Изх. № 95-96 /10.12.2009 г.

ДО НАРОДНО СЪБРАНИЕ
КОМИСИЯ ПО ВЪТРЕШНА СИГУРНОСТ И ОБЩЕСТВЕН РЕД
ПРЕДСЕДАТЕЛ Г-Н АНАСТАС АНАСТАСОВ
КОМИСИЯ ПО ТРАНСПОРТ ИНФОРМАЦИОННИ ТЕХНОЛОГИИ И СЪОБЩЕНИЯ
ПРЕДСЕДАТЕЛ Г-Н ИВАН ВЪЛКОВ

СТАНОВИЩЕ

НА

ПРОГРАМА ДОСТЪП ДО ИНФОРМАЦИЯ

Относно: проект на Закон за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения, внесен на 02.12.2009 г., сигнатура № 902-01-52

Уважаеми Господин Председател, уважаеми Народни представители,

На 02.12.2009 г. Министерският съвет на Република България внесе в Народното събрание проект на Закон за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения. Законопроектът беше подложен на обществено обсъждане с неправителствени организации, сдружения и представители на доставчиците на мобилни и електронни услуги. Част от предложенията на участниците бяха възприети и отразени в законопроекта.

Програма Достъп до Информация (ПДИ) взе активно участие в обсъждането с конкретни предложения. Междуведомствената работа група прие и отрази в проекта следните предложения на ПДИ:

- право на искане за достъп да имат единствено ръководителите на органите по чл. 250в от Проекта;
- основанието и мотивите да са задължителен реквизит на искането за достъп;
- въвеждане на последващ, независим от изпълнителната власт парламентарен контрол;

Фондация Програма Достъп до информация, регистрирана в съответствие с изискванията на ЗЮЛНЦ решение по ф.д. №13 849/1996г. на СГС, Булстат Ю 121347628, бул. "В. Левски" №76, ет. 3, София 1142, България,
Тел./Факс: (++359 2) 988 50 62, 986 77 09, 981 97 91 Web page: www.aip-bg.org E-mail: office@aip-bg.org

Законопроектът съдържа текстове, които имат положително значение. Така например с определянето на Комисията за защита на личните данни за наблюдаващ орган се въвежда напълно Директива 2006/24 ЕО (Директивата) и по-специално чл. 9, който гарантира сигурността на съхраняваните данни.

Същевременно считаме, че определени текстове от проекта **нарушават** чл.32 и 34 от Конституцията, чл. 8 от Европейската Конвенция за правата на човека (ЕКПЧ), отиват отвъд пределите на Директивата и нямат аналог страните членки на Европейския съюз (ЕС).

Общи бележки

1. Въвеждането на достъп чрез интерфейс, тоест на пряка връзка между специализирана дирекция към Министерството на вътрешните работи (МВР) и предприятията, предоставящи електронни услуги, представлява сериозно нарушение на чл.32 и 34 от Конституцията, чл. 8 от ЕКПЧ и не се изисква от Директивата.

2. Разширява се кръгът на случаите, за разкриването и разследването на които държавни органи могат да получават достъп до данни за трафика на електронни съобщения, като от престъпления, наказуеми с лишаване от свобода от 5 или повече години, обхватът се разширява до престъпления, наказуеми с лишаване от свобода от 2 или повече години. Така се нарушава чл.34 от Конституцията и се отива отвъд обхвата на Директивата и практиката на страните членки на ЕС.

3. Не се осигурява право на хората, чиито електронни съобщения са били обект на достъп от държавни органи, на достъп след определен срок и при определени обстоятелства, което е нарушение на чл.8 от ЕКПЧ в светлината на решението по делото на Асоциация за европейска интеграция и права на човека и Екимджиев срещу България. Въпреки обещанието от МВР, че това право ще бъде уредено, ние смятаме, че неговата уредба трябва да е успоредна с въвеждането на по-голяма намеса в правата.

4. Липсва уредба относно срока на съхранение на данните, които са били обект на достъп от страна на държавни органи. Забележката по този въпрос в рамките на общественото обсъждане бе намерена за уместна от ръководството на МВР, но въпросът не е разрешен в проекта.

5. Липсва финансова обосновка на проекта, в нарушение на чл.28, ал.2, т.3 от Закона за нормативните актове.

Конкретни предложения

1. Отпадане на предвидения достъп чрез интерфейс

С чл. 250б, ал. 1 от Проекта се предвижда пряк достъп до данните на специализирана дирекция „Оперативни-технически операции" (ДОТО) на МВР чрез интерфейс. В мотивите към проектозакона за изменение и допълнение на ЗЕС е посочено, че се цели пълното въвеждане на директива 2006/24 ЕО.

Европейското законодателство не предвижда създаване на интерфейс и съответно директен достъп до данните. Подобна практика за пасивен достъп не е предвидена в нито една от държавите-членки транспонирали Директива 2006/24 ЕО. Обратно, в Германия, Унгария и Румъния,[1] които въвеждат Директивата, са заведени дела пред конституционните съдилища по жалби, според които простият факт на съхранението на данните от предприятията, извършващи електронни услуги, води до нарушение на чл.8 от ЕКПЧ и съответните конституционни разпоредби. Във Великобритания през месец април 2009 г., Home Office се ограничи до създаване на задължения за операторите и доставчиците, без да се въвежда пряк достъп. Това следва решение на Европейския съд за правата на човека от 2008 г., с което базите данни на полицията, съдържащи ДНК и пръстови отпечатъци, бяха обявени за незаконни.[2]

Директният безконтролен достъп беше обявен за противоречащ на чл. 32 и чл. 34 от Конституцията на РБ, на чл. 8 от ЕКПЧ и на Директива 2006/24 ЕО с решение № 13627 от 11.12.2008 г. по адм.д. № 11799/2008 г., обнародвано ДВ бр.108/ 2008г. на Върховния административен съд (ВАС), Петчленен състав. Делото бе заведено от ПДИ срещу Наредба № 40 от 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. ВАС отмени чл. 5, ал. 1, според който същата дирекция към МВР получаваше „пасивен технически достъп чрез компютърен терминал" до съхраняваните от предприятията данни.

По отношение „пасивния технически достъп", който е по същността си е идентичен с т.нар. в настоящия проект „ИНТЕРФЕЙС" съдът констатира: *„Националните правни норми следва да съблюдават това правило [чл.8, ал.2 от ЕКПЧ] 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."* На същото основание и сегашното повторно въвеждане на пряк достъп е **незаконосъобразно**.

При предложеното въвеждане на достъп чрез интерфейс остава едно звено – ДОТО към МВР, чийто достъп до данните за електронните съобщения остава на практика извън предвидения съдебен контрол. Това е така, защото звеното получава

[1] В Румъния вече има решение и нормата, въвеждаща Директивата, е обявена за противоконституционна от Конституционния съд, решението е обнародвано на 23 ноември 2009 г.

[2] Решение от 4 декември 2008 г. по делото С. и Марпър с/у Обединеното кралство.

пряк, неопосреден от процедура достъп до данните, при който липсва гаранция срещу злоупотреби.

Съдебният контрол ще е неефективен и по още една причина. Нито регистърът по чл. 250в, ал. 3 за направените искания за достъп, нито регистърът за издадени съдебни разрешения по чл. 250в, ал. 6 са публични. За изготвяне на докладите по чл. 261а, ал. 5 и 6 КЗЛД може да изисква информация единствено от предприятията, но не и от органите на съдебната или изпълнителната власт. В този смисъл не може да се направи проверка дали броят на направените справки съответства на броя на дадените съдебни разрешения.

Предложение: Да отпадне текст на чл. 250б, ал. 1.

2. Запазване на задължението за съхранение на данни само за нуждите на разкриването и разследването на тежки престъпления и престъпления по глава девета "а" от Наказателния кодекс.

Чл. 250а от Проекта предвижда задължение за запазване на данните за нуждите на разкриването и разследването на престъпления, за които е предвидено наказание лишаване от свобода от две или повече години.

Предложението противоречи на чл.34 от Конституцията, според който намесата в кореспонденцията може да става единствено със съдебен акт и за разкриването на **„тежки престъпления”.** Съгласно чл. 93, т.7 от Наказателния кодекс тежки са престъпленията, наказуеми с лишаване от свобода за 5 или повече години. Нарушението на цитираната норма е несъмнено, доколкото с цитираното решение № 13627 от 11.12.2008 г. бе изрично приета нейната приложимост относно достъпа до данни за електронните съобщения. Следователно с предлагания в проекта текст се нарушава Конституцията.

Обхватът на Директивата се определя в рамките на т.нар. „сериозни престъпления”. В много законодателства това понятие съвпада с понятието „тежки престъпления”, като за такива се смятат именно престъпления, наказуеми с 5 или повече години затвор. Последният ярък пример за това е най-новият проектозакон, въвеждащ Директивата в държава-членка на ЕС – Ирландия, където за „сериозни престъпления” се смятат именно престъпления, наказуеми с 5 или повече години лишаване от свобода. Поради това фактът, че в българското законодателство няма дефиниция за „сериозни престъпления” не означава, че трябва да се спекулира с това и да се предлага разширяването на обхвата на ЗЕС, без ясни основания за това.

В тази редакция текстът противоречи на Директива 2006/24 ЕО, която препраща към чл. 8 от ЕКПЧ, който гарантира защита на личния и семейния живот. Разширяване на кръга на случаите, за които се съхраняват и съответно предоставят

данните по чл. 250а води до **непредвидимост на намесата** в правото на защита на личния живот и личните данни /нарушение на чл.8, ал.2 от ЕКПЧ/.

Предложение: В чл. 250а, ал.1 престъпленията да се дефинират като „тежки" в съответствие и с настоящата редак;ция на чл.251, ал.1 от ЗЕС.

3. Определяне на срок за съхранение на данните, до които е бил предоставен достъп

Чл. 250а, ал. 3 предвижда унищожаване на данните, до които не е имало достъп. Следователно данните, до които е предоставен достъп, трябва да бъдат съхранявани от предприятията за неограничен период от време. Подобен режим създава неопределена възможност за намеса в правото на зачитане на личния живот на хората и отива отвъд целта на Директивата. Липсва законна цел данни, които вече са предоставени и се съхраняват от изискалите ги органи да се пазят за неограничен период от време. Това противоречи на чл.32, ал.2 от Конституцията, чл.8 от ЕКПЧ, Директива 95/46/ЕО и Конвенция № 108 на Съвета на Европа.

Установена практика на Европейския съд по правата на човека е всяко ограничение на правото на неприкосновеност на личния живот и кореспонденция да е 1/ предвидено в закон, 2/ да цели защита на законни интереси и 3/ да е необходимо в демократичното общество. Последният елемент предполага пропорционалност на целта. Неограничено във времето съхраняване на данните безспорно е непропорционална мярка, която съществено нарушава правото по чл.8 от ЕКПЧ.

На следващо място, подобно задължение за предприятията създава двоен режим на съхранение на данните – от предприятията и от компетентните органи, което дава възможност и за повече злоупотреби с данните, тъй като по-широк кръг от хора ще има достъп до тях.

Предложение: От чл. 250а, ал. 3 да отпаднат думите „с изключение на данните, до които е имало достъп чрез предприятията и те са били съхранени"

4. Право на засегнатите лица на информация дали данни, отнасящи се до тях са били обект на достъп

Предложеният текст не предвижда при никакви условия и след изтичането на никакъв период от време право на достъп на засегнатите лица до информацията, че данните им са били обект на достъп по ЗЕС. Нуждата от уредбата на това право произтича от общите принципи на европейското и българското законодателство за защита на личните данни (чл. 26 ЗЗЛД), както и от чл.8 от ЕКПЧ. Аналогична уредба се съдържа в приетите изменения в Закона за специалните разузнавателни средства. Липсата на каквато и да е правна уредба относно уведомяване на лицата, подложени на тайно наблюдение, след време и при определени обстоятелства вече е обявено за

нарушение на чл.8 от ЕКПЧ, в частност от страна на България[3]. Непризнаването на подобно право поставя нови рискове Европейският съд по правата на човека да обявяви нарушение на ЕКПЧ от страна на България.

Предложение: Да се създаде режим за достъп на лицата след изтичане на определен срок и при определени условия. Според нас систематичното място на уредбата е чрез нова ал.4 на чл. 250б от проекта.

С уважение:

Д-р Гергана Жулева, Изпълнителен директор на ПДИ

Адв. Александър Кашъмов, Ръководител правен екип на ПДИ

Тереза Алексова, юрист в ПДИ

[3] Решение от 28.06.2007 г., на ЕСПЧ, Екимджиев срещу България, жалба № 62540/2000 г., § 90.