

ЧРЕЗ ВЪРХОВНИЯ АДМИНИСТРАТИВЕН
СЪД – ПЕТО ОТДЕЛЕНИЕ
ДО ВЪРХОВНИЯ АДМИНИСТРАТИВЕН
СЪД - ПЕТЧЛЕНЕН СЪСТАВ

КАСАЦИОННА ЖАЛБА

от
Фондация „Програма Достъп до Информация”
БУЛСТАТ Ю 121347628, рег. по ф.д.№
13849/96 г. на СГС
представявана от Гергана Делова Жулева
чрез адв. Александър Кашъмов
адв. Йонко Грозев
адрес: София, бул. „Васил Левски” № 76, ет.3

СРЕЩУ

Решение № 8786/ 08 г. по а.д. № 5393/ 2008 г.

НА ОСНОВАНИЕ

Чл.208 и сл. от АПК

Уважаеми Върховни съдии,

Обжалваме пред Вас изцяло горепосоченото решение, с което е отхвърлена жалбата ни срещу Наредба № 40 от 7.01.2008 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 (по-нататък Наредбата). Съображенията ни за това са следните:

1. Липсва произнасяне в обжалваното решение по доводите ни за противоречие на Наредбата с чл.32 и чл.34 от Конституцията на Република България и с чл.8 от Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи /Европейска конвенция за правата на човека – ЕКПЧ/. В жалбата бе развит довод за нищожност поради противоречието с цитираните императивни норми на Конституцията. Няма отговор по него. В жалбата са развити и доводи за несъответствие на Наредбата и в частност на нейния чл.5 с ЕКПЧ и по-конкретно с изискванията на нейния чл.8, ал.2. И тези доводи са оставени без отговор. По този начин са нарушени съществено съдопроизводствените правила – липсата на произнасяне по довод(и) на страна в процеса нарушава правото на честен и справедлив процес, в частност чл.121, ал.1 от КРБ според която

„съдилищата осигуряват равенство и условия за състезателност на страните в съдебния процес.”

Непроизнасянето по довод на страна в процеса води до нееднакво отношение на съда към страните и оттук липсват и равенство, и условия за състезателност. За да има състезание, трябва да има произнасяне по всеки един правен довод. Непроизнасянето по довод на едната страна, но произнасянето по доводи на другата страна в процеса води до нарушаване на принципа на равенство и до липса на състезателност. По този

начин и чрез липсата на мотиви по тези доводи в обжалваното решение се нарушава друго конституционно изискване, установено с чл.121, ал.4 от КРБ:

„Актовете на правораздаването се мотивират”

С липсата на произнасяне е нарушен и принципът на гражданския и административния съдебен процес, според който

„Съдът преценява всички доказателства по делото и доводите на страните по вътрешно убеждение.”

Същият е установен с чл.12 от ГПК вр. чл.144 от АПК. Непроизнасянето по довод на страна в процеса води до невъзможност за преценяването му, а оттук и до липса на произнасяне по вътрешно убеждение. Тъй като е нарушен принцип на процесуалното право, нарушението е съществено.

Също така визираната липса на произнасяне по доводи представлява по съществото си отказ от правосъдие по въпрос, който е свързан със защитата на основно човешко право, гарантирано от чл.32 и 34 от КРБ и чл.8 от ЕКПЧ. По този начин е допуснато противоречие и с чл.13 от ЕКПЧ, според който:

„Всеки, чиито права и свободи, предвидени в тази конвенция, са нарушени, трябва да разполага с ефикасни вътрешноправни средства за тяхната защита от съответна национална институция дори и нарушението да е извършено от лица, действащи в качеството си на представители на официалните власти.”

Поради изложеното е налице съществено нарушение на съдопроизводствените правила, което обуславя по правните си последици връщане на делото на първата инстанция за разглеждане от друг състав на съда /чл.222, ал.2, т.1 от АПК/.

2. Необоснован и в нарушение на закона е изводът на тричленния състав, че нормата на чл.5, ал.1 от Наредбата всъщност не предвижда задължение за предприятията да осигуряват достъп на Дирекция „Оперативно-техническа информация” към МВР без поискване до събраните данни. Тълкуването е в нарушение на правилата на граматическото и логическото тълкуване. Това е така поради следното.

Извън съмнение текстът на ал.1 от чл.5 от Наредбата е формулиран като създаващ задължение за предприятията. Задължение за публичната институция, в случая – дирекцията на МВР не е предвидено. Посочен е начинът за осъществяване на достъпа – чрез компютърен терминал, т.е. чрез техническо средство, но процедура за искане на достъп не е предвидена. Очевидната от граматическа гледна точка липса на предвидена процедура в цитираната норма се потвърждава от съпоставката с текстовете на ал.2 и ал.3 от същия чл.5, в които за разлика от ал.1 фигурират изразите „по писмено искане на разследващите органи”, съответно „след писмено искане”. Следователно граматическото тълкуване показва, че т.нар. „пасивен достъп” не е опосреден от процедура, противно на приетото в обжалваното съдебно решение.

Неправилно е приетото в обжалваното решение тълкуване на чл.5, ал.1 от Наредбата и с оглед логическото тълкуване. Съпоставката на първите три алинеи на нормата показва, че във всеки случай субектът, който получава достъп, съответно на

който се предават данните, е различен. В първата алинея това е дирекция /ДОТИ/ към МВР, във втория са разследващите органи, прокуратурата и съда, в третата са службите за сигурност. Следователно да се приема, че достъпът по ал.1 от нормата се осигурява при условията на ал.2 е противно на логиката. Обратно, правилният извод е, че всяка алинея е самостоятелна и не е подчинена на някоя от другите. Следователно изводът на тричленния състав противоречи на правилата на тълкуването. По тази причина неправилен е и крайният извод, че правото на защита на личните данни не е нарушено от този „пасивен достъп”, очевидно неопосреден от процедура по преценка на основателността на искането.

Не са разгледани изобщо пък доводите в жалбата за противоречие и на ал.2 и 3 от чл.5 на Наредбата със закона, които въвеждат задължение за предприятията да осигуряват достъп само при писмено поискване, без да препращат към съответния законов акт /НПК или ЗСРС/, предвиждащ разрешение от съд. Поради изложеното обжалваното решение е необосновано и в противоречие със закона.

3. Неправилно е прието в обжалваното решение, че заменянето на израза „сериозни престъпления” (serious crimes) просто с „престъпления” не противоречи на изискването на Директива 2006/24/ЕО, както и на чл.8 от ЕКПЧ. Като е премахнато определението към престъпленията, е допуснато неопределено разширяване на кръга на случаите, за които се съхраняват и съответно предоставят визираните в Наредбата лични данни. Това неопределено разширяване води до непредвидимост на намесата в правото на защита на личния живот и личните данни /нарушение на чл.8, ал.2 от ЕКПЧ/. Това беше въпросът, по който тричленният състав следваше да произнесе, а не да се поставя на мястото на нормотворците, какъвто съдът не е, и да разсъждава дали било подходящо или не да се преведе изразът „сериозни престъпления” с израза „тежки престъпления”. Допуснатото нарушение е в противоречие със закона и обуславя отмяната на обжалваното решение.

4. С оглед исканата с настоящата жалба отмяна на обжалваното решение от Петчленния състав, поради изложените нарушения и с оглед евентуалното решаване на спора по същество, моля да имате предвид следните аргументи, които са изложени пред първата съдебна инстанция и доразвиваме. Поддържаеме твърдението си, че чл. 5 на Наредбата е в явно нарушение на чл. 8 на ЕКПЧ.

Съгласно трайната практика на Европейския съд по правата на човека /ЕСПЧ/, всяко ограничаване на правото на личния живот следва да бъде базирано на ясни норми, даващи достатъчни гаранции срещу злоупотреба с правомощията за ограничаване на правото на личен живот. Вътрешните норми следва ясно точно да регламентират както основанията за ограничаване на правото на личен живот, така и процедурата, по която това се извършва. В случаите, когато ограничаването на правото на личен живот е свързано с електронно проследяване и събиране на информация, задължително изискване е и наличието на система за периодични проверки на начина на използване на събраната информация. Нормативната база, регулираща тези отношения, трябва задължително да бъде обществено достъпна.

ЕСПЧ е разглеждал въпроса и за съхраняване на информацията, предмет на регулиране с Наредба № 40. В решението си по делото Копланд с/щу Обединеното кралство (дело № 62617/00, решение от 3 април 2007), ЕСПЧ приложимостта на чл. 8 от Конвенцията по отношение на събирането на електронни данни за проведени

телефонни разговори и използването на интернет и електронна поща от служител по време на работа. Съдът посочва, че:

„използването на информацията отнасяща се за времето и продължителността на телефонни разговори и особено номера, който е избран, повдига въпроси свързани с чл. 8, тъй като такава информация представлява ключов елемент от комуникацията по телефона” (Копланд с/у Обединеното кралство, пара 43).

По отношение на такава информация в пълна степен са приложими гаранциите по силата на член 8 от Конвенцията. Липсата на ясна нормативна база за събирането на тази информация води ЕСПЧ в конкретно дело до заключението, че е било налице нарушение на член 8 от Конвенцията.

По отношение на конкретните изисквания към нормативната база, регулираща събирането на електронни данни, ЕСПЧ е посочвал многократно необходимостта от яснота и предвидимост. В едно от последните му решения по този проблем, Съдът преповтаря практиката си, като посочва, че,

„..... предвидимостта в конкретния контекст на тайни мерки за наблюдение, като наблюдението на комуникациите, не означава, че индивидът трябва да може да предвиди кога неговите комуникации ще бъдат наблюдавани, и да може съответно да измени поведението си. Но при упражняването на такива правомощия, които се извършват в условията на секретност, опасността от произвол е очевидна. Ето защо е от изключително значение, да има ясен и детайлен регламент на наблюдението на телефонни разговори, особено, когато технологията с която това наблюдение се осъществява непрекъснато се усъвършенства”, Либърти с/у Обединено Кралство, решение от 1 юли 2008, пар. 62.

Преценена в светлината на тези стандарти, разпоредбата на чл. 5 ал. 1 не е ясна и не дава достатъчно гаранции срещу произвол. На първо място, използваният термин „пасивен достъп” има възможно противоположно тълкуване, което само по себе си е достатъчно основание за отменянето на тази норма. При липса на законодателна дефиниция, „пасивността” на достъпа може да се тълкува като пасивност на органите на МВР или като пасивност на предприятието съхраняващо данните. Особено тревожно е изискването за съхраняването на информацията в терминал, до който органите на МВР ще имат достъп. При това положение, изобщо не е изключено тълкуване при което органите на МВР имат пълен достъп до цялата съхранявана информация, във всеки един момент. Потенциалът за злоупотреба при това положение е колосален, и подобна липса на яснота в нормативната уредба без никакво съмнение я прави в нарушение на член 8 на ЕКПЧ. Допълнителни сериозни дефекти на разпоредбата на чл. 5 на Наредба 40 е липса на детайлно и прецизно регулиране на процедурата по искане на информация и задължението за предоставянето ѝ. Не съществуват никакви изисквания за дефиниране на исканата информация, повторност на исканията, съхраняване на информацията от органите и изисквания и условия за нейното унищожаване. По отношение на органите на МВР, алинея 1 на чл. 5 на наредба № 40, на практика няма и изискване за отправяне на специално искане за предоставяне на информацията. Приетото в обжалваното решение на ВАС, че такава изискване имплицитно се съдържа в разпоредбата на алинея 2 на чл. 5, отнасяща се до

прокуратурата и съда, е най-малкото спорно, и категорично не отговаря, на изискванията на член 8 на ЕКПЧ за яснота и предвидимост.

Поради всичко това, считаме че текстът на чл. 5 на Наредба 40 влиза в явно противоречие с чл. 8 на ЕКПЧ, което обуславя отделно неговата отмяна.

Предвид изложеното моля да отмените решението на тричленния състав и в зависимост от основанията за това да върнете делото за ново произнасяне или да се произнесете по съществото на спора, като обявите нищожността на Наредба № 40 от 7.01.2008 г., издадена от министъра на вътрешните работи и председателя на Държавната агенция за информационни технологии и съобщения, или алтернативно, да отмените изцяло чл.5 от същата Наредба като незаконосъобразен.

Приложение: препис от кас. жалба – 2 бр.

С уважение:

/Ал. Кашъмов, пълномощник/