

СПРАВКА ПО ЧЛ. 26, АЛ. 5 ОТ ЗАКОНА ЗА НОРМАТИВНИТЕ АКТОВЕ
ЗА ОТРАЗЯВАНЕ НА ПОСТЪПИЛИТЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ И СТАНОВИЩА ОТ ОБЩЕСТВЕНИТЕ КОНСУЛТАЦИ ПО ПРОЕКТ НА ЗАКОН ЗА
ИЗМЕНЕНИЕ И ДОПЪЛНЕНИЕ НА НАКАЗАТЕЛНИЯ КОДЕКС

№	Портал за обществени консултации и интернет страница на Министерство на правосъдието	Предложения и становища	Приети/неприети	Мотиви
1.	radpl@yahoo.com (чрез портал за обществени консултации)	Изхождайки от юридическата аксиома, че всяка разпоредба на даден нормативен акт следва да е ясна, точна и недвусмислена, именно с цел трайното уреждане на обществените отношения, считам, че в предложената редакция на чл. 172а, ал. 3 от НК алтернативно определените количествени критерии „паричната равностойност на един или повече от обектите надхвърля десет хиляди лева“ или „обектите надхвърлят петдесет броя“ не кореспондират помежду си. Считам, че една от основните функции на този законодателен подход, при който описанието на общественоопасния резултат се разкрива чрез алтернативно поставени критерии, е именно те да разкриват съпоставимост и съизмеримост помежду си, а в случая такава не се наблюдава. Освен това – по този начин се отваря ниша за твърде много произволни тълкувания, респ. с тези формулировки в хода на производството използването на специални знания става императивно начало, в противен случай за да прецени следователят степента на довършеност на престъплението, от него се изисква твърде профилирана експертна оценка в областта на интелектуалната собственост. В конкретика и с примери – ако вземем музикалните произведения като обект на авторско право: от една страна имаме един краткосвирещ албум, който съставлява 3 – 4 песни, чиято парична равностойност надхвърля десет хиляди лева, предвид хипотетично висока и всепризната стойност, от друга страна имаме флаш памет с 100 песни в mp3 формат, които поради хипотетично ниското естество на творческа дейност се оценяват на по-малко от 10 хил. лв. Т.е. излиза, че горните примери поотделно са годни да предизвикат общественоопасни последици, но сравнени един с друг не разкриват никаква съизмеримост, каквато би следвало да има при подобен законодателен подход. Други въпроси, които изникват – за наличието на така предложеното инкриминирано деяние трябва ли да се обследва пазарната цена на самия материален носител, кое е водещо: паричната равностойност на самия обект	Не се приема	Независимо от това, че в постъпилите бележки, не се съдържат предложения, а е изразено мнение, необходимо е да бъде отбелязано, че в чл. 26 Закона за нормативните актове (ЗНА) са изведени основните принципи, които следва да бъдат съобразени при изготвянето на проект на нормативен акт, а именно: необходимост, обоснованост, предвидимост, откритост, съгласуваност, субсидиарност, стабилност и пропорционалност. В този смисъл, предложените със законопроекта изменения и допълнения кореспондират с посочените принципи в ЗНА. Предложенията имат за цел създаването на обективен, конкретно фиксиран и ясно определим количествен критерий, при достигането на който е налице достатъчно висока

		или напротив – паричното измерение на материалния носител, върху който е закрепен обектът, защото както е известно повечето обекти на авторскоправна закрила следва да са изразени по някакъв начин (арг. от чл. 3, ал. 1 от ЗАПСП) – на диск, на видеокасета, на dvd, на нотен лист, на платно, книга и т.н. В такъв случай пак идва казусът – някой без необходимото съгласие държи една рядка плоча, първа преса, немско издание – на стойност над 10 хил., а друг деец пък държи 60 диска (при наличие на останалите нужни елементи на деянието), но на стойност 50 лв. всеки, умножена сумата съставлява 3 хил. лв., което отново разкрива пълна липса на пропорционалност и корелация между така заложените алтернативни критерии. В заключение – считам, че така формулираният състав на престъплението не спомага ясно да се регулират този тип отношения и е спорно дали с конкретния проект, респ. с конкретната цел (поне с така визираните елементи в състава) да бъде санкционирано дадено нарушение по наказателен ред, се налага по-голяма защита, или напротив – отварят се много неизвестни по отношение наличието на съставомерност заради неясните критерии, поставени в новата ал. 3 на чл. 172а от НК. Независимо от горното – приемам моята искрена признателност и благодарност за опита да регулирате деяния, чрез осъществяването на които се противодейства на творческата дейност. Всеобщо известно е, че творците трябва да са свободни освен да се изразяват, да могат и да обективират в годна форма „изразеното“, което в днешната монополна риалити и консуматорска действителност е почти невъзможно. Но разбира се, когато се „доредят“ да обективират изразеното, законодателят следва безспорно да противодейства на безмерните опити на някой опортюнисто-печалбар да го изпиратства.		степен на обществена опасност, за да се счита престъплението за довършено и да позволява внасянето на обвинителния акт в съда. Успоредно с това няма пречка действията по разследване и другите процесуални действия да продължат спрямо всички останали засегнати обекти. Наличието, на който и да е от предложените алтернативни количествени критерия е достатъчен, за довършеността на престъплението – парична равностойност (на един или повече от обектите, която да надхвърля десет хиляди лева) или брой засегнати обекти (надхвърлящи петдесет броя). Предложената редакция има за цел да замени досега съществуващата постановка за „големи размери“, която се изясняваше по тълкувателен път посредством съдебната практика.
2.	Становище на Сдружение „Цифрова република“	На първо място, дори позитивните елементи на законопроекта съдържат недостатъка, че са приложени „на парче“ и не са в състояние да разяснят прилагането на заварения несъвършен режим. На следващо място, измененията, свързани с употребата на специални разузнавателни средства (СРС), поражда сериозни притеснения по отношение на	Не се приема	В изложеното становище не се съдържат предложения, а е изразено мнение. 1. Съгласно разпоредбата на чл. 10, ал. 2 от Закона за нормативните актове (ЗНА), обществени отношения, които спадат към област, за

личната неприкосновеност на гражданите.

От гледна точка на законодателната техника, не е коректно значително изменение, отнасящо се до компетентността на цяла категория на досъдебното производство (каквито са следователите) и до отделно основание за прилагане на СРС, да бъде включено в заключителните разпоредби на друг закон, а не да бъдат внесени като самостоятелни изменения.

По същество, считаме, че:

- е налице липсата на пропорционалност на предложените изменения. В частност, създават се предпоставки за непропорционално нарушаване на личната неприкосновеност на гражданите;
- липсата на яснота за законния повод, който да предизвика разследване за престъпление срещу интелектуалната собственост, позволяващо употреба на СРС, е възможно да доведе до произвол;
- липсата на яснота за начина, по който предложените изменения могат да бъдат приложени, създава условия за противоречиво тълкуване на закона. Подобни предложения могат да доведат или до цялостна неприложимост на разпоредбите, или до прекомерна намеса в личното пространство на гражданите. И в двата случая приемането на разпоредби в предложения вид противоречи на обществения интерес;
- уязвими групи от обществото (малолетни или непълнолетни, хора с увреждания и др.) могат да попаднат в обхвата на приложение на СРС. Изглежда, че тази възможност е малко вероятно да е обмисляна от вносителя;
- няма уточнение за вида и степента на вината, тоест дали престъплението е извършено умишлено или непредпазливо, което е в разрез с досега установената практика на прилагане на СРС.

I. Необходимост от баланс между конкуриращи се основни права и многобройните интереси в сферата на използването на обекти на интелектуална собственост

която има издаден нормативен акт, се уреждат с неговото допълнение или изменение, а не с отделен акт от същата степен. В този смисъл са и направените изменения и допълнения в Наказателния кодекс. Мотивите, съответно докладът към изготвения законопроект, съдържат причините, които налагат приемането, целите, които се поставят с предложението законопроект, финансовите и други средства, необходими за прилагането на предложените законодателни промени и очакваните резултати от прилагането им в съответствие с чл. 28, ал. 2 ЗНА.

Според разпоредбата на чл. 35, ал. 2 от Указ № 883 от 24 април 1974 за прилагане на Закона за нормативните актове ЗНА, правилата за отменяне, изменение и допълване на други нормативни актове се включват в заключителните разпоредби.

2.Предвидената в чл. 32, ал. 2 от Конституцията на РБ забрана не е абсолютна, тъй като може да се дерогира от закон – т.е. в личната сфера на индивида е допустима намеса, но само в случаи, изрично определени по основание и ред в закон – чл. 32, ал. 2, пр. последно. Дeroгиране на забраната по чл. 32, ал. 2 е предвидено с

През последните години закрилата на интелектуалната собственост (ИС) като цяло и авторското право (АП) в частност представляват изключително актуална тема, както на ниво Европейски съюз, така и в световен план. В ЕС бе извършена реформа на авторското право, част от която реформа бяха все още нетранспонирани в България Директива 2019/789 и Директива 2019/790. Последната ревизира Директива 2001/29/ЕО и провежда първата голяма реформа на авторското право на хоризонтално ниво в ЕС от 2001 г. насам. Една от основните заявени цели на гореописаната реформа на европейската рамка бе осигуряването на **баланс** на авторскоправните политики с **други цели на публичните политики** в образованието, научните изследвания и иновациите. Процесът по приемането на директивите бе дълъг и сложен, а част от предвидени в нея механизми – изключително противоречиви, именно поради множеството интереси, засегнати от това законодателство.

Обръщаме внимание, че по темата за закрила на интелектуалната собственост, **правоносителите не са единствена заинтересована страна**. Освен традиционно представените в политиките в тази материя творчески индустрии, в които творците от една страна, продуцентите и издателите, от друга, и търговските ползватели, от трета, имат противоречиви интереси, като активен участник в последните години се ситуират и „новите“ посредници в лицето на големите онлайн платформи, стрийминг услуги, търсачки и агрегатори на новини и всякакви други доставчици на услуги на информационното общество. Разбира се, в контекста на т.нар. „*партиципативен уеб 2.0.*“ всяка законодателна намеса в режима на интелектуалната собственост силно засяга правата и интересите на нетърговски ползватели и създатели на творческо съдържание, каквито са, от една страна, **гражданите**, в качеството им на интернет потребители, и от друга – редица институции, функциониращи в обществена полза, в това число образователни институции и организации, занимаващи се с неформално образование, както и институции на паметта, в т.ч. онлайн хранилища за културно наследство и т.н.

С други думи, **отношенията по повод производството, разпространението и използването на творческо съдържание онлайн са далеч по-сложни от представата за гражданите като пасивен и честно недобросъвестен консуматор, подпомаган от недобросъвестни**

разпоредби в Закона за специалните разузнавателни средства (ЗРС). В същият закон се съдържа правната уредба на специалните разузнавателни средства, съответно редът за осигуряването и прилагането им.

Използването на специални разузнавателни средства е допустимо единствено в случаите, когато това се налага за предотвратяване и разкриване на тежки умишлени престъпления от особено опасна част на Наказателния кодекс (НК), по предвидения за това ред в Наказателно-процесуалния кодекс (НПК), когато необходимите данни не могат да бъдат събрани по друг начин или събирането им е свързано с изключителни трудности, както и по отношение на дейности, свързани със защитата на националната сигурност.

Предложението за допълнение на НПК и ЗРС е свързано с използването на специални разузнавателни средства за престъпления по чл. 172а и 172б от НК след измененията в Наказателния кодекс, обн., ДВ, бр. 53 от 2022 г. Извън престъпленията, които попадат в хипотезата на чл. 9, ал. 2 НК в останалите случаи често пъти се касае за усложнена организирана престъпна дейност, в която се използват

доставчици на услуги на информационното общество. Същевременно, придаването на морална окраска на определени технологии (като например протоколи за *peer-to-peer* споделяне на файлове) не е добра основа за формулиране на разумни стратегически политики, свързани с процесите в информационното общество.

В контекста на предложеното изменение на Наказателния кодекс, ни прави впечатление, че **Частичната предварителна оценка на въздействието на Министерство на правосъдието не съдържа никакви съображения по отношение на евентуалните рискове, които предложеният утежнен режим на държавна принуда носи по отношение на основните права на гражданите, в това число правото на изразяване и достъп до информация и правото на закрила на личното пространство.**

В Частичната оценка за въздействие изрично се посочва статистика, съгласно която „огромен брой хора имат постоянен и непрекъснат достъп до интернет. Това значи, че когато един обект на интелектуална собственост попадне в мрежата, то на практика до него имат достъп неограничен кръг от хора“. **Въпреки това дори не е спомената, а още по-малко, оценена, пропорционалността на използването на СРС върху на практика всички форми на онлайн комуникация на този „неограничен кръг от хора“, общуващи и имащи достъп до творческо съдържание в неограничен контекст.**

II. По мотивите на законопроекта

Сред причините за създаване на проекта на Закон за изменение и допълнение на Наказателния кодекс, изтъкнати в Мотивите към него, са, *inter alia*, твърдението, че престъпленията против ИС следва да се възприемат за деяния с висока степен на обществена опасност, както и критиките, отправени спрямо Република България по Раздел „Специален 301“ от Търговския закон на САЩ (Доклад 301) във връзка със защитата на правата на интелектуална собственост, най-вече в областта на онлайн

информационни системи за комуникация, контрол и действие и необходимите данни не могат да бъдат събрани по друг начин освен чрез използване и прилагане на специални разузнавателни средства. Законодателството на Република България по използване на СРС съответства на нормативните документи, приети в Европейския съюз, и продължава да се развива и кореспондира с общоприетите световни демократични стандарти. В него детайлно са посочени обектите и субектите на СРС, редът за тяхното прилагане и използване на получената чрез тях информация, начинът за осъществяване на международно полицейско сътрудничество в тази област.

3. Мотивите, съответно докладът, са съобразени с изискванията на чл. 28, ал. 2 ЗНА, даващи гаранция за спазването на основните принципи при изработването на проект на нормативен акт – обосновават, стабилност, откритост и съгласуваност. В този смисъл същите съответстват на

	пиратството. В допълнение, по отношение промените, които касаят Наказателно-процесуалния кодекс (НПК) и Закона за специалните разузнавателни средства (ЗСРС), вносителят заявява, че в случаите на престъпления по чл. 172а и 172б от НК често пъти става дума за усложнена организирана престъпна дейност, в която се използват информационни системи за комуникация, контрол и действие и „необходимите данни не могат да бъдат събрани по друг начин освен чрез използване и прилагане на специални разузнавателни средства“. 1. Степен на обществена опасност на престъпленията против интелектуалната собственост Работната група по подготовката на ЗИД на НК задава като аксиома, че престъпленията против ИС следва да се възприемат за деяния с висока степен на обществена опасност. Несъмнено е, че има престъпления против АП, които са с висока степен на обществена опасност. Най-характерно за тях е, че освен че причиняват вреди на правоносителите, те се извършват за пряка и/ или непряка имуществена изгода и то по търговски начин, като тук говорим за сравнително нисък процент от всички престъпления. Моля, да имате предвид, че българският закон и по-точно чл. 172а от НК не изисква нито един от тези елементи от обективната си страна, за да се счете, че има престъпление. Въпреки че в Мотивите се посочва, че наказателната норма не цели преследване на отделните потребители на подобни пиратски копия, съгласно предложения текст формално, а и реално, всеки ъплоудър в торент сайт би могъл да бъде преследван като извършител на престъпление по чл. 172а, ал.1 от НК, например. Казано обобщено, една незначителна част от престъпленията против АП/ ИС имат висока обществена опасност, докато в голямата си част деянията, дори и умишлено извършени, не причиняват съществени вреди на правоимащите, не оцетяват значително фиска на Държавата, нито пък са извършени с цел пряка/ непряка финансова изгода. Така в крайна сметка, формулираната от вносителя цел е обоснована и аргументирана само	изискванията за съдържание и обоснованост съгласно посочената разпоредба от ЗНА.
--	--	---

отчасти.

2. Доклад 301

Що се отнася до Доклад 301, би следвало да се посочи, че България е спомената в него общо седем пъти в два абзаца. В първият се посочва, че провалът на разследването и прокуратурата е по отношение на онлайн пиратството, в частност – да бъде приета техниката на *проба от доказателства* (*evidence sampling*). В следващия абзац Доклад 301 посочва, че провалът на България да приеме доктрината *проба от доказателства* е основната причина за липсата на съществени и успешни обвинения за престъпления против ИС и за слабата защита срещу онлайн пиратството.

Обосновано може да се заключи, че САЩ е притеснена не от материално правната уредба на престъпленията против ИС, а по отношение на събиране на доказателства, т.е. притесненията са в посока на липса на законодателен способ в НПК да бъдат събрани доказателства по посочената доктрина *evidence sampling*⁷. Така аргументът на вносителя, че промяната на НК отговаря и на критиките, отправени спрямо Република България по Раздел „Специален 301“ от Търговския закон на САЩ във връзка със защитата на правата на интелектуална собственост, най-вече в областта на онлайн пиратството, очевидно е проблемен, що касае промяната на чл. 172а от НК, и не следва да се счита за релевантен към нея.

3. Усложнена организирана престъпна дейност

Както и при допускането, че престъпленията против ИС са с висока степен на обществена опасност, по същият начин в Мотивите на закона се приема без никакви доказателства, че при престъпленията против ИС обикновено става дума за усложнена организирана престъпна дейност.

Това твърдение не само не се базира на доказателства, а и не взема предвид обстоятелството, че често извършителите на деянията по тези текстове могат да са малолетни и непълнолетни лица.

4. Необходимите данни за престъпленията срещу ИС не могат да бъдат събрани по друг начин освен чрез използване и прилагане на специални разузнавателни средства

Не е обосновано и подкрепено с доказателства и твърдението, че към настоящия момент действащото законодателство не предлага никакви други способи за доказване на престъпления, свързани с онлайн пиратство, и че единствената възможност е прилагането на СРС - изключително остро средство за навлизане в защитената лична сфера на гражданите, с чието прилагане временно се дерогират конституционните им права!

Така например, с едно от последните изменения на Наказателния кодекс от 2022 г. (бр. 53 на ДВ) бяха повишени санкциите включително за престъпления срещу ИС, така че последните да са с горна граница *6 и повече години*. С това тези престъпления попаднаха в обхвата на справките за **трафични данни** по чл. 251б от Закона за електронните съобщения, съгласно който данните, създадени или обработени от предприятията, предоставящи обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги, в процеса на тяхната дейност се съхраняват за целите на предотвратяване, разкриване и разследване на тежки престъпления.

Очевидно събирането на трафични данни, в това число информация за: проследяване и идентифициране на източника на връзката; идентифициране на направлението на връзката; идентифициране на датата, часа и продължителността на връзката; идентифициране на типа на връзката; идентифициране на крайното устройство на потребителя или на това, което се представя за негово крайно устройство; установяване на идентификатор на ползваните клетки – е вече един достатъчно инвазивен способ, предлаган от действащото законодателство.

III. По съществото на законопроекта

1. Предложение за нова алинея 2 на чл.172а от НК

Съгласно текста на предложението за нов чл.172а (2),

4.В бележките по „т. III. По съществото на законопроекта“ не се съдържат предложения, а мнение с посочени примери.

„Наказанието по ал. 1 се налага и на онзи, който изгражда или поддържа информационна система или предоставя услуга на информационното общество с цел извършване на престъпления по ал. 1.“

Според мотивите на законопроекта, „за да е съставомерно деянието по предложената нова алинея, не е необходимо да се е стигнало до реално извършване на престъпление по чл. 172, ал. 1 от Наказателния кодекс. Самият факт на изграждане или поддържане на информационна система или предлагане на услуга на информационното общество с престъпна цел представлява довършване на изпълнителното деяние и е основание за носене на наказателна отговорност. С предложената промяна се цели наказателното преследване на лицата, създаващи условия за онлайн пиратство – например чрез изграждането и поддържането на сайтове за торент тракери, уебплатформи, чат групи в приложения за онлайн комуникация за онлайн размяна на пиратско съдържани и всякакви други дейности, които могат да попаднат в дефиницията за „услуга на информационното общество“ по смисъла на Закона за електронната търговия, и които се извършват с посочената престъпна цел. Наказателната норма не цели преследване на отделните потребители на подобни пиратски произведения.“

По същество, с проекта за текст се инкриминира създаването на сайтове, но не само. Инкриминира се комуникацията – т.е. създаването на чат групи в социални мрежи, в които се споделят произведения, защитени от авторско право, или поне такова изглежда намерението на вносителя. За да е довършен съставът на престъплението, достатъчно е да е налице сайт/ чат-група/ всяка друга дейност, която може да попадне в дефиницията на „услуга на информационното общество“ по смисъла на Закона за електронната търговия.

От обективна страна, на първо място, **изпълнителното деяние** представлява само действие, което може би е еднократно, но по-вероятно е продължено/ продължавано. Под термина „изгражда“ може би е има предвид „създава“, т.е. има участие в това в цифрова среда да съществува определена информационна система. Терминът „поддържа“ звучи като действие, ориентирано към това съответната информационна система да

функционира. Понятието е твърде широко, като в него може да влезе и плащане на съответния доставчик на интернет трафик, на доставчика на домейн, създаване на интернет архитектурата и т.н. По отношение на действието „предоставя услуга на информационно общество“, възможностите са неограничени. Всяко деяние, което попада в лабиринта на взаимовръзки между чл.1, ал. 3 от ЗЕТ, тези по чл. 1, ал. 4 от ЗЕТ, пояснени от чл.2, ал. от Регламент 2019/1150 и от чл.1, §1, б.(б) от Директива 2015/1535 ще попадне в обхвата на понятието. Става въпрос за комуникация в интернет, т.е. за използване на съществуващи пространства в интернет, без деецът да е ангажиран изобщо със съществуването на съответното пространство/ сайт, където се извършва обмяна на информация.

Предмет на деянието ще бъде „информационна система“. В случая следва да се съобразят дефинициите на информационна система⁹, компютърни данни¹⁰, компютърна програма¹¹ и компютърна мрежа, дефинирани в НК¹².

Специална цел е извършването на престъпления по ал. 1. Такива са: записване, възпроизвеждане, разпространяване, излъчване или предаване, или използване по друг начин чужд обект на авторско или сродно на него право, или екземпляри от него, без необходимото по закон съгласие на носителя на съответното право. Всяко от деянията трябва да е насочено към извършване на престъпление по първият основен състав на чл. 172а от НК.

От субективна страна, субект на престъплението може да бъде всяко лице, което е наказателно отговорно. Възможни са всички форми на съучастие по чл. 20 от НК. Възможно е престъплението да е извършено като организирана престъпна група. Тук е мястото да се отбележи и, че обикновено т.нар. „доставчици на услуги на информационното общество“ са корпоративни играчи, а не физически лица.

Формата на вина може да е само пряк специален умишъл. Деецът трябва да съзнава, че осъществява изпълнителното деяние, с цел да извършва

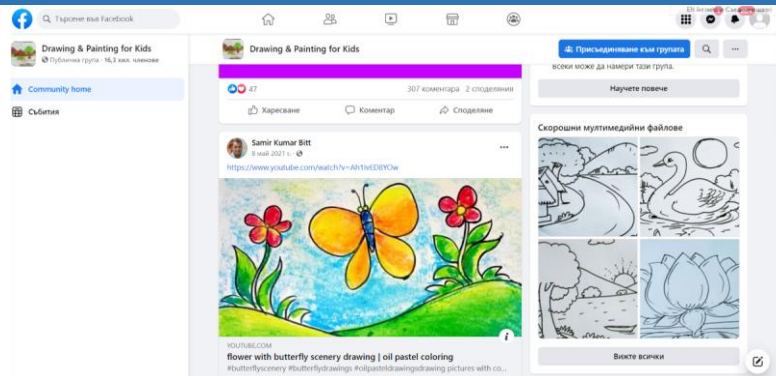
престъпление по чл. 172а, ал.1 от НК, и че сайта, който създава или администрира, или групата, която създава/ администрира в социални мрежи или други форми на онлайн комуникации – например интернет телефония и др. – ще се използват за извършване на пиратско споделяне и/ или другите форми по чл. 172а, ал.1 от НК.

По отношение на пострадал, престъплението е формално, на просто извършване, и не е необходимо настъпване на престъпен резултат. Възможни са колатерални вреди за правоимащи, както и за конкуренти, които използват легитимни средства за разпространение на произведения, например.

Престъпният състав е самостоятелно завършен, т.е. не е ангажиран от извършване на престъпление по чл. 172а, ал.1 от НК. Това е изцяло нов, самостоятелен и основен състав на престъпление против авторското право. Възможна е реална и идеална съвкупност с престъпление по чл. 172а, ал.1 от НК. Престъплението е възможно да бъде извършено единствено и само в цифрова среда.

Пример:

Създалият отворената група във Фейсбук, заедно с лицето/ лицата, които поддържат съответната Фейсбук страница, биха били отговорни за извършване на престъпление по чл. 172а, ал.2 от НК, ако групата е създадена за разпространение на рисунки на/за деца, без съгласието автора и/ или на настойника/ попечителя на автора, ако последният е малолетен/ непълнолетен, като тази страница е създадена именно с такава цел.



Ако се приеме за чиста монета намерението на работната група, то лицата, които споделят пиратски рисунки няма да бъдат преследвани за това престъпление, но могат да бъдат преследвани за престъпление по чл. 172а, ал.1 от НК. За това си деяние отговорните лица могат да влязат в затвора за 6 (шест) години.

В заключение по тази проекторазпоредба, направен е опит за първи път да се създаде специална норма, която да релевира отговорност на създатели/администратори на торент сайтове, стриминг сайтове и др. подобни, преимуществено за пиратство. На фундаментално ниво, обаче, се криминализира едно формално деяние, което би следвало да е изключение в наказателното нормотворчество. Проблем има и в обстоятелството, че се криминализира легална дейност – поддържане на мрежа, създаване на сайт, платформа, онлайн услуга и тяхната поддръжка. Следва да се отбележи, че торент технологията, стрийминга и т.н. също сами по себе си са законосъобразни дейности и технологии със съществена роля по отношение на технологичния прогрес.

Още по-съществен е проблемът с правото на свободно изразяване, особено в последния вариант на изпълнителното деяние. Не е взета предвид и хипотезата, в която един сайт има „двойна употреба“, т.е. е създаден за разпространение на произведения от потребителите му, като тези произведения само в една част са пиратски. На последно място, изразът „изгражда“ е без легална дефиниция в НК, по-скоро се асоциира с материалният свят – със строителство и градеж.

Като цяло, практическото приложение на този текст е в състояние да създаде огромни трудности по правоприлагане, като може да се приеме, че не е пригоден да изпълни своята цел, така, както е заложена от вносителя на проекта.

2. Предложение за изменение на алинея 3 на чл.172а от НК

Съгласно текста на предложението, досегашната ал. 3 става се изменя така:

„(3) Който без необходимото по закон съгласие държи материални носители, съдържащи чужд обект на авторско или сродно на него право, при което паричната равностойност на един или повече от обектите надхвърля десет хиляди лева или обектите надхвърлят петдесет броя, или държи матрица за възпроизвеждане на такива носители, се наказва с лишаване от свобода от две до шест години и глоба от две хиляди до десет хиляди лева.“

Разликата със сега действащата норма е, че се заменя елемента от обективната страна *чужд обект на авторско или сродно на него право на стойност в големи размери*, с алгоритъм – *чужд обект на авторско или сродно на него право, при което паричната равностойност на един или повече от обектите надхвърля десет хиляди лева или обектите надхвърлят петдесет броя*.

Съгласно Мотивите, причината за предложението са ситуации, при които са „извършени престъпления спрямо множество (в някои случаи хиляди или десетки хиляди) защитени обекти на авторско или сродно на него право и/или материални носители, съдържащи защитени обекти. Това неимоверно затруднява дейността на компетентните органи по разследването и разкриването на подобни престъпления поради необходимостта от изследването и индивидуализирането на всеки един обект или материален носител поотделно преди внасянето на обвинителен акт в съда. С предложенията се цели създаването на обективен, конкретно фиксиран и ясно определен количествен критерий, при достигането на който е налице достатъчно висока степен на обществена опасност, за да се

счита престъплението за довършено и да позволява внасянето на обвинителния акт в съда. [...] Предлагат се два възможни алтернативни количествени критерия, наличието на който и да е от които е достатъчен, за да се счита престъплението за довършено – парична равностойност (на един или повече от обектите, която да надхвърля десет хиляди лева) или брой засегнати обекти (надхвърлящи петдесет броя).“

Следва да се отбележи, че вече е правен подробен анализ на състава на чл. 172а, ал.2 от НК. Създаването на чл. 172а, ал. 2 от НК има за цел борбата с предлагането на оптични дискове, съдържащи обекти на авторско и сродните му права, както и производството им. Нарочната разпоредба очевидно е израз на стремежа на правителството, подкрепено от законодателя, да подчертае ангажираността си към този проблем пред прага на приемането на България като пълноправен член на ЕС. Разпоредбата е „оригинална“ българска. Такава липсва в което и да е законодателство на европейските държави. Нормата включва в себе си и два отделни предмета – **материални носители**, съдържащи чужд обект на авторско или сродно на него право на стойност в големи размери, и втори – матрица за възпроизвеждане на такива носители. Инкриминира се просто държане.

В този смисъл, може да се каже, че изменението попада извън поставените задачи и цели на проекта. Всички критики към основният състав на сега действащият текст остават , като считаме, че той е **изцяло непригоден за борба с интернет пиратството**, тъй като касае материални носители. Нормата е била архаична още към момента на създаването ѝ, по тази причина, а не както е изтъкната в мотивите към Проекта практически е изключение в съдебната практика. Изключенията са, когато неправилно се счете, че персонален компютър сам по себе си е материален носител – нещо, което е извън смисъла, духа и буквата на закона.

Пример: Колко струва тази картина?



Внесенят от работната група утилитарен механизъм заменя термина *големи размери*, с алгоритъм, подобен на познатият в законодателството на САЩ в 18 U.S. Code § 2319, (b)(1)¹⁵. На фундаментално ниво очевидно се използва доктрината на *проприетизация*, т.е. приравняване на авторското право към правото на собственост, което противоречи на разбирането му у нас¹⁶.

3. Предложение за изменение на алинея 7 на чл.172а и алинея 3 чл.172б от НК

Съгласно текста на предложението, алинея 7 на чл.172а от НК се изменя както следва:

Когато предметът на престъплението принадлежи на дееца, същият се отнема в полза на държавата.

Съответно, чл. 172б ал. 3 се изменя така:

Когато предметът на престъплението принадлежи на дееца, същият се отнема в полза на държавата.

Съгласно Мотивите, в някои случаи режимът на отнемане на обекта на престъплението може да доведе до несправедливи резултати – да се засегнат права на трети лица, добросъвестно придобили пиратски произведения (вкл. възмездно), а също така е възможно обектите да имат определена полезност за правоносителите – напр. да служат за създаване

на допълнителни защити, за обучения с оглед разпознаването на пиратски копия и др. Затова се предлага обектът да се отнема само ако принадлежи на дееца, което е в съответствие с общия режим за отнемане на вещи в полза на държавата по чл. 53, ал.1 от Наказателния кодекс. Считаме, че текстът може да има положителен ефект и следва заложените от законопроекта цели, доколкото конфискацията по чл. 172а, ал.6 и чл. 172б, ал.3 от НК има пряко отношение към превенцията на такива престъпления, което произтича пряко от Споразумение ТРИПС и Директива 2004/48. Същевременно, обаче, текстът не предоставя решение на основния проблем на конфискацията, а именно – как тя ще се приложи към цифровите пиратски копия. Според експерти, подобен нормативен механизъм у нас не съществува, и е обосновано е да се приеме, че практически „дигитална конфискация“ не се прави в България. Нормата още при създаването си има сериозни дефекти, ограничаващи основни права, в частност, както правилно е посочено, понякога засяга правата на собственици на инкриминирани произведения. Освен това, това решение влиза в противоречие с ангажиментите на държавата в съответствие с обяснителна бележка 14 към Споразумението ТРИПС. В случая, доколкото става въпрос за пиратски/ фалшифицирани (в случая по чл. 172б от НК) стоки, релевантна ще бъде хипотезата на чл. 53, ал.2 от НК, където се предвижда, че подлежат на отнемане вещите, предмет или средство на престъплението, притежанието на които е забранено. Тук не може да се говори за засягане на имуществената сфера на когото и да е, тъй като притежание на такива вещи изобщо е неправомерно и държавата възстановява необходимото и коректно състояние в правната и фактическа действителност. По тази причина е без значение чия собственост са те, дори и кой точно ги е държал. Тъй като наказателноправната защита по смисъла на чл. 61 от Споразумението ТРИПС е насочена към борбата с пиратството или фалшификацията, конфискацията е свързана и с унищожаване на стоките. Целта е те да бъдат изведени от обичайните търговски канали. Казано по друг начин, конфискацията е стандарт, който трябва да бъде достигнат от всяка държава-съдоговорител, каквато е България, когато става въпрос за пиратски/ фалшифицирани стоки, без значение кому принадлежат те.

В заключение може да се приеме, че предложения текст не може да

замени сега действащия, тъй като не коригира дефектите на механизма нито на чл. 172а, ал.6, нито на чл. 172б, ал.3 от НК.

4. Предложение за изменение на чл. 194 ал. 2 от НПК

По-нататък проектът предлага разследването на престъпления по чл.172а, ал. 3 и ал. 4, чл. 172б, ал. 2 от НК да се извършва от следователите при Национална следствена служба. Съгласно Мотивите, “разширяването на предметната компетентност на следователите при Национална следствена служба е в пряка връзка с предоставената на следователите абсолютна компетентност, произтичаща от разпоредбата на чл. 194, ал. 1, т. 4 НПК, според която следователите извършват разследването и по дела с фактическа и правна сложност, както и с големия опит, който притежават. [...] Предлаганите изменения целят да бъде използван капацитета на високо квалифицирани разследващи органи с оглед постигане на значими резултати в краткосрочен и средносрочен план при борбата с престъпленията срещу интелектуалната собственост и киберпрестъпността, значителна част от които се извършват при усложнена фактическа обстановка, включително и онлайн, а извършителите разполагат ресурсите си на териториите на няколко държави. Разследването на подобен вид престъпна дейност предполага много добри познания при изследването и събирането на електронни доказателства и разследване в онлайн среда.”

Гореописаното предложение за изменение изглежда свързана с целта, която си е поставил вносителът, като отчасти обхваща предмета на промените в Проекта. Описаните аргументи са обосновани. Въпреки това подходът, съгласно който компетентността се прехвърля за съставите по ал.3 и ал.4 от чл. 172а от НК е несвършен, доколкото, както стана дума по-горе, чл. 172а, ал.3 от НК не е пригоден за борба с интернет пиратството. На практика се изключват основните състави по чл. 172а, ал.1 и ал.2 от НК, особено вторият, който специално е създаден с такава цел. По същество се увеличава възможността на органите по разследването сами да преценяват кое разследване да бъде селективно разгледано от следователите, кое – от разследващи полицаи, като критериите за това, особено в началната фаза на това разследване, са неясни. От тук е налице непредвидимост, неяснота и би могло да се

предизвика обосновано съмнение в обществото за липса на прозрачност и несъобразяване изискванията за законосъобразност.

5. Предложение за изменение на чл. 172 ал. 2 от НПК и чл.3, ал.1 от ЗСРС

На последно, но най-важно място, проектът предвижда включване на чл. 172а, ал. 1, 2, 3 и 4, чл. 172б, ал. 1 и 2 към престъпленията, при които може да се използват специални разузнавателни средства (СРС).

Предложението за изменение на чл. 172 ал. 2 от НПК и чл.3, ал.1 от ЗСРС създава силен инструмент в ръцете на органите на репресивният апарат. Подобни механизми се прилагат в Русия, Иран, Турция и други държави.

Следва да се има предвид, обаче, че е спорно доколко в НПК и в ЗСРС към настоящия момент има адекватни технически средства и оперативни способности, които да бъдат подходящи за изготвянето на веществени доказателствени средства за установяване извършването на престъпления против интелектуалната собственост.

В допълнение, проектозаконът не предоставя яснота относно начина на извършване на предварителна проверка – със или без употребата на специални разузнавателни средства, в рамките или извън образувано вече досъдебно производство. Не е налице и яснота при какъв законен повод може да се прибегне до използване на специални разузнавателни средства.

Особено важно е, че предложените изменения **не следват досега изградената система за приложение на специални разузнавателни средства**. Съгласно завареното законодателство, СРС се използват при две категории престъпления:

1. тежки умишлени престъпления и
2. престъпления, чиято тежест кумулативно се определя от характера на техния:
 - i. субект (извършител – например: длъжностно лице),
 - ii. обект (засегнатите обществени отношения трябва да са от естеството, можещо потенциално да застраши финансовата или националната сигурност и/или живота и здравето на

много хора – например: изпиране на пари, участие или ръководене на организирана престъпна група, престъпления, свързани с ядрен материал или източници на йонизиращи лъчения или компоненти за тях, разгласяване на информация с военен характер, представляваща държавна тайна, или чуждестранна класифицирана информация и други) и

- iii. размера на причинените вреди (особено големи размери, представляващи особено тежък случай).

Най-често обект на специални разузнавателни средства са квалифицирани състави на дадено престъпление. Това обстоятелство допълнително свидетелства за изключителността и тенденцията за максимално ограничаване прибягването до подобни средства при разследване на престъпления. Не е коректно специални разузнавателни средства да се прилагат за цял раздел от Наказателния кодекс без значение от наказуемостта, без значение от състава, без значение от субекта.

Следва да се има предвид, че извършители на подобни престъпления могат да бъдат не само малолетни и непълнолетни лица, но и лица, имащи определено психическо нарушение, които да трябва да бъдат подложени на съдебнопсихологическа или съдебнопсихиатрична експертиза за определяне на степента на тяхната вменяемост (например: аутизъм от спектъра на Асбергер, биполарно разстройство, шизофрения и други). Съгласно сега предложените изменения на закона, които не включват конкретизация от обективна или субективна страна за прилагане на специални разузнавателни средства, подобни лица, техните семейства, а в някои случаи и техните съседи (когато говорим за използване на един IP адрес, чрез който напр. се „даунлоудват“ пиратски копия) следва да бъдат подложени на проверка със специални разузнавателни средства.

На последно място, изключително трудно ще бъде достигането на достатъчна индивидуализация на вероятния извършител на престъпление против интелектуалната собственост посредством средства на информационните технологии (преди даването на разрешение за използване на специални разузнавателни средства), защото установеният IP адрес не е уникален за конкретно лице.

Срокът за прилагане на специални разузнавателни средства за

	установяване на самоличност е 20 дни с възможност да бъде периодично продължаван с максимум 20 дни до достигане на 60 дни общо (чл. 175, ал. 3 НПК вр. чл. 12, ал. 1, т. 4 ЗСРС). Това означава, че съществува възможност спрямо лица, чийто IP адрес съвпада с този на извършителя на конкретното престъпление, да бъдат използвани специални разузнавателни средства без тяхното знание и съгласие за период от максимум 60 дни. Очевидно е, че информацията, извлечена от обекти на информационна система, може да засегне личното пространство на проверяваното лице в изключително висока степен, като същата дори може да създаде опасност за злоупотреба с негови финансови активи и пасиви. Тази информация може да приеме формата на данни за банкови транзакции, номер на дебитна карта, парола на същата, ЕГН, данни за система за проследяване на мобилно устройство и други. Мнението на консултираните от нас експерти в сферата е, че в случая е налице крещяща липса на съответствие между правото на защита на интересите на засегнатите правноносителите и правото на лична неприкосновеност и свободна воля и изразяване на гражданите. Мярката се възприема като повече от непропорционална и такава, която не може да бъде обсъждана изобщо в една демократична държава. В заключение, считаме, че публикуваният проект за ЗИД на НК, с който се предвиждат също така изменения в НК и ЗСРС, е немислен и недобре обоснован. Проектът не е взел предвид интересите на нито една от засегнатите от планираното законодателно изменение страни, освен на носителите на права на ИС. Мотивите и оценката на въздействието дори не споменават потенциалното засягане на сектора на доставчиците на онлайн услуги и най-вече – на широката публика. Проектът предвижда силно непропорционални мерки за противодействие на онлайн пиратството и създава прекомерни рискове за упражняването на редица конституционни права на гражданите на Република България. Считаме, че законопроектът не следва да се внася за обсъждане в Народното събрание.	
--	---	--