



Изх.№ 17/07.07.2014

ДО КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД НА РЕПУБЛИКА  
БЪЛГАРИЯ  
КОНСТИТУЦИОННО ДЕЛО № 8/2014 Г.

## СТАНОВИЩЕ

от

Фондация „Програма Достъп до Информация”  
представявана от изпълнителния директор  
Гергана Делова Жулева

Уважаеми Конституционни съдии,

По искане на омбудсмана на Република България, отправено до Конституционния съд в съответствие с правомощията му по чл.150, ал.3 от Конституцията на Република България, е образувано производство по чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията. Искането е за установяване на противоконституционност на разпоредбите на чл.250а – чл.250е, чл.251 и чл.251а от Закона за електронните съобщения (ЗЕС), обн. ДВ бр.41 от 2007г., последно изм. ДВ бр.11 от 2014 г.

В искането на омбудсмана се поддържа, че оспорените разпоредби са въведени със Закон за изменение и допълнение на ЗЕС, обн.ДВ бр.2010 г., с който е транспонирана в българското законодателство Директива 2006/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 15.03.2006 г. 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. С въведените разпоредби се задължават доставчиците на обществени електронни съобщителни мрежи или услуги да съхраняват всички данни, създадени или обработени в процеса на тяхната дейност, отнасящи се до трафика на съобщенията, като се уреждат и редът и условията на достъп до тези данни и органите, които имат право на достъп до тях. Целта на съхраняването на данните е разкриване и разследване на престъпления, а срокът на съхранението е определен в закона.

Според становището на омбудсмана, оспорените текстове противоречат на чл.5, ал.4, чл.32, ал.1 и чл.34 от Конституцията на Република България. Посочва се и решение от 08.04.2014 г. на Съда на Европейския съюз, разширен състав, по съединени дела С-293/12 и С-594/12, с което цитираната Директива 2006/24/ЕО е обявена за нищожна поради несъответствието ѝ с чл.7, чл.8 и чл.52, § 1 от Хартата на основните права на Европейския съюз. Според омбудсмана, съхраняването на трафичните данни и тяхното използване, макар и за общественооправдана цел, представлява намеса в личния живот на лицата и нарушение на конституционно защитената неприкосновеност на свободата и тайната на тяхната кореспонденция.

По така поставените въпроси изразяваме следното становище:



*1. Разбиране на правото на неприкосновеност на личния живот, личните данни и кореспонденцията, гарантирани от Конституцията, съгласно практиката на Конституционния съд*

1. Смятаме, че посочените от омбудсмана разпоредби от ЗЕС попадат в обхвата на разпоредбите на чл.32, ал.1 и ал.2 и чл.34 на Конституцията. С първата от тях е гарантирано правото на лична неприкосновеност, с втората – право на лична информационна неприкосновеност, включваща в себе си и т.нар. защита на личните данни, а с третата е гарантирана неприкосновеността на кореспонденцията. В своята практика, Конституционният съд е изразил следното разбиране по отношение на разпоредбата на чл.32 от Конституцията:

*В Преамбюла на Конституцията достойнството на личността е издигнато във върховен принцип. То според конституционните разпоредби - [чл. 4, ал. 2](#) и [чл. 32, ал. 1](#) се гарантира от държавата и всеки има право на защита срещу посегателствата, които го накърняват.*

*Достойнството като присъщо на човешката личност, от което произтичат равните и неотменими права на всички членове на човешкото общество, е признато и в Преамбюла на Всеобщата декларация за правата на човека и на международни договори, по които България е страна - Международния пакт за икономическите, социалните и културните права и Международния пакт за гражданските и политическите права. Тези международни договори задължават държавите - страни по пакта (чл. 2), да гарантират и да осигуряват упражняването на съответно признатите права. (РКС № 20 от 14 юли 1998 г. по к.д. № 16 от 1998 г.)*

*Абсолютно правило в съвременното конституционно право на правовите държави е, че когато държавата приема организационни закони като процесния, тя е длъжна да се съобрази с приоритета на основните човешки права. Законодателният орган не разполага с правото да нарушава основни конституционни права дори на отделни лица при приемането на такива закони.*

*Тя е длъжна да положи най-голяма грижа, за да осигури защитата на конституционните права на гражданите, които се ползват с безусловен приоритет. (РКС № 10 от 22 септември 1997 г. по к.д. № 14 от 1997 г.)*

*Посочените две основни права в случая [едното е правото по чл.32 от КРБ – бел.наша] са в колизия, но тъй като не са абсолютни, те могат да бъдат ограничавани при спазване на принципа на пропорционалността. (РКС № 4 от 26 март 2012 г. по к.д. № 14 от 2011 г.)*

От практиката на Конституционния съд следва разбирането, че правата по чл.32, ал.1 и ал.2 се свързват с достойнството на човешката личност като върховен принцип, заложен в Преамбюла на Конституцията, както и в Преамбюла на Всеобщата декларация за правата на човека и в международните договори относно основните права на човека. При приемане на закони, които ограничават упражняването на тези права, законодателят не разполага с правото да нарушава основни конституционни права на гражданите. Когато се регламентира по законодателен път такова ограничение, то трябва да съответства на принципа на пропорционалността.

Смятаме също, че от принципите на международното право и от практиката на Конституционния съд се извежда правилото, че ограничаването на основни права е изключение от принцип и подлежи на стриктно и стеснително тълкуване и прилагане (срв. *mutatis mutandis* РКС № 7 от 4 юни 1996 г. по к.д. № 1 от 1996 г.). Следователно ограничаването на основни права може да става единствено при съответствие с принципа на пропорционалността, но когато правото по чл.32 от КРБ не е в колизия с



друго основно право, а със защитен обществен интерес, какъвто е например интересът от ефективно противодействие на престъпността, тогава правото подлежи на разширително тълкуване, а ограничението му – на стеснително тълкуване.

2. Смятаме също така, че с оглед разбирането на Конституционния съд относно характера на правото по чл.34 от Конституцията, оспорените разпоредби от ЗЕС подлежат на преценка и за съответствие с тази разпоредба. Конституционният съд приема:

*Частната сфера на индивида и публичната сфера на обществото не са абсолютно независими, а принципът за господството на правото предполага, че държавата чрез правното регулиране следва да защити и балансира всяка индивидуална свобода, която не трябва да се използва против свободата и сигурността на другите граждани и публичните интереси в гражданското общество. Разбира се, необходимостта от баланс при защитата на свободата на всички правни субекти и сигурността на обществото не обуславя възможността от въвеждане на произволни ограничения на неприкосновеността на кореспонденцията от страна на учредените власти. Ето защо още във втората алинея на същия конституционен текст учредителната власт формулира цел и установява процедура, когато пределите на свободата на кореспонденцията могат да бъдат стеснявани в условията на нормалното развитие на демократичното общество. Според разпоредбата на [чл. 34, ал. 2](#) единствено когато информацията в кореспонденцията може да осуети разкриване или да доведе до извършване на тежки престъпления и само след като е дадено разрешение от съдебната власт, е възможно да бъде разкривана тайната на кореспонденцията. Заслужава да се отбележи, че изключение от това правило [Конституцията](#) допуска още при един случай на ограничаване на това основно човешко право, но единствено в условията на конституционната патология, когато извънредните мерки са необходими за запазването на конституционната демокрация. То произтича от обстоятелството, че създателите на [Конституцията](#) не са предвидили свободата и тайната на кореспонденцията сред основните права, които при никакви условия не биха могли да бъдат дерогирани ([чл. 57, ал. 3](#)). *Per argumentum a contrario* при обявяване на война или друго извънредно положение със закон може временно да бъде ограничено упражняването на правото по [чл. 34, ал. 1 от Конституцията](#). . (РКС № 4 от 18 април 2006 г. по к.д. № 11 от 2005 г.)*

*...Не може да послужи като аргумент за конституционособразното участие на съдия в досъдебната фаза на един наказателен процес за събиране на гласни доказателства и примерът с участието на съдия в други способи за събиране на доказателства - претърсване и изземване, обиск, задържане и изземване на кореспонденция. Последните са следствени действия, които грубо навлизат в личната сфера на гражданина, която се ползва с висока конституционна защита - правото на лична свобода и неприкосновеност по чл. 30, ал. 1 от Конституцията, гарантирано със забраните по [чл. 30, ал. 2](#) от Конституцията, и правото на свобода и тайна на кореспонденцията по [чл. 34, ал. 1](#) от Конституцията и допустимите негови ограничения, очертани в алинея втора на същата разпоредба. Разрешението на съда за извършване на тези следствени действия е продиктувано от конституционната защита на засегнатите основни човешки права, докато при разпита на свидетел или обвиняем в досъдебното производство не се засягат основни човешки права (РКС № 7 от 16 декември 2004 г. по к.д. №6 от 2004 г.)*



От изложеното следва разбирането на Конституционния съд, че неприкосновеността на кореспонденцията, която се защитава с чл.34 от Конституцията, е част от правото на лична свобода и неприкосновеност. Намесата в тази сфера се обуславя с висока степен на защита и гаранции срещу злоупотреби. Поради това в случаи на такъв вид намеса е необходимо във всеки конкретен случай преценката за допустимост на намесата да бъде извършвана от съд.

*II. Разбиране на защитата на личния живот и кореспонденцията съгласно Европейската конвенция за правата на човека*

3. С чл.8 от Европейската конвенция за правата на човека е защитена личната неприкосновеност и кореспонденцията, а съгласно практиката на Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ) – и личните данни. Според чл.8 § 2 от тази разпоредба, ограничаване на тези права е допустимо само когато е налице закон, единствено за защитата на предвидените в Конвенцията права и законни интереси и при спазването на принципа за „необходимост в демократичното общество”.

В решение на ЕСПЧ по делото *Асоциация за Европейска интеграция и права на човека и Екимджиев с/у България*<sup>1</sup> е установено нарушение на чл.8 от Конвенцията поради наличието на система за наблюдение (установена с националния Закон за специалните разузнавателни средства), която не съдържа необходимите съгласно тази разпоредба гаранции. Според решението, един такъв национален закон, който допуска намеса в правото по чл.8 от ЕКПЧ чрез тайно следене, следва да съдържа като минимални гаранции да съдържа ясни разпоредби относно:<sup>2</sup>

- естеството на престъпленията, които могат да дадат повод за издаване на разпореждане за прихващане на информация;
- определение на категориите лица, които подлежат на контрол на тяхната кореспонденция;
- ограничение на продължителността на това наблюдение;
- процедурата за разглеждане, използване и съхраняване на получените данни, която трябва да бъде следвана;
- предпазните мерки, които трябва да бъдат взети при съобщаване на данните на други страни;
- обстоятелствата, при които получените данни могат или трябва да бъдат заличени или записите унищожени;

Освен това, във връзка с мерките за тайно наблюдение от публичните власти, поради липсата на публичен контрол и риска от злоупотреба с власт, националното законодателство трябва да предвиди някаква защита срещу произволна намеса, водеща до нарушение на правата по чл. 8 ЕКПЧ. В тази връзка цялостният контрол по прилагането на такъв закон не може да бъде възложен на орган на изпълнителната власт, която го прилага.<sup>3</sup> В тази връзка не може на такъв орган да бъде възложено и да решава по свое усмотрение какво да бъде направено със събрани данни, които попадат извън обсега на искането за използване на СРС.<sup>4</sup> Недопустимо съгласно чл.8 от

<sup>1</sup> Решение от 28 юни 2007 г., окончателно от 30 януари 2008 г.

<sup>2</sup> Ibidem, para.76.

<sup>3</sup> Ibidem, para.87.

<sup>4</sup> Ibidem, para. 89.



Конвенцията е лицата, подложени на тайно наблюдение, да не бъдат уведомявани за този факт по никое време и при никакви обстоятелства.<sup>5</sup>

В решението си по делото Марпър с/у Обединеното кралство<sup>6</sup> ЕСПЧ установява нарушение поради обстоятелството, че полицията съхранява база с данни от полицейска регистрация (ДНК, дактилоскопия), без да разграничава видовете престъпления и да определя време за съхранение в отделните групи случаи.

Изразяваме становището, че в цитираната практика е изразено едно общоевропейско разбиране и тълкуване на основни разпоредби на международното право, с които се гарантира личната неприкосновеност и защитата на личните данни на хората. В този смисъл и с оглед предметния обхват на чл.32, ал.1 и ал.2 от Конституцията, смятаме, че същото разбиране и тълкуване е относимо и валидно и по отношение на изискванията на конституционната норма. Българската Конституция е изцяло в съответствие с международното право относно основните права на човека и с ценностите, на които е основан Съветът на Европа, в който България членува от 1992 г. и на Европейската конвенция за правата на човека, която е част от националното законодателство. Затова при допустимото ограничаване на гарантираното с чл.32 от Конституцията право, законът, който допуска намеса в това право съгласно ал.2 на тази разпоредба, следва да подлежи на преценка за конституционосъобразност пред Конституционния съд съобразно същите критерии и изисквания, които бяха изложени по-горе.

### *III. Разбиране на защитата на личния живот и кореспонденцията съгласно законодателството на Европейския съюз*

4. Разбира се, доколкото в Договора за Европейски съюз (от Лисабон) има изрично препращане към Европейската конвенция за правата на човека, същата е приложима и по отношение на законодателството на Европейския съюз (ЕС) и основа за неговото тълкуване и прилагане в сферата на основните права на човека. Съгласно чл.7 от Хартата за основните права на Европейския съюз (Хартата), личната неприкосновеност на всеки е гарантирана. Съгласно чл.8 от Хартата се гарантира правото на защита на личните данни.

Същевременно по отношение на приетата през 2006 г. Директива 2006/24/ЕО (Директивата) следва да бъдат припомнени следните обстоятелства:

С приемането на Директива 2006/24/ЕО в редица държави членки на ЕС бяха констатирани проблеми, свързани със запазването, достъпа и използването на трафични данни, както и с липсата на информация и гаранции за защита на основните права. Бяха констатирани проблеми в частност при въвеждането в националните законодателства на Директива 2006/24/ЕО 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 бе възприета като проблематична спрямо правата на гражданите от самото начало, като Ирландия атакува законосъобразността ѝ пред Съда на Европейския съюз. В Румъния националният закон, който предвиждаше пряк достъп на държавни органи

<sup>5</sup> Ibidem, para.90, решение от 16 октомври 2012 г. по делото Нацев с/у България и решение от 23 октомври 2013 г. по делото Хаджиев с/у България.

<sup>6</sup> Решение на Голямата камера на ЕСПЧ от 4 декември 2008 г.



до съхраняваните трафични данни, бе обявен за противоконституционен от Конституционния съд. Националният закон, въвеждащ Директивата, бе обявен частично за противоконституционен и от федералния Конституционния съд на Германия. В България бе отменен от Върховния административен съд през 2008 г. чл.5 от Наредба № 40/2008 г., с която бе въведена Директивата. Проблеми, произтичащи от националния законов режим за достъп до трафични данни, се споделят и в Унгария (Hungarian Civil Liberties Union), Обединеното кралство (Statewatch), Сърбия (неправителствени организации). С решение от 08.04.2014 г. на Съда на Европейския съюз, разширен състав, по съединени дела C-293/12 и C-594/12, Директивата бе обявена за несъответна на правото на ЕС.<sup>7</sup>

5. Пред Съда на ЕС (СЕС) са поставени преюдициални въпроси, свързани със съответствието на Директива 2006/24/ЕО с правото на зачитане на личния живот, установено с чл.7 от Хартата и чл.8 от ЕКПЧ, правото на защита на личните данни, установено с чл.8 от Хартата и др. разпоредби. В решението си СЕС се придържа към постоянната си практика, съгласно която „принципът на пропорционалност изисква актовете на институциите на Съюза да са годни да постигнат легитимните цели, следвани от разглежданата правна уредба, и да не надхвърлят границите на подходящото и необходимото за постигането на тези цели. С оглед нарастващото значение на електронните съобщителни средства и възможността за разкриване на тежки престъпления, целта на Директивата е приета за допустима от СЕС.

Според СЕС, макар да има за цел да допринесе в борбата с тежката престъпност, Директивата не изисква никаква връзка между данните, които се предвижда да бъдат запазени, и наличието на заплаха за обществената сигурност. Предвиденото в нея съхранение не е насочено само към данни, отнасящи се за определен период от време и/или за определена географска зона, и/или за кръг от определени лица, които е възможно по един или друг начин да са участвали в тежко престъпление, нито само към лица, които поради други съображения биха могли да допринесат чрез запазване на данните им за предотвратяването, разкриването или преследването на тежки престъпления.

Към изложеното се добавя фактът, че Директива 2006/24 не предвижда никакъв обективен критерий, позволяващ да се ограничи достъпът на компетентните национални органи до данните и тяхното последващо използване за целите на предотвратяването, разкриването или преследването на престъпления, които, с оглед на широтата и тежестта на намесата в основните права по членове 7 и 8 от Хартата, да могат да се считат за достатъчно тежки, че да обосновават подобна намеса. Обратно, чл. 1, параграф 1 от Директива 2006/24/ЕО съдържа единствено общо препращане към понятието „тежки престъпления”, както са определени в националното право на всяка държава членка.

Относно периода на съхранение на данните, чл. 6 от Директива 2006/24/ЕО изисква запазването им за период не по-кратък от шест месеца, без да се прави каквато и да било разлика между категориите данни, изброени в чл. 5 от директивата с оглед

---

<sup>7</sup> Незабавно след постановяването на това решение отделните държави членки на ЕС предприеха действия по отмяна или изпълнение на националните закони. Министърът на правосъдието на Дания е взела решение за неприлагане на разпоредбите от националния закон относно запазване на трафични данни. В Румъния, според получени от нас данни, е образувано конституционно дело. В Германия ред за запазване на трафични данни не се прилага от обявяването на националния закон за противоконституционен с решение на Федералния конституционен съд.



евентуалната им полза за преследваната цел или според категориите засегнати лица. Поради това СЕС приема, че Директива 2006/24/ЕО не предвижда ясни и точни правила, определящи обхвата на намеса в основните права, закрепени в членове 7 и 8 от Хартата.

*IV. Обществен дебат и правни действия в България, свързани със защитата на личния живот и кореспонденцията при запазването на трафични данни*

6. През януари 2008 г. министърът на вътрешните работи и председателят на Държавната агенция за информационни технологии и съобщения издадоха съвместно Наредба № 40/ 2008 г. за категориите данни и реда, по който се съхраняват и предоставят от предприятията, предоставящи обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги, за нуждите на националната сигурност и за разкриване на престъпления, чрез която бе установен способ за перманентен технически достъп от страна на дирекция в Министерството на вътрешните работи /МВР/ до данни за трафика на данни, свързани с електронните съобщения чрез мобилни телефони и интернет. Достъп до същата информация при поискване, без съдебно или друго подобно разрешение, получиха и органите на досъдебното производство и службите за сигурност. Според информация, изнесена от председателя на правната комисия в парламента, до декември 2008 г. от страна на МВР са били направени 300.000 разпечатки на комуникациите на 40.000 души. С решение на Върховния административен съд (ВАС) от 12 декември 2008 г. нормата, установяваща пряк достъп до цитираните данни, бе отменена.<sup>8</sup> В решението ВАС излага *inter alia* мотиви, че правните норми следва да въвеждат „**разбираеми и ясно формулирани основания както за достъпа до данни от личния живот на гражданите, така и за процедурата за тяхното получаване**”. ВАС излага още следните мотиви:

*„Върховният административен съд счита, че текстът на чл. 5 от Наредба № 40/2008 г. противоречи на разпоредбата на чл. 8 от ЕКПЧ, според която всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговата кореспонденция, а намесата на държавните власти в ползването на това право е недопустима. Изключение от този принцип е формулиран в чл. 8 § 2 от Конвенцията при изчерпателно изброени хипотези: "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". Националните правни норми следва да съблюдават това правило и да въвеждат разбираеми и ясно формулирани основания, както за достъпа до данни от личния живот на гражданите, така и за процедурата за тяхното получаване. Всяко ограничаване правото на личния живот следва да бъде очертано с норми, даващи достатъчни гаранции срещу злоупотреба с правомощията на отделни органи и служби за достъп до данни, свързани с личния живот на гражданите.”*

7. Впоследствие, въпреки силния натиск от страна на МВР за връщане на режима на пряк достъп, законодателно бе приет режим на достъп до данните след съдебно разрешение чрез изменение и допълнение на Закона за електронните

<sup>8</sup> Решение № 13627 от 11 декември 2008 г., по адм. д. № 11799/2008 г., обн. ДВ, бр. 108 от 2008 г.

Върховния административен съд, петчленен състав. Делото бе образувано по жалба на Фондация «Програма Достъп до Информация».



съобщения /ЗЕС/. През 2010 г. обаче чрез нови изменения и допълнения в ЗЕС бе създаден нов ред,<sup>9</sup> който позволява по-широк достъп, при по-нисък стандарт на защита и гарантиране на правата на хората. Доказателство за това е фактът, че според официалния доклад на компетентната парламентарна подкомисия, за периода от 1 януари до 9 май 2010 г., когато действа предходният режим на достъп по ЗЕС, броят на разрешенията е 2.760, докато за периода от 10 май 2010 г., когато влизат в сила последните изменения в ЗЕС, до 31 декември 2010 г. броят им е 18.845. Част от измененията в закона създават възможност за заобикаляне на изискването за съдебни разрешения за достъп до трафични данни, което обстоятелство, съчетано с тълкуване на закона именно в този смисъл от главния прокурор през лятото на 2010 г. води до явна тенденция към заобикаляне на режима на съдебните разрешения. Според официалния доклад на компетентната парламентарна подкомисия, за 2011 г. в 58.702 случая достъп до данни по ЗЕС е предоставен по реда на Наказателнопроцесуалния кодекс (без съдебно разрешение), а по реда на чл.250б, ал.1 от ЗЕС е предоставен едва в 15.350 случая (със съдебно разрешение). Броят на разрешенията за достъп до данни по ЗЕС главоломно расте – от общо 20.605 разрешения през 2010 г., числото се увеличава на общо 74.052 през 2011 г., т.е. броят нараства повече от три пъти. За 2012 г. и 2013 г. официална статистика все още не е публикувана.

Наличните данни за прилагането на ЗЕС показват стремеж на изпълнителната власт към злоупотреби и широко тълкуване на осигурения от закона достъп. Така например, през предходните години имаше случаи, в които Главна дирекция „Борба с организираната престъпност” (ГДБОП) към МВР изискваше трафични данни, вкл. идентификация на техния IP адрес, на участници в интернет форуми. Очевидно е, че подобни данни по правило няма как да способстват за разкриване или разследване на тежки престъпления. Друга особеност на тези случаи е, че ГДБОП иска достъп до тези данни не от задължените съгласно ЗЕС интернет доставчици (наречени в закона „предприятия, предоставящи обществени електронни съобщителни мрежи и услуги), а от интернет базирани медии. Такъв достъп в ЗЕС не е предвиден. Данни за тези случаи се съдържат в следните актове на Административен съд – София град: Решение № 3801/ 24.11.2010 г. по а.д. № 4251/ 2010 г. на 15-ти състав; Решение № 907/ 28.02.2011 г. по а.д. № 4710/2010 г. на 16-ти състав; Решение № 303/ 17.01.2012 г. по а.д. № 4204/ 2011 г. на 11-ти състав. Първото от цитираните решения е оставено в сила с Решение № 7120/ 20.05.2011 г. по а.д. № 1904/ 2011 г. на Върховния административен съд (ВАС), пето отделение, второто – с Решение № 14815/ 14.11.2011 г. по а.д. № 5738/ 2011 г. на същото отделение на ВАС, а третото – с Решение № 10608/ 19.07.2012 г. по а.д. № 3661/2012 г. на същото отделение на ВАС. Независимо от тази еднопосочна съдебна практика, липсват данни да са преустановени опитите за реализиране на такъв достъп. Такива случаи са констатирани и при искане на разследващи полицаи. В най-новата практика на ВАС се приема, че жалбите срещу подобни разпореждания с искане за предоставяне на достъп без съдебно разрешение по ЗЕС са недопустими, а разпорежданията не подлежат на съдебно обжалване.<sup>10</sup> С това всякакво право на защита срещу неправомерен достъп до съхранявани трафични данни бе премахнато.

*V. Изводи на основата на изложените принципи, норми и практика по прилагането им*

<sup>9</sup> ЗИД на ЗЕС, обн. ДВ бр.17 от 2010 г.

<sup>10</sup> Срв. Определение № 13653/21.10.2013 г. по адм.д. № 12024/2013 г. на ВАС, пето отделение.





8. Въз основа на изложеното смятаме, че съществуващата уредба на ЗЕС не съдържа необходимите гаранции за защита правата на гражданите по отношение на тайното наблюдение и способства за неоправдана намеса в личната им сфера, в това число в комуникациите им. От друга страна, приложението на законодателството по никакъв начин не допринася за стриктно и ограничително тълкуване на закона и намеса в личната сфера само при наличие на «необходимост в демократичното общество». Обратно, фактите сочат разширително тълкуване на правомощията на полицията и службите за сигурност и стеснително тълкуване на обхвата на правата на гражданите.

9. Проблемите в законовата рамка и приложението ѝ, създадена по отношение на достъпа на държавни институции до данни за трафика на и др. данни за електронните съобщения съгласно Закона за електронните съобщения, са следните:

9.1. Обхватът на приложение на режима на събиране и съхраняване на данни по реда на ЗЕС е прекалено неопределен и широк. Тези данни разкриват информация относно това кои лица, с кого, кога и с какво местоположение са разговаряли или изпращали други електронни съобщения чрез мобилните и/ или интернет приложенията, използвани за тази цел. Проследяването на такива данни за едно и също лице в продължение на по-дълъг период от време дава възможност за профилиране, следене и акумулиране на информация относно неговите контакти и движение в пространството и времето.

9.2. С наличието на големи масиви от съхранявани данни в доставчиците на обществени електронни услуги или съобщения се създава по принцип опасност от посегателства и изложеност на риск от неоправдана намеса в личната сфера и защитата на личните данни на гражданите. Посочените данни са лични данни, което е безспорно по много причини. Те са приети за лични данни в самата Директива 2004/24/ЕО, в чийто чл.4 се съдържа изрично изискване да бъдат спазвани изискванията на Европейската конвенция за правата на човека. За такива ги е приел и СЕС в цитираното решение. Същото разбиране е приел и Върховният административен съд цитираното си решение от 2008 г.

Същевременно, данните за трафика на електронните съобщения изцяло попадат в обхвата на определението на понятието «лични данни», дадено в чл.2, ал.1 от Закона за защита на личните данни и в чл.2, буква «а» от Директива 95/46/ЕО за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни. Следователно защитата на личната неприкосновеност и личните данни са предмет на засягане чрез запазването и достъпа до данни по реда на чл.250а и сл. от ЗЕС.

9.3. При прегледа на чл.250а и сл. от ЗЕС се установява, че липсва каквото и да е предварително определяне на категориите лица, данни за чийто трафик на електронните съобщения подлежат на запазване. Допуснато е тотално запазване на всички данни за трафика на всички съобщения, с което е допусната, в максимално широк предел, възможност за тайно следене на данни от личен характер. По този начин е осъществена намеса в правото на лична неприкосновеност и на защита на личните данни на гражданите, като същевременно липсват каквито и да е разпоредби, които да осигуряват пропорционалност на намесата и разграничаване на категориите данни. Липсват гаранции за правата на лицата, които нямат право да се обърнат към съд или друг независим орган.



9.4. В атакуваните разпоредби на ЗЕС липсва ясно формулирана цел на запазването на толкова големи масиви от лични данни. От една страна, запазването им «за всеки случай» с цел евентуален достъп за разкриване и разследване на тежки престъпления е твърде широко формулирана цел. От друга страна, налице е явно несъответствие между целта, посочена в чл.250а, ал.2 от ЗЕС и чл.250б, ал.1 от ЗЕС. Според първата от тези норми данните се пазят само за нуждите на разкриване и разследване на тежки престъпления и за издирване на лица. Според другата норма, достъп до данните имат и органи, които нямат компетенции в посочените области на управлението, като например Националната разузнавателна служба, службата „Военна информация”, Главна дирекция „Охранителна полиция”. Съмнения възникват и относно относимостта на правомощията на някои от останалите органи. Следователно самият законодател е създал противоречие и неяснота относно целта на събирането и запазването на данни, като е открил възможности за разширително, вместо ограничително тълкуване и прилагане на законовата възможност за съхраняване и достъп до трафични данни.

9.5. В настоящата редакция на Наказателния кодекс броят на престъпленията, при които наказанието е лишаване от свобода за пет и повече години, е твърде голям, което води до широки възможности за достъп до трафични данни и при спазване на условията и реда по ЗЕС.

9.6. В голяма част от случаите достъпът до данни по ЗЕС се осъществява без каквато и да е преценка за относимостта и необходимостта от такъв достъп. След влизането в сила на нова редакция на чл.250в, ал.4 от ЗЕС през май 2010 г., според който достъпът за целите на наказателното производство се осъществява по реда на НПК, и приетите от главния прокурор указания за прилагане на тази разпоредба, случаите на достъп без съдебно разрешение са съществено разширени. Достъп в качеството на органи на досъдебното производство, без разрешение от съдия, получават в много случаи разследващи полицаи, без посредничеството на прокуратурата. Относно съдебните разпореждания и тук е налице съображението, че пред съдиите не се представят материалите, които обосновават исканията за достъп. И тук е налице изключително малък брой откази за издаване на разрешение, както при СРС.

9.7. Липсва адекватен последващ контрол върху достъпа, използването, съхранението и унищожаването на събраните от органите на полицията и службите за сигурност данни по ЗЕС. Съгласно ЗЕС в тази насока се предвиждат функции на два органа: парламентарната подкомисия и Комисията за защита на личните данни.

3.2.4. Нито парламентарната подкомисия, нито Комисията за защита на личните данни имат правомощия да извършват проверка за всеки индивидуален случай. Проверка дали са спазени условията на издаденото съдебно разпореждане не се извършва и от съда, като тук за разлика от Закона за специалните разузнавателни средства въобще на съдията не се представя никакъв доклад или информация относно използването, съхранението и унищожението на данните по ЗЕС, достъпа до които е бил разрешен. Правомощията по проверки и контрол на тези органи са по-ограничени дори от тези, които са предвидени в Закона за специалните разузнавателни средства.

9.8. Що се отнася до случаите на достъп до данни по образувани наказателни производства, по тях също липсва механизъм за последващ контрол, различен от



инстанционния контрол в наказателния процес. Следователно в случаите, в които достъп до данни се е осъществил на етапа на предварителна проверка по реда на Закона за МВР или на досъдебно производство, което не прераства в съдебно, контрол не се осъществява.

9.9. В Закона не е предвидена каквато и да било възможност за получаване на информация от засегнатите лица при определени условия и в определен момент относно достъпа до техни трафични данни, нито е предвидена каквато и да е възможност за установяване незаконосъобразността на осъществен достъп, респ. за търсене на обезщетение в случай на такъв.

В това отношение липсват гаранции за правата на лицата, които нямат право да се обърнат към съд или друг независим орган, дори след определен период от време и при определени условия, за да получат информация за осъществен достъп до техни трафични данни. В това отношение в ЗЕС липсва разпоредба, аналогична на чл.34ж от Закона за специалните разузнавателни средства, според която гражданите се уведомяват за използвани спрямо тях специални разузнавателни средства.

9.10. Според нас, изводимо и от практиката на ЕСПЧ, законодателството относно тайно следене трябва да съдържа редица гаранции, без наличието на които цялата система за следене позволява неконтролирана повсеместна и постоянна намеса в правото на лична неприкосновеност и защита на личните данни на гражданите. Следователно всички оспорени разпоредби както поотделно, така и в своята взаимовръзка противоречат на чл.32 и чл.34 от Конституцията, както и на чл.8 от ЕКПЧ и чл.7 и чл.8 от Хартата за основни права на Европейския съюз. Наличието на съществуващата система от норми не създава гаранции за защита на основните права на човека, поради което същата трябва да бъде отменена в настоящия ѝ вид. Материята трябва да бъде отново оценена от гледна точка защитата на основните права, и да бъде евентуално изготвена и предложена нова законодателната уредба, която съдържа необходимите гаранции.

С уважение:

/Гергана Жулева, изпълнителен директор на ПДИ/

/Александър Кашъмов, ръководител на правния екип на ПДИ/