на държава-членка може да отправя преюдициални запитвания до СЕС относно валидността и тълкуването на актовете на институциите, органите, службите или агенциите на Съюза. В това число влизат както актовете на първичното право на ЕС, така тези на вторичното.

Относно това кои органи следва да се считат за „юрисдикция” по смисъла на ДФЕС, СЕС в съдебната си практика извежда шест основни критерия, на които трябва да отговаря съответният национален орган, а именно: *„законоустановеният характер на органа, постоянното му естество, задължителността на неговата юрисдикция, състезателността на производството пред него, прилагането от органа на правни норми, както и независимостта му.”*<sup>13</sup> Също така се изисква и следното: *„Съгласно постоянната съдебна практика от член 234 ЕО следва, че националните юрисдикции са оправомощени да сезират Съда само ако пред тях има висящ правен спор и ако трябва да се произнесат в рамките на производство, което*

<sup>13</sup> Решение по дело C-196/09, Miles e.a., т. 37

*следва да завърши с постановяване на решение с правораздавателен характер.*"<sup>14</sup>

Конституционният съд е създаден по силата на КРБ и прилага нейните норми. Съгласно чл. 1, ал. 2 от Закон за Конституционен съд той е независим орган и се ръководи само от разпоредбите на КРБ и ЗКС. КС е постоянен орган и има специфични правомощия (чл. 149 КРБ), които могат да бъдат упражнявани единствено от него. Относно състезателния характер на производството следва да се има предвид, че СЕС в съдебната си практика приема, че този критерий не е абсолютен, следователно не е и задължителен елемент<sup>15</sup>. Поради това този въпрос не е от решаващи значение. Що се отнася до въпроса дали производството по чл. 149, ал. 1, т. 4 е спорно и постановеното решение по него има правораздавателен характер, то отговорът не може да бъде категоричен. В действителност и юриспруденцията се затруднява да даде категоричен отговор на този въпрос (вж. Александър Корнезов, „Преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз”, стр. 76-77; както и Станислав Костов, „Конституционният съд и преюдициалното запитване до Съда на Европейския съюз”, сп. Юридически свят, 2/2012, с. 11-34). Въпреки това следва да приемем, че по искания за противоконституционност на закони е налице състезателното начало поради това, че КС има задължение да покани заинтересованите страни да представят становище по искането. По съществото си това представлява правен спор, който се разрешава от КС, а решението по спора има задължително действие. Ето защо считаме, че КС отговаря на критериите за юрисдикция по смисъла на ДФЕС.

В допълнение към горното моля да вземете предвид и следните съдебни решения, при които държави-членки са отправяли преюдициални запитвания до СЕС чрез съответните си Конституционни съдилища и всички те са били допустими: дело C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* и други срещу *Conseil des ministres*; C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon*; C-73/08, *Bressol e.a.*; съединени дела C-465/00, C-138/01 and C-139/01, *Österreichischer Rundfunk and Others*; C-171/01, *Wählergruppe Gemeinsam*; C-239/07, *Sabatauskas e.a.* и редица други. Това показва, че СЕС счита конституционните съдилища за юрисдикция и допуска отправените от тях преюдициални запитвания.

С оглед на гореизложеното считаме, че Конституционният съд е юрисдикция по смисъла на чл. 267 от ДФЕС, в случаите когато упражнява правомощията си по чл. 149, ал. 1, т. 4, втора хипотеза. Ето защо считаме, че с цел да се изясни правния спор по настоящото конституционно дело е възможно да бъде отправено преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз относно по-прецизното тълкуване на изведеното от него изискване засягането на неприкосновеността на личния живот на гражданите да бъде пропорционално.

#### **Уважаеми конституционни съдии,**

С оглед на гореизложеното считаме, че чл. 250, ал. 2 в частта относно думите: „и престъпления по чл. 319а - 319е от Наказателния кодекс, както и за

<sup>14</sup> Решение по дело C-344/09, *Bengtsson*, т. 18

<sup>15</sup> Решение по дело C-54/96, *Dorsch Consult*, т. 31

издирване на лица” и чл. 250б, ал. 1, т. 2 и 3 следва да бъдат обявени за противоконституционни.

08.07.2014 г.  
гр. София

ПРЕДСЕДАТЕЛ НА ВИСШИЯ  
АДВОКАТСКИ СЪВЕТ:

РАЛИЦА НЕГЕНЦОВА

