

КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

Бх. № 268 КЗ
Дата 21.10.2021

МНЕНИЕ

на проф. д.ю.н. Вихър Кискинов

по покана на Конституционния съд

относно искане за установяване на противоконституционност на
разпоредби от Изборния кодекс

I. Увод

Предмет на анализ тук е чл. 206, ал. 1 от Изборния кодекс предвид професионалната ми специализация и компетентност.

Съвременното право преминава в ново битие на съществуване и действие. Процесът обхваща всички правни отрасли и се изразява в създаване на нови или допълване на съществуващи правни институти, формиране на нови понятия и принципи, представящи действието на правото във виртуалната среда. В последните няколко десетилетия например преходът в изпълнителната и съдебната власт, познат като „електронно правителство/управление“ и „електронно правосъдие“ премина от екзотика към институционална цел. Постепенно, но неотменно възниква *виртуалната правна реалност*, а правните механизми действат в смесена материално-виртуална среда.

Преходът протича:

- без нормативен аналог в цялата правна история. Това обстоятелство изключва буквално възприемане на нормативни решения, проверени чрез столетия и хилядолетия правна реализация. Не може да очакваме например, че класически правни институти ще са буквално и успешно приложими при уреждане на отношения във виртуалната среда;
- в отсъствие на принципи, относими към оригиналните виртуални правни механизми, права и задължения в новата среда;
- без наличие на общи и конкретизирани модели, въз основа на които да се създава нормативна материя и след това да се развиват правоотношения;
- без достатъчно и пълно нормативно обхващане на всички етапи на процедурите във виртуалната среда. В резултат на това се създава

нормативна уредба, съдържаща най-общи изисквания, без наложителната конкретност и изчерпателност на процедури, предназначени за многократно действие във виртуалната среда;

- при липса на методи за нормотворчество във виртуалната среда.

Поради всички тези обстоятелства правната уредба на явленията в новата среда възниква в резултат на многократни опити, проби и грешки, но сега, за разлика от преторските едикти, последиците имат широк обществен обхват и висока цена.

Излагам тези общи констатации, защото те се проявяват и спрямо етапите от цялостния изборен процес, които са преобразувани във виртуални състояния и процедури.

II. Модел

Нормативната уредба на изборния процес и особено в тези нейни части, които се осъществяват чрез електронни средства, следва да бъде създадена въз основа на модел, съобразен както с особеностите на изборителното право¹, така и с качествата на виртуалната среда.

Съдържанието, наличието или отсъствието на тези части, има решаващо значение за подаване, отчитане и обобщаване на гласовете. Тези части всъщност осъществяват принципите на изборителното право в мащаба на съответната изборителна комисия. Ето защо те непременно следва да бъдат законово уредени.

Моделът, представящ виртуалната част на изборния процес, осъществяван в секционните изборителни комисии, следва да съдържа:

¹ **Индивидуалното изборително волеизявление** има своите особености. Самостоятелно взето, отделното волеизявление няма непосредствено действие (както например волеизявление, отправено до държавен орган или волеизявление в електронната търговия). Само сумата от индивидуални изборителни волеизявления определя избора. Сумирането на всички волеизявления е необходима и съществена част от последователността действия, водещи до правен резултат.

1. Логика на обработка

От технологична гледна точка логиката на обработка определя алгоритъма, въз основа на който е създаден изходният код на програмата.

От юридическа гледна точка логиката на обработка изразява нормотворческата воля за развитие на правоотношенията, начините за реализация на права и изпълнение на задължения, както и - в значително по-формална от материалната среда степен – форма и други значими качества на правните последици. Логиката на обработка е абстрактен модел за развитие на конкретните правоотношения.

В обсъжданата материя логиката на обработка определя формата за израз на индивидуалните изборни волеизявления, както и действието на машините при подаване, отчитане, броене и обобщаване на гласовете.

В една своя част например – автоматичното преброяване на гласовете, логиката на обработка следва да бъде предписана от ИК **в подробности**, съотнесима с уредбата на преброяването на хартиените бюлетини – чл.чл. 270-280 ИК.

Когато законодателят по различни съществени причини не е създал нормативна уредба, предписваща логиката на обработка, се изисква обявяването на тази логика от правоприложителя. Това изискване е известно на европейския законодател и се прилага дори спрямо отношения с по-малко значим обществен интерес в сравнение с изборите за национални представителни органи.

Първоначално въведена като средство за защита на личните данни, тази материя преминава и в други правни институти, които са предназначени да предоставят законово уредени права на субектите за контрол върху алгоритмите, определящи действието на електронните системи. Чл. 15, ал. 1, т. „з“ от Регламент 2016/679 постановява, че субектът на данните има право на информация относно използваната логика на обработка на личните му данни. Според § 63 от същия регламент всяко физическо лице следва да има право на достъп до логиката на автоматизираното обработване на личните данни и последици от такова обработване.

Френският Закон за цифрова република² от 2016 г. с чл. 4 въвежда задължение на администрацията за обяснение на решенията си относно

² LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique - <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746/>

физическите лица, когато тези решения са взети въз основа на алгоритмична обработка.

В сходен смисъл са разпоредбите на Закона за електронната търговия (ЗЕТ) и Закона за електронното управление (ЗЕУ). Чл. 8, ал. 1, т. 1 ЗЕТ предвижда доставчикът на услуги предварително да информира получателя по ясен, разбираем и недвусмислен начин относно техническите стъпки по сключването на договора и тяхното правно значение. Чл. 13, ал. 3, т. 1 ЗЕУ задължава доставчикът (административен орган, лицата, осъществяващи публични функции, и организациите, предоставящи обществени услуги) предварително да информира получателя по ясен, разбираем и недвусмислен начин относно техническите стъпки по предоставянето на услугата, тяхното правно значение и срока за предоставянето ѝ. Цитираните разпоредби на ЗЕТ и ЗЕУ водят началото си от Директивата за електронната търговия³, която в чл. 10, т. 1, б. „а“ предвижда предоставяне от доставчика на услуги ясно, разбираемо и недвусмислено информация за различните технически етапи, които трябва да се следват за сключване на договора.

В по-общ план постепенно се формира едно ново право – право на обяснение, основано върху претенции за прозрачност на алгоритмите, регулация на алгоритмите и други подобни.

Идеалният законодател следва подробно да „конструира“ логиката на обработка, в особено важни случаи да опише тази логика чрез законови разпоредби и, ако се налага по-формално и подробно алгоритмично описание, да предвиди публикуване на това описание в общодостъпни източници, например в сайта на ЦИК, чрез общодостъпни и разбираеми описателни средства и в момент, осигуряващ достатъчно време до изборния ден за запознаване на всички заинтересовани субекти с тази логика.

2. Изходен програмен код

Изходният програмен код пресъздава логиката на обработка чрез набор от инструкции на определен език за програмиране. Изходният код е разбираем за специалисти, познаващи достатъчно добре този език.

Изходният код се преобразува в изпълним код чрез автоматичен процес, наречен компилация. Каквито са командите в изходния код, такава ще е поведението на съответния компютър, включително машината за гласуване.

³ Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар.

Ако непременно трябва да се уподоби изходният код с правни явления, то той е конкретен и подробен модел за развитие на правоотношението, включващ възможност за индивидуализация на една от страните и на някои качества на обекта на правоотношението. Изходният код конкретизира предписанията на нормативни и индивидуални юридически актове.

Друга воля. Изходният код следва да пресъздава точно логиката на обработка, предвидена от законодателя. Ако това не бъде сторено, друга воля, а не законодателната, ще определя процедури, отношения и резултати – в нашия случай – от машинното гласуване. Тук именно ясно проличава необходимостта от детайлна законова уредба на отношенията и процедурите при машинното гласуване. Не е достатъчно законодателят да уреди материята само с общи изисквания, защото тяхното спазване и изпълнение се основава върху извънправни заключения, предположения и допускания, които формират дълга верига, чийто контрол не може да бъде осъществен в пълнота с юридически средства. Опасност от подмяна на волята съществува и спрямо изпълнимия код. Този въпрос се разглежда по-долу.

Изходният код трябва да е собственост на държавата.

3. Изпълним код

От технологична гледна точка изпълнимият код е набор от машинни инструкции, създаден чрез компилация на изходния програмен код. Тези инструкции управляват хардуера, машината за гласуване.

От юридическа гледна точка в една „идеална“, перфектна виртуална правна реалност изпълнимият код пресътворява нормотворческата воля, участва съвместно с правни субекти в нормативно уредени процедури, произвежда предвидени правни действия и изобщо няма да е преувеличено да се каже, че изпълнимият код е правото в действие във виртуалната среда.

При машинното гласуване изпълнимият код определя начина на действие на машината при подаване, запазване, отчитане и преброяване на гласовете.

Изпълнимият код следва да е получен чрез компилация на точно определен, проверен изходен код и да е инсталиран във всички машини за гласуване по еднообразен начин.

Следва също да бъде изключена всяка възможност за подмяна на оригиналния изпълним код чрез инсталиране на друг изпълним код върху една или повече гласоподаващи машини.

4. Удостоверение за съответствие

По безспорен начин следва да бъде непрекъснато удостоверявано във всеки един етап от изборната процедура, че съществува съответствие между логиката на обработката, изходния код и изпълнимия код **върху всяка гласоподаваща машина.**

За да бъде гарантирано това съответствие, изпълнимият код трябва да бъде **удостоверен чрез електронния печат на Централната избирателна комисия.** Във всеки момент от действието на машината на екрана ѝ следва да се показва обозначението на електронния печат на ЦИК, за да е сигурно, че в този момент машината се управлява по логика и последователност от действия, определени от законодателя и удостоверени от ЦИК.

Това изискване е *condition sine qua non* за удостоверяване на съответствията, като се има предвид, че при наличие на определени предварително създадени предпоставки е възможно лице с не особено големи компютърни познания да подмени действащия софтуер в машината за гласуване и това да стане за време, съизмеримо с времето за актуализацията на един смартфон.

5. Продължение

Този модел може да бъде продължен и да обхване частите от виртуалната правна реалност, предназначени за:

- предаване по електронен път на резултатите от всяка машина към един централен сървър;
- и особено - обработка, обобщаване и обявяване на резултатите от изборите на национално равнище.

Тези части от модела не са предмет на анализ тук въпреки тяхното съществено значение за цялостния изборен процес.

6. Резултати

Въз основа на общия модел, съдържащ горните части, закрепени посредством законови разпоредби, в случая – Изборния кодекс, следва се да създаде по достатъчно определен и подробен начин един цялостен механизъм на гласоподаване и обобщаване на резултатите, за да може да се приеме, че тези резултати имат валидно правно значение.

Разглежданата материя има съществено значение за резултатите от изборния процес, поради което обсъжданото съответствие не може и не следва да бъде постигнато чрез фикции, презумпции, логически допускания, тълкуване, методически указания, та дори и с ненормативни юридически актове.

III. Несъответствия

Горният общ модел се конкретизира спрямо действащата правна уредба на ИК по следния начин:

1. Логика на обработката

В ИК липсва конкретна уредба на логиката на обработка. Тя е заменена с изисквания, въз основа на които посредством последователност от предположения и умозаклучения може да се формира извод, постигнат не чрез правни процедури, че машините отчитат достоверно индивидуалните изявления и позволяват обобщаване на резултатите и изпращането им до РИК и ЦИК след края на изборния ден.

2. Изходен програмен код

При регламентиране на **електронното дистанционно гласуване** Изборният кодекс в § 145, ал. 14, т. 22 изисква софтуерът на системата да е с публично достъпен изходен код.

При **машинното гласуване** е отстъпено от това изискване. Сега в процеса на удостоверяване на съответствието на доставения тип техническо устройство на определени лица⁴ се предоставя достъп до устройствата, документацията и изходния код по ред, определен от Централната избирателна комисия. Достъпът до изходния код е ограничен във времето, по отношение на лицата и се осъществява по определен ред. Публичен достъп отсъства.

3. Изпълним код

Законът трябва да постави изискване и да уреди механизъм, чрез който да се гарантира, че изпълнимият код е създаден чрез компилация на проверения изходен код и че на всяка машина е инсталиран един и същ изпълним код, че кодът не е заменян с друг код и това е кодът, удостоверен от ЦИК. В следващия раздел се установява доколко са спазени тези съответствия.

4. Удостоверяване

Изходен код. Чл. 213, ал. 2, т. 17 от ИК, като определя изискванията към проектирането, осъществяването и поддържането на машините за гласуване, определя, че тези машини позволяват „одит и проверка от страна на упълномощени органи“.

Чл. 231а, ал. 2, определя субектите, които удостоверяват техническите устройства за машинно гласуване. Държавна агенция "Електронно управление" съвместно с Българския институт за стандартизация и Българския институт по метрология удостоверяват съответствието на доставения тип техническо устройство за машинно гласуване с изискванията по чл. 213, ал. 3.

Как е осъществено удостоверяването в предходните избори?

Същите тези органи публикуват резултатите от удостоверяването в документ, озаглавен „Доклад за оценяване на съответствието на доставения

⁴ Тези лица са изброени в ИК, чл. 231а, ал. 3 - лицата, участващи в удостоверяването - Държавна агенция "Електронно управление". Българския институт за стандартизация и Българския институт по метрология, включително представители на партиите, коалициите и инициативните комитети, регистрирани за участие в изборите, на български неправителствени организации, които са регистрирали наблюдатели за съответния вид избор, и на Българската академия на науките.

тип техническо устройство за машинно гласуване с изискванията по чл. 213, ал. 3 от Изборния кодекс и изискванията на Техническата спецификация по обществена поръчка № 4312-2020-0001⁵

В т. 4.3., която е част от раздела „Проверка на софтуерната реализация“, се констатира, че е направено „Проучване на изходния код на платформата на приложната информационна система и приложението на приложната информационна система с цел анализиране за наличие на зависимости в програмния код.“

При липса на законово изискване за проверка на логиката на обработка, за проверка на съответствието между логиката на обработка и изходния код, както и при липсата на законово изискване за проверка на целия изходен код, обхватът и резултатът са предопределени не от закона. Проучването е обхванало „преглед на ключови фрагменти от изходния код“ като „В прегледаните фрагменти и проследените процеси не са открити технически уязвимости, зависимости и/или аномално поведение.“

Във всички случаи проучването на изходния код не е изчерпателно, което дори се декларира в разглеждания доклад – разгледани са „ключови фрагменти от изходния код“.

Изпълним код във всяка машина. Не е достатъчно удостоверяване на съответствието между логиката на обработка, изходния и изпълнимия код да бъде извършено върху две машини, както е направено в предходните избори. Наложително е *всички машини* да бъдат управлявани от удостоверения изпълним код и това обстоятелство да е проверимо във всеки един момент при извършване на всяко правно значимо действие от всяка една машина.

Както беше изтъкнато в контекста на идеалния модел, следва да бъде изключена всяка възможност за подмяна на оригиналния изпълним код чрез инсталиране на друг изпълним код върху една или повече гласоподаващи машини. Чл. 218, ал. 7 ИК само изтъква наличието на този проблем, без да осигурява както юридически, така и технологични гаранции за неговото недопускане и механизми за преодоляване. Всъщност добре е да се помни в този контекст, че законът не кредитира с доверие, не признава правното значение на нито едно друго удостоверяващо средство във виртуалната среда, освен квалифициран електронен печат или подпис, а в случая това е

⁵ Докладът е публикуван в сайта на Държавната агенция „Електронно управление“ и е достъпен [тук](#). Документът носи дата „30.03.2021г. гр. София“

електронният печат на ЦИК, удостоверяващ източника на изпълнимия код върху всяка машина.

Когато урежда **електронното дистанционно гласуване** в § 145, ал. 14 от ИК изисква всеки един от компонентите да бъде електронно подписан от Централната избирателна комисия. В действащата уредба на машинното гласуване подобно изискване не съществува.

5. Други

Извън контрол. Поради липса на цялостен нормативен модел на въведеното машинно гласуване и по-специално при липса на гаранции за съответствие на изпълнимия програмен код в конкретна гласоподаваща машина с удостоверените логика на обработка, изходен и програмен код, не са изключени манипулации върху машините във време, когато те са извън контрола на изборната администрация.

Софтуерът може да съдържа части, които манипулират отчитането и броенето на гласовете. Тези опасения не са напразни, като се има предвид, че подобни явления са констатирани в редица анализи, включително на Европейския парламент, с аналогични гласоподаващи машини при избори в други държави⁶. Редица източници поставят въпроси пред машинното гласуване, включително с точно определени марки машини⁷.

Като определя изискванията към електронната система за машинно гласуване, чл. 213, ал. 2, т. 5 ИК поставя изискване към електронната система да не допуска манипулиране на гласовете, както и всяко друго нерегламентирано влияние върху изборния процес. В действащия ИК за предстоящите парламентарни избори няма предвидени законови механизми за осъществяване на това изискване. Дори фактическите действия, т.нар. „одит“ на две машини в предходните парламентарни избори не може да изпълни горното законово изискване.

Преброяване на гласовете. Сега действащата уредба предвижда преброяването на гласовете да се осъществява машинно посредством изпълним код, неустоверен от ЦИК. Контролните разписки, отпечатани

⁶ Digital technology in elections Efficiency versus credibility? European Parliament, 2018, p. 4-5.

⁷ Вж. https://en.wikipedia.org/wiki/Electoral_fraud

от системата – чл. 212, ал. 4, не се броят. Няма законово изискване за това. СИК няма законово задължение да проверява резултатите от сбируването на гласовете от машината.

Не намирам рационална причина за това законодателно мълчание. Твърде дълга е веригата на извънправни допускания за достоверността на преброяването при липсата на законово уредена логика на обработка и съответствието ѝ с изходния и изпълнимия код.

ИК не предвижда процедура, чрез която да се гарантира и проверява, че всеки глас се съхранява и преброява само веднъж, въпреки че в чл. 213, ал. 2, т. 9 е установено такова изискване. В сравнение, при уреждане на електронното гласуване § 145, ал. 14, т. 25 изисква от системата да позволява независимо преброяване на гласовете. Преброяването на контролните разписки не е уредено при определяне на условията и редът за провеждане на машинното гласуване с акт на ЦИК⁸.

При сегашната уредба на машинно гласуване може фактически да бъде търсено съответствие между обобщените резултати от машината и контролните разписки, но контролът ще е инцидентен, ad hoc и неуреден в нормативен или индивидуален юридически акт.

Стриктното разглеждане на условията за практическо осъществяване на горния контрол също поставя въпроси. След като непосредствено след приключване на изборния ден не се съпоставят контролните разписки с данните от протокола от машинното гласуване и съдържанието на записващото техническо устройство, не са изключени разнообразни манипулации с резултатите от машинното гласуване до един следващ възможен момент на съпоставяне на данните от горните носители.

Това състояние е пряка последица от нормативната уредба, неадекватна на оригиналните изисквания на виртуалната среда.

Диспропорции. Изборният кодекс е създаден с презумпция за преобладаващо хартиено гласуване. Подробно са уредени условията и процедурите на хартиеното гласуване и преброяване на хартиените

⁸ Вж. Приложение към Решение № 19-НС от 15 май 2021 г. определящо условията и редът за провеждане на машинно гласуване, т. 8-10, където би следвало да е систематичното място на едно подобно изискване.

бюлетини. Машинното гласуване, първоначално уредено като допълнително, е регламентирано значително по-пестеливо.

Последните изменения на кодекса променят съотношението между двата начина на гласуване. Хартиеното гласуване, въпреки че изпада в положение на изключение, остава уредено много по-подробно в сравнение с машинно гласуване. Въпреки промяната в пропорциите, нормативната уредба урежда преобладаващо хартиеното гласуване. Излиза, че ИК урежда много по-подробно изключението – гласоподаване чрез материални носители, отколкото прогласената задължителна новост – гласоподаване чрез електронни средства.

Верига на взаимодействията. Ако машинното гласуване бъде разгледано в общия контекст на цялостната изборна процедура, неудовлетворително е предписаното взаимодействие между съществени етапи в изборния процес.

Правното действие преминава последователно: от материална среда на удостоверяване на самоличност на гласоподавателя – във виртуална среда на гласоподаване – през материална и виртуална среда на запазване на резултатите – към материално-виртуална среда на отчитане на резултатите – след което в материална среда на комуникация при предаване на резултатите и отчитането им в РИК – материално-виртуална среда на предаване и обобщена обработка в ЦИК – материално-виртуална среда на обявяване на резултатите.

Всеки един от тези преходи крие рискове и следва да бъде дискутиран в детайли, мислено проектиран и подробно уреден от закона.

IV. Изводи

Уредбата на машинното гласуване в настоящия ѝ вид е несистематична, непълна и не се основава върху цялостен модел.

При нововъведения обхват на машинно гласуване посредством чл. 206, ал. 1 от Изборния кодекс и при посочените по-горе несъответствия, намирам, че действащата уредба на машинното гласуване в Изборния кодекс не предоставя достатъчно законови гаранции за провеждане на парламентарни избори при спазване принципите на избирателното право, прогласени в Конституцията на Република България.

Съвременното право няма алтернатива в глобалния си преход във виртуалната среда. Този преход обаче не трябва да е самоцел и следва да се осъществява въз основа на конкретни нормативни модели и при спазване на основни правни принципи.

Както в материалната среда досега, така и във виртуалната среда все повече занапред, държавата функционира въз основа на закона, който изразява законодателната воля. Върху същата основа следва да се създава и действа виртуалната правна реалност. Това е съвременният израз на върховенството на правото и на принципа за правовата държава.

В частността на избирателните процедури горните общи твърдения означават неминуем преход на традиционните материално-базирани избирателни производства към производства, протичащи във виртуалната среда. Но този преход следва да се осъществява при спазване на принципите на избирателното право и резултати, които се ползват с обществено доверие.

19.06.2021 г.

проф.д.ю.н. Вихър Кискинов