



НАЦИОНАЛНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЯ

**25 ГОДИНИ ДЕПАРТАМЕНТ „ПРАВО“
НОВ БЪЛГАРСКИ УНИВЕРСИТЕТ**

14 декември 2016 г.

НОВ БЪЛГАРСКИ УНИВЕРСИТЕТ

ДЕПАРТАМЕНТ „ПРАВО“

Съставителство:

**Екатерина Михайлова
Деяна Марчева**

Редакционна колегия:

**Екатерина Михайлова
Веселин Методиев
Деяна Марчева**

© Нов български университет, 2017 г.

Всички права са запазени. Не е разрешено публикуването на части от сборника под каквато и да е форма – електронна, механична, фотокопирна или по друг начин без писменото разрешение на издателството и авторите.

СЪДЪРЖАНИЕ

Списък на автори

Списък на използваните съкращения

In Memoriam

Част първа ПРАВО И ХУМАНИТАРИСТИКА

Ius Est Ars (Някои размисли за правото като изкуство или изкусно занятие и за неговото изучаване)

Малина Новкиришка-Стойнова

Реакцията на правото срещу злоупотребите с него

Кристиан Таков

Представите за качествата на политическия човек в конституционните дебати през XIX век

Веселин Методиев

Имигранти и бежанци - опасност или възможност

Людмил Георгиев

За ролята и отговорността на националния съдия по прилагането на правото на ЕС (Необходимо припомняне на изводите от две исторически решения на Съда на ЕС)

Атанас Семов

Хуманитарните науки не служат за нищо и това е добре: Екскурс върху възгледите на Стенли Фиш, професор по литература и право

Йордан Ефтимов

Преподаването на материята за правата на човека - реалности и перспективи

Светла Маргаритова

Методологията на правната наука и юридическото образование

Симеон Гройсман

Част втора НОВИ ПРОЧИТИ В ЧАСТНОТО ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЯ ПРОЦЕС

Прилагането на забраната за злоупотреба с по-силна позиция при договаряне

Методи Марков

Необходим ли е чл. 19 от Закона за защита на конкуренцията за ефективното прилагане на забраната за злоупотреба с пазарно господство"

Емилия Димитрова

За характера на срока за предявяване на иска при допуснато обезпечение

Таня Градинарова

Правните последици на местното арбитражно решение – недостатъци в правния режим у нас и последните стъпки за преодоляването им

Маргарита Златарева

Няколко американски истории и задължението да окажеш помощ

Силвия Цонева

Ползването на отпуск като хипотеза на изменение на индивидуалното трудово правоотношение

Ивайло Стайков

Установяване на частична трансформация по отношение на имот, за който в бракоразводното споразумение е уговорено, че остава съсобствен

Венцислав Л. Петров

Част трета НОВИ ПРОЧИТИ В НАКАЗАТЕЛНОТО ПРАВО И ПУБЛИЧНОТО ПРАВО

Правна сигурност и справедливост в наказателното право

Дилян Начев

Значение на психичната болест на извършител на изключително тежко престъпление при индивидуализацията на най-тежките наказания доживотен затвор и доживотен затвор без замяна в българската съдебна практика

Ива Пушкарлова

Трансфер на пробационни мерки, постановени в държави-членки на Европейския съюз

Ралица Костадинова

Проектът BEPS в контекста на борбата срещу избягване на данъци

Гинка Симеонова

Целите за устойчиво развитие на ООН

Катерина Йочева

Оценка на въздействие на нормативни актове - същност и видове

Райна Николова

Свободата на сдружаване според Търновската конституция (1879-1912)

Александра Айтова

Отчетна ли е прокуратурата според чл. 84, т. 16, изречение второ от Конституцията на Република България? (Коментар на решение №6 по к.д.№15 от 2016г. на Конституционния съд на Република България)

Екатерина Михайлова

Към публичноправно понятие за авторитет

Деяна Марчева

TABLE OF CONTENTS

List of contributors

Index

In Memoriam

Part I LAW AND HUMANITIES

Ius Est Ars (Some Reflections on *Ius* as an Art or an Artful Occupation and on Legal Education)

Malina Novkirishka-Stoyanova

The Reaction of Law towards Its Abuses

Christian Takoff

Notions of the Qualities of the Political Person in the Constitutional Debates in the Nineteenth Century

Veselin Metodiev

Immigrants and Refugees – Danger or Opportunity

Lyudmil Georgiev

The Role and the Responsibility of the National Judge for the Implementation of the EU Law (A Necessary Recall of the Conclusions from Two Historical Judgements of the Court of EU)

Atanas Semov

Humanities Serve No Purpose and It's a Good Thing: An Excursus on the Views of Stanley Fish, Professor in Literature and Law

Yordan Efftimov

Human Rights Education – Realities and Perspectives

Svetla Margaritova

Methodology of Legal Science and Legal Education

Simeon Groysman

Part II NEW READINGS IN PRIVATE LAW AND CIVIL PROCESS

Application of the Prohibition on the Abuse of Superior Bargaining Position

Metodi Markov

Is Article 19 of the Law Act on Protection of the Competition Necessary for the

Efficient Application of the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position

Emilia Dimitrova

Regarding the Characteristics of the Deadline for Submission of an Action in an Admitted Injunction

Tanya Gradinarova

Legal Effects of the Local Arbitration Judgment – Disadvantages of the Bulgarian Legal Order and the Recent Steps for Overcoming Them

Margarita Zlatareva

Several American Stories and the Duty to Rescue

Silvia Tsoneva

Taking a Leave as a Hypothesis of Amendment to the Individual Employment Relationship

Ivaylo Staykov

Establishment of Partial Transformation of Property That Has Been Specified as Co-owned in the Divorce Settlement

Vencislav L. Petrov

Part III NEW READINGS IN CRIMINAL LAW AND PUBLIC LAW

Legal Certainty and Justice in the Area of Criminal Law

Dilyan Nachev

The legal relevance of the mental disease of the perpetrator of an extremely dangerous crime in the process of individualization of the gravest penalties - life imprisonment without commutation and life imprisonment - according to the Bulgarian judicial practice

Iva Pushkarova

Transfer of Probation Measures in the European Union

Ralitza Kostadinova

BEPS Project in the Context of the Fight against Tax Avoidance

Ginka Simeonova

UN Sustainable Development Goals

Katerina Yocheva

Nature and Types of the Legislation's Impact Assessment

Raina Nikolova

The freedom of Association according the Constitution of Tarnovo (1879-1912)

Alexandra Aytova

Is the Prosecutor's Office Accountable according to Article 86, point 16, sentence 2 of the Constitution of Republic Bulgaria? (Comments to Decision No.6 on Constitutional Case No.15 of 2016 of the Constitutional Court of Republic Bulgaria)

Ekaterina Mihaylova

Towards Public Law Concept of Authority

Deyana Marcheva

СПИСЪК НА АВТОРИ

СЪСТАВИТЕЛИ

Екатерина Михайлова, проф., д-р, е член на департамент „Право“ на Нов български университет. Преподава история на българската държава и право, конституционно право, развитие на българския конституционализъм, нормотворчество и др. Тя е един от организаторите на общоуниверситетския семинар „Памет и съвест за тоталитаризма – юридически и исторически разказ“ в НБУ. Има дългогодишен политически и публичноправен опит като народен представител от 1991 г. до 2013 г. Заместник-председател е на 40-то и 41-то Народно събрание. Понастоящем е член на Консултативния конституционен съвет при Омбудсмана на Република България. Автор е на книгите „Тоталитарната държавна и право в България (1944-1989)“ (2016), „Ролята на държавния глава в законодателния процес. Преглед на българските конституционни модели“ (2015), „Парламентаризъм и правова държава в България“ (2012, 2004) и на множество статии и студии в научни списания и сборници.

Деяна Марчева, гл. ас., д-р, е член на департамент „Право“ на Нов български университет. Преподава конституционно право, административно право на ЕС, обществени поръчки, концесии и публично-частно партньорство, медицинско право. Тя е един от организаторите на общоуниверситетския семинар „Права на човека“ в НБУ. Има дългогодишна адвокатска практика. Автор е на статии в български и чуждестранни научни списания и сборници.

АВТОРИ

Малина Новкиришка, проф., д. н., е преподавател по римско частно право и римско публично право в Юридическия факултет на СУ „Свети Климент Охридски“, ЮФ на ПУ „Паисий Хилендарски“ и департамент „Право“ на Нов български университет. От 1992 г. е съветник в дирекция „Правна“ на Министерски съвет на Република България. Главен редактор е на електронното списание IUS ROMANUM, президент на Балканската асоциация по римско право и римскоправна традиция "Societas pro iure romano". Автор е на книгите „Дългосрочните поземлени отношения в римското право“ (2000), „Пекулият в римското право“ (2000), „Правна регламентация на емфитевзата в римското право“ (2000), „Античните кодификации“ (2008), „Precarium“ (2008), „De Iure Publico“ (студии по римско публично право)“ (2013), „Publicum ius“ (2016) и на повече от 150 статии по римско и антично право. Съставител е на сборниците „Римско право и съвременни кодификации“ (2008), „De Criminibus“ (2008), „Римско право и европейско право“ (2008), „100 години от рождението на проф. Михаил Андреев“ (2011), „Римско и съвременно публично право“ (2013) и др.

Кристиан Таков, доц., д-р, е преподавател по гражданскоправни науки в Юридическия факултет на СУ „Свети Климент Охридски“. От 1994 г. е арбитър при Арбитражния съд на Българската търговско-промишлена палата и негов председател в периода 2014-2016. През 2007-2009 участва в Study Group on a European Civil Code като представител на България в пленарната сесия по изготвяне на Draft Common Frame of Reference на сесиите в Будапеща, Прага и Атина. Нарича себе си „екстремист в морала“ и е известен с непримиримата си гражданска позиция срещу корупцията и „бездушието“ в правото. Негови са сентенциите „Не се оплаквай от тъмнината! Запали свещ!“, „Пазете правото

дори и от закона“. Автор е на книгите „Банковата гаранция“ (1998), „Как се решава частноправен казус“ (2008) „Доброволно представителство“ (2008) и на множество статии в български и чуждестранни научни списания и сборници.

Веселин Методиев, доц., д-р, е член на департамент „История“ на Нов български университет. Преподава история на българската държава и право, развитие на българския конституционализъм и др. Той е един от организаторите на общоуниверситетския семинар „Памет и съвест за тоталитаризма – юридически и исторически разказ“ в НБУ Има дългогодишен политически опит като народен представител (1995-2001, 2005-2013). Той е министър на образованието и науката и вицепремиер в периода 1997-1999 г. Автор е на книгите „Министерският съвет в България: Началото 1879-1886“ (1999), „Дневници на учредителното събрание от 1879 г“ (2004), „Конституционният дебат в българския парламент през XIX век“ (2016) и на множество статии и студии в научни списания и сборници.

Людмил Георгиев, проф. д-р, е член на Настоятелството на Нов български университет. Основател е на първата програма по публична администрация в България и автор на първия самостоятелен учебник по Регионална икономика. Преподава: Регионална икономика, Местно самоуправление, Регионализация и глобализъм в световното развитие и др. Той е ректор на НБУ в периода 2009-2012 г. Член е на Българо-Американската комисия за академичен обмен „Фулбрайт“ в периода 1999 – 2005 г. Дългогодишен експерт е към Министерски съвет, Министерството на регионалното развитие и благоустройството, Института по публична администрация и европейска интеграция към Министерски съвет, Столична община и др. Автор, научен редактор и преводач е на книгите: „Ethics in the Public Service – Current Issues and Practice“ (1996), „Public Service Training Systems in OECD Countries“ (1996), „Promoting Performance and Professionalism in the Public Service“ (1997), „Подготвяне на публичните администрации за европейското административно пространство“ (1999), „Маркетинг и мениджмънт на местната администрация“ (2002). „Сравнителна публична администрация“ (2003), „Регионална икономика“ (2009), „Преподаване чрез казуси“ (2010), „Регионални и общински несъответствия“ (2012) и др.

Атанас Семов, доц., д. н., е преподавател по право на Европейския съюз в Юридическия факултет на СУ „Свети Климент Охридски“. Той е ръководител на Международната магистърска програма „Право на ЕС“ на СУ „Свети Климент Охридски“ и Европейския университетски център – Нанси, Франция. Директор е на Института по европейско право. През 2012 г. става носител на Катедра „Жан Моне“ на ЕС (Jean Monnet Chair). Автор е на 14 книги, сред които „Правна система на ЕС“ (2017), „Съдът на ЕС“ (2012), тритомникът „Права на гражданите на ЕС“ (2013-2017), „Система на източниците на правото на ЕС“ (2009), „Принципи на прилагане на правото на ЕС“ (2007) и др. През септември 2017 г. предстои да бъде избран за професор по право на ЕС.

Йордан Ефтимов, доц., д-р, е член на департамент „Нова българистика“ на Нов български университет. Води курсове върху историята на българските печатни медии, масовата култура в България, книгата и литературата в епохата на интернет и др. Ръководител на Теоретичния семинар на департамент Нова българистика при НБУ (2001 – 2006), който под негово ръководство е преименуван самоиронично на „Литературата в края на краищата“. Създател на семинара „Тайните поетически вечери“, в който писатели и поети гостуват на академичната общност на Нов български

университет, за да дискутират научни теми. Радио- и телевизионен водещ на авторски културни предавания. Автор е на книгите „Опроверганата добродетел“ (2009), „Двойното дъно на класиката“ (2010), „Божествената математика: Тревожната хетероклитност на българския символизъм“ (2012) и „Поетика на съгласието и несъгласието: Българската литература от 50-те до 90-те години на XX век и идеологията“ (2013).

Светла Маргаритова, доц., д-р, е преподавател по криминология и защита правата на човека в Юридическия факултет на Бургаския свободен университет. Тя е адвокат с дългогодишна практика пред Европейския съд по правата на човека. От 2012 г. представлява България в Съвета на Европа по проекта HELP за усъвършенстване познанията на адвокатите в областта на Европейската конвенция за правата на човека. Автор е на книгата „Възпитателни мерки за малолетни и непълнолетни правонарушители“ (2011) и на множество статии и студии в научни списания и сборници.

Симеон Гройсман, гл. ас., д-р, преподавател по обща теория на правото в Юридически факултет на СУ „Свети Климент Охридски“. Работи като адвокат, Софийска адвокатска колегия. Представител е в България на неправителствената културна организация „Башкортостан – България“ (гр. Уфа, Русия). Автор е на книгата „Право и морал. Проблемът за юридическата валидност в прочита на съвременния правен позитивизъм“ (2017) и на множество статии в сборници и научни списания.

Методи Марков, проф., д. н., член на департамент „Право“ на Нов български университет. Преподава гражданскоправни науки, вкл. семейно и наследствено право, вещно право, кооперативно право, защита на конкуренцията. Има дългогодишна адвокатска практика. Автор е на множество книги, сред които „Искът за собственост по чл.108 от Закона за собствеността“ (1994), „Ограничаване на конкуренцията (забранени споразумения, решения и съгласувани практики по чл.9 от Закона за защита на конкуренцията)“ (2000), „Ограничаване на конкуренцията от държавата (държавно регулиране, държавни помощи, обществени поръчки, публични предприятия)“ (2001), „Ипотеката“ (2008), „Даване вместо изпълнение“ (2012), „Облигационно право, преглед на изпитния материал“ (2004, 2014), „Семейно и наследствено право, преглед на изпитния материал“ (2014), а също и на множество статии и студии в сборници и научни списания.

Емилия Димитрова, гл. ас., д-р, член на департамент „Право“ на Нов български университет. Преподава гражданско право (обща част) и правен режим на вътрешния пазар на ЕС. Понастоящем е Директор на програмния съвет към департамент „Право“ на Нов български университет. Има дългогодишна адвокатска практика. Автор е на книгата „Факторинг“ (2008) и на множество статии в сборници и научни списания.

Таня Градинарова, доц., д-р, преподавател по граждански процес в Юридическия факултет на УНСС и в Юридическия факултет на Варненския свободен университет „Черноризец Храбър“. В периода 1997-2001 г. е главен секретар на Министерството на Външните работи и генерален консул на България във ФРГ с консулски окръг Свободна държава Бавария и Федерална провинция Баден-Вюртемберг. Тя е адвокат с дългогодишна практика. Автор е на книгите „Неприсъствено решение“ (2015), „Гражданско изпълнително производство (курс лекции), първа част“ (2015), „Гражданско изпълнително производство (курс лекции), втора част“ (2016), а също и на множество статии в сборници и научни списания.

Маргарита Златарева, доц., д-р, член на департамент „Право“ на Нов български университет. Преподава граждански процес, арбитраж, международен граждански процес. Тя е дългогодишен съдия, вкл. съдия във Върховен касационен съд (1992-1997) и член на Конституционния съд (1997-2006). Автор е на монографии и студии, сред които „Юридически лица с нестопанска цел“ (2002), „Съдебна защита на основни права в България“ (2007), „Процесът за отмяна на решенията на общото събрание на корпоративни общности“ (2007), „Международен граждански процес, монография“ (2010), а също и на множество статии в сборници и научни списания.

Силвия Цонева, гл. ас., д-р, член на департамент „Право“ на Нов български университет, преподавател по облигационно право. Адвокат с дългогодишна адвокатска практика. Дългогодишен член на програмния съвет на програма „Право“ и академичен координатор на ЕРАЗЪМ в Нов български университет. Участник в проекта “Common Core of European Private Law“ при Университета на Торино, Италия (2013). Автор е на статии в български и чуждестранни научни списания и сборници.

Ивайло Стайков, доц., д-р, член на департамент „Право“ на Нов български университет. Преподава трудово и осигурително право. Адвокат с дългогодишна адвокатска практика. Автор е на книгите „Трудовоправен статус на членовете на Съвета за електронни медии и сравнение с този на членовете на други колективни държавни органи“ (2016), „Неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 от Кодекса на труда“ (2016) и на множество статии в сборници и научни списания.

Венцислав Л. Петров, гл. ас., д-р, преподавател по гражданско и семейно право в Юридическия факултет на СУ „Свети Климент Охридски“ и в Юридическия факултет на ВТУ "Св. Св. Кирил и Методий". Адвокат е от 2011 г. Автор е на статии в български и чуждестранни научни списания и сборници.

Дилян Начев, ас., д-р, преподавател по обща теория на правото в Юридическия факултет на СУ „Свети Климент Охридски“. Адвокат е от 2013 г. Автор е на статии в научни списания и сборници.

Ива Пушкарова, доц., д-р, преподавател по наказателно право в Академията на МВР и в Юридическия факултет на СУ „Свети Климент Охридски“. От 2005 г. консултира Съвета на Европа, Европейската комисия, Световната банка и други международни организации по различни въпроси на съдебната и наказателноправната реформа в Македония, Хърватия, Румъния, Русия, Грузия, Украйна. От 2011 г. ръководи изследователски център Фондация за развитие на правосъдието. От 2012 г. е Председател на Комисията по помилването към Президента на Република България. Автор е на монографиите „Форми на организирана престъпна дейност по НК на Република България“ (2011) и „Трафикът на хора“ (2012), а също и на множество статии и студии в научни списания и сборници.

Ралица Костадинова, гл. ас., д-р, член на департамент „Право“ в Нов български университет. Преподава наказателно право и наказателно право на ЕС и други дисциплини в областта на наказателното правораздаване. Адвокат е с дългогодишна адвокатска практика. Юридически консултант на пострадали от насилие към Асоциация Анимус (2003-2006). Член е на Българската асоциация по криминология. Секретар на списание „Правен преглед“ (2003-2008) и редактор на „Юридическо списание на НБУ“ (от 2005 г. до днес). Проектен научен сътрудник към Макс-Планк

институт по европейска правна история, Франкфурт на Майн, Германия (2009-2012). Автор е на книгата „Транспортни престъпления“ (2012) и на множество статии и студии в научни списания и сборници в страната и чужбина.

Гинка Симеонова, гл. ас., д-р, член на департамент „Право“ в Нов български университет. Преподава финансово право, данъчно право и данъчен процес, правен режим на държавните помощи. Тя е юрист с дългогодишна практика. Организатор е на цикъл семинари „Финансови инструменти за реализиране на политиките на Европейския съюз. Бюджет на Европейския съюз“ в НБУ. Автор е на множество статии и студии в научни списания и сборници.

Катерина Йочева, доц., д-р, член на департамент „Право“ в Нов български университет. Преподава международно публично право, право на ЕС, международно търговско право и външна политика на Република България. Тя е един от организаторите на общоуниверситетския семинар „Права на човека“ в НБУ. Автор е на монографията „Организация на международната търговия със суровини. Международноправни аспекти“ (2012) и на множество статии и студии в научни списания и сборници.

Райна Николова, проф., д. н., член на департамент „Право“ в Нов български университет. Преподава административно право и процес, медийно право, рекламно право и др. Тя е един от организаторите на общоуниверситетския семинар „Памет и съвест за тоталитаризма – юридически и исторически разказ“ в НБУ. През годините е преподавала и в ЮЗУ „Неофит Рилски“, СУ „Св. Климент Охридски“ и УНСС. Има дългогодишен опит като юрисконсулт и административен директор на БНТ (1997 – 2003 г.) и като член на Съвета за електронни медии (2004 – 2010 г.). Научен ръководител е на десетки законодателни проучвания към програма „Студенти на стаж в Народното събрание“. Участник в международни и национални научно-изследователски проекти. Член на Съюза на юристите в България и на Съюза на българските журналисти. Автор е на монографиите „Телевизионната програма на обществената телевизия в България. Публичноправни аспекти“ (2004), „Възникване и развитие на радиото и телевизията в България. Публичноправни аспекти“ (2006), „Административноправно положение на обществените електронни медии в България“ (2009), „Медийно аудио- и аудиовизуално право“ (2010, 2015), „Административноправна същност на информацията“ (2016), а също така и на учебни помагала, студии и статии в специализирания научен печат.

Александра Айтова, докторант по история на българската държава и право в Юридическия факултет на Софийски университет „Св. Климент Охридски“. Адвокат в Софийска адвокатска колегия от 2010 г. Специализант по английско право в Университета на Кеймбридж. Автор е на множество статии в научни списания и сборници.

СПИСЪК НА ИЗПОЛЗВАНИТЕ СЪКРАЩЕНИЯ

АД	Акционерно дружество
адм. д.	Административно дело
ал.	Алинея
АПК	Административнопроцесуален кодекс
арг.	Аргумент
б. а.	Бележка на автора
БАПЧ	Български адвокати за правата на човека
БВП	Брутен вътрешен продукт
бел.	Бележка
бр.	Брой
БНТ	Българска национална телевизия
в.	Век
ВАС	Върховен административен съд
Вж.	Виж
вкл.	Включително
ВКС	Върховен касационен съд
ВСС	Висш съдебен съвет
г.	Година
ГДР	Германска демократична република
ГК	Гражданска колегия
ГПК	Граждански процесуален кодекс
ГО	Гражданско отделение
ДВ	Държавен вестник
ДЕИО	Договор за създаване на Европейската икономическа общност
ДЕО	Договор за създаване на Европейската общност
ДЕС	Договор за Европейския съюз
Доп.	Допълнение
ДР	Допълнителни разпоредби
др.	Други
ДФЕС	Договор за функционирането на Европейския съюз
ДОПК	Данъчно-осигурителен процесуален кодекс
ЕЕА	Единен европейски акт
ЕИО	Европейска икономическа общност
ЕК	Европейска комисия
ЕКПЧ	Европейска конвенция за правата на човека
ЕП	Европейски парламент
ЕО	Европейски общности
ЕС	Европейски съюз
ЕСПЧ	Европейски съд по правата на човека
ЗАНН	Закон за административните нарушения и наказания
ЗГС	Закон за гражданското съдопроизводство
ЗЗД	Закон за задълженията и договорите
ЗЗК	Закон за защита на конкуренцията
ЗЗП	Закон за защита на потребителя

ЗИД	Закон за изменение и допълнение
ЗИДАПК	Закон за изменение и допълнение на Административно-процесуалния кодекс
ЗИДЗЗК	Закон за изменение и допълнение на Закона за защита на конкуренцията
ЗМТА	Закон за международния търговски арбитраж
ЗНА	Закон за нормативните актове
ЗРТ	Закон за радиото и телевизията
ЗСВ	Закон за съдебната власт
ЗХр	Закон за храните
изд.	Издание
Изм.	Изменение
изр.	Изречение
к. д.	Конституционно дело
КЗК	Комисия за защита на конкуренцията
к.н.д.	Касационно наказателно дело
КРБ	Конституция на Република България
КС	Конституционен съд
КТ	Кодекс на труда
лв	Лева
МВР	Министерство на вътрешните работи
млн.	Милион
млн.ж.	Милион жители
млрд.	Милиард
МС	Министерски съвет
МСД	Място на стопанска дейност
НАП	Национална агенция за приходите
Напр.	Например
НБУ	Нов български университет
н. д.	Наказателно дело
НК	Наказателен кодекс
НМЕ	Наредба за медицинската експертиза
НП	Наказателно правосъдие
НПО	Неправителствена организация
Н. о./НО	Наказателно отделение
Н. о. х. д.	Наказателно от общ характер дело
НПК	Наказателно-процесуален кодекс
НС	Народно събрание
Обн.	Обнародван
ОВ	Официален вестник
ОИСР	Организацията за икономическо сътрудничество и развитие
ООН	Организация на обединените нации
ОСГК	Общо събрание на гражданските колегии
ОСГТК	Общо събрание на гражданските и търговски колегии
ОСК	Общо събрание на колегиите
ОСНК	Общо събрание на наказателната колегия
отм.	Отменен
ПЗР	Преходни и заключителни разпоредби
ПМС	Постановление на Министерски съвет
под ред.	Под редакцията
пр.	Прочие

ПРБ	Прокуратура на Република България
предл.	Предложение
пр. Хр.	Преди Христа
РБ	Република България
респ.	Респективно
с.	Страница
с. а.	Същият автор
САЩ	Съединени американски щати
СЕМ	Съвет за електронни медии
СЕО	Съд на Европейските общности
СЕС	Съд на Европейския съюз
СИДДО	Споразумения за избягване на двойно данъчно облагане
СК	Семеен кодекс
сл.	Следващ, следваща, следващи
сл. Хр.	След Христа
СПН	Сила на пресъдено нещо
срв.	Сравни
СУ	Софийски университет
съгл.	Съгласно
съч.	Съчинение
т.	Том
ТЗ	Търговски закон
ТК	Търговска колегия
т. н.	Така нататък
т. нар.	Така наречен
ТО	Търговско отделение
т. д.	Търговско дело
т. ч.	Това число
тълк. д.	Тълкувателно дело
УИ	Университетско издателство
хил.	Хиляди
ФРГ	Федерална Република Германия
Цит.	Цитиран
Цит. съч.	Цитирано съчинение
ЦУР	Целите за устойчиво развитие
ЦХР	Целите на хилядолетието за развитие
ч. гр. д.	Частно гражданско дело
чл.	Член
ч.н.д.	Частно наказателно дело
ч.т.д.	Частно търговско дело
ЮЛ	Юридическо лице
\$	Щатски долар
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CJEU	Court of Justice of the EU
CPC	Civil Procedure Code
ECHR	European Convention on Human Rights
ECtHR	European Court of Human Rights
EU	European Union
Ibid	Ibidem
ICAC	International Commercial Arbitration Act

P.	Point
SCC	Supreme Court of Cassation
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

IN MEMORIAM

На 11 юли 2017 г. ни напусна Кристиан Таков, който беше преподавател по право в продължение на 25 години.

Конференцията, посветена на 25-годишния юбилей на департамент „Право“, НБУ, във връзка с която се издава настоящият сборник, е последната научна конференция с неговото участие. Той не успя да изпрати писмен доклад, но даде съгласие да бъде издаден текст, въз основа на аудио и видеозаписа от неговата презентация „Реакцията на правото срещу злоупотребите с него“.

За мнозина Кристиан Таков беше най-щедрият и най-взискателният преподавател, който много обичаше студентите и до последния си дъх се бореше за душите и сърцата им, за да може да се роди едно ново поколение юристи, непримирими с корупцията и несправедливостта.

Всичко, до което Кристиан Таков се докосваше, ставаше по-добро. И това не е пресилено. Дълги години казвах, че „всичко, което знам за правото, съм научила от Кристиан Таков“. Споделяха го по-близки, но и съвсем непознати хора. И това не можеше да побере свещенодействието, в което той превръщаше семинара, лекцията, дискусиата или всяко говорене за правото.

Кристиан беше едновременно най-ерудираният, най-задълбоченият, най-харизматичният и най-човечният правист, когото имам късмета и честта да познавам като преподавател, колега и приятел. Той се сливаше със студентите първокурсници на семинарите по римско право на най-добрия му приятел асистент Теодор Пиперков (1958-2013), с когото превръщаха всяка аудитория в античен театър, пълен с провокации и вдъхновение. След това заставаше пред същите студенти следващата година и беше единственият преподавател, който предлагаше алгоритъм как се решават частноправни казуси.

Иронично и с блясък в очите обясняваше: „Правната логика, колеги, е като женската логика, т.е. стои най-близо до житейската логика“. Обичаше да цитира свой приятел, че имало три вида науки: естествени (математика, химия, физика), неестествени (литература, история, психология) и протиеестествени - с единствен представител правото. След това с усмивка се заемаше да опровергае това твърдение и да докаже, че от нас юристите зависи правото да не се изражда в „буквоядство“ и произвол.

Един ден в аудитория 288 на Софийски университет разглеждаше старинни фотографии, които дискретно се подаваха от полуотворен куфар. Всеки детайл в облеклото и присъствието му носеше визията и излъчването на джентълмен, вписан в замъците на духа и една академичност отвъд времето и пространството в България. И до ден днешен се чудя дали беше истина или моето въображение, но когато се отдалечаваше в сумрака на дъжда, моето съзнание го запечата като герой от 19 век. Когато му разказах за това видение от дъжда, той ми отговори самоиронично: „...още много години ще се отдалечавам в дъжда. И ще създавам илюзии у околните.“

През последните години превърна в своя мисия да разбулва всички илюзии за злото и рицарски да забива копието на своята мисъл и слово срещу всичките му проявления. Колкото повече го познаваше човек, толкова повече го виждаше с цялата му топлина, доброта, сила и мъдрост. И просто не можеше да не го обича.

Поклон пред паметта му!

Деяна Марчева

Част I

ПРАВО И ХУМАНИТАРИСТИКА

IUS EST ARS ?
(Някои размисли за правото като изкуство или
изкусно занятие и за неговото изучаване)

Малина Новкиришка-Стоянова

IUS EST ARS?
(Some Reflections on Ius as an Art or an Artful Occupation
and on Legal Education)

Malina Novkirishka-Stoyanova

Abstract: *The article discusses the concept of law as an art in terms of Latin vocabulary and Roman legal practice. The development of legal education in Ancient Rome is presented in the perspective of both legislation and legal application, as well as the work of the Roman jurisprudentes.*

Keywords: *Roman law, roman jurisprudence, roman legal education*

D.1.1.1.pr. (Ulpianus L.I institutionum)

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatumnam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi

Дигести, 1.1.1. начален фрагмент (от книга I на Институциите на Улпиан) Изучаващият правото трябва преди всичко да узнае откъде произхожда думата „право (ius)”. Правото е получило своето название от думата „справедливост (iustitia)”, защото както изискано (много точно) Целз определя, правото е изкуство за доброто и справедливото.

1. Деканите на юридическите факултети в обръщенията си към първокурсниците или абсолвентите често използват определението на Целз за правото, като наблягат на това, че правото е изкуство. Превеждайки по този начин термина „ars“, обикновено се постига една особена тържественост и патетичност, съответни за случаите, когато се произнасят такива напътствени слова. И ако за завършващите юристи имаше подобие на Хипократовата клетва, която произнасят медиците, те несъмнено биха споменавали в нея заклинанието да останат верни на изкуството, усвоено в юридическите факултети и постепенно усъвършенствано в бъдещата им практическа работа. Но дали римляните наистина са схващали правото като изкуство? Дали обучението по право и практическата дейност са били толкова възвишени и откъснати от грубостта на ежедневието? Нима изкуството е свързано само с възвишени идеали, естетическа удовлетвореност и творчество в позитивен план?

С настоящата статия ще се опитам да дам някои отговори на тези въпроси. Тя има за цел, като се основава на едно изказване, направено от мен на научната конференция в НБУ на 14 декември 2016 г., посветена на 25-годишнината от създаването на департамент „Право“, да фокусира вниманието към правното образование в Древния Рим в светлината на идеите за реформи в съвременното правно образование в България, които предстоят и част от които се открояха в хода на дискусиата около проекта за нова Наредба за единните държавни изисквания за придобиване на висше образование по специалността "Право" и професионална квалификация "юрист"¹. Тя беше предхождана от една оживена дискусия, със своите политически, професионални и академични аргументи, и поставена в контекста на реформата на съдебната власт, а в по-широк (и вероятно по-далечен) план, и във връзка с реформите в законодателството и във всички направления на правната професия².

Статията ми е посветена на римското правно образование и на неговите цели и задачи. Неизменно в този план следва да се направи преглед на това как е усвоявано правото от тези, които Юстиниан нарича „изкусени и цялостно отдадени на правото“ (iuventuti cupidae legum).

В този смисъл е добре да припомним двете сентенции на бележития римски юрист Целз от началото на II в. сл. Хр. – че правото е изкуство за доброто и справедливото (D.1.1.1.pr. ius est ars boni et aequi) и че познаването на законите не означава да се придържаш само до буквално написаното в тях, а да познаваш тяхната сила и власт (D.1.3.17. Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem)³. Именно по тази причина и римските юристи се наричат iurisprudentes - особено изкусни, вещи познавачи на правото⁴.

Първата сентенция е включена в самото начало на Дигестите и се приема като дефиниция за правото, макар и да се различава твърде много от това, което класическите римски юристи наричат Definitiones. По този повод са изписани много страници⁵, включително и аз самата съм правила някои по-задълбочени изследвания⁶.

¹ При написването на статията тази наредба все още беше проект, но междувременно с Постановление № 82 на Министерския съвет от 26 април 2017 г. служебното правителство на последното си заседание прие нова Наредба за единните държавни изисквания за придобиване на висше образование по специалността "Право" и професионална квалификация "юрист" (обн. ДВ, бр. 35 от 2 май 2017 г., в сила от учебната 2018/2019 година)

² Вж. текста на проекта и мотивите към него на <http://www.strategy.bg/publicconsultations/View.aspx?lang=bg-BG&Id=2328> (Достъп на 14.08.2017).

³ Вж. Ciferri, L.V. Le concept de prudentia par rapport a la loi chez Ciceron. In: Rida, 40 (1993), 209-225.

⁴ Латинската лексема „prudentia“ означава знание, наука, но и предвидливост, разсъдливост, благоразумие, предпазливост - все качества, които съчетава в себе си римския юрист, неслучайно наричан „prudens“. Трябва да отбележим и една друга лексема, използвана все в същия контекст – „peritia“ означава опитност, опит, познание, прозорливост, а съответно юристът е назоваван и „iurisperitus“. Вж. по-подробно за отношението между становищата на юристите и съдебната практика у Giunti, P. Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione. In: Ius, controversum e processo fra Tarda Repubblica ed eta dei Severi, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ott. 2010), Roma, 2012, p. 213-251; Guzman Brito, A. Dialectica, casuistica y sistematica en la jurisprudencia romana. In: Revista de estudios histórico-jurídicos, 5 (1980), 17-31; Pieri, G. Ius et iurisprudentia. In: archives de la philosophie de droit, 30 (1985), 53-60.

⁵ Вж. обобщение на литературата Riccobono, S. La definizione del ius ai tempi di Adriano. In: BIDR. 53-54 (1948), 5; Guarino, A. Aequitas. In: Pagine di diritto romano. IV 198 [1957]; V 525 [1986]; Pinna Parpaglia, Aequitas. In: libera republica (1973); Nörr, D. Rechtskritik in der römische Antike (1974), 113; Watson, A. Law making in the Late Roman Republic (1974), 173; Crami, P. La concezione celsina del ius. In: Aupa. 38 (1985), 5; Bretonne, M. Studi del diritto romano. (1987), 339; Gallo, F. Sulla definizione celsina del ius. In: SDHI. 53 (1987), 7; Wieacker, RRG. I (1988) 507; Gallo, F. La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente

Според повечето автори, тя има по-скоро патетично и реторическо звучене, отколкото правно-технически смисъл. Самият Целз, един от най-видните представители на прокулеанската школа и автор на обширни коментари по цивилно право (*Digestorum Libri XXXIX*), както и на сборници с коментари на правни казуси - *Epistolae*, *Quaestiones*, *Commentarii* и на учебник по право- *Institutiones*, многократно е цитиран от юристите от класическия период с оценката, че неговите становища са особено точни и безупречни⁷. Романистите, които изследват стила на римските юристи, приемат, че подобна оценка ясно демонстрира пълното одобрение за дадено становище, дори адмирицията за неговата прецизност⁸. Това се приема като аргумент за автентичността му, тъй като Улпиан не би си позволил манипулация с мнението на един от най-видните свои предшественици и колеги, заемали високи позиции в императорския двор като правни съветници и администратори. В тази връзка се търси и обяснението, че Улпиан цитира Целз, като така подкрепя и своето собствено твърдение.

Цитираният първи фрагмент от Институциите на Улпиан неизменно се обвързва със следващия, в който е определено мястото на юристите:

D.1.1.1. (Ulpianus libro primo institutionum) Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu roenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

D.1.1.1.1.(Улпиан в книга I на Институциите) Нас заслужено ни наричат жреци, защото ние се грижим за справедливостта, възвестяваме понятията за доброто и справедливото, отделяйки справедливото от несправедливото, отличавайки позволеното от непозволеното, желаеики добрите да се усъвършенстват не само поради страх от наказание, но и по пътя на поощрения с награди, стремейки се към истинската, доколкото не бъркам, философия, а не към мнимата.

Има нещо символично в думите, написани в началото на III в., и тяхното звучене в началото на XXI в. Целз твори в началото на II в., в една относително спокойна политическа атмосфера, в която правото е на особена почит. Улпиан, напротив, е пряк

<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=125> (Достъп на 14.08.2017)

⁶ Вж. **Новкиришка-Стоянова, М.** За правото като изкуство за доброто и справедливото - В: Правото – изкуството за доброто и справедливото. (20 години Юридически факултет при ПУ „Паисий Хилендарски“). Пловдив, Унив. изд. „П. Хилендарски“, 2013; *Ius est ars* (За правото като изкуство).- В: *Liber amicorum* по случай 80-годишнината на проф. Кино Лазаров, С., 2013. Поради идентичността на латинската част на заглавието (макар и без въпросителната) с това на настоящата статия съм поставила и подзаглавие.

⁷ В този смисъл дразнещо неточен е преводът на въвеждащата Целзовото определение и оценъчна фраза на Улпиан „*Quod eleganter Celsus definit*“, като наречието „*eleganter*“ би следвало да се интерпретира не като „елегантно“, по-скоро като „изискано, безупречно, логично или особено точно“, какъвто е автентичният смисъл на термина в латинския език. И на други места в Дигестите становищата на Целз са предшествани от фразата „*ut eleganter Celsus inquit*“. Вж. D. 28.5.60.(59)pr.; D. 3.5.18 (19.) 2.; D. 13.6.13.2.Срв. и **Camodeca, G.** Sulla biografia e la carriera del giurista P.Iuventius P.F.Vel.Celsus T.Aufidius Hoenius Severianus, In: *Quaderni Lupiensi di storia e diritto*, 1 (2011), p. 85-98; **Bretone, M.** Note minime su Celsus filius, In: *Labeo* 9 (1963), 331-345; **Kupisch, B.** Celsus bei Ulpian D.24.1.3.12, In: *Studi in onore di C.Sanfilippo*, v.II, Milano 1982, 265-314; **Cerami, P.** Verba e voluntas in Celso figlio, In: *Studi in onore di A.Arena*, Palermo 1979, 3-10.

⁸ Вж. **Bretone, M.** Tecniche e ideologie dei giuristi romani, 2e ed., Napoli 1982; **Ducos, M.** Argumentation et demonstration chez les juristes romains, In: *Pallas* 69 (2005), 263-274.

участник в правния и държавен живот по времето на Септимий Север, пръв помощник на преторианския префект и най-значим юрист Папиниан, и свидетел на беззаконието, последвало след смъртта на императора и узурпирането на властта от сина му Каракала. Макар и в различни темпорални измерения спрямо съвременността, правото е поставено на изпитание в условията на сериозни трансформации в обществения, икономическия и политически живот. Напомнянето за високите морални качества, необходими на юристите, е свързано с мястото им в тези процеси и отстояването на принципите на правото, прогласени още от римските юристи - да се живее честно, да не се вреди другиму и да се отдава всекиму своето⁹.

Може да се предполага, че в думите на Целз Улпиан търси аргументи за утвърждаване на господството на правото в държавата - процес, започнал още от края на Републиката. Октавиан Август, първият римски император, приема като една от мерките за преодоляване на кризата след гражданските войни, диктатурите и триумвиратите и утвърждаването на реда и държавността в началото на I в. сл. Хр., именно зачитането на властта на правото - както би могъл да се търкува изразът „auctoritas iuris“:

D. 1. 2. 2. 49. (Pomponius libro singulari Enchiridii) ...primus divus augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. ...

Дигести, 1. 2. 2. 49. (Помпоний в единствената книга на Енхиридиума). ...За първи път Божественият Август, за да повдигне авторитета на правото, установил, че те дават отговори на основание на неговата власт, и от това време (юристите) започнали да считат това право като привилегия ...

Няма да се спирам подробно на другата аргументация във връзка с определението на Целз, което обвързва правото с доброто и справедливото в най-общ план. Тук искам да разгледам основно смисъла, в който лексемата „ars“, обичайно превеждана като „изкуство“, е поставена във връзка с „ius“. По тази причина в заглавието на статията съм оставила само първата част от т.нар. определение на Целз. Лишена от втората си част (ius est ars boni et aequi), с която се определя към какви цели е насочено това изкуство, фразата въпреки това не изглежда недовършена и дава основания за различни тълкувания.

2. Съвременните определения за изкуството в най-общ смисъл акцентират на неговата субективна страна - умението на твореца, използвайки своите впечатления, знания и умения, да представи света чрез своите възприятия, да създава естетични обекти и среди, които могат да бъдат споделени с другите. В обективен план изкуството се възприема като форма на обществено съзнание и съставна част от културата на човечеството, като продукт на различни човешки дейности (литература, художествено и монументално творчество, музика, сценични изкуства, кинематография и пр.).

Това обаче не съответства напълно на представата на римляните за изкуството и за смисловото съдържание на термина „ars“. На този въпрос, който е твърде обемен и многопланов, са посветени много съчинения. В случая би трябвало да стесним изследването само до т.нар. „свободни изкуства“ (artes liberales¹⁰) и до смисъла, който

⁹ D.1.1.10.1 (Ulpianus libro secundo regularum) Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

¹⁰ За първи път терминът се среща в книга VIII на „Политиката“ на Аристотел, посветена на общественото възпитание на свободнородените пълноправни членове на Атика. То се различава от

римляните влагат в гръцкия термин „τέχνη“ (с изписване на латиница *tékhnê* и смислово аналогично на „ars“). Така терминът „ars“ в дадения контекст не се разбира като художествено майсторство, а по-скоро като практическа наука, система от възгледи, изработени при практическите наблюдения върху природата.

Етимологически „τέχνη“ се свързва с най-древния смисъл на лексемата на старогръцки като „обработване на дърво“, който по-късно се развива и отнася до всякакъв вид ръчен труд, но също и като умение, опитност, занаят, професия. В древногръцката философия постепенно се оформя концепцията за *τέχνη* като съвкупност от знания и умения за определена дейност, а също и за наука, методика за създаване на различни произведения на човешкия труд (материални или интелектуални).

Именно в тази по-скоро прагматична отколкото творческа насока в източниците се споменават „седемте свободни изкуства“ (*Septem Artes Liberales*), които представляват цикъл от дисциплини в основата на античната и средновековната система на образование. В Древна Гърция образованието има универсален (енциклопедичен) характер и изисква постижение на знания във всички области. В елинистичната епоха преподаването на „свободните изкуства“ се допълва с интерпретация на литературни и философски текстове, със сведения от математически и естествено-научен характер. Римляните придават нова система на обучението и въвеждат и някои нови дисциплини, но като цяло се придържат към разграничението на два цикъла, описано по-късно и от Изидор Севилски. В първия цикъл, наричан *trivium*, се включва граматиката, логиката (диалектиката) и риториката. По-висшата степен, наричана *quadrivium*, включва аритметиката, геометрията, музиката и астрономията. Те, от своя страна, представляват подготвителната степен за по-нататъшното усвояване на висшата наука - философията¹¹. Сенека определя, че тези знания се наричат *liberalia*, тъй като са достойни за свободния човек, подготвят духа му за единственото истинско познание - мъдростта¹². Варон добавя към *artes liberales* сведения по архитектура и медицина, Витрувий - оптика, история, физика и право.

Така идентификацията на правото с изкуството значително се различава от евентуална осъвременена интерпретация. Но ако изкуството се възприема като особено развито умение в определена област, като вид културна дейност, удовлетворяваща потребностите на хората не само към прекрасното, но към съвършенното, с по-малък акцент на естетическите изразни форми, то тогава правото в достиженията на римската юриспруденция, респ. и в произведенията на самия Целз, може да се възприеме като *ars*. Известна е парафразата на Овидий „*Artes molliunt mores*“¹³. Ако изкуството смекчава нравите, то правото като изкуство им придава порядък.

знанията и уменията, свързани с ръчния труд, присъщ на робите и непълноправните членове на обществото (фетите). Приема се, че съвкупността от тези знания (или: изкуства) е била достатъчна в Рим и в Гърция за целите на общото образование – срв. **Орнатский, С.Н.** Сравнительный взгляд на нынешние понятия об энциклопедии и понятия о ней древних греков и римлян. Москва 1855.

¹¹ По- подробно вж. **Hadot, I.** *Arts libéraux et philosophie dans la pensée antique. Contribution à l'histoire de l'éducation et de la culture dans l'Antiquité*, Vrin, 2005, в превод на руски **Адо, И.** *Свободные искусства и философия в античной мысли*, пер. с франц. Е. Ф. Шичалиной, Москва, 2002.

¹² Срв. Sen., *Ep. Mor. ad Lucilium*, XI.88.2: *Quare liberalia studia dicta sint uides: quia homine libero digna sunt. Ceterum unum studium uere liberale est quod liberum facit, hoc est sapientiae, sublime, forte, magnanimum: cetera pusilla et puerilia sunt. An tu quicquam in istis esse credis boni quorum professores turpissimos omnium ac flagitiosissimos cernis? Non discere debemus ista, sed didicisse. Quidam illud de liberalibus studiis quaerendum iudicauerunt, an uirum bonum facerent: ne promittunt quidem nec huius rei scientiam adfectant.*

¹³ Ovid., *Ep. Pont.*, I, 6, 7- 8: *Ártibus íngenuís, quarúm tibi máxima cúra (e)st, Péctora móllescúnt ásperitásque fugít.*

3. Резонно се поставя въпрос доколко юристите могат да се считат като „творци“ или като умели занаятчии. Тук също не бива да се подвеждаме от съвременния смисъл, вложен в тези определения. А в Рим занятията, достойни за свободните люде, при това свързани и с интелектуална дейност, са били ясно разграничавани от упражняването на физически труд, който дори и в най-изкусната си форма, която определяме като занаят, все пак се е считал за по-малко достоен за уважение.

Цицерон подчертава, че домът на юриста е като храм - отворен по всяко време за всекиго¹⁴. Това е в синхрон с твърдението на Улпиан, че юристите са жреци на справедливостта, и съответно се вписва и в твърдението на Целз за правото като изкусно умение за упражняване на дадена професия, за ползване на придобити знания. В неговата епоха юристите все още свободно и независимо упражняват своята професия, дори и когато са обвързани с политиката и властта. По своята изкусност в ораторското майсторство, както и в търсенето на правни разрешения за нови или аналогични казуси, в което несъмнено се възплътява както тяхното познание, така и творческата им и новаторска мисъл, те не би следвало да се отличават от артистите, които владеят определено художествено майсторство.

В този период все още няма институционализирано правно образование, а то се усвоява от изкусните *iurisprudentes* от произведенията им по повод на конкретни казуси (*Responsae, Consultationes, Questiones*), така и от коментарите им по цивилно и преторско право или от дейността им пред съда.

И ако *prudentia* на римските юристи се състои в тяхното дълбоко познаване на правото, но и в предпазливото и умело интерпретиране, с определянето на дейността им като „*ars*“ се дава оценка на по-високото ниво на това умение. От тази гледна точка определянето на правото като „*ars*“ косвено определя създателите и тълкувателите му като съпричастни към това изкусно занятие. И макар да се счита, че с термина „*ius*“ и по-специално в множествено число - „*iura*“, се определят становищата на римските юристи в следкласическия период, идеята, че именно те съставляват правото, би могла да се търси още в епохата на Принципата. Така „*ars*“ като високо квалифицирано умение, доказано на практика, се съчетава с по-абстрактното понятие за „*iurisprudentia*“ като дълбоко познаване на правото, но и благоразумно и предпазливо отношение към него. Това е близо до реалната ситуация в края на Републиката и началото на Принципата, когато юристите, неограничавани от нищо, предоставят своите становища и отстояват позициите си, водени от критериите за добро и справедливо, но и полезност за държавата или за частните лица. Идеята за либерализма на римската юриспруденция от този период се вписва в дефиницията за правото като изкуство в смисъл на творение на изкусни люде, но и като достойно занимание за тях и еманация на свободния им дух.

Със същата логика и с акцент върху моралните ценности на бъдещите юристи и възхвалата на правото, създадено от римляните, император Юстиниан в конституцията за съставяне на Дигестите от 15 декември 530 г. отново се връща към Августовата теза за господството на законите (*auctoritas legum*), като постановява „за общото и пълно усъвършенстване на правото да се съберат и поправят всички неотменни римски постановления и да се включат в една книга многочислените и разпръснатите томове на авторите“¹⁵. Императорът нарежда да се ревизират и обединят в едно всички съчинения

¹⁴ Срв. Cic., *De orat.*, 1.200.

¹⁵ Срв. *Deo auctore*, 2. Hocque opere consummato et in uno uolumine nostro nomine praeifulgente coadunato, cum ex paucis et tenuioribus releuati ad summam et plenissimam iuris emendationem peruenire properaremus et omnem Romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctorum dispersa uolumina uno codice indita ostendere, quod nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis uidebatur. sed manibus ad caelum erectis et aeterno auxilio inuocato eam quoque curam

на *iurisprudentes*, на които е предоставено правото да съставят и тълкуват законите, като се избегнат всякакви повторения, противоречия и неясноти. При завършването на тази работа, съответно при извеждането на основните правни знания в учебника, назован по класическата традиция Институции, може да се реализира реформата в правното образование, предвидена от императора, и едва тогава изучаващите правото могат да бъдат призовани да се отдадат с „отличителна страст“ на прилагането на законите за умелото управление на държавата във всички дейности, които им бъдат поверени¹⁶.

4. В тази връзка възприемането на правото като „*ars*“ е обвързано и с правното образование в Рим. Изучаването на правото се счита за особено важно и то присъства още в домашното възпитание, наред с общото ограмотяване¹⁷.

В своята фамилия младите римляни, независимо от своя пол, получават началните познания за правото на своя народ. Но по-задълбоченото му познаване, макар и достъпно за жените¹⁸, е свързано предимно с образованието на младежите, които след навършване на определена възраст могат да извършват и да участват в извършването на правни действия, да се явяват и да пледират пред съда, да заемат публични длъжности. Затова и на тях е отредено да се посветят на изучаването на правото в дълбочина. Този процес има своите особености в отделните периоди от развитието на римската държава и право.

В архаичния период (средата на VII - края на III в. пр. Хр.) правното образование се осъществява в тесния кръг на патрицианското съсловие и по-специално само за младежите от фамилиите на понтифициите. Тази жреческа колегия е най-значимата в Рим в продължение на столетия и само в нейните рамки се осъществява създаването, тълкуването и прилагането на правото за един доста продължителен период от началото на римската държава. По тази причина в историята на римската наука архаичният период се счита за период на понтификалната юриспруденция¹⁹. Жреците-понтифици са тези, които имат монопола на правосъздаването и правоприлагането,

nostris reposuimus animis, deo freti, qui et res penitus desperatas donare et consummare suae uirtutis magnitudine potest...

¹⁶ Срв. *Juventuti cupidae legum, 7*. *Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite et vosmet ipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram rem publicam in partibus eius vobis credendis gubernare.*

¹⁷ В римската фамилия според комедиографа Плавт (III в. пр. Хр.) родителите трябва да създадат моралните критерии за доброто и справедливото, да изградят подобно на сграда съзнание за позволеното и непозволеното. Най-представителната част на тази „сграда“ - нейната фасада, при човека съответства на неговото правно образование, поставено на едно ниво с общото ограмотяване и усвоявано още от най-ранна възраст:

Plaut, Most., v. 121-129

*Primum dum parentes fabri liberum sunt:
ei fundamentum substruunt liberorum; extollunt, parent
sedulo in firmitatem,
et ut in usum boni et in speciem populo sint sibi que,
haut materiae reparant,
nec sumptu sibi sumptui esse ducunt;
expoliunt: docent litteras, iura leges.*

Плавт, Призрак, стих. 121-129 (превод Преводът е на Д. Табакова, вж. Тит Макций Плавт, Призракът, С. 1994

Бащата и майката майстори стават на свойте деца:
те полагат основи,
и без да щадят материал,
от децата полезни и примерни хора изграждат
и всичките средства не жалят за туй. Фасадата
лъска:
на писмо и четмо,
на закони и право ги те обучават.

¹⁸ Относно положението на жените, респ. тяхното образование вж. **Pepper, L.** *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984 и цитираната там литература.

¹⁹ Срв. **Wieacker, F.** *Pontifex iurisconsultus. Zur Hinterlassenschaft der römischen PontificalJurisprudenz*. In: *Recueil en hommage de René Dekkers*, Bruxelles, 1982, 215-233.

които и в Рим, подобно на другите антични общества, са под егидата на боговете. Понтифиците също тълкуват и календара, който определя кои са подходящите за правна дейност и съдени дни (*dies fasti*) и в кои следва да се отдава само почит към боговете и да не се ангажират хората със светски дела (*dies nefasti*)²⁰.

И религиозните, и светските норми са съвкупност от обичайни и морални правила, които постепенно добиват систематизация, но използването им се счита за тайнство и те остават затворени за познание извън понтификалните среди както по отношение на материалноправните, така и на процесуалните разпоредби. Това има голямо значение за развитието на правото и за съществуването на правния ред в държавата. Понтифиците се явяват хранители на традицията и стабилността, която малко се влияе от политическите борби. Те изработват правната терминология, определят религиозно-формалната страна на правните сделки и на исквете за защита на правата на римските граждани²¹. В продължение на столетия най-важните въпроси на примитивното гражданско общество в Рим са политическите и религиозните, като в последната група се включва уреждането на отношенията между частните лица²². Ако може да се говори за правно образование за периода VII - IV в. пр. Хр., то е също затворено в съсловната рамка и дори със статут на свещенодействие, тъй като исквите формули и самите норми са известни само на понтифиците и техните помощници и те ревностно ги пазят.

При съставянето на първата кодификация на обичайното право - Законът на XII-те таблици (451 - 450 г. пр. Хр.), се споменава, че вероятно той е основан на по-ранна компилация от обичайни норми, съставени от жреците²³. Въпреки известно религиозно съдържание на някои норми в тази компилация нейният светски характер е поставен извън всякакво съмнение²⁴. Прието е, че Законът на XII-те таблици обединява и дава общо приложение за целия римски народ на нормите, които се считат за *ius*. Но независимо от особената политическа обстановка и необходимостта от приемането му правото не преминава автоматично в ръцете на светски юристи. В продължение на век и половина понтифиците запазват монопола върху тълкуването и прилагането на правото до момента, в който, според изложението на Помпоний в Дигестите, Гней Флавий, син на освободенец и секретар с функцията *scriba pontificius* на консула Апий Клавдий Цек, публикува исквите формули и календара и ги прави общоизвестни и общодостъпни. Тази му постъпка не само не е наказана, но вероятно е политически одобрена, защото през 305 - 304 г. пр. Хр. Гней Флавий е избран за народен трибун, а през 304 г. за курулен едил²⁵.

²⁰ По-подробно за римския календар и значението му в архаичната епоха вж. **Michels, A. K.** *The Calendar of the Roman Republic*. Princeton, 1967.

²¹ Вж. по-подробно у **Fernandez de Bujan, A.** *Derecho público romano*, Madrid, 1996, 103.

²² Така напр. най-древните форми на завещание и осиновяване се извършват от комициите в присъствието и след одобрението на понтифиците и това е само една от формите на участието им в правния живот. Срв. по-подробно у **Cannata, C. A.**, *Per una storia della scienza giuridica europea*. Torino, 1997, 29.

²³ **Lambert, E.** *La question de l'authenticité de XII tables*. In: *Nrhdfc* 26 (1902), 149-232.

²⁴ Срв. **Gaudemet, J.** *Tentatives de systematisation de droit en Rome*, in: *Index* 15 (1987), 79-96; **Zablocka, M.** *Le XII Tavole- fonte dei principi del diritto contemporaneo*, in *IURA* 53 (2002), 1-16; **Humbert, M.** *Les XII Tables- une codification?*, In: *Droits*, t. 27, 3 (1998), 87-111; ID., *La codificazione decemvirale: tentative d'interpretazione*, in: *Le Dodici tavole. Dai decemviri agli humanisti*, Pavia 2005, 3-50.

²⁵ Въпросите около легитимността на действията на Гней Флавий и позицията на Апий Клавдий Цек вж. по-подробно у **Garzetti, A.** *Appio Claudio Cieco nella storia politica del suo tempo*, In: *Athenaeum* 25 (1947); **Casavola, F.** *Ius Flavianum*, in *NnDI*, v.IX, Torino 1968, 380. Вж. и описанието на Помпоний в Дигестите: *D 1.2.2. 7. (Pomponius libro singulari enchiridii) Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo*

5. Огромен брой изследвания са посветени на създаването на правото по времето на Римската Република²⁶. Веднъж преминало на светско ниво, то е организирано от публичната власт по начин да обслужва максимално добре интересите на римските граждани и на управляващата ги аристократична върхушка, да поддържа ред и стабилност в обществото. И тъй като разцветът на робовладението, политическата и икономическата експанзия към края на III в. пр.Хр. изискват непрекъснатото ревизиране на традиционните норми и включването на нови, адаптирани към актуалните условия правила предимно за сферата на икономическия обмен, правото бележи едно доста бързо развитие и промени. Със създаването на претурата през 366 г. пр. Хр. и добавянето на специален претор (*praetor peregrinus*) към 242 г. пр. Хр., с реформирането на процесуалното право и въвеждането на формуларната процедура с *Lex Aebutia* към средата на II в. пр. Хр. новите правоотношения се въвеждат чрез създаването на процесуалните формули за тяхната защита и включването им в преторския едикт. Това от своя страна изисква задълбочено познаване както на старото право, така и на всички нововъведения, които в някои случаи само поясняват или допълват, но в други случаи значително изменят или отменят разпоредбите на Закона на XII-те таблици и на последващите републикански закони²⁷.

Така към края на Републиката паралелно действат три системи от норми – старото право на римските граждани - *ius civile*²⁸, създаването при правоприлагането преторско право - *ius honorarium*²⁹, общите за всички народи в Средиземноморието норми- *ius gentium*³⁰. Към тях се добавя и системата на т. нар. естествено право (*ius naturale*), което според Дигестите са онези правила, валидни както за хората, така и за животните в природата и които са естествено дадени, като за пример е посочено брачното съжителство, създаването и обучението на децата³¹. Ако се направи връзка с цитирания по-горе стих от комедията на Плавт, то началното правно образование заедно с огромяването не само са необходима украса към възпитанието на децата в добродетели, но и задължения за родителите по силата на естественото право.

По времето на Републиката бурното развитието на правото е съпроводено със съществено изменение в развитието на правното образование, което също добива светски характер. В този период на преден план излиза дейността на *jurisprudentes* -

quicumque adiecit libro. Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.

²⁶ Вж. цитираната литература по тези въпроси най-общо у **Cannata**, Цит. съч., както и **Sciavone A.** *Nascità della giurisprudenza: cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma-Bari, 1976.

²⁷ По тази причина преторското право се счита за живия глас на цивилното право: „*ius honorarium viva vox est iuris civilis*” (D. 1.1.8). Срв. и D. 1.1.7. (*Papinianus libro secundo definitionum*)... *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*.

²⁸ D. 1.1.6. pr. (*Ulpianus libro primo institutionum*) *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur*.

²⁹ D. 1.1.7.1. (*Papinianus libro secundo definitionum*) *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt ad iuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*.

³⁰ D. 1.1.9 (*Gaius libro primo institutionum*) *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*.

³¹ D. 1.1.1. 3. (*Ulpianus libro primo institutionum*) *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit*.

това са знаещите правото, неговите вещи познавачи³². Но наред с правните знания те имат и богат житейски опит, въз основа на който дават съвети относно прилагането на правото. И ако в съвременното право от юристите по-често се търси съвет, когато са възникнали правни проблеми или спорове, то в Рим тези съвети са търсени по всякакъв повод - как да се продаде земя, да се учреди зестра, да се състави завещание и пр. въпроси на ежедневието и правоприлагането. От автентичните извори за общественно-политическия живот в Древния Рим образът на юриста се изгражда предимно във връзка с предоставяните от него консултации (*consultationes*) в дома му по всяко време. Затова и в тях много по-често се среща названието *jurisconsultes*.

Цицерон в своите речи определя дейността на юристите като „*militia urbana respondendi, scribendi, cavendi*“, т.е. изразена като действия, тя се отнася до даване на консултации и публично излагане на отговори по правни въпроси (*respondere*), съставяне на правни актове (*scribere*) или осъществяване на правни сделки с различен характер (*cavere*).

Според по-късните източници дейността на юристите се обособява в три направления: *agere, cavere, respondere*. Първото от тях етимологически изглежда свързано с воденето на дела в съда. Републиканският юрист обаче може да даде съвет какъв иск да се предяви, какви възражения да се противопоставят, какви свидетели или документи да подкрепят дадена теза. Той не се явява пред съда - *causas agere* се осъществява от оратори, които не са непременно *iurisprudentes* или *iurisconsulti*. Тяхната дейност обикновено е платена с почетно възнаграждение (*honorarium*), за разлика от тази на юрисконсултите, които дават съветите си безвъзмездно и считат това за своя обществена мисия и взаимна помощ към съгражданите си.

Дейността, означавана като *cavere*, е многообразна, като в Дигестите са споменати всякакви консултации във връзка с правни действия - сключване на договори, приемане на поръчителство или даване на други обезпечения, поемане на тържествени обещания, съставяне на завещания и пр. Тя също е свързана и с даването на публични консултации и отговори на поставени от граждани или от длъжностни лица въпроси, която е означавана най-общо като изготвяне на *responso*.

Именно в тези три аспекта римските юристи осъществяват едно изкусно занятие, за което се изискват както обширни правни познания, но и логическа мисъл, философски концепции, високи морални качества и дори адекватна политическа визия, за да се прави съответна и полезна за римските граждани интерпретация на правото, което към този период включва както позитивни разпоредби - актове на народните събрания, Сената и магистратите, така и морални, обичайни и религиозни предписания, а често и норми, възприемани като напълно естествени за всички живи същества и за всички народи. Така правото в републиканския период постепенно започва да се доближава до най-високата му оценка като „*ars*“.

Римските *iurisconsultes* имат най-голям принос за развитието на правното образование през републиканския период. Те не са професионалните юристи, които съставят документи и формули, нито ораторите, които защитават интересите на клиентите си в съда и изнасят блестящи речи, нито учените, които преподават правото в свои затворени школи и създават сложни догматични трактати. Те са представители на висшите съсловия, които обаче имат отворена към всички, независимо от общественото или имотно положение, дейност, които трябва да предоставят ясни, кратки и прости правила за разрешаване на споровете въз основа на познанията си

³² Не случайно и терминът „*iurisprudentia*“, с който се означава правната наука, се свързва с тяхната дейност, но по времето на Републиката и началото на Принципата все още не може да се говори за самостоятелното ѝ изграждане и съществуване. Вж. подробно у **Vacca, L.** *La giurisprudenza nel sistema delle fonti di diritto romano: Corso di lezioni*, Torino 1989.

върху цялото право. Прагматичната насоченост на дейността им е отразена и в техните съчинения, които представляват сборници от даваните устни консултации. Именно по тях започва подготовката на бъдещите юристи, които имат възможност да възприемат консултациите и като живо слово, и в писмена форма.

Цицерон споменава, че един от първите преподаватели по право е Тиберий Корунканий, виден политик и юрист, с богата култура и познаване на гръцката цивилизация³³. Той е избран за консул през 280 г. пр. Хр. и е първият *pontifex maximus* с плебейски произход, номиниран през 254 г., който наред с политическата си кариера установява практиката на публичните консултации по правни въпроси³⁴. Някои автори приемат, че тя е отглас от понтификалните му функции³⁵, но все пак бележи едно ново начало, свързано с по-нататъшното развитие и на правното образование

Младежите и всички, които искат да се занимават с право, не получават специализирано обучение в школи, а по-скоро се оформят кръгове от слушатели около известните юрисконсулти и оратори. За да се включат в тези кръгове, младежите трябва да са преминали през общообразователната подготовка, през по-висшето ниво на обучението по граматика и реторика и да имат основни познания за действащото право. Това е необходимо, тъй като кръговете около юрисконсултите се занимават с разрешаване на практически казуси, които се дискутират публично, било за да се подготвят пледоариите в съда, било като се дават консултации на римските граждани, но също и като се съставят различни документи, организират се солелелни актове, формални сделки и пр.

Прием в кръговете около тези юристи по времето на Републиката няма - те се формират спонтанно на основата на лични познанства и фамилни връзки и дълго време остават привилегировано място само за младежите от сенаторското съсловие, и то познати на съответния юрист или препоръчани. В известен смисъл това са и кръгове със сходни политически и философски възгледи. Обучението по право е изключително на практическа основа - бъдещите юристи се учат направо на „бойното поле“, което в случая е или мястото за даване на консултации, или пред съдебните магистрати и пред съдиите. Няма нито формализирани школи, нито учебни планове. Младежите слушат или записват консултациите, които дава техният патрон. В отделни случаи могат да се организират и дискусии, като се излагат аргументи в полза на различни тези и накрая юрисконсултът обобщава своето становище - симбиоза между дейностите *docere* и *respondere*. По-напредналите слушатели биват включвани в подготвителната работа по казусите или по делата, но трябва да мине значително време, за да могат те да придобият нужния авторитет и да започнат самостоятелна дейност. И това съвсем не са всички слушатели и сътрудници на дадения юрист, а само онези, които имат съответните фамилни и социални контакти и подкрепа, за да се отделят от своя „патрон“.

Прагматичният характер на дейността на римските юристи се отразява в съчиненията, които в продължение на столетия съдържат казуси и техните разрешения. От една страна, това дава ясна представа за действителното състояние на правото и

³³ Срв. Cic., *De orat.*, 3.15.56

³⁴ Срв. сведенията у Помпоний: D. 1.2.2. (*Pomponius libro singulari enchiridii*) 35. *Iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt: sed qui eorum maximae dignationis apud populum Romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt. Et quidem ex omnibus, qui scientiam nanci sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant.* 38. *Post hos fuit Tiberius Coruncianus, ut dixi, qui primus profiteri coepit: cuius tamen scriptum nullum exstat, sed responsa complura et memorabilia eius fuerunt...*

³⁵ Вж. по тези въпроси **D'Ippolito, F.** *Sul pontificato massimo di Tiberio Coruncanio*, In: *Labeo*, 23 (1977), 131.

неговата регулаторна намеса в реални житейски ситуации. Но казуистиката не е самоцел, тя е само форма на задълбочен анализ, който е необходим и полезен за дадения момент. Във връзка с правното образование са и първите сборници с *Responsae* на римските юрисконсулти, съставяни от тях самите и не без помощта на най-старателните им ученици. В някои случаи отговорите се дават заедно с поставяните въпроси и по тази причина се наричат „*Questiones*”³⁶. Значително по-късно започва систематичното обработване на правото, но то също е с прагматична, а не с дидактична цел. Това се приписва на Квинт Муций Сцевола (140 – 82 г. пр. Хр.), избран за консул и за *pontifex maximus* и един от най-авторитетните юристи в края на Републиката, цитиран често от класиците в Дигестите. По същото време неговият ученик и последовател Сервий Сулпиций Руф, според думите на Цицерон, за първи път прилага диалектическия метод на обработка на правната материя и извежда правото като наука (*juris civilis, magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno*). Сервий се счита за ненадминат съставител на обобщения и определения въпреки известната предпазливост, с която римляните ги използват, като твърдят, че в малко случаи те не могат да бъдат опровергани³⁷.

Към края на Републиката изучаването на правото и обучението по право добиват известна автономия и са по-скоро свързани със съдебната практика, отколкото с консултирането на римските граждани по правни въпроси³⁸. Набляга се на обучението в ораторско изкуство по модела на гръцките ораторски школи и това е висшата степен на образование и при римляните. Но по този начин не се постига пълно познаване на правото, а по-скоро наблягане на реторическите похвати и поведение пред съда. Младежите, завършили ораторските школи, могат да придобият по-задълбочени правни познания чрез т.нар. *tirocinium fori*, това е специална практическа подготовка на младите римляни за заемането на държавни длъжности, която често преминава през военната служба, но на пряко подчинение на висшите военни командири или наместниците в провинциите, и продължава при някой от близките на *pater familias* влиятелни личности в Рим.

Така около видните юристи, които същевременно са и влиятелни политически личности, се създава своеобразен набор от младежи, които са достигнали определената възраст за обличане на мъжка тога и подобно на новобранците в армията започват своя пълноценен социален и политически живот. Те съпровождат своя патрон на форума и в съда и участват постоянно (*pugnare in proelio discere*), участват в неговите беседи (*huius omnibus dictionibus interesse*) и в разискванията на практически казуси (*altercationes et iurgia*). *Tirocinium* започва на 17 години, но е възможно и по-ранното или по-късното начало в зависимост от конкретните обстоятелства. Недостатъците на подобен род обучение са, че то е изключително практически ориентирано и правото на моменти е измествано с аргументация на философска и още по-често на политическа основа. Без теории и концепции, обучението е персонализирано, както с оглед на личността на обучаващия, така и с оглед на личността на обучавания³⁹.

6. Новият етап от развитието на римската държавност - компромисната политическа форма, наречена Принципат, поставя основите на нова концепция за

³⁶ Вж. развитието на този вид съчинения до епохата на Принципата у **Frezza, P.** *Responsa et Quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in: SDHI 43 (1977), 203- 264.

³⁷ Относно развитието на двата подхода към изследването на правото в края на Републиката вж. класическото изследване на **Arnó**, *Scuola Muciana e scuola Serviana*, in AG 3 (1922).

³⁸ Вж. **Michel, J.H.** *Le monde romain et l'enseignement de droit*, in : *Enseignement et droits*, Bruxelles, 1988, p. 1-40.

³⁹ Вж. **Fernandez Barreiro, A.** *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura juridica europea: Proyeccion historica de la herencia juridico-cultural romana*, Granada, 1998.

едноличната държавна власт, а оттам и за изменения в правото⁴⁰. Това е период, в който римската юриспруденция се разгръща и достига огромно по обем творчество, но също и завидно обществено място⁴¹. С упадъка на свободната политическа дейност попрището на юриста остава единственото, при което могат да се развият личностните качества и да се изразява свободно мнение. Под влияние на елинистичната култура в правото все повече навлизат философските възгледи⁴². Това намира ярко отражение в дейността на юристите, като правните школи са съответно подчинени и на различни философски възгледи.

В продължение на столетие юристите обобщават огромния натрупан емпиричен материал чрез преторската практика, въвеждат нормите на правото на народите в римскоправната система. Защитниците на традиционния римскоправен модел, по-консервативно настроените *iurisprudentes* се групират около Капитон, докато тези, които се стремят за по-широкото въвеждане на новите норми и създаването на по-гъвкави правни конструкции, се обособяват в доктринерен кръг около Лабейон. Двете школи, на сабинианците и прокулеанците (наречени така не по имената на своите създатели, а на техните ученици Сабин и Прокул), са по-скоро две направления в юриспруденцията, а не обособени образователни центрове, макар че около всеки от видните юристи, които имат сходни възгледи и формират школите, се образуват кръгове от млади последователи. Правните дискусии, понякога доста ожесточени, отстояването на различни становища в съда, се явяват една незаменима школа за бъдещите юристи⁴³. Но те се формират и под въздействието на една от двете направления и заемайки определени държавни постове, се стремят да облекат правните и политическите си възгледи във формата на актове на Сената (сенатусконсулти) или на принцепса (конституции). В този период силно впечатление право коректността на юристите при цитирането и позоваването на техните предшественици, уважението към техните опоненти и преклонението им към техните учители и професори⁴⁴.

С въвеждането от император Октавиан Август на особено публично право за най-видните юристи да дават становища по правни въпроси, които придобиват задължителен характер (*Ius publicum respondendi*) започва създаването и на първите публични школи по право. Това са местата, където всеки може да се обърне към *iuris prudentes* - носители на тази привилегия, и да получи *responsa* по своя правен въпрос. В някои случаи въпросите се отправят и от магистрати или от приближени на двореца длъжностни лица, за да се даде публичност чрез правното становище на решението на значим за властта въпрос. Авъл Гелий нарича тези школи „*stationes ius publice dicendum aut respondendum*“. Това все още не са университетите, които се създават едва по

⁴⁰ Вж. обобщенията за развитието на правото в монографията на **Tondo, S.** *Crisi della Repubblica e la formazione del Principato in Roma*, Milano 1988. Срв. и **Машкин, Н. А.** *Принципат Августа. Становление и социална сущност*, Москва-Ленинград, 1949.

⁴¹ За развитието на т.нар. предкласическа юриспруденция вж. **Bretone, M.** *Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze 1976; **D'Ippolito, F.** *I giuristi e la città: ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli, 1978; **D'Orta, M.** *Per una storia della cultura dei giuristi repubblicani*, Winkel, L. In: *BIDR* 90 (1981).

⁴² Елинистичното влияние върху римското право е изследвано в *Le droit romain et la philosophie grecque, quelques problèmes de méthode*, in: *TR*, 65 (1997), 373- 384. Вж. и статиите в сборника *La filosofia greca e il diritto romano, Colloquio italo-francese, v.I-II*, Roma 1976

⁴³ Вж. **Fernández Barreiro, A.** *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea: Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana*, Granada, 1998. Относно школите срв. **Ferrini, C.** *Le scuole di diritto in Roma antica*, in: *Opera di contardo Ferrini, v.II*, Milano 1929; **Scacchetti, M.G.** *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculeani*, in: *Studi in onore di A.Biscardi, v.V*, Milano 1984, 369- 404.

⁴⁴ В тази връзка много ценни изводи се съдържат в изследването на **Schiavone, A.** *Studi sulle logiche dei giuristi romani: nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971.

времето на Късната империя, но основите на едно локализирано образование по право вече са положени. В тези школи отново не се изучава нито теория, нито основи на правото - преподаването е отново практически ориентирано и свързано предимно с дейностите *respondere* и *docere*. По-задълбочени познания слушателите в тези школи придобиват чрез анализа на казусите и тяхното количествено натрупване и разнообразие. Към този период обаче вече е налице една значителна творческа дейност на юристите, материализирана в различни видове съчинения - коментари по цивилното право, по преторския едикт, по определени теми или към съчиненията на друг юрист. Създават се и сборници с *deffinitiones*, *responsae*, *opiniones*, както и систематични курсове по основи на правото, наречени Институции. Достигналият до наши дни такъв курс на юриста от II в. сл. Хр. Гай, както и неговото друго дидактическо съчинение - *Res quotidiana* (За ежедневните неща), наречено още *Aurae* (Златни правила за най-важните правни казуси), дават представа за началото на систематично обучение на бъдещите юристи⁴⁵. От анализа на включените в Дигестите фрагменти може да се направи извод, че почти всички юристи са създавали свои институционни курсове, а изучаването на съчиненията на юристите от предкласическия и следкласическия период, вкл. на коментарите по цивилното и преторското право, е било част от учебната програма и през следващите столетия⁴⁶.

През I в. сл. Хр. правното обучение продължава да е неразривно свързано с това по реторика. Особено място заема големият оратор и юрист Квинтилиан, който е назначен от император Веспасиан за пръв учител по реторика на държавна заплата в първото държавно училище за оратори. След 20 години на преподаване Квинтилиан се оттегля в пенсия, но остава възпитател на младия император в двора на Домициан. Той създава едно от най-значимите съчинения с философски, но и с практико-дидактически характер *Institutio oratoria* (За обучението за оратора) в дванадесет книги⁴⁷. Започвайки с елементарното образование, трудът систематично анализира цялата територия на реториката. Две произведения с името *Declamationes* произлизат от школата на Квинтилиан. Те съдържат колекция от упражнения по красноречие. Учениците трябва да пишат, в съответствие с тогавашната учебна форма, (която Квинтилиан остро критикува!) по измислен и в повечето случаи абсурден юридически случай по една реч на обвинението и една на защитата. Така те трябва да развият остроумието си и чувството си към езика.

От времето на император Траян и най-вече при Хадриан дейността на големите юристи постепенно се измества към двора на императора, в който те заемат високи административни постове или са членове на съвещателния орган към императора-*Consilium principis*. Те се дистанцират от преподаването на правото, а школите преминават към т.нар. *magistri iuris* - юристи с по-малък престиж, без привилегията *ius publicum respondendi*, но занимаващи се вече професионално с обучение на младежта по основи на правото⁴⁸.

7. Духът на свобода и независимост, както и практическата ориентация и личните отношения между преподавателите и слушателите, които доминират

⁴⁵ По- подробно за тези трудове вж. **Pugliese, G.** *Gaio e la formazione del giurista*, in: *Il modelo di Gaio e la formazione del giurista*, Milano 1981

⁴⁶ Творческата дейност на римските юристи от епохата на Принципата освен цитираните по- горе заглавия от общите съчинения, посветени на развитието на римската юриспруденция вж. и класическото съчинение на Шулц , което е ползвано в италианския му превод: **Schulz, F.** *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968

⁴⁷ Задачите на ораторите са включени в началните глави на *Institutio oratoria*- вж. текстът на *M.Fabius Quintilianus, Institutio oratoria* (Обучението на оратора), превод М. Порталски, С., 1982

⁴⁸ Вж. **De Martino F.** *Storia della costituzione romana*, vol.II, Napoli, 1974

преподаването на правото до III в., постепенно изчезват с установяването на централизираното монархическо управление в Рим, наричано епоха на Домината или Късна империя. В този период съществено се променя и правото, като основен източник и база за унифициране се явяват императорските конституции. В романистиката се говори за епоха на т.нар. анонимна юриспруденция, която е ангажирана с различни публични функции, в някои случаи в императорската канцелария. През този период няма и ясно отграничаване на правораздаването от административната дейност, като висшите управители - преториански префекти, викарии, губернатори на провинции, са същевременно и съдии, а начело на съдебната система стои императорът. Той издава конституции, с които урежда определени въпроси, дава разпореждания до администрацията, тълкува неясна или противоречива практика и казуси или решава конкретни дела по искане на частни лица⁴⁹. Независимо дали те имат по-общ и нормативен характер или представляват индивидуални разпореждания, правни становища или решаване на конкретни дела, те имат сила на закон и това е установено още от класическите юристи.

В областта на правото продължително време се запазва относителната прилика в школите в източната и Западната част на империята, но към V в. се усеща приоритетът на правното образование на Изток, концентрирано в няколко големи академични центрове - Константинопол, Бейрут, Александрия и Атина, следвани от тези в Антиохия, Газа, Цезаря. Там то се отделя окончателно от реторическото образование, осъществява се по учебни програми, от специално отдадени на преподаването професори и асистенти, като наред с тях преподават и висши държавни сановници, представяйки пред студентите тънкостите на административната и съдебната практика. Преподавателската дейност е платена. Вече не може и дума да става за почетно възнаграждение (хонорар) какъвто се е заплащал на преподавателите и на юристите, които дават *responsa* по времето на Улпиан и за който се коментира дали може да се търси по съдебен ред. Забележителен в това отношение е един текст, запазен в Дигестите, който свидетелства за разпространението на практиката и в провинциите и все още колебливата практика хонорарът да се търси по съдебен ред:

D. 50.13.1.5 (Ulpianus L.8 de omn. trib.) Proinde ne iuris quidem civilis professoribus ius dicent: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur⁵⁰.

⁴⁹ Вж. D.1.4.1 (Ulpianus libro primo institutionum)pr. Quod principi placuit, legis habet vigorem... 1. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat... За отделните видове императорски конституции вж. **Orestano, R.** Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali, Napoli 1998; **Lucrezzi F.** Leges super principem La "Monarchia costituzionale" di Vespasiano, Napoli 1982; **Coriat, J. P.** Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat, Paris, 1997.

⁵⁰ Фрагментът е по повод на невъзможността управителите на провинции да разглеждат дела за възнаграждения на професорите по право във връзка с даваните от тях консултации.

Студентите от своя страна принадлежат на висшите съсловия, тъй като за обучението се заплаща значителна такса, а и издръжката на самия студент в големите градове на империята изисква не малко средства, ако той не е родом от там.

Същевременно някои от професорите заемат и най- високи постове в дворецовата и висшата администрация. Принципно правното образование се счита за теоретично и формиращо определени общи познания и умения у студентите, както и познания за класическата доктрина, и то съвсем не в исторически контекст. Наред с това те се подготвят за работа в администрацията и заемането на държавни постове. Трябва да се има предвид, че към този момент административната и съдебната дейност, особено на по- ниските нива, се осъществяват от едни и същи длъжностни лица. Правното образование обаче е необходимо на всички нива на администрацията, тъй като там се разглеждат и всякакви жалби, а понякога се формират и особени юрисдикции за разглеждане на спорове. Образованието приключва с финален изпит, с който се удостоверява степента на образование и квалификация на студентите и препоръки за насочването им към практическа работа. Има специални изисквания за тези, които започват работа като асистенти на професорите или като техни лични секретари. Младежите, произхождащи от най- видни и приближени на двора фамилии, имат възможност след приключване на образованието си да започнат работа в императорската канцелария.

Към университетите се създават богати юридически библиотеки, които често са свързани и с държавните архиви, в които студентите от горните курсове получават практически умения и подпомагат съответните служители.

В епохата на Домината има и известна специализация между университетите, като този в Константинопол е свързан предимно с подготовката на юристи за административната и съдебната дейност, докато в Бейрут и Александрия се обръща внимание особено на частното право, респ. на търговското и морското право.

8. С оглед унифицирането на източниците на правото и създаването на официалните кодификации и компилации от становища на юристите Юстиниан предприема съществена реформа и в правното образование. В конституцията „OMNEM“⁵¹, той „приветства Теофил, Доротей, Теодор, Изидор и Анатолий и Талалей и Кратин, знаменити преподаватели и Саламиний, най-учен преподавател по право“, прави анализ на съществуващото правно образование и неговите недостатъци и изразява волята си за пълното му реформиране. Императорът установява нов учебен план, методически указания, балансирано и синхронизирано обучение в продължение на 5 години, препоръчителна литература (основно Институциите и някои от съчиненията на класическите юристи) и детайлно описание на учебното съдържание, както и на изискваните умения на студентите след всеки цикъл на обучение. Очевидна е отново практическата насоченост на правното образование, но вече от позицията на едно много по-задълбочено и систематизирано теоретично познание. Юстиниан повелява: „И така, с Божията помощ започнете да преподавате науката за правото и да откривате (на студентите) пътя, който ние сме открили, за да станат те най-добри слуги на справедливостта и на държавата и да последва след вас най-великата слава на всички времена, защото по ваше време се е създало такова изменение на законите, което е подобно на несравнимата замяна, извършена между Главк и Диомед според

⁵¹ Конституцията също носи наименованието си от първата дума в първия параграф- „ЦЕЛИЯТ нерушим закон на нашата държава...“. Издадена е на 16 декември 533 г. в Константинопол. „Omnem rei publicae nostrae sanctionem iam esse purgatam et compositam tam in quattuor libris institutionum seu elementorum quam in quinquaginta digestorum seu pandectarum nec non in duodecim imperialium constitutionum quis amplius quam vos cognoscit...“

прародителя на всяка добродетел Омир. И ние предписваме да се запази това во веки веков, и да се спазва от всички професори, и студенти по право, и преписвачи (на законите), и от нас самите, и от съдиите⁵².

9. При направения кратък преглед на развитието на правното образование в Древния Рим могат да бъдат направени изводи в няколко насоки.

На първо място, подготовката на юристите е в пряка обвързаност с практиката, тя се осъществява от практики и е изключително за целите на правоприлагането. Римските юристи не създават теоретични съчинения, доста късно се обособява и специфична правна литература. Но това не е пречка за една завидна предварителна подготовка, която позволява, след една съвместно с патрона дейност по правоприлагане или тълкуване на правото да се премине и към самостоятелна правна практика. При това не е било необходимо нито някакво дипломиране, нито изпити, способностите и уменията на начинаещия юрист и доволните от неговата помощ римляни са били атестат за неговото „изкусно занятие“.

Наред с това следва да се подчертае и държавната политика в тази насока, която насърчава подобна прагматична насоченост на правното образование и дори обвързва реформите в него с това. Юстиниан поставя на преден план, преди да се премине към такива реформия да се направи цялостен преглед на позитивното право, въплътено в императорските конституции, и на становищата на класическите юристи, за да могат младите да усвоят едно право без противоречия и неясноти.

Естествено действителността винаги се различава от амбициозните планове и добрите намерения. От съвременна гледна точка този „мастодонт“, наричан Юстинианова кодификация, вероятно е било невъзможно да се познава. Това обяснява и множеството съкратени компилации, парафрази, паратитли и пр. кратки анотиарни сборници, които въпреки изричната забрана на императора, се появяват след смъртта му. Но все пак е поставено началото на една добра систематика на правото, която не бива да се игнорира, понеже не съответства на съвременните концепции за систематика. Създадена е и обвързаността на действащото право и практика с правното образование. А няма именно в тази насока не се предприема и съвременната реформа в правното образование.

Ако трябва да се върна към заглавието, в което поставих въпросителна и което обвързах с въпроса доколко правото е изкуство или изкусно занятие, несъмнено настоящата статия е в подкрепа на второто твърдение. Но както в Древния Рим, така и в наши дни създаването, прилагането, тълкуването и изучаването на правото изискват широки познания, но и особено майсторство, талант и вдъхновение при прилагането им. И само тогава бихме могли да говорим, че с правото можем да постигнем тържеството на доброто и справедливото.

⁵² Вж. параграф 11 на конституцията. Цитатът е от Илиада, VI.236: „златните свои дюзпехи с медни, оценените за сто бика със струващите девет“.

Реакцията на правото срещу злоупотребите с него¹

Кристиан Таков

The Reaction of Law Towards Its Abuses

Christian Takoff

Abstract: *This oral presentation discusses the immune system of the law against its abuses mostly in the administration of justice. The role of the judges is to ensure that justice is served whenever the people attempt to misuse or abuse of the legal instruments. Formalism in judicial practice, although criticized, is presented as a reaction of the law against its abuses.*

Keywords: *justice, formalism, abuses of law, promissory note*

Много трудно се говори след такава сладкодумница като Проф. Новкиришка. Аз нямам презентация. Илюстрациите ще бъдат чисто словесни. Бих искал да коментирам, че, римските закони са били тъй стабилни, защото са имали проблем с книгопечатането и правно-информационните системи. Ако да не трябваше да ги изсичат в мрамор или да ги обливат на медна плоча, вероятно щяхме да бъдем свидетели на нещо по-различно.

Българинът е народ, живял години наред на север, а и на юг от Дунава. Според един древен историк, „Отвъд Дунава живеят племена тъй диви, та дори пият виното без да го разреждат с вода“. Имаме, разбира се, и други недостатъци като народност. Ние никога не сме обичали особено много реда и по тази причина не сме обичали твърде много и правото си. Лицемерно го почитаме, заявяваме привързаност към него, а смигвайки помежду си, го заобикаляме или направо го газим там, където заобикалянето ще ни отнеме твърде много време.

Въпреки това общонационално стремление да не зачитаме твърде много правилата или по-скоро да се ръководим от дълбоко родово-общинни шуробаджанашки и други подобни нормативни регулатори, правото удивително има свои самозащитни сили. Част от тези самозащитни сили, които могат да бъдат условно назовани, имунна система на правото, са концентрирани в един тип механизми - това са законодателните механизми. Твърде много са тези законодателни механизми, за да ги изреждам един по един. Спомнете си забраната да се разваля договор, когато неизпълнението е незначително с оглед интереса на кредитора. Спомнете си за възможността да намалявате неустойка, когато тя е прекомерно голяма в сравнение с претърпените вреди. Спомнете си за Член 152 от ЗЗД, който забранява уговорки заложената вещь да стане собственост на кредитора, ако длъжникът не изпълни. Помислете само за цялото право на ценните книги, не само Закона за публично предлагане на ценните книги, а и

¹ Настоящият текст е изготвен на основата на видео- и аудио-записа на участието на Кристиан Таков в конференцията на 14.12.2016 г, защото той не успя да изпрати доклада си във формата на статия за публикуване в настоящия сборник. Резюмето на английски език е подготвено от редакторите на сборника, които си позволиха и минимална намеса при трансформиране на устното изложение в писмен текст.

още обрасналите около него десетина закони и десетки наредби в тази връзка. Това са все реакции на законодателната и на изпълнителната власт спрямо злоупотребите с право, т.е. тук законодателят решава, че ще трябва да интервенира с нещо много сериозно.

Това, за което искам да говоря днес, е реакцията на съдебната власт, на правораздаването, спрямо злоупотребите с правото, защото това е „живият живец“, така да се каже, това е ежедневната работа, без която не може да си представим, че правото ще съществува. Съдиите са тези, които се конфронтират непрекъснато с всяко зло. При тях хората идват именно по тази причина. Съдиите са тези, които трябва да реагират на всеки опит правото да бъде употребено не по предназначение. И тези примери, които ще дам целят да докажат тезата ми. Поради това сигурно съм ги подбрал тенденциозно.

1. Един от първите примери е записът на заповед. Тъй като тук има неюристи, ще си позволя съвсем късо отклонение. Записът на заповед е ценна книга, която има една особена характеристика или, по-скоро, няколко особени характеристики.

Тя е възникнала в Късното Средновековие в търговското съсловие с цел да обслужва само неговите потребности. Била е издавана от търговци. Била е приемана от търговци. Нейното принудително осъществяване се е разигравало отново на тази територия - на търговските отношения. Идва обаче Великата френска буржоазна революция с идеята за равенството, с други думи: „Всички сме равни. Всички сме еднакви. Всеки може всичко. Няма да се делим на търговци, на клирици, на аристократи, на граждани, на селяни, на беднота и т.н. Всички могат всичко.“. Оттук тръгва една злина, която е неизбежна с оглед демократичността на днешното право. А именно, институти, които са замислени и концепирани да работят в една посока, в едни отношения, изведнъж започват да се появяват на най-неочаквани места, между хора, които нямат нищо общо с тях. По този начин записът на заповед започва да се употребява или да се злоупотребява от лица, които нямат търговско качество.

И тук минавам към следващата важна характеристика на записа на заповед. Според доскоро действалото право, до преди десетина години, записът на заповед имаше една интересна функция - той беше т.нар. „извънсъдебно изпълнително основание“. Това означава, че вие можехте да започнете изпълнителен процес, без преди това да се обременявате с тежестите на целия тровав, тежък и продължителен граждански процес. Така беше в отменения Граждански процесуален кодекс, член 237, съответно също отменен. Докато тази възможност до 2007 г. съществуваше, а именно, въз основа само на предявяване на записа на заповед и протестирането му да започне принудително изпълнение, с него злоупотребите биваха всячески. Сигурно някой от вас имат спомени или са чували разкази как пребледнели длъжници на задните седалки на коли със затъмнени стъкла, притиснати от дебеловрати момчета, са подписвали покорно запис на заповед, който след това е бил джиросван на някое трето лице - друго момче с дебел врат, който вече минавайки за трето добросъвестно лице, на което не могат да се правят никакви възражения по записа на заповед, е предявявал този запис на заповед за плащане. И когато не е бивал платен той е включвал държавната машина на държавното принудително изпълнение в услуга на своите престъпни цели.

Как правото реагира на това? През съда. Тогава, когато длъжникът се е опитвал да спре изпълнението и е предявявал иск за несъществуване на вземането по записа на заповед, там съдиите са се сблъскали със забраната да се правят възражения по записа на заповед спрямо трети добросъвестни лица (които изглежда да са били такива). Добре, тук законова пречка има. Да тръгнем по този път!

Тогава съдиите са казвали: „Дайте да му намерим някакъв дефект!“. И са

намирали такъв дефект. Всяко, макар и най-леко отклонение, едва ли не правописна или граматическа грешка (не са стигнали, разбира се, до там колегите), но са били склонни и това да дирят.

Между другото в Германския върховен съд е разглеждан случай, в който думата „Wechsel“, това е немското понятие за менителница, било написано с правописна грешка. И се е повдигал въпросът - нищожна ли е по тази причина въпросната менителница. Германският върховен съд казал – „по тази причина - не, но по други - може и да е нищожна“. Така съдиите са дирили понякога „под вола теле“ и нередко са го намирали. Откривали, например, случайно споменаване на отношението, което се обезпечава чрез този запис на заповед, или неспоменаването на думите „запис на заповед“ в текста на документа, а само в заглавието, или обратно, споменаването „запис на заповед“ само в текста на документа, но липсата на заглавие „запис на заповед“ и т.н.

Съдиите са дирели спасение във формализма и са намирали такова спасение във формализма, дирейки справедливостта. Това е много интересно между другото, как по един укорим път стигаме до положителен резултат. Този начин на реакция на имунната система на правото, обаче има своята цена. Знаете, че когато имунната система реагира, ние вдигаме температура. Когато имунната система на правото реагира, правото също боледува, също се поти, също се мята, също изпада в някаква треска. И това, колеги, е треската на формализма. Защото там, където ние сме го употребявали съзнателно, там, където е било оправдано и необходимо да го употребим, той е бил употребен, но той е продължил да съществува, и този формализъм се е пренесъл тайно, полека и незаконно и в други съдебни решения, където пък вече се е стигало до, може би, несправедлив резултат.

2. Можем да си спомним и един друг пример. Това е случаят с венецианския търговец от едноименната пиеса на Шекспир, за който случай говори Рудолф фон Йеринг². Спомнете си, че уговорката е лихварят Шейлок, ако не си получи парите, да

² Кристиан Таков визира произведението „Борбата за право“ на Рудолф фон Йеринг, което преведено с подбор на откъсите от самия Кристиан Таков на български език в: сб. Theo Noster, Сборник в памет на гл.ас. Теодор Пиперков (съст. Малина Новкиришка-Стоянова), УИ „Св.Климент Охридски“, 2014 г. Същият превод е публикуван на 22 октомври 2015 г. и на сайта <http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2015/10/21/--1>. (Достъп на 14.08.2017).

Става дума за откъса с подзаглавие „Правно-литературен анализ на „Венецианския търговец“: „Омраза и отмъстителност водят Шейлок пред съда, от който иска да отреже своя фунт месо от тялото на Антонио. Ала думите, които поетът го кара да изговори, звучат от устата му точно тъй вярно, както биха звучали и от всяка друга. Това е езикът, който нараненото правно чувство говори навсякъде и винаги; силата и непоколебимостта на убеждението, че правото все пак трябва да остане право; силата и патосът на човека, изпълнен със съзнание, че това, което той претендира, засяга не само него, а закона. Шекспир го кара да каже, че „фунтът месо, що искам, е честно купен, мой е и искам да го имам. Не ми ли го дадете, законът ви не струва. Ще рече, че правото на Венеция е безсилно“.

„Диря закона. Имам си полица.“ Колко могъщо и величаво се възправя фигурата на мъжа, изговарящ тези думи! Това вече не е евреинът, който иска своя фунт месо; това е самият закон на Венеция, който тропа по банките на съда – защото неговото право и правото на Венеция са едно; ако едното се срине, то повлича и другото... Именно в това се състои според мен висшата трагика, която Шейлок ни кара да съзрем. Той всъщност е измамен и е лишен от правото си. Поне юристът трябва да гледа така на нещата. Поетът, разбира се, е свободен да си прави собствена юриспруденция и не е нужно да жалим, че Шекспир в случая е сторил именно това или по-точно, че е съхранил непроменена старата легенда. Ако ли обаче юристът я погледне критично, той може да каже само, че полицата сама по себе си е нищожна, тъй като съдържа нещо неморално и че по тази причина съдията изначално е трябвало да я отхвърли. След като обаче „мъдрият Даниел“ не го прави и я признава за действителна, следващото му действие – след като вече е признал на ищеца правото да отреже фунт месо от живо тяло, да забрани необходимо произтичащото от това проливане на кръв – е жалко извъртане и дребнаво хитруване. По точно същата логика съдията би могъл да признае на носителя на сервитута

отреже един фунт месо от тялото на заемателя Антонио, т.е. да може и да го убие. Тогава съдията, пред когото е висящ процесът, казва: „Добре. Добре. Добре... Ами-и да. Имаш право да си отрежеш фунта месо. Само, че тук нищо не пише за кръв. Така че, ако пролееш и капка кръв докато отрязваш фунта месо, ще те съдя веднага след това за убийство. Да знаеш! Само да ти кажа. Не че нещо...“.

Рудолф фон Йеринг застава срещу това и казва, че това е отвратителен формализъм, това е безсрамие. Трябвало е, според него, съдията да каже, че договорот е неморален и по тази причина е нищожен. Оттам е трябвало да откаже защита, а не, търсейки пролуки из формализма, да се опитва да спаси прекрасния младеж. Така обаче Шекспир е избрал и всички са доволни. И досега ходим на тази пиеса и ѝ се радваме.

3.Още един случай. Напоследък административните съдилища обявяват за нищожни множество разрешения за строеж, които са издадени след 2003 г. И с това създават доста безпокойства у инвеститори, които смятат да застроят градинка в Младост, Люлин или където и да било.

Позовавайки се на доста неясноти в административноправната ни теория, които водят до не много точно разграничение между нищожен и унищожаем индивидуален административен акт, какъвто представлява разрешението за строеж, съдилищата се произнасят: „Нищожно е!“⁴. А нищожността може да се релевира винаги неограничено във времето за разлика от унищожаемостта. По този начин съдилищата се борят, инстинктивно, може би, и отново по пътя на формализма, със злото, което се нарича презастрояване на градската среда.

4. И един последен или предпоследен пример, в зависимост от времето, с което ще успее да се справя. Има едно скорошно тълкувателно решение на ВКС относно предявен ревандикационен иск, а именно, искът на невладеещия собственик срещу владеещия несобственик. Съдебното решение по този иск не следва да се състои само в осъждане на ответника да върне фактическата власт на ищеца, а трябва да има установителна част, която установява че ищецът Х е собственик и се осъжда ответника Y да му върне фактическата власт върху вещта.

Ще попитате защо е необходимо това? Нали ако не установи собствеността в своите мотиви, съдът не би трябвало да постановява и осъдителното решение по ревандикационния иск. Вероятно тази съдебна практика е продиктувана от една отвратителна злоупотреба с право, която вече граничи, дори минава, границите на наглостта. Конкретният случай е бил следния. Срещу община се води ревандикационен иск. Претендира се връщане на някаква сграда, която, според ищеца, общината държи и владее без правно основание. Някъде по средата на делото се появява юрисконсултът на общината, който ведро показва две снимки. Едната е на процесната сграда, а втората снимка е на мястото, върху което сградата се е намирала, но на нея то се оказва удивително празно. Юрисконсултът на общината казва:

правото да преминава през имота, но да му забрани при това да оставя дири по него, защото при учредяването на сервитута това не било уговорено.

Може да си представим, че историята на Шейлок се е разиграла още в най-древния Рим – защото авторите на Дванадесетте таблици са сметнали за нужно да посочат изрично, че при разсичането на длъжника (*in partes secare*) от кредиторите големината на парчетата е без значение. (*Si plus minusve secuerint, sine fraude esto!*)⁴.

„Почитаеми съдии, да ви кажа, ние разрушихме сградата, за която се претендира връщане на владението. И като я разрушихме, то няма обект вече, върху който да се спори, поради което ще ви помоля да отхвърлите предявения иск.“

Иначе казано, след фактически злонамерени и граничещи с престъпното, или направо престъпни, действия, ответникът моли съда да отхвърли иска срещу него. Тук този формализъм, разделянето на установителна част и на осъдителна част в диспозитива на съдебното решение, ни идва добре дошъл. Както се казва, барем ще установим, че ищецът Х е собственик, вече не на сградата, защото я няма, но поне на правото на строеж.

5. Един съвсем последен пример със забавна случка от съдебна зала. Претендира се отговорност на джирант по запис на заповед. Джирантът е лице, което е прехвърляло някога запис на заповед на други лица. И понеже е прехвърляло нещо, което не се знае дали ще се плати, законът предвижда, че той отговаря точно по същия начин, по който отговаря и първоначалният издател на запис на заповед.

Тежък търговец, който е джирант и е привлечен към отговорност, седи в съдебната зала и се чуди какво искат от него и какви са тези глупости. Той някога е придобил един запис на заповед, след това я е прехвърлил и смята, че нещата са приключили с това.

Съдията казва: „Да де, ама Вашата отговорност произтича от това джирант, което сте написали.“

„От кое произтича моята отговорност?“ – пита джирантът.

„Джирото, което сте положили върху записа на заповед“ – отговаря съдията.

„Мога ли да погледна? От това да произтича? От това, че съм написал, не на мен, а на еди кого си да се плати?“

„Да.“

„О, боже! Това ли бил проблемът?“ - и зачертава джирото.

Уви, има ужасяващ текст в закона, който казва, че зачертаните джира се смятат неписани. Този, който разказва случката, която е от края на 19 век в Германия, не казва как е свършил процесът.

Имам отговор, разбира се. Той вече не е във формализма. А е в смисленото разбиране на правото.

С тези няколко примера исках да ви уверя в следното. Може би, има университетски професор, седящ някъде в берлинска клиника, който ще ви каже как определена болест се лекува, според последните генетически изследвания. Но ако има домашен лекар, който ви спасява живота в ежедневието, това е съдебната система.

**Представите за качествата на политическия човек
в конституционните дебати през XIX век**

Веселин Методиев

*Notions of the Qualities of the Political Person
in the Constitutional Debates in the Nineteenth Century*

Veselin Metodiev

Abstract: *This oral presentation outlines the notions of the political person that crystalize in the constitutional debates in Bulgaria in the nineteenth century. High standards to the moral qualities of the elected representatives and public officers have been set at the outset of the modern Bulgarian state. This historical account bears relevance to the present crisis of the image of the people in politics.*

Keywords: *constitutional debates, political person, moral qualities*

Това е опит да представя част от идеята ми да реконструирам конституционния дебат през XIX век в България. Започнах с вариант на поредица от статии, после стана студия, а накрая излезе като книга¹. Това бсе резултат от факта, че докато аз дълго време се занимавах с политика и мислех, че в колегията се пише върху тези теми, не се оказах прав. Търсейки библиография по темата за конституционният дебат, установих, че няма написано и трябваше да положа усилие да събера тази информация. Така големият разговор има свои важни специфични черти. Сред тях представите за качествата на политическия човек, която споделят строителите на съвременна България е за мен от голямо значение. Те дават възможност да се види човешкия стремеж към ценностите на онова време. Може да ни покаже образец, към който и днес да сме задължени. Аз ще представя няколко примера, за да илюстрирам какъв е бил замисълът, и разбира се, да кажа и какво се е случило във времето между 1879 г. и 1899 г. в изграждането на модерната българска държава. Така ще надникнем в края на XIX век по въпроси, които със сигурност са актуални и днес в първата четвърт на XX век.

Първият документ, от който ще представя няколко думи и след това ще коментирам е документ, който колега, професор във Великотърновския университет, в един разговор каза че е крайно време да бъде обявен за първия български конституционен проект². Това е Рапорт върху основните начала на конституцията за Българското княжество – Търново, 18 март 1879 г, направен от една група депутати в Учредителното събрание. По-голямата част от тази първа конституционна парламентарна комисия са личности, които ще формират консервативното политическо течение в България след 1879 г. Това е документ, с който съм се запознал, благодарение на юрист, покойната Мария Манолова, в нейната книга „Създаване на Търновската

¹ **Методиев, В.** Конституционният дебат в българския парламент през XIX век, Нов български университет, С. 2016.

² Става дума за проф. д-р Петър Ст. Петков, ВТУ „Св. Св. Кирил и Методий“.

конституция“³. Годианата на това познанство е отдавнашна, затова няма да я споменавам – става дума за миналия век.

За съжаление рапортът не бе популярен във времето до 1989 г., тъй като темата за уменията на българите да градят модерна европейска държава не бе достатъчно популярна особено в нейния конституционен аспект. В годините след това съм го чел много пъти. Станал е част от моето мислене за българската модернизация през XIX век. Радвам се, че той получи в последните години по-голямо разпространение. Например, ние преподаваме с проф. Екатерина Михайлова по него в курсовете по „История на българската държава и право“ и „Развитие на българския конституционализъм“.

Колкото пъти човек се връща към Рапорт върху основните начала на конституцията за Българското княжество, толкова може да намира много важни неща. Текстът започва с посочване на четирите начала, върху които се построява съвременната конституционна система и едно от тези начала е равенството пред закона. Ето част от текста: „Всеки гражданин като представлява една личност, която олицетворява цялото човечество, е свършено равен на своите подобни. Законът, който стои високо над човеците, за да управлява взаимните отношения на личностите трябва да гарантира това равенство. Затова законът трябва да пречи на изкуствената разлика между хората... На това начало са основани и намират своето оправдание... [част от членовете на проекта]. Законът трябва да повиква на обществените служби, чинове и почести всеки гражданин, стига той да е способен и непорочен. Той трябва да разпределя обществените длъжности без разлика“⁴.

Нашите строители на модерна България са ползвали тези две думи „способен“ и „непорочен“. Аз се занимавах с тях. Да си „способен“ на съвременните българи горедолу ни е ясно, но да си „непорочен“ в една атеистична среда е почти неразбираемо. Какво са искали да кажат хората тогава? Порокът е категория, която е свързана с християнската етика и морал и тогавашните българи, за разлика от днешните, са били тези, които са писали тези текстове от сърце и са били наясно какво значи да си порочен човек. Порочният човек е слаб, отдаден на злото и в някаква степен неспособен да бъде загрижен за себе си, камо ли за обществения интерес.

Трагичното е, че в едно кратко историческо време, т.е. за стотина (сто и двадесет) години, днес като, че ли точно порочните хора би трябвало да бъдат извиквани в обществени длъжности. Това е станало автоматично правило. Трябва да се покани онзи, който е хитър, който може да се справя със ситуацията, който е маневрен. Даже има нова дума на български „мобилен“, ще рече „гъвкав“. Това е безспорна заплаха в етиката за строителите на съвременна България. Хората са го констатирани тогава, защото са искали тази непорочност. Защо са я искали? Чисто прагматичен мотив. Пак да цитирам част от текста: „Преди всички, комисията като обсъди сериозно положението и нуждите на народа ни, като взе във внимание, че във всяка една политическа организация трябва да се избягват крайностите; че преходът от робство към самоуправление трябва да е постепенен; че като във времето на турското владичество Българите не са имали никакви политически правдини, ползването от политически права изисква не само една дадена степен на умствено развитие, но и редки нравствени качества...“⁵.

Сега, ако на мястото на „турското владичество“ поставя „българския комунизъм“, нещата без никаква спекулация стават сравними, защото става дума за живот в една държава, която е тоталитарна, и демократичните практики са малко или

³ Манолова, М. Създаване на Търновската конституция, С., 1979.

⁴ Дневници на Учредителното събрание от 1879 г., съставителство и коментар В. Методиев, Издателска къща Гутенберг, С., 2004, 148.

⁵ Пак там, 149.

почти непознати.

Съпоставимо е и с темата за прехода към самоуправление, а това е другото начало на модерната конституционна държава. Не е проста работа и се изискват „редки нравствени качества“. Те означават нещо също доста ясно за хората тогава в рамките на обществените неща. Тези „редки нравствени качества“ трябва да ти позволяват да можеш да правиш разлика между личен и обществен интерес. Изключително трудно е днес да се постави границата къде свършва личния интерес и къде започва обществения, можеш ли да намалиш личния си интерес, за сметка на обществения и т.н. С други думи, не стига, че трябва да си „непорочен“, ами трябва да имаш и „редки нравствени качества“.

Тези изисквания не са самоцелни. В Конституционния проект на Константин Стоилов от 1879 г., предложен месеци след рапорта, който ви представих, пише следното: „Положителна политика, постепенно развитие, права съответстващи на културното състояние бяха представени от привържениците на доклада („рапорта“ – б.м. В.М.)“. Константин Стоилов продължава, обосновавайки своите две цели основни цели: Първата, „Да се постави на солидни основи да се развие монархическия принцип, т.е. авторитета и престижа на княза, да се съсредоточи властта в неговите ръце, да се даде предимство ...“. И втората, „Да се организира страната, да се *втълпи* (курсив мой - В.М.) в народа дисциплина и принципи на законност и политически морал, да се сложи ред на всички отрасли на администрацията, да се осигури благоденствие на народа и да му се дадат тъкмо онези права, които може да използва.“⁶

Тук се сблъскваме с доказателството, че въвеждането на морално-етични изисквания може да те отведе до степен да искаш нещо, което е практически невъзможно да се случи. Да се „втълпи“ на народа каквото и да било е невъзможно. И това го показва цялата човешка история. А да се „втълпи“ дисциплина на разхайтени хора, това не знам дали и правото е в състояние да го свърши. И на всичкото отгоре да се „втълпят“ принципи на законност е още по-мъчителна и трудна работа.

Въпреки това в периода от 1879 г. до 1881 г. тези хора, консервативните дейци, ще стигнат дотам, че ще подготвят един документ до княз Александър I и ще го призоват да се извърши едно голямо преустройство на модерната държава, на българското общество, въвеждайки един специален режим на пълномощия. Според Константин Иречек, друг тогавашен деец, чужденец, пишейки този доклад до княза, „било крайно време в българската администрация да се изкорени този вреден навик да се пушат цигари и да се пие кафе“. По отношение на този „вреден навик“, който изкореняваме от май 1881 г., днес имаме няколко положителни неща, например, не пушим вътре в сградата. Това сме постигнали за 130 години.

Следващият въпрос е пряко свързан със съдиите. В третото Обикновено народно събрание през 1883 г. има дебат за промяна на конституцията при премахването на режима на пълномощията. Това е дебат, който довежда до нов вариант проект на конституция, останал обаче неосъществен, отхвърлен през 1886 г. Базовият въпрос в него е втората камара. Но един от големите въпроси там е как функционират самите съдилища. В този дебат един от народните представители обосновава, че не трябва да се дава на съдилищата право да определят и да тълкуват законите, защото само парламентът бил компетентен, защото „не трябва да се забравя, че между тях съдиите има такива хора, които даже не заслужават да бъдат копачи“⁷.

Дали българските съдии са имали такива „редки нравствени качества“, че е трябвало да бъдат „копачи“, а не отреждащи справедливост, не зная. Но зная, че ако

⁶ За цитатите от проекта на д-р Константин Стоилов Вж. **Методиев, В.** Конституционният дебат в българския парламент през XIX век, Цит. съч., 16, а също и цитираната там литература.

⁷ Вж. **Методиев, В.** Конституционният дебат в българския парламент през XIX век Цит. съч., 30.

тази мярка е била отнесена към депутатите, то и там проблемът с „копачите“ е бил налице. Така, че тази претенция също е прекалена, и в крайна сметка е илюзия. Това е илюзия, която в едно общество, лишено от свои институции, изградени по пътя на еволюцията и справяне с трудностите самостоятелно, винаги води до заблудата, че институцията прави човека, а не човекът прави институцията. Това е драма за онова време.

В неосъществената институция на втора камара на парламента тогава са мислели, че трябва да влязат хората с по-голям социален опит, т.е. по-възрастните, и хора, които притежават имуществен и образователен ценз. Темата за ценза е на няколко пъти дискутирана. Ние не приемаме ценза, и тогава, и днес. Ние мислим, че равенството помежду ни е изключително хубаво нещо. А то е пагубно. Ние дори сме произвели като компенсаторен механизъм една социална йерархия, в която задължително слагаме буквички пред името на хората, за да може все пак да се отличим един от друг. У нас като, че ли единствено имущественият ценз е по-приемлив. Той в някаква степен и гарантира, и продължава да гарантира съгласие, че, може би, това те предпазва да извършваш злоупотреби с власт в името на личния си интерес.

През 1886 г. е дебатът по отхвърлянето на законопроекта от 1883 г., защото трябва да се довърши процедурата след като възстановяват Търновската конституция. Тук се среща с едно друго тълкувание за качествата на политическия човек. Много сериозна част от обществото, либералната, която е с мнозинството в парламента, има специална, негативна настройка към адвокатската професия. Това е още от Учредителното събрание от 1879 г., където се проявява някаква ненавист към адвокатите. Не знам защо. Дори бих казал, че съм се стряскал. И за да покажа колко е силно това чувство, ще спомена един случай от Учредителното събрание по време на дебата за втората камара или сенат, когато всички са убедени от либералите, че е необходима такава институция, че това е неизбежно добро за България. Петко Славейков, комуто е дадена задачата да произведе обратният аргумент срещу Тодор Икономов, и виждайки, че е слаб в своята реч (а той е бил доста талантлив оратор), за да може да предизвика скандал, той в края на речта си почва да напада адвокатите, че били като „скакалци“ и те щели да се качат в сената, т.е. да не ги допуснем там тези скакалци. Тогава скачат няколко адвокати и казват: „Нас си обиждат! Няма ли председателят да спре оратора?“⁸. В резултат на това се получава физически сблъсък, бой в залата на Учредителното събрание, и се проваля целият дебат за втората камара. За жалост и тогава през 1879 г., и после през 1886 г., няма изказване, което да обясни какви са тези недостатъци, които човек получава с времето, в което упражнява адвокатска професия.

Ще завърша с нещо, което е и днес много обширна тема. Даже искаха референдум да правят по нея. Това е за броя на депутатите в парламента. Да напомня, че в началото конституционната норма е 1 мандат към 10 000 жители. И чак през 1938 г. ще се появи точно число на броя депутати в парламента. Ние ги познаваме вече тези числа. Съотношението 1 депутат към 10 000 души през 1892 г. се поставя под въпрос, когато министър-председателят Стефан Стамболов внася предложение за изменение на конституцията. Промяната е продиктувана от въпроса за династията, но се сменят и други текстове и премиерът предлага числото да се смени на 1 мандат към 20 000 жители, т.е. броят на депутатите да се намали наполовина.

Какво казва Стамболов още в първоначалния дебат? Това е мисъл, която той ще развие на няколко пъти. Ще цитирам само една част от нея: „Мислите ли, господа

⁸ Вж. Дневници на Учредителното събрание от 1879 г., Цит.съч., 275-278.

представители, че ако от вместо 350 души депутати останат 180 няма да вървят работите както и сега? Аз вярвам, че непременно по-добре ще вървят, защото в изборителните околии щяха да се избират хора, които действително са заслужили. Имат известно име, популярни и способни за работа. За да се праща някой от една изборителна околия, трябва да има умения и дарба. Следователно ако бъдат само 180 души, вместо 350, ще дойдат тогава по-силни, по-отбрани и по-умни и на тях ще бъде поверено управлението на страната. Тогава по-добре ще се обсъждат законите, това е в интерес на народа⁹.

Вижте колко много изисквания към качествата - да си популярен, да си известно име, да си способен, да си по-силен, да си по-отбран, да си по-умен. Това го казва човек, който през 1879 г. обвинен от тогавашния министър на вътрешните работи, че няма изискванията възрастови, за да бъде депутат (защото Стамболов не е имал 30 години), излиза на трибуната и пита министъра на вътрешните работи – „Вие ли не знаете на колко години съм или хората, които са ме избрали?“. Този стил на демагогия, на популизъм самият Стамболов ще завърти на 180 градуса, разбрал, че това води доникъде, и ще поиска да се намери път, за да дойдат по-умни, по-силни, по-способни хора. Дали това се е случило, дали този либерал, ставайки консерватор години по-нататък е успял да постигне това качество вътре в парламента на хората, които се занимават със законите на страната, е сложен въпрос. Само ще кажа, че тази реална грижа за повече качество не е произтичала само от абстракциите на Стамболов. Този човек от 1884 до 1886 е председател на Парламента и когато излизат опозиционери да го атакуват, че искат да се взимат решенията с 1/3 от общия брой, т.е. да се намали реално кворума. Той задава следния въпрос в залата: „Вие дете ме питате, аз като бях председател на НС вие бяхте ли в залата на работа?“. Един не става да му каже: „Бяхме.“. Ето защо самият Стамболов продължава, че дисциплината по време на заседанието е такава, че 1/3 кворум си е идеален, т.е. това не е нещо измислено в главата му, това не е нещо амбициозно. Това е просто жив живот. Поведение на хора, които имат редки нравствени качества, за да се занимават с политика!

В заключение да направя своя извод. Мерилото за прилични хора в последната четвърт на XIX век е било далеч по-високо, защото става дума и за далеч по-малко хора, ангажирани с обществена дейност. Но и изискванията към всекидневното поведение на хората е било по-високо. Приличие, почтеност, непорочност, способност, ум са все твърде конкретни неща, които българите са разбирали от своя живот в малките общности – семейството, махалата, селото, градът. И са искали тези неща да се валидни и в новата им държава и нейните институции. Българската историография там където е разкрила делото на строителите на нова България е успяла да покаже такива нравствени качества. Разбира се това не изключва и други характеристики, на недостатъци. Но твърдо мога да кажа, че положителната човечност е налице. Дори мисля, че тя обяснява и факта на сериозния успех в модернизацията ни като европейска национална държава.

⁹ Вж. **Методиев, В.** Цит. съч., главата за промяната от 1893 г.

Имигранти и бежанци - опасност или възможност?

Людмил Георгиев

Immigrants and Refugees – Danger or Opportunity?

Lyudmil Georgiev

Abstract: *The article presents the technology for integration of refugees through projects run by unemployed Bulgarians with appropriate education, further education and the provision of employment. Shared significant European experience in organizing training and job placements for refugees, enabling to use any level of qualification of foreigners, and to ensure the security of the population.*

Keywords: *refugees, immigrants, integration, prequalification, vocational and continuing education*

Доскоро България не познаваше силата и последиците от голям имиграционен натиск. Още повече от разнородността по националност имигрантска вълна.

Като резултат от кризата в Сирия, броят на хората от този регион, запътили се към нашата страна значително нарасна, като към края на м. септември 2015 г. (по данни на Държавната агенцията за бежанците) броят им достигна 11 742 души. От 1993 година до края на месец юли 2016 г. 69 271 лица са поискали статут на бежанци в България. Такъв статут са получили 4708 лица през 2015 г. и 376 лица през 2016 година, което показва сериозен спад в одобряването на молбите. „Трайно се запазва тенденцията у нас да влизат все повече граждани на Афганистан и на Ирак и все по-малко на Сирия. От началото на годината в страната са пристигнали 4 442 мигранти от Афганистан, 2832 иракчани и 1120 сирийци“¹.

Справедливата еуфория на състраданието, която заля населението ни с първоначалната вълна в която всеки потърсил убежище у нас бе наричан бежанец, бе заменена от доста по-трезвата преценка и разделянето на този неспиращ поток от хора на бежанци и икономически емигранти. Една по-прецизна и неемоционална справка за броя на влизащите в страната ни показва, че съотношението между бежанците и икономическите мигранти, които се опитват да се представят като бежанци изисква различна политика от тази на широк отворените обятия. По данни на Държавната агенция за бежанците, ситуацията към посочените периоди е била следната:

ЗА МЕСЕЦ МАРТ 2016	
Брой лица потърсили закрила	1042 от 14 държави (и лица без
Предоставен статут на бежанец	27 лица от 2 държави
Предоставен хуманитарен статут	15 лица от 3 държави

¹ България с рекорден брой бежанци поискали убежище у нас, 18.08.2016, <http://www.novinite.bg/articles/119498/Balgariya-s-rekorden-broj-bejanci-poiskali-ubejishte-u-nas> (Достъп на 11.11.2016 г).

Отказ за предоставяне на статут на бежанец	39 лица от 9 държави
ЗА ПЕРИОДА МЕСЕЦИ ЯНУАРИ - МАРТ 2016 г.	
Брой лица потърсили закрила	4202
Предоставен статут на бежанец	164
Предоставен хуманитарен статут	102
Отказ за предоставяне на статут на бежанец	112

Фактът ни завари отново изненадани и първата ни реакция бе да призовем ограденията, ограниченията и рестрикциите. Впоследствие стана ясна необходимостта от разработването на специализирани програми за осигуряване на адаптирането и заетостта на онези на които се дава право да останат законно в страната ни. В резултат на тази необходимост Министерът на труда и социалната политика издаде Заповед №РД 01- 845/19.10.2015 г., с която утвърди изменена и допълнена програма за заетост и обучение на чужденци.

„Базирайки се на данните за предишните две години за програмата (75 записани бежанци за 2014 г., от които 54 души са вписани като заети през 2015 г., и 106 записани за 2015 г., от които 50 заети през 2016 г.). Министерството допуска, че записаните през настоящата и следващата година ще са съответно по 130 и 158. Дори според самите анализатори резултатите от този реалистичен сценарий показват "незначителни ефекти" върху работната сила и коефициента на безработица.“²

Основният пряк въпрос, изискващ пряк отговор, е - имаме ли нужда от имигранти в страната?

По данни от доклад на Икономическия и социален съвет, причините, обосноваващи потребността от имигранти в България са близки с тези за Германия: тежка демографска криза, която ще доведе до нарастване на съотношението на броя на хората над 65 години към броя на лицата на възраст от 15- 64 години. В Европейския съюз това ще бъде почти двойно (от 25,9% до 50,2%) през периода 2010-2050 г. България и Германия ще имат коефициенти на зависимост по горното съотношение от 50% през 2050 г. Това ще доведе до траен недостиг на работна сила и стагнация на трудовия пазар, ако не се предприеме нищо, даже изпълнението на стратегията на Европа 2020 е застрашено³.

„Имиграцията е пряко обвързана както с поддържане на баланса на трудовия пазар, така и с пенсионната възраст и нивото на пенсиите. Великобритания се нуждае от 88 000 имигранта годишно, за да запази съотношението активно-неактивно население, а най-застарялата държава Италия се нуждае от 6500 емигранта на всеки 1 млн. ж. (377 000 годишно), в противен случай пенсионната възраст трябва да нарасне до 77 г. При сегашните демографски тенденции до 2050 г. населението на ЕС ще намалее с 65 млн. д., което при продължаващото увеличение на средната продължителност на живота означава, че пенсионната възраст трябва да се повиши на 73-74 г.“⁴

Това означава, че вместо да се отнасяме формално към навлизането на тези хора в страната ни и отпътуването им към сърцевината на същинска Европа, ще дойде

² **Виктория Тошкова**, Ануар, бежанците и българската икономика - тъжната равносметка, 31.10.2016, <http://www.dnes.bg/redakcia/2016/10/31/anuar-bejancite-i-bylgarskata-ikonomika-tyjnata-ravnosmetka.320418> (Достъп на 25.11.2016).

³ Анализ на тема: „Предизвикателствата пред трудовите пазари в контекста на „Стратегия Европа 2020“ (разработен по собствена инициатива), Икономически и социален съвет, С., 2011, 13.

⁴ Съобщение за медиите, „Имиграция, конфликти и трансформация на идентичности в Европейския съюз“, http://edicta-bg.com/?page_id=155 (Достъп на 27.11.2016).

момент на осъзнаване, в който ще трябва на основата на напълно променена и различна политика, да се постареем да ги задържим и приобщим към реда и традициите на българската среда. До тук нямаме знаци за ясно мислене в тази посока и се опитваме да извършим по-лесното, полагайки усилия дипломатично да се отървем от тях.

Още през 2008г. ни бе даден тревожен сигнал от трудовия пазар, когато българският строителен бизнес обяви 2000 свободни работни места и те останаха незаети, поради липса на кандидати. Тогава се сетихме замечтано за виетнамските работници, които по силата на междуправителствена спогодба от 1980г. в продължение на 10 години работиха в България. Броят им бе 35 хиляди и заедно с получаващите висше образование около 5 хиляди виетнамски студенти представляваха сериозна трудова инжекция. По същество, тези хора бяха бежанци, тъй като избягваха военния конфликт в страната си. Те бяха насочени към професиите: „електроженисти“, „зидари“, „електротехници“ и др., и не може да се каже, че изпълниха лошо мисията си. Разбира се, и тогава имаше инциденти на които не се даваше достатъчно гласност, поради представите за добри социалистически взаимоотношения. От 1980г. до лятото на 1984 г. в ГДР са приети около 10 000 виетнамски работници, в Съветския съюз - според публикувани данни около 25 000, в Чехословакия - 26 000.

В Бюджет 2017, както и в тригодишната бюджетна рамка предвиденият ръст на заетостта за 2017 г. е само 0,6%, а този на осигурените лица - само 0,06%. Бюджет 2017 г. е на изоставащото развитие и едва ли ще ни отдалечи от последното място по икономическо развитие сред страните от ЕС. За този период и гласуван ръст на БВП 2,5% а за да се доближим до средните стойности на този показател за страните от Централна и Източна Европа ни е необходим ръст от 4,23%. За сведение, Румъния реализира очакван ръст за 2016 г. от 6%, Чехия 4,5%, Полша 4% и т.н., и то при значително по-големи обеми на БВП.

На фона на тази наша незаинтересованост за близкото бъдеще на трудовия ни пазар, Турция прецизно пресеява огромния поток бежанци, отделя високо и средно квалифицираните от тях и прави всичко възможно да ги задържи на територията си, предоставяйки им паспорти и гражданство.

Нискоквалифицираните чуждестранни граждани, които прекосяват границата ни едва ли са най-лошият ни шанс, тъй като един от сериозните ни дефицити от трудови ресурси е в областта на селското стопанство, където квалификацията е относително по-лесно постижима, а интеграцията по-неградска и лесна, поради по-голямото сходство на селския начин на живот в света и огромния жилищен фонд изоставен и пустеещ в селата ни.

Основната теза на автора е, че създадената към момента административна и политическа правилност на системата за интеграция на бе: бежанците съдържат недостатъците на бюрократизма и може да не сработи достатъчно ефективно за сроковете, които ни притискат. Тя изисква точна времева и съдържателна комуникация между много голям брой институции от различни нива, което многократно е показало, че не е силната ни управленска страна.

Съществува доста по-практичен подход, който дава възможност активно действащи субекти в интеграционния процес да бъдат безработни лица или работници, регистрирани в бюрата по труда, които имат капацитета и най-вече волята да се преквалифицират като ръководители на проекти за интегриране на имигранти. Това не отменя, а поддържа изискванията на Европейската комисия, интеграционната системата да включва: представителство на държавата (в случая - Държавната агенция

за бежанците), общините, университетите и коледжите, фондациите, неправителствените организации, държавните и частни фирми.

И точно тук е мястото да се поясни, че лицата, получили статут на бежанец или хуманитарен статут, за които е преценено, че не трябва да бъдат връщани обратно, не трябва да бъдат държани дълго време във вид на големи човешки маси в лагери. След установяването на техния произход и професионални умения, би следвало да се разпределят на възможно най-малки групи и да се настанят в общините, където да започне тяхната същностна интеграция, като преди това се осъществи участието им в проекти за професионална квалификация и преквалификация. Именно малките групи ще намалят опасенията на местното население от инциденти и ще позволи на местните общности да доминират дейностите по културната интеграция и контрола на сигурността.

Изключително важно е да се знае, че дейността по интегрирането не е толкова въпрос на пари, колкото на подготвеност на ръководители на точно този вид проекти и създаване на устойчивост на връзката и взаимодействието между споменатите по-горе агенти⁵.

Докладът има амбицията да създаде представа за мащаба и насочеността на усилията, които трябва да се упражняват от мениджърите на проекти за интегриране на бежанците в България, и най-вече за нагласата да бъдат открити и подготвени хора, които са готови да направят тези усилия. За съжаление, това в известна степен е проблем на националната ни култура и менталитет.

Последователността, в която трябва да се организира методологията и технологията за интегриране на бежанците, обхваща няколко стъпки. Първата и най-важна е идеята! Трябва да имате добра идея за проект, с която да се стартира, трябва да има послание, което да бъде продадено. Това би помогнало да се осигурят средства за финансирането предимно чрез Европейския социален структурен фонд. За следващия европейски програмен (2014-2020) период ЕС отделя 10,6 млн. евро за България да посреща бежанци. Страната ни прави усилия да предоговори по-голяма сума предвид увеличения имнаплив.

В тези проекти е добре да бъдат включени български безработни лица с подходящи умения - способни да следят развитието и тенденциите на пазара на труда и да генерират win-win идеи. Хора, чиято личностна енергия е насочена към полагането на ежедневен постоянен труд, с подчертани комуникативни способности и нерегламентиран режим на работно време, т.е. двадесет и четири часа. Хора - отдадени на каузата.

Преди да се започне тежката работа по привличане на различните институции в подкрепа на проекта, трябва да се установи точно професионалната квалификация на всеки от бежанците. От това изключително зависи успешната им интеграция, вписването им в съответната професионална гилдия и възприемането им от работодатели и работници. Предвид на дефицита в познаването на българския език и живот на тази географска ширина и по-конкретно познаването на историята и обичаите на нашата държава, очакването е първоначално бежанците да бъдат насочени към дейности, изискващи нискоквалифициран труд - предимно в довършителни или обслужващи работи, и то в сектори, в които има дефицит на работна ръка. Засега такива са: чистотата, озеленяването, строителството, занаятчийството и др. В сферите, изискващи високо образование, недостиг на работна сила вече се проявява в информационните технологии, медицината, инженерните специалисти, образованието публичната администрация.

⁵ Авторът е специализирал по въпросите на интеграцията на бежанци в Дания.

Като втора стъпка, трябва да се говори с регионалния координатор на Европейския социален фонд, за да се провери дали идеята за даден проект е реалистична. Ако координаторът прецени, че идеята е добра, трябва да се направят срещи с различни хора, които са потенциални участници в проекта, за да се установи те какво мислят за участието си в осъществяването на идеята.

В регионите трябва да се разчита на 9-те областни дирекции (Регионални служби по заетостта) към Агенцията по заетостта, с които да се съгласуват подобни проекти, и по този начин да се осигури йерархичната подкрепа за тяхното придвижване.

Като трета стъпка следва да се осъществят срещи с различните профсъюзни организации и евентуалните фондове за безработни към тях, а също така и с общинските или районни управи, които биха имали интерес да изпратят хора за участие в такъв проект.

Четвърто, трябва да се определи конкретна институция, която да инициира проекта. Това би трябвало да стане във висше училище или колеж, където присъединилите се към проекта бежанци и български безработни, могат да получат подходящо добро обучение - квалификация, и по този начин да имат по-добра професионална алтернатива. Това отрежда много специално място в интеграционната дейност на регионалните образователни институции и на състоянието на мрежата от такива в страната. Повдига се и един отдавнашен въпрос за равномерността на разположението им по територията на страната, за тяхното качество и капацитет.

Добре е висшето училище или колежът да имат опит в професионалното и продължаващото обучение, включително и дистанционно, и да са в състояние да го организират и на чужд език.

В интеграционната програма на Министерството на труда и социалната политика е предвидено обучение единствено по български език. Абсолютно задължително е да се включи и обучение на бежанците в това как е организирано българското общество, какви са основните културните аспекти на живота в страната, и какви са очакванията за поведението на чужденците. Целта е генериране на културна толерантност.

Когато всеки от поканените агенти се съгласи да вземе участие, следва да се организира среща за планиране на проекта и прецизно да се реши, каква квалификация трябва да даде този проект, което зависи от уменията, които фирмите търсят. Мениджърът, посветил се на подобна дейност, трябва да посети различни компании, за да се консултира с тях дали е добра идея да се започне такъв проект. Очакването е да се намерят поне 4-5 компании, които харесват проекта и са готови да се присъединят, имайки или създавайки работни места.

Следващата стъпка включва изчисляването на броя на бежанците и националните безработни, които ще вземат участие в проекта, и за каква сума ще трябва да се кандидатства.

Всеки от номинираните за включване в него трябва да бъде подробно информиран за същността, целите и задачите му. Проектът може да бъде отворен за нови участници, които да се присъединят на всеки един от етапите, или, ако някой не е удовлетворен, може да напусне проектът по-рано. Важно е да се подберат най-подходящите хора и най-подходящите преподаватели. Трябва да се осъществят консултации с всички потенциални участници, за да им се обясни какво включва курса и какви са шансовете им да си намери работа след неговото завършване.

Тези персонални контакти дават много и преди всичко - дават доверие и гарантират допускането на по-малко грешки. Когато след това стане възможно да се

назначи някой от преминалите през квалификационното обучение на работа, ще сме сигурни, че той/тя ще е подходящ за работата, за работната среда и за работещите в компанията.

Съществена стъпка е създаването на чувство за принадлежност у бежанците, тъй като повечето от тях са хора без документи и поради незнанието на български език се чувстват напълно изолирани от обществото. Една от възможностите, за онези имигранти, които вече са подбрани за участие в даден проект, е да им се осигури членство към неправителствена организация или професионален съюз на работници от бранша, към който се отнася проекта. Този вид идентификация е изключително важна стъпка за интегрирането им.

Нещото, което е от значение за безработния, получил статут на бежанец, е да намери работа колкото се може по-скоро и да се ангажира неговата енергия с осигуряването на средства за съществуване. Официално за имигрантите в България това може да е единствено работа, която се заема, само ако лицето има правото на предимства на безработен, които получава след регистрация в дирекция "Бюро по труда" към териториалното поделение на Агенцията по заетостта.

Право на обезщетение по трудови правоотношения в България се получава, когато за съответния безработен са били внесени дължимите осигурителни вноски във фонд „Безработица“ най-малко 9 месеца за последните 15 месеца преди прекратяване на осигуряването. Съвсем ясно е, че бежанците не могат да изпълнят това условие и то трябва да бъде игнорирано. Министър Ивайло Калфин утвърди през 2015 г. Програма за заетост и обучение на бежанци, която е с краен срок до края на 2016 г. Условието за участие са: придобит статут на бежанец или хуманитарен статут и регистрация в бюро по труда, като по този начин се избягва изискването за 9 месеца трудов стаж.

Когато проектът стартира, мениджърът му е отговорен за това дали върви добре. Това означава:

- ако хората не се явяват, тогава той им се обажда и отива дори с личния си автомобил да ги взема;
- ако имат проблем свързан с професионалната принадлежност или финансов проблем, мениджърът трябва да контактува с адвокат или с банка, за да го разреши;

Могат да се появят какви ли не проблеми от личен или служебен характер. Това изисква ръководителят на проекта да бъде нащрек и през деня и през нощта, в зависимост от това какви хора взимат участие в него. Например, ако в проекта ви участват хора склонни към агресия, можете да очаквате от тях да себият или да се самоубиват и трябва да сте готови да реагирате на това по всяко време.

Поради специфичния (и различен от българския) характер на религията и националния менталитет на бежанците, които навлязоха в България през последната половина година, организирането на временната или постоянната им заетост изисква тя да не е в типичната работна среда в страната ни, тъй като работниците могат да се почувстват застрашени за работните си места от чужденците и да ги репресират психически или физически. Този факт изисква организирането на заетостта им да бъде по специален начин - например чрез изкуство и преди всичко сред минимален брой, национални работници, които застрашени от конкурентостта и от възможността работните им места да бъдат заети от чужденци, биха могли да проявят неконтролирана агресия към тях. Това се отнася твърде много за промишлеността и доста по-малко за селското стопанство.

Проследяването на горните примери води до съвсем логичния въпрос: къде, в кои от нивата на българската образователна и възпитателна система подготвяме

хора с качества, годни да изпълняват проекти с подобна насоченост? Засега отговорът би бил само чрез вдигане на рамене. А безработни чужденци ще продължават да нахлуват и през нашата страна в Европа, с очакването да бъдат интегрирани.

**За ролята и отговорността на националния съдия
по прилагането на правото на ЕС
(Необходимо припомняне на изводите
от две исторически решения на Съда на ЕС)**

Атанас Семов

***The Role and the Responsibility of the National Judge for
Implementation of the EU Law
(A Necessary Recall of the Conclusions from
Two Historical Judgements of the Court of EU)***

Atanas Semov

Abstract: *The role and the responsibility of the national judge for the implementation of the EU Law has been described and underlined very clearly by the Court of Justice of the EU (CJEU) in two historical decisions: Köbler and Commission v/ Italie. In Köbler the CJEU underlines the obligation of a member state (MS) for reparation of damages caused by incorrect application (non application) of the EU Law. That principle of the EU Law is applicable to any case in which a Member State breaches Community law, whichever is the authority of the Member State whose act or omission was responsible for the breach. The principle does not in itself have the consequence of calling in question that decision as res judicata.*

As to the conditions to be satisfied for a Member State to be required to make reparation for loss and damage caused to individuals as a result of breaches of Community law for which the State is responsible, the Court has held that these are threefold: the rule of law infringed must be intended to confer rights on individuals; the breach must be sufficiently serious; and there must be a direct causal link between the breach of the obligation incumbent on the State and the loss or damage sustained by the injured parties. The CJEU underlines that state liability for an infringement of Community law by a decision of a national court adjudicating at last instance can be incurred only in the exceptional case where the court has manifestly infringed the applicable law.

In Commission v/ Italie (2003) the CJEU stresses on another very important principle of EU Law: an infringement by a member state will be faced only if an incorrect interpretation of an EU rule is a constant jurisprudence. In that regard, isolated or numerically insignificant judicial decisions in the context of case-law taking a different direction, or still more a construction disowned by the national Supreme Court, cannot be taken into account. That is not true of a widely-held judicial construction which has not been disowned by the Supreme Court, but rather confirmed by it. Thus the CJEU engages the State liability in all cases where a negligence of the EU Law is at stake and stipules that the main responsibility for preventing of all infringements lays especially on the national judge.

Even if isolated situation of infringement of EU Law can stay out of the scope of the term of infringement under the art. 258 or 259 TFEU (as an exception), in any case the role of the supreme jurisdictions remains decisive – the last should disowne (by a decision or by an interpretation) the establishment of such a practice incompatible with the EU Law.

Keywords: EU Law implementation, role of national judge, CJEU, Köbler

Колкото и да изглежда парадоксално, 10 години след присъединяването на България към ЕС и превръщането на правото на ЕС в действащо право у нас, все още е масово неразбирането на ключовата роля на националния съдия по прилагането на този самостоятелен правопорядък и най-вече относно правото и задължението на съдията да отправя преюдициални запитвания винаги (по всяко дело), когато има съмнения относно валидността или тълкуването на приложима или относима съюзна правна норма¹.

Поради това намирам за необходимо да се припомнят изводите от две решения на Съда на ЕС, определяни като исторически поради това, че са първите, в които съюзният конституционен съд в Люксембург очертава ясно не само природата и смисъла на механизма за преюдициално запитване като ключов инструмент за гарантиране на „еднообразното и правилно прилагане на съюзното право“ във всички държави-членки (ДЧ), но и за отговорността на националния съдия за доброто функциониране на този механизъм. Още повече като се има предвид, че тези решения (озадачаващо...) не са налични на сайта на СЕС на български език.

1. Изводи от историческото дело *Köbler*².

1.1. Обща рамка на запитването. Преюдициалното запитване (ПЗ) е отправено през 2001 г. от гражданския съд на Виена, Австрия (Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien) по дело на гражданина проф. Герхард Кьоблер (Gerhard Köbler) срещу Република Австрия за отговорност за обезщетение на вреди, причинени чрез съдебно решение (на австрийския Върховен административен съд, АВАС) в нарушение на Правото на ЕО (тогава). В запитването австрийската юрисдикция иска от СЕО³ както тълкуване на чл. 39 на ДЕО (днес чл. 45 на ДФЕС – основната разпоредба относно свободното движение на работници!), така и тълкуване на предходни решения на СЕО (!)⁴.

СЕО решава да гледа делото в пленарен (пълен) състав – ясен знак за изначалното разбиране за огромното му значение. Становища представят както ЕК, така и правителствата на Австрия, Германия, Франция, Нидерландия и Обединеното кралство, заключения излага генералният адвокат Лежé.

1.1.1. Проф. Кьоблер претендира право да получи полагаемите според австрийското право допълнителни плащания след натрупването на 15 г. стаж във висше учебно заведение, като настоява за целта да се отчита и стажът му в учебни заведения в други ДЧ на ЕС, а отказът (постановен в окончателно решение на АВАС) смята за

¹ Изследвал съм тази проблематика подробно в „Съвременно международно правораздаване. Том II. Съдът на Европейския съюз“, Институт по международно право, Институт по европейско право, С., 2011 и във връзка с най-новата практика на СЕС в „Съвременно международно правораздаване. Том III. Реформата на Съда на ЕС и актуални проблеми в практиката на Съда на ЕС относно преюдициалното запитване 8 години след влизането в сила на Договора от Лисабон“, Институт по международно право, Институт по европейско право, *под печат*, а по отделни въпроси в „Преюдициалното запитване. Производството за преюдициални запитвания като гарант за добро правосъдие и за реализация на основното право на гражданите на достъп до съд. Изводи за ролята на националните юрисдикции в актуалната практика на СЕС. Първа част, Общество и право, бр. 3/2016, 3-22; Втора част, Общество и право, бр. 4/2016, 3-19.

² CJCE, 30. 9. 2003, *Köbler*, C-224/01. Нататък ще цитирам отделни пасажии от мотивите на това решение само с посочване на съответната точка от мотивите.

³ Съдебната институция на ЕС днес (според чл. 13 на ДЕС) се нарича „Съд на ЕС“ (СЕС) и се състои от Съда и Общия съд. В исторически план обаче е уместно да се посочва Съдът на Европейските общности (СЕО), когато се посочва неговото конкретно произнасяне. Затова когато се говори за конкретно дело може да се посочи СЕО, а когато се говори по-общо за практиката на интеграционния съд, е редно да се посочва СЕС (както институцията се нарича днес).

⁴ При това става дума именно за знаковите решения по делата CJCE, 5. 3. 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, съединени дела C-46/93 & C-48/93 и CJCE, 17. 9. 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96.

непряка дискриминация по смисъла на Общностното право и поради това завежда дело за обезщетение на претърпените от това решение, според него противоречащо на общностното право.

1.1.2. По повод делото пред него АВАС отправя (през 1997 г.) преюдициално запитване до СЕО (заведено под номер С-382/97). Междувременно обаче СЕО се произнася по друго дело (*Schöning-Kougebetopoulou*⁵) с по същество идентични въпроси. Поради това съдебният секретар на СЕО отправя запитване до АВАС дали поддържа запитването си. Последният приема, че правният въпрос по същество вече е изяснен (при това по същество в полза на г-н Кьоблер!) и с ново определение от юни 1998 г. оттегля запитването си до СЕО, след което обаче решава висящото пред него дело, като отхвърля (окончателно) иска на проф. Кьоблер с мотива, че предвидените в австрийското законодателство облаги са инструмент за поощряване на лоялността (*prime de fidélité*) към австрийската държава, което обективно оправдава дерогацията от общностните разпоредби относно свободното движение на работници (като приема, че ситуацията по делото *Schöning-Kougebetopoulou* не е идентична) и не е налице непряка дискриминация.

1.1.3. Проф. Кьоблер завежда пред Виенския граждански съд дело за обезщетение на вредите, които смята, че е претърпял от това решение на АВАС. Виенската юрисдикция приема, че за да се произнесе за отговорността е необходимо първо да установи дали решението на АВАС е постановено в нарушение на Общностното право, за което пък му е необходимо тълкуване от СЕО и отправя преюдициално запитване с общо пет тълкувателни въпроса.

Първият е за това дали практиката на СЕС (по делото *Brasserie du pêcheur et Factortame*⁶), според която ДЧ носи отговорност за нарушаване на Общностното право, независимо кой неин орган го е извършил, е приложима и в случаите, когато нарушението е извършено чрез решение на върховна юрисдикция на ДЧ, като в случая австрийския ВАС. В случай на положителен отговор на този въпрос следващият е приложима ли е практиката (по делото *Dorsch Consult*⁷), според която по вътрешния правен ред на съответната ДЧ се определя коя е компетентната национална юрисдикция относно спорове по субективни права, произтичащи от общностното право. И ако отговорът на този въпрос също е положителен, дали, по същество, приетото от АВАС разбиране за „инструмент за поощряване на лоялността“ (*prime de fidélité*) противоречи на общностна разпоредба с директен ефект, в частност на принципа за забрана на непряката дискриминация (на основание гражданство, по днешния чл. 45 на ДФЕС) и приложима ли е релевантната съдебна практика? Ако е така, въпросната общностна разпоредба предоставя ли на ищеца (Кьоблер) защитимо субективно право – и ако да, разполага ли СЕО с необходимите сведения, за да прецени сам дали австрийският ВАС очевидно и съществено е злоупотребил с правото си на преценка или е бил длъжен да отправи преюдициално запитване (ПЗ) до СЕО?

1.2. Няма съмнение – цялата поредица от въпроси засяга един изключително съществен проблем: за последиците от лошото прилагане от националните юрисдикции на съюзното право и за това чия, в крайна сметка, трябва да е преценката дали такова е налице?

Поради това разбираемо много съществено е значението на отговорите на СЕО.

1.3. Относно задължението на ДЧ да обезщетяват вредите, претърпени от неправилно прилагане (неприлагане) на Правото на ЕС. Съдът в Люксембург

⁵ CJCE, 15. 1. 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, C-15/96.

⁶ CJCE, 5. 3. 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, AJ C-46/93 & C-48/93.

⁷ CJCE, 17. 9. 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96.

потвърждава, че това е „принцип, присъщ на системата на Учредителните договори“ (УД)⁸.

1.3.1. Този принцип е приложим във всяка хипотеза на нарушение, независимо кой национален орган е в основата му⁹. Съществената роля на съдебната власт за защита на правата на частните лица, произтичащи от общностния правен ред, както и неговата пълна ефикасност, ще бъдат застрашени, а защитата на тези права ще бъде отслабена, ако не съществува възможност, при определени условия, едно лице да получи обезщетение, ако правата му са нарушени с нарушение на общностното право, изразяващо се в решение на съдебна институция, произнасяща се като последна инстанция¹⁰.

1.3.2. СЕО споменава, но не приема аргументите, изтъкнати от някои правителства, относно силата на пресъдено нещо, независимостта на съда и правната сигурност. Той приема, че силата на пресъдено нещо не трябва да се поставя под въпрос¹¹, но настоява, че принципът на отговорност на държавата за вреди от решения на съдилища от последна инстанция не води до нарушаване на силата на пресъдено нещо, а цели само да ангажира отговорността на държавата за такива решения. При това по дело за отговорност на държавата няма идентичност на страните (с тези по делото по същество), а ищецът по делото за вреди не цели отмяна на силата на пресъдено нещо на вече постановеното срещу него решение, а само поправка на вредите, настъпили заради него. Така принципът за отговорност на държавата, присъщ и на общностния правен ред, изисква поправка на вредите, а **не ревизиране на съдебното решение, което ги е причинило**¹²! И този принцип не влиза в противоречие с принципа за силата на пресъдено нещо¹³.

1.3.3. Принципът на независимост на съда също не се поставя под въпрос, тъй като отговорност се търси не от съдията, постановил решение в нарушение на Общностното право, нито от съдебната институция, а от държавата¹⁴.

1.3.4. Аргументът за риск от накърняване на авторитета на последните съдебни инстанции поради това, че техните окончателни решения могат да бъдат поставени под въпрос чрез подобно търсене на обезщетение, също е неуместен, тъй като именно един такъв механизъм може да се разглежда и като инструмент за утвърждаване на авторитета на правния ред и, съответно, на съдената власт¹⁵ (доколкото е именно гаранция за справедливост).

1.3.5. СЕС не приема и наличието на обективни затруднения да се определи националната юрисдикция, компетентна да се произнесе по подобни иски за обезщетения за вреди, причинени от окончателно съдебно решение¹⁶. За него, при липсата на общностна правна уредба в материята, задължение на ДЧ е да намерят и

⁸ Р. 30, където СЕО старателно припомня цяла серия свои решения в този смисъл: **CJCE**, 19. 11. 1991, *Francovich e.a.*, C-6/90 et C-9/90, p. 35; **CJCE**, 5. 3. 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, съединени дела C-46/93 & C-48/93, p. 31; **CJCE**, 26. 3. 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, p. 38; **CJCE**, 23. 5. 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, p. 24; **CJCE**, 8. 10. 1996, *Dillenkofer e.a.*, C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à C-190/94, p. 20; **CJCE**, 2. 4. 1998, *Norbrook Laboratories*, C-127/95, p. 106 и др.

⁹ Р. 31, където се позовава на **CJCE**, 5. 3. 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, съединени дела C-46/93 & C-48/93, p. 32.

¹⁰ Р. 33.

¹¹ Р. 38, където се позовава на **CJCE**, 1. 6. 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, p. 46.

¹² Р. 39.

¹³ Р. 40.

¹⁴ Р. 42.

¹⁵ Р. 43.

¹⁶ Р. 44.

приложат годен процесуален ред¹⁷. Всяка ДЧ трябва да осигури във всеки случай ефективна защита на правата на лицата, произтичащи от Общностния правен ред¹⁸.

И намира за необходимо да подчертае, че дори в някои национални правни системи да са предвидени ограничения, („понякога свирепи“), на възможността за ангажиране на отговорността на държавата за вреди, причинени с порочни съдебни решения (в зачитане на принципа за „силата на окончателно пресъдено нещо“ или за независимостта на съда), те не могат напълно да изключват една подобна възможност. При това принципът за отговорност на държавата за съдебни решения е възприет под една или друга форма в повечето ДЧ, макар и с различни ограничителни условия¹⁹.

1.4. Относно условията за ангажиране на отговорността на държавата. От постоянната практика на СЕС могат да се изведат **три кумулативни условия:**

- да е нарушено субективно право, произтичащо от общностния правен ред,
- нарушението да е сериозно²⁰
- и да е налице пряка причинна връзка между нарушението на задължение, което тежи на държавата, и претърпените от засегнатите лица вреди²¹.

1.4.1. По отношение на съдебни решения от последна инстанция, трябва да се отчитат спецификата на юрисдикционната функция и изискванията за правна сигурност, при което отговорността на държавата може да бъде ангажирана **само в изключителен случай**, когато съдията явно²² е пренебрегнал приложимото право²³. За да се установи такова „явно“ и „съществено“ нарушение, съдията (преценяващ дали да присъди вреди) трябва да отчете характеристиките на ситуацията, сред които

- степента на яснота и конкретност²⁴ на нарушената норма,
- умишления (!) характер²⁵ на нарушението
- и дали грешната преценка е извинима²⁶ или не²⁷, например предвид виждането на някоя съюзна институция,
- както и неизпълнението от страна на въпросната НЮ на задължението (по сегашния чл. 267 на ДФЕС) за отправяне на преюдициално запитване!

1.4.2. Във всички случаи нарушението ще е „сериозно“ (sufficiently serious), когато съдебното решение е постановено при **очевидно незачитане**²⁸ на релевантната практика на СЕС²⁹.

¹⁷ Р. 46, където напомня постоянната си практика: (СЈСЕ, 16. 12. 1976, *Rewe*, 33/76, р. 5; СЈСЕ, 16. 12. 1976, *Cornet*, 45/76, р. 13; СЈСЕ, 27. 2. 1980, *Just*, 68/79, р. 25; СЈСЕ, 19. 11. 1991, *Francovich e.a.*, C-6/90 et C-9/90, р. 42, СЈСЕ, 14. 12. 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, р. 12).

¹⁸ Р. 47.

¹⁹ Р. 48. В р. 49 СЕО се позовава и на чл. 42 на ЕКПЧ и релевантната, вкл. съвсем скорозна, практика на ЕСПЧ!

²⁰ А не само „очевидно“ или „достатъчно определено“, както понякога неправилно се разбира френския термин *suffisamment caractérisée* (в английската версия на решението е „sufficiently serious“, в италианската „grave e manifesta“). Бих го определил и като

„реално“, „съществено“, в смисъл на *непренебрежимо или неизвинимо* (последното в *Кьоблер СЕО изрично посочва – виж нататък!*)

²¹ Р. 51, където СЕС припомня СЈСЕ, 4. 7. 2000, *Haim*, C-424/97, р. 36.

²² „De manière manifeste“ (фр.), in *maniera manifesta* (ит.), *manifestly* (англ.).

²³ Р. 53.

²⁴ „Clarté et précision“, „clarity and precision“, т. 55.

²⁵ „Le caractère délibéré“, „intentional“, „intenzionale“, *ibid*.

²⁶ Така напр. в становището си по делото ЕК приема, че австрийският ВАС е нарушил правото на ЕС (като е направил неправилен прочит на предходно тълкувателно решение на СЕО, но това не следва да ангажира отговорността на държавата, тъй като нарушението е „извинимо“ (р. 99).

²⁷ „Le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit“, „whether the error of law was excusable or inexcusable“, „la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto“, *ibid*.

Наличието на тези условия във всички случаи е достатъчно, за да се ангажира отговорността на държавата, като е възможно националното право да предвижда и по-облекчени условия³⁰, но е недопустимо то да предвижда по-неблагоприятни (за ищеца) условия, от тези, които се прилагат за обезщетение на вреди, причинени с друг вид нарушение³¹.

1.4.3. Във всички случаи преценката дали дадено окончателно съдебно решение отговаря на посочените критерии, за да се ангажира отговорността на държавата, ще принадлежи на компетентния национален съдия по делото за вреди. Особено интересен пример в това отношение е постановеното съвсем наскоро решение на пленума на Касационния съд на Франция³²!

1.5. По третия въпрос СЕО заключава, че австрийската разпоредба, изискваща отчитане само на стажа в австрийски университет **съществено нарушава** свободата на движение на работниците, освен ако преследва съвместима с УД *легитимна цел* и е *оправдана от висши съображения от общ интерес*, като дори в този случай постигането на тази цел не трябва да отива отвъд необходимото, т. е. не е непропорционална³³. Той не приема, че волята да се насърчи (или възнагради) „лоялността“ представлява подобно оправдание³⁴.

1.6. **Най-същественото значение на решението** се намира в съображенията на Съда в отговор на четвъртия и петия въпрос, разгледани заедно: дали в конкретния случай може да се търси отговорност от държавата заради решението на нейната върховна административна юрисдикция в нарушение на общностното право.

1.6.1. Съдът на ЕО прилага очертаните по-горе критерии за преценка („условия за ангажиране на отговорността“) и че разполага с всички елементи, за да може сам да прецени и да се произнесе дали са налице основания за ангажиране на отговорността на държавата³⁵.

1.6.2. Той приема, че са нарушени чл. 48 на ДЕО (след ДА чл. 39 на ДЕО, днес чл. 45 ДФЕС) и чл. 7, § 1 на Регламент 1612/68, които забраняват всяка дискриминация на основание гражданство (в частност по отношение на възнагражденията)³⁶. За него няма съмнение, че тези разпоредби са „предназначени да предоставят права на частните лица“³⁷, т.е. са разпоредби с директен ефект!

1.7. **По най-същественият (и най-труден) въпрос дали нарушението е „сериозно“**³⁸. СЕО припомня, че австрийският ВАС първоначално отправя ПЗ, „за да може да реши висящото пред него дело“, тъй като „е от решаващо значение дали националната норма противоречи на общностна“. От това според СЕО следва, че

²⁸ Méconnaissance manifeste, manifest breach

²⁹ Р. 56, виж и **CJCE**, 5. 3. 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, съединени дела C-46/93 & C-48/93, р. 57

³⁰ Р. 57.

³¹ Р. 58.

³² **Cour de cassation (Assemblée plénière)**, Arrêt n° 630 du 18 novembre 2016 (15-21.438).

³³ Р. 77, където СЕО припомня постоянната си практика: **CJCE**, 31. 3. 1993, *Kraus*, C-19/92, р. 32; **CJCE**, 30. 11. 1995, *Gebhard*, C-55/94, р. 37 и **CJCE**, 15. 12. 1995, *Bosman*, C-415/93, р. 104.

³⁴ Р. 80-88.

³⁵ Р. 100-101.

³⁶ Р. 102.

³⁷ Р. 103.

³⁸ Очевидно не е необходимо нарушението да е „тежко“, а само да е „съществено“.

въпросният ВАС не имала никакво основание да разглежда търсеното от г-н Кьоблер благо като „награда за лоялност“³⁹.

От друга страна АВАС вече е разполагал с предходното решение (по споменатото дело *Schöning-Kougebetopoulou*), от което ясно следва, че подобен вид блага (при които не се отчита стажа в друга ДЧ) следва да се разглеждат като несъвместими с общностното право⁴⁰, като съдебният секретар на СЕО нарочно е изпратил това решение на австрийския съд, за да прецени дали отговорите, които то дава, отговарят и на неговите въпроси. В тази ситуация АВАС приема, че сега вече разполага с необходимите отговори и дори в определението, с което оттегля своето запитване, приема, че тези отговори са в полза на г-н Кьоблер⁴¹!

Изненадващо обаче АВАС приема, че по делото пред него става дума за „възнаграждение за лоялност“, което представлява различна хипотеза – с което всъщност опровергава заявеното от него в определението за оттегляне на собственото му ПЗ. Така той „преквалифицира“ търсеното от г-н Кьоблер благо⁴² и като приема, че представлява „възнаграждение за лоялност“, е допустима дерогация от общностната правна уредба.

1.7.1. Именно по въпроса за „възнаграждения за лоялност“ обаче СЕО не се е произнесъл в предходното решение (*Schöning-Kougebetopoulou*) – при което АВАС прави „грешен прочит“ на това решение⁴³!

1.7.2. При това положение АВАС от една страна изменя собственото си тълкуване (на предходното решение на СЕО), а от друга страна не отправя свое ПЗ за въпросите, по които СЕО не се е произнесъл по-рано – а именно поради това е „трябвало да не оттегля своето запитване“⁴⁴! Иначе казано, бил е в **типична ситуация на необходимост от отправяне на ПЗ...** Той не е можел да приеме, че правните въпроси са изяснени (в досегашната практика) така, че „да не оставят място за никакво разумно съмнение“⁴⁵. Затова е имал *задължение* (по днешния чл. 267 на ДФЕС) да остави в сила своето запитване⁴⁶.

1.7.3. И доколкото СЕО определя, че дори да се определя като „възнаграждение за лоялност“, австрийската мярка представлява препятстване на свободата на движение, поради което АВАС „е нарушил правото на ЕС“ със своето решение от юни 1998 г.⁴⁷. Нарушението се изразява в това, че не е приложил коректно (не е спазил) правото на ЕС, поради това, че неправилно е разтълкувал практиката на СЕО.

1.8. Определяне на отговорността. СЕО констатира, че нарушение има. Въпросът е дали това нарушение е „сериозно“, за да обоснове търсене на отговорност на държавата за настъпилите вреди?

1.8.1. СЕО приема, че нарушаването на релевантните общностни разпоредби не предполага „подобна квалификация“⁴⁸. Аргументът му за това е, че от тези разпоредби

³⁹ Р. 105-107.

⁴⁰ Р. 109.

⁴¹ Р. 110-111.

⁴² Р. 115.

⁴³ Р. 116.

⁴⁴ Р. 117.

⁴⁵ Съгласно теорията за „ясния акт“, виж СЈСЕ, 6. 10. 1982, *CILFIT e.a.*, 283/81, р. 14 et 16. Виж подробно в **Семов, А.** Преюдициалното запитване. Производството за преюдициални запитвания като гарант за добро правосъдие и за реализация на основното право на гражданите на достъп до съд. Изводи за ролята на националните юрисдикции в актуалната практика на СЕС. Първа част, Общество и право, бр. 3/2016, 3-22; **Семов, А.** Втора част, Общество и право, бр. 4/2016, 3-19.

⁴⁶ Р. 118.

⁴⁷ Р. 119.

⁴⁸ Р. 121.

не следва ясно дали конкретният случай (с „възнаграждение за лоялност“) представлява нарушение, въпросът не е изяснен и в заварената общностна съдебна практика, следователно квалификацията му като нарушение „не е очевидна“⁴⁹.

1.8.2. Установеното нарушение (макар и не „сериозно“...) обаче е резултат на друго нарушение – неотправянето на ПЗ по въпрос, чийто отговор е съществено необходим, за да се реши законосъобразно делото по същество! За СЕО обаче това, че националната юрисдикция е била длъжна да отпрати (да остави в сила) запитване, „не променя тази констатация“, респ. това също е нарушение, но отново не „сериозно“⁵⁰. Австрийският ВАС е сметнал, че съществуващата вече практика му е достатъчна, за да извлече приложими по делото пред него изводи и затова не му е нужно собствено запитване⁵¹.

1.8.3. Тези съображения са достатъчни за СЕО, за да приеме, че в конкретния случай е извършено нарушение (от национална върховна съдебна инстанция), но то не може да се определи като „сериозно“, за да обоснове ангажирането на отговорността на държавата за претърпените вреди⁵².

1.9. Така СЕО потвърждава, че държавата носи отговорност за вредите, причинени от противоречащо на общностното право решение на нейна юрисдикция, включително и такава, която се произнася като последна инстанция.

1.9.1. Тази отговорност обаче може да бъде ангажирана само ако нарушението е „сериозно“ и има пряка причинна връзка с настъпилите вреди, а дали това е така следва да се прецени от националния съд (сезиран с иска за вредите) при прилагане на изведените в това решение на СЕО критерии (условия)⁵³.

1.9.2. Сиреч: да, правото на ЕС е нарушено (тъй като съответната австрийска мярка е несъвместима с принципа на недискриминация, закрепен в релевантните първични и производни съюзни разпоредби), но тъй като националният съдия (от последна инстанция) има свобода на преценка, а заварената съдебна практика не е ясна, е можел да се подведе, без това да представлява сериозно нарушение.

1.10. Изводът е ясен и широко потвърден в доктрината: с това дело СЕО залага ясни жалони за обективната възможност за търсене на отговорност на ДЧ за незаконосъобразни окончателни решения на нейните юрисдикции⁵⁴, но... избягва да стигне до края и за първи път да установи, че подобно сериозно нарушение на национален върховен съд е налице...

Очевидно е, че СЕО е бил воден от притеснението, че възможността да се търси обезщетение за вреди от всяко съдебно решение, за което потърпевшият ще сметне, че е постановено в нарушение на правото на ЕС, би довело до тежка нестабилност на системата на съюзно правораздаване.

Тази възможност всъщност би се изразила във възможност за последващо – и напълно неограничено, освен, условно, с тежестта на приложимата съдебна такса по иска за обезщетение... – непрекъснато *преразглеждане* на съдебните решения – при това не от компетентния по съществото на основния спор съд (напр. административен

⁴⁹ Р. 121.

⁵⁰ Р. 124.

⁵¹ Р. 123.

⁵² Арг. от р. 126.

⁵³ Р. 1 и 3 от диспозитива на решението на СЕО.

⁵⁴ Виж подробно в **Botella, A. S.** La responsabilité du juge national, Revue trimestrielle de droit européen, No 2, 2004, 307.

или дори наказателен), а от друг, компетентен на общо основание по въпросите за обезщетяването.

А това всъщност неизбежно би довело до лавина преюдициални запитвания – по които Съдът в Люксембург наистина, би могъл да прогласи правилното тълкуване на съюзните разпоредби, но ще му се наложи да го прави не навреме (по повод запитване в рамките на висящото дело по същество), а последващо, с всички очевидни рискове от дестабилизация на системата и обезсилване на принципа за правната сигурност.

1.11. Въпреки това ползата остава несъмнена.

1.11.1. От една страна, всеки национален съдия, който се произнася като последна инстанция, ще знае, че ако постанови решение в противоречие с правото на ЕС (вкл. ако не потърси съдействието на съда в Люксембург, за да изясни в пълнота приложимото право), това ще представлява нарушение, за което държавата му може да носи отговорност за вреди, а може и да бъде пасивно легитимирана по дело на ЕК срещу нея за нарушение на съюзното право. Редом с това той ще знае, че **всяко неотправяне на ПЗ**, когато такова е необходимо, само по себе си представлява нарушение (неизпълнение на негово задължение).

1.11.2. От друга страна принципите на правната сигурност и в частност на сила на пресъдено нещо, са гарантирани в съюзния правопорядък и не следва да се поставят под въпрос дори в случай на нарушаване на отделни негови разпоредби.

1.11.3. От трета страна гражданите разполагат с ясна гаранция за защита на своите субективни права, черпени от същия този съюзен правопорядък, изразяваща се в безусловна възможност да получат обезщетение на вредите, които са претърпели в резултат на съдебно решение, което представлява „сериозно“ нарушение на този правопорядък.

1.11.4. Възможността националните юрисдикции да постановяват решения, които представляват нарушение на правото на ЕС, но то не може да се определи като „сериозно“, остава обаче реална – а правата на гражданите в тези случаи: незащитени. Тъкмо поради това почти при всяка възможност съюзният съд подчертава необходимостта всеки национален съдия да отправя преюдициално запитване до него винаги, когато има съмнение относно приложимото съюзно право, за да се гарантира добро правосъдие ...във всички случаи!

1.12. В такъв случай обаче особена важност добива **евентуалната смелост** на съда в Люксембург да наложи **по-строго разбиране за незаобиколимост на задължението за отправяне на преюдициални запитвания** във всички случаи, когато те са обективно необходими!

Обратното би означавало изначално да се санира небрежността (да не кажем недобросъвестността) на всеки национален съдия (дори този от последна инстанция!) и да се насърчи смелостта му да пренебрегва точното тълкуване на съюзното право с успокоението, че това едва ли би представлявало „сериозно“ нарушение... И всъщност би представлявало отказ от правосъдие!

И именно затова е важно да се разбира как се развива концепцията в последващата практика на СЕС.

2. Изводи от делото *Commission c/ Italie* от 2003 г.⁵⁵.

2.1. Обща рамка на делото. Делото е заведено от Комисията срещу Италианската република за това, че не е отменила разпоредби в закон от 1990 г.

⁵⁵ CJCE, 9. 12. 2003, *Commission c/ Italie*, C-129/00. Нататък ще цитирам отделни пасажии от мотивите на това решение само с посочване на съответната точка от мотивите.

относно задълженията, произтичащи от членството в ЕО, „така, както са тълкувани и прилагани от администрацията и съдилищата“ (!), с което не е изпълнила задълженията си (по силата на Договора за Европейската общност).

2.1.1. Основното обвинение на Комисията е за това, че Италианският върховен касационен съд (ИВКС) в поредица от решения (!) е наложил презумпция в противоречие с Общностното право⁵⁶ и поради това във вреда на частните лица⁵⁷. Тя настоява и на факта, че „множество други юрисдикции следват тази практика“⁵⁸, а „администрацията също не зачита общностните принципи“⁵⁹.

2.1.2. Тя добавя и факта, че макар някои предприятия успяват да постигнат възстановяване по съдебен път на недължимо платеното, това става „с цената на скъпи и продължителни производства“ и не е достатъчно, „за да се приеме, че е спазен принципът на ефективност, според който националните процесуални правила, приложими към искиове за защита на субективни права, произтичащи от Общностния правен ред, не трябва да правят защитата на тези права невъзможна или прекалено трудна“⁶⁰. Тя приема, че при това става дума за ограничен брой случаи, докато принципът на ефективност би бил спазен само ако отхвърлянето на въпросните искиове от съдилищата се случва само по изключение“ (респ. не е практика!)⁶¹.

Италианското правителство впрочем възразява срещу назначаването на експертиза, която да установи какъв е процентът на отхвърлените искиове (т.е. дали наистина става дума за практика)⁶².

2.2. Разбира се, по същество италианското правителство оспорва най-вече тълкуването на Комисията на релевантните общностни разпоредби. Това е още един пример за съществената роля на делата срещу ДЧ като тълкувателен източник на правото на ЕС – в повечето случаи спорът не е (или не е толкова) относно фактите (които обикновено се установяват лесно и по-често са отрицателни, отсъствие на определени национални мерки), а най-вече относно тълкуването на интеграционното право! Именно затова е от съществена важност националният съдия да се запознава винаги и с относимата практика на СЕС по дела срещу ДЧ, за да извлече от нея изводи относно тълкуването, които да му помогнат да прецени дали по висящото пред тях дело остава неизяснен въпрос относно тълкуването – и едва тогава да пристъпят към свое (основателно) преюдициално запитване.

Впрочем, италианското правителство настоява и че фактът, че някои производства наистина продължават дълго, се компенсира от това, че в крайна сметка ищецът бива компенсиран и с присъждане на лихва по полагаемите му се вземания⁶³.

2.3. Съдът потвърждава постоянната си практика, според която за да се установи нарушение на една ДЧ е необходимо вътрешните правни норми да бъдат преценявани в светлината на тълкуването, което им дават националните юрисдикции⁶⁴! Така подчертава отново решаващата роля на националния съдия за

⁵⁶ И то в нарушение на тълкуване, вече дадено от СЕО (СЈСЕ, 9. 2. 1999, *Dilexport*, C-343/96.

⁵⁷ Р. 11.

⁵⁸ Р. 14.

⁵⁹ Р. 17.

⁶⁰ Виж пост. практика: СЈСЕ, 16. 12. 1976, *Rewe*, 33/76, р. 5 и СЈСЕ, 24. 9. 2002, *Grundig Italiana*, C-255/00, р. 33 и мн. др.

⁶¹ Р. 18.

⁶² Р. 20.

⁶³ Р. 24.

⁶⁴ Р. 30-31. Виж в този смисъл напр. СЈСЕ, 8. 6. 1994, *Commission/Royaume-Uni*, C-382/92, р. 36.

гарантирането на доброто прилагане на съюзното право – респ. и за предотвратяване на нарушение на държавата по смисъла на днешния чл. 258 на ДФЕС.

2.4. След това извежда изключително съществен принцип: нарушение на държавата ще е налице само ако неправилното тълкуване (прилагане) на съюзното право е съдебна практика.

2.4.1. Изолирани или относително съвсем малобройни в общия правосъден контекст съдебни решения, отклоняващи се от съюзното право, „не следва да се взимат предвид“. Нарушение обаче ще е налице, ако става дума за „съществена съдебна практика, която не е препятствана от върховната национална юрисдикция, още повече ако е потвърдена от нея“⁶⁵. Впрочем, италианското правителство настоява именно, че не става дума за масова практика⁶⁶...

2.4.2. СЕО установява, че мерките (изискванията) от страна на администрацията обективно са правели „изключително трудно упражняването на правата“ на частните лица, черпени от общностния правен ред⁶⁷. Това очевидно е следвало да бъде констатирано и санкционирано от сезираните в последствие съдилища, предвид изискванията (постоянната практика) на СЕО в това отношение.

2.5. В крайна сметка СЕО прави заключения с **поне два съществени елемента**.

2.5.1. Като „не е изменила законовата разпоредба“ (за което Комисията е настояла в своето мотивирано становище с аргумента, че е несъвместима с общностното право), държавата е нарушила (не е изпълнила) своето съюзно (тогава общностно) задължение.

2.5.2. Нарушението обаче се дължи именно (само?!) на факта, че съответната законова разпоредба е „прилагана от администрацията и от съществена част от съдилищата по несъвместим с общностното право начин (така, че прави изключително трудна защита на общностни субективни права на частните лица)⁶⁸.

2.6. Съществените изводи са **поне 4**.

2.6.1. СЕО ангажира отговорността на ДЧ винаги, когато установи нарушение, напълно независимо от това коя държавна структура е допринесла или в каква последователност (или в каква степен).

2.6.2. Основната отговорност за недопускане на нарушение тежи именно и само на националните съдилища (и в най-голяма степен на тези, които се произнасят като последна инстанция), докато нарушенията напр. на администрацията са поправими, ако бъдат протестирани пред съдебна власт, която в пълнота изпълнява съюзните си задължения.

2.6.3. Отделни (изолирани) случаи на лошо правосъдие могат да останат извън понятието за „нарушение, годно да ангажира годността на държавата пред съюзния съд“ (т. е. по делата на осн. чл. 258 или 259 на ДФЕС) само ако представляват изключение, докато широката съдебна практика е съобразена със съюзното право. Разбира се, дори в тези изолирани случаи на общо основание остава гарантирана възможността потърпевшите от противоречащо на съюзното право съдебно решение да получат обезщетение за настъпилите вреди (виж по-горе за делото *Köbler*⁶⁹).

⁶⁵ Р. 32.

⁶⁶ Р. 35.

⁶⁷ Р. 38-40.

⁶⁸ Р. 41 от мотивите и р. 1 от диспозитива на решението.

⁶⁹ CJCE, 30. 9. 2003, *Köbler*, C-224/01.

2.6.4. Във всички случаи решаваща е ролята на върховните юрисдикции, които (било с решения по същество, било с тълкувателни произнасяния!) трябва да препятстват създаването на съдебна практика, несъвместима с правото на ЕС.

Практика на СЕС (в хронологичен ред):

- CJCE, 16. 12. 1976, *Rewe*, 33/76
- CJCE, 16. 12. 1976, *Cornet*, 45/76
- CJCE, 27. 2. 1980, *Just*, 68/79
- CJCE, 19. 11. 1991, *Francovich e.a.*, C-6/90 et C-9/90
- CJCE, 31. 3. 1993, *Kraus*, C-19/92,
- CJCE, 8. 6. 1994, *Commission/Royaume-Uni*, C-382/92
- CJCE, 30. 11. 1995, *Gebhard*, C-55/94
- CJCE, 14. 12. 1995, *Peterbroeck*, C-312/93
- CJCE, 15. 12. 1995, *Bosman*, C-415/93
- CJCE, 5. 3. 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, съединени дела C-46/93 & C-48/93
- CJCE, 26. 3. 1996, *British Telecommunications*, C-392/93
- CJCE, 23. 5. 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94
- CJCE, 8. 10. 1996, *Dillenkofer e.a.*, C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à C-190/94
- CJCE, 17. 9. 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96
- CJCE, 15. 1. 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, C-15/96
- CJCE, 2. 4. 1998, *Norbrook Laboratories*, C-127/95
- CJCE, 9. 2. 1999, *Dilexport*, C-343/96
- CJCE, 1. 6. 1999, *Eco Swiss*, C-126/97
- CJCE, 4. 7. 2000, *Haim*, C-424/97
- CJCE, 30. 9. 2003, *Köbler*, C-224/01
- CJCE, 9. 12. 2003, *Commission c/ Italie*, C-129/00

Други:

Cour de cassation (Assemblée plénière), Arrêt n° 630 du 18 novembre 2016 (15-21.438)

**Хуманитарните науки не служат за нищо и това е добре:
Екскурс върху възгледите на Стенли Фиш, професор по литература и право**

Йордан Ефтимов

*Humanities Serve No Purpose and It's a Good Thing: An Excursus on the Views of
Stanley Fish, Professor in Literature and Law*

Yordan Efftimov

Abstract: *The report discusses the ideas of the American professor of law and literature Stanley Fish and how they can help us to realize not only the place of humanities today but also the usefulness of literary activities for the dense picture of life. Examples include discussions on John Milton's works as well as Bulgarian literary works.*

Keywords: *law and literature, humanities, interpretations, terrorism, promissory note*

Повечето представители на различни науки биха очаквали на конференция на юристи всичко друго, но не и разноразно в употребата на понятията. Не и хуманитаристът – той знае, че това е неизбежно. А е неизбежно, защото колкото и да сме експерти, ние сме и всекидневни хора. Трудно е напълно да загърбим дори на конференция всекидневния човек у себе си. А може би и не трябва. Имаме много голям проблем с понятията, защото прекомерно силни институции в нашето общество пренареждат и преосмислят понятията, с които работим.

Например, метафората „четвърта власт“ за много хора в България не е метафора, благодарение на постоянната буквализаторска употреба от медиите. Така много представители на медиите смятат себе си за притежаващи власт отвъд конституционното разделение на властите по Монтескьо. Много членове на българското общество също вярват в това, че медиите наистина са четвърта власт. И ролята на медиите се оказва изкривена - у нас те са натоварени със смисъл, различен от този, който имат в Западния свят, където са изобретени. Такъв проблем има с много понятия и в този смисъл битката за това да можем все пак да говорим на един общ български език е много тежка.

Онзи ден, като човек занимаващ се с литература, съответно с книги, бях изключително смутен от това, че много представителна, награждавана, с добро име телевизионна журналистка – Даниела Тренчева, в сутрешния блок на своята телевизия каза следното: „Едва ли можете да си купите тази книга в библиотеките.“. От това за пореден път разбрах, че за доста съвременни българи, сред които и изявени журналисти, библиотеките са място, в което се продават книги. Не става дума за термин, а всекидневно понятие от жизнения ни свят, нали?

За първи път бях шокиран от подобна употреба на думи, свързани с местата за книги, преди близо година на съвсем друго място и от съвсем друг представител на обществото. Отивах на представяне на книга в клуб-книжарница „Перото“ в НДК и пред входа бях пресрещнат от портиер, който ми каза: „Тук има друго събитие, вашето е сигурно в друга зала, трябва да видите къде.“ Аз не се оставих: „Добре, не мога ли

поне да вляза в книжарницата?“ И тогава той ми каза: „Че каква книжарница е това! В нея има книги, а не химикалки, моливи и гумички, както има във всяка нормална книжарница.“ Значи със сигурност имаме огромен проблем с библиотеките по принцип, с представата какво е това библиотека. Макар че конференцията не е на съюза на библиотекарите, давам този пример, защото той е свързан с промяната на значението на една дума заради това, че с нея се означава все по-непознат предмет. След като нашето съвременно общество общо взето не ползва или рядко ползва институцията на библиотеката, то и неговите членове все по-малко знаят и започват да гадаят какво означава думата „библиотека“.

Разликата в това, което влагаме в общоупотребими и често употребими думи, може да се окаже много фатална. Аз избрах да ви говоря малко по един дебат, който се разви изключително активно в САЩ и в целия свят през 2008/2009 година, но който продължава да бъде актуален. Той се разгърна благодарение на световната икономическа криза, съвпадна с нея, но дали беше пряко следствие от нея е един наистина много важен въпрос. Става дума за това, че в много университети по света, включително и в България, хуманитаристиката се оказа заплашена. Заплашена от закриването на хуманитаристките програми, свиване на финансирането и т.н. И в тази дискуссия много важно място заемаха изказванията на професора в Международния университет на Флорида в Маями, САЩ – Стенли Фиш, който там е професор по културология и заедно с това по право.

Стенли Фиш е един от малкото световни интелектуалци, които се занимават с литература и право, толкова наглед различни, дори противоположни материи от професионална гледна точка. У нас той е известен с една единствена преведена книга, която обаче е много цитирана в най-разнострани области на изследване на медиите, на етиката, на антропологията, на правната философия и т.н. Тази книга е озаглавена „Няма такова нещо като свободно слово и това е добре“¹. Основното изказване, върху което аз съм построил моето изложение, че хуманитаристиката е безполезна и това също е добре, приближава до заглавието на тази най-популярна у нас книга на Стенли Фиш. Дали е „добре“ обаче това се оказва съществен въпрос за всички нас.

Освен че е професор в момента в Международния университет на Флорида в Маями, професор Стенли Фиш е и дългогодишен колумнист на „Ню Йорк Таймс“, където в течение на няколко години той водеше колонка, озаглавена „Помисли пак“ и посветена на различни проблеми винаги в полето на срещата на обществените митове и неписаните норми:

- Как филмите отразяват националните стереотипи, но и как работят по промяната им?²
- Защо френската постмодерна философия е толкова влиятелна сред хуманитаристите в Америка?³
- Пише върху казуса застрелян предполагаем престъпник негър от бели полицаи, когато се оказва, че негърът е невинен.⁴

¹ **Фиш, С.** Няма такова нещо като свободно слово и това е добре. С.: изд. „Критика и хуманизъм“, 2003.

² Два от тези текстове са преведени и на български. Вж. **Стенли Фиш**, „Разказът и Божията милост: новата версия на „Непреклонните“ (Рецензия за едноименния филм на братя Коен), превод от английски Пламена Костадинова, в. „Литературен вестник“, бр.9, 16 март 2011 г., 6, http://www.bsph.org/members/files/pub_pdf_1191.pdf (Достъп на 14.08.2017); **Стенли Фиш**, „Литературознанието навлиза в киното“ (Рецензия за филма „Вой“), превод от английски Ивайло Радославов, в. „Литературен вестник“, бр.30, 5 октомври 2011 г., 1-2, http://www.bsph.org/members/files/pub_pdf_1234.pdf (Достъп на 14.08.2017).

³ **Stanley Fish**. French Theory in America. The New York Times. April 6, 2008, <http://fish.blogs.nytimes.com/2008/04/06/french-theory-in-america/> (Достъп на 14.08.2017).

- На какво трябва да учат възпитаниците си колежите днес.⁵
- Неолиберализмът и висшето образование.⁶
- За телевизионния спектакъл на сключването на огромни като финансов резултат сделки по трансферирането на баскетболисти.⁷
- За това как обществото си представя, че трябва да изглежда един съдия от Върховния съд⁸, и какво ли иска да каже президентът Обама, когато обявява, че според него съдиите от Върховния съд трябва да притежават емпатия⁹.
- Пише върху речите на Обама – при това неведнъж. На 7 юни 2009 г., например, текстът на Фиш е по повод речта на Обама при банкрута на „Дженерал Мотърс“. Фиш пише: „Обама в тази реч ми напомни за последната сцена на „Кръстникът“, когато Майкъл Корлеоне, който започва филма като млад идеалистичен патриот, го завършва в позата на римски император, подал ръка, за да могат подчинените му да целунат пръстена върху нея. „Езикът“, казва Бен Джонсън в съчинението си „Открития“, „показва човека. Говори, за да успее да те види добре какъв си.“¹⁰

Още когато преди половин век получава своето висше образование Фиш действително избира да завърши едновременно литература и право. Първо в Пенсилванския университет, а след това в „Йейл“, той паралелно движи своите занимания с литература (наричана там „English Studies“) и с право. Намира пресечната точка между право и литература като учен, защото в тези страни човек е длъжен, ако бъде университетски преподавател, да бъде паралелно с това и учен, тоест да публикува през някакъв недълъг период нови изследвания. При това успява да се изяви забележително и като литературовед, специалист по реторически фигури, и като юрист, в прочита на трактатите и поемите на английския поет и публицист от времето на Кромвел Джон Милтън.

Стенли Фиш посвещава много текстове на Джон Милтън като най-значимите са книгите му „Изненадани от греха: читателят в загубения рай“ („Surprised by Sin: The Reader in Paradise Lost“, 1967) и „Как работи Милтън“ („How Milton Works“, 2001). В „Изненадани от греха“ Фиш се занимава с това как изглежда имплицирания читател на най-прочутия текст на Милтън – „Изгубеният рай“ (книга, преведена на български едва в началото на 1980-те години от един от най-добрите ни англицисти – Александър Шурбанов)¹¹.

„Имплицирания читател“ е наборът от представи за света и обществото, които са представени в една книга, и чрез анализ на които можем да си представим към към читател с какви ценности и с каква картина за всемира е обърната съответната книга.

⁴ **Stanley Fish.** Because of Race: Ricci v. DeStefano. The New York Times. July 13, 2009, <https://fish.blogs.nytimes.com/2009/07/13/because-of-race-ricci-v-destefano/> (Достъп на 14.08.2017).

⁵ **Stanley Fish.** What Should Colleges Teach?. The New York Times. August 24, 2009, <https://fish.blogs.nytimes.com/2009/08/24/what-should-colleges-teach/> (Достъп на 14.08.2017).

⁶ **Stanley Fish.** Neoliberalism and Higher Education. The New York Times. March 8, 2009, <https://fish.blogs.nytimes.com/2009/03/08/neoliberalism-and-higher-education/> (Достъп на 14.08.2017)

⁷ **Stanley Fish.** Hope Springs Eternal: The N.B.A. Draft. The New York Times. June 29, 2009, <https://fish.blogs.nytimes.com/2009/06/29/hope-springs-eternal-the-nba-draft/> (Достъп на 14.08.2017).

⁸ **Stanley Fish.** What Kind of Judges Do We Want?. The New York Times. June 22, 2009, <https://fish.blogs.nytimes.com/2009/06/22/what-kind-of-judges-do-we-want/> (Достъп на 14.08.2017).

⁹ **Stanley Fish.** Empathy and the Law. The New York Times. May 24, 2009, <https://fish.blogs.nytimes.com/2009/05/24/empathy-and-the-law/> (Достъп на 14.08.2017).

¹⁰ **Stanley Fish.** Yes I Can. The New York Times. June 7, 2009, <https://fish.blogs.nytimes.com/2009/06/07/yes-i-can/> (Достъп на 14.08.2017).

¹¹ **Милтън, Дж.** Изгубеният рай. София: Народна култура, 1981. Текстът е достъпен и интернет на адрес: <https://chitanka.info/text/26481/3#textstart>, (Достъп на 14.08.2017).

Фиш твърди, че едно от качествата на Милтън като писател е, че с изключителния си литературен талант той подвежда читателя, тъй като се получава написаното да означава не това, което е написано, а тъкмо обратното.¹² Пример за такава ситуация е пасажът, в който Милтън задава един от „трудните въпроси“, отнасящи се до образа на дявола: ако Адам е извършил грях, но му е била дадена възможност да се покае, защо на Сатаната и на неговите предполагаемо паднали ангели не е дадена същата възможност? И ето констатацията на Милтън в трета книга на „Изгубеният рай“:

„Тъй, без най-малък подтик и без сянка от съдба
или каквото да било, предречено от мене,
сами сгрешават те [хората – б. м, *Й.Е.*] – творци на себе си във всичко,
което преценяват и избират; аз така
съм ги създал свободни и свободни ще останат,
дорде сами не се заробят – иначе ще трябва
да променя природата им и да отменя
закона вечен и несменен, който утвърждава
свободната им воля – не, те паднаха сами.
Но първите [падналите ангели – б. м, *Й.Е.*] погинаха по собствена подбуда,
самопоқварени, а той, човекът, е подведен
от друго; затуй човекът благодат ще вкуси,
но онзи [дяволът изкусител – б. м, *Й.Е.*] – никога.“¹³

Има и редица други примери на Милтънова интерпретация, която влиза в конфликт с меродавните тълкувания на Библията. Те са възможни, само ако вярваме в съществуването на Сатаната като личност. Понякога Милтън обаче не удържа сарказма си по повод тази склонност да се буквализира олицетворението – напр., когато говори за Сатаната в образа на Левиатан, морското чудовище от Книгата на Йов. В първата глава (стих 192-212) този мит е разказан по модела на преувеличена до възбог моряшка история, в която моряците раздуват, че когато се натъкнали на това чудовище, мислейки го за остров, започнали да хвърлят котвите си „в покритата му с люспи кожа“. Левиатан бил „с гигантски ръст,/ напомнящ баснословните чудовищни титани“.¹⁴

Стенли Фиш пише много за риториката, която развива етическите и правни идеи на Милтън. Например, Фиш подчертава, че „Изгубеният рай“ е построен по начин, сходен с диалозите на Платон: епическият глас се преобразява в ролята на Сократ, а читателят, оказал се в положението на Федър или Кратил, отново и отново е принуден да признава грешките си и по този начин болезнено да достига до Истината“. Но това не е кой знае колко задълбочено – съществува цяло подразделение в американската история на правото, която разглежда конкретни съдебни процеси от различни епохи диахронно в съпоставка с историята на театралните форми или синхронно като употреба на различни театрални стратегии.

На Стенли Фиш, като специалист по Милтън, се налага да участва и в една дискусия за тероризма, вдигнала голям шум в интелектуалните среди на САЩ. Става дума за прочита на „Самсон бореца“ на Джон Милтън, текст, който макар и да не е от

¹² Fish, S. Surprised By Sin. London: Macmillan, 1997, 215.

¹³ Милтън, Дж. Изгубеният рай. Цит. съч., книга III, стих 120-132. Текстът е достъпен и интернет на адрес: <https://chitanka.info/text/26481/3#textstart>, (Достъп на 14.08.2017).

¹⁴ Милтън, Дж. Изгубеният рай. Цит. съч., книга I, стих 196-197. Текстът е достъпен и интернет на адрес: <https://chitanka.info/text/26481-izgubenijat-raj>. В оригинал е дори по-иронично: „as huge/ As whom the fables name of monstrous size“, виж <http://www.gutenberg.org/cache/epub/26/pg26.txt>. (Достъп на 14.08.2017).

най-прочутите текстове на своя автор, интерпретира прочут библейски епизод, прочут в страните, в които масовият човек познава Библията.

Позволете ми тук да отворя скоби! Казвам „прочут“, разбира се, с ирония, защото редовно в един от часовете от курса по академично есе в Нов български университет предлагам на студентите да дискутират ролята на религията днес и покрай това – да се самоопределят като вероизповедание. Питам ги представители на какво вероизповедание са и могат ли да използват това като аргумент и те заявяват, че са православни християни. След това им задавам серия от няколко въпроса, на които те отговарят отрицателно: Познавате ли основната книга на това вероизповедание? Ходите ли на църква? Спазвате ли нормите на това вероизповедание? Участвате ли в някакви ритуали? и т.н. И стигаме дотам, че те признават, че не правят нищо от това, което религията настоява да се прави. Не са чели и Библията. Естествено аз ги питам: „А защо тогава се самоопределяте като православни християни?“ И те имат един единствен довод: „Кръстени сме!“ Не могат да открият нито един друг довод в цялата тази работа по своето самоопределяне. А биха могли да ми кажат разни неща за себе си с по-голяма степен на самонаблюдение и способност да звучат достоверно. Например, биха могли да кажат: „Ние следваме християнски неписани норми.“ Или: „Етиката ни е християнска“. Но не успяват. Ще им простим заради това, че са първокурсници, нали? Така става обикновено. Затварям скобите.

В библейската история Самсон е пленен, благодарение на предателството на една жена. Косата му е отрязана, силата му е загубена и той се превръща в предмет на забавление на враговете филистимяните, които започват да го използват като циркаджийски лъв, така да се каже, да показва една овладяна в невидими вериги сила. Самсон е превърнат в един Кинг Конг на Библията, така да се каже. Но филистимяните не забелязват как в следващия момент косата му отново е успяла да порасне. И когато той отново се сдобива със силата си, Самсон избира един вариант на действие, който англоезичната правна, политическа, етическа, теософска и историческа мисъл непрекъснато тематизира. Самсон избира да разруши колоните на храма, в който трябва да прави тези номера, погребвайки в отломките му себе си и враговете заедно с техните жени и деца.

Сами разбирате всъщност какво стои зад тази метафора – стои голямата тема за тероризма. Така се оказва през 2002 г., когато в английското издание „Times Literary Supplement“ излиза уж рецензия на книгата на Стенли Фиш „Как работи Милтън“.¹⁵ В нея Джон Кери, професорът в Оксфордския университет и съставител на академично издание на поезията на Милтън, направо твърди, че Милтън симпатизира на поведение, което днес без съмнение бихме нарекли „терористично“. Но дали Самсон на Милтън е наистина „атентатор самоубиец“ (по думите на Кери: „Samson is, in effect, a suicide bomber“), който „вярва, че атентатът, който организира, е израз на „Божията воля“? Кери не само го казва, но и прави сравнение с атентаторите на Световния търговски център от 11 септември 2001 г. И доколкото при Милтън Самсон е положителен герой, Кери като истински агент провокатор предлага произведенията на Милтън да бъдат изтеглени от библиотеките на училищата и колежаите, а творчеството му да бъде направо забранено.

В редакцията на „Times Literary Supplement“ заваляват писма. Но истинският сблъсък настъпва, когато тогавашният професор в Чикагския университет Стенли Фиш произнася лекция на сбирка на Асоциацията за съвременни езици на тема „Защо Милтън има значение“. В нея Фиш защитава поведението на Самсон, признавайки

¹⁵ **John Carey.** A work in praise of terrorism?: September 11 and Samson Agonistes. Times Literary Supplement. September 6, 2002, <https://www.the-tls.co.uk/articles/private/a-work-in-praise-of-terrorism/> (Достъп на 14.08.2017).

„терористичния му характер“. Същото вече е направил и в книгата си „Как работи Милтън“. „В крайна сметка единствената оценка на постъпката на Самсон е възможна само в съвременен контекст“, твърди той. Според Фиш постъпката на Самсон е „достойно деяние. Никакви други стандарти не съществуват.“¹⁶ За Кери обаче тази интерпретация е „ужасна“ като „право, предоставяно на всеки фанатик за извършването на каквото и да било престъпление“.

Дали не се отклоних много от предварително заявената тема? В дискусиата за бъдещето на хуманитарните науки Стенли Фиш е толкова активен и важен участник, че трябваше да представя поне един от паралелните дебати, чиито аргументи са впрочем свързани. Фиш ни въвежда в една проблематика, която в България не се дискутира публично никога или почти никога. В България използваме понятията „обществени науки“, „хуманитарни науки“, „филологически науки“ и т.н., само в качеството им на понятия в една нормативна уредба и класификация. Например, когато един университетски преподавател иска да се хабилитира, той се хабилитира или в сектор Обществени науки, или в сектор Филологически науки. И така много мои колеги филолози изведнъж се оказаха в ситуация, в която са „разкращени“, защото в наши дни часовете им са преди всичко не в някаква филологическа специалност, а в програмите по журналистика. Но според българската нормативна уредба журналистиката е към обществените науки и няма нищо общо с филологическите, въпреки че става дума за текст и за език. Къде е правото в цялата работа? Къде е философията в цялата тая работа? Как изобщо да обвържем тези науки? Нормативната уредба на научните класификации у нас е анахронична и същата някъде, без да се обсъждат и дори обмислят такъв тип въпроси. Но и това е един от множеството дебати, които загърбваме у нас.

В света, в който живее Стенли Фиш нещата не стоят много по-различно, с изключение на това, че има дебат и когато става дума за „криза на хуманитаристиката“, преди всичко се разбира, че филологическите специалности ще бъдат съкращавани и намалявани, плюс предмети като изкуствата, културологията и т.н. Политическите науки например попадат в по-широкия клас на обществените науки с по-ясен смисъл и цел.

Какво твърди в своите изказвания през 2008/2009 г. Стенли Фиш? Изказвания, които са многократно дискутирани включително и на една огромна конференция в Станфорд през 2009 г. Според Стенли Фиш, основният смисъл на хуманитаристиката е, че тя е ценна сама по себе си. Няма пряка полза от нея, т.е. тя не е свързана с това, че ни предава някакви ценности. Учи ни на това кое е добро и зло, предава ни някакви ценности примери от литературата и пр. Защото можем да намерим примери в литературата за какво ли не. Според Фиш целта на хуманитаристиката е по-скоро да ни покаже, че всичко е употребимо и че всичко е въпрос на реторически умения. Не така мислят обаче неговите многобройни опоненти. Например, известна е тезата, че „хуманитаристиката ни учи на критическо мислене“. А това е ценност на хуманитаристиката извън хуманитаристиката. Можем да го установим извън нея.

Тук, разбира се, се появява един контрааргумент. Нужно ли е да имаме критическо мислене, за да сме ефективни? Самият Стенли Фиш е потопен в среда, в която е ясно, че ефективността е най-важното нещо, съответно е ясно, че критически мислещите хора не са особено полезни в обществото. Дори в САЩ е разпространено

¹⁶ **Stanley Fish**. Why Milton matters; Or, Against Historicism. *Milton Studies* 44, 2005, 1-12. Текстът е публикуван с тригодишно закъснение. Но през 2002 г. Фиш има още два по случая – **Stanley Fish**. Postmodern warfare: The Ignorance of Our Warrior Intellectuals. *Harper's Magazine* 305, Jul 2002, 33-40 и **Stanley Fish**. Can Postmodernists Condemn Terrorism? Don't Blame Relativism. *The Responsive Community* 12, Summer 2002, 27-31.

общото обвинение към хуманитаристиката, че създава левичарски настроения априори, че, така да се каже, критическото мислене е свързано с това. С други думи, хуманитаристиката е едно непрекъснато подриване на институциите в крайна сметка.

За да ви покажа как всъщност се отнася цялата тази тема за хуманитаристиката и критичното мислене към нашите занимания, ще дам един пример с прекрасното изложение на Проф. Людмил Георгиев. Той ни говори изцяло по посока ефективността – как едно общество като нашето ще има нужда от работна ръка и как може да я открие в лицето на бежанците, но не успява и т.н. За да ни убеди в ефективността да разглеждаме бежанците като „възможност“, той остави настрана такива въпроси като: Какво е българското общество всъщност? Именно този въпрос се поставя навсякъде, където се решава дали да се приемат имигранти. А като дойдат тези имигранти, нашето общество ще продължи ли да е нашето или с тях то ще стане друго общество? Това са сериозни въпроси, които трябва да се дискутират и които се дискутират в западните общества. В Германия, например, доминира възгледа, че германската нация ще се справи с културната асимилация на бежанците.

Но когато говорим за това, че хуманитаристиката е свързана с развиването на критическо мислене, това само по себе си е поле за дебат. Какви са другите ценности на хуманитаристиката? Например, ценности ли е това, че ни учи и стимулира „да четем по-внимателно“. „Да четем по-внимателно“ означава да забелязваме противоречията в и между различни нормативни актове. „Нормативни“ в най-общия смисъл на думата, достигащ и до конспектите за изпит по всякакви предмети и самите учебните планове, а също и до учебниците.

Хуманитаристиката, според Стенли Фиш, ни помага не само да откриваме противоречията, а и да ги преодоляваме като проблем. Може да се случи да има и „наивни“ закони. Сега това може да ви прозвучи много стряскащо, но аз предлагам да сложим един такъв въпрос за дебат: „Има ли наивни закони?“

Стенли Фиш пише за тези качества на хуманитаристиката, но настоява, че тя е полезна преди всичко в самоцелността си. Но каква е тази голяма ценност на хуманитаристиката сама по себе си, според професора по право Стенли Фиш? В какъв смисъл? Че ние си доставяме удоволствие с четенето на значимите творби на миналото. Темата за удоволствието и познавателното удоволствие е също тема, предизвикала страшно много дискусии, в които обаче Фиш просто не влиза.

Темата за полезността има повече измерения от обикновено приеманите, тези, за които нашето всекидневно въображение се сеца. Специално литературата може да бъде полезна с това да докаже, да развие в една пластична форма да ни сблъска по-силно с една проблематика, която пряко засяга юристите.

За завършек ще се закача към един момент от изказването на доц. Кристиан Таков, към едно от понятията, за които той говори така вълнуващо. Запис на заповед. В рамките на българското изкуство имаме поне два случая, в които записът на заповед е централна тема. Единият е документален филм от преди 15 години, който се нарича „Тъмните часове не се броят“. Автор на този филм е Марин Марчевски, известен български документалист, живеещ в Германия. Филмът ни занимава с това как едни български граждани в провинцията, които са си правили самоделни бългита през 80-те години (и той е направил филм тогава за тях, преди 25 години) в наши дни се опитват да развият бизнес, като са закупили при раздържавяването от ТКЗС комбайни, трактори и друга техника. Филмът показва как тези хора се сблъскват с понятието запис на заповед, когато при тях пристигат съответните мутри. Подобна ситуация се появява и в разказа на един писател юрист – Радослав Парушев. В разказа „Пътя на Карлито“ записът на заповед е, така да се каже, един чудесен предмет, който изчезва и трябва да бъде намерен. Двама адвокати спешно започват да го търсят, защото ако не го намерят,

техният клиент ще направи нещо много страшно с тях. Без понятието запис на заповед и без историите свързани с него, не можем да обясним 90-те години, не можем да ги разкажем плътно. А ако не си представим какво се е случило през 90-те години, как ще си представим какво става в наши дни? Но можем ли да разгледаме това понятие само през някакви конкретни съдебни дела и как да ги намерим?

Human Rights Education – Realities and Perspectives

Svetla Margaritova

Abstract: *Over the past few years there were held a series of forums in Bulgaria dealing with university teaching of human rights and especially - the issues of the ECHR and the ECtHR case law. The Foundation "Bulgarian Lawyers for Human Rights" conducted a survey in 2014 among magistrates and advocates regarding their satisfaction with the training in this field at an academic and a professional level. The Committee of Ministers of the Council of Europe is working on the amendments to the currently existing Recommendation № 4 of 2004 concerning the teaching of Human Rights at the universities. Whether the prepared draft of the Regulation on the uniform state requirements for obtaining higher education in the specialty "Law" as the professional qualification "lawyer" and included in this course "Fundamental Rights and Freedoms" will meet the requirements of the practice and will be adequate to the current trends in teaching in other European countries? Certain aspects of the project raised serious doubts and concerns. The publication draws attention to the lack of trained teachers in the field of Human Rights in the lectures on fundamental legal disciplines, which makes impossible the realization of the idea for the Horizontal training. Also the current legislation restricts the involvement of non-academic experts in the field of human rights as teachers in universities. In this respect they made a range of recommendations.*

Keywords: *human rights, Bulgarian legal education, ECHR*

Преди повече от 10 години – в периода 2002-2004 г., Комитетът на министрите на Съвета на Европа прие няколко препоръки, в които обърна внимание на държавите – членки върху необходимостта от предприемането на мерки за ефективно прилагане на Европейската конвенция за правата на човека /ЕКПЧ/ на национално ниво. Сред тези мерки, ведно с въвеждането на ефективни вътрешноправни средства за защита на гарантираните от Конвенцията права, осигуряването на надеждни механизми за изпълнение на решенията на Европейския съд по правата на човека /ЕСПЧ/ и разпространяването на практиката му, бе посочено и подобряването на образованието и професионалното обучение по правата на човека. Те са предмет на **препоръка Rec (2004)4 от 12.05.2004 г. за ЕКПЧ в университетското образование и професионалното обучение**.¹ Комитетът препоръчва такова обучение да бъде предоставяно като компонент на единния основен учебен план по право и допълнително като избран предмет за желаещите да се специализират, както и като

¹ Recommendation Rec(2004)4 of the Committee of Ministers to member states on the European Convention on Human Rights in university education and professional training (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dd13a (Достъп на 12.12.2016)

компонент на подготвителните програми за приемните изпити за различните правни професии и на първоначалното и текущо обучение на съдиите, прокурорите и адвокатите, а също и на полицейските, пенитенциарните, имиграционните и други относими категории служители. В препоръката се подчертава, че е съществено преподаването на ЕКПЧ да бъде включено в програмите на юридическите факултети не само като отделен предмет, но и хоризонтално – във всяка правна дисциплина.

След приемането й Съветът на Европа извърши проучване чрез въпроси, зададени на правителствата на държавите членки. От него се установи, че в западноевропейските университети Конвенцията и практиката по тълкуването и прилагането й се преподават от десетилетия в лекционни курсове и семинари в обучението по право – хоризонтално в рамките на основните правни дисциплини и като отделни задължителни или избираеми курсове. Проучването показва, че след ратифицирането на ЕКПЧ в университетите в бившите социалистически държави също масово са въведени специални дисциплини по правата на човека. Към онзи момент някъде това е оставено на избора на университетите (Азербайджан), а другаде (Естония) властите одобряват национален учебен план, който включва изучаването на правата на човека. В различните университети специалните дисциплини „Права на човека“ са било задължителни, било избираеми. В Полша например към онзи момент отделният курс по права на човека е бил задължителен само в университета „Николай Коперник“ в Торун. В Словакия задължителен курс има в Юридическия факултет на университета в Търново, като е посочено, че той дава възможност за детайлно запознаване с практиката на ЕСПЧ. В Литва специалната дисциплина „Права на човека в Европа и ЕС“ е задължителна за студентите, специализиращи в областта на международното право и правото на ЕС, и избираема за студентите с друга специализация. В Молдова от учебната 2003-2004 г. в Молдовския държавен университет се преподава курс „Право на ЕКПЧ“. Включване на преподаването на Конвенцията в програмите на основните задължителни правни дисциплини е посочено например от Полша (Конституционно, Международно, Наказателно и Гражданско право), Босна и Херцеговина (Конституционно и Международно право, Право на ЕС, Наказателно право и др.), Хърватия (където Конвенцията и практиката по прилагането й към онзи момент не се изучават като самостоятелна дисциплина, но заемат значителна част в програмите по Конституционно и Международно право), Литва (където във Вилнюския университет Конвенцията е застъпена сериозно в лекциите по Конституционно, Наказателно и Гражданско процесуално право и др.). Някои държави са дали сведения и за изучаването на права на човека и в частност - на Конвенцията, в полицейските академии. Например в Чехия самостоятелна дисциплина, включваща изучаването на ЕКПЧ, е посочена като по принцип задължителна в академията. В Армения според дадените сведения курсът обхваща и практиката по Конвенцията. В Латвия Конвенцията и практиката на ЕСПЧ са задължителни дисциплини в програмите за обучение на полицейските, пенитенциарни, миграционни и др. подобни категории служители, а в обучението за магистърска степен е включен избираем курс „Права на човека“²

До момента той съсредоточава усилията си за подпомагане на държавите върху първоначалното и текущо професионално обучение на магистратите и адвокатите. Напоследък Съветът на Европа констатира, че между мерките му в тази насока и

² STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, Strasbourg, 7 April 2006, CDDH(2006)008, Addendum III Bil Recommendation Rec(2004)4 The European Convention on Human Rights in university education and professional training, 169-222 - http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Meeting%20reports%20committee/62ndAddIII_en.pdf (Достъп на 12.12.2016).

мерките му във връзка с прилагането на Хартата за образование за демократично гражданство и по права на човека, насочени предимно към училищното образование, остава празнина относно висшето образование. Понастоящем Комитетът на министрите на Съвета на Европа подготвя промени в действащата Препоръка № 4 от 2004 г. относно преподаването на материята за правата на човека във висшите училища. Вече е събрана информацията относно преподаването на материята на университетско и професионално ниво въз основа на специален въпросник, разпратен до представители на държавите-членки, включени в програмата HELP³. Понастоящем тече процес на нейното обобщаване.

Изразеното намерение в бъдеще тази празнина в университетското обучение да бъде запълнена мотивира Фондация „Български адвокати за правата на човека“ да проведе през 2014 г. проучване именно върху университетското образование по права на човека и в частност по ЕКПЧ и практиката по прилагането ѝ, в рамките на проект „Укрепване на защитата на правата на човека в България“.⁴ Резултатите от анкетното проучване говорят за недостатъчност на предоставяното университетско образование по права на човека. Проучването беше фокусирано върху полученото университетско образование по права на човека, но анкетните карти – едната за полицейски и пенитенциарни служители и другата за магистрати и адвокати – бяха структурирани така, че да бъде получена информация и в още три основни насоки: оценка на професионалното обучение след завършване на висше образование, източници за получаване на информация за ЕКПЧ и практиката на Съда, прилагане на получените знания и информация в пряката професионална дейност. Първата от целевите групи включваше определени категории полицейски и пенитенциарни служители, за които е особено важно да познават Конвенцията и практиката на ЕСПЧ, както и практически да прилагат съответните правозащитни стандарти (разследващи полицаи, полицаи с охранителни функции, служители на ГД „Охрана“ към Министерството на правосъдието и надзорно-охранителни служители в местата за лишаване от свобода). Анкетното проучване показва, че сред получените някакви знания по време на следването силно преобладават онези, на които висшето училище е предоставило само най-обща представа за ЕКПЧ. Символично са представени лицата от целевата група, получили познания в детайли или с практическа насоченост. Относно участието на респондентите във форми на обучение след завършване на съответната степен на образование данните не показват толкова голям дефицит на получени знания като констатирания при изследването на университетското обучение. При втората целева група – магистрати и адвокати, се установява, че в хода на университетското образование обучението в тази сфера е несистемно, непълно, недостатъчно, почти не оставя следа и не би могло да подпомогне бъдещите специалисти в тяхната професионална дейност. Констатирано бе, че се налага празнотите от

³ Програмата е насочена към повишаване на познанията на представителите на юридическите професии в областта на правата на човека на национално ниво в съответствие с Препоръката на Съвета на Европа от 2004 г., Декларациите от срещите на министрите на правосъдието от Интерлакен (2010 г.), Брайтън (2012 г.) и Брюксел (2015 г.), <http://www.coe.int/en/web/help/home> (Достъп на 01.03.2017).

⁴ Заключителен доклад за осъщественото от БАПЧ сравнително проучване на преподаването на правата на човека, <http://humanrightsbg.org/%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BB%D1%8E%D1%87%D0%B8%D1%82%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BD-%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D0%BB%D0%B0%D0%B4-%D0%B7%D0%B0-%D0%BE%D1%81%D1%8A%D1%89%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D0%BE%D1%82/> (Достъп на 12.12.2016).

университетското образование да бъдат запълвани паралелно с придобиването на професионална квалификация и опит в хода на служебната дейност, което натоварва допълнително анкетиранията лица.

Както проведеното проучване, така и организираната „Кръгла маса“ с деканите и преподавателите от всички юридически факултети в страната и представителите на АМВР, затвърждават извода, че преподаването на материята по правата на човека трябва да бъде част от реформите в образованието по право. Тази необходимост се установява както от академичните среди, така и от практикуващите правници.

Съгласно Наредбата за единните държавни изисквания за придобиване на висше образование по специалността „Право“ и професионална квалификация „юрист“ (ДВ бр.69/2005г.), в програмите на съответните учебни дисциплини се включва преподаване на правото на ЕС, което е и задължителна отделна дисциплина. Подобни разпоредби за правата на човека и в частност – за ЕКПЧ, съответно за практиката на ЕСПЧ по тълкуването и прилагането ѝ, отсъстват. Те не фигурират нито в задължителните, нито в избираемите учебни дисциплини и не е предвидено задължение за преподаването им в програмите на релевантните други учебни дисциплини. Това е оставено на волята на висшите училища. В същото време, близо 23 години след влизането на ЕКПЧ в сила за България, в действията на националните власти все още личи незадоволително разбиране и прилагане на Конвенцията като част от вътрешното право и недостатъчно познаване на значимата за страната ни практика на ЕСПЧ – не само на решенията по дела срещу България, а и тези по дела срещу други държави, в които се установяват основни стандарти и/или са решени относими и към нашата действителност проблеми. Много са българските дела, по които Съдът е установявал липса на ефективни вътрешноправни средства за защита на гарантираните от ЕКПЧ права, както и повтарящи се нарушения на Конвенцията от страна на националните власти. Последният пример е постановеното пилотно решение по делото *Нешков и други срещу България*.⁵ ЕСПЧ констатира, че националните съдилища не прилагат пряко Конвенцията така, както разпоредбите ѝ са тълкувани и прилагани в неговата практика.

През 2015 г. като част от усилията по прилагане на Актуализираната стратегия за продължаване на реформата в съдебната система започна работа и по подготовката на промени в Наредбата за единните държавни изисквания за придобиване на висше образование по специалността „Право“ и професионална квалификация „юрист“ (ДВ бр.69/2005г.). В първоначалния вариант на проекта за изменение и допълнение на тази наредба от октомври 2015 г. бе включена наред с другото и нова задължителна дисциплина „Защита правата на човека“ с хорариум от 75 часа. Последваха широк кръг от обществени и професионални дискусии преди на страницата на Министерството на правосъдието да бъде качен проект на нова Наредба, по който би следвало да е приключила съгласувателната процедура, чийто срок изтече в средата на месец ноември⁶.

⁵ Решението е постановено на 27.01.2015 г. То е свързано с лошите материални условия в местата за изтърпяване на наказанията и следствените арести. Съгласно чл. 61§1 от Правилата на Съда, е регламентирано, че „структурен или системен „проблем, обосноваващ процедура за пилотно решение може да бъде такъв, който „е дал“ или „може да даде“ основание за подобни жалби.“ Доколкото към онзи момент ЕСПЧ се беше произнесъл по десетки жалби с такива оплаквания и имаше други 40 висящи, повдигащи същите въпроси, на България бе даден срок от 21 месеца, за да намери пътища и механизми и преодолее този проблем, така че да не се стига до подобни жалби пред ЕСПЧ. В посочения срок бяха изменени НПК и ЗИНЗС (ДВ, бр. 13 от 2017 г.).

⁶ Проектът на наредбата и докладът към него са качени на страницата на Министерството на правосъдието на 21 октомври 2016 г, <https://www.mjs.bg/15/> (Достъп на 12.12.2016).

В този нов проект учудващо бе променено наименованието на дисциплината и тя вече фигурира като „Основни права и свободи“, което според мен, а това не е само мое мнение, но и на екипа на Фондация „Български адвокати за правата на човека“, изразено в нашето становище, е изключително неудачно.

Терминът „*правата на човека*“ изразява най-добре концепцията за „*равни и неотменими права*“ на „*всички членове на човешкия род*“, за права и свободи на всеки човек, независимо от държавата, за тяхната универсалност. Този термин насочва към международноправната им уредба, в т.ч. от Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ). От своя страна „*защита*“ е указание за съдържанието, което би следвало да обхване въпросната дисциплина и което би трябвало да доведе до пълноценно усвояване както на материалноправната уредба, така и на различните съществуващи механизми за правна защита и придобиване на умения за ефективното им практическо използване (както впрочем е отразено и в доклада към предложения проект, в който основателно се акцентира върху ЕКПЧ като най-значим защитен механизъм).

Възприетото в проекта заглавие е толкова обтекаемо, общо и всеобхватно, че дава възможност на всеки един юридически факултет да интерпретира съдържанието на дисциплината по свой начин, съответно - да я възлага на преподавател с изключително широк профил, включително и на неюрист. Това крие риск тя да дублира преподаването в други дисциплини като Конституционно право и/или да се сведе до създаване на най-общи теоретични познания за природата на основните права и свободи и класификациите им, философското и историческо развитие, системите за защита – недостатъци на настоящото обучение, които се заявява, че проектът цели да преодолее. В този му вид наименованието на дисциплината би било подходящо за неопределен кръг хуманитарни дисциплини, но не и за юристи. При това организацията на правозащитните институции е включена в следващата дисциплина – под № 21. Макар от доклада към проекта да изглежда, че се има предвид по-скоро да бъде изучавана организацията на националните съдебна система и правозащитни институции, всъщност не е съвсем ясно дали се имат предвид и международните такива.

Въпросът не опира единствено до заглавието, а е много по-важен, защото е свързан със съдържанието и предметния обхват на дисциплината. При отпадналото правомощие на министъра на правосъдието да определя минималните държавни изисквания относно учебното съдържание на задължителните дисциплини (каквото фигурираше в предходния проект за изменение и допълнение на Наредбата), има риск включването на тази нова и изключително необходима дисциплина да не промени с нищо досегашния формален подход в преподаването ѝ.

При организирани два научни форума, свързани с преподаването на правото по Европейската конвенция за правата на човека през 2014 г. – единия от Фондация „Български адвокати за правата на човека“, другия – от Дирекция „Процесуално представителство пред Европейския съд по правата на човека“, с участието на чуждестранни преподаватели от Норвегия, Германия, Австрия, Чехия и Полша, на които бяха поканени всички декани на юридически факултети (и те единодушно изразиха становище, че включването на такава дисциплина в учебните планове е необходимо); при наличието на резултати от проведеното специално анкетно проучване сред всички категории магистрати и адвокати, е твърде необяснимо кое наложи промяната в наименованието на дисциплината и обезличаването ѝ.

Същевременно съществуват сериозни проблеми относно качеството на самото преподаване и липсата на достатъчен брой хабилитирани преподаватели, които да преподават тази дисциплина. Изискването, което съществува в чл. 8 и чл. 9 от

действащата Наредба и е пренесено в чл. 5 от проекта за нова Наредба - по задължителните дисциплини да преподават само хабилитирани преподаватели и само за 30 на сто от тях – по изключение – лица, с образователна и научна степен „доктор“, „затваря“ вратите за привличането на гост-лектори по цял учебен курс (а не за отделни лекции) на изявени специалисти – практикуващи юристи в тази област. Наличието на проблем в това отношение бе потвърдено на проведената от Фондация „Български адвокати за правата на човека“ кръгла маса по проблемите на обучението по права на човека през февруари 2015 г. Това ограничава неоправдано възможността за преодоляване на съществуващия дефицит чрез привличане на български и чуждестранни практикуващи правници и други експерти с доказани познания в областта и е проблематично особено когато учебните форми се свеждат само до лекции. Изричното нормативно уреждане на възможността такива лектори да се използват и в задължителните правни дисциплини би способствало за безспорно необходимото засилване на практическата насоченост на преподаването.⁷ Както прикани на кръглата маса г-жа Милена Коцева, директор на Дирекция „Процесуално представителство на Република България пред ЕСПЧ“ на Министерството на правосъдието, трябва да бъде ползван например капацитетът на бивши и ad hoc български съдии от ЕСПЧ, които при това често имат и значителен опит в обучение по правата на човека, а също така и на самите правителствени агенти. Добър пример за квалификацията на нехабилитираните специалисти с изключителни познания и опит в материята е спечеленото второ място (след отбора на Кеймбридж) в състезанието „European Human Rights Moot Court Competition“ (симулативен процес пред Европейския съд по правата на човека) от отбора на юридическия факултет на Софийския университет, организирано от ELSA и Съвета на Европа, което протича изцяло на английски език.⁸ който беше подготвян от г-жа Мария Димитрова – правителствен агент в Дирекция „Процесуално представителство пред ЕСПЧ“ и г-жа Живка Георгиева, понастоящем юрист в българската регистратура към Европейския съд по правата на човека, възпитаник на Софийския университет и специализирала в областта на правата на човека. Новият отбор, спечелил пак второ място в поредното състезание в Страсбург, отново бе подготвен от специалисти в материята по правата на човека, които нито са преподаватели, нито са доктори по право, а адвокати от Фондация „Български адвокати за правата на човека“.⁹

По мнение на много университетски преподаватели подходът за осигуряване на качество на образованието в България е изцяло административен, чрез една изключително тежка регулация с множество количествени показатели, при които се търсят „точки“ (при акредитацията), а не качество. Те са установени освен в Закона за висшето образование, Наредбата за единните държавни изисквания и накрая, но вероятно с най-голяма тежест - в приетата от Националната агенция за оценяване и акредитация „Критериална система за институционална акредитация“¹⁰ Споделям

⁷ Виж в този мисъл Юридически барометър, 2014, бр. 9, 75. Вж. http://cli-bg.org/Legal%20Barometer_broi_9.pdf (Достъп на 12.12.2016).

⁸ Подробности за участието на българския отбор могат да бъдат прочетени на: http://www.capital.bg/politika_i_ikonomika/bulgaria/2016/08/19/2814053_choveshkite_prava_za_koito_niama_miasto_v_universiteta/ (Достъп на 12.12.2016).

⁹ За представянето на българския отбор виж: <http://defakto.bg/2017/02/28/%D0%B0%D0%B1%D1%81%D1%83%D1%80%D0%B4%D0%BD%D0%BE-%D1%83%D0%BD%D0%B8%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%81%D0%B8%D1%82%D0%B5%D1%82%D1%8A%D1%82-%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B0%D0%B4%D0%B8%D0%BB-%D0%B4%D0%B2%D0%B0-%D0%BE/> (Достъп на 12.12.2016).

¹⁰ <http://www.neaa.government.bg/ocenjavane-i-akreditacija/institucionalna-akreditacija> (Достъп на 12.12.2016).

опасенията на много от преподавателите от прекомерната регулация и тежест, придавана на количествени показатели. Ясно е, че философията на критериалната система е да намали субективния елемент, който се проявява при липсата на ясно дефинирани и достатъчно детайлно диференцирани показатели за оценка на съответната сфера, но фиксираните количествени измерители винаги крият риск от механичност на преценката. Нормативният минимум от хабилитирани преподаватели е въведен като институционална гаранция за осигуряване на високо качество на преподаването. В това отношение стремежът на университетите да постигнат висок измерен резултат, за да покрият критериите, нерядко води до снижаване на изискванията за хабилитиране.

По мое мнение подходът към преподаването на материята за правата на човека (макар че това е относимо и към повечето правни дисциплини) е твърде теоретичен и на-вече в исторически контекст, а не с оглед възможността за непосредственото ѝ практическо приложение от юристите, вкл. на национално ниво. Подходът за обучение на новопостъпили юристи в Европейския съд е съвсем различен. Според техните наблюдения това е сполучлива комбинация между теоретични познания и юриспруденция. Провеждат се отделни семинарни занятия по всеки член от Конвенцията и на тях се изучават най-важните дела от практиката на Съда по съответния член (landmarkcases), в които са развити основните принципи при прилагането му. Целта е придобиване на знания и умения, способстващи за подвеждане на фактите през призмата на основните принципи, развити в юриспруденцията на ЕСПЧ. Тези семинари не са като лекции, а се случват след предварителна подготовка и активно участие на обучаемите. Всеки участник получава предварително казусите, които трябва да подготви, и в някои случаи сам представя казуса на останалите участници в обучението. По този начин се провокира творческото мислене на всеки един юрист. Оценява се различният подход на всеки участник към фактите от съответния казус. Така участниците се запознават с юриспруденцията на ЕСПЧ и развиват умения сами да тълкуват разпоредбите на Конвенцията и да ги прилагат в работата си.¹¹

Намирам, че една от насоките за повишаване на качеството на образованието по правата на човека е да се вземат мерки за осигуряване на необходимата квалификация в материята на преподавателите по основните правни дисциплини, за повишаване квалификацията на преподавателите по права на човека и постоянното им поддържане в течение на развиващата се практика по прилагане на ЕСПЧ. В тази връзка организирането на едноседмични летни училища или курсове по актуални проблеми на Европейската конвенция за правата на човека или на нови моменти в практиката на Европейския съд по правата на човека, биха обогатили познанията на преподавателите.

¹¹ Вж. Заключителен доклад за осъщественото от БАПЧ сравнително проучване на преподаването на правата на човека, Цит. съч.

Методологията на правната наука и юридическото образование

Симеон Гройсман

Methodology of Legal Science and Legal Education

Simeon Groysman

Abstract: *This paper analyzes the different methodological systems used in Bulgarian General legal theory. The choice of methodology is seen as a mean of achievement of the goals of legal education. I accept, that good legal education must prepare legal faculty graduates for the different social roles of modern jurists. In that connection the paper investigates the matter of the “non-legal” knowledge and gives an answer, if the legal education must provide social, political and philosophical knowledge to the students.*

Keywords: *legal methodology, legal education, juristic method, legal profession.*

1. Въведение.

Ако под „теория“ разбираме система от свързани *описателни* познавателни съждения относно определен предмет на изследване, то методологията е система от *прескриптивни* съждения, представляващи правилата за това, как следва да създаваме научните теории. От гледната точка на емпиричните науки, признаващи единствено опита като възможен източник на познание, съвременната позитивистка правна методология се състои от правила за реконструиране в научна система на видяното чрез наблюдението върху правните системи¹. В този смисъл методологията на науката е „метанаука“ – сфера, която определя характеристиките на „правилната“ наука, към които се стремим, съставяйки своя теория².

Въпреки основополагащия си характер, методологията е сфера, която рядко привлича вниманието на българските изследователи. Тя най-често бива само мимоходом споменавана в обзорните курсове по съответните дисциплини. Изброяването на използваните научни методи в защитаваните дисертации за придобиването на степента „доктор“ носи като цяло формален характер. Сред студентите т. нар. „първи въпроси от конспекта“ се ползват с непопулярност и като цяло с пренебрежение. Как стои въпросът с методологията в ориентираните към практиката анализи? В тази насока можем да разгледаме и радващия факт на разрастващо се научно творчество от страна на студентите и практикуващи юристи. У нас през последните години функционират няколко правни сайта, които активно публикуват подобни изложения³. Методологията на юридическото научно изследване обаче е недостатъчно разработена и не може достойно да подкрепи тези усилия. Вината със сигурност не е на новопоявяващите се автори по правни науки, а на Общата теория

¹ **Villa, V.** *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali: Modelli ed analogie*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, 7.

² Пак там, 6.

³ В тази насока (едва ли изчерпателно) мога да посоча сайтове като Предизвикай правото (<https://challengingthelaw.com/>), Съдебно право (<http://www.sadebnopravo.bg/>), Грамада (<http://gramada.org/>).

на правото, която има за една от своите задачи реализирането на общометодологическа функция по отношение на останалите правни науки⁴. Не е пресилено да считаме, че методологическите липси се запълват от едно интуитивно използване на традиционния „юридически метод“, наричан още и „правно-догматичен метод“. Този метод е поне с няколко века по-стар от съвременната позитивистка правна теория и би могъл да се развива, както и до сега: чрез копирането на възпроизвеждани в научните статии мисловни модели. Все пак обаче е сигурно, че превръщането му в един осъзнат и по-добре разработен инструментариум, би подобрило получаваните резултати и би подготвило отговора на въпроса: възможни ли са и нужни ли са *и* други методи в правната наука?

Бледо обрисуваното състояние на сферата на юридическото научно писане в България, считам, дава положителен отговор на въпроса, дали е необходимо да се занимаваме специално с проблематика на юридическата методология. Същевременно с тази статия искам да предложа да не разглеждаме методологията като материя, важна единствено за изследователите. В един по-широк контекст трябва да попитаме и дали е възможно специално разглеждане на юридическата методология с оглед подобряването на юридическото образование, а в перспектива и на правната система.

2. Дискусията в българската правна наука. Положение в правната теория.

2.1. Проблемни линии в съвременната ни правна наука.

Разглеждайки методологическите въпроси на правната наука, можем да опитаме да анализираме цялостното състояние на този сектор на познанието в България. Негова главна характеристика понастоящем е недоволството, натрупвано по две линии на напрежение:

– *Напрежение между юридическата практика и правната теория в широк смисъл.* На първо място, следва да се отбележи станалата вече традиционна критика от страна на практикуващите, която твърди, че предлаганите абстрактни построения са далеч от реалността на правоприлагането; научните разработки не дават необходимите в практиката отговори; юридическите факултети не подготвят юристи, готови за очакващите ги предизвикателства.

– *Напрежение между отрасловата юридическа теория и Общата теория на правото.* В тази насока на мисли можем да говорим и за напрежение между отрасловите теории и Общата теория на правото, доколкото разработките на последната са смятани за твърде абстрактни, а подготовката, давана на първокурсниците – за недостатъчна. Общата теория на правото евентуално би могла на свой ред да възрази, че твърдените пропуски в обучението касаят всъщност частни проблеми, представляващи интерес единствено за отделни отрасли. На следващо място, основните отраслови дисциплини са развили в своите общи части масиви от знания, заместващи Общата теория и като следствие общотeorетичните разработки биват в една твърде ниска степен анализирани в отрасловата правна наука. Така достиганите нови положения няма как да предизвикат промени в застаряващи утвърдени тези на отрасловоправните науки, дори там, където това е необходимо.

Българският „методологически дебат“, доколкото такъв се води у нас, е в една съществена степен отдалечен от този в западните страни. Там ще намерим по-скоро правна теория, развивана на високо философско ниво със силно изразен интердисциплинарен характер и отвореност към текущата политическа и социалната проблематика, стояща пред съответните общества. В Съединените щати, например, водещо място заемат теоретични направления, обвързани с реални социални проблеми

⁴ Вж. в този смисъл **Милкова, Д.** *Обща теория на правото*, С.: Албатрос, 2009, 15.

като т. нар. *Критични правни изследвания (Critical Legal Studies)*, направлението *Право и икономика*, анализи на расовите и междуполовите отношения (*Feminist Jurisprudence, Race and Law*). В западния свят упрекът, отправян към учените-юристи, работещи в отрасловата сфера, по-скоро касае тяхната сравнителна изолираност спрямо тематиката на философските факултети; призовава се за по-широкото им участие в дискусиата на социалноориентираните науки – нещо, което едва ли можем да си представим в нашата юрикоакадемическа среда⁵.

2. 2. Предлагани в България методологически решения.

Описаните особености на климата в българските юридически факултети не стимулират учените да се занимават с проблемите на правната методология, превръщат ги в твърде абстрактни и „философски отвлечени“ материи, чието реализиране на пазара на практикоориентираните знания е проблематично. Все пак можем да обособим няколко основни гледни точки относно това, с какви методи трябва да работи юридическата наука и да потърсим последствията им за юридическото образование и развитието на професионалната среда.

2.2.1. Четири „поколения“ българска Обща теория на правото. Методологическите построения се създават бавно, а предпочитанията в тази насока са стабилни десетилетия наред. Поради тази причина, за да разкрием съвременната картина на методологическите спорове у нас, се нуждаем от една по-мощна схема на развитието на българската общотеоретична правна наука. За целта мога да предложа едно работно деление на „четири поколения“ общотеоретични направления, развили се у нас от началото на ХХ. век до сега⁶.

Първото поколение на сериозни занимания с правната теория е това на професорите В. Ганев (1880-1966) и Ц. Торбов (1899-1987), които въз основа на съответно на достиженията на европейския правен позитивизъм и на кантианската философия на правото развиват свои правни учения. Методът на Венелин Ганев се основава на използването на формално-логическите проявления при функционирането на правото (по-долу ще го анализираме като „юридически метод“). Към тях се добавя подробен анализ на съществуването им от социологическа гледна точка; всеки елемент на „правното явление“ намира своето точно място в обществения живот⁷. От своя страна, Ц. Торбов използва метафизически аргументи за обосноваването на валидността на правото и анализира действащите правни системи от гледната точка на едно дължимо и правилно, същинско „право“⁸.

⁵ Вж. обобщението по отношение на тази дискусия у **Smits, J. M.** *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, UK and Northampton, USA: Edward Elgar Publishing Ltd., 2012, 1-4.

⁶ Определяща при позиционирането на съответния автор е епохата, през която той е създал своите основни трудове и тяхната методологическа насоченост. Цеко Торбов, например, живее по времето на първите три поколения, но със сигурност следва да бъде причислен именно към първото. През 1948 г. той по идейни съображения напуска Катедрата по теория и философия на правото на Софийския университет. Заради феномените на „прекъснатия научен път“ и на „преосмислянето“ в българските условия използвам по-скоро идеята за „поколения от трудове“, а не „поколения от автори“, доколкото понякога един автор е творил в различни политически епохи, респективно е бил принуден да ползва официално покровителствената методология, която по-късно е отхвърлил.

⁷ Вж. трактовката на Ганев за прилагането от него „юридическо гледище“ в **Ганев, В.** *Курс по Обща теория на правото. Увод: Методология на правото*, Академично издателство проф. Марин Дринов, С.: 1995, 52-55.

⁸ Вж. по-подробно **Гройсман, С.** *Защо законите ни задължават? Сравнение между теориите за правната нормативност у Цеко Торбов и Ханс Келзен*, Електронен сборник „Законът на правото или правото на закона“, С.: Нов български университет, 2016, 265-279, достъпна онлайн - <http://ebox.nbu.bg/lawofright/index4.php?id=34#t>.

Второто поколение на българската правна теория се реализира под знака на заимстванията от съветската правна школа. След смяната на политическия режим промяната в юридическото образование и наука е подета с превода на съветски учебници по теория на държавата и правото на автори като А. Я. Вишински (главен съветски прокурор през периода 1935-1939 г., включително в т. нар. „Московски процеси“ срещу противниците на Сталин)⁹, М. А. Аржанов¹⁰, М. П. Карева¹¹. Курсовете по теория на държавата и правото биват във висока степен политизирани, превръщайки се на практика в изложения по марксистко-ленинска икономика и социология. Място се отделя на подробен анализ на партийни документи, но не и на ключовите догматически понятия на правната теория. Именно това води до усиленото развитие на „заместващи“ общотеоретични положения в общите части на отделните отрасли, които споменах по-горе (вж. 2.1.). Към второто общотеоретично поколение можем да отнесем автори като проф. Васил Захариев (1903-1969), проф. Вълчо Цонев (1916-?), проф. Янко Янев (1917-2013).

Третото поколение в тук предлаганата схема има изключително интересна, преходна роля. Към края на 70-те и началото на 80-те години правната теория в Съветския съюз се променя с възприемането на идеята за многоплановата природа на правото¹² и опитите за по-рафинирано философстване върху юридическите въпроси. Макар разглежданите проблеми по-скоро да се размиват в широтата на използвания поглед, а изводите да са крайно абстрактни, факт е промяната на климата в общотеоретичните катедри на юридическите факултети. В България позитивна роля изиграва превода на учебника на С. С. Алексеев, който отделя в по-значителна степен внимание на правните понятия, отколкото своите съветски аналози от същата епоха¹³. Проф. Нено Неновски (1934-2004) създава редица произведения, които може да се разглеждат като опит за подновяването на философскоправните изследвания в България¹⁴. След настъпването на демократичните промени през 1989-1990 г. отново от позицията за сложната многопланова природа на правото са направени опити за осъвременяване на правната теория и преодоляване на политическите напластявания в нея¹⁵. Трябва все пак да подчертаем, че широкото използване на марксистката диалектика продължава да заема ключово място в тези теоретически опити. В този период след половинвековно прекъсване е направен и нов опит за поставянето на общата теория у нас на естественоправна база¹⁶.

Четвъртото или съвременното поколение на българската правна теория трудно може да бъде оценявано, докато все още го определяме като текущо развиващо се

⁹ Въпроси на теорията за държавата и правото, С.: Наука и изкуство, 1951.

¹⁰ Теория на държавата и правото, С.: Наука и изкуство, 1951. Превод – Иван Марков.

¹¹ Теория на държавата и правото, С.: Наука и изкуство, 1958. Превод – Я. Янев и В. Цонев.

¹² В каноните на сталинската теория на държавата и правото, последното бива дефинирано от А. Я. Вишински като „система от правила (закони), имащи за свое предназначение грижата за подчиняването на членовете на обществото на „общите условия на производството и обмена“, тоест за подчиняването на господстващите в даденото общество класови интереси“ – цит. по **Нерсесянц, В. С.** *Общая теория государства и права*, М.: Инфра-М, 1999, с. 176. Преодоляването на тази „нормативна“ дефиниция е свързано с широка дискусия – вж. **Явич, Л. С.** *Сущность права*, Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1985, с. 86-87. У нас идеята за правото като класова воля, обозначаваща като „етатистко-волунтаристка теория за правото“ активно се критикува от проф. Димитрина Милкова в нейния курс по Обща теория на правото.

¹³ *Обща теория на правото*, Т. I-II., С.: Наука и изкуство, 1984.

¹⁴ *Приемствеността в правото*. С.: Наука и изкуство, 1975; *Единство и взаимодействие на държавата и правото*. С.: Наука и изкуство, 1980; *Право и ценности*. С.: БАН, 1985.

¹⁵ Вж. **Михайлова, М.** *Право, равенство, справедливост*, С.: УИ Кл. Охридски, 1990, както и от същия автор и издателство – *Правото - воля, субективно, нормативно, социално*, 1993.

¹⁶ Вж. **Радев, Д.** *Обща теория на правото*. С.: Лик, 1995.

явление. Със сигурност „граничното“ явление, което стои в неговото начало е книгата „Новите източници на българското право“ на проф. Росен Ташев (1953-2014)¹⁷. В този си труд проф. Ташев решително възприема едно позитивистко понятие за правото като система от правила за поведение (в противовес на идеята за многоплановата му природа) и ориентира общотеоретичните търсения в насоки, диктувани от конкретни правоприложни проблеми. По настоящем позитивисткото понятие за правото¹⁸ и идеята за нуждата от разработването на догматичните правни понятия като цяло обединява общотеоретичната общност у нас. Тези общи насоки за изследванията обаче дават различни резултати при използването на различаващи се методи, които следва специално да разгледаме. В съвременното им приложение не е трудно да открием влиянията, които първото и третото поколение оказват върху днешната ни доктрина.

2.2.2. „Юридическият метод“ като бунт и традиция. Отрасловите правни изследвания традиционно използват т. нар. „юридически“ или „правно-догматичен“ метод. Въз основа на позитивистката представа, че правото се създава от хората – в съвременната епоха основно чрез **властнически волеизявления**, правната система се разглежда като една във висока степен затворена система, функционираща въз основата на вътрешни формално-логически взаимодействия. Добре синтезирана представа за същността на този метод ни дава Владикин: *„Отстранявайки всичко неюридическо, работейки само с логика и ограничавайки се в полето на... действащите правни норми... правният позитивизъм превръща правната наука в една чисто формална дисциплина с ограничена задача: да изучава нормите на действащото право, да ги подрежда правилно, да извлича от тях правните понятия, да построи пълната система на дадено действащо право“*¹⁹. За да завършим описанието на метода е най-уместно да добавим, че той обяснява функционирането на правото, оперирайки чрез категории на практическото правоприлагане като правен източник, правна норма, правен принцип, юридически факт, субективно право, юридическо задължение, правен субект.

В изложения смисъл юридическият метод е добре познат и „традиционен“. Общата теория на правото обаче има към него особено отношение. Опитите за едно всеобхватно обяснение на правото, свързването му с определени социални причини и философски обяснения, кара някои автори да критикуват юридическият метод, включвайки социологически и философски елементи в чисто юридическия анализ. Това превръща използването на юридическият метод като *единствен* метод на правната теория в движение срещу традиционната синкретичност на правната теория и философия. Такова предложение пръв прави Ханс Келзен, чиято „Чисто учение за правото“ е основано на идеята за методологически монизъм по образа на естествените науки или идеята за т. нар. „единна наука“ – Unified Science²⁰. У нас юридическият метод е използван като основен и достатъчен за правната наука метод от Даниел Вълчев. Според този автор юридическият метод съчетава средства за изследване на правото от вътрешната позиция на правоприлагащия юрист; свързва валидността на нормите единствено с изискванията на самия правен ред, а не с външни

¹⁷ С.: Лик, 1996. В тази връзка, струва ми се, не е случайно заглавието на рецензията на **Георгиев, В.** Едно ново начало в правната теория, Съвременно право, 1997, № 3, 95-102

¹⁸ Идеята за многоплановото, комплексно понятие за правото се използва от проф. Дим. Милкова в нейния учебен курс по Обща теория на правото, от Ж. Сталев в Нормативната сила на фактическото (С.: Фенея, 2007), както и от проф. Михайлина Михайлова – вж. например най-новия ѝ монографичен труд - **Михайлова, М.** Правото в неговата цялост, С.: Фенея, 2013.

¹⁹ **Владикин, Л.** Общо учение за държавата, 2-ро издание [1935], С.: SPS, 1992, 41.

²⁰ Villa, V. Opt. cit., 13-24.

за правото социални фактори и използва утвърден в професионалните среди и доктрината понятиен апарат (с ядро – изброените в предходния абзац понятия)²¹.

За да получим една матрица за сравнение на различните юридически методи предлагам да разгледаме научния метод като **изследователска програма, предявяваща изисквания към научните изследвания** относно това:

- (1) какви въпроси да задаваме;
- (2) как да търсим техните отговори и
- (3) чрез какви понятия да им отговоряме.

Ако приложим тази схема към разглежданата нормативистка парадигма, ще видим, че правно-догматичният метод (2) използва исторически, философски и социологически наблюдения по изключение, като набляга преди всичко на логическия анализ на вътрешносистемните взаимодействия в правото, (3) разглеждайки ги единствено чрез понятията, използвани от юридическата практика. (1) Този метод е насочен към прогнозирането на резултатите от функционирането на правната система, тоест към постигането на знание за това, какъв е дължимият резултат, чието реализиране трябва да бъде очаквано от правната система в един или друг случай.

2.2.3. Социолого-аксеологическият метод като опит за „широк метод“ на правото. Юридическият метод е задължителен за всяка изследване на правото, ориентирано към практиката на правоприлагането, а не например към философското му осмисляне. В този смисъл всяка общотеоретична методология се базира на юридическия метод, но това не означава, че е задължително да се изчерпва с него. У нас Тенчо Колев предлага използването на социолого-аксеологически метод за изследването на правото. Този автор разработва концепция за правото „в центъра на която стои обществената справедливост... в качеството ѝ на комплексна социална справедливост“²². Признавайки правото за явление с конкретни обществени измерения и нормативен, институционален и принудителен характер²³, тази теория застава на една аксиологическа (ценностна) позиция, разглеждайки правните явления – особено в сферата на правораздаването – през призмата на справедливостта.

Нека отново приложим гореописаната идея за обяснение на методологията като изследователска програма, предписваща (1) задаването на определени въпроси, (2) средства за изследване и (3) използването на определен понятиен апарат. Социолого-аксеологическият метод (1) освен интереса към начина на функционирането на правната система, цели и постигането на познание за нейните социални основания, функцията ѝ със социалните процеси в цялост, връзката ѝ с определени ключови ценности и в крайна сметка – начините за социалната реализация на тези ценности чрез правото. За целта, (2) освен стриктния юридически анализ, този метод използва по-широко историческите, социологическите и философските аргументи, което става възможно чрез съответното (3) използване на понятия и обяснителни схеми от сферата на етиката.

2.2.4. Институционалният метод на проф. д-р Г. Бойчев. В своя известен труд, посветен на методологията на юриспруденцията²⁴, Г. Бойчев предлага методологическото си учение, наречено „правен институционализъм“ с идеята то да бъде цялостна алтернатива на правния позитивизъм и нормативизъм. Правният

²¹ Вълчев, Д. Лекции по обща теория на правото. Част 1. С.: Сиела, 2016, 41-43.

²² Колев, Т. Теория на правото. С.: Сиела, 2015, с. 18.

²³ Пак там, 61.

²⁴ Правният институционализъм. Методология на юриспруденцията. Университетска библиотека № 486, С.: УИ „Св. Климент Охридски“, 2009.

институционализъм изследва правото от гледната точка на начина на формирането, съществуването и функционирането на правната действителност²⁵. По този начин по-голямо внимание бива обръщано на съдържанието на правните явления²⁶, с идеята, че те „отразяват“ (според използваната терминология – институционализират) определени обществени явления²⁷. Това означава, че правният институционализъм разглежда основните, създадени чрез юридическия метод, догматични понятия чрез (1) анализа на техния социален генезис под въздействието на т. нар. „метаюридически“ фактори, (2) използва възможно най-широко социологическите и философските обобщения, без да приема възражението, че постиганото с тях познание няма правен характер²⁸ и (3) се базира, както на традиционните юридически понятия, така и на собствена терминология, описваща процеса по „институционализацията“ на социалната реалност в правна такава.

2.3. Направените сравнения ни позволяват да направим няколко общотеоретични обобщения по отношение на правните методи:

– Основен за правната наука²⁹ е „юридическият“ или „правно-догматичният метод“, който участва като в методологически системи, към които различните автори прибавят различни други, спомагателни методи. Във важен проблем се превръщат заеманите позиции относно това, дали познанието, постигано „отвъд“ юридическия метод, продължава да е юридическо познание. От една страна, догматичният метод е безусловно необходим за формирането на юриста, но трябва да отчитаме, че той не е достатъчен за обучаването на юрист с един по-широк поглед към социалните проблеми. Освен това, „чистият“ юридически метод по-трудно въвлеча първокурсниците, стоящи „на прага“ на правото, защото за (все още) незапознатите звучи по-скоро като правно-логическа схоластика. В крайна сметка, можем да добавим и че с цел социалната легитимност на правното регулиране, юристите трябва да бъдат научени да обосновават своите разрешения пред гражданина-неюрист (използвам понятието „гражданин“ в политическия му смисъл). За целта формално-логическите позовавания на нормативни текстове не са достатъчни.

– Използването на различни „методи“ в правната методология (разглеждана като система от методи за изследване), за което често говори доктрината, се изразява в използването на съответни понятия, правила за обработка на данните и специални знания, разработени от съответна наука. Така юридическият метод е резултат от развитието на отрасловоправните науки, аксеологическият метод се базира на етическия анализ, а достиженията на лингвистиката биват използвани, когато правото

²⁵ Пак там, 86.

²⁶ Под „съдържание“ на правните явления, разбирам социалния смисъл на техните предписания, който за нормативисткия (келзениански) позитивизъм е въпрос на второстепенен интерес за сметка на съсредоточаването върху *формалните* взаимодействия в рамките на правната система. В това предпочитание на нормативистите не трябва да виждаме „формализъм“ (в негативното значение на това понятие), а следствие от становището, че съдържанието на правните явления е въпрос на правната политика, чийто генезис трябва да бъде изследван от другите социални науки. Напротив, чисто правен въпрос са само формалните взаимодействия на елементите на правната система, които са универсални, независимо от съдържанието на правните предписания (от тук и идеята на Келзен, че стига една правна норма да е създадена по надлежния ред, тя може да има *всякакво* съдържание).

²⁷ Вж. например по отношение на правните норми – **Бойчев, Г.**, Цит. съч., 88-89.

²⁸ За критиката на тясното понятие за юридическото познание вж. Пак там, 32.

²⁹ Под „правна наука“ тук разбирам „*юридическата* правна наука“ – словосъчетание, което не ползвам заради неговата привидна тавтологичност. Има се предвид изследването на правото, ориентирано към нуждите на правоприложната дейност и осъществявано в юридическите факултети с цел подготовката на професионални юристи. Юридическият метод няма да има основен характер, например за социологията на правото.

се подлага на езиков анализ в херменевтичноориентираните направления. В този смисъл различни автори говорят за „общонаучни методи в правната наука“, основаващи се на използването на знания от сферата на логиката и епистемологията³⁰; „специални методи в правната наука“ като социологическия и психологическия, основаващи се на прилагането на неправни знания, заимствани от други науки. Юридическият метод, от своя страна, е довел до развитие на няколко отделни „частни методи в правната наука“ – за такъв, наред с „формално-юридическия метод“ в т. см., се сочи и сравнително-правния метод³¹.

– Прилагането на методологическите подходи, описани в т. 2.2.2. – 2.2.4., може да бъде обяснено с различия в основополагащия избор по отношение на понятието за правото. Ако юридическият метод изследва правото като средство за социално управление, свойствено за една централизирана властническа система, социолого-аксеологическият метод привнася идеята за справедливостта в правото, още на понятийно ниво, обвързва функционирането на правните системи с определени ценности, след което се заема с тяхното обяснение. Методологията на правният институционализъм в тази насока на мисли можем да разглеждаме като опит за универсално обяснение на правото въз основа на неговото създаване и на идеята за определянето на правото от различни социални фактори.

– Сравнителният анализ между методологическите похвати, използвани в приведените четири поколения на българската правна теория, говори, че съвременната ни общотеоретична наука най-общо има две основни крила: на **прагматичния правен позитивизъм** и **правния позитивизъм, ориентиран към широкия социален анализ на правните явления**. Забелязват се влияния на по-стари методологически схеми и преустройването им с оглед по-различните цели на днешната наука. Първият позитивизъм, стриктно използвайки юридическия метод се стреми да създаде ясна картина за функционирането на правната система, изключвайки познанието, постигано с неюридически средства. Аргумент за това е, че юристите нямат експертизата да формулират ново подобно познание и че в повечето случаи то не им дава правилни изводи за функционирането на правото. При една по-крайна формулировка, можем да обясним тази мисъл така: обяснението на действащото право в понятията на справедливостта, не прави правната система по-справедлива. Второто крило, продължава да е позитивистко, защото не въвежда нереалистични естественоправни критерии за юридическа валидност. То обаче свободно използва познанията на социалните и философските науки, за да даде една широка картина за функционирането на съвременната правна система, социалните източници на нейното съдържание и дори – рисковано заради високата степен на абстракция и присъщите за темата философски спорове, опитва да предложи визия за социалния смисъл на правото.

3. Идеята за „съвременния юрист“.

1. **Следствия от нормативният характер на методологията.** В досегашната част на това изложение видяхме два основни противоборстващи си гледни точки към методологията на правната наука. Според първата, юридическият метод е не само

³⁰ Вж. подробното им разглеждане от **Бойчев, Г.** Курс по Обща теория на правото с увод в методологията на юриспруденцията, С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2010, 31-72.

³¹ Социалистическата ни теория е разделяла методите на общонаучни и частнонаучни, разработвайки методологията като системата от методите, използвани от една наука - вж. Теория на държавата и правото. Том Първи. Общи въпроси – досоциалистически типове държава и право, ред. Цонев, В. и Янев, Я., С.: СУ „Климент Охридски“, 1984, 44-45, както и **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I, С.: Наука и изкуство, 1972, 42-43.

основен за правната наука, той е и единственият метод, който може да ни даде *правно* познание. Според втората, правото може и трябва да бъде разглеждано с цялата палитра от средства, предполагагани от неговата широка социална природа. Коя от тези две гледни точки следва да предпочетем? В самото начало на това изложение цитирах определение на методологията, изхождащо от нейния нормативен характер. Методологията регулира насоката на научните изследвания, а нейната нормативна природа поставя въпроса за валидността на методологическите правила. С други думи: защо да възприемаме като правилни определени методологически постановки? За разлика от правните системи, този въпрос не е решен с обвързващи правила на конституционно ниво. Практическите норми, каквито са и нормите на методологията, могат да бъдат обосновани като валидни (правилни, обвързващи изследователя) от гледната точка на определени **цели и ценности**. Целите и ценностите, които според мен трябва да преследва Общата теория на правото, днес са свързани с развитието на юридическото образование³².

3.2. Целите на юридическото образование и социалните роли на юриста. Заглавието на това изложение налага да зададем въпроса, *какви цели трябва да изпълни Общата теория на правото, за да подпомогне юридическото образование и юридическата практика*. Тези цели съответно ще определят, какви методологически правила трябва да бъдат следвани за създаването на *полезни* теории, които евентуално бихме могли да противопоставим на идеята за „наука за самата наука“. Помощта на Общата теория за практиката, разбира се, е по-скоро косвена и се осъществява чрез съдействието за едно по-добро юридическо образование. За да бъде фактор в тази насока Общата теория на правото трябва да формулира положенията, способстващи реализирането на целите на юридическото образование. Те, от своя страна, не са никак безспорни. На въпросите „какви юристи са ни нужни“ и „какъв трябва да е съвременният юрист“ могат да бъдат дадени различни отговори. Това изложение изхожда от идеята, че **юридическото образование трябва да дава надеждна подготовка, ориентирана и към трите основни възможни сфери на реализация на юристите:**

- А) юридическата практика, свързана с правоприлагането;
- Б) обществената дейност, насочена в съвременните общества главно към популяризирането на правата;
- В) формулирането и отстояването в обществото на определени правни политики и правотворчеството.

В този смисъл може да говорим за три възможни социални роли на съвременния юрист или за юриста-практик, юриста-общественик и юриста- администратор и правотворец. Възможна ли е въобще подготовката на кадри с толкова широк профил?

³² В сравнителен план ОТП може да има не само образователно, но и политически цели и примери затова ни дава не само второто поколение на българската правна теория. Според Келзен „в обществата, разклатени от световната война и световната революция“ противостоящите си групи представят своите идеологии като обективно истинни, израз на абсолютна справедливост. Това обаче е фалшификация, прикриване чрез реториката на „обективната истина“ (Kelsen, H. Legal Formalism and The Pure Theory of Law – In: Weimar: A Jurisprudence of Crisis, Edited by Jacobson, A. J. Schlink, B., Berkeley: University of California Press, 2000 79). Поради тази причина Келзен създава своята теория, воден преди всичко от желание за правдиво и ценностнеутрално описание на правната система, което да не е маскирано чрез фикции и метафизически формули. Относно антитоталитарния смисъл на този подход в контекста на политическия живот на Ваймарска Германия вж. в същия сборник Jabloner, Cl. Introduction (to Hans Kelsen), 67-76.

От една страна, широкопрофилната юридическа подготовка е част от традицията на българското юридическо образование. От друга, днес този подход засега няма алтернатива, доколкото в обучението на юристите липсва средство за конкретизиране на сферата на обучението, освен в един твърде ограничен сегмент на следдипломната специализация. В перспектива би било радващо създаването на отделни магистърски програми за получаването на по-високо специализирани знания в отделни правни отрасли и развитието на уменията, необходими за реализирането на всяка една от разгледаните социални роли. Дори и в този случай обаче Общата теория на правото по силата на своя предмет, историческа традиция и функция в рамките на правното обучение, ще трябва да запази своя широк профил, за да дава основа за всяка възможна насока за специализация. Следователно, трябва да отговорим на въпроса: *как като продължи да предоставя на бъдещите правоприложители достатъчно знания за функционирането на правните системи, Общата теория на правото може да бъде основа и за формирането на мисленето на бъдещите юристи-общественици и юристи- администратори и правотворци?*

4. Методологическа система на „широката обща теория“.

4.1. Отговор по съвременния методологичен спор: „широка“, но реалистична обща теория. Формулираната цел на юридическото образование ни води до идеята, че студентите по „Право“ се нуждаят от знания, надхвърлящи правно-догматичното ниво на функционирането на правната система. Необходими са им освен това и познания за идеологията, в основата на съвременните правни системи и по-конкретно: конституционната идеология на Република България, правната идеология на Европейския съюз, европейската правна традиция, продуцирала посочените две идеологии. Освен че обогатяват представите за основните правни понятия, тези знания стават ключови, когато самото функциониране на правото се базира на връзките между правен и социален контекст, например при приложението на конституционните текстове и при юридическото тълкуване въобще. Това означава, че на горепоставения методологически въпрос, какви въпроси да задаваме, можем да отговорим: *(1) как функционира правната система от гледната точка на практикуващите юристи и как този модел на функционирането ѝ се обяснява в категориите на идеологията на съответната правна система. (2) Означава ли това, че формално-логическите операции в основата на юридическия метод са недостатъчни и предпочитанието ни трябва да бъде отдадено на по-комплексните методологически концепции? Според мен това е неправилен въпрос, който ни затваря в разгледаните по-горе спорове, без да обръща внимание на ключовата характеристика на юридическия метод: той е насочен към дефинирането на юридическите понятия и обяснението на функционирането на правната система, без да търси отговори на въпросите за отношението между правото и ценностите или правото и другите социални явления. В този смисъл юридическият метод е задължителен за правилното дефиниране на правните явления, при което ценностните понятия е по-добре да не бъдат използвани. Към юридическият метод обаче може да се отправя и една критика: представлява ли знанието за идеологията на правната система „правно познание“? То често е знание, „заето“ от сферата на политическата философия, но веднъж използвано от законодателите – за формулирането на правните принципи, и особено от съдилищата – за създаване на правни прецеденти и задължителните тълкувания, това познание се превръща в правно познание. Казано по друг начин: познанията за концепциите за легалността, правовата държава, върховенството на правото, идеята за човешките права, са част от нормативното съдържание и правоприложния контекст на съвременните правни системи. Това превръща познанието за тяхна в правно познание.*

Разбира се, класическата представа за **общата** теория на правото е, че тя трябва да бъде приложима към всички правни системи в различните исторически епохи. Формулираните важни пунктове в правната идеология са част от теорията на съвременните правни системи, която трябва да намери своето по-сериозно място в правното обучение, включително в лекционните курсове по дисциплините „Обща теория на правото“ и „Философия на правото“.

Предложените досега насоки по отношение на търсенията на Общата теория на правото съставляват идеята за една „широка“ теория, имаща своето нормативистко ядро и насочена не към неговото „преодоляване“, а към неговото обяснение. Положението за отказа от дефинирането на правните явления чрез ценностни понятия е част от идеята за „реалистична“ обща теория, която подготвя изучаващите я за срещата им с функциониращите правни системи. В този смисъл практически наложително да отхвърлим идеята за „обемната представа за правото“³³, която прекалено се концентрира върху понятието за правото и го свързва едновременно и с измеренията на нещо нормативно дължимо (нормите), и със социални дадености като реално споделяното масово поведение или определено групово правосъзнание. Докато тази концепция безспорно трябва да намери своето място като една от гледните точки в курсовете по философия на правото, използването ѝ като теоретично описание на действащите правни системи дава често неоправдаващи се очаквания за съвпадане между нормативно дължимо и масово желано.

4.2. Предметен обхват на научните търсения. Нормативно и фактическо в общотеоретичните правни изследвания. В тази заключителна част на настоящото изложение, бих искал да предложа един възможен подход за описания кръг от знания за правната идеология, които разгледах като необходими за образованието на „съвременния“, широкопрофилен магистър по право, който да има възможността да избере и реализира своя тесен и високоспециализиран професионален профил. Във връзка с разглеждането на метода като изследователска програма вече формулирах, на какви въпроси трябва да отговаря тя, съхранявайки ролята на юридическия анализ като главно свое средство и привличайки философски и социални знания по изложените в предния параграф причини. Остава да формулираме стъпките по реализирането на тази програма в разглеждането на конкретни общотеоретични въпроси, като според мен подходящи са следните конкретни питання при анализа на дадено явление:

- Какво наблюдаваме (**социологическо описание** на явленията)?
- Как юристите обичайно описват това явление и как евентуално можем да направим това описание по-реалистично, полезно за практиката и логически безпротиворечиво (**правно-догматически понятиен анализ**, залагащ основите на юридическото мислене)?
- Какво е състоянието на това явление според действащото право (**нормативен анализ**)?
- Какви са предлаганите в правнофилософския дебат социални смисли на разглежданото явление; можем ли да свържем тези спорове с конкретни проблеми на правоприложната практика (**философскоправно измерение + съвременен практически анализ**)?
- Възможно ли е усъвършенстването на правото в тази сфера (**критически анализ = правна политика**)?

³³ Изразът за „обемната представа“ се среща в съветската правна литература (Явич, Л. С., Цит. съч., с. 108) и най-добре илюстрира широко използваната и у нас идея за многоплановата природа на правото.

Така очертания кръг от взаимосвързани сфери на научни търсения ни дава отговор за това, доколко широка трябва да е предлаганата *широка, но реалистична* правна наука. Критичният читател ще забележи, че, от една страна, **а)** в представените направления на анализ се смесват традиционния обхват на ОТП и Философията на правото, а от друга, че **б)** общотеоретичното изследване се базира не само на факти за действието на правните системи, а и на много нормативни дадености като позициите на различни идеологически направления за *правилното* управление или ценностните учения, заявявани в съответните правни системи. Без да отговарям подробно на тези важни въпроси, ще отбележа, че **а)** делението на ОТП и Философията на правото като описание на функционирането на правото (ОТП) и идеология на правните системи (ФП) има смисъл главно с цел извеждането на политически и философски неутрални общотеоретичните понятия. След като вече разполагаме с такива понятия и ясна представа, за това, как работи правото, признаването на факта, че то винаги работи в идеологически контекст и чрез идеологическия си контекст, може само да обогати нашите изследвания. Така предложеното обяснение, смятам, в достатъчна степен прояснява идеята, че **б)** правото, „такова, каквото е“, трябва да бъде изучавано заедно с идеите, за това, „какво то трябва да бъде“³⁴, стига това да не замъглява нашата представа за това, какви са дължимите правни последици в конкретната правна система при текущото съдържание на валидните правни норми.

5. Заключение.

И през четирите си поколения българската правна теория често е показвала склонност към революционност чрез заявления за отхвърляне на дотогавашните методологически постановки и цялостно изоставяне на съдържанието на старите изводи. Равносметката от съвременното ниво на развитието на правната ни наука показва по-скоро, че тя се нужда не толкова от нови революции, колкото от последователно и по-старателно прилагане на съществуващите методи за създаването на комплексни изследвания. Предизвикателството, което стои пред нея е постигането на изводи, отразяващи познания от различни сектори на правното познания и носещи полезност за повече от един правен отрасъл. Ефективните резултати в тази насока биха най-добре да демонстрират предимствата на някое от развиваните у нас алтернативни методологически учения и евентуално да разрешат спора помежду им.

³⁴ Това класическо деление се въвежда от Джон Остин (1790-1859) – вж. **Austin, J.** *The Province of jurisprudence determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, 14. и понастоящем е широко използвано в англосезичната правнофилософска литература.

Част II

**НОВИ ПРОЧИТИ В ГРАЖДАНСКОТО ПРАВО И
ГРАЖДАНСКИЯ ПРОЦЕС**

Application of the Prohibition on the Abuse of Superior Bargaining Position

Metodi Markov

Abstract: *The article offers an overview of the few cases reviewed by the Commission of Protection of Competition during the first year of application of the prohibition on the abuse of superior bargaining position in Article 37a of the Protection of Competition Act. Furthermore, the application of the accompanying prohibitions of the same type in the special laws, such as the Food Act are also analyzed and discussed.*

Keywords: *superior bargaining position, Commission for Protection of Competition, case-law*

Забраната за злоупотреба с по-силна позиция при договаряне бе създадена със ЗИДЗЗК, публикуван в ДВ, бр.56/2015г. Поводът за въвеждането на тези правила бяха случаи на недобросъвестни търговски практики на големи вериги магазини за хранителни стоки по отношение на техните местни доставчици. В тази връзка и в Закона за храните бе създадена уредба на договорите за покупка на хранителни стоки за последваща продажба.

Целите на създадената уредба могат да се свържат по-скоро със защитата на потребителите и дребния бизнес, отколкото на конкуренцията. По тази причина избраното систематично място на тази забрана за злоупотреба в ЗЗК не е съвсем подходящо¹. Вносителите на първоначалния законопроект се позовават на Зелената книга относно нелоялните търговски практики по веригата за доставки на хранителни и нехранителни стоки между стопански субекти в Европа, изготвена от ЕК. Предмет на анализ в нея са доставките на стоки, предназначени главно за лично потребление. Условието по договорите между участниците в тази верига (производители, преработватели, дистрибутори и търговци на дребно) влияят върху крайната цена, заплащана от потребителите. Доколкото обаче забраната се отнася до сделки, по които страни не са крайните потребители, тя не би могла да намери подходящо място и в Закона за защита на потребителите, в който са уредени някои нелоялни търговски практики.

1. Понятие за „по-силна позиция при договаряне“.

Преди всичко следва да се отбележи, че забраната на чл.37а ЗЗК се отнася до всички предприятия по смисъла на закона, а не само до търговските вериги, поведението на които бе повод за създаване на тази уредба.

¹ Следва да се отбележи, че още по-неподходящо бе избрано това място в първоначалния проектозакон. В него се предвиждаше правилата да се включат към уредбата на злоупотребата с монополно и господстващо положение.

На практика не е лесно да бъдат установени две предприятия, които да имат абсолютно еднаква пазарна сила. Логично е да се потърси някакъв количествен критерий за значителност на разликите в пазарното положение на предприятията. Както и при дефинирането на понятието за господстващо положение обаче, законодателят избягва такъв подход като ограничаващ регулаторния орган.

Различното положение на договарящите предприятия следва да се установи съобразно посочените в дефиницията на понятието белези, а те могат да бъдат изведени от текста на чл.37а, ал.2 ЗЗК. При анализа се открояват два типа белези – общи и конкретни. Това означава, че е необходимо по-силната позиция да се определи както в общия контекст на съответния пазар, така и по отношение на съконтрагента при договарянето. Преобладава конкретният подход.

1.1. Общият критерий.

В по-общ план е необходимо да се определят характеристиките на структурата на съответния пазар. За нуждите на правото на конкуренцията се прави характеристика на състоянието на конкурентната среда на съответния пазар, както и пазарното положение на предприятията.

На първо място, следва да се определи кой е съответният пазар. Той следва да се определи въз основа на предмета на конкретната сделка между двете предприятия. От гледна точка на предметния и географския обхват на пазара, на който осъществяват дейността си двете предприятия, трябва да е налице съвпадение, но само по отношение на изследваната сделка. Възможно е предприятията да осъществяват дейност и на други пазари.

Не бива да се забравя, че анализът може да се насочи както към предлагането, така и към търсенето. От тези две различни гледни точки всяко предприятие може да има различно положение спрямо своите конкуренти².

Следователно, необходими са два анализа – на пазара на търсене и на пазара на предлагане. Необходимо е да се установи положението и на двете предприятия на тези два пазара. По-силната позиция на едното предприятие може да се свърже с относително силната му позиция на съответния пазар, както и с относително слабата позиция на другото предприятие на реципрочния пазар (на търсене или на предлагане). В закона обаче не е предвидено такова условие – просто е посочено, че е необходимо да се установят тези обстоятелства.

При този анализ следва да намери приложение Методиката за извършване на проучване и определяне на пазарното положение на предприятията на съответния пазар.³ За разлика от установяването на господстващо положение на предприятието с по-силна позиция, не е предвидено да се изследват такива общи характеристики на независимостта на предприятието, като финансови ресурси, възможности за достъп до пазара, технологично равнище и стопански отношения с други предприятия.

В решение № 365 от 26.05.2016 г. на КЗК правилно се посочва, че е необходимо да се анализират и потенциалната конкуренция, бариерите за навлизане на пазара, броя на алтернативните доставчици или купувачи на съответното предприятие и др.

Ако се установи все пак, че по-силното предприятие има господстващо положение на пазара, спрямо него ще намери приложение забраната за злоупотреба по

² В статията си Новите положения в Закона за защита на конкуренцията. Въвеждане на контрол върху предприятия с по-силна позиция при договаряне, Търговско и облигационно право, 2015г., кн.9, с.82 и сл. Хр.Копаранов посочва: „може да се очаква, че в повечето случаи анализът ще обхваща поне два вертикално свързани съответни пазара”. В действителност става въпрос за пазарите на търсене и на предлагане.

³³ Приета с решение № 393/21.04.2009г. на КЗК.

чл.21 ЗЗК. Парадоксално е, но в такъв случай чл.100, ал.1 ЗЗК не предвижда минимален праг на санкцията, както е за нарушенията по чл.37а ЗЗК.

1.2. Конкретните изисквания.

Вторият план на анализа е по-задълбочен. Той се основава на данни, свързани с конкретното отношение между двете предприятия. Трябва да се отбележи, че то може да е оформено като правоотношение, но е достатъчно да е налице и само фактическо отношение.

Във връзка с променливия характер на заложените в закона критерии следва да се отбележи, че понятието „по-силна позиция при договаряне“ може да бъде определено на всеки един етап от конкретното правоотношение между страните, включително и при преддоговорните отношения.⁴

1.2.1. На първо място, като най-важен показател се изтъква степента на зависимост между двете предприятия (на по-слабото от по-силното). Необходимо е да съществува зависимост, но не всяка зависимост е релевантна. Какво е минималното ниво на зависимост обаче, не става ясно от разпоредбата на закона.

Прави впечатление различният подход, в сравнение с дефинирането на господстващото положение. По чл.20 ЗЗК трябва да е налице независимост на предприятието от неговите конкуренти, доставчици или купувачи, докато по чл.37а ЗЗК се търси зависимост на търговския партньор от предприятието с по-силна позиция. Има се предвид икономическа зависимост.⁵ При наличието на такава зависимост страните при договарянето не са фактически равнопоставени и това се отразява в договарянето на неравноправни клаузи в ущърб на по-слабата страна или в необоснован отказ за доставка/покупка.

Зависимостта трябва да е налице в рамките на конкретното отношение, а не по принцип. Напълно е възможно във връзка с даден предмет да е налице зависимост, а при сделка с друг предмет между същите предприятия да отсъства такава. Зависимостта се преценява към конкретен момент, затова е възможно да е налична или да отсъства в различни случаи с оглед на промяната на обстоятелствата.

1.2.2. Вторият критерий е характерът на дейността на двете предприятия и разликата в нейния мащаб.

Дейността на двете предприятия е различна. Обикновено едното е доставчик на другото. Не е изключено обаче на определен пазар те да действат и като конкуренти и по-силното предприятие да злоупотреби с по-силната си позиция при договарянето, за да попречи на конкурентната дейност на по-слабия си партньор.

Необходимо е да е налице разлика в мащаба на дейността на двете предприятия в полза на предприятието с по-силна позиция. Следва да се отчита мащабът на конкретната дейност, свързана с предмета на сделката, а не на всички дейности, развивани от предприятията. Стойностен праг не е установен, но според мен не е достатъчно разликата да е незначителна.

1.2.3. Друг признак на по-силната позиция е наличието на (по-малка) вероятност за намиране на алтернативен търговски партньор от предприятието с по-слаба позиция. Колкото е по-малка тази вероятност, толкова зависимостта на предприятието е по-силна.

Очевидно е, че тази възможност се преценява на фона на съответния пазар и не спада към белезите, основани на конкретното отношение между предприятията. В тази

⁴ Така решение № 365 от 26.05.2016 г. на КЗК.

⁵ А не управленска, капиталова или друга подобна – при наличието на която не може да се говори за злоупотреба.

връзка е необходимо да се установи съществуват ли алтернативни източници на снабдяване, канали за разпространение и/или клиенти.

2. Общ състав на забраната за злоупотреба.

Според чл.37а, ал.1 ЗЗК се забранява „всяко действие или бездействие на предприятие с по-силна позиция при договаряне, което е в противоречие с добросъвестната търговска практика и уврежда или може да увреди интересите на по-слабата страна при договарянето и на потребителите”. Недобросъвестни са действия или бездействия, които нямат обективно икономическо основание.

Следва примерно изброяване на злоупотребителни действия: необоснован отказ да се доставят или закупят стоки или услуги, налагане на необосновано тежки или дискриминационни условия, или неоснователно прекратяване на търговски отношения.

Прави впечатление, че общият фактически състав се доближава до забраната за нелоялна конкуренция, докато последващото примерно изброяване е сходно с някои от забраните за злоупотреба с монополно и господстващо положение.

2.1. Деяние при осъществяване на стопанска дейност.

Необходимо е увреждащото деяние да е извършено във връзка с конкретно отношение между двете предприятия в рамките на тяхната дейност. Това отношение може да е по действаш договор между страните, но може да е с оглед бъдещ договор (преддоговорно отношение).

2.2. Деянието да е в противоречие с добросъвестната търговска практика.

Квалификацията е същата, както на действията на нелоялна конкуренция, но е насочено не срещу конкурент, а непосредствено застрашен е интересът на търговски партньор. Понятието е дефинирано в § 1, т.2 ЗЗК. Противоречие с добросъвестната търговска практика е налице, когато са нарушени правилата, определящи пазарното поведение, които произтичат от: законите, обичайните търговски отношения и добрите нрави⁶. Предпоставката е налице, независимо кой от трите източника на правила за осъществяване на дейността е нарушен.

2.3. Увреждане или опасност от увреждане на интересите на по-слабата страна и на потребителите.

Тук се проявява една от съществените разлики от състава на нелоялната конкуренция. Застрашените интереси са не тези на конкурентите, а на по-слабата страна и на потребителите.

Понятието за потребител е общо дефинирано в Закона за защита на потребителите, но с оглед конкретния предмет на отношението може да се използват и други дефиниции⁷.

Може да се постави въпросът защо е необходимо кумулативно да бъдат застрашени интересите и на потребителите. По сходен начин е уредена и забраната за злоупотреба с монополно и господстващо положение в чл.21 ЗЗК. И в двата случая се забранява определено пазарно поведение, но не самоцелно, а с оглед и на

⁶ Според Хр.Копанаров, Цит. съч., „следващото изречение разкрива, че волята на законодателя вероятно е била конкретно за целите на злоупотребата с по-силна позиция на договаряне да се даде друго съдържание на понятието недобросъвестни действия“. Това разбиране не следва да бъде споделено, понеже използването на легално дефиниран термин не може да е случайно.

⁷ Например, в решение № 365 от 26.05.2016 г. на КЗК се възприема понятието, дефинирано по смисъла на Закона за енергетиката, който е специален по отношение на Закона за защита на потребителите. Легалната дефиниция за потребител на тези услуги се намира в § 1, т. 41б. от ПЗР на ЗЕ, според която "Потребител на енергийни услуги" е краен клиент, който купува енергия или природен газ.

потребителската защита. Все пак, на преден план е изведена защитата на предприятието, което е търговски партньор. Злоупотребата срещу него може да има две цели – да бъде експлоатирана надмошната позиция, за да се извлекат извънредни облаги (експлоатативна злоупотреба) или да бъде притиснат партньора, за да се оттегли от пазара (структурна злоупотреба).

Такива злоупотреби могат да застрашат косвено и конкуренцията на съответния пазар.

2.4. Поведението на предприятието с по-силна позиция няма обективно икономическо основание.

Ако поведението на предприятието с по-силна позиция има логично обяснение, въпреки наличието на останалите предпоставки, то не може да се квалифицира като злоупотреба. Обратно – ако това поведение не е съобразено с пазарната логика, не отговаря на обективните условия, остава обяснението, че целта е да злоупотреби с по-силната позиция⁸.

3. Примерно изброяване.

Хипотезите, включени в примерното изброяване по чл.37а ЗЗК, показват сходство с някои от случаите на злоупотреба с господстващо положение.

От структурен тип е злоупотребата, изразяваща се в необоснован отказ да се доставят или закупят стоки или услуги, както и неоснователното прекратяване на търговски отношения. Във втората хипотеза не е необходимо отношенията да са трайно установени. Необоснованият отказ да се сключи договор, както и неоснователното прекратяване на отношенията по сключен договор са особено опасни, когато засегнатото предприятие няма алтернативни възможности за пласмент или снабдяване.

С експлоатативен характер е налагането на необосновано тежки или дискриминационни условия за предприятието с по-слаба позиция. Не е необходимо това да води до поставянето му в по-неблагоприятно положение в сравнение с неговите конкуренти, но най-често този резултат ще е налице.

4. Последници от нарушаването на забраната.

4.1. Недействителност.

Със забраната по чл.37а ЗЗК се създава императивно ограничение на принципа за свобода на договарянето.

В случаите на наложени в конкретния договор на необосновано тежки или дискриминационни условия за предприятието с по-слаба позиция, може да се обоснове извод за нищожност поради противоречие с императивна законова забрана – чл.26, ал.1 ЗЗД. Нищожността може да засегне само въпросните клаузи, ако са налице условията за прилагане на частичната нищожност по чл.26, ал.4 ЗЗД.

4.2. Имуществена санкция.

В чл.100, ал.2 ЗЗК са предвидени имуществени санкции при нарушаване на забраната по чл.37а ЗЗК. Санкцията е в размер до 10 на сто от реализирания от предприятието оборот от продажбата на продукта, предмет на нарушението за предходната година, но не по-малко от 10 000 лв. Отличителна особеност на санкцията е наличието на минимален праг, какъвто няма при другите имуществени санкции по закона.

⁸ Подобна необоснованост срещаме и при установен паралелизъм в поведението на две или повече независими предприятия, който може да бъде обявен за съгласувана практика по чл.15 ЗЗК.

Не следва да бъде споделена забележката към редакцията на текста, отнасяща се до изискването оборотът да е реализиран от продажби⁹. Когато санкционираното предприятие е купувач, санкцията също трябва да е съобразена с реализираните от него продажби.

Когато няма реализиран оборот, комисията налага имуществена санкция в размер от 10 000 до 50 000 лв.

4.3. Отговорност за вреди.

Съгласно чл.104, ал.1 ЗЗК за причинени вреди вследствие на извършени нарушения по този закон виновното лице дължи обезщетение. По принцип отговорността е деликтна. В хипотезите по чл.37а ЗЗК обаче, обикновено е налице договорно или преддоговорно отношение между страните. Затова отговорността може да има различен характер.

Право на обезщетение възниква както за пряко увреденото предприятие, така и за потребителите.

С транспонирането на Директива 2014/104/ЕС на Европейския парламент и на Съвета относно някои правила за уреждане на искове за обезщетение на вреди по националното право за нарушения на разпоредбите на правото на държавите членки и на Европейския съюз в областта на конкуренцията се очаква усъвършенстване на уредбата на обезщетенията.

4.4. Влизане на закона в сила.

С решение № 850 от 14.10.2016г. на КЗК е установена липса на нарушение, понеже за извършени действия в нарушение на забраната по чл.37а ЗЗК, когато това е станало преди влизане в сила на ЗИДЗЗК на 24.07.2015г., не може да бъде търсена отговорност. Комисията се позовава на чл. 3 ЗАНН, съгласно който за всяко административно нарушение се прилага нормативният акт, който е бил в сила по време на извършването му. В конкретния случай е прието, че отношенията между двете предприятия са приключили през м. декември, 2014г., следователно няма основание за прилагане на забраната по чл.37а ЗЗК.

За съжаление, в преходните разпоредби на ЗИДЗЗК не е предвидено преуреждане на отношенията по сключени вече договори, в чието съдържание са наложени необосновано тежки или дискриминационни условия за предприятието с по-слаба позиция. Тези договори са били действителни при сключването им и не могат да бъдат засегнати от забраната, щом това не е предвидено изрично в закона.

5. Забранени клаузи, представляващи злоупотреба с по-силна позиция при договаряне при търговията с храни.

Наред с общата забрана по чл.37а ЗЗК, със ЗИДЗЗК от 2015г. бе въведена и забрана на определени договорки конкретно между производителите и търговците на храни в Закона за храните. Забраните важат за всички предприятия, независимо от това дали позициите им при договарянето са различни или еднакви.

Може да се каже, че част от изброените каузи имат характер на „вертикални ограничения с ефект върху конкуренцията“, която да е приложима в сектора търговия с храни. В други пък става въпрос за злоупотреба от една от страните, без да е необходимо тя да има господстващо положение или по-силна позиция при договаряне. Несъмнено в първия случай за нарушението следва да бъде образувано производство пред КЗК.

⁹ В този смисъл Хр.Копанаров, Цит.съч.

Сред забранените клаузи, създаващи вертикални ограничения на конкуренцията са: забрана или ограничение за страна по договора да предлага или закупува стоки или услуги на или от трети лица; забрана или ограничение за страна по договора да предоставя същите или по-добри търговски условия на трети лица, както и предвиждането на санкция за нарушаването на забраната.

Забранено е и уговарянето на някои неизгодни условия за една от страните, като: уговаряне на възнаграждения за услуги, които не са реално предоставени; прехвърляне на неоправдан или непропорционален търговски риск към една от страните; забрана или ограничение за страна по договора да прехвърля вземания на трети лица.

Предвиден е по-кратък максимално възможен срок за плащане по фактури – не повече от 30 дни.¹⁰

В чл.19 ЗХр е включена и една забрана, която няма логично обяснение. Според чл.19, ал.1, т.4 ЗХр договорът не може да се изменя едностранно, освен ако това е изрично предвидено в него. Това е общ принцип в договорното право, закрепен в чл.20а ЗЗД.

Клаузи, които нарушават тези забрани, са нищожни. Създадена е помирителна комисия към министъра на земеделието и храните, с цел доброволно уреждане на спорове между производители и търговци на храни за спазването на добрите практики и неприлагането на нелоялни търговски практики.

Съгласно § 11 ЗИДЗЗК, в 6-месечен срок от влизането в сила на закона през 2015г., договорите за продажба на храни, сключени до влизането му в сила, трябваше да се приведат в съответствие с изискванията на чл.19 ЗХр. Може да се приеме, че при неизпълнение на това задължение в срок, ще намери приложение правилото на чл.19, ал.2 ЗХр и ще настъпи нищожност на забранените клаузи.

В заключение може да се отбележи, че за изминалия период, през който въведените забрани се прилагат, КЗК не е образувала значителен брой преписки за такива нарушения. Това би било добър знак, ако се дължи на обстоятелството, че предприятията са съобразили поведението си с новите правила.

¹⁰ Срокът е двойно по-кратък от установения в чл.30За, ал.1 ТЗ 60-дневен максимален срок.

НЕОБХОДИМ ЛИ Е ЧЛ. 19 ОТ ЗАКОНА ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА ЗА ЕФЕКТИВНОТО ПРИЛАГАНЕ НА ЗАБРАНАТА ЗА ЗЛОУПОТРЕБА С ГОСПОДСТВАЩО ПОЛОЖЕНИЕ

Емилия Димитрова

Is Art. 19 of the Law Act on Protection of the Competition Necessary for the Efficient Application of the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position

Emilia Dimitrova

Abstract: *The Protection of Competition Act includes the legal definitions of both notions “dominant position” and “monopoly position”. The conclusion drawn from existence of both definitions is that the Bulgarian legislator considers the dominant position and the monopoly position as two separate legal phenomena. This research aims to present their specifics and to explain whether the distinction between them is necessary for applying the prohibition under Art. 21 of Protection of Competition Act. In the light of the above mentioned problems it is examined the national legislation and the practice of the national competition authorities in the area of the abuse of a dominant and monopoly position. The analysis compares the national regulation and practice with the applicable legal rules of the other national EU jurisdictions and the practice of the European Commission and the Court of Justice of the EU concerning the abuse of dominance. It is concluded that the monopoly position is a form of the dominance and therefore the distinction between them is unnecessary for the application of the Art. 21 of the Protection of Competition Act. This conclusion provides a solid basis for de lege ferenda changes.*

Keywords: *dominant position, monopoly position, exclusive right*

1. Въведение

Законът за защита на конкуренцията съдържа легално определение не само на понятието за господстващо положение, но и на понятието за монополно положение. Последното е дефинирано в чл. 19 ЗЗК.

Наличието на две отделни легални определения води до извода, че българският законодател счита монополното и господстващото положение за две различни явления. Този извод изисква, от една страна, да бъде посочен разграничителният признак между тях и, от друга страна, да бъде изяснено дали разграничението е оправдано с оглед целите на конкурентното право. Задачата на настоящия доклад е да даде обоснован отговор на поставените по-горе въпроси.

2. Държавният монопол като предпоставка за монополното положение

Съгласно чл. 19, ал. 2 ЗЗК монополното положение е възможно само в случаите по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България¹.

В чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България е уреден държавният монопол, обозначаващ в правната литература и с термина „монополно право на

¹ Обн. в ДВ, бр. 56 от 13.07.1991 г., в сила от 13.07.1991 г.

държавата”². Неговата същност и обхват са изяснени от Конституционния съд в решение № 6 от 2000 г.³.

Конституционният съд дефинира държавния монопол като изключително право на държавата да извършва стопанските дейности, посочени в чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България.

Стопанските дейности, обект на държавния монопол, са обособени в две групи в зависимост от предмета им. Първата група обхваща дейностите, които се отнасят към инфраструктурата на държавата (железопътния транспорт, пощенските и далекосъобщителните мрежи), а втората група включва дейностите по производството и използването на особено опасни енергии и вещества, годни за масово поразяване на хора и материални обекти (ядрена енергия и радиоактивни продукти, оръжие, взривни и биологично силно действащи вещества)⁴.

Конституционният съд изтъква, че дейностите в чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България не се различават по същество от другите видове стопански дейности⁵. Ето защо те могат да бъдат осъществявани от всяко предприятие, което отговаря на законово регламентираните за това изисквания. С установяването на държавен монопол се въвежда забрана тези стопански дейности да бъдат извършвани от други лица, различни от държавата. Монополното право на държавата следователно ограничава свободната стопанска инициатива и конкуренцията. Върху тях обаче се основава пазарната икономика. Поради несъвместимостта на държавния монопол с пазарната икономика Конституционният съд приема, че монополното право на държавата може да бъде установявано само по изключение, когато съображения от обществен интерес налагат стопанските дейности по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България да не бъдат реализирани в условията на конкуренция. Общественият интерес по повод тези дейности е свързан с необходимостта, от една страна, държавата да осигури на населението тяхното нормално извършване и, от друга страна, да обезпечи тяхното безопасно и в обща полза осъществяване.

С оглед изключителния характер на монополното право на държавата Конституционният съд стига до следните изводи:

Изброяването на стопанските дейности в чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България е изчерпателно⁶. Изчерпателното изброяване изключва

² **Цветанов, Ив.** За монополното право по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България. – Търговско право, 2004, № 2, както и **Цветанов, Ив.** Правна характеристика на монополното право. – Търговско право, 2004, № 3.

³ Решение № 6 от 19.09.2000 г. по конституционно дело № 8/2000 г., Конституционен съд на Република България.

⁴ В българската правна литература е изразено становище, че в анализираният решение не било изяснено по недвусмислен и категоричен начин кой е обектът на държавния монопол и, по-конкретно, дали той включвал само стопанските дейности по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България, само обектите, чрез които тези дейности се осъществяват, или както обектите, така и дейностите - **Цветанов, Ив.** Правна характеристика на монополното право, Цит. съч., 79-81.

Подобна дискусия е водена в правната доктрина в България и преди постановяване на цитираното решение - вж. **Русчев, Ив.** Договорът за концесия. С: Софи-Р, 1999, 200 - 203.

⁵ Задължителното тълкуване на Конституционния съд съвпада с вижданията, изразени в българската правна литература през времето, преди постановяването на неговото решение - вж. **Русчев, Ив.** Дейности, за които със закон е установен монопол на държавата, и даване на разрешения за извършването им. – Правна мисъл, 1998, № 3, 51.

⁶ Конституционният съд е заявявал това разбиране и в други свои решения – например, решение № 2 от 06.02.1996 г. по конституционно дело № 26/1995 г.

Преди постановяването на цитираните решения в българската правна литература е било застъпвано и противоположното виждане – вж. **Таджер, В.** Уредбата на собствеността в Конституцията от 1991 г. – Закон, 1993, № 1, 20.

възможността монополното право на държавата да бъде установено и върху други стопански дейности, извън изброените.

Държавният монопол не се поражда директно от чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България, а въз основа на закон, приет от Народното събрание⁷. Към настоящия момент държавата не притежава такова субективно право, тъй като в действащото българско законодателство няма законова разпоредба, с която то да е установено⁸.

Държавата упражнява монополното си право лично или чрез другото.

Възможността държавата непосредствено да извършва стопанските дейности в обхвата на държавния монопол, произтича от качеството ѝ на правен субект с многоотраслова правосубектност⁹. Държавата като субект на частното право, без да е носител на власт, а като равнопоставена на останалите предприятия може пряко да упражнява монополното си право и по този начин непосредствено да участва в стопанския оборот¹⁰.

Възможно е държавата да предостави осъществяването на стопанските дейности, върху които преди това е бил установен държавен монопол, на друг правен субект, различен от нея (аргумент от чл. 19, ал. 2 ЗЗК във връзка с чл. 18, ал. 5 от Конституцията на Република България). Реализирането на тази възможност води до възникването на монополно положение. Следователно наличието на монополно право в полза на Държавата е задължителна предпоставка за пораждането на монополно положение.

3. Монополното положение като субективно право

В българското законодателство монополното положение е уредено като субективно право. Негов специфичен признак е производният му характер¹¹. В чл. 19 ЗЗК то е определено като субективно право на предприятията да извършват възложените им от държавата стопански дейности в обхвата на държавния монопол.

⁷ В решение № 6 от 19.09.2000 г. по конституционно дело № 8/2000 г. Конституционният съд не разграничава държавния монопол от правното средство за неговото установяване, в резултат на което стига до неправилния извод, че държавният монопол е конституционно установено правомощие на висшия законодателен орган (Народното събрание) със закон да учреди монопол. Този извод е възпроизведен и в диспозитива на решението. Изтъкнатата неточност е отбелязана и от **Цветанов, Ив.** За монополното право по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България, Цит. съч., 47-48.

⁸ Примери за установен със закон държавен монопол могат да бъдат открити в по-старото българско обективно право.

С § 6, ал. 1 ЗПУ, обнародван в ДВ, бр. 64 от 04.08.2000 г., в сила от 01.08.2000 г., през периода от 01.08.2000 г. до 31.12.2010 г. е установен държавен монопол върху дейностите, попадащи в резервирания сектор на универсалната пощенска услуга, предоставяна чрез пощенската мрежа.

С § 10, ал. 1 ЗД (отм.), обнародван в ДВ, бр. 93 от 11.08.1998 г., е установен държавен монопол върху стопанските дейности, описани в същата разпоредба.

⁹ Многоотрасловата правосубектност на държавата в нейните три основни форми: държавата като субект на публичното право, държавата като субект на частното право и държавата като субект на международното публично право, е възприета в българското законодателство и в българската правна литература - **Павлова, М.** Гражданско право – обща част. С.: Софи-Р, 2002, 379, **Рачев, Ф.** Гражданско право. С.: Университетско издателство „Стопанство“, 2003, 335, **Ташев, Р.** Обща теория на правото. С.: Сиби, 2010, 411.

¹⁰ Така и **Marcos, F.** When the State Grants Market Power, 4, доклад, изнесен на ASCOLA Conference, Tokyo, 2015, <http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Francisco%20Marcos,2015.05.16%20Draft%20When%20the%20State%20grants%20market%20power.pdf> (Достъп на 14.08.2017); както и **Цветанов, Ив.** За монополното право по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България, Цит. съч., 50 - 52.

¹¹ Така и **Цветанов, Ив.** Същност и правна характеристика на монополното положение (квазимонополното право) по чл. 16 от Закона за защита на конкуренцията. – Търговско право, 2004, № 5, 21.

Титуляри на монополното положение могат да бъдат всички предприятия - както държавните, така и тези без държавно участие¹².

Юридическите факти, които го пораждат, са концесиите и разрешенията (лицензиите). Редът и условията, при които те се предоставят, се уреждат със закон (аргумент от чл. 18, ал. 5 от Конституцията на Република България)¹³. Към настоящия момент българското обективно право не съдържа законова разпоредба, с която да бъде установено монополно положение, тъй като липсва такава и относно държавния монопол¹⁴.

4. Пазарната позиция на притежателя на субективното право „монополно положение”

За конкурентното право важен е въпросът за пазарната позиция на предприятията, титуляри на монополното положение. За изясняването на този въпрос от значение е характеристиката на монополното положение като изключително субективно право.

Концепцията за изключителните субективни права възниква и се оформя във връзка с авторското и патентното право. Тяхна съществена особеност е принадлежността им на един единствен правен субект. Тази особеност се изразява чрез забраната друг правен субект, различен от посочения за титуляр на изключителното субективно право, да го придобива и упражнява¹⁵. Най-често забраната е нормативно закрепена¹⁶. Има обаче и изключителни субективни права, при които тя не е формулирана изрично, а се извежда чрез тълкуване. В тази група попада и монополното положение.

Чл. 19 ЗЗК не съдържа забрана към държавата на същия пазар и за същия срок да предоставя на други предприятия, както и самата тя да упражнява стопанска дейност, обект на монополното ѝ право, която вече е възложила на предприятие, придобило вследствие на възлагането монополно положение. Съществуването на такава забрана

¹² Интересно е да се отбележи, че до сега носители на монополно положение са били само държавни предприятия. „Български пощи” ЕАД и понастоящем е държавно предприятие. Такова предприятие е било и „Българска телекомуникационна компания” ЕАД през времето, през което е притежавало монополно положение.

¹³ Езиковата редакция на разпоредбата в чл. 19 ЗЗК се нуждае от прецизиране. От езиковото ѝ тълкуване произтича следният смисъл: монополното положение се предоставя директно със закон, а не с концесия или разрешение. Този смисъл обаче противоречи на чл. 18, ал. 5 от Конституцията на Република България. Неточностите в текста се преодоляват чрез тълкуването на чл. 19 ЗЗК във връзка с конституционната разпоредба в чл. 18, ал. 5.

В българската правна литература на подобна критика е била подложена словесната редакция на чл. 16 ЗЗК от 1998 г. (отм.) - **Марков, М.** Ограничаване на конкуренцията от държавата. С.: Сиби, 2001, 216. Критичните бележки не са загубили своята актуалност, тъй като сега действащият чл. 19 ЗЗК дословно възпроизвежда текста на чл. 16 ЗЗК от 1998 г. (отм.).

¹⁴ В отмененото българско законодателство обаче такива примери съществуват, а именно:

„Български пощи” ЕАД чрез индивидуална лицензия придобива монополно положение върху дейностите, попадащи в резервирания сектор на универсалната пощенска услуга, предоставяна чрез пощенската мрежа, и е негов титуляр през периода от 01.08.2000 г. до 31.12.2010 г. (аргумент от § 6, ал. 4 ЗПУ).

Въз основа на лицензия за „Българска телекомуникационна компания” ЕАД възниква монополно положение върху дейностите, изброени в § 10, ал. 1 ЗД (отм.), обнародван в ДВ, бр. 93 от 11.08.1998 г. (аргумент от § 10, ал. 2 от същия закон).

¹⁵ **Павлова, М.** Лицензионният договор – понятие и правна природа. – Търговско право, 1994, № 2, 5, както и **Манева, В.** Предела на действие на изключителното право. – Годишник на Департамент „Право”, Нов български университет, 2015 г., 87 - 88.

¹⁶ Чл. 36, ал. 2 ЗАПСП, обнародван в ДВ, бр. 56 от 29.06.1993 г., в сила от 01.08.1993 г., чл. 31, ал. 3 ЗПРПМ, обнародван в ДВ, бр. 27 от 02.04.1993 г., в сила от 01.06.1993 г., чл. 22, ал. 4 ЗМГО, обнародван в ДВ, бр. 81 от 14.09.1999 г., в сила от 15.12.1999 г.

може да се изведе чрез системния начин на тълкуване на чл. 19, ал. 1 ЗЗК във връзка с чл. 18, ал. 4 и чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията на Република България¹⁷.

В настоящия доклад е анализирано виждането на Конституционния съд, че държавният монопол може да бъде установен само по изключение, когато общественият интерес налага стопанските дейности по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България да бъдат осъществявани на пазари без конкуренция¹⁸. При същото условие трябва да се предоставя и монополното положение заради характеристиката му на субективно право, производно от държавния монопол. Това изискване обаче не може да бъде изпълнено, ако държавата, след като е възложила на дадено предприятие извършването на стопанска дейност, обект на монополното ù право, има възможност на същия пазар лично да осъществява същата дейност или да я предостави за изпълнение на други предприятия. Тя, респ. другите предприятия ще действат като конкуренти на първото предприятие, тъй като на пазара те ще извършват същата стопанска дейност, каквато и то. Следователно носителят на монополно положение може да упражнява субективното си право в пазарна среда без конкуренция само ако на държавата е забранено да осъществява стопанските дейности, негов обект, лично или чрез друго предприятие. Необходимостта от такава забрана като условие за упражняване на монополното положение е основание то да бъде характеризирано като изключително субективно право, както е направил това и законодателят в чл. 19, ал. 1 ЗЗК.

Аргументи в подкрепа на извода за изключителния характер на монополното положение предоставя и правната уредба на концесиите и лицензиите.

Съгласно чл. 63 ЗК¹⁹ държавата може да сключи концесионен договор за извършване на конкретна монополна дейност само с лицето, определено за концесионер, а за концесионер може да бъде определено само едно лице (аргумент от чл. 58, ал. 2, т. 1 ЗК).

Прегледът на отмененото българско законодателство относно лицензиите показва, че за всяка отделна монополна дейност е издавана само една лицензия. Така, например, през периода от 01.08.2000 г. до 31.12.2010 г. „Български пощи“ ЕАД единствено е притежавало монополно положение върху дейностите, попадащи в резервирания сектор на универсалната пощенска услуга, предоставяна чрез пощенската мрежа (§ 6, ал. 4 във връзка с § 9 ЗПУ). Същото важи и за „Българска телекомуникационна компания“ ЕАД по отношение на дейностите в § 10, ал. 1 ЗД (отм.) (§ 10, ал. 2 ЗД (отм.)).

В цитираните разпоредби, касаещи концесиите и лицензиите, въпросът за броя на лицата, които могат да бъдат носители на монополно положение, е решен по еднакъв начин. Единният подход е свидетелство за това, че у българския законодател разбирането за изключителния характер на монополното положение, разглеждано като субективно право, е трайно установено и утвърдено.

В българската правна литература е изразено и виждане, противоположно на вече аргументираното. Някои автори определят като изключително не всяко субективно право, притежавано от един единствен субект в границите на дадена територия и срок, а само предоставеното от държавата при упражняване на властническите ù

¹⁷ В конкретната хипотеза системният начин на тълкуване се осъществява чрез прилагане на правилото, според което смисълът на тълкуваната разпоредба, т.е. чл. 19, ал. 1 ЗЗК, се изяснява чрез съчетаването на смисъла, произтичащ от група свързани с нея правни норми, каквито в случая са чл. 18, ал. 4 и чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията на Република България – за подробности вж. при **Ташев, Р.** Теория на тълкуването. С.: Сиби, 2007, 232.

¹⁸ Решение № 6 от 19.09.2000 г. по конституционно дело № 8/2000 г., Конституционен съд на Република България.

¹⁹ Обнародван в ДВ, бр. 36 от 02.05.2006 г., в сила от 01.07.2006 г.

правомощия. Според тях монополното положение възниквало чрез конститутивна сукцесия, тъй като държавата при учредяването му действала като субект на частното, а не като субект на публичното право. Затова те считат монополното положение за неизключително субективно право и не виждат пречки държавата да възлага едновременно на няколко предприятия, функциониращи на един и същи пазар, осъществяването на една и съща монополна стопанска дейност, както и самата тя да извършва тази дейност²⁰.

На тезата за неизключителния характер на монополното положение могат да бъдат противопоставени следните доводи:

Конститутивната сукцесия е вид правопримемство²¹. При всяко правопримемство се извършва промяна в титуляря на субективното право. Затова конститутивната сукцесия е възможна само при прехвърлимите субективни права²². Монополното право на държавата обаче е непрехвърлимо съгласно задължителното тълкуване на Конституционния съд в решение № 6 от 2000 г.²³. Следователно невъзможно е монополното положение да възниква в резултат на конститутивна сукцесия.

Монополното положение произтича от концесия или лицензия, с които държавата, без да прехвърля монополното си право, предоставя на предприятие осъществяването на някоя от стопанските дейности в неговия обхват. С възможност като тази разполагат не само субектите на публичното право, а всички носители на изключителни субективни права²⁴. Нормативната опора на този извод са лицензионните договори. С тях лицензодателите като титуляри на изключителни субективни права върху обекти на индустриалната собственост могат да отстъпят на трети лица, лицензополучателите, изцяло ползването на тези обекти (аргумент от чл. 587, ал. 1 ТЗ²⁵), при което за лицензополучателите възниква изключително субективно право върху тях²⁶. Лицензионните договори са обективни (абсолютни) търговски сделки съгласно чл. 286, ал. 2 във връзка с чл. 1, ал. 1, т. 12 ТЗ и като всички търговски сделки се сключват само от равнопоставени правни субекти, каквито са субектите на частното право²⁷. Следователно за характеризирането на монополното положение като изключително субективно право качеството, в което Държавата действа при предоставянето му – като субект на публичното или като субект на частното право, е без правно значение.

²⁰ **Цветанов, Ив.** Същност и правна характеристика на монополното право, Търговско право, 2004, № 4, 33 - 34, № 5, 28 - 30. Такова разбиране, макар и без да посочва аргументи в негова подкрепа, изразява и **Стоянов, Ив.** Коментар на Закона за защита на конкуренцията. С.: Софи – Р, 2000, 98.

²¹ **Павлова, М.** Гражданско право – обща част, Цит. съч., 435, **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ – обща част, дял II. С.: Софи-Р, 2001, 353.

²² Прехвърлими са субективните права, които могат да сменят своя носител - **Павлова, М.** Гражданско право – обща част, Цит. съч., 188, **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ – обща част, дял I. С.: Софи-Р, 2001, 374, **Рачев, Ф.** Гражданско право, Цит. съч., 148.

²³ Решение № 6 от 19.09.2000 г. по конституционно дело № 8/2000 г., Конституционен съд на Република България. Интересно е да се отбележи, че авторите, които изразяват оспорвания възглед, възприемат тезата за непрехвърлимостта на държавния монопол и дори привеждат аргументи в нейна подкрепа - **Цветанов, Ив.** Правна характеристика на монополното право, Цит. съч., 82-84, както и **Цветанов, Ив.** За монополното право по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България, Цит. съч., 52 - 53.

²⁴ Така и **Манева, В.** Предела на действие на изключителното право, Цит. съч., 88.

²⁵ Обн. в ДВ, бр. 48 от 18.06.1991 г., в сила от 01.07.1991 г.

²⁶ **Павлова, М.** Лицензионният договор – понятие и правна природа, Цит. съч., 7.

²⁷ **Герджиков, О.** Търговски сделки. С.: ИК „Труд и право“, 2008, 23, **Голева, П.** Търговско право - втора част. Търговски сделки. С.: АПИС, 2014, 34, **Павлова, М.** Гражданско право – обща част, Цит. съч., 446 – 447.

В заключение, монополното положение е изключително субективно право, защото само предприятието, което е негов носител, може да извършва стопанската дейност, която е негов обект.

Монополното положение като изключително субективно право осигурява на своя титуляр пазарно присъствие без конкуренция. Разглеждана от този аспект, неговата пазарна позиция е напълно идентична с тази на монополистите, които оперират на пазарите с монополна пазарна структура. Пазарната позиция на монополистите представлява разновидност на пазарното господство и по-конкретно – на единичното такова.

Поставя се въпросът как българският законодател и българските институции по конкуренцията възприемат пазарната позиция на носителите на монополното положение – като проявна форма на пазарното господство или като различна от него пазарна позиция?

5. Правната квалификация на пазарната позиция на притежателя на субективното право „монополно положение” според правната уредба в Закона за защита на конкуренцията и според практиката на българските институции по конкуренцията

В чл. 21 ЗЗК за обозначаване на единичното пазарно господство са употребени два термина – „монополно положение” и „господстващо положение”. Термините не са използвани като синоними, а за назоваване на две различни пазарни позиции. До този извод води езиковото тълкуване на текста на разпоредбата предвид синтактичната функция на съюза “или”.

Българските институции по конкуренцията се придържат към разграничението, въведено с чл. 21 ЗЗК. Анализът на създадената от тях практика показва, че в термините „монополно положение” и „господстващо положение” те влагат различно значение. С термина „монополно положение” назовават пазарната позиция, обусловена от притежаването на едноименното изключително субективно право по чл. 19 ЗЗК, а с термина „господстващо положение” обозначават пазарната позиция на останалите предприятия, извършващи стопанска дейност също на пазари без конкуренция. Във втората група попадат държавата, когато пряко упражнява монополното си право, предприятията, на които държавата е предоставила изключително субективно право да осъществяват стопанска дейност извън включената в обхвата на държавния монопол, както и фактическите монополисти, които не са носители на изключително субективно право за извършване на дадена стопанска дейност, но поради реализирането на други фактори са достигнали до такова положение на пазара, че да работят при пълна липса на конкуренция²⁸.

²⁸ Решение № 636 от 03.06.2010 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка с вх. № КЗК-812/07.09.2009 г.; решение № 641 от 14.05.2014 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка с вх. № КЗК-1148/20.09.2013 г., § V.2.2.; решение № 926 от 10.07.2014 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка с вх. № КЗК-1308/2013 г., § V.2.2.; решение № 115 от 03.02.2011 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка с вх. № КЗК-992/12.11.2009 г.; решение № 546 от 28.04.2011 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка с вх. № КЗК-840/28.09.2010 г.; решение № 1780 от 20.12.2011 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка с вх. № КЗК-191/22.02.2011 г.; решение № 1054 от 29.07.2014 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка с вх. № КЗК-446/2012 г., § V.2.2.; решение № 1291 от 2.10.2014 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка с вх. № КЗК-784/2013 г.; решение № 4410 от 29.03.2013 г. по адм. д. № 6552/2012 г., ВАС, IV о.; решение № 15535 от 18.12.2014 г. по адм. д. № 4116/2013 г., ВАС, IV о.

Следователно българският законодател и българските институции по конкуренцията ясно отграничават монополното положение, произтичащо от изключителното субективно право по чл. 19 ЗЗК, от монопола като разновидност на единичното пазарно господство, който обозначават с по-широкия по съдържание термин „господстващо положение“.

Разграничението е оправдано, ако чрез него приложното поле на забраната в чл. 21 ЗЗК се разширява и по отношение на пазарно поведение с антиконкурентен ефект, което иначе би останало извън нейния обхват.

Отграничаването на монополното от господстващото положение, основано на притежаването на изключителното субективно право по чл. 19 ЗЗК, не води до такъв резултат. Това е така, тъй като изключителното субективно право по чл. 19 ЗЗК няма друго функционално предназначение спрямо монополното положение освен на причина за установяването му. Ето защо монополното положение, което то поражда, не притежава никакви специфики в сравнение с монопола като разновидност на господстващото положение. От липсата на отличителни особености може да се заключи, че по същество става дума за една и съща пазарна позиция. Щом това е така, то правната логика, основана на закона за тъждеството, изисква всички пазарни практики в нарушение на забраната по чл. 21 ЗЗК, прилагани от предприятията в тази пазарна позиция, да получават еднаква правна квалификация – като злоупотреба с господстващо положение.

Наведените доводи аргументират извода за единната природа на анализиранияте пазарни състояния. Монополното положение, произтичащо от изключителното субективно право по чл. 19 ЗЗК, като всяко друго монополно положение е разновидност на господстващото положение.

Изводът за пазарното господство като за единно явление, което обхваща всички форми на монополното положение, независимо от причината за установяването им, повдига въпроса дали е необходимо предприятията, работещи на пазари без конкуренция, да бъдат разделяни на такива с монополно положение и на такива с господстващо положение. Тъй като нормативната опора на делението е чл. 19 ЗЗК, поставеният въпрос може да бъде формулиран и по друг начин – дали е нужно чл. 19 ЗЗК да бъде част от правната уредба, посветена на пазарното господство и на злоупотребата с него.

В българската правна наука въпросът е дискуссионен. Има автори²⁹, които защитават тезата, че монополното положение, произтичащо от изключителното субективно право по чл. 19 ЗЗК, и монополът като разновидност на пазарното господство били различни явления. Тези автори не подкрепят виждането, което обявява класификацията на предприятията на монополни и господстващи за лишена от практическо значение.

Други автори³⁰ споделят противоположната теза. Те считат, че между двете пазарни състояния (монополното и господстващото) същностна разлика няма и че те се съотнасят едно спрямо друго като вид към род³¹.

²⁹ **Цветанов, Ив.** За монополното право по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България, Цит. съч., 45, **Цветанов, Ив.** Същност и правна характеристика на монополното право, Цит. съч., 27. Изглежда това мнение се споделя и от проф. Емил Георгиев – вж. **Георгиев, Е.** Монополно положение и задължение за договаряне. – Пазар и право, 1998, № 1, 56, както и 58.

³⁰ **Таджер, В.** Монополно и господстващо положение на предприятията по конкурентното право. – Пазар и право, 1998, № 8, 60-62, **Стоянов, Ив.** Правна защита срещу злоупотребата с монополно положение. – Пазар и право, 1998, № 9, 57, както и **Стоянов, Ив.** Коментар на Закона за защита на конкуренцията, Цит. съч., 96.

³¹ В българската правна литература е изразено и друго виждане за същността на монополното положение. Неговата цел не е осветляването на проблем в материята за злоупотребата с пазарно

Аргументите, изложени по-горе, са в подкрепа на второто становище.

6. Историческо тълкуване на понятието за монополното положение

Разсъжденията дотук водят до извода, че в материята относно забраната за злоупотреба с пазарно господство разпоредбата в чл. 19 ЗЗК е по-скоро излишна. Преди обаче да бъде направена препоръка *de lege ferenda* за нейната отмяна, необходимо е да се потърси обяснение за законодателното решение тя да бъде приета паралелно с чл. 20 ЗЗК. Яснота по този въпрос може да даде историческото тълкуване на понятието за монополното положение.

В българското законодателство първото легално определение на това понятие се съдържа в чл. 2, ал. 2 от Закона за контрола върху картелите и монополните цени³². В цитираната разпоредба то е дефинирано като пазарна позиция, заемана от предприятията, разполагащи с пазарно надмощие над другите участници на пазара. Законодателят разделя формите на пазарно надмощие в две групи. В първата група попада монополът – такава е пазарната позиция на предприятието, което е единствено в страната по обекта на производството си. Втората група обхваща всички останали разновидности на пазарното надмощие – за всички тях е характерно, че предприятието в господстващо положение е в състояние едностранно да налага условията на пазара, към които конкурентите му са принудени да се придържат.

По същия начин понятието за монополното положение е определено в чл. 29 от Наредбата - Закон за индустрията³³, който отменя Закона за контрола върху картелите и монополните цени. Между двете легални дефиниции има несъществена разлика, касаеща първата хипотеза на монополното положение. Критерият, по който се съди за наличието или липсата му, е същият – предприятието да е единствено по предмета на производството си. Разширен обаче е кръгът от предприятия, спрямо които критерият се прилага. Като притежаващи монополно положение се характеризират не само предприятията, които в рамките на цялата страна единствени предлагат дадена стока или услуга, но и тези, които осъществяват своята стопанска дейност в ограничена част (определен район) от територията на държавата.

През социалистическия период законодателство в защита на конкуренцията не се създава. Конкуренцията е явление, присъщо на свободния пазар, а през този период в България е установена административно – централизирана планова икономика.

След промените от началото на 90-те години на XX в. и връщането към пазарната икономика последователно се приемат три закона за защита на конкуренцията.

господство, а изясняването на въпрос в областта на концесиите. Задачата му е да обясни правната природа на възможността на концесионера да извършва монополни стопански дейности, породена от разрешението по чл. 2, ал. 1, т. 3 ЗК (отм.), обнародван в ДВ, бр. 92 от 17.10.1995 г.

Според това разбиране монополното положение е част от общата търговска правоспособност на концесионера. Той поначало притежава възможността да извършва стопанските дейности, обект на монополното право на държавата. С установяването на държавен монопол тази възможност отпада, тъй като с него се въвежда забрана за всички лица извън държавата да осъществяват дейностите, върху които той се разпростира. С разрешението по чл. 2, ал. 1, т. 3 ЗК (отм.) забраната се премахва и общата търговска правоспособност на концесионера се възстановява в пълен обем - Русчев, Ив. Договорът за ..., 248-251. Това виждане изглежда се споделя и от Марков, М. За правата на концесионера. – Търговско право, 1997, № 1, 51.

³² Обнародван в ДВ, бр. 220 от 23.12.1931 г., отменен с Наредбата - Закона за индустрията, обнародван в ДВ, бр. 193 от 27.08.1936 г.

³³ Обнародван в ДВ, бр. 193 от 27.08.1936 г.

Първият от тези закони влиза в сила през 1991 г.³⁴ Чл. 3 от същия закон представлява легална дефиниция на понятието за монополното положение. Тя показва както прилики, така и разлики в сравнение с легалните определения в по-старото ни обективно право. В чл. 3 законодателят се придържа към българската нормативна традиция отпреди 1944 г., като запазва непроменено съдържанието на разглежданото понятие в неговата цялост, както и термина, с който го назовава. Остава и разделянето на разновидностите на монополното положение в две групи. Променя се обаче критерият, на който то почива. Делението вече се извършва не според спецификите на проявните форми на монополното положение, а според причината за възникването им. От гледна точка на новия критерий в първата група попадат предприятията, чието пазарно надмощие се дължи на притежаваното от тях изключително субективно право за извършване на стопанска дейност от определен вид; дейностите, които могат да се осъществяват като монополни, се определят от Народното събрание със закон (аргумент от чл. 3, т. 1 във връзка с § 1 ЗЗК от 1991 г. (отм.)). Втората група включва всички останали форми на пазарно надмощие, които възникват поради причини, различни от посочената (аргумент от чл. 3, т. 2 ЗЗК от 1991 г. (отм.)).

В представените по-горе легални дефиниции монополното положение се разглежда като единно явление, обединяващо различни форми на пазарно надмощие, разграничавани в две групи въз основа на променящи се във времето критерии. За първи път в Закона за защита на конкуренцията от 1998 г. (отм.)³⁵ към тези две групи пазарно надмощие се подхожда като към различни по своята същност явления, всяко обозначено с отделен термин. Използваните термини са „монополно положение” и „господстващо положение”. Разграничението между тях има за основа вътрешната диференциация между проявните форми на пазарното надмощие, установена в чл. 3 ЗЗК от 1991 г. (отм.). В чл. 16 ЗЗК от 1998 г. (отм.) съдържанието на термина „монополно положение” е дефинирано по начин, подобен на този в чл. 3 ЗЗК от 1991 г. (отм.). – като пазарна позиция, произтичаща от изключителното субективно право да се упражняват определен вид стопански дейности. Обект на това субективно право не могат обаче да бъдат всички стопански дейности, както може да се заключи от чл. 3, т. 1 ЗЗК от 1991 г. (отм.), а само тези по чл. 18, ал. 4 от Конституцията на Република България, ако преди това върху тях е бил установен държавен монопол. В чл. 17 ЗЗК от 1998 г. (отм.) в термина „господстващо положение” е вложен същият смисъл, в който той е използван в чл. 3, т. 2 ЗЗК от 1991 г. (отм.) – за назоваване на пазарната позиция на предприятията, притежаващи пазарно надмощие над останалите участници на пазара, породено в резултат от действието на други фактори, различни от изключителното субективно право по чл. 16 ЗЗК от 1998 г. (отм.).

Подходът в Закона за защита на конкуренцията от 1998 г. (отм.) се прилага и в сега действащия едноименен закон. Легалните определения в чл. 16 и чл. 17 ЗЗК от 1998 г. (отм.) са възпроизведени съответно в чл. 19 и в чл. 20 ЗЗК³⁶.

Каква е причината за нормативната промяна и какво практическо значение придобива вследствие на нея разпоредбата в чл. 19 ЗЗК?

Въвеждането на понятието „господстващо положение” може да се обясни със сключването на Европейското споразумение за асоцииране между Европейските

³⁴ Обнародван в ДВ бр. 39 от 17.05.1991 г. и отменен със Закона за защита на конкуренцията, обнародван в ДВ бр. 52 от 08.05.1998 г.

³⁵ Обнародван в ДВ бр. 52 от 08.05.1998 г. и отменен със Закона за защита на конкуренцията, обнародван в ДВ бр. 102 от 28.11.2008 г.

³⁶ В чл. 20 ЗЗК не се съдържа оборимата презумпция от чл. 17, ал. 2 ЗЗК от 1998 г. (отм.), тъй като размерът на пазарния дял е изоставен като показател за наличието на господстващо положение.

общности и техните страни - членки, от една страна, и Република България (ЕСА)³⁷, от друга страна, и произтичащото от него задължение за държавата ни да сближи съществуващото и бъдещото си законодателство с това на общността. Изключително важно значение се придава на уеднаквяването на българското обективно право за защита на конкуренцията със законодателството на Европейския съюз в тази сфера – конкурентното право е посочено измежду областите, които са с приоритет в процеса на хармонизация (аргумент от чл. 69 и чл. 70 във връзка с чл. 64, ал. 1 (ii) ЕСА).

Законът за защита на конкуренцията от 1998 г. (отм.) е приет в изпълнение на задължението за сближаване. В материята относно забраната за злоупотреба с пазарно надмощие българският закон следва да бъде сближен с разпоредбата в чл. 102 ДФЕС. В чл. 102 ДФЕС пазарното надмощие се назовава с термина „господстващо положение“. Следователно въвеждането на този термин в българското конкурентно право е с цел постигане на съответствие между него и законодателството на Европейския съюз в посочената област.

В контекста на Европейското споразумение за асоцииране може да се търси обяснение и за отграничаването на монополното от господстващото положение, както и за стесняването на съдържанието му само до пазарната позиция, произтичаща от изключителното субективно право за извършване на стопанските дейности в обхвата на държавния монопол.

В чл. 7, ал. 2 ЕСА е подчертана важността на приобщаването към принципите на пазарната икономика за подготовката на страната за членство в Европейския съюз. Волята на държавата за преобразуване на икономическата система оказва влияние и върху отношението на законодателя към държавния монопол и свързаното с него монополно положение, отразено в легалните дефиниции в чл. 16 ЗЗК от 1998 г. (отм.), а впоследствие и в тази в чл. 19 ЗЗК. В тях е изтъкнат характерът им на изключения. Като несъвместими с основните постулати на пазарната икономика те могат да бъдат установени само по изключение - когато общественият интерес го налага.

Легалните дефиниции в чл. 16 ЗЗК от 1998 г. (отм.) и в чл. 19 ЗЗК представляват демонстрация на новото разбиране за модела икономическа система, която в изпълнение на изискванията на Европейското споразумение за асоцииране трябва да бъде изградена в страната. Следователно те имат по-скоро декларативно политико-икономическо, а не практическо значение. Лишено от практически смисъл, правилото в чл. 19 ЗЗК изглежда излишно.

7. Сравнителноправен анализ на понятието за монополното положение

За изясняване в пълнота на поставения въпрос необходимо е да се изследва дали конкурентното право на Европейския съюз и законодателствата на държавите – членки съдържат правна уредба на понятието за монополното положение, аналогична на българската.

В чл. 102 ДФЕС пазарното надмощие над другите участници на пазара се обозначава с термина „господстващо положение“. Терминът „монополно положение“ не се използва.

Европейските институции по конкуренцията в своята практика по чл. 102 ДФЕС разглеждат монополното положение като разновидност на господстващото положение. Според Съда на Европейския съюз всяко монополно положение, независимо от

³⁷ Ратифицирано със Закона за ратифициране на Европейското споразумение за асоцииране между Европейските общности и техните страни - членки, от една страна, и Република България, от друга страна, и на Временното споразумение по търговията и свързаните с нея въпроси между Европейската икономическа общност и Европейското обединение за въглища и стомана, от една страна, и Република България, от друга страна, обнародван в ДВ бр. 33 от 20.04.1993 г., в сила от 01.02.1995 г.

причините за неговото установяване, трябва да се квалифицира като господстващо положение³⁸.

Разбирането на Съда на Европейския съюз се поддържа и в чуждата правна литература³⁹.

Възгледът за монополното положение като за явление, което по своята същност не се различава от господстващото положение, а изцяло се обхваща от него, е възприет в националното конкурентно право на всички държави – членки. Различен е само законовият изказ, чрез който той е изразен.

В законите за защита на конкуренцията в по-голяма част от държавите – членки е възпроизведено класическото определение на понятието за господстващото положение, формулирано от Съда на Европейския съюз в неговата практика по прилагането на чл. 102 ДФЕС⁴⁰.

Във вътрешното право на някои от държавите – членки освен чрез класическата дефиниция от юриспруденцията на Съда на Европейския съюз господстващото положение още е определено и чрез посочване на неговите форми на проявление. Една от тях, макар и да не е назована с термина „монополно положение“, е описана като пазарна позиция, при която липсва конкуренция⁴¹. Такава е пазарната позиция на монополистите.

Сравнителноправният анализ показва, че идеята за монополното положение като за самостоятелно явление, различно от господстващото положение, е напълно чужда както на правото на Европейския съюз, така и на законодателствата на другите държави-членки.

8. Заключение

Разсъжденията в настоящия доклад водят до извода за липсата на практически смисъл на разпоредбата в чл. 19 ЗЗК. Този извод дава основание на законодателя *de lege ferenda* да се препоръча нейната отмяна.

В предложението за отмяна на чл. 19 ЗЗК се съдържа и препоръка за изменение на чл. 21 ЗЗК в частта относно терминологията, с която се обозначава пазарната позиция на предприятията, притежаващи единично пазарно господство. Терминът „монополно положение“ следва да отпадне от текста на разпоредбата, а терминът „господстващо положение“ – да бъде запазен. По този начин ще се предотврати възможното объркване при тълкуването ѝ и ще се подчертае значението на понятието за господстващото положение като общо понятие, което обхваща всички разновидности на пазарното господство, включително и монополното положение.

³⁸ Решението на Съда (пети състав) от 03.10.1985 г. по дело № 311/84 Centre belge d'études de marché - télémarketing SA срещу SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA и Information publicité Benelux SA [1985] ECR 3261, § 11 - 18.

³⁹ Emmerich, V. Kartellrecht (Ein Studienbuch). München: Verlag C.H.Beck oHG, 2012, p. 157 и p. 384, както и Mäger, Th. Europäisches Kartellrecht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, p. 287.

⁴⁰ Например, чл. 10 от чешкия Закон за защита на конкуренцията, чл. 8, ал. 1 от словашкия Закон за защита на конкуренцията, чл. 4, т. 10 от полския Закон за защита на конкуренцията и потребителите, чл. 1, т. 2 от белгийския Закон за защита на конкуренцията, чл. 3, т. 2 от литовския Закон за конкуренцията, секция 4, чл. 2 от финландския Закон за конкуренцията, чл. 22, ал. 1 от унгарския Закон за конкуренцията.

⁴¹ § 18, ал. 1, т. 1 от германския Закон срещу ограниченията на конкуренцията, § 4, ал. 1, т. 1 от австрийския Закон за картелите и другите ограничения на конкуренцията.

ЗА ХАРАКТЕРА НА СРОКА ЗА ПРЕДЯВЯВАНЕ НА ИСКА ПРИ ДОПУСНАТО ОБЕЗПЕЧЕНИЕ

Таня Градинарова

Regarding the Characteristics of the Deadline for Submission of an Action in an Admitted Injunction

Tanya Gradinarova

Abstract: *In the period since the entry into force of the current Civil Procedure Code (CPC) an extensive case law has accumulated on its application, including with respect to provisions that have introduced new institutes in the proceedings covered by the CPC. Unfortunately, in many cases this case law is controversial and necessitates the Supreme Court of Cassation (SCC) to align it through its interpretative powers under Art. 124, para. 1 of the Judicial System Act.*

Regarding the injunctions for a future action, the Bulgarian legislator through the provisions of Art. 390, para. 3 of the CPC has introduced two new rules for the court of the injunction: a maximum legal duration of the period for submission of the future claim of one month and the obligation of the court to revoke the granted injunction with own motion in the absence of evidence that the action was submitted within the deadline determined by the court within the one-month period.

The application of these new rules has entailed different opinions in the case law, including on the level of the Supreme Court of Cassation. In many orders, held under the cassation proceedings for appellate orders under Art. 274, para. 3 CPC, the separate configurations of the SCC have held controversially on the issue: "Is it possible to extend the deadline under the conditions of Art. 63, para 1 CPC determined in the scenario under Art. 390, para. 3 regarding the submission of a future action."

The finding of different resolutions regarding the same procedural and legal issue within the current case law to the extent of court orders under Art. 274, para 3 CPC, held by different Chambers of the SCC is within the scope of the regulations under Art.292 CPC and reasons an initiation of proceedings for the upholding of an interpretive decision. In order to unify the controversial case law by the different Chambers of the SCC under the upheld procedural issue the Chairman of the SCC has held with a regulation from the 08th December 2015 an interpretive case No 4/2015 to be initiated by the General Assembly of the Civil and Commercial Division of the SCC, which is still to be held upon.

The issue under discussion within this report is the critical analysis of the regulations under Art. 390, para 3 CPC as well as the existing two statements in the procedural theory and case law regarding the nature of the deadline for submission of an action in an admitted injunction. The author reasons her own statement in relation to the answer which the interpretive issue before the General Assembly of the Civil and Commercial Division of the SCC is supposed to resolve. As per the author, the deadline for submission of future action in an admitted injunction is crucial in its nature and cannot be extended beyond the determined by the CPC one-month period.

Keywords: *injunction for future action, crucial deadline, characteristics of the deadline for submission of a future action*

I. В периода след влизане в сила на действащия Граждански процесуален кодекс (ГПК) в процеса на правоприлагането му се натрупа богата съдебна практика, включително по отношение на разпоредби, които въведоха нови моменти в уредените в кодекса производства. За съжаление, в доста от случаите тази практика е противоречива и поставя на вниманието на Върховния касационен съд (ВКС) необходимостта от уеднаквяване чрез тълкувателните му правомощия, предвидени в чл. 124, ал.1 ЗСВ.

При обезпечението на бъдещ иск, с разпоредбата на чл. 390, ал.3 ГПК законодателят въведе две нови правила за съда по обезпечението: максимална законова продължителност на срока за предявяване на бъдещия иск – един месец, както и задължението на съда служебно да отмени допуснатото обезпечение при липса на доказателства за предявяване на иска в определения от съда в рамките на този един месец срок. Прилагането на тези нови положения породиха различни становища в съдебната практика, включително на ниво състави на Върховния касационен съд.

В редица определения, постановени в производството по обжалване на въззивни определения по чл. 274, ал.3 ГПК, отделни състави на ВКС са се произнасяли противоречиво по въпроса:

„Може ли да бъде продължаван при условията на чл. 63, ал.1 ГПК срокът по чл.390, ал.3 ГПК за предявяване на бъдещ иск ?”

Констатирането на различно разрешаване в съдебната практика по един и същ процесуалноправен въпрос на ниво определения по чл. 274, ал.3 ГПК, постановени от състави на ВКС, попада в приложното поле на разпоредбата на чл.292 ГПК и дава повод за инициране на производство по уеднаквяването ѝ чрез постановяване на тълкувателно решение¹. Предвид тази противоречива съдебна практика между състави на ВКС по процесуалния въпрос председателят на ВКС е разпоредил да се образува тълкувателно дело № 4/2015 г. по описа на ВКС, Гражданската и Търговската колегии, произнасяне по което предстои.

Настоящият доклад има за цел да постави на дискусия и коментар характера на срока за предявяването на бъдещия иск при допуснатото обезпечение и да извърши критичен анализ на разпоредбата на чл. 390, ал.3 ГПК, както и да обоснове становището на автора за правилен отговор на поставения на вниманието на съдиите от Общото събрание на Гражданската и Търговската колегии на ВКС в рамките на образуваното тълкувателно дело въпрос².

II. Проблемът за естеството на срока за предявяване на бъдещ иск при допуснатото обезпечение.

1. Повод за настоящия доклад е характерът на срока за предявяване на иска в хипотезата на допуснатото обезпечение, чиято продължителност според изричното предписание на закона в чл. 390, ал.3, предл.1-во ГПК не може да бъде повече от един месец.

Актуалността на поставения проблем се обуславя от обстоятелството, че разпоредбата е новост в съдържанието на процесуалния ни кодекс.

¹ Вж. така т.2 от Тълкувателно решение на Общото събрание на Гражданската колегия и Търговската колегия на Върховния касационен съд № 2/28.09.2011 г. по тълкувателно дело № 2/2010 г.

² В периода между провеждането на научната конференция на 14 декември 2016 г. и публикуването на сборника с докладите беше гласувано и прието Тълкувателно решение № 3/2015 от 03.02.2017 г. по тълкувателно дело № 4 по описа за 2015 г. на Общото събрание на Гражданската и Търговската колегии на ВКС.

2. Съпоставката между действащата разпоредба на чл. 390, ал.3, предл.1-во ГПК и нормата на чл. 309 ГПК (отм.) разкрива съществени отлики между тях. До влизането в сила на действащия ГПК при допускане обезпечаването на бъдещия иск съдът беше властен да определи продължителността на срока за предявяване на бъдещия иск, без да е ограничен от максимален законов срок. При действието на ГПК (отм.) съдебният състав, допуснал обезпечението на бъдещия иск, в рамките на своите правомощия и преценка определяше срока, в който същият да бъде предявен и в съдебната практика нямаше съмнение, че съдебно определеният срок можеше да бъде продължаван при условията и предпоставките на чл. 36 ГПК (отм.). Правилото в отменения ни кодекс обаче звучеше по съвсем различен начин: при допуснато обезпечаване на бъдещ иск, съгласно чл. 309, предл.2-ро ГПК (отм.) „*съдията определя срок за предявяването на иска*“, чиято максимална продължителност не беше предмет на изрична правна уредба.

В съдебните актове от практиката по отменения ГПК по въпроса дали е допустимо продължаването на първоначално определения от съда срок за предявяване на бъдещия иск липсва противоречие. Процесуалната теория също еднозначно възприема възможността за продължаването му³.

3. Откъде възниква поставеният проблем за естеството на срока за предявяване на бъдещ иск? В нашата процесуална доктрина е възприето делението на законните процесуални срокове на **решителни и нерешителни** според това дали могат да бъдат продължавани от съда или тази възможност е изключена⁴. Решителните срокове са предмет на правна уредба в чл. 63, ал.3 ГПК, систематично отнесен към неговата част Първа, озаглавена „Общи правила“, приложими за всички уредени в него производства за защита и съдействие. В съответствие със законовата разпоредба, решителни са сроковете за обжалване и подаване молба за отмяна на влязло в сила решение. С изрични други разпоредби към тях са отнесени и срокът за подаване молба за възстановяване на срок (чл. 64, ал.4 ГПК), както и двуседмичният срок за подаване на възражение срещу издадената заповед за изпълнение от длъжника в заповедното производство (чл. 414, ал.2 ГПК).

По възприетото от процесуалната ни теория становище всички други срокове, независимо дали са законни или съдебно определени, са нерешителни по своя характер⁵. Решителни по характера си срокове могат да уреждат разпоредби и в други закони⁶.

Максималният едномесечен срок за предявяване на бъдещия иск при допуснато обезпечение не е намерил своето отражение в общите правила за сроковете на ГПК. Означава ли това мълчание на закона, че той е нерешителен по характера си и може да бъде продължаван?

Поставеният на обсъждане проблем е част от общия такъв относно допустимостта на окачествяването като решителни на процесуални срокове, които попадат извън обхвата и приложното поле на разпоредбата на чл. 63, ал.3 ГПК.

³ Вж. в този смисъл **Сталев, Ж.** Българско гражданско процесуално право. Четвърто допълнено и преработено издание. С.: ДИ Наука и изкуство, 1988, 650, както и **Сталев, Ж.** Българско гражданско процесуално право. Пето допълнено и преработено издание. С.: УИ Св. Климент Охридски, 1994, 733.

⁴ Вж. за него подробно **Силяновски, Д.** Гражданско съдопроизводство. Том първи – обща част. Четвърто издание. С.: Университетска печатница, 1948, 247, който обозначава законните решителни срокове като „фатални“. За възприетото деление на сроковете вж. и **Иванова, Р.** – В: Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова. Българско гражданско процесуално право. Девото преработено и допълнено издание. Първо по действащия ГПК. С.: Сиела, 2012, 246

⁵ Така **Иванова, Р.** – В: Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова. Цит. съч., 246.

⁶ Така **Силяновски, Д.** Цит. съч., 247.

Началният момент на срока за предявяването на бъдещия иск при допуснато обезпечение в съответствие с постановките по т.1 на Тълкувателно решение № 6/2013 г. от 14.03.2014 г. по тълкувателно дело № 6/2013 г. на Общото събрание на Гражданската и Търговска колегии на ВКС е **постановяване на определението**, с което се допуска обезпечението, освен ако съдът не е спазил законовото изискване да се произнесе по молбата за обезпечение в деня на подаването ѝ, в който случай срокът тече от връчването на съдебния акт.

III. Преглед на съществуващите становища за характера на срока за предявяване на бъдещия иск след допуснато обезпечение в доктрината.

След приемането на действащия ГПК в коментарната и научна литература се поддържат две разнопосочни становища. Според първото от тях, срокът за предявяване на бъдещия иск при допуснато обезпечение е нерешителен по характера си и „*може да бъде продължаван или възстановяван на общо основание*“⁷. Изразеното мнение в подкрепа на нерешителния характер на срока за предявяване на бъдещ иск след допуснато обезпечение не е подкрепено с особени аргументи. Според второто становище, срокът може да бъде продължаван, преди да е изтекъл, но „*заедно с продължаването не може да бъде по-дълъг от един месец*“⁸. Становището не е обосновано с допълнителни аргументи.

IV. Противоречива съдебна практика на състави на ВКС, обусловила предложението за образуване на тълкувателно дело.

В съдебната практика на ВКС, която е обвързваща като постановена по чл. 274, ал.3 ГПК, по поставения проблем съществуват две противоречиви становища :

1. Според първото от тях, срокът е нерешителен по естеството си и след като разпоредбата на чл. 63, ал. 3 ГПК не го изключва изрично от приложното поле на разпоредбата на ал.1, уреждаща допустимостта за продължаване на процесуалните срокове, няма пречка съдът да допусне продължаването му при постъпило искане от страна на ищеца (Определение № 775/ 28.10.2014 г. по ч. гр.д. № 5347/2014 г. на ВКС, Гражданска колегия, III г.о.). В същия смисъл е приетото становище в Определение № 134/14.03.2014 г. по ч. гр.д. № 659/2014 г. на ВКС, Гражданска колегия, I г.о., съгласно което срокът по чл. 390, ал.3 ГПК може да бъде продължаван, като обстоятелствата за това подлежат на преценка от съда, допуснал обезпечението, при постъпило искане за продължаване. Според съставите на ВКС, поддържащи това становище, разпоредбата на чл. 63, ал.3 ГПК е ограничителна и следва да се тълкува и прилага точно, а не разширително.

2. Според противоположното становище, предвиденият с разпоредбата на чл. 390, ал. 3 ГПК срок има различен характер и цел за разлика от посочените в общата част на исковия процес срокове за обжалване на съдебните актове. Срокът за предявяване на бъдещия иск след допуснато обезпечение е императивен, законоустановен и не може да бъде спиран, прекъсван или продължаван от съда (Определение № 327/ 11.05.2012 г. по ч. гр.д. № 126/2012 г. на ВКС, Гражданска колегия, III г.о.). Становище, че максималният едномесечен срок по чл. 390, ал.3 ГПК не може да бъде продължаван при условията на чл. 63 ГПК е обосновано и в Определение № 155/ 27.03.2013 г. по ч. гр.д. № 1962/2013 г. на ВКС, Гражданска

⁷ За него вж. **Чернев, С.** - В: Иванова, Р., Б. Пунев, С. Чернев. Коментар на новия Граждански процесуален кодекс. С. : ИК Труд и право, 2008, 600, както и **Влахов, К.** Актуални проблеми на новия Граждански процесуален кодекс. Второ издание. С.: Сиби, 2012, 80.

⁸ За него вж. **Попова, В.** - В: Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова. Цит. съч., 1216.

колегия, II г.о. Според мотивите на Определение № 859 /11.12.2013 г. по ч.т.д. № 4482/2013 г. на ВКС, Търговска колегия, II т. о., споделящо становището за решителен характер на срока за предявяване на бъдещия иск, той следва да бъде определен от съда съобразно с времето, необходимо за подготовката на иска, но при определянето му съдът е ограничен с най-дългия възможен срок, посочен в закона - до един месец.

3. Няма спор в съдебната практика, че в хипотезите, в които определеният от съда срок за предявяване на бъдещия иск след допуснатото обезпечение е по-кратък от максималния срок, при постъпило искане от ищеца съдът да има право да продължи първоначално определения в рамките на едномесечния по закон. Противоречиво се разрешава обаче въпросът дали предвиденият в закона едномесечен срок е решителен или не и може ли съдът да допусне продължаване над предвидената в закона негова максимална продължителност от един месец при наличие на уважителни причини за това (чл. 63, ал.1 ГПК).

4. Според изразено становище на Висшия адвокатски съвет по образуваното тълкувателно дело срокът за предявяването на бъдещия иск е нерешителен по характера си и няма пречка да бъде продължаван. При прилагането на чл.63, ал.1 ГПК обаче съдът следва да има предвид, че законът поставя разумни граници, в които обезпечението да предхожда предявяването на бъдещия иск, поради което както първоначалният, така и продълженият срок трябва да са съобразени с това законово изискване⁹.

V. Становище и разсъждения по поставения проблем.

За да бъде отговорено правилно на поставения въпрос за характера на срока за предявяване на бъдещия иск, е необходимо да си припомним същността на производството по обезпечаване на иска, неговата цел, както и естеството и целта на уредения едномесечен законов срок по чл. 390, ал.3, предл. 1-во ГПК.

1. Систематичното тълкуване на правната уредба на производството по обезпечаване на иска, съдържаща се в разпоредбите на самостоятелната част IV на ГПК, озаглавена „Обезпечително производство“ предоставя достатъчно аргументи за споделяне на безспорния в процесуалната ни теория извод, че по своето естество то представлява *самостоятелно защитно-санкционно производство*¹⁰, част от което е обезпечаването на бъдещия иск.

Особените предпоставки на правото на обезпечаване на бъдещ иск са неговата допустимост, вероятната му основателност, доказана чрез специфичните доказателствени средства – писмени доказателства, предвидени в разпоредбата на чл. 391, ал.1 ГПК и наличие на правен интерес от обезпечителна защита¹¹ – когато преди предявяването на бъдещия иск за ищеца съществува опасност да стане невъзможно или да се затрудни осъществяването на правата му по очакваното от него съдебно решение по бъдещия процес. Правото на обезпечаване на бъдещия иск възниква с пораждаване на обезпечителната нужда¹², съществува и се упражнява преди упражняването на правото на иск.

⁹ Вж. подробно становището на Висшия адвокатски съвет по тълкувателно дело № 4/2015 г. по описа на Общото събрание на Гражданската и Търговска колегии на ВКС на електронния адрес на Висшия адвокатски съвет (<http://www.vas.bg/bg/>).

¹⁰В този смисъл: **Сталев, Ж.** – В : Силяновски, Д., Ж. Сталев. Граждански процес. Том II. С.: ДИ „Наука и изкуство“, 1955, 285; **Попова, В.** – В: Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова. Цит. съч., 1208. Подробни аргументи за самостоятелния характер на производството по обезпечаване на иска вж. при **Спасова, С.** Обезпечение на иска. С.: Сиби, 2014, 29-48.

¹¹Вж. така **Сталев, Ж.**–В : Силяновски, Д., Ж. Сталев, Цит. съч., 288.

¹²Така **Яновски, Б.** Проблеми на съвременния изпълнителен процес на НРБългария.– в: Лекции за следдипломна специализация на юристи. С.: СУ „Св. Климент Охридски“, 1981, 159.

Допуснатата и наложена обезпечителна мярка проявява своето санкционно въздействие спрямо ответника, като води до ограничаване на правната му сфера. За разлика от ищеца, ответникът като страна, която не е инициатор на исковото производство, няма право на обезпечаване на иска¹³ поради различното процесуално положение на страните в обезпечителното производство, имащо за своя правна последица различия в техните права¹⁴. При допуснатото обезпечаване на бъдещ иск това ограничаване правата на ответника е оправдано само ако продължителността му е толкова, колкото е разумно необходимо за подготвянето и подаването на исковата молба. Ето защо действащият ГПК с ал.3, предложение първо на чл.390 разпорежда, че когато се допуска обезпечение на бъдещ иск, *„съдът определя срок за предявяване на иска, който не може да бъде по-дълъг от един месец.“*

2. Определянето на срок за предявяване на иска и довеждането му до знанието на бъдещия ищец – молител в обезпечителното производство с постановяване на съдебния акт за допускане на поисканото обезпечение¹⁵ представлява указание от съда при какви условия той има право да се ползва от допуснатите обезпечителни мерки. От момента на узнаване за допуснатото обезпечаване на иска и указания в негов срок за предявяването му бъдещият ищец може да упражни правото си на иск в рамките на определения от съда срок, като запази правните последици на допуснатото обезпечение по време на висящото исково производство. Ако съдебно указаният срок за предявяване на бъдещия иск не бъде спазен и не бъдат представени доказателства за това пред съда по обезпечението¹⁶, той отменя служебно допуснатото обезпечение (чл. 390, ал.3, предл.2-ро ГПК). Известно е, че в конкретното гражданско съдопроизводство се включват както процесуални действия, така и процесуални бездействия на страните¹⁷. В разпоредбата чл. 390, ал.3, предл.2-ро ГПК е уредена специфична правна последица на бездействието на бъдещия ищец – молител в обезпечителното производство да предяви иска в определения от съда срок за това. Санкцията, която настъпва при неупражняване в указания срок на правото му да предяви иска се състои в предписаната от закона служебната отмяна от съда на допуснатото обезпечение. Тя представлява отпадане на благоприятните правни последици на допуснатото обезпечение за молителя и предоставяне на възможност на ответника да ангажира срещу него отговорността за претърпените вследствие на обезпечението вреди (чл.

¹³В процесуалната теория се поддържа и различно виждане, според което в изрично предвидени в закона случаи ответникът има право на обезпечение на иска – вж. за него **Спасова, С.** Обезпечение на иска, Цит. съч., 86-91. Като примери авторът навежда случаи, които по своя характер представляват **обезпечителни мерки срещу започнало принудително изпълнение**, а не обезпечаване на иска. За съществените разлики между обезпечаването по реда на ГПК и обезпечаването на иска вж. подробно **Яновски, Б.** Проблеми на съвременния изпълнителен процес на РБългария, Цит. съч., 160-167.

¹⁴Така **Стамболиев, О.** Принципи на гражданския процес. – Правна мисъл, 2008, № 1, с. 106.

¹⁵За началния момент на срока за предявяване на бъдещия иск вж. постановките по т.1 на Тълкувателно решение № 6/2013 г. от 14.03.2014 г. по тълкувателно дело № 6/2013 г. на Общото събрание на Гражданската и Търговска колегии на ВКС, според което срокът тече от постановяване на определението за допускане на обезпечението, освен в случаите на неспазен от съда срок да се произнесе по молбата в закрито заседание в деня на подаването ѝ, в който случай той тече от връчване на съдебното определение.

¹⁶За допустимите доказателствени средства за доказване спазването на срока за предявяване на бъдещия иск при допуснатото обезпечение вж. постановките по т.2 на Тълкувателно решение № 6/2013 г. от 14.03.2014 г. по тълкувателно дело № 6/2013 г. на Общото събрание на Гражданската и Търговска колегии на ВКС. Според възприетото тълкуване, спазването на срока се доказва с представяне на надлежни доказателства – препис от исковата молба с надлежно удостоверена дата на постъпването ѝ в съда или съдебно удостоверение. Ако на съда е служебно известно, че искът е предявен в срок, той не отменя допуснатото обезпечение.

¹⁷Подробно **Сталев, Ж.** Производството като динамичен фактически състав.–Годишник на Софийския университет, Юридически факултет, том LVI, 1961, 136-137.

403, ал.1 ГПК). За да настъпи за молителя процесуалната тежест, следваща от неговото бездействие, той трябва да е узнае за допуснатото обезпечение и определения от съда срок, в който правото му да предяви иска следва да бъде упражнено. Ако бъдещият ищец желае да запази правата си по допуснатото обезпечение, докато исковото производство е висящо, е длъжен да предяви иска в определения срок и да докаже спазването му пред съда по обезпечението.

3. Граматическото тълкуване¹⁸ на разпоредбата на чл. 390, ал.3, предл.1-во ГПК, според която при допуснато обезпечение на бъдещ иск съдът определя срок за предявяването му, „**който не може да бъде по-дълъг от един месец**“, води до извода, че в случая законът е определил максималната продължителност на срока, в рамките на който съдът е оправомощен да определи за всеки конкретен случай колко време би било необходимо на ищеца да изготви и да подаде исковата си молба, така че в този срок искът да бъде предявен¹⁹. Прочетена положително, тя означава, че при допускане на обезпечение на бъдещия иск съдът е длъжен : 1) да определи срок за предявяването му; и 2) този срок може да има максимална продължителност от един месец.

Срокът за предявяване на бъдещия иск при допуснато негово обезпечение е **съдебен срок**²⁰ (чл. 59 ГПК). В разпоредбата на чл. 390, ал.3, изр. 1-во ГПК законодателят е определил неговата максимална законова продължителност – един месец. Определянето на конкретната му продължителност в рамките на максимално предвидената, в съответствие с чл. 59 ГПК, е в правомощията и преценката на съда, допуснал обезпечението.

4. Мотивите за приемане на разпоредбата, предписала максималната продължителност на срока за предявяване на бъдещ иск, намират своето основание в необходимостта да бъде пресечена възможността от прекомерна висящност на наложената обезпечителна мярка като ограничаване правата на ответника в производството. Смисълът на разпоредбата на чл. 390, ал.3, предл. 1-во ГПК се състои в препятстване възможността при действащия ГПК да се повтори съществуващата при действието на ГПК (отм.) неправилна и неприемлива съдебна практика по определяне на твърде дълъг срок за предявяване на бъдещия иск при допуснатото му обезпечение и да бъде ограничена злоупотребата с права в обезпечителното производство²¹. Отчитайки тези реалности, законодателят въведе като коректив максимална продължителност от един месец спрямо срока за предявяване на бъдещия иск след допуснатото му обезпечение, в рамките на който съдът по обезпечението има право да прецени конкретната му продължителност. Да се поддържа, че въпреки въведената изрична правна уредба на максималния срок за предявяване на бъдещия иск след допуснатото му обезпечение съдът има право да го продължи, означава да се дерогират законово предписаните условия и време за надлежно упражняване на правата от бъдещия ищец, ако желае да се ползва от допуснатите обезпечителни мерки по време

¹⁸За понятието „граматическо“ или „езиково“ тълкуване вж. **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част-дял I. С.: Наука и изкуство, 1972, 127-128, както и **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част. Второ преработено и допълнено издание. С.: Софи-Р, 2002, 133-134.

¹⁹Съобразно чл. 125 ГПК, искът е предявен с постъпването на исковата молба в съда, но в съдебната практика на ВКС се поддържа правилното становище, че в случаите, когато исковата молба е подадена по пощата, датата на предявяването ѝ е тази, отразена върху пощенското клеймо при подаването ѝ, а не датата на постъпването ѝ в съда – за нето вж. Решение № 172/12.10.2016 г. по гр.д. № 1424/2016 г. на ВКС, ГК, I г.о. (по чл. 290 ГПК), както и Решение № 182/17.11.2010 г. по търг.д. № 76/2010 г. на ВКС, ТК, II т.о. (по чл.290 ГПК).

²⁰Така **Сталев, Ж.**–В : Силяновски, Д., Ж. Сталев. Цит. съч., 290.

²¹С оглед на това въвеждането в закона на максимален срок за предявяване на иска при допуснато обезпечение се преценява в процесуалната теория като положителна основа за преодоляване на „ширеци се в практиката злоупотреби“ – вж. така **Чернев, С.**– В : Иванова, Р., Б. Пунев, С. Чернев. Цит. съч., 600.

на исковото производство. С разпоредбата на чл. 390, ал.3, предл. 1-во ГПК императивно са определени времевите рамки за молителя – бъдещ ищец, при които той може да упражни правото си на иск, като запази правните последици на допуснатото обезпечение по време на висящото исково производство. Ако бъдещият иск не бъде предявен в определения от съда при спазване на това законово правило срок, разпоредбата на чл. 390, ал.3, предл. 2-ро ГПК повелително урежда правните последици от бездействието на ищеца в рамките на предписания максимален едномесечен срок и неговото пропускане – допуснатото обезпечение се отменя служебно от съда, без това да препятства надлежното упражняване правото на искова защита от ищеца. Анализът на тези правила води до извод, че законът е уредил с императивно правило максималната продължителност на срока за предявяване на бъдещия иск и съдът по обезпечението е длъжен да я спазва.

5. Логическото и систематично тълкуване²² на нормативната разпоредба на чл. 390, ал.3, предл.1-во ГПК, според която при допуснато обезпечение на бъдещ иск съдът определя срок за предявяването му, „който не може да бъде по-дълъг от един месец“, обосновава извод, че разпоредбата урежда следните законови забрани за съда, допуснал обезпечението : 1) да определя срок за предявяване на иска, надвишаващ един месец; и 2) да нарушава максималната законова определена продължителност на срока за предявяване на бъдещия иск чрез продължаването му по искане на ищеца. От езиковото тълкуване на разпоредбата следва, че тя е с императивен характер и с нея се урежда решителен максимален срок от един месец за предявяване на бъдещия иск след допуснатото му обезпечение, в рамките на който ищецът е длъжен да упражни правото си на иск, ако желае да запази допуснатите обезпечителни мерки спрямо ответника по време на висящото исково производство. Продължаването на срока за предявяване на иска над законово предвидения максимален времеви лимит неоправдано засяга правната сфера на бъдещия ответник и е в състояние да предостави възможност за злоупотреба с права в нарушение на разпоредбата на чл. 3 ГПК.

6. Начинът, по който законодателят е формулирал забраната за определяне на срок за предявяване на бъдещия иск при допуснато обезпечение над уредения едномесечен максимален такъв, води до извод за специален характер на разпоредбата на чл. 390, ал.3, предл. 1-во ГПК в частта ѝ на определения от нея максимален едномесечен срок за предявяване на бъдещия иск, който изключва възможността за прилагане на общата разпоредба на чл. 63, ал.1 ГПК за продължаване на законовите срокове, чието систематично място е в част Първа, озаглавена „Общи правила“ на кодекса. При едновременното действие на общата разпоредба на чл. 63, ал.1 ГПК за допустимостта и условията за продължаване на процесуалните срокове и специалната разпоредба на чл. 390, ал.1, предл.1-во ГПК, специалната норма изключва прилагането на общата. Бъдещият ищец е длъжен да предяви иска в указания от съда с определения за допускане на обезпечението срок, който не може да бъде по-дълъг от един месец, и има право да поиска неговото продължаване само ако първоначално определеният от съда срок за предявяването му е по-кратък от предписания от закона максимален едномесечен такъв.

7. Не е прецедент в други разпоредби на ГПК да бъдат предвидени решителни срокове, в допълнение към общата разпоредба на чл. 63, ал.3 ГПК. С изрични други разпоредби към тях са отнесени и **срокът за подаване молба за възстановяване на срок** (чл. 64, ал.4 ГПК), както и **двуседмичният срок** за подаване на възражение

²²За тези понятия вж. **Таджер, В.**, Цит. съч., 128-130, както и **Павлова, М.**, Цит. съч., 134-136.

срещу издадената заповед за изпълнение от длъжника в заповедното производство (чл. 414, ал.2 ГПК).

Ето защо намирам, че изводът за решителен характер на максималния едномесечен срок за предявяване на иска при допуснато обезпечение, повелително установен в разпоредбата на чл. 390, ал.3, предл. 1-во ГПК съответства на граматическото, логическо и систематичното тълкуване на тази сравнително нова за нашето законодателство норма, без аналог в ГПК (отм.). Това тълкуване постига баланс и равнопоставеност в правата между двете главни страни в обезпечителното производство.

VI. В заключение, след критичния анализ на възприетите в практиката становища, коментар и тълкуване на законовите текстове, намирам за правилно и съответстващо на основните положения в ГПК, съобразено със същността на производството по обезпечаване на иска, неговата цел, както и естеството и целта на уредения едномесечен законов срок по чл. 390, ал.3, предл. 1-во ГПК, поставеният в рамките на тълкувателно дело № 4/2015 г. пред Общото събрание на Гражданската и Търговска колегии на ВКС въпрос да получи следния отговор: Срокът за предявяване на бъдещ иск при допуснато обезпечение по чл. 390, ал.3, предл. 1-во ГПК поради своя характер не може да бъде продължаван при условията на чл.63, ал.1 ГПК над императивно определения в закона максимален едномесечен срок.

Правни последици на местното арбитражно решение – недостатъци в правния режим у нас и последните стъпки за преодоляването им

Маргарита Златарева

Legal Effects of the Local Arbitration Judgment – Disadvantages of the Bulgarian Legal Order and the Recent Steps for Overcoming Them

Margarita Zlatareva

Abstract: *This article analyzes the reasons for the mistrust of the arbitration's activity and discusses the latest legislative amendments in the field – in the Civil Procedure Code (CPC) and the International Commercial Arbitration Act (ICAC), promulgated in the State Gazette, issue 8 of 24 Jan 2017.*

Firstly, it concludes that in the national source the form has been determined too widely, liberally and with an option for broad interpretation. The latest amendments to Article 7 para 3 ICAC that enlist the procedural actions of the defendant in the arbitration proceedings and satisfy the conditions for a valid arbitration agreement, practically make the framework narrower. The articles suggests that the requirements to the form of the arbitration agreement need to be more restrictive and that some optional forms, such as any "other" communication between the parties or a defendant's consent by conduct need to be removed. Such conclusion is backed up by a comparative legal analysis of German and Austrian legislation.

Secondly, the article comments on the narrowing of the scope of disputes admissible for consideration by arbitration in last amendment of Article 19 para 1 CPC that has taken out of the scope of arbitration agreements all disputes with consumers. As such arbitration judgment needs be declared null and void as it has been made on a dispute that cannot be subject to arbitration the article raises the question about the authority competent to declare it null and void. In principle this could be a civil action to the Supreme Court of Cassation. However, is it possible for the court competent to issue a writ of execution to declare incidentally such arbitration judgment null and void and to refuse the execution writ? The conclusion is that this is a check in the substance of the judgment that would functionally change the proceedings for issuing an execution of writ.

*Thirdly, the articles points out as a risk in the arbitration proceedings the direct effect of the local arbitration judgment similarly to the effects of the court judgment. Our law does not provide for court's recognition of local arbitration judgment. However the author finds it necessary for the law to provide for such a court's "sanction" mostly in the authority of the state (judicial) power to allow for the legal effects of the arbitration judgments only if they comply with the *ordre public* that is the state legal order. The latest amendment of Article 47 ICAC removes the possibility for *ordre public* compliance check by the Supreme Court of Cassation. Such check is not provided in the proceedings for issuing a writ of execution as well.*

Given the liberal method of creating institutional arbitration courts and/or the lack of criteria for selection of arbitrators it is possible for many arbitration judgments to be made contrary to the principles of equality and fairness that are fundamental for any administration of justice. The risks of the direct effect of local arbitration judgment could be overcome if the proceedings for issuing a writ of execution include a check of the minimum requirements for the debtor to be notified.

Keywords: *arbitration, form of arbitration agreement, recognition and execution of local arbitration judgment*

Недържавното договорно правораздаване е предпочитан способ за защитата на спорни търговски правоотношения. Предимствата на арбитража като алтернатива на съдебното производство са бързината и избягване на публичността при разрешаване на споровете – страните имат интерес да се запази конфиденциалността в търговските си правоотношения и спорът да се реши без съобразяване със сложните и формални процедури на гражданския процес. Доверието на страните към избрани от тях специалисти за арбитри (при арбитраж *ad hoc* свободно, а при институционален арбитраж от арбитражна листа) също се сочеше като преимущество на доброволното правораздаване. Значението на арбитражната юрисдикция преди всичко изпъква и се проявява при защита на накърнени трансгранични търговски правоотношения, тъй като страните имат възможност да изберат неутрална спрямо държавната власт юрисдикция.

Посочените предимства на арбитража устояват във времето при разрешаване на трансгранични спорове, решенията по които следва да се изпълнят в България – т.е. когато последиците на чуждестранните арбитражни решения трябва да се проявят у нас. Чуждестранните арбитражни решения преминават през производството по екзекватура пред Софийски градски съд, в която националният съд „разрешава“ зачитането, респ. изпълнението на арбитражното решение у нас по правилата на Нюйоркската конвенция за признаване и изпълнение на чуждестранни арбитражни решения.

Не така хармонично стои арбитражното производство *във вътрешен план*, когато в България се решават спорове пред арбитраж. Често предимствата на арбитража като договорна юрисдикция *се превръщат в недостатъци*. Доверието се превръща в недоверие, а принципите на правораздаването като понятие (независимо дали юрисдикцията е държавна или частна) – да осигури независимо решаване на конкретни правни спорове по повод съответно сезиране и при спазване на определено състезателно производство в условията на независимост и самостоятелност на решаването¹, не се съблюдават.

Целта на настоящото изложение е да анализира причините за създаденото недоверие в дейността на тази недържавна юрисдикция по частноправни спорове и да обсъди последните изменения в областта на арбитража, приети в Граждански процесуален кодекс, ГПК и в Закона за международен арбитраж, ЗМТА, обн. ДВ, бр.8 от 24.01.2017г.

1. В основата на арбитража стои волята на спорещите страни да възложат разрешаването на спора си на едно или повече безпристрастни лица, извън държавното правораздаване, която воля те материализират в арбитражно споразумение, респ. арбитражна клауза в договор. *Арбитражното споразумение* предоставя правомощието на арбитрите да правораздават. Следователно действителността на сключеното между спорещите страни арбитражно споразумение определя законосъобразността на арбитражното производство и издаденото въз основа на него арбитражно решение.

А за да бъде един договор действителен, определящи са формата, предмета, страните.

1.1. Традицията за алтернативно разрешаване на граждански спорове в България идва още от Закона за гражданското съдопроизводство, ЗГС² от 1892г., в който съвсем не лаконично е уреден арбитража, наречен доброволен помирителен съд. Неговата уредба се запазва и в новата редакция на ЗГС от 1930г. *Волята на страните* да се

¹ Определение на понятието в Решение №6 от 2008г.по к.д.5/2008г. на Конституционния съд-Обн.ДВ, бр.100/2008г.

² Обн. ДВ, бр.31 от 1892 г.

насочи спора към доброволен помирителен съд ЗСГ сочи, че *следва да се оформи в „помирителен запис“*, който се подписва от спорещите страни и от избраните помирители и се заверява нотариално.

1.2. В съвременните източници за арбитраж *формата на арбитражното споразумение* като условие за валидност е посочена различно.

1.2.1. Според Конвенция за признаване и изпълнение на чуждестранни арбитражни решения, така наречената Нюйоркска конвенция, приета през 1958г. на международна конференция в Ню Йорк, свикана от Съвета на ООН³, арбитражното споразумение трябва да бъде в писмена форма; устната форма или конклюдентните действия за изключени.

Европейска конвенция за външнотърговски арбитраж, приета по инициатива на Европейска икономическа комисия при ООН на 21.04.1961г. в Женева⁴ допуска сключване на арбитражно споразумение и в устна форма и чрез конклюдентни действия, стига тези способи да са допустими от националното право на държавата, страна по конвенцията.

1.2.2. В чл.7 от Закон за международния търговски арбитраж,⁵ (българският източник на уредбата) формата е определена твърде широко, либерално, с възможност за разширително тълкуване.

Арбитражно споразумение според ЗМТА има: а) когато е писмено или б) когато съгласието за арбитраж се съдържа в конклюдентни действия.

1.2.2.1. От своя страна *писменото споразумение* може да е аа) отделен и изричен договор за арбитраж или ааа) арбитражна клауза в търговски договор – чл.7, ал.1, 2ро изр. ЗМТА.

Освен изрична писмена форма арбитражното споразумение е писмено аааа) ако се съдържа в документ, подписан от страните или в размяна на писма, телекси, телеграми (няма вече такъв вид съобщения) или други средства за съобщения – чл.7, ал.2 ЗМТА.

Тази последна хипотеза, формулираща условията за „действително“ арбитражно споразумение с писмена форма създава трудности за очертаване рамките на възможното му сключване. Разпоредбата на чл.7, ал.2 ЗМТА допуска съгласието на страните за арбитраж да се извлича (субективно преценено) от разменени между спорещите страни писма и телекси. А допълнението на разпоредбата с „други съобщения“ - съвременните средства за комуникация е-мейли и други електронни общувания, дава възможност за твърде широко тълкуване и нееднозначно доказване на съгласието за конкретно определен арбитраж между страните.

1.2.2.2. Нещо повече, разпоредбата на чл.7, ал.3 ЗМТА *изоставя писмената форма* и приема, че има арбитражно споразумение, когато спорът е заведен пред арбитраж и бб) ответникът изрично писмено или с изявление в заседание на арбитража, отразено в протокола, потвърди съгласие за недържавната юрисдикция с конкретния арбитражен състав.

В тази хипотеза се поставя въпроса как е формиран решаващият състав, след като ответникът едва в заседанието с призоваване на страните изразява съгласие за арбитраж.

Съществуват обаче и случаи, в които не се провеждат арбитражни заседания, каквато възможност е предвидена в чл.30, изр.1 ЗМТА.

³ Ратифицирана от България с Указ на Президиума на НС от 1961г., обнародвана в ДВ, бр.2/1965г., а в сила за България от 1962г.

⁴ Ратифицирана от България на 14.03.1964г., обнародвана в ДВ, бр.23/64г. и е в сила за България от 11.08.1964г.

⁵ Обн.ДВ, бр.60/1988г.

Нещо повече, без изрично изявление за приемане на арбитража, счита се че има съгласие за него, когато ббб) ответникът участва в арбитражното производство. Последните изменения на чл.7, ал.3 ЗМТА⁶ уточняват понятието „участие в арбитражно производство“ с изброяване на процесуални действия на ответника – да е подал отговор на исковата молба, да е представил доказателства, да е предявил насрещен иск. Т.е. конклюдентните действия на ответника за изясняване на спора по същество⁷ в арбитражното производство (преди изменението на редакцията на чл.7, ал.3 ЗМТА) се доразвиват с конкретно процесуално поведение, с което се презумира неоспорването компетентността на арбитража.

Допълнението на чл.7, ал.3 ЗМТА е продиктувано от стремежа да се отстранят случаи, в които ответникът се оказва осъден, без да е разбрал за арбитражното производство. Но изброяването на възможните процесуални действия на ответника, необходими, за да се приеме компетентността на арбитражния състав стесняват рамката, очертаваща условията за валидно арбитражно споразумение. Защото е възможно да има и други конклюдентни действия на ответника във вече образувано арбитражно дело, за чийто предмет не е подписано арбитражно споразумение – напр. молба за разглеждане на делото в отсъствието на ответника... След като това процесуално действие не е изброено в законовия текст, няма да е налице валидно арбитражно споразумение, стига практиката да разграничава достатъчно ясно изменените условия.

1.2.3. На фона на посочените изисквания за форма на арбитражното споразумение в международните източници, които съгласно чл.5, ал.4 от Конституцията са част от вътрешното право у нас и имат предимство пред нормите на националното законодателство, които им противоречат, *условията за валидно арбитражно споразумение по ЗМТА изпъкват като твърде либерални, независимо от приетите промени на чл.7 ЗМТА.*

Волята на страните да се обърнат към арбитраж възлага правомощието на арбитражите да правораздават. Затова наличието на съгласие между страните за отнасяне на един имуществен спор пред арбитраж е предпоставка за законосъобразен арбитражен процес и валидно арбитражно решение. Наличието на това съгласие следва да се определи по един ясен, непротиворечиво тълкуващ се начин, който да не отваря вратички за злоупотреба с право или недобросъвестно упражняване на правомощията за алтернативното решаване на граждански спорове.

Изискванията към формата на арбитражното споразумение следва да станат по-рестриктивни – изричната писмена форма за отнасяне на даден спор към арбитраж или ясната и изрична арбитражна клауза в договора за отнасяне на възникналите от договора бъдещи спорове към арбитраж. Наличието на всякакви „други“ съобщения, разменени между страните би следвало да отпаднат като допустими и възможни. Допускането на неформален договор за арбитраж не е желателно. Поне в периода на издигане на правосъзнанието на субектите, които търсят защита в тази несъдебна доброволна юрисдикция и на органите, които предоставят защитата на накърнени частни правоотношения.

1.2.4. За сравнение, *в действащото право на ФРГ* са предвидени строги формални изисквания към формата на арбитражното съглашение/договор Според разпоредби на § 1027 ZPO за сключването на един действащ арбитражен договор се изисква *особена писмена форма*, независимо, че главният договор не трябва да има задължително писмена форма. Този особен документ трябва да съдържа абсолютна уговорка за арбитражна компетентност и трябва да е отделен пространствено от

⁶ Редакцията обн.ДВ, бр.8/2017г.

⁷ В какъвто смисъл се тълкуваше разпоредбата

основния договор. Когато той не е отделен арбитражната компетентност трябва да е най-малко изрично подчертана.

В австрийския ZPO арбитражното споразумение трябва да бъде писмено като телеграма, телекс и факс между страните също са достатъчни. Макар и разширено, изискването за форма на арбитражното споразумение не включва конклюдентни действия на ответника като одобрение на започнало арбитражно производство.

1.3. Валидността на *арбитражното споразумение* се влияе и от неговия предмет. Страните могат да се обърнат към арбитраж за решаване само на определени от закона имуществени спорове.

Разпоредбата на чл.19, ал.1 ГПК очертава кръга на имуществените спорове, които не могат да бъдат предмет на арбитражно споразумение. Извън нея, неарбитражни се явяват и спорове относно правното положение на ЮЛ, регистрирано в България, за които в материалните закони е предвидено право на иск и за прокурора – чл.70 ТЗ, чл.74 ТЗ, чл.155 ТЗ и др.

С изменението на чл.19, ал.1 ГПК⁸ от обсега на недържавното правораздаване се изваждат спорове със страна потребител – физическо лице, което придобива стоки и услуги, не предназначени за търговска или професионална дейност или физическо лице, което като страна по потребителски договор действа извън рамките на своята професионална или търговска дейност⁹.

В тази връзка за недействителна е обявена всяка арбитражна клауза в договор между потребител и търговец за възлагане на спор между тях за разглеждане от арбитраж – чл.3, ал.4 Закон за защита на потребителя, ЗЗП¹⁰. Разпоредбата не засяга процедурата за алтернативно решаване на потребителски спорове по смисъла на ЗЗП.

Стесняването на предмета на арбитражното споразумение с още един вид спорове е въпрос на законодателна преценка с цел защита на обществен интерес. Изменението не предизвиква необходимост от тълкуване.

Тълкуване изисква изменението на вида на арбитражното решение, разгледало неарбитражен спор. Всички арбитражни решения с предмет неарбитражни спорове са обявени за нищожни с новата алинея 2 на чл.47 ЗМТА¹¹.

Така стигаме до арбитражното решение.

2. Вторият рисков момент в арбитражното производство е *признаването и изпълнението на постановеното арбитражно решение*.

2.1. Арбитражното решение, постановено от арбитраж в България, е обявено за изпълнително основание по чл.404, т.1 ГПК направо, т.е. неговите правни последици, разбирай СПН, изпълнителна сила и конститутивно действие, се проявяват веднага след постановяването му, подобно на правните последици на съдебното решение. Законодателят е проявил пълно доверие към арбитражното решение, постановено в едноинстанционното арбитражно производство, каквото доверие е определил за съдебното решение, преминаващо през дългия инстанционен ход на гражданското съдопроизводство.

2.1.1. Местното арбитражно решение обаче не винаги е проявявало своите правни последици веднага след постановяването му.

Исторически местните решения на арбитража (осъдителните) са преминавали през съдебното производство по екзекватура пред СГС, за да проявят своята СПН и

⁸ Обн. ДВ бр.8/2017г.

⁹ Определението за физическо лице-потребител е съгласно §13, т.1 ДР на Закона за защита на потребителите

¹⁰ С изменение, обн. ДВ бр.8/2017

¹¹ Също с изменението, обн. ДВ бр.8/2017г.

изпълнителна сила. И това е за периода от 1992г., когато с изменение на ГПК (от 1952г.)¹² се възстановява понятието арбитраж като недържавно доброволно правораздаване¹³ до края на 1993г. С изменението на Закона за международния търговски арбитраж, ЗМТА¹⁴, арбитражните решения са приравнени по правна сила и последици със съдебните решения и без „одобрението“ на съда те са признати за изпълнителни основания, наред със съдебните решения.

2.1.2. *Преминаването през съдебна процедура, за да се проявят правните последици на арбитражното решение в държавата по произход* не е чужда на международните източници. В чл.1, т.1, изр.2. на Нюйоркската конвенция за признаване и изпълнение на чуждестранни арбитражни решения процедура по екзекватура се предвижда и за арбитражни решения, които в държавата по произход не се смятат за национални решения, макар, че са постановени в нея.

Законът-модел на УНСИТРАЛ¹⁵, имащ за цел да хармонизира националните законодателства в областта на арбитража, който е възприет в повечето от предложените разрешения от ЗМТА, също не придава пряка сила на местното арбитражно решение, а изисква „одобрението на съда“ преди проявяването на неговите правни последици. (В тази част ЗМТА се е отклонил).

В много от страните от континенталната правна система местното арбитражно решение се нуждае от „санкцията“ на съда, за да прояви своята правна сила. Например, според §§1040-1042 ZPO на ФРГ изпълнителната сила на арбитражното решение се проявява тогава, когато то се обяви за изпълняемо от държавния съд. А между страните арбитражното решение има същото действие, както влязло в сила съдебно решение.

В други страни в производството по издаване на изпълнителен лист са предвидени условия, подобни на производството по екзекватура, с които се проверява възможността за изпълнение на местно арбитражно решение. Напр. в Обединеното Кралство в производство за допускане на изпълнението могат да се повдигнат въпроси относно противоречие с норми от публичен ред или липса на арбитраруемост.

2.1.3. Броя на арбитражните решения, постановени у нас, които не преминават през производство по екзекватура е прекомерно увеличен и от факта, че *всички постановени на територията на България арбитражни решения се считат за местни*. Критерий за „чуждестранно решение“ е посочен в Нюйоркската конвенция в две хипотези: а) решение, постановено на територия на държава, различна от държавата по изпълнение и б) решение, постановено в същата държава, където се иска изпълнение, но според вътрешното право тези решения не се считат за местни, защото страните са подчинили спора си на чужд закон. Вторият критерий се прилага в Германия, Франция. В САЩ решенията не се считат за местни, ако делото е преобладаващо свързано с друга държава – страни по него са граждани или ЮЛ на друга държава, предмета е вещ, намираща се в друга държава и пр.

България не е възприела втория критерий за чуждестранно решение и Нюйоркската конвенция в тази част не се прилага. През производството по екзекватура преминават само чуждестранните арбитражни решения. Решение, постановено от български арбитраж със страни ЮЛ с изцяло чужд капитал или с местонахождение на

¹² Обн. ДВ, бр.55/92г.

¹³ ГПК от 1952г. допуска доброволен арбитраж само между български социалистически организации и чуждестранни предприятия, дружества. Т.е. нормативно организиран е само международния търговски арбитраж с място на арбитража – Българската търговско промишлена палата, БТПП.

¹⁴ Обн.ДВ, бр.93/1993г.

¹⁵ Акт на Комисията на ООН по международно търговско право (UNCITRAL-Model Law)

действителното управление извън страната, но вписани в българските регистри като ЮЛ се счита за местно решение, което се изпълнява направо.

2.1.4. *Основания за съдебно признаване на правните последици на едно местно арбитражно решение* се съдържат както в характеристиката на арбитража като частно договорно правораздаване, така и във възможността в правния мир да се промъкнат напълно неприемливи арбитражни решения от гледна точка на задачата на юрисдикцията за равенство и справедливост.

2.1.4.1. Конституцията предоставя монопола на съдилищата да правораздават. Арбитражът не е особена юрисдикционна власт, а проява на конвенционално правораздаване. Следователно в правото на държавната власт (разбирай съдебната) е да допуска правните последици на решенията на арбитражните съдилища само, ако тези решения съответстват на основните изисквания на правовия ред, *ordre public*, който е държавен правов ред. Става дума за основните принципи на юрисдикцията като разрешаване на правен спор от независим и безпристрастен орган.¹⁶

Преди последното изменение на чл.47 ЗМТА основание за отмяна на арбитражно решение по исков ред бе и когато то противоречи на обществения ред на Република България – т.3, пр.2 на чл.47 ЗМТА. С отмяната на т.3 от чл.47 ЗМТА *възможността за проверката за ordre public от ВКС по пътя на исковата защита отпадна* незначително защо... Такава проверка не е предвидена и от съда, издаващ изпълнителен лист.

При либералният начин да създаване на институционални арбитражни съдилища и/или липсата на критерий при избиране на арбитри, съществува възможност от появата на арбитражни решения в разрез с принципите за равенство и справедливост изискуеми при дейността на всяко правораздаване.

2.1.4.2. Никои не отрича възможностите за защита на ответника, които дава искът за отмяна на арбитражно решение пред ВКС по чл.47 ЗМТА. Но като исково производство защитата е продиктувана от активността на ответника по арбитражното решение, който в много случаи не е узнал за воденото срещу него арбитражно дело.

Освен това, ако ответникът пропусне 3 месечния срок за предявяване на иска по чл.47 ЗМТА в правния свят добива сила и местно арбитражно решение, което е поставено без страните да са възложили юрисдикционни правомощия на решаващия арбитражен състав, т.е. без валидно арбитражно споразумение.¹⁷ При сега действащата уредба изпълнителен лист на това решение ще бъде издаден и съдебният изпълнител трябва да проведе принудителното изпълнение.

2.2. С последното изменение на ЗМТА, както се посочи вече, *арбитражно решение, разгледало неарбитраруем спор* се санкционира като *нищожно* – чл.47, ал.2 ЗМТА. Разпоредбата се намира в нормата за отмяна на арбитражни решения по исков ред от ВКС и означава, че в това производство ВКС ще прогласява нищожността на този вид решения.

Същевременно според новата ал.5 на чл.405 ГПК съдът отказва да издаде изпълнителен лист въз основа на нищожно решение по смисъла на чл.47, ал.2 ЗМТА.

Поставя се въпроса – ако нищожното арбитражно решение, разгледало неарбитраруем спор не е преминало през исковото производство на чл.47 на ВКС, може ли компетентният съд по издаване на изпълнителен лист да го прогласи за нищожно инцидентно, преди да откаже издаване на изпълнителен лист.

¹⁶ В същия смисъл и **Бончовски П.** Нищожни арбитражни решения (принципни въпроси в светлината на някои решения на ВКС), сп. Норма, бр.6, 2016.

¹⁷ Според обединен законопроект (№ 653-03-106, във вида за второ четене на 12.01.2017 г.) за изменение на ГПК и ЗМТА в хода на легитимиране на кредитора като взискател, такава нищожност може да се прогласи с иск на заинтересувано лице или прокурор пред ВКС без ограничение във времето. Но текстът не е гласуван при окончателния вид на ЗИД на ГПК и ЗМТА.

Макар и разгледало неарбитражен спор, нищожното арбитражно решение не е правно нищо (подобно на съдебното решение). То трябва да се прогласи за нищожно. И ако длъжникът не прояви активност, поради незнание или небрежност и окръжният съд в района по постоянния адрес или седалището на длъжника¹⁸ не издаде въз основа на него изпълнителен лист, но арбитражното решение не бъде обезсилено, неговото изпълнение е възможно да се допусне в друга държава, в която правовия ред не изважда от предмета на споровете, допустими пред недържавното правораздаване тези, посочени в чл.19, ал.1 ГПК.

2.2.1. Изводът е, че на *съда, издаващ изпълнителен лист следва да се възложи правомощие за проверка на арбитражното решение и относно арбитражуемостта на решеното спорно право и възможност за прогласяване нищожност на арбитражно решение с неарбитражен спор*. Но това вече е проверка по съществуването на решението, което функционално променя производството по издаване на изпълнителен лист.

Цел на производството по издаване на изпълнителен лист е проверка за съществуване на процесуалното право на принудително изпълнение и гаранция срещу недобросъвестното му изпълнение.¹⁹ Затова производството по издаване на изпълнителен лист се концентрира върху процесуални въпроси и преценката за вида на материалното право е изключена. Разпоредбата на чл.406 ГПК ограничава преценката на съда до външна проверка за валидност и автентичност на изпълнителното основание и наличие в него на притезание.

Следователно самостоятелното съдебно производство по издаване на изпълнителен лист следва да претърпи законодателни промени в характеристиката си.

2.3. Производството по издаване на изпълнителен лист може да се използва и за преодоляването на липсата на съдебно производство по екзекутура за местни арбитражни решение и в една друга процесуална защита на длъжника.

За пример може да послужи *защитата на длъжника в наднационалните процедури за установяване и събиране на частноправни вземания от правото на ЕС*. При удостоверяване на съдебно решение като европейско изпълнително основание по Регламент (ЕО) №805/2004, при издаване европейска заповед за плащане по Регламент(ЕО) №1896/2006 и при постановяване на решение по европейска процедура за искове с малък материален интерес по Регламент (ЕО)№861/2007) са предвидени *минимални изисквания относно информираността на длъжника*, така наречените задължителни стандарти като гаранции.²⁰

Компетентният съд в производството по издаване на изпълнителен лист би следвало да *извършва служебно проверка дали ответникът по арбитражното дело е получил първоначалния документ за започване на арбитражното производство*, респ. призовка за арбитражното заседание, ако е проведено такова. Такава проверка не би била необходима, ако преди това арбитражното решение е било оспорено неуспешно по исков ред на основание на чл.47, т.4 ЗМТА.

Съдебната практика е включила във формалната преценка на изпълнителното основание, издадено от арбитражен съд вече и проверка за връчване на арбитражното решение на насрещната страна - Определение № 996 от 1.06.2011 г. по ч.гр.д. № 1448/2011 г., САС, ТК, 3-ти с-в и Определение № 792 от 4.05.2011 г. по ч.гр.д. №

¹⁸ Вж.чл.405, ал.3 ГПК изм. с ДВ, бр.8/2017г.

¹⁹ Д. Митева в Граждански процесуален кодекс – приложен коментар, С., 2012, 864

²⁰ Известно е, че процесуалните регламенти от правото на ЕС изрично изключват приложението си за арбитража като договорно правораздаване необвързано с пряко приложимите норми на органите на Съюза – съображение 12 от Регламент (ЕС) №1215/2012. Но това не пречи добрите практики от процесуалните норми на ЕС да служат за пример.

1442/2011 г. на САС, т.о., 3-ти с-в. Но тази проверка следва изрично от разпоредбата на чл.51, изр.2 ЗМГА.

Разширяването обаче на формалната преценка на съда по издаване на изпълнителен лист в насока дали длъжникът е информиран от начало на арбитражното производство изисква законодателна намеса.

3. В заключение

Арбитражът като недържавно договорно правораздаване трябва да върне доверието на субектите на частни имуществени правоотношения, които се нуждаят от бърза и опростена от формалните изисквания на гражданското съдопроизводство защита. Държавата чрез законовите изисквания е тази, която може и следва да отстрани проблема в един, макар и конвенционален процес, така, че той да поражда приемливи за страните и правовия ред решения.

Приетите последни изменения относно предмета на арбитражното споразумение и характера на арбитражните решения, които решават неарбитражни спорове донякъде отстраняват твърде либералната национална нормативна основа на арбитража.

И ако се приеме, че непрякото изпълнение на местно арбитражно решение след преминаване през междинно съдебно производство по издаване декларация за изпълняемост например, звучи твърде отежняващо по време и отлага момента на проявяване правните последици на арбитражното решение, производството по издаване на изпълнителен лист може да преодолее това опосредяване *чрез проверка на минималните изисквания за информираността на длъжника.*

Премахването обаче на проверката за съответствие на арбитражното решение с *ordre public* при основанията за защита по исков ред позволява в правния мир да се промъкват местни арбитражни решения, постановени в разрез с принципите за равенство и състезателност на производството, за независимост и безпристрастност при решаването – необходими и задължителни за всяка юрисдикция, независимо дали тя е частна или държавна.

Няколко американски истории и задължението да окажеш помощ

Силвия Цонева

Several American Stories and the Duty to Rescue

Silvia Tsoneva

Abstract: *The paper deals with the issue of tort liability for omissions in the case of the duty to rescue. The legal treatment of this question in the Anglo-American and Bulgarian laws is laid down in parallel. The approach of the two legal systems is compared and major problems of the liability for omissions are brought to light.*

Keywords: *tort liability for omissions, duty to rescue*

Настоящият доклад има за цел да постави на разглеждане въпроса за задължението за оказване на помощ и хипотезите, при които може да се стигне до налагане на отговорност за бездействие. Подходът към този въпрос е като се търси проекция на българското право спрямо позицията на англо-американското право относно деликтната отговорност за вреди, причинени при бездействие.

За очертаване на проблема ще използваме няколко американски истории.

Първата история е историята на 28-годишната Кити Дженевезе, която на 13 март 1964, около 3 часа сутринта се прибира от работа в Куинс, Ню Йорк. Паркира колата си. Вървейки към дома си, е нападната от непознат мъж, който я наръгва с нож. Започва да вика за помощ. Това плаши мъжа и той избягна от мястото на инцидента. Кити успява да се добере до входната врата на блока си, когато мъжът се връща. Писъците ѝ пронизват квартала и мъжът след кратка схватка отвлича жертвата си. Около 30 души стават свидетели на части от разигралата се сцена. Вдигат щорите, надникват през прозорците, но никой не се притичва на помощ, никой не се обажда в „Бърза помощ“, никой не извиква полиция.

Втората история е историята на Татяна Тарасов, която се превръща в знаковото дело *Tarasoff v. Regents of the University of California (1974)*. Татяна Тарасов е жертва на нещастно влюбен в нея състудент на име Подар. Подар ходел на консултации при психиатър и на една от срещите разкрил намеренията си да убие Татяна Тарасов. Подар бил задържан за кратко време от полицията по сигнал на психиатъра, но след това бил освободен. Подар престанал да ходи на консултации в болницата и два месеца по-късно реализирал плана си. Семейството на Татяна завело иск срещу болницата за това, че никой не я е предупредил за планове на убиенца спрямо нея.

Трета история е историята на **Кевин Картър, който през 1994 г. печели наградата „Пулицър“ за снимка, публикувана в „Ню Йорк Таймс“**. Снимката е направена през 1993 г. в Судан. На нея е заснето изнемогнало от глад невръстно дете, което не може да се движи. В близост зад него стои лешояд, който чака жертвата си да издъхне. Фотографът изчаква известно време, за да направи по-хубава снимка на детето и лешояда, но не прави нищо, за да помогне на детето.

Четвъртата история е историята на Омар Матин, който през юни 2016 г. застреля близо 50 души в нощен клуб в Орландо, щата Флорида. Оказва се, че съпругата му е знаела за планираното от него зловещо нападение, но не предупредила полицията.

Всяка от тези истории има своите допълнителни нюанси и условности. Основният ракурс обаче и общ техен профил, който ни интересува, е длъжни ли са били от правна гледна точка тези лица да се намесят, да окажат помощ, да се притекат на помощ, да предупредят за опасността.

Специфична особеност за англо-американското деликтно право е правилото, че отговорност не се носи за бездействие. Тук ведната трябва да каже, че това правило касае преди всичко случаите на т.нар. чисто бездействие (*nonfeasance/pure omission*)¹.

Отговорност за бездействие по англо-американското право може да възникне, но само ако е налице някоя от следните хипотези - ответникът е създал опасността; ответникът е задължен да се грижи за пострадалия; ответникът е задължен да упражнява надзор върху лицето, което е увредило пострадалия; ответникът има контрол върху мястото, където се случва увреждането или по някакъв начин е поел отговорност за случващото се.

Обичайно това са хипотези, при които едно лице създава опасност, но не взема мерки да предотврати реализирането ѝ, а когато тя се осъществи не оказва помощ на пострадалия. Например, шофьор не натиска спирачки, за да намали скоростта, в резултат на което предизвиква катастрофа². Друга съществена група са случаите, при които между замесените лица съществува връзка, по силата на която едното трябва да се грижи за другото и съответно трябва да го предпази от увреждане или пък трябва да го контролира, за да предотврати то да не увреди трето лице. Такива са отношенията родител – дете, учител – ученик, работодател – работник, лекар – пациент, места за задържане – задържани лица, собственик на хотел/магазин – посетител/клиент.

Извън тези хипотези по правило отговорност за бездействие не се носи. Няма отговорност за този, който не се хвърли да спасява давещия се, независимо колко лесно би било това за него, освен ако не е длъжен да стори това, тъй като например е спасител на плаж³. Не носи отговорност лекарката, която видяла катастрофата на пътното платно, но продължила да кара по пътя си⁴.

Правилото важи както за бездействие да се помогне на друг в беда, така и за бездействие да се предотврати увреждане на едно лице от страна на трето. Така например, не носи отговорност този, който знае, че А ще убие Б, но не предупреди Б за грозящата го опасност⁵. Няма отговорност за А, който не казал нищо на Б, като го видял, че се запътва към опасна местност, където има разбойници⁶. Не носи отговорност и този, който видял друг надвесен над ръба на пропастта, но не извикал и не направил нищо да го спре⁷.

Обяснението на този странен за нас концептуален подход на англо-американското право по отношение на отговорността за бездействие следва да се търси в няколко направления.

От една страна, по своето призвание деликтното право трябва да брани статуквото и да се занимава с последиците от една нежелана промяна. Забраната да не се вреди другиму означава да не се влошава чуждото положение, но не и задължение да се

¹ Хипотезите на *nonfeasance* са различни от случаите когато едно лице пропуска да направи нещо при извършване на някаква дейност (*misfeasance*). Съществува и друг термин *malfeasance*, който е вариант на *misfeasance*, но се използва само за неправомерни действия на държавни и общински органи.

² Cees van Dam, *European Tort Law*, Second Edition, 2013, Oxford University Press, 246.

³ Elliott, C., Quinn, F. *Tort Law*, 2009, Pearson Longman, 59.

⁴ Murphy, J., Witting, C. *Street on Torts*, 13th Edition, Oxford University Press, 41.

⁵ Mullis, A., Oliphant, K. *Torts*, 4th ed., 2011, Palgrave Macmillan Law Masters, 77.

⁶ Пак там.

⁷ Пример, даден от Lord Keith по делото *Yuen Kun Yeu v. A-G of Hong Kong* 1988.

предприемат действия то да стане по-добре⁸. Без да се отрича, че не е морално да не се помогне на човек в беда, все пак от гл. т. на правото се приема, че няма отговорност за ненамеса и бездействие в тези случаи.

Обяснение на правилото може да се търси и в силно либералните възгледи, на които се крепи английското и американското общество. За тях свободата на избор е ценност, която се защитава до степен преследването на собственото благополучие да се зачита дори в някои случаи да се стига границата на егоцентризма. Смята се, че по този начин най-добре се осигурява свободата на човека да избира и решава какъв да бъде и какво да прави⁹. Според това разбиране е достатъчно човек да не създава проблеми на останалите и да не влошава тяхното положение. Да помага обаче на останалите е нещо различно, нещо повече.

Тук може би трябва да кажем, че в англо-американското право задължението за грижа се преценява спрямо мярката на разумния човек, която кореспондира с тази на добрия стопанин в българското право. Профилът на т.нар. разумен човек не разкрива образ на светец. От него не се изисква безупречно, а разумно поведение. Този човек не е обладан от страхове и не се озърта постоянно в притеснение, че може без да иска да причини някому зло. Той не е обременен от прекомерна, сковала действия му тревога, че може да се случи нещо лошо. Разумният човек не съвпада и с образа на добрия човек, добряка, спасителят притекъл се на помощ на всеки изпаднал в нужда. Правото зачита личните интереси на разумния човек и приема той да бъде воден в действията си от тях. Достатъчно е просто да не е „прекален егоист“¹⁰.

От друга страна, чисто психологически, действието се възприема като по-укоримо поведение от бездействието, дори крайният резултат от двете да е един и същ. Изтъква се, че колкото повече хора са присъствали на инцидента, толкова по-слаба и по-бавна обичайно е намесата им за оказване на помощ. Смята се, че причината за това явление не е в морала и личностните качества на хората, а в самата ситуация, която провокира и предразполага към такава по-бавна и несигурна реакция¹¹. Като поведенчески стандарт, хората по правило гледат и очакват реакцията на другите, за да преценят дали има нужда и дали е редно да се намесят¹². Всеки в някаква степен разчита, че друг ще се намеси и това води до размиване на отговорността. В случая на Кити Дженевезе хората, които се събудили от виковете ѝ във фаталната нощ и наскочили по прозорците мислели, че някой друг ще се притече на помощ, че някой друг ще се обади за помощ, че не е тяхна работа да се намесват. Този случай става причина да започне да се говори за ефекта на страничния наблюдател (*bystander effect*). Той се определя като социално-психологически феномен, отнасящ се до хора, наблюдаващи безучастно насилие върху човек, без да се включат или да притекат на помощ¹³. Според него вероятността на безучастие е пряко пропорционална на броя наблюдаващи или с други думи – колкото повече са наблюдателите, толкова по-малко вероятно е някой от тях да се притече на помощ.

⁸ **Diamond, J.L., Levine, L.C., Bernstein, A.** Understanding Torts, 4th edition, 108; **Mullis, A., Oliphant, K.** Torts, Цит. съч., 77. По този въпрос като препоръчителна литература се посочват автори като Francis H. Bohlen, Richard A. Epstein.

⁹ Smith and Burns цитирани от **Mullis, A., Oliphant, K.** Torts, Цит. съч., 77.

¹⁰ **Howarth, D.** Many Duties of Care - Or a Duty of Care? Notes from the Underground, Oxford Journal of Legal Studies, 2006, Vol. 26; Issue 3, 459.

¹¹ **Robbennolt J.K., Hans, V.P.** The Psychology of Tort Law, NYU, 2016, 88.

¹² Пак там.

¹³ Ефект на страничния наблюдател, *Уикипедия, Свободната енциклопедия*, 13.01.2016, https://bg.wikipedia.org/wiki/%D0%95%D1%84%D0%B5%D0%BA%D1%82_%D0%BD%D0%B0_%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%B8%D1%8F_%D0%BD%D0%B0%D0%B1%D0%BB%D1%8E%D0%B4%D0%B0%D1%82%D0%B5%D0%BB (Достъп на 14.08.2017).

Правилото за неотговорност при бездействие се свързва и с т.нар. «лош самарянин». По английското дело *Home Office v Dorset Yacht* Лорд Диплок се връща към историята на добрия самарянин, при която един самарянин помогнал на изпаднал в беда човек на пътя. Преди това юдейски свещеник и левит подминали човека без да му окажат никаква помощ. В крайна сметка Лорд Диплок заключава, че свещеникът и левитът няма да носят отговорност по английското право. Защо, казва той, да нарочим именно свещеника и левита когато и други са минали по този път, видяли са страдащия и са го подминали?¹⁴ Ако Библията въздига добрия самарянин в пример за подражание, правото оневинява лошия самарянин и го освобождава от отговорност.

В допълнение към горните съображения, свързани с неохотата на англо-американското право да признае отговорност за бездействие¹⁵, се изтъква, че хората на практика се притичват на помощ водени от морално-етични и нравствени съображения, без дори да знаят и да се влияят от това дали по закон са длъжни да го правят. Според някои автори въвеждането на законово задължение за оказване на помощ може да насърчи хората да участват в опасни спасителни операции, в които те самите могат да пострадат. Статистиката сочи, че лицата, които се притичват на помощ, често се оказват самите те пострадали.

По отношение например на отговорността на психиатрите и лекарите се намесват и въпроси на медицинската етика. Доколко и кога, например, трябва да се наруши лекарската тайна. Така по случая *Tarassoff* има изказани мнения, че ако лекарят не беше на казал на полицията за намеренията на своя пациент, той най-вероятно щеше да продължи да ходи на терапия и може би нямаше да се стигне до зловещия инцидент. Ако психологът има задължения към пациентите си, има ли задължения и носи ли отговорност и към потенциалните жертви на своите пациенти? Застрашен ли е самия той от отмъщение и ще си навлече ли гнева на своя пациент, ако разкрие тайната му пред трети лица? Съдът по делото *Tarassoff* приема, че психиатърът е трябвало да предупреди лицето, за което е знаел, че е застрашено от смъртоносно нападение от страна на негов пациент. Това решение е силно критикувано, но днес то задава стандарта за задължение за грижа, която се изисква от психиатрите и болничните заведения.

Друга група аргументи в подкрепа на правилото се основават на причинната връзка. Има ли причинна връзка между поведението на ненамесилото се лице и крайния резултат, сполетял пострадалия, след като не ненамесилият се е този, който е създал опасността, която пряко причинява вредоносния резултат.

Срещу всички тези съображения в подкрепа на правилото за неотговорност при т.нар. чисти бездействия се противопоставят насрещни аргументи. На челно място стои принципната позиция, че правото трябва да отразява и да оформя моралните ценности в обществото. А безспорно ясно е какъв императив налага морала в тези случаи.

Извън това, ползите от оказаната помощ многократно превишават разносните и евентуалните усилия, които трябва да се направят.

Правилата на англо-американското право за бездействие пораждат неодобрение и автори като *Markesinis* и *Fleming* открито изказват възмущението си от упорството, с което английските съдилища отказват да смекчат правилата си на неотговорност за чисто бездействие. Особено силно е недоволството им в ситуации, в които според

¹⁴ *Mullis, A., Oliphant, K.* Torts, Цит. съч., 77.

¹⁵ *Epstein, A.* A Theory of Strict Liability, *Journal of Legal Studies*, Jan. 1973, Vol. 2, No.1, 151–204; *Ripstein, A.* Three Duties to Rescue: Moral, Civil and Criminal, *Law and Philosophy*, Nov.2000, Vol. 19, No.6), 751–79.

Fleming, става дума „просто да предупредят сляп човек, който отива към дълбока пропаст“¹⁶.

Засега обаче правилото за неотговорност за бездействие, макар критикувано, остана относително стабилно в англо-американското право.

Отговорността за бездействие по българското право

За разлика от английското право, българското деликтно право няма отделни правила за действия и бездействия. Деянието има две форми – действие или бездействие¹⁷. И двете форми имат еднакво значение.

За българското право също не е достатъчно съществуването на морално задължение за действие, за намеса или оказване на помощ. Правнорелевантно е бездействието само тогава когато е налице правно задължение за действие.

Крайният резултат от бездействието винаги е нежелан, но той се предхожда от липсата на една желана и дължима промяна. Бездействието може както да създаде опасността и да постави началото на причинния процес, така и да се прояви под формата на непрекъсване на вече породен причинен процес.

В първата категория попадат случаи като незаклучено складово помещение, невключена алармена инсталация¹⁸, работодателят не взема мерки за безопасност на машините; диспечерът не пуска бариерата при пристигащ преминаващ влак и т.н. Във втората категория попадат случаи, при които лекарят не прави животоспасяваща операция, спасителят не прави опит да спаси давящия се и т.н.

За разлика от англо-американското право задължението за действие у нас не се извежда от създаването на опасност, отношения на грижа или надзор върху определено лице, контрол върху мястото или източника на опасност. Според българското право задължението за действие трябва да произтича от закон, административен акт, служебно положение¹⁹ или договор²⁰. Все пак българските съдилища показват известна гъвкавост при търсене на източника, от които може да произтече задължението за действие. Това важи особено за случаите когато няма норми, задължаващи извършването на определено действие, а е налице само забрана за причиняване на определен резултат. В тези случаи съдилищата са склонни да търсят източника на задължението в по-широки граници и да го извеждат от установените в живота правила и практики и от спецификата на конкретно сложилите се отношения.

В практиката си ВКС се посочва, че „задължението за изпълнение на определено предписание, което да се състои в извършването на определено действие може да произтича и от опитно правило, утвърдено в практиката, т. е. получило постоянно потвърждение в практиката, което да е добило трайно социално изражение в едно правоотношение, по което задълженият да действа е страна“²¹.

В друго решение на ВКС се приема, че при съхраняване на огнестрелно оръжие не е било необходимо съблюдаването на някакви специални правила за безопасност. Достатъчно е било да се прояви и най-елементарната житейска предвидливост, за да изключи досега на близките си до пистолета²².

¹⁶ **Cees van Dam**, European Tort Law, Цит. съч., 524-525.

¹⁷ **Голева, П.** Деликтно право, Нова звезда, 2015, 58-60; **Тасев, С.** Деликтната отговорност. С.: Сиела, 2009, 27. Съгласно чл. 9, ал. 1 НК „престъплението е това общественонеопасно деяние (действие или бездействие“.

¹⁸ **Стойнов, Ал.** Наказателно право, Обща част. С.: Сиела, 1999, 317.

¹⁹ **Тасев, С.** Деликтната отговорност, Цит. съч., 27.

²⁰ **Голева, П.** Деликтно право, Цит. съч., 60.

²¹ Решение № 188 от 10.04.2003 г. на ВКС по н. д. № 111/2003 г., III н. о.

²² Решение № 118 от 27.05.1998 г. на ВКС по н. д. № 517/97 г., I н. о.

По друго дело от дом за стари хора изчезнала жена, диагностицирана с Алцхаймер. Искът бил заведен срещу Столична Община от сина ѝ за това, че именно поради бездействието на служителите в дома жената е останала без надзор и е изчезнала. Съдът уважил иска като приел, че задължението за грижа произтича пряко от характера на отношенията между дома и хората, приети в него²³.

Макар да липсва формално обособяване, като самостоятелна група случаи на бездействие може да се посочат хипотезите на неосъществен контрол. По същността си те съответстват на отговорността на родители, осиновители и лица, които упражняват надзор по чл. 47 и 48 ЗЗД за вреди, причинени от лицата, за които те отговарят. В други подобни случаи задължението за надзор е установено със специален закон. Такова е например задължението на заведения за задържане да провеждат психологическо изследване на новопостъпилите лица с цел да предотвратят самоувреждания и посегателства от тяхна страна върху други лишени от свобода или служители (чл. 23 и чл. 122 от Правилника за прилагане на Закона за изпълнение на наказанията и задържането под стража)²⁴. **Задължения за надзор са установени в тежест на психиатри и болнични заведения със Закона за здравето.**

Разгледаните дотук хипотези на бездействие обаче не съответстват на изследваното от нас понятие. Нас ни интересуват не всички случаи на бездействие, а тези на неоказване на помощ. Българската доктрина и съдебна практика не са се сблъскали сериозно и не са разисквали задълбочено въпроса за деликтната отговорност при бездействие в хипотезата, когато става въпрос за неоказване на помощ и непопечване на увреждането на трето лице.

Като случай на деликтна отговорност за бездействие, неизменно на първо място се поставя въпроса за правното задължение да се окаже помощ на лице в нужда. Задължението за притичване на помощ и попечване на извършването на тежко престъпление може да се изведе от нормите на НК.

Съставите на злепоставяне по чл. 136-141 НК се свеждат до неоказване на помощ на лице, което се намира в опасност. Опасността, в която е изпаднал потърпевшия, може да е създадена от дееца, от поведението на жертвата, на трети лица или природни сили²⁵. Задължението на дееца да окаже помощ може да произтича от това, че той е поставил другото в опасност или че е длъжен да се грижи за лицето, изложено на опасност или че има фактическата възможност и то без опасност за себе си да окаже помощ на лице, чийто живот е непосредствено застрашен²⁶.

²³ Решение № I-50-153/31.10.2014 г. по гр.дело № 17488/2012 г. на СРС, I г.о., 50 с-в.

²⁴ **В един от случаите, разгледани от съда**, в следствения арест постъпва младо момиче, задържано с марихуана. Констатирано е, че момичето е в добро психическо и физическо здраве, без признаци за депресивно състояние, но неадекватно. На следващият ден момичето се самоубива. Съдът изтъква, че е налице виновното и противоправно бездействие на длъжностните лица, осъществяващи непосредствения контрол и охрана, тъй като е трябвало да действат с повишено внимание поради предполагаема наркотична зависимост и констатираното неадекватно състояние. На родителите е присъдено обезщетение за неимуществени вреди Решение № 1524 от 7.12.2009 г. на САС по гр. д. № 1709/2009 г., ГК, 1-ви

²⁵ **Стойнов, Ал.** Наказателно право, Особена част, Престъпления против правата на човека. С.: Сиела, 1997, 106.

²⁶ Съставите на злепоставяне по НК включват хипотези, при които едно лице изложи друго лице, лишено от възможността да се самозапазва поради малолетство, престарялост, болест или изобщо поради своята безпомощност, по такъв начин, че животът му може да бъде в опасност, и като съзнава това, не му се притече на помощ (чл. 137); съзнателно не окаже помощ на лице, за което е длъжен да се грижи и което се намира в опасност за живота си и няма възможност да се самозапази поради малолетство, престарялост, болест или изобщо поради своята безпомощност, в случаите, когато е могъл да окаже помощ (чл. 138); при непосредствена опасност за живота на другото не се притече на помощ, която е

Престъпният резултат при злепоставянето се свежда до застрашаване, а не до увреждане на живота и здравето. Ако опасността се реализира и животът или здравето на пострадалия са увредени, наказателната отговорност ще е за убийство или телесна повреда²⁷. Съставите на злепоставяне са субсидиарни на убийствата и телесните повреди²⁸. Типичната форма и вид на вина за всички състави на злепоставяне е евентуалният умисъл²⁹.

Притичването на помощ не означава, че лицето трябва физически да се намеси. Възможно е в конкретната ситуация необходимо и достатъчно да е повикването на помощ, обаждането на полиция и т.н.

Проявление на хипотезата на създаване на опасност и последващо неоказване на помощ е случаят когато при ловуване, подсъдимият по непредпазливост стрелял по своя брат, а когато разбрал кого е наранил и че съществува непосредствена опасност за живота му, не се притекъл на помощ, която можел да даде без опасност за себе си или за друго³⁰.

Частен случаи на създаване на опасност и неоказване на помощ представлява хипотезата по чл. 140 НК, при която водач на превозно средство, участник в злополука, не окаже необходимата помощ на пострадалото лице, която е могъл да му даде без опасност за себе си или за друго.

Задължението за оказване на помощ може да произтича от близката връзка между лицата. Така, съгласно разпоредбите на Семейния кодекс, всеки от съпрузите е длъжен да се грижи за другия съпруг и ако единият съпруг изпадне в безпомощно състояние, другият трябва да му окаже помощ. Неоказването на помощ в подобна ситуация би могло да обоснове наличието на злепоставяне по чл. 138 НК³¹.

Злепоставяне по чл. 139 НК за неоказване на неотложна помощ на нуждаещ се в посредствена опасност е налице в случая, при който подсъдимият продал наркотични вещества на лице, което в резултат на употребата им изпаднало в безпомощното състояние. Подсъдимият видял, че лицето е в критично състояние и въпреки неблагоприятните атмосферни условия и без опасност за себе си не му се притекъл на помощ, а го оставил да лежи през нощта в безлюдната местност³². При злепоставянето по чл. 139 НК трябва да е налице реална и непосредствена опасност за живота, не за здравето на пострадалия³³.

Тъй като бездействието изисква неизпълнение на съществуващо правно задължение за действие, няма помагачество, нито злепоставяне когато някой само присъства и гледа извършването на грабеж³⁴. Според съдебната практика, за да е налице помагачество чрез бездействие се изисква деецът да е бездействал не въобще, а

могъл да му даде без опасност за себе си или за друго (чл. 139); като водач на превозно средство, след превозна злополука, в която има участие, не окаже необходимата помощ на пострадалото лице, която е могъл да му даде без опасност за себе си или за друго (чл. 140); като лице, което упражнява медицинско занятие, ако след като бъде поканено, не се притече на помощ на болен или на родилка без уважителна причина (чл. 141, ал. 1); като е длъжен да окаже помощ на болен, не му окаже такава помощ без уважителни причини (чл. 141, ал. 1).

²⁷ **Стойнов, Ал.** Наказателно право, Особена част, Престъпления против правата на човека, Цит. съч., 106. Вж още Решение № 339 от 7.06.2007 г. на ВКС по н. д. № 99/2007 г., III н. о

²⁸ **Гиргинов, А.** Наказателно право на Република България, Особена част., Софи-Р, 2002, 96

²⁹ Пак там, 97

³⁰ Решение № 16 от 17.IV.1975 г. по н. д. № 16/75 г., ОСНК Ако деецът умишлено е създал състоянието на непосредствена опасност, престъпният резултат се включва в намерението на дееца и престъплението злепоставяне се поглъща от умишления състав

³¹ Решение № 33 от 11.II.1982 г. по н. д. № 13/82 г., I н. о.

³² Решение № 387 от 17.11.2010 г. на ВКС по н. д. № 330/2010 г., II н. о., НК

³³ Решение № 541 от 27.01.2010 г. на ВКС по н. д. № 507/2009 г., I н. о., НК

³⁴ Решение № 541 от 27.01.2010 г. на ВКС по н. д. № 507/2009 г., I н. о., НК

по отношение на някакво свое правно (но по силата не на НК, а на норма извън него) задължение, което той съзнателно не е изпълнил. В конкретната обстановка по делото е прието, че лицето е било задължено само морално да помогне на пострадалия, когато друг упражнявал насилие върху него. Без съществуването на такова правно задължение поведението на дееца не може да е причина за престъпния резултат, съответно да е налице помагачество.

За целите на настоящото изследване интерес представлява и друго престъпление по НК. Противоправно по НК е и друг вид бездействие, свеждащо се до непопращане да се извърши престъпление. Съгласно чл. 322 НК, този, който не попречи на извършването на очевидно тежко престъпление, ако е могъл да стори това без значително затруднение и без опасност за себе си или за друго, се наказва с лишаване от свобода до една година или с пробация.

Когато деецът наблюдава нанасянето на тежък и жесток побой по жизнено важни части на тялото на нападения и не се намеси да предотврати побоя, ако е могъл да стори това без значително затруднение и без опасност за себе си или за друго, осъществява състава на престъплението по чл. 322 НК³⁵.

Липсата на противопоставяне от страна на подсъдимия на действията на другите две лица по отвлечане и насилствено вкарване на пострадалата в превозното средство при възможност да стори това без да застраши собствения и живот и здраве обосновава обективната съставомерност на деянието по чл. 322 от НК³⁶.

Непопращането да се извърши очевидно тежко престъпление влече със себе си наказателна, но не и гражданска отговорност. Причината е в това, че то е престъпление против реда и общественото спокойствие. Обект в случая са обществените отношения, свързани с опазване на реда и общественото спокойствие, докато обект на убийството, например, са обществените отношения, свързани с охрана на живота на личността. Поради това, че обектите на престъпленията са различни и убийството е причинено от действията на едно лице, няма основание да се търси гражданска отговорност и от друго лице, което не е участвало в убийството, а само не се е намесило да го предотврати и с бездействието си е осъществило състава на чл. 322 НК. Решение № 242 от 18.04.1994 г. по н.д. № 215/84 г., I н.о.

Ако служител на МВР не окаже своевременно помощ за прекратяване побоя над пострадалия и не въведе ред с оглед изпълнение на служебните му задължения, отговорността му е по чл. 387, ал. 1 НК за неизпълнение на задължения по служба, но не и по чл. 124, ал. 4 НК за смърт по непредпазливост³⁷.

Уредбата на злепоставянето като престъпление по НК изисква лицето, което се нуждае от помощ да е в положение на сериозно надвиснала над него пряка и непосредствена опасност, която застрашава живота му. Застрашаването предполага възникнала вече ситуация на опасност. Извън обсега на НК остават хипотези, при които опасността все още не е фактически и реално породена по време и място, макар нейното случване да може да се очаква с висока степен на вероятност.

От друга страна, съдебната практика сочи, че съставът на непопращането на извършване на престъпление предполага фактическо възпиране, противодействие, практическо попречване на извършителя при започнало извършване на очевидно тежко престъпление. Извън обсега отново остават случаи, при които едно лице знае за предстоящото извършване на тежко престъпление, но не се опитва да спре извършителя, да предупреди жертвата, да уведоми полицията и т.н.

³⁵ Решение № 242 от 18.VI.1984 г. по н. д. № 215/84 г., I н. о.

³⁶ Решение № 230 от 19.06.2015 г. на ВКС по н. д. № 398/2015 г., III н. о., НК

³⁷ Решение № 156 от 16.IV.1980 г. по н. д. № 155/80 г., ВКС.

За разлика от противоправността по НК, поведението, което може да бъде противоправно по смисъла на генералната клауза за деликтна отговорност по чл. 45 ЗЗД, не е предварително установено. Деликтната отговорност за бездействие да се окаже помощ е разглеждана по повод на престъпленията злепоставяне и непопечване на извършването на тежко престъпление. Извън това, българските съдилища не са имали възможност да разгледат от гледна точка на деликтна отговорност случаи на бездействие да се предупреди жертвата, да се уведоми полицията или да се вземат мерки за попечване на предстоящо противоправно деяние.

Деликтната отговорност за бездействие да се окаже помощ поставя въпроси не само относно противоправността, но и относно причинната връзка. Спор може да възникне доколко поведението на бездействият следва да се счита причина за крайния резултат. Видяхме хипотези, при които непопечването да се извърши престъпление дори и да ангажира наказателната отговорност на бездействия, няма да породи деликтна отговорност.

Сравнителноправен анализ

В римското право само действията можели да доведат до отговорност за вреди. Само този, който създал опасност и после бездействал да предотврати реализирането ѝ, носел отговорност и само тогава бездействието се считало за противоправно³⁸.

Векове по-късно школата на Естественото право поставила вината като основа на отговорността и поведението отстъпило на заден план. Спряло да се прави разлика между действия и бездействия и правилото за неотговорност при бездействия загубило силата си³⁹.

Съпоставката на българското и американското право сочи, че английското право за разлика от българското, прави разлика между действие и бездействие и борави с отделни правила по повод на отговорността за бездействие. Критериите, спрямо които се установява задължението за действие не се извеждат от правна норма или договор, а от ситуации на създаване на опасност, съществуване на задължение за грижа, за упражняване на контрол и поемане на отговорност. За българското право тези фактори звучат непознато доколкото формално те не са установени и признати, но на практика виждаме, че играят роля и оказват влияние върху отговорността за бездействие. За съществуването на тези фактори трябва да се дължи сметка и това може да бъде от особена полза в случаите когато не може да се посочи правна норма или договор, които да обосноват задължението за действие.

Голямото разминаване между българското и англо-американското право по отношение на бездействието произтича от специфичната хипотеза на отговорност за неосказване на помощ при непосредствена опасност за живота на друг когато това може да стане без опасност за помагачия. За българското право този вид бездействие е противоправно. Английското право, обратно, не признава задължение за грижа спрямо чуждо, странично трето лице, което деецът не е застрашил, за което не е длъжен да се грижи или да упражнява надзор и за което сам не е поел отговорност. В тези случаи не възниква задължение за грижа и съответно не се носи отговорност за бездействие.

Въпросът за отговорността за бездействие да се окаже помощ е изключително сложен. За това сочи наличието на радикално различни подходи към решаването му. Възлагането на деликтна отговорност за този вид поведение се оказва трудна задача заради намесването на морално-етични, дълбоко лични и семейни, обществено-

³⁸ **Zimmermann, R.** The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, Clarendon Press, 1043.

³⁹ Пак там, 1045.

политически и правни съображения. Изправени сме пред ярък пример на въпрос на ценности, правна политика и правна техника.

Ползването на отпуск като хипотеза на изменение на индивидуалното трудово правоотношение

Ивайло Стайков

Taking a Leave as a Hypothesis of Amendment to the Individual Employment Relationship

Ivaylo Staykov

Abstract: *This scientific study explores and provides argumentation for the thesis that exercising the right to leave (its use) is a hypothesis of an amendment of the individual employment relationship. The concept “amendment to the employment relationship” is analyzed in broader terms beyond the legal regulation in Art.118-123a of the Labour Code and in connection with lots of its possible manifestations. In this article the author also takes a position on the related theoretical issue how the right to leave needs to be classified within the doctrinal scientific classification of subjective rights.*

Keywords: *employment law, employment relationship, amendment, subjective*

I. Традиционно в българската трудовоправна литература под понятието „изменение на трудовото правоотношение” се разбира и се анализира правната уредба, която се съдържа в раздел X на глава V от Кодекса на труда (КТ) – чл. 118-123а, който има именно такова наименование. Така въпросът се свежда до анализ на принципа за определеност и стабилност на трудовото правоотношение и забраната за едностранно изменение на трудовото правоотношение от някоя от страните му (чл. 118 КТ), за уредените в този раздел хипотези на изменение на трудовото правоотношение: по взаимно съгласие на страните му (чл. 119 КТ) и едностранно допустимо изменение от работодателя (чл. 120 и чл. 121 КТ), както и запазването на трудовото правоотношение при промяна на работодателя (субективна новация) по чл. 123 и чл. 123а КТ¹. Това разбиране е отразено в кратката теоретична дефиниция на това понятие, която дава проф. Кр. Милованов – „изменение на трудовия договор има при изменение на съдържанието и при изменение на страните на договора”².

¹ Радоилски, Л. Трудово право на Народна република България, С.: ДИ „Наука и изкуство”, 1957, 260-276; Христова, Ел. Проблеми на стабилността на трудовите отношения, С.: Наука и изкуство, 1971; Милованов, Кр. Преместване на работниците и служителите на друга работа. С.: Изд. на БАН, 1972; Милованов, Кр. Трудов договор. Сключване, изменение, прекратяване. 2. изд. С.: ИК „Труд и право”, 2008, 113-160; Василев, Ат. Трудово право. Бургас: Бургаски свободен университет, 1997, 177-214; Мръчков, В. Трудово право. 9. изд. С.: Сиби, 2015, 300-317; Мръчков, В., Кр. Средкова, Ат. Василев. Коментар на Кодекса на труда. 12. прер. и доп. изд. С.: Сиби, 2016, 356-383; Средкова, Кр. Трудово право на Република България. Изменение на трудовото правоотношение. С.: УИ „Св. Кл. Охридски”, 1997; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. С.: УИ „Св. Кл. Охридски”, 2011, 114-156.

² Милованов, Кр. Трудов договор. Сключване, изменение, прекратяване, Цит. съч., 113.

В настоящото съчинение се обоснова тезата, че упражняването на правото на отпуск (неговото ползване) е също хипотеза на изменение на индивидуалното трудово правоотношение. Понятието „изменение на трудовото правоотношение“ се разглежда в по-общ аспект, надхвърлящ правната уредба в чл. 118-123а КТ и във връзка с всички възможни негови проявления³. По повод на анализа се взема становище и за пряко свързания с това проблем относно класифицирането на правото на отпуск от гледна точка на научно изградената видова класификация на субективните права.

II. Като начало на анализа е необходимо да се разгледа същността на отпуска като субективно право и да се определи неговата видова принадлежност. Това следва да бъде изходната база, върху която да се обоснове поддържаната теза, че упражняването на правото на отпуск (неговото ползване) е хипотеза на изменение на индивидуалното трудово правоотношение.

1. Правото на отпуск е субективно право⁴. Това съждение се нуждае от две съществени уточнения.

а) Първото уточнение се отнася до това, че в трудовоправната теория, по повод видовете отпуска, се разграничават понятията „субективно право“ и „правна възможност“. Всички автори, които са разглеждали проблематиката на отпуските, приемат, че действащото трудово право разграничава „отпуск-субективно право“ и „отпуск-правна възможност“, като неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ еднозначно се определя като правна възможност⁵.

³ В действащото трудово право съществуват и хипотези на изменение на трудовото правоотношение по силата на закона. За тази теоретична конструкция вж. **Стайков, Ив.** Изменение на трудовото правоотношение по силата на закона (относно правната същност и прилагането на § 5, ал. 5 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за развитието на академичния състав в Република България). [електронен ресурс] – В: интернет Юридическо списание на НБУ, изд. на Департамент „Право“ на НБУ, 2014, № 4, 18-44.

Проф. Кр. Милованов посочва, че „изменение на съдържанието на трудовия договор може да се извърши с изменение: а) на правната уредба на трудовия договор; б) на колективния трудов договор; в) на договорното съдържание на трудовия договор“ и анализира четири хипотези на изменение на трудовия договор чрез изменение на закона. Вж. **Милованов, Кр.** Трудов договор. Сключване, изменение, прекратяване, Цит. съч., 113-116. В българската трудовоправна наука не е достатъчно изследвано изменението на индивидуалното трудово правоотношение по силата на закона.

⁴ Вж. за общотеоретичната същност на субективното право **Бойчев, Г.** Курс по обща теория на правото. С увод в методологията на юриспруденцията. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2010, 311-337; **Колев, Т.** Теория на правото. С.: Сиела, 2015, 346-369; **Милкова, Д.** Обща теория на правото. 2. изд. С.: Албатрос, 2007, 149-153; **Михайлова, М.** Теория на правото. С.: Феня, 2002, 83-111; **Ташев, Р.** Обща теория на правото. Основни правни понятия. 4. прер. и доп. изд. С.: Сиби, 2010, 285-292. За субективните граждански права вж. **Василев, Л.** Гражданско право. Обща част. 2. изд. Нова редакция акад. Ч. Големинов, Варна: ИК „ТедИна“, 1993, 78-84; **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. С.: Наука и изкуство, 1972, 165-166; **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част. Том I. С.: Софи-Р, 1995, 157-159; **Рачев, Ф.** Гражданско право. 2. изд. С.: УИ „Стопанство“, 2001, 142-190.

⁵ Тезата за съществуването на отпуск, който е само правна възможност, но не е субективно право, се среща за първи път в курса по трудово право на проф. Л. Радоилски във връзка с неплатения отпуск по чл. 58, ал. 1 КТ 1951 г. (отм.). **Радоилски, Л.** Трудово право на Народна република България, Цит. съч., 372.

Върху разграниченото отпуск-субективно право и отпуск-правна възможност проф. В. Мръчков се сира при анализа на конститутивните признаци на отпуска, както и във връзка с правните гаранции за ползването на отпуските. **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 366-367, 395-396. Същото становище застъпва и проф. Кр. Средкова при анализа на понятието и правната характеристика на отпуска, при видовото деление на отпуските на платени и неплатени, както и при характеристиката на отделните отпуска (напр. платения учебен отпуск). **Средкова, Кр.** Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право, Цит. съч., 207-208, 210-211, 215; **Средкова, Кр.** – В: *Коментар на Кодекса на труда*, Цит. съч., 538.

Отпускът-правна възможност на работника или служителя се превръща в субективно право на работника или служителя по определен от закона правен механизъм. При неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ това става посредством сключване на споразумение (договор) между работника или служителя. Това е договор на трудовото право, който може да се разглежда като частна хипотеза на изменение на трудовото правоотношение по взаимно съгласие на страните по чл. 119 КТ⁶. След направеното искане на работника или служителя за ползване на такъв отпуск е налице правно очакване, което се превръща в субективно право, когато работодателят разреши отпуска (даде съгласието си) и се сключи споразумението. Ползването на разрешения неплатен отпуск е упражняване на същинско субективно трудово право. След като работодателят разреши уреденият в закона като правна възможност отпуск, той се превръща в пълноценно субективно право на работника или служителя и съществува в правната действителност като такова през целия период на неговото ползване. Работникът или служителят е освободен от юридическото си задължение да изпълнява трудовата си функция (да престира работната си сила) и произтичащите от нея други трудови задължения, като трудовото правоотношение продължава да съществува. Работодателят е длъжен да търпи така създаденото фактическо и правно положение⁷.

б) Второто уточнение е свързано с някои законови хипотези на едностранно предоставяне на отпуск от работодателя без съгласието на работника или служителя. В този случай може да се постави под съмнение същността на отпуска като субективно право на работника или служителя.

Съгласно чл. 173, ал. 4 КТ работодателят има право да предостави платения годишен отпуск на работника или служителя и без негово съгласие по време на престой повече от 5 работни дни, при ползване на отпуска от всички работници и служители, както и в случаите, когато работникът или служителят след покана от работодателя не е поискал отпуска си до края на календарната година, за която се отнася. Тези три изчерпателно уредени хипотези са свързани с реда за ползване на платения годишен отпуск. Тяхната правна уредба е проявление на производствената (икономическата) функция на трудовото право, т.е. отчита интересите на работодателя. Това едностранно предоставяне на ползване на платения годишен отпуск, и както изрично посочва Кодексът на труда без съгласието на работника или служителя, е проява на работодателската управленска власт. Това право на работодателя е негово субективно трудово потестативно право, което е включено в законового съдържание на трудовото правоотношение.

Проф. Ат. Василев посочва, че „неплатеният отпуск, уреден в чл. 160, ал. 1 КТ, е всъщност една правна възможност, която поначало дори не е необходимо да се урежда специално в закона”. **Василев, Ат.** Трудово право, Цит. съч., 257.

Видова класификация на отпуските съобразно критерия дали са субективно право или са само правна възможност е направена от Ст. Симеонова. **Симеонова, Ст.** Правен режим на отпуските. С.: Дикта-интелект, 1994, 3, 32-35.

Вж. също **Панайотов, Б.** Работно време, отпуски и почивки. С.: Дикта-интелект, 1993, 35; **Сербезова, Ст.** – В: **Банова, Ем., Ст. Сербезова, Ч. Христов.** Наръчник по трудови отношения. С.: ИК „Труд и право”, 2001, 274, 280; **Коев, Ст.** Трудово право. Варна: ВСУ „Черноризец Храбър”, 2008, 129.

⁶ За споразумението по чл. 119 КТ като вид договор на трудовото право вж. **Мръчков, В.** Договорът в трудовото право. С.: Сиби, 2010, 121-133; **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 301; **Мръчков, В.** – В: **Коментар на Кодекса на труда**, Цит. съч., 360; **Василев, Ат.** Трудово право, Цит. съч., 178-179; **Средкова, Кр.** Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право, Цит. съч., 117-118.

⁷ Тази правна конструкция съм аргументирал за първи път в **Стайков, Ив.** Субективни права и правни възможности в трудовото право. – В: **Право и права. Сборник в памет на проф. д-р Росен Ташев.** С.: УИ „Св. Кл. Охридски”, 2016, 420-439. Вж. подробно и **Стайков, Ив.** Неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 от Кодекса на труда, С.: Авангард Прима, 2016, 74-95.

Но това изрично уредено право на работодателя по никакъв начин не изключва същността на платения годишен отпуск като субективно право на работника или служителя⁸. Изрично в чл. 155, ал. 1 КТ е уредено, че всеки работник или служител има право на платен годишен отпуск. Това субективно право на работника или служителя е в законовото съдържание на трудовото правоотношение. Трите посочени законови хипотези са свързани с особеност при упражняването на правото на платен годишен отпуск, т.е. с неговото ползване, а не със същността му. Това следва и от систематическото тълкуване на чл. 173, ал. 4 КТ – разпоредбата систематически е включена в раздела за ползването на платения годишен отпуск. Правото на работодателя за едностранно предоставяне на ползването на платения годишен отпуск не се отразява върху същността на този вид отпуск, както и върху неговата продължителност. Между отпуска като субективно право и реда за упражняване на субективното право (ползване на отпуска) има съществена разлика, която е отражение на самата същност и социално-правно предназначение на отпуска, независимо от неговия вид.

Не се накърнява характера на субективно право и на отпуска при временна неработоспособност. Този вид отпуск се разрешава от здравните органи (чл. 162, ал. 2 КТ). Издаденият болничен лист като индивидуален административен акт е задължителен за изпълнение и за двете страни на трудовото правоотношение. Въпреки този специфичен механизъм за възникване на правото на отпуск за временна неработоспособност, този отпуск е същинско право на работника или служителя.

В периода 30.07. 2010 – 31.12.2010 г. съществуваше възможността за предоставяне на неплатен отпуск от работодателя без съгласието на работника или служителя (§ 3д, ал. 1 ПР на КТ). И в този случай, при започнало ползване на отпуска, работникът или служителят имаше субективно право на отпуск, с всички произтичащи от това правни последици.

Отдавна в българското позитивно трудово право съществува хипотеза на едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск по чл. 160 КТ, без съгласието на работника или служителя. Съгласно чл. 54 от Наредбата за работното време, почивките и отпуските (НРВПО) работниците и служителите от растениевъдството и животновъдството, механизаторите в селското и горското стопанство и работниците и служителите от дърводобива в страната, които работят по трудово правоотношение за неопределено време, в неблагоприятните за работа поради климатичните условия дни и месеци, със заповед на ръководителя на предприятието ползват неплатен отпуск по чл. 160 КТ. Идентично на вече недействащата хипотеза по § 3д, ал. 1 ПР на КТ, и разпоредбата на чл. 54, изр. първо НРВПО урежда субективно потестативно трудово право на работодателя едностранно да предостави на работника или служителя ползването на неплатен отпуск за определен период от време. Субективното трудово право на работодателя е част от законовото (законоустановеното) съдържание на трудовото правоотношение. Ползването на неплатен отпуск настъпва по едностранната воля на работодателя⁹.

⁸ Проф. Кр. Средкова отбелязва, че законът е предвидил „отклонение от принципа, че като субективно право на работника или служителя този отпуск се ползва само с негово съгласие“, като посочва и Указание на МТПС № 92-00-38 от 1.03.1995 г. **Средкова, Кр.** – В: *Коментар на Кодекса на труда*, Цит. съч., 596.

⁹ За посочените две хипотези на едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя – § 3д, ал. 1 ПР на КТ и чл. 54, изр. първо НРВПО вж. подробно **Стайков, Ив.** Допустимо едностранно предоставяне на неплатен отпуск от работодателя без съгласието на работника или служителя. – В: *Годишник на Департамент „Право“ на Нов български университет 2015 година*. Год. IV. С.: НБУ, 2016, 163-193.

2. Правото на отпуск е субективно трудово право от гледна точка на правно-отрасловата му принадлежност. Негов титуляр е работникът или служителят като страна на индивидуалното трудово правоотношение и е част от съдържанието на това правоотношение¹⁰. Това право проявява своето действие при неговото упражняване на плоскостта на индивидуалното трудово правоотношение, независимо от основаниято, от което е възникнало (трудов договор, конкурс, избор, индивидуален административен акт). И последиците от неговото упражняване засягат пряко действието и съдържанието на трудовото правоотношение.

3. В преобладаващия брой случаи субективното право на отпуск се включва в законовото съдържание на индивидуалното трудово правоотношение. Така е при отпуските, които възникват *ex lege*¹¹, независимо от спецификите в реда за тяхното ползване (упражняването на правото на отпуск). При отпуските-правна възможност, субективното право на отпуск възниква от споразумението (договора) по чл. 119 КТ, което се сключва между работника или служителя и работодателя като страни на трудовото правоотношение (напр. неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ), или от колективен трудов договор и/или трудов договор (вж. платения или неплатен служебен или творчески отпуск по чл. 161, ал. 1 КТ; учебните отпуски). Това е съществената особеност и разлика на този вид отпуск в сравнение с другите видове отпуски, които са уредени в Кодекса на труда и които възникват *ex lege*. В момента на сключването на споразумението между страните на трудовото правоотношение (трудов договор или договор по чл. 119 КТ), респ. колективен трудов договор, съдържанието на това трудово правоотношение се обогатява с още едно субективно трудово право в патримониума на работника или служителя. Правопораждащият (конститутивен, правоучредяващ) юридически факт за възникването на субективното право на отпуск в съдържанието на трудовото правоотношение е споразумение по чл. 119 КТ, трудов договор или колективен трудов договор¹². В този случай субективното трудово право

¹⁰ Отпуск, респ. субективно право на отпуск, има и в съдържанието на служебното правоотношение (чл. 56-66 ЗДСл). Държавните служители изпълняват длъжността си въз основа на комплексно правоотношение, което включва в себе си относително обособените служебно и трудово правоотношение. Тази теза съм изложил в **Стайков, Ив.** Комплексно правоотношение, в което е включено трудово правоотношение. Научен доклад, представен пред Научната конференция „Право и бизнес – усъвършенстване на нормативната уредба”, УНСС, 24.11.2016 г. (под печат). В действителност българските трудовоправници приемат, че и по служебното правоотношение или друго публично правоотношение, подобно на него (т.е. независимо дали се отнася за държавните служители по ЗДСл или за тези по други специални закони) се простира работна сила, полага се зависим труд за друго, но в същото време прокарват разграничителна линия между това правоотношение и трудовото правоотношение. Крайният резултат от това теоретично положение е, че правната уредба на служебното правоотношение и сродните нему други публични правоотношения не се включват в предмета на правно регулиране на трудовото право. Вж. така **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 31-32, 55-57.

Тази проблематика е обсъждана и в мотивите на реш. № 12 от 11.11.2010 г. на Конституционния съд по конст. дело № 15 от 2010 г., в което се приема, че „от един юридически факт – индивидуалния административен акт, възникват задължително две правоотношения – административно и трудово”. Вж. несъгласие по отношение на тези мотиви **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 56 (бел. 3 под линия).

¹¹ За използването на латинския израз *ex lege* и за принципното положение, че няма и не може да има субективни права, задължения и правоотношения без юридически факти, които да са ги породили вж. **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II. С.: Наука и изкуство, 1973, 166; **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част. Т. II. С.: Софи-Р, 1996, 39; **Рачев, Ф.** Гражданско право, Цит. съч., 127, 129. Тезата, че правната норма може сама да породи правни последици без осъществяването на юридически факт се приема от проф. Ж. Сталев. Вж. **Сталев, Ж.** Правни норми и юридически факти. – Социалистическо право, 1984, № 11, 3 и сл.

¹² За видовото деление на юридическите факти според предизвиканата от тяхното проявление промяна в правната действителност (според настъпилите правни последици) вж. **Колев, Т.** Теория на правото, Цит. съч., 319-327; **Милкова, Д.** Обща теория на правото, Цит. съч., 130-136; **Василев, Л.** Гражданско право..., Цит. съч., 238; **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II, Цит. съч.,

на отпуск не се включва в законовото съдържание на трудовото правоотношение (така както е напр. при субективното право на основния платен годишен отпуск). Нововъзникналото субективно трудово право се включва в договорното съдържание на индивидуалното трудово правоотношение. Това е така, не само поради липсата на изрична правна уредба в законова разпоредба (в закона е уредена само правната възможност), но и поради правния механизъм на неговото възникване в правната действителност – споразумение между страните на трудовото правоотношение (трудова договор или договор по чл. 119 КТ) или колективен трудов договор. При отпуските-правна възможност възникналото субективно трудово право на отпуск има срочен характер – то съществува в съдържанието на трудовото правоотношение за времеви период на ползване на отпуска. В момента, в който изтече този времеви период, се прекратява и това субективно трудово право. При отпуските, които възникват *ex lege* и които са уредени като субективно право, е налице многократност при упражняване на правото на отпуск (класически пример за това е отново платеният годишен отпуск), като самото субективно право на отпуск съществува в съдържанието на трудовото правоотношение, докато последното се прекрати. Затова е и възможна хипотезата на погасяване по давност на ползването на платения годишен отпуск (чл. 176а КТ), но не и погасяване по давност на самото субективно право на този вид отпуск¹³.

III. Субективното право на всеки вид отпуск е от категорията на непритезателните субективни права и по-конкретно на потестативните (преобразуващите) трудови права. С неговото упражняване (ползването на отпуска) се внася едностранна правна промяна в чужда правна сфера – тази на работодателя като насрещна страна на индивидуалното трудово правоотношение¹⁴.

В правната литература проф. Кр Средкова поддържа тезата, че правото на отпуск е „от групата на притезателните права – волеизявлението на работника или служителя задължава насрещната страна по трудовото правоотношение да извърши определено

169-170; **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част. Т. II, Цит. съч., 43-45; **Рачев, Ф.** Гражданско право, Цит. съч., 135.

¹³ По повод погасяването по давност на правото на ползване на платения годишен отпуск само поставям на дискусия въпросът, дали това е правният институт на погасителната давност или е друго правно явление. Въпреки, че в чл. 176а КТ и чл. 224, ал. 1 КТ законодателят употребява понятието „давност“, склонен съм да приема, че в случая в закона е уреден краен прекратителен преклузивен срок за правото на ползване на платения годишен отпуск за конкретна календарна година (тази, за която той се отнася, се полага). В правната теория се приема, че в приложното поле на погасителната давност се включват и преобразуващите субективни права, за каквото по видова принадлежност считам и правото на отпуск, независимо от неговия вид. Така **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II, Цит. съч., 356, но вж. по-различното мнение на **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част. Т. II, Цит. съч., 264-265.

Проблемът е, ако по давност се погасява правото на ползване на платения годишен отпуск, как това се вписва в класическите постановки относно действието (правните последици) на изтеклата погасителна давност. Сходен проблем има и при учебните отпуски, като аргументацията относно една или друга теоретична теза, трябва да следва нормативната уредба (изразът „за всяка учебна година“ в чл. 169, ал. 1 *in fine*, която е своеобразна крайна времева граница, както и израза в чл. 171а КТ „организацията на учебния процес“, и особено разпоредбата на чл. 224, ал. 3 КТ, чийто смислово съдържание надхвърля пряко постановеното в нея, че отпусъкът, „когато не бъде използван, не се обезщетява парично“). Въпросът дали се погасява по давност или се прекратява поради изтичане на преклузивен срок правото на ползване на платения годишен отпуск, както и по-общо правото на ползване на всеки отпуск, изисква обстойна аргументация, представянето на която надхвърля рамките на настоящото изследване.

¹⁴ За субективните преобразуващи права вж. **Милкова, Д.** Обща теория на правото, Цит. съч., 153-154; **Ташев, Р.** Обща теория на правото, Цит. съч., 302-304; **Василев, Л.** За преобразуващите субективни граждански права. – Правна мисъл, 1958, № 2, 3-23; **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I, Цит. съч., 177-181; **Павлова, М.** Гражданско право обща част, Том I, Цит. съч., 180-184; **Мръчков, В.** Субективни преобразуващи трудови права. – В: *Актуални гражданскоправни проблеми*. С.: Изд. на БАН, 1983, 243-259.

действие – „работодателят е длъжен да разреши“ отпуска по изричния израз на закона”¹⁵. Правният извод е по повод неплатения отпуск за работа в институции на Европейския съюз и в международни правителствени организации по чл. 160, ал. 2 КТ. Професор Кр. Средкова, без да генерализира становището си, определя и правото на други видове отпуск като субективно притезателно право на работника или служителя – отпускът за бащинство при раждане на дете по чл. 163, ал. 7 КТ; отпускът за отглеждане на дете до двегодишната му възраст, настанено при близки и роднини или в приемно семейство по чл. 164а, ал. 1 КТ; неплатеният отпуск за отглеждане на дете до осемгодишна възраст по чл. 167а, ал. 1 КТ¹⁶.

Освен самата правна същност на отпуска, правното действие, което настъпва при упражняването на правото на отпуск (ползването на отпуска), реда за упражняване на правото на отделните видове отпуски, аргумент за потестативния характер на правото на отпуск, е предвиденият от закона ред за защита на това субективно трудово право. Не е възможен (недопустим е) осъдителен иск за реално изпълнение на субективното право на отпуск (да се осъди работодателя да разреши, да предостави ползването на отпуска), т.е. не е възможно принудителното му осъществяване по съдебен ред чрез средствата на държавната принуда. Непредоставянето от работодателя на ползването на отпуск, който е субективно право на работника или служителя не се включва в съдържанието на понятието за правен трудов спор относно „изпълнението на трудовите правоотношения“ по смисъла на чл. 357, ал. 1 КТ. Недопустим е такъв осъдителен иск, предявен от работника или служителя „за да възстанови правото си, когато то е нарушено“, нито положителен установителен иск, предявен от работника или служителя, „за да установи съществуването на едно право“ (правото на отпуск в съдържанието на трудовото му правоотношение), нито отрицателен установителен иск, предявен от работодателя, „за да установи несъществуването на едно право“ (правото на отпуск на конкретен работник или служител, с който е в трудово правоотношение) на основание чл. 124, ал. 1 ГПК. При липса на доброволно изпълнение на притезателно право, защитата му се осъществява чрез установителни и осъдителни иски и може да бъде осъществено принудително или ако това не е възможно, може да се получи от правоимащия паричният еквивалент на дължимия резултат¹⁷.

Аргумент за непритезателния характер на правото на отпуск може да се изведе и от разпоредбата на чл. 358, ал. 2 КТ (начален момент на давностните срокове по трудови спорове). По отношение на правото на отпуск не може да се определи денят, в който то става изискуемо. Вярно е, че за всеки вид отпуск може да се определи денят, в който правото е могло да бъде упражнено. Ако се приеме, че е възможен иск за реално изпълнение, то погасителната давност за него ще бъде три години (общата давност по трудови спорове по чл. 358, ал. 1, т. 3 КТ), която ще тече от деня, в който правото на отпуск е могло да бъде упражнено. Но този правен извод няма как да се съотнесе с други разрешения на закона за отделните видове отпуски – погасяването с двегодишна давност на правото на ползване на платения годишен отпуск (чл. 176а КТ) и с неговото социално-правно предназначение (да се ползва през календарната година, за която се отнася – чл. 173, ал. 5, изр. първо КТ); ползването на учебните отпуски – „във време, определено от работника или служителя в зависимост от организацията на учебния процес“ (чл. 171а КТ); невъзможността да се отлага ползването на отпуска на синдикалните дейци (чл. 159, ал. 4 КТ); социално-правното предназначение на отпуските поради временна неработоспособност, бременност, раждане и отглеждане на деца, кратките целеви отпуски по чл. 157, ал. 1 и 2 КТ. Поради потестативния характер

¹⁵ Средкова, Кр. – В: *Коментар на Кодекса на труда*, Цит. съч., 540.

¹⁶ Средкова, Кр. – В: *Коментар на Кодекса на труда*, Цит. съч., 552, 561-562, 572.

¹⁷ Вж. така Павлова, М. *Гражданско право обща част*, Том I, Цит. съч., 169.

на правото на отпуск Кодексът на труда урежда други начини за защита на субективното право, когато то е нарушено. По отношение на правото на платен годишен отпуск това е самопомощта и самозащитата по чл. 176, ал. 3 КТ. Санкционен характер спрямо работодателя има и основанията за едностранно прекратяване на трудовия договор от работника или служителя без предизвестие по чл. 327, ал. 1, т. 3, предл. второ КТ – когато работодателят не изпълни други задължения, уговорени с трудовия договор или с колективния трудов договор, или установени с нормативен акт. Сред тези „други задължения“ е и трудовото задължение на работодателя по отношение предвидения от закона ред за ползване на различните видове отпуски¹⁸. Това е правната санкция, когато работодателят не предостави отпуск, който е субективно право на работника или служителя.

Субективното право на отпуск е от вида преобразуващи субективни права, които се упражняват извънсъдебно, както е при повечето субективни преобразуващи трудови права.

IV. След като е възникнало в правната действителност субективното трудово право на отпуск се упражнява от неговия носител – работника или служителя. Ползването на всеки вид отпуск е упражняване на правото на отпуск¹⁹. То се състои в определяне на вида, основанията, размера и времето, през което ще се ползва съответният отпуск от работника или служителя²⁰.

Отпусъкът трябва да бъде поискан за ползване от работника или служителя. По правната си същност искането представлява едностранно адресно волеизявление на работника или служителя, отправено до работодателя, в което се изразява воля за ползване на съответния вид отпуск. При едни отпуски искането се материализира в писмена молба, а в други – в писмено заявление. Употребата на понятията „молба“ и „заявление“ не е случайно²¹. Разликата в словоупотребата отразява различната правна

¹⁸ Вж. така изричното посочване на отпуските при анализа на това основание **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 601.

¹⁹ Упражняването, респ. неупражняването на субективното право от неговия носител е част от същността на самото субективно право. Изключение от това принципно положение има тогава, когато субективното право е едновременно и юридическо задължение за същия правен субект. Това принципно положение и посоченото изключение има особено проявление в материята на отпуските. Без да се навлиза в голямата по същество и дискусийна проблематика, само посочвам становището и аргументите на д-р Б. Михайлов за „задължителност на ползването на платените годишни отпуски“. **Михайлов, Б.** Правен режим на отпуските. Коментар–справочник. С.: ДИ „Д-р Петър Берон“, 1988, 73-76. Вж. и ред. на чл. 173, ал. 2 КТ в периода ДВ, бр. 58 от 2010 г. до бр. 54 от 2015 г. – „Работникът или служителят е длъжен да използва платения си годишен отпуск до края на календарната година, за която се полага“, както и анализа на проф. В. Мръчков на тази редакция и връзката ѝ с графика за ползването на платения годишен отпуск в **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 391-392. Сега действащата ред. на чл. 173, ал. 5, изр. първо КТ е „Работникът или служителят използва платения си годишен отпуск до края на календарната година, за която се отнася“. Мисля, че и тази редакция на разпоредбата, съдържа императивна правна норма. Вж. и ред. на чл. 172 КТ в периода ДВ, бр. 25 от 2001 г. до бр. 58 от 2010 г. в частта „от които най-малко половината се ползва наведнъж през календарната година, за която се полага отпусъкът“, т.е. императивността беше по отношение на половината от размера на платения годишен отпуск. Въпросът е дали редовният платен годишен отпуск, освен че е субективно трудово право на работника или служителя, е едновременно и негово юридическо трудово задължение? По същия начин се поставя и въпросът за отпуската поради временна неработоспособност, който се разрешава от здравните органи (чл. 162, ал. 2 КТ). Отпусъкът поради временна неработоспособност се оформя с болничен лист по образец (чл. 6, ал. 2 НМЕ), който по правна същност е индивидуален административен акт по чл. 21, ал. 1 АПК, и като такъв е задължителен за изпълнение от работодателя и от работника или служителя (вж. чл. 18, ал. 1 НМЕ).

²⁰ Вж. така **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 387; **Средкова, Кр.** Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право, Цит. съч., 234-236

²¹ В правната литература, както и в правоприлагането, искането за ползване на всички видове отпуски, когато е в писмена форма (т.е. документът), се наименува „молба“. Изработени са типови

същност и правно значение на искането за ползване на един или друг вид отпуск. Тя е следствие на действащата правна уредба на съответния вид отпуск – дали е субективно право или е само правна възможност на работника или служителя; какво е основанието за възникването му и социално-правното му предназначение; какъв е предвидения ред за неговото упражняване (ползване). Когато не е необходимо разрешение от работодателя за ползването на отпуска (кратките целеви отпуски по чл. 157 КТ²²; отпускът при временна неработоспособност по чл. 162 КТ; служебният неплатен отпуск по чл. 27, ал. 2, изр. първо ЗРТ²³), по-правилно е да се употребява понятието „заявление“ като наименование на документа, който материализира в писмена форма искането на работника или служителя за ползването на този отпуск. Това са отпуски, които не само са субективно право на работника или служителя, но са и от вида отпуски, които възникват като субективно право *ex lege*, когато в правната действителност настъпи предвиденото в закона основание за това. Обстоятелството, че ползването на отпуска трябва да бъде поискано от работника или служителя, не влиза в противоречие с тезата, че тези видове отпуски възникват *ex lege*. Искането за ползване на отпуска е упражняване на вече възникналото субективно право на отпуск. Тези отпуски са от категорията отпуски, които не само представляват субективно право на работника или служителя, но и които работодателят е длъжен да разреши във времето и в рамките на установената от закона тяхна продължителност. Работодаелят не

образци (бланки), които се използват в практиката. Вж. така **Сербезова, Ст.** – В: *Наръчник по трудови отношения*, Цит. съч., 275 („редът за ползване на посочените по-горе видове отпуски (това означава всички уредени в Кодекса на труда отпуски – бел. моя) се разрешава въз основа на подадена от работника или служителя писмена молба до работодателя“, което не е вярно, защото не всички отпуски по Кодекса на труда се разрешават от работодателя), както и с. 286 (общ образец на „молба от работника или служителя до работодателя за ползване на различни видове отпуски“, като в текста са посочени основния платен годишен отпуск, допълнителен платен отпуск и неплатен отпуск, т.е. видове отпуски, при които е необходимо разрешението на работодателя за ползването им, т.е. искането на работника или служителя действително следва да се именува като „молба“).

²² Неправилно в някои съчинения се приема, че отпуските по чл. 157, ал. 1 КТ се разрешават от работодателя въз основа на молба от работника или служителя. Така **Сербезова, Ст.** – В: *Наръчник по трудови отношения*, Цит. съч., 278-279. За никакво разрешение от работодателя не може да става и дума – текстът на закона е ясен – „работодаелят е длъжен да освобождава от работа работника или служителя“. Затова и за ползването на целеви отпуск по чл. 157, ал. 1 КТ работникът или служителят подава до работодателя писмено заявление, а не молба, с приложен документ, който да удостоверява, че субективното право на съответния вид отпуск е възникнало. Правилно в тази връзка е посочено, че „тези целеви отпуски работникът или служителят може да поиска да ги ползва, само ако са налице посочените условия. [...] Работодаелят не може да откаже ползването на такъв вид отпуск, ако са налице необходимите основания“. Така **Панайотов, Б.** *Работно време, отпуски и почивки*, 31-32. Вж. също **Средкова, Кр.** – В: *Коментар на Кодекса на труда*, Цит. съч., 523 – „отпуските по чл. 157 КТ са субективно право на работника или служителя. [...] Работодаелят не може да преценява дали да разреши отпуска и кога да го разреши. Основанията и времето за ползване на отпуска са посочени изрично и изчерпателно в законодателството“; **Средкова, Кр.** *Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право*, Цит. съч., 235 – относно реда за ползване на тези отпуски, като авторката окачествява писмената заповед на работодателя в този случай като „декларация за ползване на отпуск“. Вж. и тезата на проф. В. Мръчков относно „заповедта“ на работодателя за ползване на някои отпуски. **Мръчков, В.** *Трудово право*, Цит. съч., 389.

²³ Уреденият в чл. 27, ал. 2, изр. първо ЗРТ неплатен служебен отпуск е не само субективно право на работника или служителя, но е и от вида отпуски, които възникват като субективно право *ex lege*. Въпреки използвания в закона израз „работодаелите, ... са длъжни ... да разрешат неплатен отпуск за времетраенето на мандата“, не е необходимо съгласието (разрешението) на работодателя относно основанието, размера (продължителността) и времето на ползване на този вид отпуск. Вж. подробно **Стайков, Ив.** *Неплатеният отпуск по чл. 27, ал. 2, изр. първо от Закона за радиото и телевизията*. Научен доклад, представен пред Юбилейна международна научна конференция „Приложение на конституционните принципи в публичното и частното право“, Юридически факултет към ВТУ „Св. Св. Кирил и Методий“, 6-7.10.2016 г. (под печат).

разполага с никаква дискреционна преценка (няма право да преценява дали и кога да ги предостави). В случай, че работодателят издаде заповед за ползването на отпуска, тя има само декларативно, но не и конститутивно значение.

С понятието „молба“ следва да се именува писмените искания за ползване на отпуска, при които има разрешаване от работодателя (както е при платения годишен отпуск и при неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ), т.е. е необходимо неговото волеизявление, за да може работникът или служителят да започне ползването на съответния отпуск. Следователно критерият за използване на едното или другото понятие (и правно-технически термин) е не дали съответният отпуск е субективно право или само правна възможност на работника или служителя, или пък дали е платен или неплатен, а какъв е редът за упражняване (ползване) на съответния отпуск, в смисъл дали се изисква разрешаването му от работодателя или не²⁴.

V. Правната същност на всеки вид отпуск е период от време, през което работникът или служителят е освободен от юридическото задължение да изпълнява трудовата си функция (да престоира работната си сила) и произтичащите от нея други трудови задължения, като трудовото правоотношение продължава да съществува²⁵. Упражняването на субективното трудово право на отпуск (неговото ползване) има като правна последица промяна в осъществяването (динамичното развитие) на трудовото правоотношение. Това трудово правоотношение продължава да съществува между страните му в правната действителност като правно явление, но то преустановява своето активно и пълноценно осъществяване – неговото действие и активно състояние е спряно (суспенсирано). През времето на ползването на отпуска трудовото правоотношение е до голяма степен изпразнено от съдържание, защото не се изпълнява основното юридическо задължение на работника или служителя – да изпълнява работата, за която се е уговорил (трудова функция), т.е. задължението за предоставяне (пестиране) на работната сила (вж. чл. 124 КТ и голямата част от задълженията по чл. 126 КТ, свързани с непосредственото изпълнение на трудовата функция). Това е правната последица и новосъздаденото правно положение при ползването на всеки един вид отпуск.

Упражняването на субективното право на отпуск (неговото ползване) е правопроменящ юридически факт спрямо самото действащо индивидуално трудово правоотношение. Ползването на отпуска следва да се разглежда и като хипотеза на изменение на трудовото правоотношение. Изменение, защото е налице съществена промяна в съдържанието на индивидуалното трудово правоотношение. Това изменение

²⁴ В Кодекса на труда се използва и понятието „уведомяване“ (чл. 159, ал. 3, чл. 167а, ал. 7 КТ), като в някои разпоредби се посочва, че то трябва да бъде в писмена форма (чл. 171а, чл. 173, ал. 9 КТ). Въпросът е за съотношението между понятията „искане“, „уведомяване“ и „заявление“. В трудовото законодателство, в правната теория, съдебната практика и в ежедневието, се използват различни понятия – молба, заявление, искане, поискване, уведомление, пожелаване за ползване на отпуск (чл. 168, ал. 1 КТ). Под понятието „искане“ следва да се разбира материализиране на съдържанието на волеизявлението (обективизиране на човешка воля). Понятието „уведомяване“ може да се разглежда като синоним на „искане“, но и като искане с допълнителни модалитети – напр. предвиден в закона срок преди определен времеви момент, в които искането трябва да бъде направено и да достигне до знанието на неговия адресат. Понятието „заявление“ има съдържанието на документ, т.е. правен акт, в който се обективизира в писмена форма едно искане. Вж. в този смисъл за съотношението между заявление и уведомление **Средкова, Кр.** – В: *Коментар на Кодекса на труда*, Цит. съч., 578.

²⁵ Тази теоретична дефиниция на понятието „отпуск“ е безспорна в българската правна литература. Вж. **Янулов, Ил.** Трудово право. 2. изд. С.: Университетска печатница, 1948, 230-231; **Радоилски, Л.** Трудово право на Народна република България, Цит. съч., 363; **Милованов, Кр.** Трудово право. Част първа. С.: НИПП „Г. Димитров“, 1988, 96-97; **Василев, Ат.** Трудово право, 215-216, 237; **Мръчков, В.** Трудово право, 365-366; **Средкова, Кр.** Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право, Цит. съч., 207; **Средкова, Кр.** – В: *Коментар на Кодекса на труда*, 513.

е и пряка правна последица от характера на правото на отпуск като преобразуващо (потестативно) субективно право.

Аргумент за тази теза се съдържа в самото позитивно трудово право. Съгласно чл. 118, ал. 1 КТ работодателят или работникът или служителят не могат да променят едностранно съдържанието на трудовото правоотношение, освен в случаите и по реда, установени в закона. Такъв „случай“ и такъв „ред“ на едностранна промяна на съдържанието на трудовото правоотношение от страна на работника или служителя е установен в закона чрез правната уредба на различните отпуски. Правният извод важи за всички видове отпуски, които са уредени в действащото трудово законодателство. Тъй като по дефиниция всеки вид отпуск има определена във времето продължителност (уредена в нормативен акт, договорена в колективен трудов договор и/или в трудовия договор, или в споразумение по чл. 119 КТ) – няма безсрочен отпуск²⁶, то тази хипотеза на изменение на трудовото правоотношение е винаги за определено време. От друга страна, времето на ползване на отпуска е юридически факт от категорията на юридическите състояния и правоподдържащ (правосъхраняващ) юридически факт за същото трудово правоотношение.

В трудовоправната литература ползването на който и да е вид отпуск не се разглежда като хипотеза на изменение на индивидуалното трудово правоотношение. Инцидентно, по повод служебния отпуск по време на активна служба в доброволния резерв по чл. 158 КТ, проф. Кр. Средкова посочва, че „с упражняването на субективното право на този служебен отпуск се внася временна промяна в съществуващото трудово правоотношение – спира се изпълнението на трудовата функция от работника или служителя“²⁷. Професор В. Мръчков посочва като един от признаците на правното понятие за отпуска, че той „води до съществена промяна във функционирането на трудовото правоотношение: то преустановява своето активно и пълноценно съществуване. Неговото действие и активно състояние е спряно, след което то отново ще бъде заменено от подновяване на активното му функциониране“²⁸.

Не считам, че следва да се прави смислова разлика между „промяна“ (понятието, което използват двамата цитирани автори) и „изменение“ на трудовото правоотношение. Проблемът е за преодоляване на теоретичната теза, че под понятието „изменение на трудовото правоотношение“ трябва да се разбира и да се изследва правната уредба, която се съдържа в раздел X на глава V от Кодекса на труда – чл. 118-123а. Изменение на трудовото правоотношение има винаги, когато има промяна (изменение) на някой елемент на правоотношението (страни, обект, съдържание). Няма

²⁶ „Безсрочен отпуск“ като правно понятие няма, а е и правно нелогично да има. Така изрично д-р Б. Михайлов – „отпускът се ползва винаги за определено време, за определен срок, чиято продължителност е точно или условно определена. Нашето законодателство не познава безсрочен отпуск“. Михайлов, Б. Правен режим на отпуските. Коментар–справочник, Цит. съч., 29. Без изрично да е определено, в този смисъл вж. и проф. В. Мръчков по повод „заповедта за разрешаване на отпуск, която трябва да съдържа ... неговия размер и началото на ползването му“; „Една част от отпуските се отрездат и ползват за определен календарен период. [...] Друга част от отпуските се ползват при възникване на основанието за тях ...“. Мръчков, В. Трудово право, Цит. съч., 388-389. Така и проф. Кр. Средкова по повод „продължителността“ на отделните отпуски, както и за „изчисляване на отпуските“. Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право, Цит. съч., 237-238. Други автори без да посочват срока (продължителността) на отпуска като основен признак, който характеризира това правно понятие, го включват в дефиницията му – „отпускът е временно освобождаване на работника или служителя...“. Вж. така Андреева, Адр. – В: Андреева, Адр., Г. Йолова. Трудово и осигурително право. Варна: Изд. „Наука и икономика“ и Иконом. ун-тет – Варна, 2014, 99. Под „временно освобождаване“ следва да се разбира, че всеки отпуск има предварително определена и известна продължителност, т.е. срок на ползването му.

²⁷ Средкова, Кр. – В: Коментар на Кодекса на труда, Цит. съч., 534.

²⁸ Мръчков, В. Трудово право, Цит. съч., 366.

значение какво е в количествено отношение това изменение, дали е безсрочно или е за определен срок, както и каква е причината (какво е основанието му) и начина (механизма) на нейното проявление.

VI. Упражняването на субективното право на отпуск (неговото ползване), освен анализираната вече правна последица – изменение на трудовото правоотношение в разгледания смисъл, има и други правни последици, които се проявяват в приложимостта на няколко разпоредби от Кодекса на труда. С началото на ползването на отпуска възникват рефлексни (странични) правни последици, които също са в съдържанието на индивидуалното трудово правоотношение²⁹. Това са нови субективни трудови права на работника или служителя, които в същото време са и правни гаранции за ползването на отпуска, както и съответни юридически задължения за работодателя. Въпреки, че същинското действие на индивидуалното трудово правоотношение е спряно (суспендирано), то не е изпразнено от съдържание.

Подробно анализиране на тези рефлексни (странични) правни последици и нововъзникнали субективни трудови права на работника или служителя не е нужно. Те само ще бъдат посочени.

1. Съгласно чл. 175, ал. 1 КТ, когато през време на ползването на платения годишен отпуск на работника или служителя бъде разрешен друг вид платен или неплатен отпуск, ползването на платения годишен отпуск се прекъсва по неговото искане и остатъкът се ползва допълнително по съгласие между него и работодателя. В тази хипотеза на прекъсване на платения годишен отпуск законът дава правна уредба на ползването на няколко субективни трудови права на отпуск. Налице е конкуренция на субективни права на отпуск в един и същ времеви момент. При възникване на субективно право на даден вид отпуск по време на упражняване на субективното право на платен годишен отпуск се дава предимство на упражняване на субективното право на новия отпуск. В същото време прекъсването на ползването на платения годишен отпуск играе ролята на правна гаранция за субективното право на нововъзникналия отпуск³⁰.

Прекъсването на ползването на платения годишен отпуск е субективно право на работника или служителя³¹. По характера си това е субективно преобразуващо (потестативно) трудово право, което се упражнява извънсъдебно. При условие, че през време на ползването на платения годишен отпуск на работника или служителя бъде разрешен друг вид платен или неплатен отпуск и при направено искане от работника или служителя, работодателят е длъжен да се съобрази с това искане, т.е. да понесе последиците от прекъсването на ползването на платения годишен отпуск на работника или служителя.

2. Съгласно чл. 176, ал. 1, т. 2, предл. първо КТ ползването на платения годишен отпуск може да се отложи за следващата календарна година от работника или служителя, когато ползва друг вид отпуск. Разпоредбата е относима за всички видовете отпуски. Направените изводи относно прекъсването на ползването на платения годишен отпуск са относими и за тази хипотеза на отлагане на ползването на платения

²⁹ За прякото (директно) и отразено (рефлексно) действие на юридическите факти вж. **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II., Цит. съч., 173-174; **Рачев, Ф.** Гражданско право, Цит. съч., 132; **Джеров, Ал.** Гражданско право. Обща част. Кн. първа. С.: Академично издателство „Проф. Марин Дринов“, 1994, 270-271.

³⁰ Вж. подробно **Стайков, Ив.** Прекъсване на ползването на платения годишен отпуск. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право.* Том IV. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2010, 95-107.

³¹ Това положение е безспорно в теорията и практиката. Вж. **Василев, Ат.** Трудово право, Цит. съч., 247; **Средкова, Кр.** – В: *Коментар на Кодекса на труда*, 598 и цит. съдебна и административна практика; **Стайков, Ив.** Прекъсване на ползването на платения годишен отпуск, Цит. съч., 101.

годишен отпуск. Ползването на друг вид отпуск води до възникване за работника или служителя на субективно потестативно право на отлагане на ползването на платения годишен отпуск.

3. Съгласно чл. 194, ал. 3 КТ сроковете за налагане на дисциплинарни наказания не текат през времето, когато работникът или служителят е в законоустановен отпуск или участва в стачка. Едната хипотеза на спиране на сроковете за налагане на дисциплинарно наказание е започнало ползване от работника или служителя на законоустановен отпуск. В разпоредбата се има предвид всеки вид отпуск, независимо дали е платен или неплатен, както и независимо от неговата продължителност и неговото социално-правно предназначение. Всъщност всеки вид отпуск по действащото трудово право е законоустановен, защото законът изрично урежда материалноправните предпоставки, при които възниква субективното право за ползването му, или предвижда те да бъдат създадени по договорен път – посредством колективен трудов договор или споразумение между страните на трудовото правоотношение.

4. Работник или служител, който е започнал ползването на разрешения му отпуск, има предварителна закрила при уволнение на определени основания (чл. 333, ал. 1, т. 4 КТ). Понятието „разрешен отпуск“ има същото смислово значение, както и в разпоредбата на чл. 175, ал. 1 КТ. Законното изискване за действието на тази хипотеза на предварителна закрила при уволнение е, че тя се прилага от момента, в който реално започва да се ползва отпускът, а не от момента, в който той е разрешен, или да е приключило ползването му. Социално-правното предназначение на тази закрила е да осигури спокойно ползване по предназначението на съответния отпуск. Видът на отпуска няма значение³². Упражняването на субективното право на отпуск (започване на ползването на отпуска) води до възникване на хипотеза на предварителна закрила при уволнение за този работник или служител.

Всички посочени хипотези имат двойк правен смисъл и двойко правно значение.

На първо място, те представляват странични (рефлексни) правни последици от упражняването на субективното право на отпуск. Основната и пряка (директна) правна последица е настъпилото изменение на индивидуалното трудово правоотношение, когато се упражни правото на отпуск (неговото ползване). При възникване на субективно право на отпуск, самото субективно право е правопораждащият юридически факт за възникването в съдържанието на трудовото правоотношение на други субективни трудови права на работника или служителя – право да прекъсне или право да отложи ползването на платения си годишен отпуск; правото му спрямо него да не се осъществява дисциплинарно производство, докато ползва отпуск; правото му на предварителна закрила при уволнение на определени основания, докато е в отпуск³³. Тезата е относима за всички видове отпуски по действащото трудово право, независимо дали се приема, че те са в законното съдържание на индивидуалното трудово правоотношение, уредени са като субективно право и възникват *ex lege*, или както е при неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, който е уреден като правна възможност и се превръща в субективно право по силата на споразумение между работника или служителя и работодателя. Наличието на тези субективни трудови права на работника или служителя, респ. юридическите задължения на работодателя, по времето, когато

³² Така **Мръчков, В.** – В: *Коментар на Кодекса на труда*, Цит. съч., 1046; **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 662; **Средкова, Кр.** Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право, Цит. съч., 480; **Филипова, Т.** Дисциплинарно уволнение. Пловдив: УИ „П. Хилендарски“, 2015, 231.

³³ За възможността и субективно право да бъде юридически факт вж. **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II., Цит. съч. 164; **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част, Т. II, Цит. съч., 39.

работникът или служителят ползва някакъв вид отпуск, сочат на това, че макар и със спряно (суспендирано) действие, това трудово правоотношение продължава да има определено съдържание и социално-правно предназначение.

На второ място, посочените хипотези и уредените субективни трудови права на работника или служителя, които възникват при ползване на отпуск, представляват правни гаранции за ползването на отпуска, т.е. гаранции за реалността на субективното право на отпуск³⁴.

³⁴ За същността на правните гаранции за ползване на отпуските вж. **Радоилски, Л.** Трудово право на Народна република България, Цит. съч., 376; **Мръчков, В.** Трудово право, Цит. съч., 395-396; **Средкова, Кр.** Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право, Цит. съч., 239-242.

**Установяване на частична трансформация по отношение на имот, за който в
бракоразводното споразумение е уговорено, че остава съсобствен**

Венцислав Л. Петров

***Establishment of Partial Transformation of Property That Has Been Specified as
Co-Owned in the Divorce Settlement***

Vencislav L. Petrov

Abstract: *The reason for this article is Interpretative civil case No 3/2015 of the Supreme Court of Cassation. In the article are examined the controversial court decisions and the views in the legal literature. The author states that the action for partial transformation of own property for which in approved by the divorce court settlement spouses agreed that it remains co-owned between them without specifying in what units, can be accepted by court.*

Keywords: *property, co-owned property, partial transformation, divorce settlement*

В последните години се наблюдава тенденция за образуване на тълкувателни дела по множество въпроси на частното право. Това важи с пълна сила и за семейноправната материя. Обсъжданият в настоящата разработка проблем е станал повод за образуване на тълкувателно дело, от произнасянето по което ще бъдат детерминирани редица последици, чиито център привидно е само в рамките на семейното право, но всъщност те се навлизат в обхвата и на други гражданскоправни отрасли – вещно право, облигационно право и т.н.

С Определение № 152 от 14.10.2015 г. на ВКС по гр. д. № 3301/2015 г., II г. о., ГК, докладчик председателят Красимир Влахов, е образувано Тълкувателно дело № 3/2015 по описа на ОСГК на ВКС за приемане на тълкувателно решение по следния въпрос:

Допустимо ли е, след като в одобреното от бракоразводния съд споразумение съпрузите са се съгласили, че придобит по време на брака им имот остава съсобствен между тях, в последващ исков процес да се установява по-голям дял на единия съпруг на основание частична трансформация на негово лично имущество по смисъла на чл. 21, ал. 2 СК /1985 г. -отм./, респ. чл. 23, ал. 2 СК?

Тълкувателното дело е образувано с оглед констатирано противоречие в практиката на ВКС по цитирания въпрос. В определението, с което е направено предложение за образуване на тълкувателно дело, са посочени две решения на ВКС, в които посочения въпрос е решен по противоречив начин. Всъщност, налице са и други актове на ВКС по този въпрос. В настоящата разработка се защитава тезата, че иск за установяване на частична трансформация в подобен случай е не само допустим, но може да бъде и основателен. За доказването на това гледище е извършен критичен анализ на цитираните в разпореждането за образуване на тълкувателно дело две решения на ВКС; на други съдебни актове, съдържащи произнасяне по същия въпрос; на изложените в доктрината теоретични виждания по проблема. Използвани са и

аргументи във връзка със правната същност и последиците на бракоразводното споразумение и на решението, с което то се утвърждава, както и свързани с особеностите на института на трансформацията на лично имущество.

1. На първо място, трябва да се обърне внимание на формулировката на въпроса, по който е образувано тълкувателно дело. Тя започва с думите „допустимо ли е“. Формираното по този начин изречение води към извод, че спорният въпрос е дали такова искане е процесуално допустимо. Всъщност, в двете цитирани в разпореждането за образуване решения не е налице противоречиво произнасяне по въпроса за допустимостта на иск или възражение за установяване на частична трансформация. В Решение № 205 от 19.07.2012 г. на ВКС по гр. д. № 215/2012 г., II г. о., ГК, докладчик председателят Емануела Балева, е прието, че подобна претенция е процесуално допустима. В мотивите към решението се сочи, че „Решението на въззивния съд е неправилно досежно изразеното становище, че така постигнатото споразумение изключва и допустимостта да бъде разгледан, заявен чрез възражение срещу иска за делба по чл. 34 ЗС във вр. с чл. 26 и 27 СК от 1985 г. (отм.), иск по чл. 21, ал. 2 СК от 1985 г. (отм.) за частична трансформация поради вложени лични средства в придобиване на процесния недвижим имот“. В другия цитиран съдебен акт - Решение № 313 от 17.02.2012 г. на ВКС по гр. д. № 62/2011 г., III г. о., ГК, докладчик съдията Жива Декова, по същият въпрос никъде не се сочи, че иск за установяване на трансформация в подобна хипотеза е недопустим. Ако беше така, съставът на ВКС следваше да обезсили въззивното решение като недопустимо, понеже съдържа произнасяне по недопустим иск¹. В случая ВКС изрично приема, че решението е допустимо, но неправилно. Виждането за допустимост на иск за установяване на частична трансформация в този случай намира поддръжници и в правната доктрина². То заслужава подкрепа.

В правната доктрина е изяснено, че споразумението за развод не се ползва със сила на пресъдено нещо, понеже не урежда висящ пред съда спор³. Липсата на *res judicata* води до изводът, че не е налице процесуална пречка за съществуване на правото на иск. Следователно, няма как да става въпрос за недопустимост на иска или възражението. В Решение № 205 от 19.07.2012 г. на ВКС по гр. д. № 215/2012 г., II г. о. в тази връзка се сочи, че „процесното споразумение, имайки правната характеристика на съдебна спогодба, не може да бъде третирано за *res judicata*, т. е. като основание което пречатства възможността да бъде заявен и разгледан иска за частична трансформация на лични средства, касаещ правата /квотите/ на съделителите в съсобствеността“. Посоченото виждане следва да бъде споделено с уточнението, че съгласно трайно приетото в доктрината⁴ и в тълкувателната практика на Върховния съд виждане⁵, бракоразводното споразумение не е съдебна спогодба, а особен нехомогенен договор (обратното се приема в Решение № 296 от 15.06.2010 г. на ВКС по гр. д. № 422/2009 г., II г. о., ГК).

¹ Така Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р. Българско гражданско процесуално право. С.: Сиела, 2012, 179-180

² Топузов, Д. Може ли да се претендира частична трансформация при одобрено от бракоразводния съд споразумение за съсобственост. – сп. Собственост и право, No 6/2016, 45-46

³ Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р. Българско гражданско процесуално право, Цит. съч., 715; Матеева, Ек. Семейно право на Република България. С.: ВСУ „Черноризец Храбър“, 2010, 255

⁴ Така Ненова, Л. Семейно право. Нова редакция М. Марков. Книга първа. С.: Софи – Р, 2009, 535; Марков, М. В: Цанкова, Ц., Марков, М., Станева, А., Тодорова, В., Петров, В., Балева, Е., Дечева, Б., Мичева, В. Семейен кодекс. Приложен коментар, С.: ИК „Труд и право“, 2015, 185

⁵ Тълкувателно решение № 60 от 12.VIII.1987 г. по гр. д. № 31/87 г., ОСГК

На базата на гореизложеното, може да се обобщи, че въпросът, по който е образувано тълкувателно дело, е некоректно поставен. Въпросът, по който е налице противоречива практика на ВКС по реда на чл. 290 ГПК, е дали искът за установяване на частична трансформация може да бъде уважен, след като в одобреното от бракоразводния съд споразумение съпрузите са се съгласили, че придобит по време на брака им имот остава съсобствен между тях. Подобен иск е допустим и следва да бъде допуснат до разглеждане по същество. Не е налице процесуална пречка за това.

2. По-сложно стои въпросът с основателността на подобна претенция. В правната литература е изложено виждане, че искът за установяване на частична трансформация в този случай следва да бъде отхвърлен като неоснователен, понеже съдът следвало да зачете материалната сила на постигнатото споразумение⁶. Според това виждане, независимо, че в бракоразводното споразумение не са посочени квоти, в които имотът остава съсобствен, това не е пречка да се приеме, че страните са се договорили за съсобственост при равно дялове. Авторът възприема аргументите, наведени в Решение № 313 от 17.02.2012 г. на ВКС по гр. д. № 62/2011 г., III г. о., в което е посочено, че „При липса на волеизявление за друго съотношение в съсобствеността, се приема, че квотите са равни - чл. 27 от СК от 1985 г.(отм.). Т. е. споразумението обвързва страните относно приложението на установената презумпция в чл. 19, ал. 1 от СК от 1985 г.(отм.) за придобиване на имота в режим на съпругеска имуществена общност, както и относно наличието на съсобственост при равни квоти“.

Подобно виждане не може да бъде споделено. На първо място, както цитираният автор, така и посоченото решение се позовават на аргументите, изложени в Решение № 296 от 15.06.2010 г. на ВКС по гр. д. № 422/2009 г., II г. о. Обстоятелствата по това дело обаче са различни. В процесния казус изрично е посочено, че имотът остава съсобствен помежду им при равни дялове. Страните са съгласували волите си досежно точния размер на дяловете във възникващата на мястото на съпругеската имуществена общност обикновена дялова съсобственост. Тази тяхна воля е в унисон както със същността на съпругеската имуществена общност като форма на съсобственост, възникнала поради съвместен принос в разнообразни форми, който по дефиниция не се изчислява процентно. Именно това виждане за правната същност на разглеждания институт е мотивирало законодателя да установи в чл. 28 СК оборимата презумпция за равенство на дяловете при прекратяване на общността. Въпреки това, законодателят установява възможността съпрузите да договорят в бракоразводното споразумение конкретни дялове при прекратяване на съпругеската имуществена общност. Тази възможност се признава единодушно в правната доктрина⁷. Тя съответства изцяло на философията на действащия Семейен кодекс, въвеждащ диспозитивното начало при уреждане на имущественобрачните отношения⁸. Възползвайки се от това свое право, съпрузите уговарят точните параметри на прекратяване на съпругеската общност. Без да имат задължение за това, те уреждат този аспект на имуществените си задължения. В Тълкувателно решение № 60 от 12.VIII.1987 г. по гр. д. № 31/87 г., ОСГК се приема, че определянето на кого от съпрузите се предоставят дадени вещи по споразумението има прехвърлително действие от момента на влизане в сила на решението. Няма причина същата последица да се приеме и при определяне на дяловете във

⁶ Така **Топузов, Д.** Може ли да се претендира частична трансформация при одобрено от бракоразводния съд споразумение за съсобственост, Цит. съч., 46

⁷ **Матеева, Ек.** Семейно право на Република България, Цит. съч., 285; **Марков, М. В.** Семейен кодекс. Приложен коментар, Цит. съч., 203

⁸ Така **Матеева, Ек.** Семейно право на Република България, Цит. съч., 107. Там изразът е използван във връзка с възможността за избор на имущественобрачен режим, но смятам, че цялата концепция на новата уредба е насочена към разширяване на договорното начало в уреждането на отношенията между съпрузите и най-вече в областта на имуществените права и задължения.

възникващата обикновена съсобственост. С влязлото в сила решение те възникват. В такава хипотеза наистина може да се приеме, че един по-късен иск за установяване на трансформация следва да бъде отхвърлен като неоснователен, макар аргументите да не са безспорни.

Това виждане обаче не може да се приложи по аналогия и когато страните са уговорили в споразумението за развод, че дадена вещ остава съсобствен между тях, без да определят при какви дялове. Не може да се сподели възприетото в Решение № 313 от 17.02.2012 г. на ВКС по гр. д. № 62/2011 г., III г. о. виждане, че аргументите за неоснователност на иска за установяване на пълна трансформация следва да се приложат и към частичната такава. Аргументът от чл. 28 СК трудно може да подкрепи успешно тази теза. От наличието на една установена в закона оборима презумпция не може да се направи извод за действителната воля на страните. Освен това, трансформацията не настъпва по силата на влязлото в сила решение, с което се уважава искът или възражението с правно основание чл. 23 СК. Тя настъпва още в момента на придобиване на съответното вещно право, стига то да е придобито изцяло или частично с лично имущество, т.е. проявлението ѝ става факт още в момента, в който се осъществи съответния придобивен способ. Поради това и искът, с който тя се установява е установителен по характера си⁹. **Действително, при липса на противна уговорка, дяловете в прекратената съпружеска имуществена общност съгласно чл. 28 СК са равни, но в случая се касае за идеална част от вещно право, която никога не е била такава общност. Съответната идеална част изначално е станала собственост на единия съпруг. Съпружеска имуществена общност съществува само върху останалата идеална част от правото, за която може да важи правилото за равенство на дяловете при прекратяването ѝ.**

Тъй като това материалноправно положение вече съществува ex lege, няма как то да бъде дерогирано единствено от изявлението на съпрузите, още повече че това изявление съвсем не е ясно и недвусмислено (в случая, я който не се посочват конкретни дялове в съсобствения имот). В тази насока е и особеното мнение на съдия Олга Керелска по Решение № 313 от 17.02.2012 г. на ВКС по гр. д. № 62/2011 г., III г. о., ГК: „Съгласно чл. 21, ал. 1 СК един от съпрузите става собственик на вещ придобита по време на брака ако тя е придобита чрез трансформация на лично имущество. За да стане такава вещ съсобствена при това при равни права единият съпруг следва да е отчуждил съответната част от нея в полза на другия съпруг по предвидения от закона начин. Това не може да стана само по пътя на декларирането, че тази вещ е съсобствена. С оглед на това считам, че споразумението с което се декларира, че вещта е съсобствена не обвързва съда да приеме, че същата е такава при данни, че това не е така, още повече, че е съсобствена при равни права“. Въпреки че виждането на съдия Керелска за липсата на директен вещнотранслативен ефект на утвърденото с влязло в сила решение бракоразводно споразумение досежно вещи, за чието прехвърляне законът установява форма за действителност, не може да бъде споделена, аргументите в подкрепа на тезата за възможност за установяване на трансформация в разглежданата хипотеза заслужават подкрепа.

Въз основа на гореизложените аргументи, следва да се подкрепи виждането, че иск (или възражение) за установяване на частична трансформация относно имот, за който в одобрено от бракоразводен съд споразумение съпрузите са се съгласили, че

⁹ В този смисъл **Матеева, Ек.** Семейно право на Република България, Цит. съч., 132, която пише, че „искът по чл. 23 СК е насочен към признаване със сила на присъдено нещо на едно съществуващо правно положение, а именно че ищецът е изключителен титуляр на придобитото през време на брака вещно право, респ. че „трансформираната“ част от това право е негово лично имущество“. В същия смисъл и **Станева, А.** – В: *Семеен кодекс. Приложен коментар*, Цит. съч., 95-96

остава съсобствен между тях без да посочват при какви дялове, е не само допустим, но и може да бъде уважен като основателен (стига, разбира се, да бъде доказан от ищеца при условията на главно и пълно доказване). Това виждане държи сметка както за момента, в който настъпва трансформацията, така и за характера на решението, с което се утвърждава бракоразводното споразумение като акт, който не се ползва със сила на присъдено нещо. Възприемането на противното виждане крие риск от подмяна на действителната воля на бившите съпрузи и до изменение на съществуващото правно положение с неуредени от закона правни средства.

Част III

НОВИ ПРОЧИТИ В НАКАЗАТЕЛНОТО ПРАВО И ПУБЛИЧНОТО ПРАВО

Правна сигурност и справедливост в наказателното право

Дилян Начев

Legal Certainty and Justice in the Area of Criminal Law

Dilyan Nachev

Abstract: *The issue of the ratio between the principle of legal certainty and the principle of justice of the legal system is one of the most important and controversial topics in legal theory. Finding the balance between them is, however, a prerequisite for the proper functioning of the legal system. This is particularly noticeable in the area of criminal law in which the competition between those two legal principles is greatest.*

In this article, I argue that the balance between the predictability of law and its social justification may be sought in the field of positive law, since the legislature often establishes mechanisms and rules in order to achieve said balance. As an illustration of this, I have pointed out such legal phenomena as insubstantial acts, relatively-fixed criminal penalties, prescription terms etc.

Keywords: *legal certainty, justice, criminal law, predictability, social justification*

Предвидимостта на правото и неговата социална оправданост са две от основните качества на всяка успешно функционираща правна система. Именно тези две ценности обуславят съществуването на юридическите принципи за правната сигурност, като гаранция срещу правния произвол и за справедливостта на правния ред, като гаранция за неговата легитимност. Съотношението помежду им обаче е предмет на почти непрестанни спорове в теорията. Това е въпрос, характерен на практика за всички правни отрасли, но най-отчетливо може да бъде констатиран на полето на наказателното право. Причината за това се състои в следните обстоятелства: от една страна, става дума за най-тежката форма на юридическа репресия (осезаемо по-голяма от дисциплинарната или административна, напр.), а това от своя страна предполага голяма степен на предсказуемост на правните предписания от техните адресати. Именно това обяснява и факта, че принципът за законност¹ е най-силно застъпен тъкмо в областта на наказателното право и се изразява например в принципа за законоустановеност на престъпленията и наказанията², съответно забраната за правоприлагане по аналогия³, забраната за влошаване положението на дееца с новоприети закони⁴ и др. От друга страна наказателното право защитава някои от най-

¹ Мисля, че тук е уместно да уточня, че според мен между принципа за правната сигурност и принципа за законност не съществува тъждество, а по-скоро частично застъпване. Правната сигурност не се изчерпва с въпроса за законността. Тя обхваща също така въпроси като предвидимостта и последователността на съдебната практика и действията на държавните органи като цяло, честотата, с която се изменя законодателството и др.

² Вж. напр. чл. 5, ал. 3 КРБ.

³ Вж. чл. 46, ал. 3 във вр. с ал. 2 ЗНА.

⁴ Вж. чл. 2, ал. 2 НК.

съществените обществени отношения и цялостния правов ред⁵. Смятам, че това от своя страна предполага наказателната политика на държавата да бъде резултат на постигането на възможно най-широко съгласие и да бъде израз на общоприета справедливост.

Въпреки голямото значение на тези два правни принципа – правната сигурност и справедливостта на правния ред – за нормалното действие на правната система, възможно е те да се окажат и в конкуренция помежду си. Как следва да се разреши този потенциален конфликт, когато възникне? Няколко различни подхода към този въпрос са мислими. От една страна отговорът може да се търси на полето на правнофилософския дебат относно валидността и легитимността на правото⁶. Особено внимание тук заслужава тезата на Густав Радбрух, съгласно която правната сигурност следва да има приоритет и законът да се прилага, дори когато това води до несправедлив резултат, освен в случаите, в които сблъсъкът между тях достигне до такава степен на непоносимост, че законът се превръща в „опорочено право“ и трябва да отстъпи пред справедливостта⁷. Тезата на Радбрух обаче има един безспорен и много значим недостатък, който впрочем самият той признава, а именно невъзможността да се направи по-ясно разграничение между закононото безправие и законите, които въпреки недостатъците си, остават валидни⁸. Радбрух твърди, че единствената разграничителна линия, която може да се прокара се състои в това, че когато липсва дори опит за справедливост, а равенството, представляващо сърцевината на справедливостта, е съзнателно отречено, то тогава законът не е просто „опорочено право“, а е лишен изцяло от правна същност⁹. Мисля, че този подход винаги предполага някакъв недокрай ясен компромис и често повдига повече въпроси, отколкото дава отговори. Смятам, че отговорът на въпроса за конкуренцията между правната сигурност и справедливостта може да се търси и изцяло на полето на позитивното право, без това да „превръща юридическата професия в беззащитна спрямо произволни и престъпни закони“¹⁰. Това може да се осъществи чрез намирането на баланс между тези два правни принципа в рамките на самото законодателство. Така например българският Конституционен съд ясно е посочил в редица свои решения, че принципът за правовата държава, гарантиран от Конституцията, се състои от два елемента: принципа за правната сигурност (формален елемент) и принципа за материалната справедливост (материален елемент)¹¹. Тези два принципа не са в конфликт помежду си, а взаимно се балансират. Нещо повече, поради съществуващата между тях обвързаност всяко несъобразяване на законодателя с изискванията, произтичащи от формалния елемент, има за последица неосъществяването на материалния елемент на правовата държава¹². Равновесието между тях се постига най-вече чрез законодателство, като за това в най-голяма степен следи Конституционният съд. Така погледнато, споделям възгледа, изразен от бившия

⁵ Стойнов, Ал. Наказателно право. Обща част. С.: Сиела, 1999, 20-21.

⁶ За подробен анализ на проблема относно валидността и легитимността в правото вж. Вълчев, Д. Валидност и легитимност в правото. С.: Сиела, 2013.

⁷ Radbruch, G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 1 (2006), 7.

⁸ Пак там, 7.

⁹ Пак там, 7.

¹⁰ Пак там, 6.

¹¹ Вж. напр. Решение на Конституционния съд № 1 от 2005 г. по конст. дело № 8 от 2004 г., съдия-докладчик Емилия Друмева.

¹² Решение на Конституционния съд № 12 от 2016 г. по конст. дело № 13 от 2015 г., съдия-докладчик Мариана Карагъзова-Финкова.

конституционен съдия Пенчо Пенев, че „няма нищо по-истинско и по-добро за правната сигурност от облечената в юридическа форма справедливост“¹³.

Търсенето на подобен баланс между тези два донякъде конкуриращи се правни принципи в наказателното право може бъде илюстриран на практика на всички етапи от наказателното производство – като се започне с дефиницията за престъпление и процедурата по ангажирането на наказателната отговорност на предполагаемия извършител, мине се през определянето на наказанието и се стигне до неговото реално налагане.

Съгласно чл. 9, ал. 1 НК „[п]рестъпление е това общественоопасно деяние (действие или бездействие), което е извършено виновно и е обявено от закона за наказуемо“. Още обаче в алинея втора от същия чл. 9¹⁴ е предвидена хипотезата на малозначителност на деянието, при която макар формално да са налице признаците на предвидено от закона престъпление, такова в действителност няма. Това се дължи именно на малозначителността на деянието, която води до това, че то не е общественоопасно или неговата обществена опасност е явно незначителна. Така по същество извършителите на две деяния, които осъществяват признаците на едно и също престъпление биха били третираны по коренно различен начин в зависимост от това дали деянието е малозначително или не. В единия случай, то би било престъпно, а в другия – не. Това от своя страна повдига въпроса за правната сигурност и за равенството на гражданите пред закона. Правната сигурност в своя най-краен вариант би предполагала всяко деяние, което отговаря на предвидените в закона характеристики на определено престъпление да се приема за противоправно. Не такава е обаче идеята на законодателя, тъй като освен от предвидимост, правната система се нуждае и от справедливост и рационалност. Именно по тази причина законодателят е предвидил, че престъплението предполага наличието на известна степен на обществена опасност и е изключил от тази категория деянията, които са или изцяло лишени от такава, или при тях тя е явно незначителна. Смятам, че би било видимо несправедливо извършителят на малозначително деяние да бъде санкциониран въз основа на едно чисто формално съвпадение между стореното от него и фактическия състав на определено престъпление. Това е така, тъй като при такава хипотеза, имаме несъответствие между признаците на деянието и волята на законодателя¹⁵. Впрочем, ангажирането на наказателната отговорност на лице, извършило малозначително деяние е и изключително нецелесъобразно, тъй като това предполага голяма част от държавния апарат да се занимава със случаи, които не представляват осезаем риск за правния ред, а това от своя страна създава опасност за ефективността на цялата правна система. Ефективността, бързината, качеството на правораздавателния процес пък от своя страна са тясно свързани със справедливостта, особено в областта на наказателното правосъдие. Колкото до принципа за равнопоставеността на гражданите, смятам, че решението на законодателя да определи като непрестъпно малозначителното деяние по никакъв начин не го нарушава, тъй като този принцип предполага, че еднакви или сходни случаи следва да се третират по еднакъв или сходен начин, а такива, между които съществуват съществени разлики, трябва да се третират по различен начин. Мисля, че в конкретния случай обстоятелството, че деянието е малозначително, а оттам и лишено от обществена опасност или с явно незначителна

¹³ Особено мнение на съдия Пенчо Пенев относно Решение № 11 от 09.07.1996 г. по конст. дело № 10 от 1996 г.

¹⁴ НК, Чл. 9. (2) Не е престъпно деянието, което макар формално и да осъществява признаците на предвидено в закона престъпление, поради своята малозначителност не е общественоопасно или неговата обществена опасност е явно незначителна.

¹⁵ Стойнов, Ал. Наказателно право. Обща част, Цит. съч., 243.

такава е напълно достатъчно основание, за да бъде приемливо различното правно третиране на тези две ситуации. Така по същество законодателят е предоставил възможност на органите на държавното обвинение или на съдията да решат дали деянието е престъпно или не с оглед неговата обществена опасност. Това е израз на дискреционната им власт на преценка, но същевременно тази власт съвсем не е неограничена и предполага добра аргументация в мотивите на съответния юридически акт и съобразяване със смисъла, вложен в чл. 9, ал. 2 НК и установен от постоянната съдебна практика.

По сходен начин е поставен въпросът за баланса между правната сигурност и справедливостта и при определянето на наказание от страна на съда спрямо извършителя на престъплението. Значението на справедливостта е съществено. Не е случайно това, че едно от касационните основания, предвидени в Наказателния процесуален кодекс е именно „явно несправедливото“ наказание¹⁶. Това впрочем е и един от малкото случаи, в които законодателят изобщо си позволява да използва открито тази дума. Тук тези два принципа се изразяват чрез две донякъде разнопосочни нужди – от една страна необходимостта от предвидимост на наказанието, а от друга необходимостта от неговата индивидуализация. Правната сигурност предполага за еднакви деяния да се налага еднакво наказание, но справедливостта предполага при определянето на санкцията да бъдат взети предвид множество други фактори, непредвидени изрично в закона. Тук нашият законодатель е възприел един умерен и уравновесен подход, като в мнозинството от случаите е предвидил т.нар. относително определени наказания. С други думи, потърсил е баланс между правната сигурност и справедливостта. Отдавна отречени от правната теория са други крайни методи на установяване на наказанията – като например абсолютно определените и абсолютно неопределените наказания. При първите, санкцията е точно фиксирана по вид и по размер, а това не позволява на съда да я индивидуализира, докато при вторите – единствено най-общо се указва наказуемостта на деянието и това противоречи на принципа законоустановеност на наказанието¹⁷. Така относително определените наказания най-умело успяват да намерят баланса между правната сигурност и справедливостта, но дори при този вид санкции продължава да съществува конкуренция помежду им. Съдията е длъжен да индивидуализира наказанието, но това негово правомощие не е безлимитно. От една страна ограниченията, установени от закона (минимален и максимален праг) или съдебната практика (преди всичко чрез определянето на критерии относно индивидуализацията¹⁸), допринасят за предвидимостта на наказанието, т.е. действат в посока на принципа на правната сигурност. От друга страна обаче, посочените ограничения съвсем не са абсолютни и безусловни по своя характер. Действително законодателят не е предвидил възможност за съдията при каквито и да е обстоятелства да налага санкции чиито размер да надвишава максимално предвидения за конкретния тип престъпление, но не така стоят нещата, когато справедливостта изисква наказанието да е по-малко дори от минималния праг. Тъкмо по тази причина чл. 55, ал. 1 т. 1 НК¹⁹ гласи, че при

¹⁶ НПК, Чл. 348. (1) Присъдата и решението подлежат на отмяна или изменение по касационен ред:(...)

3. когато наложеното наказание е явно несправедливо.

¹⁷ Стойнов, Ал. Наказателно право. Обща част, Цит. съч., 84.

¹⁸ Вж. напр. т. 1 и т. 4 от Тълкувателно решение № 2 от 22 декември 2016 г. по тълк. дело № 2 по описа за 2016 г. на ОСНК на ВКС, докладчик – съдия Спас Иванчев относно съпричиняването на вредоносния резултат от пострадалия при престъпление по чл. 343 НК и последиците от това по отношение на индивидуализацията на наказанието.

¹⁹ НК, Чл. 55. (1) При изключителни или многобройни смекчаващи обстоятелства, когато и най-лекото, предвидено в закона наказание се окаже несъразмерно тежко, съдът:

наличието на изключителни или многобройни смекчаващи вината обстоятелства, когато и най-лекото, предвидено в закона наказание се окаже несъразмерно тежко, съдът може да определи наказание под минималния праг. Смятам, че в този текст преимущество взема справедливостта пред правната сигурност, тъй като макар законодателят да е предвидил условията, при които подобно действие на съда е допустимо, той го е направил по достатъчно общ начин, позволяващ на правораздавателния орган да съобрази конкретната ситуация с оглед принципа на справедливостта, налагайки адекватна санкция.

Освен възможността съдията да определи наказание под минималния законов праг, законодателят е предвидил в чл. 78а, ал. 1 НК²⁰ и тази деецът изцяло да бъде освободен от наказателна отговорност, като за извършеното престъпление му бъде наложено единствено административно наказание. За целта кумулативно трябва да са налице три условия: (а) за престъплението да е предвидено наказание лишаване от свобода до три години, когато е умишлено, съответно до пет години, когато е непредпазливо или друго по-леко наказание; (б) лицето да не е осъждано за престъпление от общ характер или освобождавано от наказателна отговорност по същия ред; (в) имуществените вреди да са възстановени. Редно е да се спомене, че освен посочените условия, в алинея 7 от същия чл. 78а НК е предвидено още, че „[а]линеи 1 - 6 не се прилагат, ако причиненото увреждане е тежка телесна повреда или смърт, или деецът е бил в пияно състояние, както и при множество престъпления както и когато престъплението е извършено спрямо орган на власт при или по повод на изпълнение на службата му.“ Така освобождаването от наказателна отговорност на едно лице става единствено при наличието на предвидените в закона обективни условия без да е предоставена възможност на съдията поне по изключение да прецени, че важни причини, свързани със справедливостта, изискват налагането на административна санкция, вместо на ангажиране на наказателна отговорност или дори неналагането на каквото и да било наказание. В този случай видимо е, че законодателят е решил да даде приоритет на принципа за правната сигурност и е ограничил дискреционната власт на съда до това да съблюдава дали са изпълнени законовите критерии. Мисля, че този подход е твърде рестриктивен и може да бъде предмет на критика. Не виждам пречка при изключителни обстоятелства, които могат да бъдат определени от законодателя и, разбира се, при спазване на задължението на съда да мотивира подробно позицията си, да се даде възможност на съдията да освободи дееца от наказателна отговорност. По подобен начин е уреден въпросът например във френското наказателно право, като съдът може, след като е обявил дееца за виновен, да го освободи от наказание, когато прецени, че превъзпитанието му е постигнато, причинените от престъплението вреди са възстановени, а вредоносното действие е прекратено²¹. Смятам, че подобен механизъм би бил полезен по най-малко

1. определя наказанието под най-ниския предел; (...).

²⁰ НК, Чл. 78а. (1) Пълнолетно лице се освобождава от наказателна отговорност от съда и му се налага наказание от хиляда до пет хиляди лева, когато са налице едновременно следните условия:

а) за престъплението се предвижда наказание лишаване от свобода до три години или друго по-леко наказание, когато е умишлено, или лишаване от свобода до пет години или друго по-леко наказание, когато е непредпазливо;

б) деецът не е осъждан за престъпление от общ характер и не е освобождаван от наказателна отговорност по реда на този раздел;

в) причинените от престъплението имуществени вреди са възстановени.

²¹ Вж. Art. 132-59 du Code pénal : La dispense de peine peut être accordée lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé. (...)

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3392EE579D760B63D4638D25BD13001C.tpdila10v_

две причини: първо, тъй като би допринесъл за постигането на баланс между правната сигурност и справедливостта; и второ, тъй като понякога дори самият наказателен процес би могъл да е достатъчен за постигането на целите на наказанието, без да е нужно съдът да налага такава. Разбира се, ако бъде предвидена подобна възможност, тя трябва да се отнася до изключителни случаи и да се осъществява при относително ясни условия.

Друг правен институт, който може да бъде разгледан в контекста на търсенето на баланс между правната сигурност и справедливостта в наказателното право е този на давността. Въпросите за давността, като основание за погасяване на наказателното преследване и на наложеното наказание са уредени преди всичко в глава девета от Наказателния кодекс. Засегнати са всички видове престъпления с изключение на тези против мира и човечеството. Така и тук си личи желанието на законодателя да бъде намерено равновесие между предвидимостта на правото и неговата социална оправданост. Споделям становището на проф. Александър Стойнов, според което, „[д]авността се свързва с идеята, че продължителното бездействие на правоимащия субект създава неоправдано положение на несигурност в правния мир“²². Видяна по този начин, давността изглежда като израз на принципа за правната сигурност, на недопустимостта правното състояние на едно лице да бъде безсрочно в състояние на неопределеност. Въпреки това, както вече споменах, в принципната позиция на законодателя по въпроса съществуват и изключения – престъпленията против мира и човечеството. Смятам, че това пък е израз на принципа на справедливостта. Тези престъпления се характеризират с особено голяма обществена опасност, а и често извършителите на тези посегателства се укриват успешно дълго време²³. Мисля, че би било крайно несправедливо преди всичко спрямо жертвите на тези две категории престъпления, които по правило са многобройни, да приемем, че изтеклото време, колкото и да е дълго то, може да заличи причинените от деянието обществени рани. Трудно би могло да се възприеме и разбирането, че при толкова тежко престъпление, с такава изключителна обществена опасност, целите на наказанието не могат да бъдат постигнати след изтичането на определен период. Именно по тази причина законодателят е предвидил това отклонение от общото правило, като по този начин умело е балансирали принципа за правната сигурност и този за справедливостта. Далеч по-трудно е обаче установяването на този баланс по отношение на давността в гранични ситуации. Например, когато давността за деяния, извършвани от представителите на определен недемократичен политически режим, е изтекла, изцяло или частично, по времето на действие на този режим. Сложността на въпроса произтича не само от конкуренцията между разглежданите два принципа, а и от това, че като правило демократичността на един политически режим, неговата легитимност и справедливост по правило се констатира *a posteriori*. Подобен е казусът, решен от Конституционния съд на Република България в Решение № 12 от 2016 г. по

2?idSectionTA=LEGISCTA000006192900&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20170124 (Достъп на 14.08.2017).

Вж. още Art. 469-1 du Code de procédure pénale : Nonobstant les dispositions de l’alinéa premier de l’article 464, le tribunal peut, après avoir déclaré le prévenu coupable, soit le dispenser de peine, soit ajourner le prononcé de celle-ci dans les conditions prévues aux articles 132-59 à 132-70 du code pénal et aux articles 747-3 et 747-4 du présent code. (...) -

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=3392EE579D760B63D4638D25BD13001C.tpdila10v_2?idArticle=LEGIARTI000024497094&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20170124 (Достъп на 14.08.2017).

²² Стойнов, Ал. Наказателно право. Обща част, Цит. съч., 462.

²³ Пак там, 464.

конституционно дело № 13 от 2015 г. Народното събрание е приело изменения в Наказателния кодекс относно давността по отношение на определени престъпления, извършени от лица, за които се приема, че са били част от политическия режим в периода от 9 септември 1944 г. до 10 ноември 1989 г.²⁴ Конституционният съд отменил с почти пълно единодушие²⁵ закона като противоконституционен, като в мотивите на посоченото решение са изтъкнати различни мотиви, с които като цяло съм съгласен, но един от основните е този за нарушаването на принципа за правната сигурност, а оттам и за нарушаването на справедливостта. Конституционният съд приема, че макар по принцип последващият акт на справедливост да не може да бъде дефинитивно отречен, това не може да става като на изменението се придаде обратно действие, пренебрегне се фактът, че давността вече е настъпила, като при това нейният срок е изтекъл след промяната на политическия режим, включително по времето на сега действащата Конституция на страната и се търси допълнително разширяване на категорията на престъпленията, за които давност не тече (престъпленията против мира и човечеството) с други тежки престъпления. Споделям този възглед на Конституционния съд, тъй като той умело успява да балансира принципа за правната сигурност и принципа за справедливостта в наказателното право и правейки го, в действителност защитава и двете.

Последният правен институт, който ще посоча в настоящата статия с цел илюстриране на идеята, че в наказателното право търсенето на баланс между предвидимостта и социалната оправданост на правото е от съществено значение е помилването. Това е предоставеното от Конституцията на Президента правомощие по своя преценка и в духа на Конституцията да опрости изцяло или частично наложеното наказание, а при определени обстоятелства и да го замени с друго. Правната сигурност обаче предполага всяко наказание, наложено от съда при спазване на съответния ред, да бъде реално изтърпяно от осъденото лице. Помилването не изключва тази необходимост, но понякога служи като коректив на прекомерния формализъм. Една от целите му е именно осигуряването на върховенството на човешката справедливост с въплътената в нея хуманност, над абстрактната справедливост на закона²⁶, а отстъплението от принципа за равенство на гражданите пред закона е направено в името на по-висшата цел – да се гарантира надделяването на човешката справедливост над често пъти формалната справедливост на закона²⁷. Така отново е постигнат баланс между нуждата от предвидимост и социалната оправданост на правото.

Правната сигурност и справедливостта са едни от най-съществените юридически принципи в правото като цяло и особено в наказателното право. Може би тъкмо по тази причина между тях съществува известна конкуренция и необходимост да бъде намерен баланс помежду им. Смятам, че този баланс следва да се търси в рамките на самото законодателство и да се гарантира преди всичко от органите на съдебната власт и Конституционния съд. Фетишизирането на кой да е от посочените принципи за сметка на другия би довело до пълно отрицание на принципа за правовата държава.

²⁴ НК, Чл. 79. (2), т. 2 (обявена за противоконституционна с РКС № 12 от 2016 г. – ДВ, бр. 83 от 2016 г.) тежки престъпления по глава втора, раздел I, раздел II, раздел IV и раздел V; глава трета, раздел I, раздел II и раздел III; глава единадесета, раздел III от особената част на Наказателния кодекс, извършени в периода от 9 септември 1944 г. до 10 ноември 1989 г. от членове на ръководни органи на Българската комунистическа партия, както и от трети лица, на които са възложени ръководни длъжностни или партийни функции.

²⁵ По конституционно дело 13 от 2015 г., освен Решение № 12 от 2016 г., има и едно особено мнение на съдия Филип Димитров.

²⁶ **Велчев, Б.** Помилването по наказателното право на Република България. С.: СОФИ-Р, 2001, 16.

²⁷ Пак там, 86-87.

Неприемлив от юридическа и морална гледна точка е правен ред, който в стремежа си да постигне абсолютна и безусловна предвидимост, ограничава изцяло възможността за въздействие на държавните органи и най-вече на тези на съдебната власт върху решението на поставените наказателноправни казуси. От друга страна обаче в демократично и плуралистично общество стандартите за преценка не могат да бъдат изцяло лични или ирационални²⁸. Между двете крайности обаче е възможен и компромис чрез изкусни и еластични правила, предоставящи конкретни решения за различни видове казуси, но дават възможност и за изключения при специални хипотези²⁹. Законодателят е длъжен да предвиди и предостави в духа на закона възможност съдията чрез своята дискреционна власт да приложи неформалната справедливост по всеки конкретен казус³⁰. Смятам, че единствено с търсенето на баланс по подобен начин между правната сигурност и справедливостта, наказателното право може да въплъти в себе си действителна справедливост.

²⁸ **Neuhaus, P. H.** Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws. – Law and Contemporary Problems, 1963, No 28, 82, <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol28/iss4/7> (Достъп на 14.08.2017).

²⁹ Пак там, 804.

³⁰ **Колев, Т.** Дискреционна власт и вътрешно убеждение на съдията. С.: УИ „Св. Климент Охридски“, 2013, 294.

Значение на психичната болест на извършител на изключително тежко престъпление при индивидуализацията на най-тежките наказания доживотен затвор и доживотен затвор без замяна в българската съдебна практика

Ива Пушкарова

The Legal Relevance of the Mental Disease of the Perpetrator of an Extremely Dangerous Crime in the Process of Individualization of the Gravest Penalties - Life Imprisonment without Commutation and Life Imprisonment - according to the Bulgarian Judicial Practice

Iva Pushkarova

Abstract: *Perpetrators of extreme crime often suffer from brain diseases which do not exclude legal sanity – schizophrenia and alcoholic disease. Traditional judicial practice regards them as mitigating circumstances which prevent the imposition of the gravest penalty prescribed. However, after the introduction of life imprisonment (1996) and life imprisonment without commutation (1998) judicial approaches deviate from that concept thus establishing conflicting solutions. The article argues that traditional concepts should be restored. The article is based on a case-law study and an in-depth analysis of a selection of cases.*

Keywords: *schizophrenia, alcoholism, hallucinatory syndrome, paranoid syndrome, life imprisonment, grave penalties, individualization of penalty,*

В българската практика върху най-тежките наказания – доживотен затвор без замяна и доживотен затвор – се откриват 10 случая, в които осъденият страда от мозъчна болест. Тя е параноидна шизофрения в три от тях и алкохолна болест в останалите. В три случая е била налице по време на деянието, но е диагностицирана и подложена на лечение едва в процеса на изпълнение на наказанието. Във всички случаи извършеното е убийство, а извършителите са мъже. Трима са осъдени на доживотен затвор без замяна. Тези случаи са прецедентни, тъй като в традиционната практика върху най-тежкото наказание, разработена когато това е смъртното наказание, компрометираното психично здраве на деца е пречка пред налагането му в качеството му на смекчаващо обстоятелство.

Шизофренията и алкохолната болест са тежки хронични и прогресивни (нелечими) мозъчни заболявания, засягащи психичното състояние и социалното функциониране¹. И двете са характерни с **устойчиво социално стигматизиране на болните**, водещо до социални нагласи за тяхното отхвърляне като опасни и етично оценяване на медицинските симптоми като негативни поведенчески прояви, които болните са могли да избират и следователно да избегнат. Подобни предразсъдъци влияят и на съдебната практика и обуславят разпространен подход на интерпретиране на поведенческите признаци на заболяванията като лоши характеристични данни за болния (агресивен, конфликтен, неуравновесен, непредсказуем, раздразнителен, егоцентричен, безработен, отчужден или зъл към близките си, с вредни навици,

¹ Кодове съответно F-20 и F10-F19 съгласно МКБ-10 на СЗО.

асоциален, некритичен към извършеното и пр.). Трудностите при диагностицирането и на двете заболявания и отграничаването им от други психични страдания, както и от отрицателни проявления на психично здрав субект, са сред проблемите, които правосъдието среща, когато деецът е психичноболен.

Тези проблеми са особено съществени, когато се търси отговорност за необичайно тежко престъпление и съдът трябва да обоснове доживотен затвор или доживотен затвор без замяна, тъй като и двете наказания имат задължителни законови предпоставки. За да наложи което и да е от тях, съдът е длъжен да установи изключителна опасност на извършеното (чл. 38, ал. 1 и чл. 38а, ал. 1 от НК), а за да избере по-тежкото от двете – да се убеди, че целите на наказанието не могат да бъдат постигнати спрямо дееца с по-леко наказание, т.е. той е непоправим (чл. 38, ал. 1 от НК). Преценката предполага информиран и компетентен анализ на механизма на деянието и личността на дееца, а и двете неизбежно се влияят от развитието на психичната болест, когато деецът е болен.

Настоящото изследване цели чрез анализ на споменатите десет случая да очертае подходите при извършване на тази преценка и възможните стратегии за тяхното усъвършенстване в помощ на точното и еднакво прилагане на закона.

1. Влияние на мозъчната болест върху престъпното поведение

Шизофренията и алкохолната болест обуславят поведенчески нарушения, проявяващи се в хигиенно занемаряване, нетрудоспособност, раздразнителност, неподредени, нелепи или неадекватни прояви, социално отдръпване, разпад на семейни и приятелски връзки, демотивация и неспособност за устойчиво целенасочено поведение².

1.1. Шизофренията е най-тежката и сложна психична болест, свързана със структурни и функционални нарушения на мозъка, засягащи мисленето, поведението и емоциите³. Тя се отключва между непълнолетна и късна младежка възраст (30 г.) и е пожизнена. Тъй като не е напълно проучена и симптомите ѝ могат да наподобяват други заболявания, нейното диагностициране е трудно. Единственото познато лечение е ограничено до контролиране и облекчаване на симптомите ѝ.

Шизофренията е богата на симптоми⁴. При преценка на опасността на извършено престъпление от болен от шизофрения е необходимо (със съответната експертна помощ) съдът прецизно да разграничи автентичните характеристики на дееца и деянието от привидни техни признаци, представляващи проявления на болестта, върху които деецът не може да влияе.

Така например шизофренията може интензивно да редуцира емоциите до степен те да отсъстват и болният да няма изобщо емоционална реакция (афективно изравняване, емоционална празнота). Тя може да обуслови и безпричинна афектна проява, несъответна на стимулите на средата и несъзвучна с вътрешните преживявания. Неадекватната външна изява на емоционалност или нейното отсъствие може да подведе съда да интерпретира с повишен укор отношението на дееца към стореното като садизъм, злоба, ожесточение или хладнокръвие, бездушие, безразличие към престъпните последици, без деецът в действителност да има такива преживявания и отношения.

² Brunet-Gouet E, Decety J. Social brain dysfunctions in schizophrenia: a review of neuroimaging studies. In: Psychiatry Res No: 148 (2 – 3), December 2006, 75-92; Hirsch, S.R., Weinberger, D.R. Schizophrenia, Wiley-Blackwell, 2003. ISBN 9780632063888; Parnas J, Jorgensen A., Pre-morbid psychopathology in schizophrenia spectrum, In: British Journal of Psychiatry, No:115, 1989, 623 -7; Carson, V. B. Mental health nursing: the nurse-patient journey, W.B. Saunders, ISBN 9780721680538, 2000, 638;

³ Steven R. Hirsch, Daniel R. Weinberger, Schizophrenia, Цит. съч., 21;

⁴ Van Os J, Kapur S., Schizophrenia, In: Lancet No: 374 (9690). August 2009, 635 - 45.

Най-често срещаната разновидност на шизофренията, засегнала и осъдените в изследваните случаи – параноидата шизофрения – се характеризира със субективно неопровержими ирационални убеждения (налудности) за преследване от близки на болния, за въздействие от разстояние, за лични свръхестествени качества и др., лъжливи слухови и зрителни възприятия (халюцинации) със заповедно, оскърбително, укорително или заплашително съдържание и разкъсано мислене (слабосъдържателна или безсмислена реч, повтаряне на чужда реч, мисловен блокаж и др.), нарушения на вниманието.

Описаните психотични симптоми „са израз на нарушена граница между личността на пациента и външния свят“⁵ и имат индивидуално проявление при всеки болен. Те генерират тревожност, обърканост и психично страдание, тъй като обуславят субективни интерпретации за неутрални ежедневни събития и обстановки като необичайни, зловещи, подвеждащи или инсценирани, фрагменти от действителността като променени, хората като злонамерени, подменени с други и т.н. В стремежа да си обяснят тези възприятия болните често изпитват силен патологичен страх, прерастващ в паника, и очакване за предстоящо унищожаване или изпадане под чужд контрол, които могат да отключат агресивно поведение като форма на самозащита.

Изкривените субективни възприятия на действителността, към които деецът не е критичен поради заболяването си, водят до неправилно осъзнаване на обществената опасност на деянието и прогнозиране на последиците му дори у вмениями извършители, а тези нарушения се отразяват и на задръжките в поведението.

Обстоятелствата, свързани със степента на напредналост на болестта и индивидуалните ѝ проявления при конкретния пациент, включително дали тя е лекувана и какви са реакциите на болния към лечението, са част от обективната криминална обстановка. Както първоначалното развитие на заболяването, така и преходите от ремисия към активни епизоди изобилстват на състояния на обърканост и страх, провокирани от появата на симптомите. В тези състояния деецът е вменияем, но съобразява поведението си със субективно променена реалност, което следва да се отчита при изследване на мотивационния механизъм на деянието и личната опасност на извършителя.

Типична за болните е склонност към злоупотреба с психоактивни вещества, проявена и в изследваните случаи. Когато тя е от естество самостоятелно да генерира поведенчески рискове (алкохолна злоупотреба), съчетаването ѝ с шизофренията повишава вероятността от отключване на общественоопасно поведение. В тези случаи съдът следва да отчита силно намаления поведенчески контрол на субекта, включително по отношение на алкохолния прием, и затрудненото предвиждане на последиците в сравнение с обичайните случаи на алкохолно опиване и на болестна повлияност на поведението поотделно. Тази особеност е източник на смекчаващи вината обстоятелства, тъй като благоприятства развиването на престъпния умисъл.

1.2. Обикновеното алкохолно опиване до среднотежка степен включително е отегчаващо обстоятелство, когато деянието е извършено в такова състояние. Само по себе си то представлява рисково поведение, което не е проява на заболяване и което се контролира от субекта. Неговата честота като житейски навик на дееца традиционно се тълкува от съдилищата като отрицателни характеристични данни.

Алкохолната болест (алкохолна зависимост с абстинентен синдром и повишен толеранс към спирт) обаче е потенциално смъртоносно заболяване, чийто основен симптом е нарушеният количествен контрол върху приема на алкохол и продължаване на употребата независимо от осъзнатите вредни последици, което е съпроводено с

⁵ Миланов, К., „Шизофрения. Съвременна психиатрия“ (<http://kmilanov.net/old/shizofrenia/60-shizofrenia-shizofrenno-razstroistvo-shizofrenna-bolest.html>).

множество нарушения на психичното и нервното функциониране, социалното поведение, ценностната система и с увреждания на вътрешните органи и обмяната на веществата. Понятието е комплексно и обхваща разнообразни проявления и последици от дългосрочна системна алкохолна употреба, включително в периодите между опиване⁶. Поведенческите нарушения са трайни, свързани са с промяна на личността и не се контролират от съзнанието, поради което болестта е смекчаващо обстоятелство. Те са свързани с повишена агресивна готовност, раздразнителност, емоционална и волева неустойчивост, семейни конфликти, загуба на работа и приятелска среда, професионална деквалификация и други отрицателни промени в резултат на свръхприоритета на алкохолната употреба, които сами по себе си също са индивидуализиращи отговорността обстоятелства.

1.3. При преценка на опасността на деянието следва да се има предвид, че деяния, повлияни от обсъжданите мозъчни заболявания, обективно могат да разкриват множество квалифициращи и отегчаващи признаци – те често са насочени към близки или случайни пострадали, изглеждат непровокирани или несъразмерни на провокацията, развиват се бурно и бързо, представляват прояви на жестокост, могат да са осъществени мъчително за жертвата и др.

При преценка на поправимостта на дееца следва да се съобрази, че често мозъчноболните извършители имат история на ескалиращо или периодично засилващо се агресивно и асоциално и дори социалнопаразитно поведение и вредни навици, трудно се влияят или не се влияят изобщо от наказателна репресия, не са критични към стореното и др. Тези обстоятелства пряко зависят от динамиката на болестните процеси и от обстоятелството, че налаганите наказания не са предназначени и не са от естество да лекуват болестта като основен или специфичен мотивационен източник на криминалното поведение. Поради това изводът за непоправимост, който съдилищата обичайно правят на основата на анализ на поведенческата реакция на извършител на рецидивно престъпление на предходно изтърпени наказания, при психичноболен подсъдим следва да се съобразява с предимство с реакциите му на евентуални опити за лечение и мотивация за такова, както и с критичността към заболяването.

Несъобразяването на болестта при определяне на наказанието по необходимост води до неговата прекомерност, а това от своя страна предопределя и затруднения пред корекционния процес. Ако болестта допринася за обществената опасност на дееца, очевидно изпълнението на наказанието не е достатъчно за нейното трайно намаляване и е необходимо да се съобрази неговата съчетаност с възможности за лечение. Следва да се има предвид, че болестта естествено усилва и индивидуалната репресивност на наказанието спрямо осъден с по-крехка и увредена психика, а непропорционално тежкото наказание, особено в безсрочните му варианти, няма поправителен, а задълбочаващ заболяването ефект. Не само от гледище на човечността, но и от чисто прагматична гледна точка е по-подходящо при такива извършители да се предпочита по-лекото наказание, когато в съчетание с лечение то може да постигне целите по чл. 36.

2. Съдебни подходи при шизофрения на извършителя

⁶ Абстиненцията при алкохолната болест носи риск да се отключат алкохолни психози, които могат да продължат с дни и месеци и изискват специално експертно и съдебно внимание. Алкохолният *делир*, който може да продължи с дни, се характеризира с дезориентация по време и място, зрителни халюцинации, параноидни налудности, приповдигнатост, психомоторна възбуда. При алкохолната *халюциноза* болният има слухови халюцинации с негативно съдържание. Алкохолният *параноид* (вкл. ревностова налудност), който може да трае до половин година, е характерен с вярвания за преследване и налудности за изневеря, както и халюцинации, които при опиване стават по-ярки. **Куценок И., Димитров, Г.** Злоупотреба и зависимост от психоактивни вещества, ИК „ЗИП“, София, 2004.

В практиката са известни три случая на наложени безсрочни наказания на страдащи от шизофрения извършители, в един от които това е доживотен затвор без замяна. Анализът им откроява два съществени проблема.

Първият е свързан с оказването на **компетентна експертна подкрепа на съда при установяване на психиатричния статус на подсъдимия**. В два случая заболяването изобщо не е било известно на съда. Съдебно-психиатричната експертиза в единия е приела дееца за психично здрав, а в другия е интерпретирала болестните симптоми в контекста на друга диагноза.

Вторият проблем е свързан с **разпознаването и анализа на влиянието на мозъчното заболяване върху мотивационния механизъм на деянието**.

2.1. В първия случай, завършил с осъждане на доживотен затвор без замяна, пред Пловдивския окръжен съд в началото на 1996 г. е изправен 35-годишен мъж, който на 2.11.1995 г. застрелял с незаконно оръжие съпругата си, родителите и дядо ѝ⁷. В миналото работил като тракторист в свинеферма, после като частен автомонтьор поправял и продавал трактори, но към момента не работел. Пред съда направил самопризнания и дал твърде несвързани обяснения. Според вещите лица бил психично здрав. Съдът приел, че извършеното е мотивирано от желание за отмъщение. Той интерпретирал характеристикните данни като признаци за ниска култура и отмъстителен характер, поради които деецът не се въздържал от деянието, макар да е знаел, че оставя двете си малолетни деца сираци. Съдът отчел също, че постъпката разтърсила обществеността.

Месеци по-късно, след влизане в сила на присъдата, осъденият е диагностициран с напреднала и непрекъснато протичаща параноидна шизофрения и хоспитализиран за активно лечение, след което никога нямал пълна ремисия. През последвалите над 17 години заболяването протича с ежегодни пристъпи и многократни хоспитализации, по време на които болният е подлаган и на електрошоково лечение, задължително лечение поради изпадане в невменяемост за общ период над година и т.н.

Медицинската документация с първоначалната диагноза установява обърканост, налудности, че болният е жертва на вредоносно въздействие, слухови халюцинации с коментиращо и заповедно съдържание, страхово напрежение, паралогичност, паратимност, хипобулия, емоционална студенина. Още в началото епикризите описват процес на шизофренна личностова деградация с неблагоприятна прогноза. При тези факти, непосредствено следващи осъждането, е твърде тревожно, че **съдебно-психиатричната експертиза не е установила по време на процеса заболяването, което вече се е намирало в напреднала активна фаза**. Така тя е подвела съда да интерпретира редица медицински факти, представляващи болестни симптоми, като проява на целенасочено поведение и признаци на характера на извършителя, без да ги свързва с психиатричния му статус. Ако заболяването беше станало известно преди осъждането, вероятно и обществената реакция щеше да бъде ориентирана повече към претенция за здравеопазване, отколкото към възмездие.

2.2. Година по-късно Видинският окръжен съд разглежда случай на доведено до крайност домашно насилие. В новогодишната нощ на 1997 г. деецът, тогава 30-годишен

⁷ Присъда № 11/ 07.02.1996 г. на ОС-Пловдив по НОХД № 118/1995 г., в сила от 15.07.1996 г.: Деянието е израз на гнева, предизвикан от рухването на брака му. След години несполучливи опити семейството да заживее самостоятелно и стабилно, при постоянни претенции на дееца и баща му за имуществена подкрепа от семейството на съпругата и при зачестяващи отсъствия на дееца от дома им, съпругата му най-накрая го напуснала през август 1995 г. с двете им малолетни деца (момче на 9 г. и момиче на 6 г.) и се преместила при родителите си. В обстановка на постоянни скандали от страна на дееца и заплахи, че ще избие цялото ѝ семейство, през септември подаде молба за развод.

и много пиян от сутринта, убил жената, с която живеел съпружески през последните 6 месеца, чрез тежък побой с различни предмети пред очите на 7-годишния ѝ син⁸. Съдът отчел многобройните му предишни осъждания (отнемане на автомобил, хулиганство и отклонение от военна служба), некритичното отношение към извършеното, лошите характеристични данни, „от които е видно, че не работи, системно злоупотребява с алкохол, вследствие на което се държи непристойно и от това изпитват страх дори най-близките му роднини“.

Съдебната експертиза отново не установила подсъдимият да страда от психично заболяване, но отново такова е констатирано при изтъпяване на наказанието. Първоначално състоянието било диагностицирано като „личностово разстройство – емоционално-нестабилен тип у примитивна личност, психотична декомпенсация“, а през 2005 г. е приета окончателна диагноза „параноидна шизофрения – непрекъснато протичане с прогресиращ дефицит, синдром на Кандински-Клерамбо, личностова промяна от шизоиден тип“. Оплакванията обаче са едни и същи от постъпването в затвора, вкл. слухови халюцинации и налудности за преследване и въздействие, по повод на които болният е хоспитализиран за активно психиатрично лечение повече от 10 пъти⁹.

Наказанието доживотен затвор в случая е индивидуализирано при превес на отегчаващите обстоятелства. Съдът преценил, че „целите на наказанието не могат да бъдат постигнати по друг начин, освен с изолирането на подсъдимия от обществото до края на живота му“¹⁰. Сравнението с предходния случай показва, че изборът на по-умереното от двете най-тежки наказания е препятствало риска съдът да прави изводи за непоправимост на деца на основата на факти, отнасящи се до развиващо се психично заболяване. Като избягва крайните тези относно личността, Видинският съд е индивидуализирал наказанието само на основата на характерови данни, несвързани със заболяването.

2.3. По третия случай през 1999 г. влиза в сила присъда на Старозагорския окръжен съд, с която на 37-годишен неосъждан извършител на убийство на родените родители е наложен доживотен затвор¹¹. За разлика от предходните двама подсъдими, този бил диагностициран и се лекувал от **параноидно-халюцинаторна шизофрения с пристъпно протичане**, но към датата на деянието бил в ремисия, без данни за

⁸ Поради агресивното пиянство на деца пострадалата правела постоянни опити да го напусне заедно с детето, но деецът успявал да я върне, вкл. като заплашвал онези, които можели да я приютят. На 31.12.1996 г. я настигнал на гарата, като тя направила опит да се хвърли пред влака от страх. След като започнала да вика, че деецът ще я убие, началникът на гарата ги изгонил. След прибирането си вкъщи деецът я убил и скрил трупа ѝ под леглото. Майка му, в чийто дом живеело семейството, и мъжът ѝ избягали при съседите. Намерили тялото чак след два дни, когато успели да влязат в спалнята. Детето претърпяло шок, което наложило психиатрично лечение.

⁹ По данни на затвора към 2013 г. осъденият е изцяло изоставен от близките си и в голяма степен отхвърлен от затворническата общност, отчужден, вял и неудовлетворен, без емпатийни способности, агресивен и импулсивен, със склонност към непредсказуеми действия и утвърдени нагласи за насилствено разрешаване на проблеми, като стойностите на риска от рецидив са високи и растат. Основният фактор за регреса на корекционния процес е психичното заболяване и алкохолната зависимост.

¹⁰ Присъда № 17/10.08.1997 г. на ОС-Видин по НОХД № 97/1997 г. (докладчик Диана Маринова).

¹¹ Присъда № 36/23.06.1999 г. на ОС-Стара Загора по НОХД № 81/1999 г. Деецът негодувал от помощта, оказвана от родителите му на децата на сестра му. На 20.20.1998 г., след като употребил алкохол и като не намерил вкъщи нищо за ядене, се раздразнил и решил да ги убие. Взел нож с 14-16-сантиметрово острие и тояга и се запътил към дома на племенника си, на когото те били на гости. Намерил само майка си (58 г.), която убил с тоягата и силен удар с нож в корема. Излязъл да търси баща си, който непосредствено след излизането на сина се прибрал, видял извършеното и тръгнал след него, като взел брадва за самозащита. Двамата се срещнали на улицата. Бащата (60 г.) не успял да се защити и бил убит с прободни рани в гърдите. Деецът се укривал в Югославия, откъдето бил екстрадиран.

личностова промяна от шизоиден тип. Болестта обаче го направила конфликтен. Съдът установил, че употребата на алкохол отключвала агресивно поведение, което насочвал към близките си. Две години преди убийството бил нанесъл побой на майка си с мотика. Бил семеен с две деца, но съпругата му го напуснала. Няма постоянна работа.

Мотивът му да извърши престъплението според съда бил стремежът да наложи на всяка цена волята си над тази на родителите си, независимо от липсата на провокиращо поведение от тяхна страна. Съдът приел изключително висока обществена опасност на деянието и дееца, но поради наличието на смекчаващи обстоятелства – чисто съдебно минало, частични самопризнания и **обремененото психично и физическо здраве** – отказал да наложи най-тежкото наказание. Въпреки това липсва съдебен анализ в каква степен болестта участва в образуването на субективната причина за престъплението, тъй като деецът е живеел с убеждението за пренебрегнатост и несправедливо родителско предпочитание към друго лице, които са източник на раздразнение и страдание със специфично силно влияние върху мотивационните процеси на престъплението.

Анализът потвърждава, все пак, много важния извод, че най-тежкото наказание не е налагано от български съд на осъден, за когото на съда е известно, че страда от шизофрения.

3. Съдебни подходи при алкохолна болест на извършителя

В българската съдебна практика са известни 2 случая на осъдени на доживотен затвор без замяна болни от алкохолизъм и общо 5 случая на осъждане на доживотен затвор. В 4 случая алкохолната болест е интерпретирана изцяло във вреда на дееца, а в 3 не е анализирана изобщо (в един от тях не е разпозната от вещите лица), като в нито един не е приета за смекчаващо обстоятелство. В никоя от присъдите не се прави разграничение между приема на алкохол и наличието на алкохолна болест и не се изследва връзката между характеристикните данни за дееца и механизма на деянието от една страна и болестните изменения в личността от друга. В някои от тези случаи съдебният акт страда и от други пороци, свързани с пропуски да се установят задължителни предпоставки на най-тежките наказания, пренебрегване на индивидуализиращи обстоятелства и други отклонения от правилата за индивидуализация на наказанието.

3.1. Ярък пример за съдебна суровост разкрива случай от 2004 г., в който Софийският градски съд осъжда на доживотен затвор без замяна 28-годишен гражданин с чисто съдебно минало, трудова история и без отрицателна обществена известност, диагностициран със синдром на алкохолна зависимост.

Между Бъдни вечер на 2002 г. и 24.01.2003 г. извършил серия от три убийства в нетрезво състояние, и трите с особена жестокост и по мъчителен за пострадалите начин¹². Съдът установил, че в миналото бил проявявал сексуална бруталност (приятелката му го напуснала, след като я наранил с ножица). Семейните му връзки били изцяло разрушени. Няма социална реализация.

Смекчаващото значение на алкохолната зависимост на дееца е отхвърлено поради „поставянето му сам в това положение“, „довело до проявление на изключително опасни черти от неговия характер“. Въпреки чистото съдебно минало,

¹² Присъда № 330/04.10.2004 г. на СГС по НОХД № 420/2004 г. (докладчик Спас Иванчев). Първата жертва бил бивш хазяин, комуто деецът дължал пари. Скарали се, деецът го умъртвил с удари с дървен крак на маса и скрил тялото в мазето. Втората жертва била хазайката, която заплашила дееца с изгонване, ако не ѝ върне радиото. Нея умъртвил с душене и побой с метален предмет и нож. Третата жертва бил дългогодишен познат на дееца, с когото събирали метални отпадъци и който му дължал 150 лева. След пиянско скарване деецът го умъртвил с брутален побой с различни предмети, предимно с удари в главата.

съдът го определил като „непредсказуем и жесток човек, при който не съществува никаква, дори хипотетична, възможност за реинтеграция в обществото и се налага завинаги да бъде изолиран от него”, тъй като „няма начин деецът да бъде предупреден и превъзпитан“, представлява „неминуема опасност за живота на останалите членове на обществото” и „обществото трябва да бъде предпазено по един наистина ефективен начин от този очевидно социопатен тип”.

Убеждението за непоправимост се крепи единствено на факта, че подсъдимият не спрял нито след първото, нито след второто убийство, като съдът не обсъжда дали трите не са елемент от субективно единна, сходно мотивирана престъпна дейност. Липсва всякакъв съдебен анализ на мотивацията за трите убийства, очевидно свързана с внезапно отключване на психотични процеси на фона на увреденото психично здраве на дееца. Без да изложи аргументи, съдът приема, че извършването на второто престъпление заличава възможността на подсъдимия да бъде наложено срочно лишаване от свобода, тъй като компрометира възможността му да се поправи за срок от 20 години, а извършването на третото го доказва като негоден да се „реинтегрира в това общество и трябва завинаги да бъде изолиран от него”¹³. Липсват аргументи защо най-тежкото наказание се налага конкретно и отделно за третото деяние¹⁴. Съобразителната част завършва с напътствено изложение за необходимостта наказанието „да удовлетвори общественото чувство за възмездие като израз на закономото разбиране за справедливост”, „да предупреждава други неустойчиви членове на обществото” и т.н.

Присъдата изразява потреса на съда от извършеното, но не аргументира законосъобразно избора на най-тежкото наказание. Наказание, наложено не по правилата на закона, не може да се счита за справедливо независимо от дължината и пропагандния привкус на съдените мотиви, тъй като изключителното наказание има специални предпоставки и не подлежи на индивидуализация по интуиция. Към присъдата може да се отправи и упрека, че пунктуационно възпроизвежда съобразителната част на по-ранна присъда със същия докладчик, с което създава съмнение доколко изобщо е извършена индивидуализация на случая от компетентен и безпристрастен съд¹⁵.

3.2. Аналогично развитие претърпява друг случай на съвкупност от две убийства, извършени съответно вечерта на 24/25.01.2004 г. и на 29.01.2004 г. в Плевен от 22-годишен нетрезвен младеж¹⁶. Бил с основно образование и без работа,

¹³ Съдът пояснява, че при определяне на наказанието въприел „принципа на каскадност, така, както подсъдимия е извършвал престъпленията”, макар такъв принцип на индивидуализация да не съществува в закона и да не е известен в практиката. За първото убийство той определил 20 години лишаване от свобода, за второто - доживотен затвор, и за третото – доживотен затвор без замяна.

¹⁴ Условието за непоправимост на дееца не може да се счита за обосновано само поради многократното му повтаряне, след като редица смекчаващи обстоятелства не са дори коментирани, а деецът няма предходни негативни прояви и не е бил наказван. Съдът приема, че „основният критерий” за налагането на доживотния затвор без замяна е „справедливостта” и драматично излага разбирането си за лишаването на друго от живот като акт на „съзнателно прекъсване на всички социални връзки и пълно пренебрегване на основни постулати на съвместното съществуване в едно организирано общество”. Според съда „подсъдимия напълно лишил живота си от основополагащи цели”. „След прекъсване на най-важните социални връзки, преодоляване на най-важните обществени и законови забрани, свързани с правото на живот, подсъдимия се е самоизолирал и връщането му в обществото означава единствено риск за останалите членове на това общество, при това риск със съвсем реални измерения, на твърде високо ниво. Подсъдимия е отрекъл всякакви нравствени категории, морални принципи и нормативни ограничения. затова е немислимо да се допусне, че е възможна по някакъв начин реинтеграцията му в обществото, че е възможно той да бъде поправен” (граматиката запазена).

¹⁵ Присъда № 426/18.12.2003 г. на СГС по НОХД № 1835/2003 г. (докладчик Спас Иванчев).

¹⁶ Пострадала от първото убийство била слабо позната на дееца негова съгражданка, майка на малолетно момиче, която го спряла на пътя му за компютърна зала и поискала огънче. И двамата били

след като поради навика си да пие много предната година загубил прехраната си като таксиметров шофьор ведно със свидетелството си за управление на моторни превозни средства.

Вещите лица установили, че страда от **смесено личностово разстройство** с анестезно-хиперестезни елементи, дисхармонична личност, шизоидни черти и недобре изградени морални категории, както и **алкохолна болест**, изразяваща се в системна злоупотреба със спиртни напитки с много висок толеранс към тях и асоциално поведение в нетрезво състояние. Подсъдимият бил емоционално и волево неустойчив, враждебен и агресивен, безчувствен към преживяванията на другите, но свръхчувствителен към отношението им към самия него, затворен, мрачен, склонен към импулсивни решения и поради това непредсказуем. Според експертното заключение съчетанието на алкохолната злоупотреба с личностовото разстройство е изключително опасно и води до засилване на изначално заложената в личността агресивност, импулсивност и занижен самоконтрол пред асоциално поведение. Съдът заключил, че поради тези му особености извършените деяния се отличават с безмилостност, непланираност и прекомерна свръхактивност и ги оценил като проява на интелектуален примитивизъм.

Пред съда подсъдимият се признал за виновен, направил пълни самопризнания и изразил критичност към извършеното, констатирана от самия съд.

Съдът наложил доживотен затвор за първото убийство и доживотен затвор без замяна за второто, без да изложи мотиви¹⁷. Вместо анализ на поправимостта на дееца, преповторил установените от експертизата личностови особености и прокламирал убеждението си, че личната свобода на подсъдимия не може да се противопоставя на интересите на обществото и да вреди на другите. С преценката, че „чрез съществуването му като дисхармонична личност той забравя категории като морал, етика и отговорност“, съдът явно възприел обусловените от компрометираното психично здраве черти като отегчаващи отговорността. Съдът констатирал обремененото съдебно минало, но не изследвал за какви престъпления и на какви наказания е осъждан в миналото деецът, не отчел съдимостта като отегчаващо отговорността и не я свързал по никакъв начин с прогноза дали подсъдимият би се повлиял от наказателна репресия в бъдеще. Той не коментирал изобщо младата възраст на дееца и направените самокритични самопризнания, но „съобразил общественя отзвук“ от извършеното¹⁸.

пияни. В завързалия се разговор го обидила, а той ѝ нанесъл побой с юмруци и се прибрал у дома си. Усъмнен дали не я е убил, се върнал при нея и ѝ нанесъл смъртоносни рани в гърдите с нож, а накрая напъхал в устата ѝ кол. Вторият пострадал бил таксиметров шофьор, познат на дееца. Двамата пътували заедно, когато пострадалият поканил дееца да слезе, за да се отзове на повикване на адрес. Деецът се развикал, че пострадалият трябва да му изпълнява желанията, след като го е наел, и го нападнал с многобройни удари с нож. Боричкайки се, излезли от колата и пострадалият паднал. Деецът му взел парите (7 лева) и мобилния телефон и избягал.

¹⁷ Присъда №57/08.06.2004 г. на ОС-Плевен по НОХД №127/2004 г. (докладчик Евдокия Найденова).

¹⁸ Присъдата страда и от други съществени недостатъци при обосноваване на специфичните предпоставки на доживотния затвор без замяна по чл. 38, ал. 1 от НК. Според съда и двете убийства се отличават с изключителна опасност, която надхвърля значително тази на обикновените случаи по чл. 116 от НК, но в подкрепа на твърдението единствено изредил словесно квалифициращите признаци – особена жестокост и мъчителност, като второто е квалифицирано и с оглед участието му в съвкупност с предходното убийство. Липсва теза, че някой или всичките квалификации разкриват значително по-голяма от обичайната за тях опасност. Такива биха били например данни, че съвкупността включва повече от две убийства, че жестокостта се е изразила в необичайно брутално и яростно нападение, че жертвите са страдали значително по-дълго и значително по-тежко в сравнение с типичните жертви на умъртвяване по мъчителен начин. Фактологията по случая обаче ограничила съда само до установяване на квалифициращите признаци в обичайния им вид. По някаква причина при обосноваване на опасността

Втората инстанция оправдала подсъдимия за това да е извършил двете убийства по особено мъчителен за пострадалите начин, но не променила наказанието, нито мотивите за индивидуализацията му¹⁹. Така доживотният затвор без замяна се оказал наложен за изтърпяване на 22-годишен психичноболен младеж за извършени от него две убийства, утежнени съответно от един и от два квалифициращи признака, за когото съд не е установявал да не може да се поправи.

3.3. През 2008 г. Варненският окръжен съд също **анализира алкохолизма в контекста на отегчаващите обстоятелства, макар и не толкова радикално**²⁰. На 18.06.2006 г. 34-годишният извършител умъртвил с множество удари с револвер и брадва самотно живееща възрастна жена, която го заварила да краде в дома ѝ. Деянието е извършено в съвкупност с кражби (общата стойност на отнетото е около 1500 лева, като е частично върнато), извършени през първата половина на годината, включително по отношение на приятел на бащата на подсъдимия (търговски предприемач, който го наел на работа във фирмата си и плащал на него и баща му за строителни дейности във вилата си)²¹. Деецът имал завършено средно образование и работел като шлосер-монтъор. Преди деянието бил напуснал работа, недоволен от заплащането, и водел скитнически начин на живот поради влошени отношения с близките си. В миналото бил шесткратно осъждан за кражби. На 22.08.2008 г. бил условно предсрочно освободен от изтърпяване на 6 години лишаване от свобода. След изтичане на изпитателния срок последвали още две осъждания, пак за кражби.

Вещите лица установили, че човекът страда от **синдром на алкохолна зависимост и личностово разстройство**, което определили като биполарно афективно, а впоследствие затворът определил като диссоциално. Поради тези си особености деецът бил безпардонен и затворен, склонен към агресия, към натрупване на негативизъм и антисоциални прояви и обичайно пренебрегвал желанията и интересите на околните. Пред съда поддържал, че против него бил организиран заговор от пострадали от кражбите му (бивш служител на МВР), целящ деецът да бъде осъден за престъпления, които не е извършил.

Съдът индивидуализирал доживотния затвор при липса на смекчаващи обстоятелства, която според него налага наказанието да бъде определено „в максимален размер“. Извършеното е прието за такова с изключително висока степен на

на извършеното съдът извел явно невярното твърдение, че деянията са в идеална съвкупност, без да изясни какво отношение има това към индивидуализацията на наказанието и при изрична теза, че приема краткия интервал между убийствата за отегчаващо обстоятелство. Друго отегчаващо обстоятелство според съда е липсата на интерес да бъде спасен животът на пострадалите, макар тя да е естествено субективно отношение на извършител на умишлено убийство. Положителни посткриминални действия, насочени към спасяване на живота на пострадалите, биха имали значението на смекчаващи отговорността, но отсъствието на такива не е отегчаващо. Съдът наложил най-тежкото наказание с цел „предотвратяването на такива тежки престъпления, което е възможно и чрез активната подкрепа на обществото“. Не става ясно дали тази подкрепа следва да се окаже на подсъдимия, за да се предотврати рецидивирването му, което следователно не е неизбежно, или съдът е имал предвид нещо друго.

¹⁹ Решение от 06.12.2004 г. на АС-Велико Търново по ВНОХД 235/2004 г., оставено в сила с Решение от 10.11.2005 г. на ВКС.

²⁰ Присъда № 13/11.02.2008 г. на ОС-Варна по НОХД № 770/2007 г. (докладчик Красимир Василев).

²¹ На 17.06.2006 г. деецът направил опит да проникне в остъклена част на дома на близките си, за да преспи. Тъй като било заключено, преспал в помещение в съседната къща, в която живеела пострадалата, като взломил фазерна врата. На сутринта, след като изчакал стопанката да излезе, влязъл в къщата, за да търси пари и ценности. Заварвайки го в дома си, тя направила опит да се защити с брадва. След като сломил съпротивата ѝ с множество удари с револвера, нанесъл 17 удара в брадвата, с които причинил размачкване на черепа и счупване на подезичната кост и ребрата. Същата сутрин пострадалата се била оплакала по телефона на дъщеря си, че през нощта отново са правени опити да се краде от дома ѝ и някой ден вероятно крадците ще я убият.

обществена опасност само на основата на съставомерни признаци – резултата (смърт на пострадалата) и проявената жестокост. Липсва извод, че начинът на умъртвяване се отличава от обичайните случаи на жестоки убийства, като не става ясно дали съдът цени нанасянето на не по-малко от 17 удара с брадва като съдържание на квалифициращия признак „особена жестокост“ или като самостоятелно отегчаващо обстоятелство, придаващо необичайна тежест на този признак.

Личната опасност на подсъдимия, определена като висока, но не и като изключителна, според съда е обусловена от лошите характеристични данни, свързани с личностовото разстройство. „Синдромът на вредна алкохолна зависимост” според съда е „първопричината за липсата на положен траен и качествен обществено полезен труд, разбиването на социалните и семейни връзки, на връзките между подсъдим и общество и най-вече първопричина за скитническия начин на живот”. Тази констатация е вярна, но е интерпретирана като отегчаваща отговорността. Като анализира съдебното минало на дееца, съдът отчита, че предходните осъждания не са довели до превъзпитание, а в поведението на дееца се открива „нарастваща обществена опасност”. Кратките наказания, налагани в миналото, за престъпления, ненасочени към личността, не са отчетени при анализа на личността. Липсва и анализ на значението на психичния статус за поддържане и задълбочаване на криминализацията с оглед евентуалното благоприятно повлияване на дееца при лечение.

Присъдата е потвърдена от въззивната инстанция с основен аргумент непоправяне на дееца от изтърпяната в миналото репресия²².

3.4. Значението на алкохолната злоупотреба като криминогенен фактор отново е констатирано, но не е зачетено по случай от 2010 г., по който Хасковският окръжен съд налага доживотен затвор на 29-годишен извършител на сексуално убийство на 36-годишната му съседка, с която се запознал в нощта на престъплението²³. Процесът е сред по-редките случаи на активно медийно отразени дела, по които съдът избегнал изключителното наказание.

Пред съда деецът заявил, че не помни извършеното, не можел да се контролира и не знаел какво прави, като поискал да бъде пуснат от ареста, защото там не му било приятно. По делото има данни, че е отгледан в семейство на разведени родители, с които така и не установил трайни емоционални отношения, а баща му бил алкохолик. Едвам завършил основно образование. В казармата и той започнал да пие системно. След нея в продължение на няколко месеца се издържал от хомосексуални контакти.

Междувременно бил осъждан седем пъти. Престъпната дейност започнал на 16-17 години с два опита за изнасилване, с втория от които нарушил изпитателния срок по

²² Решение № 103/30.05.2008 г. на АС-Варна по ВНОХД № 92/2008 г.

²³ Присъда №70/29.04.2010 г. на ОС-Хасково по НОХД №10150/2010 г., потвърдена с въззивно Решение № 184/12.10.2010 г. на АС-Пловдив по ВНОХД №222/2010 г., оставено в сила с Решение № 85/14.03.2011 г. по НД № 730/2010 г. на III НО на ВКС. Свидетели описват пострадалата като весела, работлива, отзивчива и неконфликтна. На 5.06.2008 г. вечерта се присъединила към веселба в дома на дееца и приятелката му (той живеел при нея, но поддържал интимни връзки и с други жени), която продължила впоследствие в дома на пострадалата. Поводът за престъплението е неуспехът на дееца да склони първо друга гостенка, а после пострадалата към интимност. То е осъществено след като успял да остане насаме с пострадалата след разотиване на компанията. Повторният ѝ рязък отказ го предизвикал да ѝ нанесе брутален, над 10-минутен побой с многобройни удари по главата, влачене и ритници. Последвалят по физиологични причини неуспешен опит за съвкупление след зашеметяването ѝ, го докарал до ярост, намерила проявление в умъртвяване чрез задушаване (докато приятелката му настоятелно звъняла на вратата, за да му напомни да тръгва за работа) и послесмъртно блудство с празна бутилка. Напуснал местопрестъплението поне час по-късно, притеснен и изнервен, и три дни се скитал. Потърсил да се укрие при дядо си, но в селото му непозната възрастна жена му казала, че дядо му починал преди три години, дала му чисти дрехи, храна и 20.00 лева, с които да се върне с автобус. След като чул по радиото, че го издирват, се предал и направил пълни самопризнания

условното осъждане за първия. Последвали наказания за кражби и телесни повреди. Последно изтърпявал лишаване от свобода за опит за изнасилване на майка пред малкото ѝ дете. Бил условно предсрочно освободен на 19.12.2007 г. с изпитателен срок от 9 месеца, който именно нарушил с убийството. След излизане от затвора продължавал системно да употребява алкохол, като в пияно състояние имал конфликтни прояви.

Подсъдимият е диагностициран с **разстройство вследствие на употреба на алкохол**. Експертизата установила типичните признаци на алкохолната болест (нарушаване на контрола над изпитото количество и над поведението в нетрезво състояние), както и че повечето престъпления са улеснени от алкохолна злоупотреба. Абстинентният синдром се проявил едва в ареста, тъй като едва тогава деецът ограничил пиенето. Според вещите лица той не изпитвал потребност да упражнява насилие в сексуалните отношения и „не се установяват трайни и водещи характерови и личностови аномалии“.

Съдът приел за **единствено смекчаващо обстоятелство направените самопризнания**. Сред отегчаващите са изброени миналите осъждания, две от тях за престъпления, очертаващи подсъдимия като особена „негативна и конфликтна“ личност (тежка телесна повреда и изнасилване), нарушеният с убийството изпитателен срок, особено мъчителният начин на извършването му (пропусната като квалифициращ признак в обвинителния акт) и послесмъртната гавра с тялото, нетрезвото състояние на дееца по време на деянието и незначителният мотив на престъплението (отказ на пострадалата да задоволи сексуалните му желания и невъзможност на дееца физиологично да осъществи полов акт). Отчетена е мотивацията на самопризнанието, произхождаща не от реална самокритичност, а от стремеж за облекчаване на отговорността чрез приложението на привилегированата процедура на съкратено съдебно следствие²⁴. По тези съображения съдът намерил, че извършеното е изключително тежко, а подсъдимият е „личност с напълно разрушена ценностна система, без всякаква възможност за интеграция в обществото“ въпреки относително младата си възраст. Направен е извод, че лишаването от свобода не може да го превъзпита, но целите на наказанието могат да бъдат постигнати с доживотен затвор. Алкохолната болест не е осъждана нито самостоятелно, нито във връзка с останалите установени от съда признаци на дееца и деянието.

3.5. През 1999 г. Русенският окръжен съд отказва най-тежкото наказание на 40-годишен извършител на грабеж, придружен със садистично убийство, който **в резултат на дългогодишна упорита злоупотреба с алкохол бил в напреднал стадий на алкохолна зависимост с органична промяна на личността**²⁵. Увлечението му към спирта добило патологична форма преди 30-тата му година след смъртта на майка му и претърпяна черепно-мозъчна травма. Многократните му опити да се лекува били неуспешни. След навършване на пълнолетие бил осъждан два пъти за кражба и веднъж за съвкупление по чл. 151 от НК.

²⁴ Останала неприложена поради несъгласието на съпроцесничката на подсъдимия – неговата приятелка, осъдена в същия процес за укривателството му.

²⁵ Присъда от 11.11.1999 г. на ОС-Русе по НОХД № 303/1999 г. Деецът и съучастникът му започнали да пият от обяд на 14.01.1999 г. Когато вечерта свършили алкохола и парите, отишли в дома на общ познат и колега на съучастника, за да вземат пари и алкохол. Разбили входната брава с арматурно желязо. Събудилият се пострадал оказал съпротива и те го привели в безпомощно състояние с удари с желязото, юмруци и ритници. При тършуването из къщата намерили уиски и мезета и започнали да се черпят, като продължили да издевателстват над пострадалия (рязали го по ръцете, между пръстите на краката, по седалището, изрязали и отстранили част от кожното покритие на пениса), като напуснали местопрестъплението на следния ден по обед. Въпреки оказаната медицинска помощ, пострадалият починал.

Доживотният затвор е индивидуализиран при превес на отегчаващите обстоятелства (минала съдимост за престъпления от различен вид, лидерска роля в престъплението, асоциален начин на живот, проявена необичайна и безмотивна жестокост към пострадалия). Констатирано е неповлияване от многократно наложените предходни наказания, интерпретирано като пречка за налагане на срочно лишаване от свобода. Въпреки че самата употреба на алкохол, както и в предходния случай, е отчетена като отегчаващо обстоятелство, причинените от алкохолната зависимост „макар и по вина на подсъдимия“ болестни състояния са преценени като смекчаващи, заедно с полагания в миналото обществено полезен труд и направените частични самопризнания. Тези обстоятелства са възпрели съда да наложи най-тежкото наказание.

3.6. През 2005 г. Силистренският окръжен съд налага доживотен затвор на 35-годишен мъж за **жестокото убийство на овдовялата му майка (негова осиновителка)**, извършено на 08.11.2004 г.

В семейството на осиновителите си бил отгледан като разглезено собствено дете, на което снизходително се прощавало всичко и от нищо не било лишавано. След преживяна в детството и неудачно лекувана психотравма се оформил като неконтролируем, неподчиняем, конфликтен, избухлив и изключително агресивен. Скитал се безпосочно, почти не посещавал училище и едва завършил средно образование. Развил **алкохолна злоупотреба** с експлозивна форма на опиване и **асоциално личностово разстройство**, което го направило непредсказуем, неуравновесен и, според вещите лица, непригоден към общоприетите обществени норми. Състоянието било усложнено от садомазохистични сексуални отклонения (уролагния и копрофилия). С времето агресията му се насочила към осиновителите, с които многократно провокирал конфликти, особено в пияно състояние, и често трошал покъщнината. За кражби и отклонения от военна служба бил многократно лишаван от свобода. Собствената му интимна връзка завършила с провал.

След последното си освобождаване от затвора се установил да живее при пострадалата, която системно биел и тормозел по безобидни поводи, но тя отговаряла с непрекословно изпълнение на всичките му прищевки. Работел епизодично, но основно лентяйствал и организирил пиянски и сексуални оргии. Деянието извършил след употреба на значително количество алкохол, под влияние на който нападнал жертвата по незначителен повод²⁶. Установявайки смъртта, положил тялото в леглото, напуснал дома си и се върнал след десетина минути, крещейки, че някой убил майка му. На досъдебната фаза признал, че ѝ бил ядосан и ѝ нанесъл няколко удара, но не бил искал смъртта ѝ.

Силистренският окръжен съд извел изключителната тежест на извършеното от особения характер на отношенията на дееца и жертвата, на която той „избрал по такъв начин да се отплати за положените майчини грижи“, личността на всеки от двамата, начина на осъществяване на деянието, струпването на квалификации и множеството на отегчаващите обстоятелства. Според съда тези обстоятелства определят деянието като „по-тежко от обичайните, квалифицирани по чл. 116 от НК случаи“.

Личната опасност на дееца съдът обосновал с „абсолютната безкритичност към извършеното, проявената немотивирана и необяснима особена жестокост, психологичният профил на подсъдимия, конфликтността, асоциалното му поведение, неуравновесеността, непредсказуемостта на постъпките, непригодността му към общоприетите норми, употребата на алкохол, крайно високата обществена опасност на

²⁶ С нанесения яростен побой, продължил повече от час, причинил съчетана черепно-мозъчна, шийна, гръдна и коремна травма, като смъртоносно било скършването на гръбнака с прекъсване на гръбначния мозък. Експертизата установила тежки наранявания на почти всички вътрешни органи, вкл. счупване на 16 ребра, контузия на червата и разкъсан бъбрек, причинени пожизнено.

деянието и цялостната личност на дееца”, който системно упражнявал тежко насилие спрямо осиновителката си. Сред отегчаващите обстоятелства съдът отчетел и обремененото съдебно минало. Той не открил смекчаващи, макар компрометираното психично здраве несъмнено да е такова. В случая психичната увреда е сложна комбинация от алкохолизъм и личностово разстройство, които едновременно участват както в мотивацията и механизма на престъплението, така и в предхождащите го системни асоциални поведенчески стратегии, обусловили отрицателните характеристични данни.

Пропускът да се изяснят смекчаващите обстоятелства в конкретния случай вероятно не би се отразил на вида на наказанието, тъй като съдът все едно се отказал от най-тежкото. Въпреки това той се позовал на асоциалния тип личност, за да заключи, че изолацията на осъдения от обществото следва да бъде безсрочна, тъй като е житейски неоправдано и незаконосъобразно да се очаква поправка в рамките на 20 години лишаване от свобода. Все пак съдът изразил убеждение, че следва да се запази възможността за замяна по чл. 38а, ал. 3 от НК „при евентуално бъдещо поправка“²⁷.

3.7. И в разглежданата група случаи на осъдени болни от алкохолизъм извършители има такъв, в който **заболяването не е станало известно на съда.**

През 2004 г. Врачанският окръжен съд наложил доживотен затвор за рецидивно убийство, извършено дни след като 53-годишният деец бил осъден на 5 години лишаване от свобода за опита му да убие фактическата си съпруга и майка на децата си. Почти веднага след влизане на присъдата в сила тази жена родила третото им дете и напуснала дееца²⁸. По-рано деецът бил осъден на 18 години лишаване от свобода за предходно убийство, което извършил на 31-годишна възраст. От изтърпяване на това наказание бил условно предсрочно освободен през 1991 г. Така престъпната дейност обхваща две убийства и опит за убийство, всяко извършено в рецидив спрямо предходното.

Вещите лица установили, че деецът страда от **смесено личностово разстройство** – емоционално нестабилна личност с асоциално поведение, която действа непредсказуемо, конфликтно и импулсивно под влияние на неустойчиво настроение и неспособност да контролира избухвания. Към момента на деянието бил в субклинична степен на алкохолно опиване, достигната след продължителна употреба на алкохол в часовете и дните преди деянието. Това състояние било достатъчно, за да засили раздразнителността и свадливостта му и да отключи стаени тенденции към жестокост, обусловили и мотива за агресивното престъпно поведение. **Едва в затвора се установява, че осъденият страда от органично личностово разстройство и алкохолна зависимост, довела до алкохолна деменция.**

Съдът извел изключителната опасност на извършеното от множеството на квалифициращите признаци (особената жестокост и особената мъчителност са отчетени като отегчаващи поради липса на обвинение за тях), липсата на провокация от пострадалия и неговите лични характеристики (млад човек в работоспособна възраст,

²⁷ Присъда №55/06.10.2005 г. на ОС–Силистра по НОХД № 199/2005 г. (докладчик Деян Денев).

²⁸ Присъда №37/14.12.2004 г. на ОС-Враца по НОХД № 560/2004 г. (докладчик Агнеса Ставарова). В кратко време след насяването си заедно със семейството си в нов дом, деецът станал известен в квартала като скандалджия и пияница с навици да вади нож за разрешаване на спорове. На 22.06.2004 г. пил от сутринта. Следобед 40-годишният пострадал, с когото деецът бил в добри близки отношения, и друго лице почиствали общия двор. Пострадалият укорил едно от децата на дееца, което опитало да се облекчи на двора. Видимо пьян и раздразнен, деецът напусвал пострадалия и заплашил, че ще го пребие, след това го нападнал и въпреки опитите на пострадалия да го успокои, неочаквано извадил нож и го пробол два пъти в гръб, като известно време неуспешно до гонил. Пострадалият се скрил близо до реката и бил последван от малолетно момиче и свидетел по делото, които се опитали да му помогнат, но той починал за минути.

грижовен към близките си, уважаван от местната общност и отговорен за издръжката на семейството си). Анализирайки механизма на деянието при непълна и неточна диагноза за психичното страдание на дееца, съдът направил извод, че той се проявил като „неуравновесен, жесток, първосигнален човек“, „егоистичен, злопамятен и отмъстителен“, „доказал, че не зачита човешките и социални ценности и неспособен на социална адаптация“. Отчетено е нападението в гръб и хладнокръвния начин на извършването му.

Особено внимание съдът отделил на анализа на съдебното минало на подсъдимия и начина му да общува с околните, за да обоснове изключителна лична опасност. Според него миналите осъждания очертават дееца като „доказан системен убиец, злоупотребяващ с алкохол“. С настоящото престъпление според съда деецът опровергал прогнозата на съда, разгледал опита за убийство на съпругата на подсъдимия, че последният би могъл да бъде добър съпруг и баща²⁹. Съдът отчетел, че поведението на подсъдимия и в семейството, и в обществото било необузвано агресивно, при използване на „силови методи за лично удовлетворение“.

Така съдът достигнал до извода, че положително въздействие върху подсъдимия може да бъде оказано само с изолирането му завинаги от обществото, но все пак се въздържал от извод за непоправимост³⁰.

В заключение следва отново да се подчертае голямото значение на прецизното съдебно разграничаване на фактите, свързани пряко с мозъчното заболяване на дееца, които следва да се ценят като смекчаващи, от останалите факти за личността и деянието, дори когато е налице взаимна обусловеност между обстоятелства от двете групи. Самият факт на мозъчната болест смекчава отговорността и поради това винаги изключва възможността на дееца да бъде наложено максималното предвидено от закона наказание (чл. 54, ал. 2 от НК). От решаващо значение е заболяването да бъде правилно установено от съдебната експертиза, която следва да бъде използвана и за изясняване на участието му в развитието на престъпната мотивация и вероятностните прогнози за поправка.

²⁹ Съображенията на съда, разглеждал опита за убийство, се основавали на факта, че след престъплението деецът се помирил с пострадалата, заживял отново с нея и двамата имали трето дете, родено веднага след осъждането на бащата за опита за убийство на майката. Към момента на произнасяне на Врачанския окръжен съд по делото за третото убийство тази жена вече съжителствала с друг мъж заедно с това последно дете, като първите две били оставени за отглеждане в социален дом.

³⁰ Десет години по-късно данните от затвора очертават непрогресиращ поправителен процес – съхранена е некритичността към извършеното, склонността към непредсказуеми импулсивни и рискови действия, неспособност за съпреживяване, утвърдени нагласи за насилствено разрешаване на спорове и ниска емоционална зрялост. Осъденият е безразличен и апатичен към корекционните дейности и личната хигиена, никога не чете, няма трудови навици, продължава да нарушава реда. Усилията на затвора да му помогне да възобнови контактите със семейството довели през 2012 г. до среща между него и негов син, отглеждан в сиропиталище, протекла тягостно и при пълна незаинтересованост на детето, което повече не потърсило баща си.

Transfer of Probation Measures in the European Union
Ralitsa Kostadinova

Abstract: *Under the Bulgarian Criminal law the court may impose probation as punishment or impose a probation measure during the testing period in the case of suspended sentence and early release. Once imposed they become part of the probation regime during test period and any failure to observe them triggers consequences unfavorable for the sentenced person. The adherence of our country to the European Union in 2007 and the free movement of persons and services faced criminal justice science with new challenges. In 2012 Bulgaria transposed Council Framework Decision 2008/947/JHA dealing with the transfer of probation measures and the application of the principle of mutual recognition of probation decisions and alternative sanctions. The basic principles and aims of the Decision are implemented in the national legislation through the Act on the recognition, execution and forwarding of judgments and probation decisions for the purposes of supervision of the probation measures and alternative sanctions.*

Keywords: *Criminal law, Penitentiary law, Probation, Probation measures, Transfer, Suspended sentence, Council Framework Decision 2008/947/JHA*

Увод

През 2008 г. Съвета на Европейския съюз прие *Рамково решение 2008/947/ПВР* относно прилагането на принципа на взаимното признаване към съдебни решения и решения за пробация с оглед на надзора върху пробационните мерки и алтернативните санкции¹. В изпълнение на ангажимента за транспониране на акта през 2012 г. Народното събрание прие *Закон за признаване, изпълнение и изпращане на съдебни решения и решения за пробация с оглед упражняване на надзор върху пробационните мерки и алтернативните санкции*^{2,3}. Процесът по признаване и изпълнение на чужди съдебни решения ще обозначаваме като „*трансфер*“. Предмет на настоящето изложение е една от хипотезите на закона, а именно *трансфер на пробационни мерки* по време на условно осъждане, а във връзка с него и основни положения относно пробацията и пробационните мерки и тяхното въвеждане в българското наказателно законодателство като алтернативи на лишаването от свобода.

I. Алтернативите на лишаването от свобода в българското наказателно законодателство

Още в началото на ХХ век в българското наказателно право по *френско-белгийския модел* е въведен институтът на условното осъждане като алтернатива на

¹ ОВ, L 337/102 от 16 декември 2008 г.

² Обн., ДВ, бр. 25 от 27.03.2012 г., в сила от 28.04.2012 г.

³ В настоящето изложение нормативният акт ще бъде обозначаван с по-краткото наименование Закон за трансфер на пробация.

краткосрочното лишаване от свобода⁴. Той се прилага до началото на петдесетте години, когато правната уредба на института е пренесена в кодифицирания наказателен закон⁵, отразяващ влиянието на *съветското социалистическо наказателно право*. В съвременното наказателно право институтът на условното осъждане е способ за отлагане на изпълнението на наложено наказание лишаване от свобода. Той е уреден в чл. 66-69А НК 1968 г. Постановвяването на „условно осъждане“ има две важни последици – първо, наложеното наказание лишаване от свобода става неизпълнимо и второ, осъденото лице се поставя в режим на изпитание за определен период от време, т. нар. изпитателен срок. През този период съдът може да наложи на осъденото лице и пробационна мярка. Тази правна възможност е въведена чрез новата ал. 3 на чл. 67 през 2002 г.⁶ като отразява развиващите се в световен план тенденции за разширяване приложното поле на алтернативите на лишаването от свобода, в това число пробация⁷.

С това изменение на НК в българското наказателно законодателство са въведени термините „пробация“ и „ограничителни мерки“. **Пробацията** беше въведена в наказателното право като *нов вид наказание*, което допълни каталога на наказанията по чл. 37, ал. 1 НК, а в новосъздадените членове 42а, 42б и 43а НК беше установено неговото съдържание. Според чл. 42А, ал.1 в редакцията от 2002 г. „*пробацията е съвкупност от ограничителни мерки за контрол и въздействие без лишаване от свобода, които се налагат заедно или поотделно.*“ Наред с това в новата ал. 3 алинея на чл. 67 НК се даде правомощие на съда, определящ наказанието, като отложи изпълнението на наказанието лишаване от свобода, когато то е не по-малко от шест месеца, „да постанови пробация през изпитателния срок“.⁸ Както сега, така и тогава, с термина пробация се обозначава вид наказание по българското наказателно право. При това положение се оказваше, че на едно лице се налага **лишаване от свобода** за извършено престъпление, отлага се изпълнението му при условията на чл. 66 и му се определя **пробация**. Това оставяше впечатлението, че се налага второ наказание за престъплението (първото наказание лишаване от свобода продължава да бъде наложено

⁴ Закон за условното осъждане, обн. ДВ, бр.3 от 1904 г. Подробно вж. **Костадинова, Р.** Възникване и развитие на условното осъждане в България (1904 - 1968 г.). В: Знанието – традиции, иновации, перспективи. Том втори, Бургас, 2013, с. 135-141.

⁵ Наказателен закон от 1951, чието заглавие е изменено през 1956 г. на Наказателен кодекс и приетия и действащ до момента Наказателен кодекс от 1968 г.

⁶ ДВ, бр. 92 от 2002 г.

⁷ Вж. **Андреева, Адр.** Пробацията—нова алтернатива в санкционната система на българското наказателно право. - Правна мисъл, 2004, № 3, 60-70; **Георгиев, Т.** Нормативна уредба на пробацията—сравнителноправен анализ. - Правна мисъл, 2004, № 3, 70-77; **Костадинова, Р.** Пробацията след последните промени в наказателното законодателство. - Правна мисъл, 2005, № 2, 53-66; Пробация и пробационни служби. Европейска перспектива. Регионален фонд ИГА, Пазарджик, 2005; **Шопова, П.** Пробацията. Наказателноправен и криминологичен анализ. Русе: Русенски унив. „Ангел Кънчев“, 2006; **Груев, Л.** Пробацията – pro et contra. - Общество и право. 2007, № 4, 19-25; **Петков, Ив.** Пробацията—правен режим и неговото усъвършенстване. - Правна мисъл, 2009, №3, 111-123. **Димитрова, Сл.** Проблеми във връзка с постановвяването на пробационни мерки при условно осъждане и условно предсрочно освобождаване, 2009, он-лайн публикация: https://www.researchgate.net/publication/274952474_Problemi_vv_vrzka_s_postanovavaneto_na_probacionni_merki_pri_uslovno_oszdane_i_uslovno_predsrocno_osvobodavane (Достъп на 14.08.2017).

През 2014 г. беше защитен докторски труд на тема „Пробацията в наказателното право“ от д-р Тервел Георгиев под научното ръководство на проф. Антон Гиргинов. През 2016 г. беше публикуван и друг докторски труд: **Велев, Огн.** Мястото на пробацията сред наказателните санкции (съпоставително изследване по българското и френското наказателно право). С.: Българска академия на науките, Институт за държавата и правото, 2016.

⁸ Вж. Закон за изменение и допълнение на Наказателния кодекс, дв. бр.92 от 27 септември 2002г. Според § 89 от преходните разпоредби на ЗИДНК параграфи 1, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 12 - по отношение на наказанието пробация, § 13 - 17, § 18, т. 2 - 5, § 19, 20, 21, § 42, т. 4, § 43 и 88 влизат в сила от 1 януари 2004 г.

наказание с отложено изпълнение, т.е. неизпълняемо). Така формулирана разпоредбата не беше приемлива, което наложи ново изменение на правната уредба през 2009 г. Промените имаха за цел да усъвършенстват правния регламент на пробацията и мерките, включени в нейното съдържание и приложими по време на изпитателния срок, което беше последвано и от научни изследвания по темата⁹.

След изменението на НК от 2009 г.¹⁰ разпоредбата на чл. 67, ал.3 придоби следната редакция: „Когато отложеното наказание лишаване от свобода е не по-малко от шест месеца, съдът може да постанови една от пробационните мерки по чл. 42а, ал. 2, т. 1 - 4 през изпитателния срок“. Действащата правна уредба дава основание да се приеме, че **пробационните мерки имат** двойствен режим. Първо, като **задължителен елемент** на наказанието пробация и второ, като **факултативен елемент** на режима на изпитание при условното осъждане (и при предсрочно освобождаване, но то не е предмет на разглеждане в настоящата работа)¹¹.

Коментираното изменение на правната уредба на пробационните мерки по българското наказателно право постави на разглеждане въпроса за приложимия закон към заварените случаи, при които е постановена вече пробация –на основание старата действаща редакция. Предвид на това, че след промяната от 2009 г. на лицата могат да се налагат само четири от пробационните мерки, няма съмнение, че новия закон съдържа по-благоприятни наказателноправни последици за деeca. Ето защо на основание чл. 2, ал. 2 от НК за престъпните деяния, извършени преди април 2009 г., по отношение на които няма влязла в сила присъдата, при решаване на въпроса за пробационни мерки през изпитателния срок на условното осъждане се прилага новата редакция, т.е. съдът може да наложи една от възможните четири пробационни мерки. Така се прилага принципа на обратно действие на наказателния закон, според който спрямо лицата може да се прилага нов закон, който е приет след довършване на извършеното от тях престъпление, само ако той предвижда по-благоприятни правни последици за деeca – чл. 2, ал.2 от НК.

Налагането на пробационни мерки по време на условно осъждане е на основание чл. 67, ал.3 НК и при изискванията, установени в него. **Първо**, наказанието, чието изпълнение е отложено, е не по-малко от *шест месеца*.¹²; **второ**, тъй като

⁹ Подробно за това вж. **Стойнов, Ал.** Наказателно право. Обща част. Пробация/Второ допълнено издание. С.: Сиела, 2012; **Трайков, Здр.** Изпълнение на наказанието пробация. В: Наказателно-изпълнително право. С: Албатрос, 2007, 311-336. ; **Георгиев, Т.** Предсъдебният доклад в процеса по определяне и индивидуализация на наказанието пробация. - Правна мисъл, 2014, № 4, 33-51; **Георгиев, Т.** Нормативна уредба на пробацията—сравнителноправен анализ. - Правна мисъл, 2004, № 3, 70-77; **Андреева, Адр.** Пробацията—нова алтернатива в санкционната система на българското наказателно право. - Правна мисъл, 2004, № 3, 60-70; **Петков, Ив.** Пробацията—правен режим и неговото усъвършенстване. - Правна мисъл, 2009, №3, 111-123 и др.

¹⁰ Закон за изменение и допълнение на НК, бр. 27 от 2009 г., в сила от 13.04 2009 г.

¹¹ Основание за това дава и категоричната позиция на Общото събрание на наказателните колегии на ВКС във връзка с пробационните мерки по чл. 67, ал.3 от Н - „Безспорно е, че те не представляват наказание по смисъла на чл. 37 от НК и поведението на осъдения във връзка с изпълнението им може да породи негативни последици за него, включително и изтърпяване на отложеното наказание "лишаване от свобода" –Тълкувателно решение № 6 от 30.06.2014 г. по тълк. д. № 6/2013 г., ОСНК на ВКС.

¹² С определение от 29.09.2014 г. Пазарджишкият районен съд е одобрил постигнато споразумение между представител на РП-Пазарджик, подсъдимия П. А. С. и защитника му, по силата на което С. е осъден за транспортно престъпление по чл. 343б, ал. 1 и му е наложено наказание **5 месеца лишаване от свобода**. На основание чл. 66, ал. 1 НК отложил изпълнението на наказанието за срок от 3 години и пет месеца. На основание чл. 67, ал. 3 НК съдът е постановил пробационна мярка по чл. 42а, ал. 2, т. 1 НК, именно - "задължителна регистрация по настоящ адрес при честота на явяване и подписване два пъти седмично“ през изпитателния срок. По повод на искане за възобновяване ВКС се произнася, че „определението в частта, в която съдът е постановил подсъдимият да изтърпи и пробационната мярка по

пробационните мерки са факултативен елемент на режима на изпитанието, *съдът трябва да установи, че има необходимост от допълнително въздействие върху дееца*¹³, наред със самото осъждане; **трето**, съдът може да постанови *само една пробационна мярка* от предвидените в чл. 42А, ал.1, т.1-4 от НК. Съдът може да наложи по време на изпитателния срок само една от следните четири пробационни мерки:

- задължителна регистрация по настоящ адрес;
- задължителни периодични срещи с пробационен служител;
- ограничения в свободното придвижване;
- включване в курсове за професионална квалификация, програми за обществено въздействие

Постановяване на пробационна мярка, непосочена в чл. 67, ал.3 от НК, е нарушение на материалния закон, което налага отмяна на съдебния акт, с който са определени¹⁴. Като такава ще се определи и постановяването на повече от една пробационна мярка по време на изпитателния срок¹⁵.

чл. 42а, ал. 2, т. 1 НК, е постановено в нарушение на закона“. В решението си ВКС изтъква доводи, че „[В] конкретния случай, не са били налице всички от предвидените предпоставки. Не е достатъчно да е наложено наказание по вид лишаване от свобода и да е приложен института на условното осъждане, за да се постанови изтърпяване и на някои от предвидените пробационни мерки. Необходимо условие е наказанието лишаване от свобода да не бъде по-малко от 6 месеца, а в конкретния случай съдът го е наложил за срок от 5 месеца. От това следва, че определението в тази му част е постановено в нарушение на закона по смисъла на чл. 348, ал. 1, т. 1 НПК. В посочения смисъл искането е основателно, но не и в частта за отмяна на определението по реда на възобновяването и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав, тъй като настоящият съдебен състав притежава правомощието да отстрани допуснатата незаконосъобразност, чрез изменяване на съдебния акт и отмяна приложението на чл. 67, ал. 3 от НК, което е в интерес на осъдения.“ – решение № 55 от 23.02.2015 г. по н. д. № 1992/2014 г., н. к., III н. о. на ВКС.

¹³ „[ф]акултативно предвидената пробационна мярка по чл. 67, ал. 3 НК....не е оправдано с оглед обществената опасност на осъщественото престъпление и личната такава на осъдената Т. и не би допринесло съществено за постигане на целите на специалната и генералната превенция“– Решение № 340 от 03.07.2013 г. по н. д. № 1098/2013 г., н. к., III н. о. на ВКС.

¹⁴ С определението от 30 юни 2009 г. Сливенския районен съд, одобрил споразумение между прокурора и подсъдимия по нохд № 127/2009 г. С него било постановено осъденият да изтърпи през изпитателния срок на условното му осъждане пробационната мярка годишно 200 часа "безвъзмезден труд в полза на обществото". Главния прокурор на Републиката е направил искане за възобновяване на основание, че определението противоречи на чл. 67, ал. 3 НК, който позволява изтърпяването на пробационни мерки в срока на условното осъждане, **но не и безвъзмездния общественополезен труд**. Върховният касационен съд намери, че искането е основателно. Върховният касационен съд постановява, че е допуснато нарушение на закона и отменя определението. Тъй като споразумението трябва да бъде отново обсъдено от страните и съда, е налице неотстранимост, поради което връща делото за ново разглеждане. Вж. Решение № 30 от 18.04.2010 г. по н. д. № 710/2009 г., н. к., I н. о. на ВКС.

¹⁵ По дело за възобновяване ВКС приема, че е допуснато нарушение на материалния закон, по смисъла на чл. 348, ал. 1, т. 1 от НПК, тъй като съдът първоинстанционния съд е постановил изпълнението на **две пробационни мерки**: по чл. 42а, ал. 2, т. 1 от НК (задължителна регистрация по настоящ адрес при честота на подписване два пъти седмично за срок от шест месеца) и по чл. 42а, ал. 2, т. 2 от НК (задължителни срещи с пробационен служител за срок от шест месеца). Поради тази незаконосъобразност на присъдата е допуснато възобновяване на приключилото първоинстанционно съдебно производство и отмяна на неправилно приложената пробационна мярка по чл. 42а, ал. 2, т. 1 от НК- вж. Решение № 559 от 20.02.2012 г. по я д. № 2662/2011 г., н. к., III н. о. на ВКС

В друг случай, разгледан от ВКС по искане за възобновяване, районния съд след като осъдил дееца за транспортно престъпление и отложил изпълнението му, на основание чл. 67, ал.3 от НК „постановил през изпитателния срок да изтърпи две пробационните мерки - "задължителна регистрация по настоящ адрес" два пъти седмично и "задължителни срещи с пробационен служител". В решението си ВКС постановил, че“ към момента на постановяване на присъдата е била в сила новата редакция на чл. 67, ал. 3 от НК /ДВ бр. 27/09 г./, съгласно която съдът може да постанови подсъдимият да търпи една от пробационните мерки по чл. 42а ал. 2, т. 1-4 от НК по време на изпитателния срок на условното осъждане. Като е постановил изтърпяване на две пробационни мерки, Старозагорският районен съд е

В случаите по чл. 67, ал. 3 съдът решава няколко въпроса: **първо**, дали да определи пробационна мярка през изпитателния срок; **второ**, да индивидуализира мярката чрез определяне на нейния вид; **трето** да определи нейната продължителността. определяне е свързано с оказаното доверие на осъденото лице и преценката, че целите по чл. 36 от НК и преди всичко поправянето и превъзпитанието на деца могат да бъдат постигнати и чрез извънзатворно третиране¹⁶. Така постановената пробационната мярка е алтернатива на лишаването от свобода, тъй като тя не може да се прилага едновременно и по време на изпълнението на наказанието лишаване от свобода или след като то е изтърпяно. С оглед на това от голяма важност е предсъдебния доклад /пробационен доклад, който по искане на съдията докладчик се изготвя от пробационната служба.¹⁷

Срокът на пробационната мярка не може да надвишава изпитателния срок. Неговата продължителност се определя в съдебния акт, с който се постановява условното осъждане. По дела, които се решават със споразумение, пробационната мярка по чл. 67, ал.3 НК трябва да бъде включено в него. Постановяването на мярката с допълнително определение се определя от съдилищата като съществено процесуално нарушение¹⁸. След като съдът е одобрил внесеното споразумение за решаване на делото, то въпросите, по които може да се произнеса допълнително с определение са изчерпателно посочени в чл. 306, ал.1, т.1-3 от НПК, т.е. пробационните мерки по чл. 67, ал.3 от НК не попадат в обхвата на разпоредбата.

След налагането на пробационните мерки през изпитателния срок основните въпроси на тяхното изпълнение са предмет на правна уредба в Закон за изпълнение на наказанията и задържането под стража (ЗИНЗС)¹⁹ и правилник за неговото прилагане. Те са били предмет на задълбочено изследване в наказателно-изпълнителното право²⁰. Тук ще бъдат посочени някои основни положения относно четирите пробационни мерки, които могат да се налагат през изпитателния срок на условното осъждане.

II. Изпълнение на пробационни мерки по българското право

Принципното положение е, че местоизпълнението на пробационните мерки е по настоящия адрес на осъдения. Това може да бъде променено от главния директор на Главна дирекция "Изпълнение на наказанията", който издава заповед. Процедурата се инициира от осъдения с молба, а съответния пробационен служител дава становище по нея. Надзорът за законност върху дейността на пробационните служби и пробационните съвети се осъществява от *Окръжният прокурор по реда на Закона за съдебната власт* (Чл. 204 ЗИНЗС). Както Наказателния кодекс, така и ЗИНЗС определят, че пробационната мярка задължителна регистрация по настоящ адрес се осъществява чрез подписване на осъдения пред пробационен служител или пред определено от него длъжностно лице. Тя се изпълнява съобразно план, изготвен от

допуснал нарушение на материалния закон. Това налага делото да бъде възобновена, а нарушението на закона отстранено чрез отмяна на пробационната мярка "задължителни срещи с пробационен служител".- Решение № 107 от 04.03.2010 г. по н. д. № 762/2009 г., н. к., П н. о

¹⁶В този смисъл вж. Решение №72 от 2009 г., НК, I н. о., ВКС.

¹⁷ По въпросите на предсъдебния доклад вж. **Георгиев, Т.** Предсъдебният доклад в процеса по определяне и индивидуализация на наказанието пробация. Правна мисъл, 2014, №4, 33-51. **Маджаров, Ем.** Психологическо портретиране на правонарушителите. С.: Сиела, 2001. **Маджаров, Ем.** Психологически портрети на осъдени на пробация. С.: Сиела, 2010.

¹⁸ Решение №253 от 23.08.2013 г. по вчнд №472 от 2013 г. на Окръжен съд Бургас.

¹⁹ В сила от 01.06.2009 г. Обн. ДВ. бр.25 от 3 Април 2009г, последно изм. и доп. ДВ. бр.13 от 7 Февруари 2017г.

²⁰ **Трайков, Здр.** Наказателно-изпълнително право. С: Албатрос, 2007.

пробационния служител и съгласуван със съответния началник на районното управление на Министерството на вътрешните работи. Пробационната мярка задължителни периодични срещи с пробационен служител се изпълнява чрез провеждането на срещи на осъдения с пробационния служител по график Тези срещи могат да бъдат: планирани, извънредни или по искане на осъдения.

При пробационна мярка „ограничения на свободното придвижване“ изпълнението се контролира чрез проверки по план и график. Те се изготвят от пробационния служител и се съгласуват с началника на съответното районно управление на Министерството на вътрешните работи или с оправомощено от него длъжностно лице (Според чл. 213 от ЗИНЗС). Проверките се извършват от пробационен служител или определено от него длъжностно лице. По време на изпълнение на мярката е възможно за настъпят основателни причини, поради които пробационният служител има право да разреши на осъдения да напусне мястото на изпълнение. В зависимост от това какви са причините срокът е до 7 денонощия (личен или обществен характер). Други възможни причини са настаняването на лечение или явяването на изпит в училища или във връзка със съдебни производства. В случаите, когато се налага отсъствието да продължи повече от 7 денонощия, пробационният служител съгласува разрешението за напускане с районния прокурор.

Изпълнението на пробационната мярка „включване в курсове за професионална квалификация и/или програми за обществено въздействие“ е свързано с преценка личността на осъдения, регистрираните зони на нужда, необходимостта от снижаване на риска от повторно извършване на престъпление, квалификацията, степента на образование и желанието на осъденото лице (чл. 215 ЗИНЗС). Програмите за обществено въздействие са два вида: развиващи и корекционни. *Развиващите програми* включват курсове за ограмотяване, придобиване на умения за намиране на работа, консултативни срещи и беседи с представителите на социалните служби и полицията. *Корекционните програми* са насочени към промяна на нагласите, ценностите, поведението на осъдените и за преодоляване на зависимости. Те се организират и заплащат от областната пробационна служба.

Така описания начин на изпълнение на пробационните мерки ще бъде приложим и по отношение на чужди съдебни актове за пробация, чийто трансфер е допуснат у нас. Това стана възможно през 2012 г. след приемането на закон, с който бе транспонирано Рамково решение 2008/947/ПВР на Съвета от 27 ноември 2008 година за прилагане на принципа на взаимното признаване към съдебни решения и решения за пробация с оглед на надзора върху пробационните мерки и алтернативните санкции (за краткост- Рамково решение за трансфер на пробация).

III. Основни положения в Закона за трансфер на пробация

Проектът на Закон за признаване, изпълнение и изпращане на съдебни решения и решения за пробация с оглед упражняването на надзор върху пробационните мерки и алтернативните санкции²¹ (Закон за трансфер на пробация) е внесен през декември 2011 г. в 41-вото Народно събрание и приет в началото на 2012 г. С него се уреждат четири основни групи въпроси – чл. 1 от Закона за трансфер на пробация. **Първо**, установяват се условията и реда за признаване на съдебни решения и решения за пробация, които са постановени в друга държава - членка на Европейския съюз. Тук с термина "решение за пробация" се обозначава всеки окончателен съдебен акт или окончателно решение на компетентен орган на издаващата държава, взето въз основа

²¹ Обн., ДВ, бр. 25 от 27.03.2012 г., в сила от 28.04.2012 г.

на такова съдебно решение, с което се разрешава условно освобождаване или се налагат пробационни мерки. **Второ**, законът урежда въпроса за упражняването на надзор на приемащата държава върху пробационните мерки и алтернативните санкции, наложени от издаващата държава. С легалния термин "пробационни мерки" се обозначават задължения и предписания, наложени на физическо лице от компетентен орган на издаващата държава в съответствие с националното ѝ законодателство, във връзка с наказание с отложено изпълнение, условно отложено осъждане или условно освобождаване. Законът изяснява и че, "алтернативна санкция" е тази, с която се налага задължение или предписание, и е различна от наказание лишаване от свобода, от мярка, изискваща задържане, или от имуществена санкция. **Трето**, освен въпросите на признаване на чуждия съдебен акт и да осъществяването на надзор върху изпълнението му, законът урежда и въпроса за вземане на всякакви последващи решения в тази връзка. **Четвърто**, изпращането на съдебни решения, постановени в Република България, за признаване и изпълнение в други държави - членки на Европейския съюз.

Трансферът може да има за предмет пробационните мерки по време на изпитателен срок, които са възможни в следните случаи. **Първо**, в случаите на лишаване от свобода, *чието изпълнение е условно отложено*, изцяло или частично, когато наказанието е наложено с постановяване на една или повече пробационни мерки ("наказание с отложено изпълнение")²². **Второ**, при т. нар. "*условно отложено осъждане*", при което налагането на наказание е условно отложено чрез налагане на една или повече пробационни мерки или при което са наложени една или повече пробационни мерки вместо наказание лишаване от свобода или мярка, изискваща задържане. **Трето**, при "*условно освобождаване*", което може да бъде постановено след изтърпяване на част от наказанието лишаване от свобода или мярка, изискваща задържане, чрез налагане на една или повече пробационни мерки.

Пробационни мерки имат различен характер и продължителност в страните в Европа²³, което налага в чл. 4 от Рамковото решение за пробацията да бъдат посочени 10 мерки, които подлежат на трансфер. Тези мерки са изброени в чл. 4 от българския Закон за трансфер на пробация:

- задължение за осъденото лице да информира определен орган за всяка промяна в мястото си на пребиваване или в местоработата си;
- задължение за осъденото лице да не посещава определени населени места, определени райони или обекти в издаващата или изпълняващата държава;
- задължение, включващо ограничения за осъденото лице относно напускане на територията на изпълняващата държава;
- предписания за осъденото лице, свързани с поведението, пребиваването, образованието или обучението, дейностите за отдых, или съдържащи ограничения или условия във връзка с извършването на професионална дейност;
- задължение за осъденото лице да се отчита в определени часове пред определен орган;
- задължение за осъденото лице да избягва контакти с определени лица;
- задължение за осъденото лице да избягва контакти с определени предмети, които е използвало или е вероятно да използва с оглед на извършването на престъпление;

²² Такъв трансфер е допуснат от Окръжен съд – Добрич с решение № 72 от 14.07.2016 г. по чнд № 261/2016 г.

²³ Подробно за пробацията в Европа вж. **Durnescu, I; Van Kalmthout, A.** Probation in Europe. Wolf Legal Publishers, 2013.

- задължение за осъденото лице да извършва труд в полза на обществото;
- задължение за осъденото лице да съдейства на пробационен служител или на представител на социална служба, който носи отговорност по отношение на осъдени лица;
- задължение за осъденото лице да се подложи на терапевтично лечение или на лечение за зависимост.

Рамковото решение за трансфер на пробация от 2008 г. се основава на взаимно доверие в правните системи на другите държави членки, което означава, че водещия принцип е, че наложеното наказание не се преразглежда (член 9). Същевременно прегледът на пробационните мерки показва, че е възможно характерът или продължителността на наложената пробационна мярка да са несъвместими с българското законодателство (с оглед на съдържанието на задълженията/ограниченията; срокът). В тези случаи се налага пробационната мярка на издаващата държава да се приспособи в съответствие с характера и продължителността на наказанията, предвидени в българското законодателство за аналогични деяния, която се обозначава с термините «адаптиране». Адаптираното наказание трябва да съответства във възможно най-голяма степен на първоначалното наказание. Същевременно то не може да води до налагането на по-тежко наказание от това в издаващата държава, нито по своя характер, нито по своя срок.

Подобно приспособяване на пробационна мярка, постановена от друга държава-членка на ЕС, е направено по ч.н.д № 202/2016 г. на Окръжен съд – Добрич²⁴. Съдът се е произнесъл по искане за трансфер на пробационни мерки, постановени от съдебен орган в Румъния по отношение на български гражданин с местоживеенето на територията на България за извършено от него престъпление в издаващата страна. Осъждането е за причиняване на смърт по непредпазливост поради нарушаване на правила за безопасност - престъпление по чл. 102 от НК на Румъния, съответстващо на транспортното престъпление²⁵ по чл. 343, ал. 1, «в» от НК. Наложено наказание в Румъния е лишаване от свобода за срок от две години, което било прекратено за изпълнение и заменено с мерки за наблюдение за срок от три години. Постановените мерки в издаващата държава са седем: «1. Да се явява в пробационната служба за установените срокове; 2. Да приеме посещения на назначения контролиращ пробационен служител; 3. Да обяви /съобщава/ преди преместване в ново жилище и всяко пътуване, което надвишава период от 5 дни; 4. Да съобщава промяната на работното място; 5. Да съобщава информация и документи позволяващи контрол върху средствата му за препитаване; 6. Да посещава една или повече програми за социална реинтеграция, осъществявани от пробационната служба или от нея заедно с институциите на общината; 7. Да извършва неплатен труд-обществено полезен в две предприятия от област-Д., България с време от 60 работни дни за деяние, извършено на територията на издаващата държава и непопадащо под юрисдикцията на българските съдилища»²⁶. В решението си по делото приемащата държава признава наказателната присъда и наложените с нея пробационни мерки след тяхното адаптиране към чл. 42а и сл. от НК с цел упражняване на надзор при изпълнението им.

След приспособяването на пробационните мерки е постановено изпълнение в България на следните 5 пробационни мерки : «1. Задължителна регистрация по настоящ адрес чрез полагане на подпис пред пробационен служител два пъти седмично за срок

²⁴ Решение № 42 от 31.05.2016 г., публикувано на интернет страницата а Окръжен съд, гр. Добрич: <http://vssold.justice.bg/osdobrich/2016/05/0070d816/20253116.htm>, (Достъп на 5.02.2017).

²⁵ Подробно за транспортните престъпления вж. **Костадинова, Р.** Транспортни престъпления. С.: Сиела, 2012 г.

²⁶ Решение № 42 от 31.05.2016 г.

от три години; 2. Задължителни периодични срещи с пробационен служител за срок от три години; 3. Ограничаване в свободното придвижване чрез спазване на забраната за напускане на населеното място гр. Д. за повече от пет /5/ дни без разрешение на пробационния служител или прокурора; 4. Включване в програми за обществено въздействие в тригодишния срок; 5. Безвъзмезден труд в полза на обществото по 240 часа на година в продължение на две последователни години.»²⁷.

Постановеният акт е бил предмет на въззивна проверка. Варненският Апелативен съд приема, че пробационната мярка да съобщава преди преместване в ново жилище и всяко пътуване, което надвишава период от 5 дни **не съответства** на пробационната мярка по чл. 42а, ал.2, т.3 от НК – ограничения в свободното придвижване. На това основание въззивния съд отменя мярката по 42а, ал.2, т.3 от НК и не допуска адаптиране на мярката „да съобщава преди преместване в ново жилище и всяко пътуване“²⁸.

Заключение

Възможността за трансфер на пробационни мерки според Рамково решение 2008/947/ПВР спомага за утвърждаването на общото европейско пространство на правосъдие, основано на взаимно доверие. През 2014 г. Европейската комисия публикува доклад, според който 14 държави-членки, които не са транспонирали Рамково решение 2008/947/ПВР. България не само, че не е сред тях, а и вече има съдебни актове за трансфер на изпълнението на пробация и пробационни мерки, постановени в друга държава-членка, както и обратното. Приложението на Закона за трансфер на пробационни мерки въвежда Рамковото решение в националното законодателство и тепърва ще бъде предмет на научни анализи и коментари.

²⁷ Решение № 42 от 31.05..2016 г.

²⁸ Решение №184 от 10.08. 2016 г. по в.ч.н.д. №309/2016 на Варненски Апелативен съд.

Проектът BEPS в контекста на борбата срещу избягване на данъци

Гинка Симеонова

BEPS Project in the Context of the Fight against Tax Avoidance

Ginka Simeonova

Abstract: *Tax avoidance has received a lot of political attention over the last few years in Europe. By raising civil society's attention to tax justice, the EU is stepping up efforts to achieve a more transparent, consistent and coordinated tax system. The BEPS program is presented as a response to the growing concern of governments about the low levels of tax paid by some multinational companies, which benefit from gaps in the tax systems of different countries and old double tax treaties that are significantly lower in regulating than modern business models are.*

Keywords: *EU, BEPS, tax avoidance, gaps in tax systems*

Избягването на данъци получи голямо политическо внимание през последните няколко години в Европа. От изискванията за корпоративни законодателства за прозрачност до ранните размисли за европейския данък върху имуществото европейските институции насърчават данъчните реформи, които потенциално могат да намалят икономическото неравенство в Европа и извън нея. Неотдавна медийните скандали на Luxleaks и Swissleaks, съчетани с необходимостта от намиране на финансови ресурси за възстановяване на европейския растеж, дадоха възможност за постепенни реформи за борба с укриването и избягването на данъци. В случая с данъчната политика проблемът излезе на дневен ред след избухването на скандала "Люкс лийкс", когато мрежа разследващи журналисти разкриха, че Люксембург прилага неконкурентни данъчни практики спрямо големи транснационални корпорации, като по този начин им дава възможност да не плащат почти никакъв данък в Европейския Съюз (ЕС). Скандалът избухна точно когато бившият люксембургски премиер Жан-Клод Юнкер, прекарал на поста няколко мандата, оглави Европейската комисия и то с амбицията да наднационализира данъчната политика. Благодарение на люксембургския скандал, в Европарламента беше създадена за първи път ad hoc парламентарна комисия, която да се занимава именно с данъчните практики на страните-членки.

Битката между националното и наднационалното по отношение на данъчната политика в ЕС е доста стара. Тя обаче отново влезе в полезрението на европейските институции по време на кризата в еврозоната.¹ Но дори и тежката дългова криза в еврозоната не беше достатъчна, за да се постигне споразумение по най-смелото данъчно предложение на ЕК към този момент за общата консолидирана основа на корпоративния данък. Идеята на предложението е компаниите, които функционират в няколко страни от ЕС, да могат да изчисляват данъчните си задължения по обща методика, която определя както размера им, така и разпределението между отделните

¹ **Аделина Марини**, „В ЕС се готви данъчна революция“, 2.10.2015, <http://www.euinside.eu/bg/news/in-eu-a-taxation-revolution-is-boiling-up> (Достъп на 14.08.2017).

страни. Във формулата, предложена от ЕК, участват с равна тежест три фактора – продажби, труд (заплати и брой служители) и активи. Тъй като директивата не предвижда хармонизация на ставките, всяка страна прилага върху своя дял от националните си ставки.² Доколкото тази идея е осмислена с оглед справедлив дял на всяка страна членка от дохода от данък, който постъпва в националния ѝ бюджет, предстои да стане ясно.

Европейският и глобалният политически контекст в наши дни никога не са били толкова благоприятни, като новите европейски институции трябва да се борят с борбата с данъчните убежища, хармонизирането на корпоративното данъчно облагане, подобряването на данъчната прозрачност и осигуряването на по-голямо данъчно сътрудничество.

Европейският съюз застана твърдо срещу опитите за намаляване на данъци на през последните пет години. От 2011 г. насам няколко данъчни реформите бяха приети като първи стъпки към по-голяма данъчна справедливост. Въпреки усилията обаче, последните скандали за избягване на корпоративен данък недвусмислено напомнят, че въпреки постигнатия напредък, остава много да се направи, ако наистина искаме "банкова тайна да изчезне", да дойде "краят на данъчните убежища" и окончателно прекратяване на укриването и избягването на данъци.

На 5 октомври 2015 г. Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР) излезе с окончателните си препоръки за справяне с ерозия на данъчната основа и прехвърляне на печалби (известен като проекта BEPS). Препоръките са кулминацията на глобална инициатива, стартирана през юли 2013 г., за модернизиране на международната данъчна система и за разрешаване на проблемите, свързани с агресивното данъчно планиране и практики. Много страни вече са приели или са готови да приемат промени в своите международни данъчни системи въз основа на препоръките на ОИСР или в някои случаи са предприели едностранни действия за справяне с възприеманите злоупотреби. Централна тема на препоръките на ОИСР за BEPS е повишената прозрачност и отчитане по отношение на бизнес моделите, структурите на юридическите лица и практиките за трансферно ценообразуване, използвани от мултинационалните компании. По-специално, ОИСР препоръчва на многонационалните компании да бъдат задължени да предоставят подробна информация за дейността си във всяка юрисдикция, в която оперират, в един глобален доклад по отделните държави (CbC) и в единен глобален главен файл.³ ОИСР направи и препоръки по отношение на промените в различни данъчни закони с трансгранично действие, включително тези, които се отнасят до хибридни несъответствия, преференциални режими, злоупотреби с договор, неподходящо избягване на постоянен обект и разнообразни въпроси, свързани с трансферното ценообразуване. Това развитие има потенциални последици далеч извън традиционната данъчна функция. Разбирането и справянето с развитието на BEPS и тяхното потенциално въздействие сега са по-важни от всякога.

² Пак там.

³ Една от тези мерки е точно това, за което лидерите си говориха на майската среща на върха през 2013-а година - автоматичен обмен на информация за данъчните становища. В момента страните-членки сами преценяват дали данъчните им практики имат значение за други членки. Липсата на прозрачност относно данъчните становища в различните членки се използва, според ЕК, от някои международни компании, за да намаляват данъчните си задължения. ЕК е убедена, че автоматичният обмен на информация ще даде възможност на страните-членки да открият някои неправомерни данъчни практики на дадена компания и ще предприемат необходимите действия за това. Така например, в момента Макдоналдс е разследвана за избягване на данъци, но поради липсата на автоматичност и други елементи от една по-общностна данъчна политика, компанията не е разследвана в други страни

Със засилването на вниманието на гражданското общество към данъчната справедливост, ЕС засилва усилията за постигане на по-прозрачна, последователна и координирана данъчна система. Необходимостта от хармонизация на данъчните правила е по-належаща от всякога – и на първо място стои въпросът за по-голямата прозрачност. Когато информацията за това какво се случва в международното и в корпоративното данъчно облагане стане публично достояние, критиката и търсенето на алтернативи също ще бъдат по-добре развити. На второ място, може да се вземат мерки и да сложи край на ерозирането на данъчната основа и пренасочването на печалбите, т.нар. BEPS. Това е един от термините, които описват неправомерните усилия за отклоняване на печалбите и намаляване на реално плащаните данъци. И на последно място, може да се учреди глобален данъчен орган, при положение че има обществен и политически интерес. Дори и да има опасения за субсидиарност, от тази по-голяма цел може да се възползват всички, а не малцина: по-силен обществен сектор, по-добри обществени услуги и равномерно разпределена данъчната тежест върху отделните групи от населението.⁴

В края на 2015 г. България се присъедини и към други важни инструменти на ОИСР в областта на данъчната политика, а именно към международните инициативи за борба с укриването на данъци и отклонението от данъчно облагане чрез автоматичен обмен на информация за данъчни цели - Конвенцията за взаимно административно сътрудничество по данъчни въпроси, Многостранното споразумение между компетентните органи за автоматичен обмен на информация за финансови сметки и Глобалният форум за прозрачност и обмен на информация. България е сред страните, поели ангажимент да направят необходимите промени в националното си законодателство и да обменят информация за данъчни цели от 2017 г. В допълнение, през м. март т.г. правителството одобри присъединяването на страната ни към приобщаващата рамка на ОИСР за въвеждане на мерките по проекта за „Свиване на данъчната основа и прехвърлянето на печалби“ (BEPS). Приложими са и Директивите на ЕС по отношение на задължителния автоматичен обмен на информация в областта на данъчното облагане и националната ни правна уредба в Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (ДОПК).

Проектът BEPS е представен като отговор на нарастващата загриженост на правителствата във връзка с ниските нива на данъците, плащани от някои мултинационални компании, които се възползват от празнините в данъчните системи на различните държави и остарелите спогодби за избягване на двойното данъчно облагане, които са значително по-назад от съвременните бизнес модели.

Както икономиката, така и корпорациите станаха глобално интегрирани. Те трансформираха своите бизнес модели от ограничени на местно ниво в глобални. Това, според Г-20 и ОИСР, е „дало възможности на мултинационалните компании да намалят съществено данъчните си разходи“ като изкуствено прекъснат връзката между приходите и дейностите, които ги генерират. Местните данъчни администрации на западните държави стартираха разследвания срещу мултинационални компании, твърдейки, че те не плащат „справедливия“ дял данъци в собствените си страни.⁵

⁴ „Избягалите данъци“ – Кой плаща данъци в Централна и Източна Европа? – Доклад, изготвен от шест неправителствени организации от страни в Централна и Източна Европа: България (ЕС „За Земята“), Чехия (Glopolis), Унгария (Demnet), Латвия (Lapas), Полша (IGO) и Словения (Ekvilib). Изследването е координирано и написано от Finance Uncovered, www.financeuncovered.org. Вж. https://taxdog.files.wordpress.com/2017/03/runaway_taxes_a4_bg_new1_small.pdf (Достъп на 14.08.2017).

⁵ Люксембург и Холандия са давали незаконни данъчни облекчения на компаниите Фиат и Старбакс, обяви Европейската комисия. Регулаторът нареди на двете държави да поискат от фирмите съответно 20 и 30 милиона евро неплатени данъци. Чрез сложни данъчни схеми властите на Люксембург и Холандия са позволили изкуствено занижаване на оборотите и печалбите на италианския автомобилен

През 2012 г. Г-20 поиска от Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР) да анализира ситуациите, които създават такива опасения. През 2013 г. ОИСР публикува План за действие с конкретни стъпки, целящи да се справят с BEPS на международно ниво.

Докладът анализира съществуващата среда и пояснява, че при определяне на вътрешните си данъчни правила, държавите в много случаи не взимат предвид данъчните ефекти от тях в другите юрисдикции. В резултат, въпреки че може да се постигне съгласуваност на национално ниво, такава не се постига в международен контекст. Ясен пример за това е използването на хибридни финансови инструменти като например преференциални акции с гарантиран дивидент. Последните дават основание за признаване на дълг и съответно на финансов разход от издателя им. В същото време в юрисдикцията на техния притежател, съответните суми се разглеждат като освободени от данъчно облагане дивиденти. Друг пример е реализирането на огромни приходи чрез дистанционни или онлайн продажби, които остават необложени в страната, в която се намират съответните клиенти.

Тези и още много други случаи, които предоставят възможности за намаляване на печалбите, избягване на формиране на данъчно присъствие в държавите, в които са клиентите, липсата на същност (substance) - например при използване на преференциални данъчни режими, несъответствията при хибридните финансови инструменти в момента се изследват от ОИСР.⁶ Какво е различно днес след като държавите се борят от години срещу избягването на плащането на данъци? По-скоро това е подходът от ново естество – вече говорим за структуриран план от 15 точки, които да се приемат на международно ниво, за да се отговори на предизвикателствата на BEPS. Мерките могат да бъдат групирани по следния начин в зависимост от целта им:

1. Да се отговори на предизвикателствата на дигиталния бизнес, който значително изпреварва съществуващите данъчни правила.

2. Попълване на съществуващите празнини и несъответствия в законовата рамка, което дава възможност на международните групи да създават структури и използват ощетяващи данъчни практики;

3. Облагане на дейностите в зависимост от създадената стойност и ограничаване приспадането на спорни суми, които намаляват данъчната печалба като такива, свързани с нематериални активи, вътрешногрупови финансираня и възнаграждения за вътрешногрупови услуги;

4. Усъвършенстване и допълнение на механизмите за обмен на информация и сътрудничество между държавите, които да осигурят прозрачност и ефективно прилагане на променените данъчни правила;

5. Бързо въвеждане на правилата чрез иновативен механизъм, който да елиминира необходимостта за промяна на съществуващите правила едно по едно, в т.ч. на ниво национални законодателства и двустранни данъчни спогодби.

Тези стъпки в голяма степен са взаимосвързани и имат за крайна цел да поставят край на BEPS.⁷

концерн „Фиат“ и американската верига за кафе „Старбак“. Според ЕК, данъчните облекчения не отговарят на икономическите реалности и представляват неправомерна държавна помощ за частни дружества, което е против правилата на честна и свободна конкуренция в ЕС

⁶ Александър Стефанов, Таня Джупанова, Проектът BEPS. Курс към нови международни данъчни правила, <https://www2.deloitte.com/bg/bg/pages/tax/articles/beps-article.html> (Достъп на 14.08.2017).

⁷ 15те точки от плана BEPS 1. Да се отговори на предизвикателствата на дигиталната икономика; 2. Да се неутрализира ефектът от хибридните договорености, пораждащи несъответствия; 3. Да се затегнат правилата за контролираните чуждестранни корпорации(CFC rules); 4. Да се ограничи

ОИСР, която работи по проекта, публикува доклади и проектодоклади по голяма част от темите в плана за действие, основно тези, свързани със запълването на празнини в законодателствата и облагане по мястото, където се създава стойността. Ето някои примери:

1. Предложени са нови видове данъци, които да отговорят на бизнес моделите в дигиталната икономика;

2. Неправомерното използване на данъчни спогодби (treaty shopping) ще стане по-трудно, като за целта се даде кредит на повсеместното въвеждане на някои от вече съществуващите национални подходи като например въвеждането на клауза за „ограничаване на облекченията“, каквато има в данъчните спогодби на САЩ;

3. По отношение на документацията, възприетата в Европа практика на структуриране на документирането на трансферното ценообразуване - мазър файл - местен файл, се препоръчва като всеобщ стандарт.

Други от предложените мерки предполагат въвеждането на изцяло нови подходи, които ще променят облика на данъчната среда. Предложеното оповестяване на определена информация по държави (country-by-country reporting) ще предостави моментна картина на състоянието на една група за това как са разпределени по държави активите, персонала, приходите, определени плащания в рамките на групата (напр. за управленски услуги) и реално платените данъци в различните държави. Това ще улесни данъчните органи в техния работен анализ, предоставяйки им много по-добри възможности за начална оценка на групата и възможните рискови области, които може да се нуждаят от допълнителен анализ.

Механизмите на проекта BEPS ще предоставят повече видимост върху международните компании.⁸

В началото на март 2016 г. правителството ни официално одобри присъединяването на страната ни към приобщаващата рамка на ОИСР за въвеждане на мерките по проекта BEPS.⁹ Конвенцията бе подписана от 68 държави, включително България. Приемането на многостранната спогодба на практика ще промени широка

ерозирането на данъчната основа чрез данъчно приспадаеми разходи за лихви и други финансови плащания; 5. Да се постигне по-голяма ефективност в борбата с ощетяващите данъчни практики, като се взема предвид прозрачността и същността на транзакциите; 6. Да се предотвратят злоупотребите със СИДДО; 7. Да се предотвратят злоупотребите с изкуствено избягване на място на стопанска дейност; 8. Да се създадат правила, които да предотвратят уронването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби чрез движението на нематериални активи между членове на групата; 9. Да се създадат правила, които да предотвратят уронване на данъчната основа и прехвърлянето на печалби чрез преместването на риск или разпределение на излишен капитал към членове на групата; 10. Да се създадат правила, които да предотвратят уронването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби чрез други високорискови сделки; 11. Да се съставят методологии за събирането и анализа на данни относно ерозирането на данъчната основа и прехвърлянето на печалби и да се идентифицират дейности за предотвратяването им; 12. Да се въведат изисквания към данъкоплатците да обявяват своите агресивни данъчни стратегии; 13. Да се преразгледат въпросите за документацията за трансферно ценообразуване; 14. Да се подобри ефективността на механизмите за разрешаване на спорове; 15. Да се разработи многостранен инструмент за прилагане.

⁸ Това коментира проф. Филип Бейкър, QC от Оксфордския университет и член на Международната фискална асоциация. По думите му мултинационалните компании трябва да предоставят отчети страна по страна, които показват икономическата активност на съответната компания. Тази практика има за цел да подпомогне данъчните власти, които могат да я използват като инструмент за оценка на риска, за да оценят дали една мултинационална компания продава продукти в дадена държава, но плаща по-малко данъци.

⁹ България подписа конвенция за прилагане на мерките по проекта BEPS. Приемането на многостранната спогодба на практика ще промени широка мрежа от съществуващи данъчни спогодби за избягване на двойно данъчно облагане. На 7 юни се проведе официалната церемония по подписване на Международната многостранна конвенция за прилагане на мерките за предотвратяване на изкуственото намаляване на данъчната основа и прехвърляне на печалби (Base Erosion and Profit Shifting – BEPS).

мрежа от съществуващи данъчни спогодби за избягване на двойно данъчно облагане (СИДДО). Промените имат за цел да ограничат злоупотребите със СИДДО, както и възможностите за изкуствено избягване на място на стопанска дейност (МСД). Също така, предвидените изменения следва да доведат до подобряване ефективността на процедурата по взаимно споразумение между данъчните администрации, ограничаване използването на хибридни несъответствия, както и въвеждане на задължителен арбитраж.

България е избрала да включи в приложното поле на Конвенцията всички съществуващи спогодби, без тези с Холандия и Малта. По отношение на спогодбите с Холандия и Малта се очаква договаряне на промени или започване на двустранна процедура по договаряне в контекста на заложените в Многостранната конвенция мерки.

Всяка от държавите подписали Многостранния инструмент ще трябва да въведе задължителни мерки за ограничаване на достъпа до СИДДО на лица, които не могат да докажат, че ползването на данъчно облекчение не е сред основните причини за конкретна структура. Тази нова мярка има по-широк обхват от традиционно прилагания критерий за определяне на действителния притежател на дохода, предмет на множество спорове през последните години в България. Новото правило може да засегне прилагането на облекчения от холдингови компании, установени в юрисдикции с благоприятни СИДДО по отношение на освобождаването от данък върху капиталови печалби от разпореждане с акции и дялове.

Освен въвеждането на задължителните мерки, България прие резервирана позиция относно правилата за ограничаване на възможностите за изкуствено избягване на статута на МСД, както и тези за облагане на печалби от прехвърляне на акции в компании, инвестиращи в недвижимо имущество.

Тази позиция е неочаквана поради засиления фокус от страна на НАП към чуждестранни компании, които извършват стопанска дейност в страната без да са формално установени.¹⁰

С присъединяването ще участваме в дейностите, свързани с налагането на стандарти в областта на данъчните спогодби и трансферното ценообразуване, както и към процеса на разработване на мониторинг във връзка с въвеждането на вече договорените от ОИСР минимални стандарти на плана BEPS. Сред конкретните мерки и механизми за противодействие на BEPS, наред с други, са:

- имплементирането на многостранна конвенция, за разлика от сега действащите системи от двустранни спогодби за избягване на двойното данъчно облагане,
- отстраняване на празнотите и осигуряване на синхронизация и въвеждането на стандарти, отчитащи достиженията на дигиталната икономика и бизнес;
- хармонизация в данъчните законодателства на отделните държави;
- разработване на ефективни правила за отчитане и оценка на икономическата активност на чуждестранните дружества и лица;
- правила за ограничаване приспадането на лихви и други финансови плащания при определяне на данъчната основа;
- въвеждане на ефективен механизъм за бърз и улеснен обмен на информация относно измененията в законодателните данъчноправни рамки на отделните страни и др.

¹⁰ България подписа конвенция за прилагане на мерките по проекта BEPS, Приемането на многостранната спогодба на практика ще промени широка мрежа от съществуващи данъчни спогодби за избягване на двойно данъчно облагане, 19 юни 2017, http://cfo.cio.bg/1116_balgariya_podpisa_konvenciya_za_prilagane_na_merkite_po_proekta_beps (Достъп на 14.08.2017).

Глобализацията вече е факт, включително в данъчното облагане, и то би трябвало да има потенциал и въведени общозадължителни правила, които да регулират несъответствията в данъчните политики и практики, да съумяват да ги коригират, за да се постигне справедливо разпределение на данъчната тежест на плоскостта големи мултинационални компании-отделни данъкоплатци. Проектът BEPS е насочен към развитие на международното данъчно облагане в контекста на световна икономика и се стреми да въведе баланс между интересите на мултинационалните компании от една страна и публичния интерес на държавите, респ. гражданите от друга. Поради обхвата и целите му, поставя нови предизвикателства пред компаниите, които оперират в множество държави и е свързан допълнителни изисквания за отчитането на техните операции и прозрачността на данъчните им практики. Същевременно прилагането на мерките по него вероятно ще бъде свързано с нарастване на административните изисквания към мултинационалните компании и на свързаните с това разходи.

Борбата с отклонението от данъчно облагане е от основно значение за гарантирането на по-голяма справедливост и икономическа ефективност в рамките на вътрешния пазар в съответствие с основните политически приоритети на Комисията¹¹. Борбата с избягването на корпоративните данъци е тясно свързана с тази програма.

За разлика от отклонението от данъчно облагане, което е незаконно, избягването на данъци обикновено попада в границите на закона. Въпреки това много форми на избягване на данъци противоречат на духа на закона, тъй като тълкуването на понятието „законно“ се разтегля безкрайно, за да се сведе до минимум общият данъчен принос на дружеството. Като използват агресивни техники на данъчно планиране някои дружества се възползват от пропуските в данъчните системи и от несъответствията между националните правила, за да избегнат плащането на дължимите от тях данъци. Освен това данъчните режими в много държави позволяват на дружествата да прехвърлят изкуствено печалби в техните юрисдикции, което води до насърчаване на това агресивно данъчно планиране.

Тези дейности нарушават справедливото поделение на тежестта между данъкоплатците, лоялната конкуренция между предприятията и равнопоставеността между държавите членки при събирането на законно дължимия данък върху печалбите. Данъчната политика се определя главно на национално равнище. При все това, за да се осигури по-справедливо данъчно облагане и утвърждаване на принципа, че данъчното облагане следва да бъде обвързано с мястото, където се извършва стопанската дейност, Комисията увеличава усилията си за подпомагане на държавите членки в борбата срещу отклонението от данъчно облагане и избягването на данъци във вътрешния пазар¹².

Понастоящем, всички тези действия представляват координирани усилия на международно ниво за създаване на правила, които по силата на международни актове, да бъдат имплементирани в законодателствата на отделните държави. Европейската комисия препоръчва модела BEPS като минимален стандарт на страните членки, който да бъде въведен до 2024 г. Някои от регулациите, касаещи пет области с риск за избягване на данъци, са вече факт: а) Ограничаване на лихвени плащания (interest limitation). Те влизат в сила, ако корпорация отпусне кредит с висока лихва на дъщерно предприятие през компания, регистрирана в трета страна с ниски или никакви данъци. Високите лихвени плащания се приспадат от данъчната основа в ЕС, изнесенният доход

¹¹ Ново начало за Европа: Политически насоки за следващата Европейска комисия (юли 2014).

¹² В тази връзка редовно се предоставя информация на платформата за междупарламентарен обмен на ЕС. Вж. <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/home/home.do> (достъп на 14.08.2017).

не се облага и в третата страна. б) Облагане при излизане (exit taxation). Ще се използва в сферата на интелектуалната собственост и патентите. ЕК дава следния пример: фармацевтична компания разработва нов продукт в страна членка и приспада разходите за изследвания от данъчната си основа. Щом активът започне да носи печалба, тя учредява нова компания в офшорна зона и прехвърля там патента. Така стойността, създавана от интелектуалната собственост не се таксува никъде. Страната членка вече ще може да обложи стойността на продукта, преди да е изнесен в чужбина) Избягване на хибриди (hybrids). Някои компании експлоатират разликата в дефинициите на дадени разходи в различните страни и ги приспадат двукратно. Други компании са в необлагодетелствено положение – принудени са да плащат данък върху един и същ доход в различни страни членки) Правило за контролирани чуждестранни компании (Controlled Foreign Company Rule). За такива се признават дружества в юрисдикции с ниски или никакви данъци, в които над 50% участие имат местни лица. д) Общи правила за противодействие на данъчните злоупотреби (General Anti – Tax Abuse Rule)¹³. Дали това е крачка към пълно хармонизиране на правилата в областта на данъчното облагане, предстои да стане ясно съвсем скоро. Оказа се, че единствено с приложение на вътрешното си право, отделните държави не могат да се справят сами с предизвикателствата, които глобалния, трансграничен бизнес налага. Общите правила представляват системност и придвидимост, както и правна сигурност¹⁴.

Въпросът е и да бъдат приложени ефективно, за да постигнат ефекта, към който се стремят и преодолеят причините, които доведоха до тяхното създаване.

¹³ Голяма крачка за ЕС – малък напредък за данъчната справедливост, 22.06.2016, <https://taxdog.wordpress.com/2016/06/22/anti-tax-avoidance-package/> (Достъп на 14.08.2017).

¹⁴ Виж повече Симеонова, Г. , Симеонов, А. Принципът на правната сигурност и принципът на легитимните очаквания- гаранция за бенефициера при разходване на средства от фондовете на ЕС. Предизвикателства пред финансовото управление и контрол на средствата от ЕС. Доклади от международна научно-приложна конференция. 2016.Университе издателство „ Св. Климент Охридски”, 234-253

Целите за устойчиво развитие на ООН

Катерина Йочева

UN Sustainable Development Goals

Katerina Yocheva

Abstract: *In the paper the author makes an overview of the 17 United Nation's Sustainable Development Goals of 2015 which build on the success of the Millennium Development Goals of 2000. The new Goals are unique in that they call for action by all countries, poor, rich and middle-income to promote prosperity while protecting the planet. While the SDGs are not legally binding, governments are expected to make efforts to achieve the 17 Global Goals by 2030.*

Keywords: *UN, MDGs, SDGs, goals, targets, overview*

„[2015-2016] отбелязват края на една епоха в преследването на устойчиво развитие и начало на нов и дори по-обещаващ етап, през който е налице истинска възможност за нас да премахнем бедността, неравенството и изключването по всички краища на света“.

Бан Ки-мун¹

Въведение

Целите за устойчиво развитие (ЦУР), известни и като **Глобалните цели**, съставляват универсален призив за действие за предотвратяване на бедността, защита на планетата и гарантиране на мир и просперитет за всички хора.

Това са **17 цели**, които надграждат успехите на Целите на хилядолетието за развитие (ЦХР), като включват нови области като климатичните изменения, икономическото неравенство, иновациите, устойчивото потребление, мира и справедливостта. Целите са взаимосвързани – в много от случаите ключ към успеха на една сред тях обхваща справянето с проблеми, които се свързват с друга от целите.

Седемнадесетте ЦУР, посочени в документа 2030 Agenda for Sustainable Development² - приет от световните лидери на 25 септември 2015 г. по време на историческа среща на върха на Организацията на обединените нации (ООН) - официално влизат в сила на 1 януари 2016 г. През следващите 15 години тези нови Глобални цели, които се прилагат спрямо всички, ще мобилизират усилията на страните за прекратяване на всички форми на бедност, за борба с неравенството и за

¹ Report of the Secretary-General on the work of the Organization, General Assembly Official Records, Seventy-first Session, Supplement No. 1, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/1 (Достъп на 14.08.2017).

² Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (Достъп на 14.08.2017).

справяне с климатичните изменения, като гарантират, че никой няма да бъде изоставен встрани от дейностите във връзка с това.,

Като доразвиват действалите по-рано ЦХР, новите цели имат за задача да ги надградят, като сложат край на всички форми на бедност. Новите цели са уникални, тъй като призовават за действия от всички страни – бедни, богати и със средни доходи – за да се насърчи просперитетът при защита на планетата. Те признават, че, за да се постави край на бедността, е нужно да се предприемат стратегии, които изграждат икономически растеж и са насочени към набор от социални нужди включително образование, здравеопазване, социална закрила и създаване на нови работни места, при което се вземат предвид измененията в климата и опазването на околната среда.

Понятие за устойчиво развитие

Устойчивото развитие се определя като „развитие, което посреща нуждите на настоящето без да компрометира способността на бъдещите поколения да посрещат собствените си нужди“³. Устойчивото развитие изисква конкретни действия към изграждане на устойчиво бъдеще за хората и планетата. За да се постигне такова устойчиво развитие, трябва да се съчетаят три ключови елемента:

- икономически растеж,
- социално включване и
- защита на околната среда.

Налице е взаимовръзка между тези три елемента, като всеки от тях е от решаващо естество за благосъстоянието на хората и обществата.

За устойчивото развитие е необходимо да се изкорени бедността във всичките ѝ измерения и форми. За тази цел трябва да се насърчава устойчив икономически растеж със създаване на по-големи възможности за всички и при намаляване на неравенството помежду им.

Правен характер на Глобалните цели

ЦУР не са юридически задължителни. При все това от правителствата се очаква да създадат национални рамки за постигането на седемнадесетте цели. Държавите носят основната отговорност за извършването на прегледа на изпълнението на целите, при което се изисква своевременно събиране на качествени и достъпни данни.

Изпълнението и успеха ще зависят от собствените политики, планове и програми за устойчиво развитие на отделните страни.

Тези държави носят основната отговорност за прегледа на изпълнението през следващите 15 години на целите и подцелите на национално, регионално и глобално равнище.

Представяне на Глобалните цели

В 2030 Agenda for Sustainable Development са определени 17 ЦУР и 169 подцели. Обхватът им надхвърля този на ЦХР, като разглежда първопричините за бедността и универсалната необходимост от развитие, която обслужва всички хора по света. Целите обхващат и трите измерения на устойчивото развитие, разгледани по-горе, а именно:

- икономически растеж,
- социално включване и
- защита на околната среда.

Като надградят предходно преследваните ЦХР и техния успех и движеща сила, новите Глобални цели имат по-широк обхват, като преследват амбицията да покрият

³ The Sustainable Development Agenda, <http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/> (Достъп на 14.08.2017).

неравенството, икономическия растеж, океаните, екосистемите, енергетиката, климатичните изменения, устойчивото потребление и производство, мира и справедливостта.

Основна обща характеристика на новите цели е, че те се прилагат спрямо всички страни, докато ЦХР бяха предназначени за предприемане на действия само в развиващите се страни.

Цел 1: Прекратяване на бедността във всичките ѝ форми навсякъде по света⁴

След 1990 г. равнищата на крайна бедност са намалени наполовина. Въпреки че това безспорно е голямо постижение един на всеки петима души в развиващите се страни живее с по-малко от \$1.25 на ден, а има още милиони души, които преживяват с малко повече средства на ден наред с многото останали, които са на прага на риска да се върнат към бедността.

Бедността обхваща не само липсата на доходи и източници да се обезпечи устойчив живот. Тя обхваща недохранване или лошо хранене, ограничен достъп до образование и други основни услуги, социална дискриминация и изключване, както и не вземане на участие в процесите на вземане на решения. Икономическият растеж трябва да бъде включващ, за да предостави устойчива заетост и да насърчи равенството.

В основата на тази цел е следната статистика:

- 836 милиона души все още живеят в крайна бедност,
- Един на пет души в развиващите се страни живее с по-малко от \$1.25 дневно,
- Огромната част от такива хора са от два региона: Южна Азия и Подсахарска Африка,
- Високите равнища на бедност се отчитат в малки, нестабилни и засегнати от конфликти страни,
- Едно от всеки четири деца под 5 годишна възраст в света има несъразмерен ръст за своята възраст,
- Ежедневно през 2014 г., 42,000 души е трябвало да изоставят домовете си, за да търсят закрила поради конфликт.

Към тази цел има посочени 7 подцели за изпълнение до 2030 г., като основната е дотогава да се заличи крайната бедност за всички хора по света, които понастоящем живеят с по-малко от \$1.25 на ден.

Цел 2: Прекратяване на глада, постигане на продоволствена сигурност и подобро изхранване и насърчаване на устойчиво селско стопанство⁵

В днешно време е уместно да се постави въпросът за начина за отглеждане, споделяне и потребление на храна по света.

Ако се извършват по правилен начин, селското стопанство, горското стопанство и рибарството могат да предоставят здравословна храна за всички и да генерират доходи при поддържане на градското развитие и защита на околната среда.

Понастоящем почвите, водите, горите и биоразнообразието бързо деградират. Огромно напрежение върху ресурсите, от които сме зависими, се поставя от климатичните изменения, като нарастват рисковете от бедствия като суша и наводнения. Голям брой фермери се отказват от обработване на земята и мигрират към големите градове в търсене на по-големи възможности.

⁴ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-1-no-poverty.html> (Достъп на 14.08.2017)

⁵ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-2-zero-hunger.html> (Достъп на 14.08.2017)

Необходима е промяна на глобалната система за изхранване и селско стопанство, за да се изхранят 795 милиона гладуващи по света и допълнителните 2 милиарда души, с които се очаква да се увеличат броят на световното население до 2050 г.

Секторът на продоволствието и селското стопанство предлага ключови решения за развитието и има централна роля за премахването на глада и бедността.

Каква информация ни предоставя статистиката в основата на тази цел?

По света един на всеки девет души понастоящем страда от недохранване (795 милиона души). Голяма част от тези хора живее в развиващия се свят, в който 12.9 процента от населението гладува. Най-голям брой гладуващи хора населяват Азия – броят им възлиза на две трети от общото население. Най-голям е броят на гладуващите в Южна Азия, където цифрата възлиза на 281 милиона недохранени хора. В Подсахарска Африка предвижданията за периода 2014—2016 г. разкриват равнище на недохранване от почти 23 процента. От лошо хранене умират почти половината (45 процента) от случаите при ненавършили пет годишна възраст деца – 3.1 милиона деца ежегодно.

В изпълнение на тази цел са поставени осем конкретни подцели, водеща сред които е целта до 2030 г. да се прекрати гладът и да се гарантира целогодишен достъп до безопасна и достатъчна храна на всички, особено на бедните и лицата в уязвимо положение, включително деца.

Цел 3: Гарантиране на здравословен живот и насърчаване на благосъстоянието за всички през всяка възраст⁶

От съществено значение за устойчивото развитие е да се гарантира здравословно равнище на живота и да се насърчи благосъстоянието за всички през всяка възраст. Много е постигнато вече в посока на повишаване на средната продължителност на живота и за намаляване на някои от най-често срещаните причини за смъртността, свързани с децата и със смъртността при майките. Напредък е постигнат в посока на повишаване на достъпа до чиста питейна вода и санитарни условия, като е намален риска от болести като малария, туберкулоза и HIV/AIDS. Все таки все още са необходими още по-големи усилия, за да се премахнат напълно широк набор от болести и за успешното справяне с много различни устойчиви и нововъзникващи проблеми пред здравеопазването.

Статистиката във връзка с детското здравеопазване остава тревожна, въпреки че броят на децата, които умират ежедневно, е със 17 000 по-малък, отколкото през 1990 г. Въпреки това повече от шест милиона деца умират ежегодно преди да навършат пет години.

Голямата част от случаите на смъртност сред децата са в Подсахарска Африка и в Южна Азия. Четири на всеки пет смъртни случая на деца, ненавършили 5 години, настъпват в тези региони.

Какво сочи статистиката във връзка с майчиното здравеопазване?

Смъртността сред майките е намаляла с близо 50 процента в сравнение с 1990 г.

В най-засегнатите региони като Източна Азия, Северна Африка и Южна Азия смъртността сред майките е спаднала с две трети.

В днешно време все повече жени получават следродилна грижа. В развиващите се региони този вид грижа е нараснал от 65 процента през 1990 г. до 83 процента през 2012 г.

⁶ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-3-good-health-and-well-being.html> (Достъп на 14.08.2017)

Независимо от това само половината жени в развиващите се региони получават препоръчителното здравеопазване, от което се нуждаят.

В голяма част от развиващите се региони все по-малко непълнолетни раждат деца, въпреки че темпът на напредък се забавя, тъй като голямото нарастване на използването на контрацептиви от 90-те години на XX в. няма аналог през първото десетилетие на новия век.

Най-сериозните заболявания остават HIV/AIDS, туберкулоза и малария.

Новите случаи на инфектирани с HIV през 2013 г. се оценяват на 2.1 милиона души, което е с 38 процента по-малко, отколкото през 2001 г.

В края на 2013 г. по света има 35 милиона души, които живеят с HIV.

HIV е водещата причина за смъртта на жени в репродуктивна възраст по света.

Над 6.2 милиона случая на смърт поради малария са предотвратени през периода 2000—2015 г., основно на деца, ненавършили 5 години, които живеят в Подсахарска Африка. Смъртността от малария в глобален план е намаляла с 58 процента.

В периода 2000—2013 г. са спасени 37 милиона живота на болни от туберкулоза. Смъртността от туберкулоза е спаднала с 45 процента за периода 1990—2013 г.

Като основна подцел на ЦУР в тази област е до 2030 г. да се намали съотношението на глобална смъртност сред майките до по-малко от 70 случая на 100 000 раждания.

Другата основна подцел е до 2030 г. да се сложи край на епидемиите от AIDS, туберкулоза, малария и други тропически заболявания.

Цел 4: Гарантиране на включващо и качествено образование за всички и насърчаване на продължаващо обучение през целия живот⁷

В основата на тази цел е разбирането, че получаването на качествено образование е сигурен начин за подобряване на живота на хората и устойчивото развитие. Вече е постигнат голям напредък в посока на повишаването на достъпа до образование на всички равнища и към повишаването на записването на все повече жени и момичета в училищата. Огромно подобрение бележат основните равнища на грамотност, въпреки това обаче са нужни още усилия за постигане на целите на всеобщо ограмотяване.

Статистиката сочи, че записването на училище за начално образование в развиващите се страни е достигнало 91 процента, но все още 57 милиона деца остават извън училищата. Повече от половината от всички деца не посещават училище в Подсахарска Африка.

Близо половината от децата, които не посещават начално училище, живеят в региони, засегнати от въоръжени конфликти.

Основна подцел в тази област е до 2030 г. да се гарантира за всички момичета и момчета, че ще завършат качествено и безплатно начално и основно образование.

Друга от подцелите е до 2030 г. да се гарантира равен достъп на всички жени и мъже до последващо професионално образование, включително на университетско равнище.

За постигане на подцелите по тази точка една от амбициите е до 2030 г. да се повиши броя на квалифицирани учители, включително чрез международно сътрудничество за обучение на учители в развиващите се страни, най-вече най-слабо развитите и малките островни развиващи се държави.

Цел 5: Постигане на равенство между половете и овластяване на всички жени и момичета⁸

⁷ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-4-quality-education.html> (Достъп на 14.08.2017).

Светът вече постигна известен напредък към равенство между половете и овластяване на жените под егидата на ЦХР (включително еднакъв достъп до начално обучение между момичетата и момчетата), обаче все още много жени и момичета продължават да страдат от дискриминация и насилие навсякъде по света.

Равенството между половете е не само основополагащо право на човека, но и е необходима предпоставка за мирен, проспериращ и устойчив свят.

Постигането на целите в тази област ще предостави на жените и момичетата равен достъп до образование, здравеопазване, работа и представителство в политическия и икономическия процес на вземане на решения и ще укрепи устойчивите икономики, както и ще е от полза за обществата като цяло.

Понастоящем почти две-трети от страните в развиващите се райони са постигнали равенство между половете по отношение на началното образование.

Въпреки това в Подсахарска Африка, Океания и Западна Азия пред момичетата все още съществуват пречки пред достъпа до начално и средно образование.

В 46 държави в днешно време жените заемат повече от 30 процента от местата в националните парламенти.

Основна подцел е да се прекратят всички форми на дискриминация спрямо всички жени и момичета навсякъде по света.

Друга основна подцел е да се премахнат всички форми на насилие спрямо всички жени и момичета в публичната и частната сфери, включително трафика и сексуалната и други форми на експлоатация.

Цели се също така и да се премахнат всички увреждащи практики като насилствени бракове и бракове в детска възраст и увреждането на половите органи на жени.

В основата на тази цел е и да са гарантира цялостното и ефективно участие и равни възможности за водачество на всички равнища на вземане на решения в политическия, икономическия и публичния живот.

Цел 6: Гарантиране на достъп до вода и санитарни условия за всички⁹

Несъмнено, достъпът до чиста вода за всички съставлява съществена част от света, в който желаем да живеем. На планетата разполагаме с достатъчно прясна вода, за да се постигне това. Въпреки този безспорен факт и основно поради лоша икономика или инфраструктура ежегодно милиони души, основно деца, умират от заболявания, произтичащи от лошо водоснабдяване, санитарни условия или хигиена.

Лошото качество на водата и недостатъчно добрите санитарни условия засягат неблагоприятно сигурността на храните, избора на начин на живот и образователните възможности за бедните семейства навсякъде по света. Някои от най-бедните страни по света са засегнати от суша, което влошава положението с глада и недохранването.

Прогнозите подсказват, че до 2050 г. е вероятно всеки един на четири души да живее в страна, засегната от недостиг на прясна вода.

Въпреки положителната тенденция, според която 2.6 милиарда души са получили достъп до подобрени източници на вода от 1990 г. насам, все още има 663 милиона души, които остават отвъд подобен достъп.

Освен това 2.4 милиарда души са без достъп до основни санитарни условия като наличието на тоалетни.

Друг неблагоприятен факт е, че повече от 80 процента от отпадъчните води от човешката дейност се изливат в реките или моретата без пречиствателна дейност.

⁸ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-5-gender-equality.html> (Достъп на 14.08.2017).

⁹ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-6-clean-water-and-sanitation.html> (Достъп на 14.08.2017).

Основната подцел от изведените седем подцели в тази област е до 2030 г. да се постигне всеобщ и справедлив достъп до безопасна питейна вода за всички хора по света.

Също така стремежът е до 2030 г. да се постигне достъп до адекватни и безопасни санитарни условия и хигиена за всички.

Цел 7: Гарантиране на достъпна, надеждна, устойчива и модерна енергетика за всички¹⁰

Енергетиката е от основополагащо значение почти за всяко голямо предизвикателство ири възможност, пред които светът се изправя в наши дни. Независимо дали тя е нужна за осигуряване на работа, сигурност, климатичните изменения, производството на храна или повишаването на доходите, достъпът до енергия за всички е от основно значение.

Устойчивата енергетика е възможност, която преобразува живота, икономиките и планетата.

Премишният генерален секретар на ООН Ban Ki-moon даде началото на инициатива, наречена Устойчива енергетика за всички (Sustainable Energy for All initiative), за да гарантира всеобщ достъп до модерни енергийни услуги, за подобряване на ефективността и за повишаване на достъпа до възобновяеми източници.

Първопричината за това е обстоятелството, че всеки един на пет души все още изпитва липса на достъп до модерна електрическа енергия.

3 милиарда души все още разчитат на дърва, въглища или животинска тор, за да се отопляват или за домакинските си нужди.

Енергетиката е с основен принос за климатичните изменения, като съставлява 60 процента от общите глобални емисии на парникови газове.

Основна подцел в тази област е до 2030 г. да се гарантира всеобщ достъп до достъпни, надеждни и модерни енергийни услуги.

Също така до 2030 г. да нарасне съществено делът на енергия от възобновяеми източници в глобалния енергиен микс.

Цел 8: Насърчаване на включващ и устойчив икономически растеж, заетост и достойна работа за всички¹¹

Почти половината от световното население все още преживява с около US\$2 дневно. Все още на много места по света работещите хора не могат да избегнат бедността. Един все още бавен и неравномерен напредък в областта на икономическия растеж изисква да се преосмисли и реорганизира икономическата и социалната политика, насочена към изкореняване на бедността.

Трябва да се има предвид, че в глобален план безработицата е нараснала от 170 милиона през 2007 г. до почти 202 милиона през 2012 г., от които почти 75 милиона са млади хора.

Близо 2.2 милиарда души живеят под прага на бедност от US\$2 дневно и изкореняването на тази бедност е възможно единствено чрез стабилни и добре заплатени работни места.

За периода 2016—2030 г. е нужно създаването на 470 милиона нови работни места на трудовия пазар.

¹⁰ <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-7-affordable-and-clean-energy.html>

¹¹ <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-8-decent-work-and-economic-growth.html>

Основната подцел в тази област е до 2030 г. да се постигне пълна трудова заетост за всички хора по света, включително младежите и хората с увреждания, както и еднакво заплащане за работа с еднаква стойност.

Друга подцел е до 2020 г. съществено да се намали делът на безработните младежи, както и на тези, които не се обучават.

Необходимо е също така да се предприемат незабавни и ефективни мерки за заличаване на принудителния труд, прекратяване на модерните форми на робство и трафик на хора, както и да се гарантира забраната и прекратяването на най-лошите форми на детски труд, включително използването на деца-войници.

Цел 9: Изграждане на гъвкава инфраструктура, насърчаване на устойчива индустриализация и укрепване на иновациите¹²

Инвестирането в инфраструктурата – транспорт, напояване, енергетика и информация и комуникационна технология – е от съществено значение за постигането на устойчиво развитие в много страни. Отдавна е получил признание фактът, че нарастването на производителността и на доходите и подобряването на здравеопазването и образованието изисква инвестиции в инфраструктурата.

Напредъкът в технологиите е в основата на усилията да се постигнат целите на опазването на околната среда. Без технологии и иновации няма да се постигне индустриализация, а без нея е невъзможно и развитието.

Основната инфраструктура като пътища, информационни и комуникационни технологии, санитарни условия, достъп до електрическа енергия и вода остава недостатъчна в много от развиващите се страни.

Така например почти 2.6 милиона души в развиващите се страни изпитват затруднения с непрекъснатия достъп до електрическа енергия.

2.5 милиона души по света нямат достъп до основни санитарни условия, а почти 800 милиона души нямат достъп до вода.

1-1.5 милиарда души по света нямат достъп до надеждни телефонни услуги.

Основната подцел е да се разработи качествена, надеждна, и устойчива инфраструктура, включително регионална и презгранична инфраструктура в подкрепа на икономическото развитие и благосъстоянието на хората с фокус върху справедливия достъп за всички.

Друга сред подцелите е да се насърчи устойчивата индустриализация и до 2030 г. съществено да се повиши делът на промишлеността в трудовата заетост и в БНП и да се удвои делът ѝ в най-слабо развитите страни.

Също така се цели същесвено да се повиши достъпът до информация и комуникационни технологии и да се осъществи стремежът да се предостави всеобщ и улеснен достъп до Интернет в най-слабо развитите страни до 2020 г.

Цел 10: Намаляване на неравенството в и сред страните¹³

Най-уязвими сред страните по света са най-бедните страни по света – най-слабо развитите страни, анклавните развиващи се страни и малките островни развиващи се страни. Те полагат големи усилия за извеждане на хората извън бедността. Въпреки това все още съществува неравенство, както и големи различия в достъпа до здравеопазване и образование.

¹² Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-9-industry-innovation-and-infrastructure.html> (Достъп на 14.08.2017).

¹³ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-10-reduced-inequalities.html> (Достъп на 14.08.2017).

Също така въпреки че е намалено неравенството между страните, нараства неравенството вътре в страните. Постигнат е консенсус, че икономическият растеж не е достатъчен, за да се намали бедността, ако не обхваща трите измерения на устойчивото развитие, разгледани по-горе.

За да се отстранят неравенствата, трябва да се обърне внимание на нуждите на населението, което е в неблагоприятно положение или което е маргинализирано.

Трябва да се има предвид, че голям брой от домакинствата в развиващите се страни – повече от 75 процента от населението – живеят понастоящем в общества, в които доходът е по-неравнопоставено разпределен, отколкото през 90-те години на XX в.

Основна подцел в тази област е в срок до 2030 г. прогресивно да се постигне и поддържа ръст на доходите на най-нископоставените 40 процента от населението на по-високи равнища от средните стойности за съответните страни.

Също така до 2030 г. да се насърчи социалното, икономическото и политическото включване на всички, без оглед на възраст, пол, увреждане, раса, етнос, произход, религиозни вярвания или икономически или друг статус.

Сред подцелите следва да се отличи и насърчаването на официалната помощ за развитието и финансовите притоци, включително преките чуждестранни инвестиции, към държави с по-големи нужди и по-конкретно към най-слабо развитите страни, Африканските страни, анклавните развиващи се страни и малките островни развиващи се страни в съответствие с техните национални планове и програми.

Цел 11: Превръщане на градовете във включващи, безопасни, гъвкави и устойчиви места¹⁴

Градовете са център на идеи, търговия, култура, наука, социално развитие и още много дейности. Градовете са местата, които подпомагат хората да напредват социално и икономически.

Въпреки това все още съществуват много предизвикателства към поддържането на градовете по начин, който продължава да създава работни места и просперитет. Общите предизвикателства пред градовете включват задръствания, липса на средства за предоставяне на основни услуги, недостиг на жилищно настаняване и упадаща инфраструктура.

Статистиката сочи, че половината човечество – около 3.5 милиарда души – населяват градовете.

Нещо повече, до 2030 г. почти 60 процента от световното население ще обитава градовете.

Градовете по света заемат едва 3 процента от площта на Земята, но консумират 60-80 процента от енергията, както и произвеждат 75 процента от въглеродните емисии.

Бързата урбанизация оказва натиск спрямо доставките на прясна вода, канализацията, средата на живот и публичното здравеопазване.

Основната подцел в тази област е до 2030 г. да се гарантира достъп за всички до адекватно, безопасно и достъпно жилищно настаняване и основни комунални услуги и да се премахнат бордеите и гетата.

Другата основна подцел е до 2030 г. да се предостави достъп до безопасни, достъпни и устойчиви транспортни системи за всички, като се подобри пътната безопасност, основно чрез разширяване на обществения транспорт, като се обръща

¹⁴ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-11-sustainable-cities-and-communities.html> (Достъп на 14.08.2017).

специално внимание на нуждите на лицата от уязвимите групи – жени, деца, възрастни и хора с увреждания.

Цел 12: Гарантиране на устойчиво потребление и модели на производство¹⁵

Устойчивото потребление и производство е свързано с насърчаването на ресурсна и енергийна ефективност, устойчива инфраструктура и предоставянето на достъп до основни услуги, зелени и достойни работни места и по-добро качество на живот за всички.

Ежегодно, близо една трета от количеството произведена храна, равняващо се на 1.3 милиарда тона на стойност от около \$1 трилиона се изхвърля на боклука от потребители или търговци на дребно или се разваля поради лоши транспортни условия или лошо събиране на реколтата.

Ако всички хора по света започнат да използват енергийно ефективни осветителни крушки светът би спестил годишно \$120 милиарда.

В случай че броят на световното население нарасне до 9.6 милиарда до 2050 г., би бил необходим еквивалентът на три планети, за да се предоставят естествените ресурси за поддържане на текущият начин на живот.

Основна подцел е до 2030 г. да се постигне устойчиво управление и ефикасна употреба на естествените ресурси.

До 2030 г. да се намали наполовина глобалното разхищение на храна на глава от населението на равнище търговци на дребно и потребители и да се намалят загубите на храна по веригата на производството и доставките, включително след реколтните загуби.

До 2030 г. съществено да се намали генерирането на отпадъци чрез превенция, намаляване, рециклиране и повторно използване.

До 2030 г. да се гарантира, че хората навсякъде по света разполагат с релевантната информация и познание за устойчиво развитие и че живеят в хармония с природата.

Да се подкрепят развиващите се страни да укрепят своя научен и технологичен капацитет, за да се придвижат към по-устойчиви модели на потребление и производство.

Цел 13: Предприемане на спешни действия за борба с климатичните изменения и тяхното въздействие¹⁶

Измененията в климата понастоящем засягат всяка страна и всеки континент. Те смущават националните икономики и засягат живота, хората и обществата днес и с още по-голяма сила в бъдеще време.

Пряко въздействие от измененията в климата е промяната във времето, нарастването на морското равнище и по-екстремни природни събития. Измененията в климата основно се дължат на нарастващите парникови емисии от човешката дейност. Към момента те са достигнали най-високите си равнища в историята. Ако не се предприемат спешни действия, се очаква средната температура в света да нарасне през XXI в. с повече от 3°C — като очакванията са в някои региони по света повишението да е по-голямо. Отново най-силно засегнати са най-бедните и най-уязвимите хора.

¹⁵ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-12-responsible-consumption-and-production.html> (Достъп на 14.08.2017).

¹⁶ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-13-climate-action.html> (Достъп на 14.08.2017).

Ускорява се темпът на промени с обръщането на все повече хора към възобновяема енергия и към набор от други мерки, с които се намалява равнището на емисии на парникови газове.

Като цяло, измененията в климата са глобално предизвикателство, което не зачита националните граници. Емисиите навсякъде по света засягат всички по света. Справянето с проблема изисква решения, които са съгласувани на международно равнище и е необходимо международно сътрудничество, за да се подпомогне прехода на развиващите се страни към ниско-въглеродни икономики.

За справяне с измененията в климата страните приеха Парижкото споразумение от Париж на 12 декември 2015 г. В това споразумение всички страни се задължават да работят за ограничаване на глобалното затопляне далеч под 2°C и за полагане на усилия за неговото ограничаване до 1,5°C. На 4 ноември 2016 г. Парижкото споразумение влезе в сила. Това се случи 30 дни, след като на 4 октомври бяха изпълнени нужните условия — ратифициране от поне 55 страни, които са отговорни за най-малко 55 % от общите емисии на парникови газове¹⁷.

Изпълнението на Парижкото споразумение е от съществено значение за постигане на целите на устойчивото развитие.

Сред основните подцели може да се отличи намерението да се интегрират мерки за измененията в климата в националните политики, стратегии и планиране.

Друга сред подцелите предвижда насърчаването на механизми за увеличаване на капацитета за ефективни свързани с климатичните изменения планиране и мениджмънт в най-слабо развитите страни и в малките островни развиващи се страни.

Цел 14: Опазване и устойчиво използване на океаните, моретата и морските ресурси¹⁸

Световните океани с техните показатели – температура, химически състав, течения и живот – движат глобалните системи, които превръщат Земята в място, годно за обитаване от човечеството.

Дъждът, питейната вода, времето, климата, крайбрежните ивици, голяма част от храната ни и дори кислорода във въздуха, който вдишваме, в крайна сметка се предоставят от моретата. В исторически аспект океаните и моретата са били жизненоважни пътища за търговия и транспорт.

Внимателното управление на този съществен глобален ресурс е ключов белег на устойчивото бъдеще.

Три-четвърти от земната повърхност са покрити от океаните. В тях се съдържа 97 процента от водата на Земята.

Повече от три милиарда души зависят от морското или крайбрежното биологично разнообразие за своя живот.

Повече от 40 процента от световните океани са съществено засегнати от човешката дейност, включително замърсяване, риболов и загуба на крайбрежни хабитати.

Основната подцел в тази насока е до 2025 г. да се предотврати и съществено да се намали замърсяването на моретата от всякакъв вид и по-конкретно от базирани на сушата дейности.

Друга подцел е насочена към това до 2030 г. да се увеличат икономическите ползи за малките островни развиващи се държави и най-слабо развитите страни от

¹⁷ Вж. <http://www.consilium.europa.eu/bg/policies/climate-change/timeline/> (Достъп на 14.08.2017).

¹⁸ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-14-life-below-water.html> (Достъп на 14.08.2017).

устойчивото развитие на морските ресурси, включително чрез устойчиво управление на риболова, аквакултурите и туризма.

Цели се и насърчаване на опазването и устойчивото използване на океаните и техните ресурси чрез изпълнение на международното право, така както е въплътено в Конвенцията на ООН по морско право (UNCLOS)¹⁹, която съдържа правната рамка за опазването и устойчивото развитие на океаните и техните ресурси.

Цел 15: Устойчиво управление на горите, борба с опустиняването, възпиране и възстановяване на деградирането на почвите, възпиране на загубата на биологично разнообразие²⁰

Горите заемат 30 процента от повърхността на Земята и освен че предоставят подслон, горите са от ключово значение за борбата с климатичните изменения, за защитата на биологичното разнообразие и домовете на местното население. 30 милиона хектара гори изчезваг ежегодно, докато същевременно 3.6 милиарда хектара опустиняват.

Подобни процеси на обезлесяване и на опустиняване, причинени от човешката дейност и от климатичните изменения, поставят предизвикателства пред устойчивото развитие и засягат живота на милиони хора в борбата срещу бедността. Поради това се полагат усилия за управление на горите и за борба с опустиняването.

Статистиката сочи, че около 1.6 милиарда хора зависят от горите в ежедневния си живот. В това число са обхванати около 70 милиона души, местно население.

Същевременно към 2008 г. деградирането на почвите засяга 1.5 милиарда души по света.

В глобален план 74 процента от бедните са пряко засегнати от деградирането на почвите.

Всичко горепосочено изисква до 2020 г. да се гарантира опазването, възстановяването и устойчивото използване на екосистемите и по-специално на горите и планините в съответствие със задълженията, поети съгласно международни споразумения.

Необходимо е да се предприемат спешни и значими действия за намаляване на деградирането на естествените хабитати, да се спре загубата на биологично разнообразие и до 2020 г. да се защити и възпрепятства изчезването на застрашени видове.

Също така трябва да се мобилизира и съществено да се увеличат финансовите ресурси от всякакви източници за опазване и устойчиво използване на биологичното разнообразие и екосистемите.

Цел 16: Насърчаване на справедливи, мирни и включващи общества²¹

Цел 16 от Целите за устойчиво развитие е посветена на насърчаването на мирни и включващи общества за устойчиво развитие, предоставянето на достъп до правосъдие за всички и изграждане на ефективни институции на всички равнища, тъй като сред институциите най-корумпирани са съдебната система и полицията.

¹⁹ Ратифицирана със закон, приет от 37-то НС на 24.4.1996 г. - ДВ, бр. 38 от 3.5.1996 г. Издадена от Министерството на външните работи, обн., ДВ, бр. 73 от 27.8.1996 г. и бр. 74 от 30.8.1996 г., в сила за България от 14.6.1996 г.

²⁰ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-15-life-on-land.html> (Достъп на 14.08.2017).

²¹ Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html> (Достъп на 14.08.2017).

Корупцията, подкупите, кражбите и укриването на данъци струват около US \$1.26 трилиона за развиващите се страни ежегодно; тази сума би могла да се използва за да се повиши равнището на живот на онези хора, които живеят с по-малко от \$1.25 дневно над сумата от \$1.25 поне за период от шест години.

Върховенството на правото и развитието съществено са взаимосвързани и се поддържат взаимно като предоставят условия за устойчиво развитие на национално и международно равнище.

Основната подцел тук е съществено да се намалят всички форми на насилие и свързани с него смъртни случаи навсякъде по света.

Също така стремежът е да се прекратят случаите на насилие, експлоатация, трафик и всички други форми на насилие срещу деца, както и тяхното изтезаване.

Освен това следва да се насърчи върховенството на правото на национално и международно равнище и да се гарантира еднакъв достъп до правосъдие за всички.

Също така съществено следва да се намалят равнищата на корупция и подкупи във всичките им форми.

Институциите на всички равнища следва да бъдат ефективни, отчетни и прозрачни.

Не на последно място по значение следва да се гарантира публичен достъп до информация и да се защитят основните свободи в съответствие с националното законодателство и международните споразумения.

Цел 17: Подковаване на жизненоспособността на глобалното партньорство за устойчиво развитие²²

Успешният дневен ред за устойчиво развитие изисква партньорство между правителствата, частния сектор и гражданското общество. Подобно партньорство, изградено въз основа на принципи и ценности и споделени цели, които отреждат централно място на хората и планетата, са необходими на глобално, регионално национално и местно равнище.

Необходими са спешни действия за мобилизиране, пренасочване и отключване на трансформиращата мощ на трилиони долари от частни ресурси за постигането на целите на устойчивото развитие.

Статистиката сочи, че официалната помощ за развитие през 2014 г. възлиза на \$135.2 милиарда, което съставлява най-високата регистрирана някога стойност.

Понастоящем 79 процента от вноса от развиващите се страни се ползва с безмитен внос в развитите страни.

Броят на ползващите интернет в Африка почти се е удвоил през последните четири години. Все таки четири милиарда души не ползват интернет, а 90 процента от тях са от развиващите се страни.

В сектора на финансирането основната подцел е да се укрепи националната мобилизация на ресурсите, включително чрез международна подкрепа за развиващите се страни, за да се подобри националния капацитет за събиране на данъци и други приходи.

Развитите страни следва да изпълнят изцяло своите официално поети ангажменти за помощи за развитието.

Освен това следва да се мобилизират допълнителни финансови ресурси за развиващите се страни от различни източници.

В сферата на търговията следва да се насърчава универсална, основана на правила, открита, недискриминационна и справедлива многостранна търговска система

²² Вж. <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals/goal-17-partnerships-for-the-goals.html> (Достъп на 14.08.2017).

в рамките на Световната търговска организация, включително чрез приключването на преговорите от кръга в Доха.

Също така следва съществено да се увеличи износа на развиващите се страни, по-конкретно с оглед да се увеличи двойно делът на най-слабо развитите страни в глобалния износ до 2020 г.

Заклучение

Наследството и постиженията на ЦХР ни предоставят ценни уроци и опит, за да започне работата по новите Глобални цели. Въпреки постиженията от отминалия период за милиони хора по света работата остава недовършена. Необходимо е да се измине остатъчният път към прекратяване на глада, постигане на пълно равенство между половете, подобряване на здравните услуги и привличането на всяко дете в училище отвъд началното образование. ЦУР са също така призив към света да поеме по по-устойчив път на развитие.

ЦУР са и смел ангажимент да се довърши започнатото дело и за справяне с някои от най-неотложните предизвикателства пред днешния свят. Взаимовръзката между всички 17 цели означава, че успехите в една от тях засягат успеха и на останалите. В обобщение и накратко – тези цели са нашият огромен шанс да подобрим живота за бъдещите поколения.

Nature and Types of the Legislation's Impact Assessment

Raina Nikolova

Abstract: *The article discusses the regularities in the development of the legislation in Bulgaria after 1st January 1992. It aims to reveal the legal nature of the impact assessment in legislative drafting and implementing. Analyzes the types of impact assessments.*

Keywords: *achieved and expected results, aims of the law, code, enactments, impact assessment, instruction, law, ordinance, rules*

Увод

Качеството на нормативната уредба е от голямо значение за развитието на съвременното общество. То е критерий за демократичността на модерната държава. Съдейства за разгръщането на един от основните конституционни принципи – този за правовата държава. Оценката на въздействието на нормативните актове е съществена основа за разработването на политики и стимулиране постигането на социално значими цели.

Настоящата статия има за задача да разгледа закономерностите в развитието на законодателството в рамките на четири хронологични периода, започвайки от 1.01.1992 г. след приемането на сега действащата Конституция на Република България през 1991 г. и завършвайки с началото на 2017 г. Целта на това изследване е да разкрие правната същност на оценката на въздействието на нормативните актове и да анализира видовете оценки на това въздействие.

1. Преглед на развитието на законодателството след приемане на Конституцията от 1991 г.

Нормативната структура на Република България обхваща пет категории актове в зависимост от тяхната йерархична позиция: кодекси, закони и подзаконовни нормативни актове – правилници, наредби, инструкции.

Кодексът е нормативен акт, който урежда обществените отношения, предмет на цял клон на правната система или на обособен негов дял (чл. 4, ал. 1 от Закона за нормативните актове, ЗНА). *Законът* е нормативен акт, който урежда първично или въз основа на Конституцията, обществени отношения, които се поддават на трайна уредба, според предмета или субектите в един или няколко института на правото или техни подразделения (чл. 3, ал. 1 от ЗНА). *Правилникът* е нормативен акт, който се издава за прилагане на закон в неговата цялост, за организацията на държавни и местни органи или за вътрешния ред на тяхната дейност (чл. 7, ал. 1 от ЗНА). *Наредбата* е нормативен акт, който се издава за прилагане на отделни разпоредби или подразделения на нормативен акт от по-висока степен (чл. 7, ал. 2 от ЗНА). *Инструкцията* е нормативен акт, с който висшестоящ орган дава указания до подчинени нему органи относно прилагане на нормативен акт, който той е издал или чието изпълнение трябва да осигури (чл. 7, ал. 3 от ЗНА).

Тук разглежданият въпрос засяга действащото право, в който смисъл правото на закона има относителен характер, доколкото като историческо или социално явление подлежи на изменение¹. Законодателната рамка на Република България започва да се променя постепенно след приемането на Конституцията от 1991 г. Особено голямо значение за тази трансформация има въвеждането на принципа за свободната стопанска инициатива. Така се поставя началото на пазарната икономика в България, което провокира засилената динамика на икономическите отношения, появата на множество стопански субекти. Цитираната тенденция се разгръща и в друга насока – в провеждането на реформа по повод упражняване на правото на собственост. Това преустройство на икономическата система се свързва с възстановяване на частната собственост, национализирана от държавата през 40-те години на ХХ век. Ограничаваното до 1991 г. право на частна собственост, включително и на конституционно ниво, придобива нова легитимност. Друга част от приеманите нормативни актове засягат обществените отношения, свързани с правата на граждани, подложени на политически репресии в периода на тоталитарната държава.

Тук трябва да подчертаем, че към 1.01.1992 г. националното законодателство на Република България съдържа общо 134 законодателни акта – кодекси и закони, които функционират в трите основни направления на позитивното право – административно право и административен процес, гражданско право и граждански процес и наказателно право и наказателен процес. Една значителна част от тези актове (93 на брой или 69 %) са свързани с разрешителни режими, административен контрол, налагането на административно-наказателна отговорност, прилагането на принудителни административни мерки или имат устройствен характер за дейността на специализирани държавни или публични институции. Сред подзаконовите нормативни актове правилниците, които определят административноправния статус на държавни органи, държавни предприятия или на междуведомствени комисии и съвети, заемат 32 % от всички приемани правилници. Останалата част се занимава с въвеждането на по-обстойни правила за прилагането на законите в тяхната цялост. В периода 1992 – 1997 г. броят на законодателните актове с отношение към административното управление, като кодекси и закони, се е увеличил с 31 %, на правилниците – със 76 %, на наредбите – със 70 % и на инструкциите – с 46 %.

През втория етап от развитието на нормотворческата дейност на парламента и на изпълнителната власт (1997 – 2007 г.) се извършва приватизация на държавната собственост и синхронизирането на българското законодателство с правото на Европейския съюз (ЕС) във връзка с пълноправното членство на Република България в тази регионална международна организация. Това са основните фактори, довели до кардинална промяна в броя на нормативните актове. През този десетгодишен период броят на законодателните актове с отношение към административното управление, като кодекси и закони, се е увеличил с 54 %, на правилниците – с 51 %, на наредби – със 105 %. Броят на инструкциите е намалял с 24 %.

През последните десет години броят на законодателните актове в България с отношение към административното управление, като кодекси и закони, се е увеличил с 49 %, на правилниците – със 101 %, на наредби – със 135 % и на инструкции – с 648 %.

Както е видно от данните по-долу, отбелязани в таблица № 1, след приемането на Конституцията от 1991 г. обемът на нормативните актове е нараснал значително. Като негативна тенденция може да се отбележи доминацията на правилници, които уреждат правния статус на административни структури, за сметка на норми, които да уреждат по-подробно в цялост законови актове. Правилникът допълва с подробности, с

¹ **Торбов, Ц.** Правото на закона, законът на правото и учението за целта на правото – В: Правни изследвания, посветени на проф. Венелин Ганев, част 1. Придворна печатница. София, 1939, 142.

технически усъвършенствания всички положения, заложи в закона². Поради което промяната на неговото основно предназначение в резултат на нарастване на бюрократичната система, влияе отрицателно на нормативната рамка, тъй като основният акцент в нормотворческата дейност на администрацията пада върху устройствени правила.

Броят на административните структури през 2007 г. е следният:

„Към 31.12.2007 г. **общият брой на административните структури в централната администрация е 114** (включително и администрацията на Министерския съвет). От тях 16 са министерства, 22 са структури, функционално подчинени на Министерския съвет, 70 са структурите към министри и 5 са държавните институции, създадени със закон, които отчитат дейността си пред Народното събрание.

Към Министерския съвет функционират 11 държавни агенции, 3 държавни комисии и 8 административни структури, създадени със закон или с постановление на Министерския съвет.

Към министрите функционират 35 изпълнителни агенции, 2 държавни комисии и 33 административни структури, създадени със закон или с ПМС.”³. Пет години по-късно **централните административни структури са 145**⁴.

Таблица № 1

вид нормативен акт	1.01.1992 г.	1.01.1997 г.	1.01.2007 г.	1.01.2017 г.
общо кодекси и закони (административно законодателство)	134 (93)	172 (122)	265 (181)	394 (225)
правилници (вкл. за статус на държавни органи, държавни предприятия, междуведомствени съвети и комисии)	95 (30)	167 (86)	253 (194)	511 (417)
наредби, без издадените от местни органи на самоуправление	292	495	1015	2382
Инструкции	26	38	29	217

2. Правна уредба на качеството на нормотворческата дейност до 2016 г.

Най-значимият законодателен акт, който определя правната рамка за правотворческата дейност на законодателната власт и на изпълнителната власт в Република България, е Законът за нормативните актове. До 2007 г. българската държава разчита на т. нар. *плановост* в създаването на законови и подзаконови актове. Става въпрос за един отглас от тоталитарния режим, който 15 години след приемането на Конституцията от 1991 г. продължава да поверява функцията по „планиране на законопроектите” освен на Народното събрание и Министерския съвет, но и на Държавния съвет, при това водеща роля:

„Чл. 19. (1) Изготвянето на законопроекти и внасянето им в Народното събрание се планира.

(2) Постоянните комисии на Народното събрание и народните представители могат да внасят в Народното събрание и законопроекти, невключени в плана.

Чл. 20. (1) Държавният съвет съставя перспективен и текущ план за законопроектите.

(2) Предложения за планиране правят органите, които имат право на законодателна инициатива.

² Стайнов, П. Административно правосъдие. Печатница „Стопанско развитие”, София, 1936, 245.

³ Доклад за състоянието на администрацията за 2007 г. е достъпен на адрес: <http://www.strategy.bg/Publications/View.aspx?lang=bg-BG&Id=81> (Достъп на 14.08.2017).

⁴ Доклад за състоянието на администрацията за 2012 г. е достъпен на адрес: <http://www.strategy.bg/Publications/View.aspx?lang=bg-BG&Id=81> (Достъп на 14.08.2017)

Предложението се предхожда от проучване на необходимостта от предлагания законопроект.

(3) Плановете се съставят и предложенията се правят съобразно указа по прилагане на този закон.

Чл. 21. Преди да включи законопроект в плана, Държавният съвет може:

1. да поиска да се направят допълнителни проучвания или да се посочат допълнителни съображения за необходимостта от предлагания законопроект;

2. да покани органите, направили отделни предложения за един и същ законопроект, да го предложат заедно;

3. да покани органа, предложил отделни законопроекти, които се отнасят до обществени отношения от една и съща област, да ги обедини в предложение за един общ законопроект;

4. да покани органа, направил предложение за нов закон, да го замени с предложение за изменение или допълнение на действащ закон.

Чл. 22. (1) Становището на Държавния съвет за невключване на законопроект в плана се мотивира и изпраща на органа, направил предложението.

(2) Законопроектът се включва в плана, ако бъде отново предложен.

Чл. 23. (1) Ако намери, че направените предложения за планиране не удовлетворяват всички законодателни нужди, Държавният съвет планира необходимите законопроекти.

(2) Тези законопроекти се внасят в Народното събрание от Държавния съвет, освен ако по негово предложение Министерският съвет или друг орган с право на законодателна инициатива приеме да стане вносител на законопроекта.

Чл. 24. (1) Законопроект, включен в плана, може да бъде оттеглен от органа, който го е предложил.

(2) Ако намери за необходимо, Държавният съвет може да остави оттегления законопроект в плана. За внасянето на законопроекта в Народното събрание се прилага чл. 23, ал. 2.

Чл. 25. (1) Съобразно приетия от Държавния съвет план за законопроектите Министерският съвет съставя свой план за подготовка на законопроектите, които той ще внесе, както и на нормативни актове по тяхното прилагане, които следва да издаде.

(2) Всеки министър или ръководител на друго ведомство съставя план за нормативните актове, които следва да издаде по прилагане на планирани законопроекти.”.

Най-сетне с изменението и допълнението на Закона за нормативните актове, обнародвани в ДВ, бр. 46 от 12.06.2007 г., се отменя тази остаряла правна уредба, несъответстваща на динамичните обществени отношения. Тук следва да обърнем внимание, че тези разпоредби не са прилагани от нито един от органите, имащи законодателна инициатива съобразно Конституцията от 1991 г. Но дали тази тенденция води до постигане на качеството на законодателните актове и съдейства за адекватната им намеса в регулирането на обществените отношения?

Старата тромава система следва да бъде заменена с нови, съответстващи на общественото и правно развитие, условия. През 2007 г. осмислянето на нормотворческия процес в неговата предварителна фаза е отменено. Не се появява нова правна уредба. Запазва се последващата преценка за качеството на законодателството, уредена от разпоредбите на чл. 53 – чл. 56 от Указ № 883 от 1974 г. за прилагане на Закона за нормативните актове. Те предвиждат, че органът, на който е възложено изпълнението на акта (закон, правилник, наредба, инструкция) или до чието ведомство той се отнася, организира след влизането му в сила периодично проучване на резултатите от неговото прилагане, което проучване изготвя в доклад. Докладът се изпраща на органа, приел или издал проучвания акт. Вече имахме повод да обърнем внимание, че това задължение за периодично поручване на резултатите от прилагането на нормативните актове не се изпълнява⁵.

Странна е практиката на българския законодател актът по прилагането на Закона за нормативните актове да не е Правилник за прилагане на Закона за нормативните актове, а Указ № 883 от 1974 г. за прилагане на Закона за нормативните

⁵ **Николова, Р.** Някои тревожни бележки за състоянието на администрацията в България. – В: Научни трудове на Русенския университет, том 52, серия 7. Русенски университет „Ангел Кънчев”, Русе, 2013, 73.

актове. Смесването на нормативни актове от различни периоди на развитието на нормативната уредба едва ли води до яснота в структурата на правната система. Още повече като се има предвид отмененото в по-голямата си част съдържание на разглеждания указ, това, че изпълнението му се възлага на председателя на Държавния съвет (§4 от Преходните и заключителни разпоредби), както и списъкът на съкращенията в наименованията на често прилаганите нормативни актове, сред които са отдавна несъществуващи в позитивното право законови актове.

Тази носталгична архаичност, заложен в самия център на нормотворческата дейност на държавата, препоръчваме да бъде изоставена. Както предвижда чл. 7, ал. 1 от ЗНА, правилникът е нормативният акт, който се издава за прилагане на закон в неговата цялост, а не указът, който е индивидуален юридически акт с ненормативен характер, използван от президента на републиката (чл. 102, ал. 1 от Конституцията на Република България). Указите са персонални актове, тъй като засягат конкретни лица и се издават на основание чл. 98, т. 7 от Конституцията⁶.

След 10-годишно членство в Европейския съюз и нефункционираща система за оценка на въздействието на нормативните актове ЗНА е изменен и допълнен в ДВ, бр. 34 от 3.05.2016 г., в сила от 4.11.2016 г. За качеството на нормотворческата дейност на парламента и изпълнителната власт на нейната предварителна фаза може да се дава обективна, реална, конкретна оценка.

3. Същност на оценката на въздействието на нормативните актове

Оценката на въздействието на законодателството е инструмент за изследване на ефектите от различните варианти на действие за разрешаване на съществуващи проблеми от гледна точка на разходите, ползите и рисковете свързани с тях⁷. Тя намира приложение в различни области на обществения живот: бизнеса, домакинствата, публичните финанси, икономиката, държавните органи, състоянието и бъдещето на околната среда, основните права на гражданите, участието в демократичното управление, здравето, равенството, регионалното развитие, превенцията на престъпността, информационното общество и др. Въздействието на нормативния акт върху социалната среда може да е *пряко* или *косвено*.

Оценката на въздействието *изследва съотношението между формулираните цели и очакваните (постигнати) резултати* (чл. 19, ал. 2, изр. 2 от ЗНА). Тя балансира поставените задачи и тяхното изпълнение. Дава преди всичко надеждна информация за регулаторните варианти и техните последици. Съдейства постигането на целите да става при *минимални разходи*.

Оценката на въздействието на законодателството е *системен, независим и нормативно уреден процес* за получаване на доказателства дали резултатите от нормотворческата дейност съответстват на определените в конкретния акт цели, ефективно ли се осъществяват и подходящи ли са за нуждите и интересите на обществото. Тези доказателства и обективното им оценяване определят степента, до която са удовлетворени определени социални потребности. Констатациите от оценката могат да показват съответствие или несъответствие с обществените нужди, както и възможности за подобряване. Основната цел на оценката е да постигне актуализиране и

⁶ Спасов, Б. Президентът на републиката – правно положение. Университетско издателство “Св. Климент Охридски”. София, 1992, 93 - 94.

⁷ Ръководство за изготвяне на оценка на въздействието на законодателството. Министерски съвет на Република България, 2014 г., достъпно на адрес: <http://www.strategy.bg/StaticPages/CalculatingManual.aspx?guidanceType=1§ionName=Purpose>. (Достъп на 14.08.2017)

усъвършенстване на действащото законодателство съобразно променящата се обществена среда.

Оценката на въздействието обхваща *целия цикъл на нормотворческата дейност* – планиране на нормативния акт, изготвянето, приемането и изпълнението му, оценката и преразглеждането му. Тази последователност от действия засяга на първо място законодателната дейност. Процесът на регулиране на обществените отношения в областта на изпълнителната дейност, т. нар. *правоустановителна дейност на администрацията*, се осъществява в съответствие със законодателната дейност на Народното събрание и в помощ на законодателния орган.

Във фокуса на вниманието е консултирането на нормативния акт със заинтересованите лица. При издаването на нормативни административни актове АПК съдържа препращаща норма (чл. 80), която указва, че за издаването на подзаконовни нормативни актове е необходимо да се спазят специалните изисквания за издаване, уредени в ЗНА. Публикуването и разгласяването на проекта на нормативен административен акт представляват начина, чрез който се проявява принципът за откритост и съгласуваност, съдържащ се в чл. 26, ал. 1 от ЗНА. Задължение да следи за спазване на цитирания принцип има органът, притежаващ правомощието да приеме или не дадения проект. Дейността на органа следва да бъде съобразена също така с основните принципи на чл. 4, чл. 8 и чл. 12 от АПК – за законност, равенство и достъпност, публичност и прозрачност. Видно от нормата на чл. 79 от АПК нормативните административни актове се отменят, изменят и допълват с изрична разпоредба на последващ нормативен акт. Поради това, след като допълнението се извършва с последващ нормативен акт, то и по отношение на него следва да се прилагат условията, предхождащи приемането му.

Приложимата субсидиарно норма на чл. 26, ал. 2 от ЗНА предвижда съставителят на проекта да го публикува на интернет страницата на съответната институция заедно с мотивите, като на заинтересованите лица се предоставя най-малко 14-дневен срок за предложения и становища по проекта. Т. е. административният орган е длъжен да доведе до знанието на неограничен брой лица информацията, която се съдържа в проекта и мотивите на акта. Но *това не е главната задача на оповестяването*. Предварителното публикуване на проекта за нормативен акт по реда на чл. 26, ал. 2 от ЗНА не цели запознаване на бъдещите адресати на акта с работата на администрацията, възможности за което има достатъчно и са предвидени в други закони (например ЗДОИ), а *обезпечава възможност за влияние върху съдържанието на акта чрез предложения и становища по проекта*. Следователно тук предназначението на информацията е съвсем различна. Не трябва да се забравя, че със средствата на правото като регулатор се въздейства върху обществени отношения, за които има нужда от регулация и които позволяват регулиране. Необходимостта от регулация и нейното съдържание, а оттук и качеството на регулирането са функция на обратната връзка с адресатите на нормативния акт, които по хипотеза са страна в подлежащите на регулиране отношения. Очакванията в това административно комуникационно правоотношение са, че ще постъпи обратна информация от адресатите на информацията и на акта към първоначалния източник на информация и инициатор на комуникационния процес – автора на акта⁸.

Оценката на въздействието на нормативните актове има *възпиращо, ограничително, контролиращо действие* по отношение на бързи и необмислени промени в нормативната уредба, продиктувани от лобистки интереси. Съдейства за

⁸ **Николова, Р.** Административноправна същност на информацията. Дружество „Европейско право“, София, 2016, 217 – 218.

постигането на равновесие и отчитането на ползите за максимален брой правни субекти.

Държавните органи и бюджетните организации по смисъла на Закона за публичните финанси, до които са отправени искания за сведения или за съдействие във връзка с извършването на оценка на въздействието, са длъжни да предоставят сведенията или да окажат съдействие на органа, който организира извършването ѝ (чл. 23 от ЗНА).

Изпълнението на поставените от Закона за нормативните актове принципни положения е възложено на парламента и Министерския съвет. Народното събрание определя методология за извършване на оценка на въздействието на проектите на закони и кодекси, внесени от народните представители (чл. 19, ал. 3 от ЗНА). Министерският съвет определя с нормативен акт условията и реда за планиране и извършване на оценка на въздействието на проектите на закони, кодекси и подзаконовни нормативни актове на Министерския съвет. Обхватът и методологията за извършване на оценката на въздействието се определят с наредба на Министерския съвет (чл. 19, ал. 4 от ЗНА).

4. Видове оценки на въздействието на нормативните актове

Основният разграничителен критерий на видовете оценки на въздействието на законодателството е темпоралният момент на тяхното извършване. Оценката на въздействието е *предварителна* и *последваща* (чл. 19, ал. 2, изр. 1 от ЗНА).

4.1. Предварителна оценка на въздействието на нормативните актове

Предварителната оценка на въздействието на нормативните актове е уредена в чл. 21 от ЗНА. Законодателната инициатива на Министерския съвет се осъществява въз основа на законодателна програма, а приемането на подзаконовни нормативни актове – въз основа на оперативна програма. Законодателната и оперативната програма се приемат от Министерския съвет за 6-месечен период.

Включването на проекти на закони и кодекси в законодателната програма и на подзаконовни нормативни актове на Министерския съвет в оперативната програма се осъществява *след извършена предварителна оценка на въздействието*.

Министерският съвет разглежда проекти на закони и кодекси и на подзаконовни нормативни актове на Министерския съвет, които не са включени в законодателната и оперативната му програма, ако са *придружени от предварителна оценка на въздействието*. Тези предварителни оценки за въздействието се съгласуват с администрацията на Министерския съвет.

Законодателната и оперативната програма на Министерския съвет заедно с предварителните оценки на въздействието се публикуват на Портала за обществени консултации.

Предварителната оценка на въздействието е частична и цялостна (чл. 20, ал. 1 от ЗНА).

а) Частична предварителна оценка

Извършването на частична предварителна оценка на въздействието предхожда изработването на всеки проект на закон, кодекс и подзаконов нормативен акт на Министерския съвет (чл. 20, ал. 2 от ЗНА).

б) Цялостна предварителна оценка

Съгласно разпоредбата на чл. 20, ал. 3 от ЗНА цялостна предварителна оценка на въздействието се извършва при:

1. изработване на нови закони и кодекси;
2. изработване на проекти на нормативни актове, за които оценката по ал. 2 е показала, че може да се очакват значителни последици.

Извън тези случаи *цялостна предварителна оценка* на въздействието може да се извърши по преценка на съставителя на проекта.

4.2. Последваща оценка на въздействието на нормативните актове

Последващата оценка на въздействието на нормативните актове е уредена в чл. 22 от ЗНА. Органът, в чиято компетентност е изпълнението на нормативния акт, извършва последваща оценка на въздействието на новите закони, кодекси и подзаконовни нормативни актове на Министерския съвет.

Последващата оценка на въздействието се извършва в срок 5 години след влизането в сила на новия закон, кодекс или подзаконов нормативен акт на Министерския съвет или в по-кратък срок, определен от органа, в чиято компетентност е изпълнението на нормативния акт.

Последващата оценка на въздействието, извършена от органа, в чиято компетентност е изпълнението на нормативния акт, се публикува на интернет страницата му и на Портала за обществени консултации в срок до 30 дни от изготвянето ѝ.

Когато орган на местното самоуправление е извършил последваща оценка на въздействието, тя се публикува на интернет страницата на общината в срок до 30 дни от изготвянето ѝ.

Заключение

Приемането на законодателство, което урежда оценката на въздействието на нормативните актове, е първата и по-лесна стъпка в създаването на предпоставки за устойчиво обществено развитие в резултат на стабилна и качествена нормативна уредба. Освен че се налага отмяната на Указ № 883 от 1974 г. за прилагане на Закона за нормативните актове и заменянето му с Правилник за прилагане на Закона за нормативните актове, парламентът и Министерският съвет поотделно трябва да изготвят методология за извършване на оценката на въздействието на нормативните актове. Същинската дейност по осъществяването на оценка на въздействието на нормативните актове предстои след реализирането на тези етапи от регулаторния процес. Както често се случва в България за съжаление, времевите перспективи да бъдем свидетели на нормативноустановения цикъл не са обнадеждаващи.

Свободата на сдружаване според Търновската конституция (1879-1912)

Александра Айтова

The freedom of association according the Constitution of Tarnovo (1879-1912)

Alexandra Aytova

Abstract: *The freedom of association is not unfamiliar legal construction for the Bulgarian public life. It's foundations were established before the Liberation of Ottoman rule, and it's existence was inevitable mark of Bulgarian culture identity. Although the freedom of association wasn't incorporated in the Russian project of Bulgarian constitution, the father founders managed to validate it as a fundamental freedom. Thus until 1912 the latter showed it's potential and that was one positive aspect for the political and iconomical development of our state.*

Keywords: *freedom of association, political parties, Constitution of Tarnovo*

Настоящата статия си поставя за цел да анализира нормативното възникване и практическото приложение на свободата на сдружаване според Търновската конституция в периода 1879-1912 г. За целта последователно ще бъдат разгледани различните проявления на свободата на сдружаване, характеризиращи я като хибридна свобода, т.е. проявяваща двойствения си характер като гражданска обществена свобода и като политическа свобода¹, като едновременно с това, благодарение на анализа да действащата към онзи момент нормативна уредба, ще бъде очертано практическото приложение на тази свобода в рамките на конкретния период.

Сдружаването не е непозната правна фигура в българския обществен живот. „Петвековното робство под турците и свързаната с него тирания накараха българина да не живее сам, а да търси сдружение било за отстояване политически и религиозни правдини, било за запазване стопански блага, изложени всякогаш на риск пред разните бегове и десеткари”². Още преди Освобождението по нашите земи съществуват различни форми на съдружия. Такива са например еснафските организации³, къшлата, градинарските тайфи, дялгерските тайфи и т.н.⁴ Тоест към момента на приемането на Търновската конституция сдружаването при българите се приема като естествено продължение на една вековна традиция.

Въпреки това Руският проект за органически устав (който се явява работен проект за създаването на Търновската конституция) не предвижда свобода на сдружаване. Затова по време на разискването в Учредителното събрание от 27.03.1879 г. се прави предложение за създаване на нова разпоредба, която да бъде част от българската конституция: „*Българските граждани имат право да съставляват*

¹ По-подробно Виж: **Айтова, А.** Разбирането на основни права според Търновската конституция, В – Право и права, сборник в памет на проф. Росен Ташев, С.: УИ „Св. Климент Охридски“, 2016, 303-329.

² **Магеров, Б.** Кратка история на българската кооперация. С., 1939, 83.

³ По-подробно виж: **Неделева, П.** Българските еснафски организации през Възраждането: устройство, управление и уредба, С., 2012.

⁴ **Мишайков, Д.** Патриархалното зараждане на кооперативното дело в България. Във: Кооперативен сборник. С., 1939, 5 и сл.

дружества; това право не подлежи на никакви предварителни разрешения”⁵. Уточнява се, че под дружества ще се разбират асоциации, читалища, научни или земеделски, търговски и всякакви дружества, включително и политически партии.

Бащите учредители отхвърлят хипотезата за предварително утвърждаване на уставите на дружествата, защото това би създавало предпоставки на властта да ги преследва и наказва. Но, за да се въведат гаранции за опазване на интересите на обществото, нотабилите предвиждат възможността всички дружества, които са насочени против държавните и обществени интереси, да се преследват от законите.

Предложението е прието с висшегласие и конституционният текст придобива следния вид: чл. 83 от Търновската конституция определя, че: „Българските граждани имат право да съставляват дружества⁶ без всяко предварително разрешение, стига само целта и средствата на тия дружества са не принасят вреда на държавния и обществен порядък, на религията и добрите нрави”⁷.

Отгук възникват особеностите за изследването на свободата на сдружаване, защото тя притежава двойк характер: на първо място като *гражданска обществена свобода* и на второ място като *политическа свобода*. В този смисъл предоставянето на свобода на сдружаване може да се разглежда в зависимост от това към кой от двата вида свобода на сдружаване се отнася.

От буквалното тълкуване на конституционния текст се установява, че свободата на сдружаване не е предназначена за всички жители на страната, а само за българските граждани, като по този начин се оставя възможността държавата да ограничи това право на чуждестранните граждани със закон. Но това не е разбирането, което бащите учредители са вложили в свободата на сдружаване.

Когато свободата на сдружаване се реализира като *гражданска обществена свобода*, чл. 83 от Търновската конституция трябва са се тълкува във вр. с чл. 60 от Конституцията, който предоставя граждански права и на чужденците. В същия ред на мисли буквата на основния закон не изключва възможността на лицата от женски пол да се ползват от свободата на сдружаване, тъй като основната идея на свободата на сдружаване е упражняването на задружен труд. Защото „... няма предприятие – търговско, индустриално, научно, *художническо*, книжовно военно, гдето единичната личност да не усети безсилието си, щом остане сама, и гдето пък да не извърши чудеса, чрез това тъй просто и тъй естествено за човека средство – сдружаването”⁸.

Когато свободата на сдружаване се разглежда като *политическа свобода*, тълкуването отново е разширително във вр. с чл. 60 от Конституцията и със свобода на сдружаване под формата на създаване на политическа партия първоначално се ползват единствено и само българските граждани и то от мъжки пол. В последствие възможността за участие на лица от женски пол в състава на политическите партии, не успява да разгърне в пълен аспект възможността им за включване в политическия

⁵ Предложение на д-р Моллов – Във: Протоколи на Учредителното Българско народно Събрание в Търново, Пловдив, София, Русчук: Хр. Г. Данов, 1879, 251

⁶ Свободата на сдружаване и свободата на сбиране са тясно свързани; затова те са позиционирани в същия дял IX на Конституцията. Правото на сдружаване предполага правото на събиране, но това последното не предполага сдружаването. „Събирането е от случаен временен характер. Щом като едно събрание свърши, присъстващите се разотиват и никаква по-нататъшна връзка не съществува помежду им. В сдружението, напротив, което е изникнало от едно или няколко събрания, имаме един траен резултат, едно общество или дружество е образувано. Участниците са негови членове, свързани са като части на едно цяло, поддържат трайни връзки помежду си за постигане на една обща цел”. Киров, С. Правата на българските граждани. Книпеграф, 1942, 182.

⁷ Конституция на Българското княжество (Закон от 16 април 1879 г.). – Във: Сборник на действащите съдебни закони в Княжеството (1878–1904). Официално издание на Министерството на правосъдието. С., Държавна печатница, 1904.

⁸ Киров, С. Цит. съч., 183.

живот на страната, чрез прякото им участие в държавното управление, в качеството им на народни представители.

Затова в зависимост от естеството и целите на конкретните сдружавания, свободата на сдружаване, проявяваща се във възможността за съставяне на дружества и участието в публичния и стопанския живот на страната, последната може да бъде обособена в два главни дяла: граждански и политически⁹, които имат съответните особености, отново породени от хибридният характер.

I. Сдружаването като гражданска обществена свобода.

В зависимост от естеството на целите на конкретните сдружавания, свободата на сдружаване се проявява във възможността за съставяне на дружества, които от своя страна биват със стопански и нестопански¹⁰ характер.

Към сдруженията със стопанска цел се причисляват тези дружества, които имат търговска и промишлена цел, а задачата им е реализирането на стопански резултат и тъй като те разполагат с чужди капитали, „не могат“, както се споменава и при разискванията, „да останат без особен надзор“¹¹. Затова те преминават в друга област – в гражданското и търговското право. И тъй като биват уредени чрез съответните законови нормативни актове, тези дружества се отличават и по това, че съгласно устройствените им закони са въздигнати в юридически лица. Затова законодателят въвежда особени задължения и формалности, по повод възникването им, респ. реализирането на свободата на сдружаване, които обаче не включват предварително разрешение за образуването им.

Дружествата с цел различна от стопанската не подлежат нито на проверка при образуването им, нито на такава след като бъдат образувани. Следят се само делата им чрез средствата, до които прибягват, за да не бъдат между забранените, т.е. посочените във втората половина на чл. 83 от Конституцията – да не бъдат противни на законите, общественения ред и добрите нрави.

В същото време всички религиозни и благотворителни общества притежават имоти, получават дарения и завети и *de facto* също са юридически лица. Общините са юридически лица по силата на законите за общините, църквите и Св. Синод също – по силата на Екзархийския устав¹² и устройствените актове на останалите представени вероизповедания.

За нестопанските сдружения, като политическите партии и професионалните сдружения, например, в рамките на разглеждания период липсва нарочен закон, защото Законът за лицата¹³ не предлага нормативна уредба на юридическите лица¹⁴ и на практика единствената законова предпоставка, въз основа на която се образуват нестопанските сдружения, за които няма особен закон, остава конституционната разпоредба на чл. 83 ТК, както и Постановление на МС от 09.01.1888 г., с което се определя, че и всяко нестопанско дружество е и юридическа личност, щом като е съставено, без да се иска утвърждаването му. Но ако за някое дружество се поиска

⁹ Киров, С. Цит. съч., 188.

¹⁰ Пак там. Друг пример за практическото приложение на свободата на сдружаване е възможността за създаването на съсловни организации. Като пример за такава организация е създаването на Учителския съюз в България. В рамките на настоящата статия обаче, съсловните организации няма да бъдат разглеждани.

¹⁰ Пак там.

¹¹ Пак там.

¹² ДВ, бр. 23 от 30.01.1895 г. и последващите устави.

¹³ ДВ, бр. 273 от 17.12.1907 г.

¹⁴ Законът за юридическите лица е приет чак с ДВ, бр. 13 от 10.04.1933 г.

утвърждаването му, то тогава надлежният министър да утвърди устава му. Защото такава е била традицията¹⁵. Единствено компетентен да разреши въпроса за това кога едно дружество е станало вредно и трябва да бъде забранено, това е съдът, по внесено искане от прокурора, а не по усмотрение на изпълнителната власт.

За да може да се илюстрира юридическото проявление на свободата на сдружаване, в рамките на тази статия ще бъдат разгледани сдруженията със стопанска цел, чиито представители са кооперативните и търговските дружества.

А. Сдружения със стопанска цел

Първият представител на сдруженията със стопанска цел са кооперативните сдружения. Те не са ново явление за българските граждани, а начин за оцеляване на населението чрез влагането на съвместни усилия в извършването на определена работа¹⁶. Ето защо, когато след Освободителната война се повдига въпросът за създаването на кооперация, българинът възприема „охотно тая идея и посвети големи усилия на нейното реализиране“¹⁷.

Първоначалната законодателна уредба на кооперативните дружества се намира в Търговския закон¹⁸ (чл. 239–267 ТЗ), но данните за зараждането на кооперативното движение в Княжеството след освобождението датират от 1888 г. Първият инициатор за образуването на кооперативни съдружия е бившият секретар на Светия Синод Стефан Костов, който чрез обстоен анализ на икономическата обстановка в страната изтъква предимствата и ползите от кооперативните сдружения¹⁹. Първото кооперативно сдружение е образувано на 11 юли 1890 г. в с. Мирково, а негови инициатори са училищният инспектор Тодор Йончев и общественикът Тодор Влайков. Тоест кооперативните сдружения започват да съществуват седем години по-рано от приемането на първата им нарочна законова уредба. В края на 1904 г. вече има основани 24 кооперативни дружества, които работят за стопанското и културно повдигане на народа²⁰. Това идва да подкрепи съжденията, че и този вид сдружения изначално се опират пряко на чл. 83 от Търновската конституция и гореспоменатото ПМС от 1888 г., което им придава статут на юридически лица.

Защо при разглеждането на сдруженията със стопанска цел правя разграничение между кооперативните сдружения и търговските дружества?

За разглеждания времеви отрязък 1879 – 1912 г. съществуват три теории относно кооперативните сдружения: 1. Че кооперативните дружества са търговски дружества²¹; 2. В зависимост от предмета на дейност на дружеството то може да бъде причислено към търговските дружества или не²² и 3. Отрича се търговския характер на дружеството²³.

Последното твърдение е възприето от теорията като господстващо и „с основание, защото интересуващата ни дружествена проява отдавна се обособи в своя отделна област и се постави на основи, съвсем различни от същинските търговски дружества“²⁴.

¹⁵ Киров, С. Цит. съч., 189.

¹⁶ Магеров, Б. Цит. съч., 83 и сл.; Мишайков, Д. Цит. съч., 5 и сл.

¹⁷ Магеров, Б. Цит. съч.

¹⁸ Държавен вестник, бр. 114 от 29.05.1897 г.

¹⁹ Костов, С. Съдружествата в Европа. С., 1888.

²⁰ Магеров, Б. Цит. съч., 84.

²¹ Wilkowsky, G. und H. Levy, zur § 101 G.V.G., Berlin. 1895.

²² Turnau, W. Justizverfassung in Preussen. I, Berlin und Leipzig, 1882, 463.

²³ Stuckmann, J. zu § 101 G.V.G., 1897.

²⁴ Диков, Л. Търговско право, печатница Балкан. С., 1925, 356.

Първата специална законова уредба на кооперативните дружества, както вече бе споменато, се прави с Търговския закон.

Съгласно чл. 239 ТЗ това е такова „*дружество, съставено от неопределен брой членове, което се учредява с цел, щото чрез задружно търгуване, или пък върху основа на взаимност, да се даде подтик на кредита, индустрията или на земеделието*“. От така цитираната норма се вижда, че за разлика от всички други търговски дружества, кооперативните не са създадени с цел печалба, а притежават и едно допълнително качество – да участват в социалното повдигане на населението²⁵ и развитието на културата на занаята²⁶ чрез въвеждането на иновационни практики и използването на световните достижения в дадената област.

Друга отличителна черта на кооперативните сдружения е изброяването *numerus clausus* на видовете кооперативни дружества, а съгл. чл. 239, ал. 2 ТЗ – това могат да бъдат дружества за аванс и откриване на кредит; дружества, съставени за задружно купуване на сурова материя, за поддържане на общи складове или за задружно произвеждане и търговска сделка; дружества за потребление; дружества за построяване здания за живеене, взаимни застрахователни дружества, спестовни дружества. В същото време търговските дружества могат да имат произволен предмет на дейност.

По отношение на практическото приложение на свободата на сдружаване, кооперативното дружество се счита съставено, когато е изработен уставът на дружеството и след вписването на последното в търговския регистър към окръжния съд по седалището на последното (чл. 240 във вр. с чл. 242 ТЗ). Самото сдружаване не се счита за съществуващо преди вписването му в търговския регистър и преди обнародването му (чл. 244 ТЗ) в Държавен вестник (чл. 4 ТЗ).

В този случай функцията на съда се свежда до това да *удостовери*, че са спазени изискванията на закона за съдържанието на устава на дружеството; да извърши едно регистърно производство за вписване на дружеството в Търговския регистър (който към онзи момент не е централизиран и общ, а отделен в рамките на териториалния обхват на съответния *окръжен* съд); и обнародването на данните в Държавен вестник, за да могат да придобият оповестителна функция спрямо трети лица.

В този случай съдът не разрешава или забранява съставянето на дружество, а само го вписва и обнародва. Поради това изискванията на чл. 83 от Търновската конституция са хармонизирани с разпоредбите на ТЗ.

За членовете на кооперативното дружество се прилагат общите правила на ТЗ, които включват следните изисквания: че в дружествата могат да участват лица и от двата пола, когато имат гражданска правоспособност (т.е. навършили 21 години). При положение, че лицата са непълнолетни, но навършили 18 години, да бъдат освободени от настойничество и да имат писмено разрешение от баща си или майка си за упражняване на стопанска дейност и поемане на задължения по произтичащите от това сделки. Тези разрешителни се представят в канцеларията на *областния* съд за вписване и обнародване в Държавен вестник.

По този начин се въвеждат допълнителни изисквания към лицата, за да могат да притежават свобода на сдружаване, но те са оправдани от гледна точка на гражданския оборот и защитата на правата на гражданите. По този начин законодателят въвежда гаранции за превантивни действия спрямо евентуалното принасяне на вреди на държавния и обществен порядък и увреждане на гражданите.

Поради това, че кооперативното дружество не е по своята същност търговско дружество, към този вид сдружавания не е приложима разпоредбата на чл. 9 от ТЗ, а

²⁵ Влайков, Т. Развой на кооперативното дело в България. С., 1939, 30.

²⁶ Магеров, Б. Кооперативните сдружения. С., 1939, 80.

именно, че за да упражнява търговска дейност, жената трябва да има изричното или мълчаливо съгласие на своя съпруг. Така лице от женски пол, може да бъде член на кооперативното дружество, без да е необходимо съгласието на брачния ѝ партньор.

Съгласно чл. 83 ТК правото на сдружаване не може да бъде ограничено със закон спрямо лицата с чуждо поданство, но ТЗ не оперира с понятието „гражданство“, а използваният термин е „лица“, от което следва, че съгл. ТЗ законодателят не е ограничил правото на стопанско сдружаване на чужденците.

На 17 февруари 1907 г. е приет Закон за кооперативните сдружавания²⁷ (ЗКС), с който материята на кооперативните сдружавания е отменена от Търговския закон и е поместена в *lex specialis*.

С чл. 1 от ЗКС се прави легално определение на понятието за кооперативно сдружаване: „Кооперативно сдружаване, в смисъл на настоящия закон, е всяко дружество, съставено от неопределено число членове, което се учредява с цел, щото чрез задружно извършване на работите или чрез взаимността да развие икономичните интереси на членовете си и да даде подтик на кредита, на земеделието на индустрията и занаятите“.

Към кооперативните сдружавания се причисляват сдружаванията за аванси и откриване на кредит; сдружаванията за задружно купуване на сурови материали, на инструменти за работа, както и необходимите домашни и за селското стопанство предмети (потребителни сдружавания); сдружаванията, съставени за задружно употребление на земеделски и индустриални машини и други оръдия на производството, за доставяне на породист добитък и пр.; сдружаванията, съставени за задружна продажба на земеделски и индустриални произведения и за поддържане на общи складове; сдружавания, образувани за общо произвеждане и фабрикуване (производителни сдружения); сдружения за построяване за живеене; сдружения за взаимни застраховки²⁸.

С тази разпоредба се постига едно разширяване на обема на извършваната дейност от тези сдружения в сравнение с предвидените възможности за сдруженията по ТЗ.

По отношение на лицата, които имат право да съставят кооперативни сдружения, чл. 3 от ЗКС предвижда на първо място, че това могат да бъдат обществените и частни кооперации и кооперативни сдружения – т.е. признава се възможността учредители на едно кооперативно дружество да бъдат вече съществуващи сдружения – юридически лица, за чиято националност, законодателят не подчертава нищо конкретно и с това дава възможността учредители на такива кооперации да бъдат чуждестранни такива, регистрирани извън границите на страната ни.

Членовете на кооперативното дружество се избират *intuito personae*.

Така по отношение на частните (физическите) лица - учредители на кооперативното сдружение са въведени допълнителни изисквания спрямо уредбата от ТЗ. Така например е установен законов минимум на членовете кооператори за учредяване на дружеството и това са 7 души. Санкцията, която законът налага за неспазването на това изискване, е прекратяването на кооперативното сдружение. И не само това по отношение на физическите лица има въведени и други изисквания – те трябва да са български поданици, които се ползват с граждански и политически права, не са осъждани за лихоимство, не се намират под съдебно следствие и разполагат с имотите си. Тоест от кръга на лицата кооператори законодателят изважда лицата с

²⁷ ДВ, бр. 45/1907 г.

²⁸ Повече за дейността на различните видове кооперативни дружества. – Вж: Магеров, Б. Кооперативните сдружения. С. 1939, 79; Развитие на кредитните кооперации. С., 1939.

чуждо поданство, както и българските поданици от женски пол, защото те не се ползват с политически права. Отгук-нататък кръгът на лицата е допълнително стеснен с изискванията лицата да не са осъждани за лихоимство, което предполага влязла в сила съдебна присъда, както и да не се намират под съдебно следствие – т.е. започнал е наказателен процес, в състояние на недоказаност на извършването на едно престъпление; една мярка, предхождаща издаването на присъда от надлежен съд. С оглед на обезпечаването на отговорността на кооператорите спрямо трети лица законът изисква те да разполагат с имущество и да упражняват фактичката власт върху него, защото в сдружението може да бъдат включени както ограничено отговорни, така и неограничено отговорни съдружници (чл. 8. ЗКС). По този начин законът ограничава свободата на сдружаване в проявлението ѝ като сдружаване в кооперативно дружество.

Кооперативното сдружаване се счита, съставено само при положение, че отговаря на изискванията за определен минимален брой членове, при наличие на устав – писмен, който да е изработен и приет от учредителното събрание и след вписването на дружеството в търговския регистър и обнародването на това вписване (чл. 5 ЗКС). За членовете на кооперативните сдружения законът предвижда наличието на правоспособност, ако уставът на сдружението не предвижда други ограничения, т.е. това е една диспозитивна правна норма, която се осланя на свободата на договаряне между страните.

Допълнителен критерий за кооператорите се въвежда с чл. 14, ал. 3 от ЗКС – член на кредитно сдружаване може да бъде само този, който постоянно живее в седалището на сдружаването, което е още една отклика от търговските дружества по ТЗ. Тази разпоредба е свързана с териториалния обхват на дейността на кооперативните сдружавания. Те не могат да действат на територията на цялата страна, а само в района на седалището на кооперативното сдружение²⁹, което е и още разграничаване от търговските дружества³⁰.

На чиновниците не е забранено да се сдружават като членове на кооперативни сдружения. Така през 1912 г. Спестовното застрахователно чиновническо кооперативно дружество (създадено през 1905 г.) остава в българската история като единственото застрахователно сдружение, което поема военния риск за живота на членовете си, без каквото и да било утежнение на застрахователната премия. „С това то прави революция и подкрепя близките на убитите си членове и излезе многократно засилено и с чест от войната. Силата е в идейността и ентузиазма на членовете, които доброволно са дали съгласието си да се борят и подпомагат взаимно, за да обезпечат семействата си при преждевременна смърт или да си гарантират спокойни старини”³¹. Или с други думи държавата в лицето на изпълнителната власт не упражнява вмешателство по отношение на правото на сдружаване на чиновниците, що се касае до участието им в кооперативни сдружения, което само по себе си е една различна държавна практика, ако я сравним с правото на съсловно сдружаване – например забраната за съществуването на учителския съюз, като ярък изразител на критика срещу управлението на Стефан Стамболов.

Друг въпрос, който се отнася до свободата на сдружаване, е контролът, който се упражнява след съставяне на дружеството. Съгласно чл. 78 от ЗКС, единствено компетентен за това е съдът. Грижите по отношение на кооперативните сдружавания: за целта и средствата на дружествата и съотносимостта им със опазването на обществения порядък, религията и добрите нрави, са предоставени в ръцете на съдебната власт. Нито изпълнителната власт, нито отделните министри имат правото да

²⁹ Магеров, Б. Кратка история на българската кооперация. С., 1939, 87.

³⁰ Кинкел, И. Кооператизъм и частна търговия. С., 1939, 57 и сл.

³¹ Иванов, Ал. Кооперативно застраховане. С., 1939, 109–118.

упражняват контрол и последващите ограничителни действия по отношение на свободата на сдружаване.

Защо дотук беше обърнато внимание на кооперативните сдружавания като част от стопанските дружества? Защото в рамките на разглеждания период, а и десетилетия след него, това е една от характерните и най-масови форми на сдружаване на българските граждани. Но също така по обхват на своята дейност, националната принадлежност на средствата на тези дружества (те са чисто български, без чужди инвестиции), оборота им и с участието си във формирането на брутния вътрешен продукт на държавата, кооперативните сдружения многократно надвишават дела на търговските дружества³² и в този смисъл са основната движеща сила за развитието на националното ни стопанство. Като достъпът до тази форма на сдружаване, противно на чл. 83 от Търновската конституция, е забранен за чужденци.

След Освобождението по нашите земи започва разрастване на търговията, а оттам и необходимостта от законова регламентация на търговските отношения във всичките им аспекти. Независимо че е реципиран от Френския търговски кодекс, Турският търговски закон от 1850 г., който запазва действието си след Освобождението, не е в състояние да отговори на обществените потребности и стопански нужди на страната. В него липсват редица основни институти, които се нормират от по-новите европейски законодателства³³. Така, например, материята за дружествата е непълна.

Търговският закон³⁴ от 1897 г. взема като модел по отношение на търговските дружества тяхната уредба от унгарския търговски закон, респ. търговското законодателство на германските народи.

Включените в ТЗ³⁵ дружества са: събирателното дружество (чл. 70–126 ТЗ); командитното дружество (чл. 127–147 ТЗ); акционерното дружество (148–218); командитното дружество с акции (219–225) и сдружение със съучастие (268–271). Като първите четири са търговски дружества, а последното - не, но поради липсата на специален закон и единствена регламентация в ТЗ, то ще бъде разгледано тук, от гледна точка на правото на сдружаване.

От своя страна лицата, които по своето занятие се занимават с търговски дела, според чл. 2 ТЗ се наричат търговци. По отношение на свободата на сдружаване и кръга от лица, които могат да съставят дружества на търговското право, е важно, че правилата за търговците се прилагат и за търговските дружества³⁶ (чл. 3 ТЗ). Следователно изискванията за лицата, които могат да бъдат търговци, се отнасят и за лицата, учредители на търговските дружества.

А именно, че търговия може да се извършва от пълнолетни лица, което предполага да разбират свойството и значението на актовете, които извършват, затова не могат да бъдат търговци, респ. изначални или последващи членове на търговски дружества лица, които се намират под настойничество поради умоповреждане, както и лица, които се намират под попечителство³⁷ (чл. 8 ТЗ).

Търговският закон не поставя ограничения по отношение на гражданството на лицата. По отношение на пола им чл. 9 от ТЗ постановява, че жена може да се занимава

³² Начев, Д. Кооперативен сектор в нашето национално стопанство. С., 1939, 105–108.

³³ Токушев, Д. История на новобългарската държава и право 1878–1944. С., Сиби, 2001, 203.

³⁴ ДВ, бр. 114 от 29 май 1897 г.

³⁵ В периода 1879–1912 г. не съществува дружеството с ограничена отговорност. То се появява по-късно със Закон да дружества с ограничена отговорност. – ДВ, бр. 28 от 08.05.1924 г. Това е причината, поради която дружеството с ограничена отговорност няма да бъде предмет на разглеждане от настоящето изследване.

³⁶ Чл. 3 ТЗ.

³⁷ Чл. 8 ТЗ.

с търговия с изричното или мълчаливо съгласие на мъжа си. Това предполага, че пълнолетна гражданка, която не е встъпила в брак, не може нито да бъде член на търговско дружество, нито да упражнява търговска дейност. Което само по себе си е схващано от обществото по-скоро като защита за самата жена, отколкото като ограничение на свободата на сдружаване. Това е и причината, поради която омъжена жена не може да бъде неограничено отговорен член в търговско дружество, без изричното пълномощие от страна на съпруга, а ако той отсъства или поради негово болестно състояние, това разрешение се дава от надлежния съд³⁸ (чл. 9, ал. 4 ТЗ).

С търговска дейност и да се считат задължени по отношение на сключените от тях договори могат да бъдат лица, които не са навършили гражданско пълнолетие (21 години). Те трябва да са навършили 18-годишна възраст, да бъдат освободени от настойничество и да имат писмено разрешение от баща си или майка си. При положение, че лицата нямат баща или майка, разрешението се дава от настойника, след утвърждаването му от роднинския съвет и от областния съд в зависимост от това къде мисли да установи местожителството си непълнолетният. Тези разрешителни се вписват в търговския регистър и се залепват в сградата на общинското управление, като едновременно с това се обнародват в Държавен вестник. (чл. 4, ал. 1 ТЗ).

Така по отношение на членовете на събирателното дружество³⁹ могат да се открият следните особености:

На първо място членове на СД могат да бъдат както физически (пълнолетни и дееспособни), така и юридически лица (до колкото уставите им предвиждат такава възможност). Техният минимален брой е 2 лица. Тъй като ТЗ предвижда, че всички членове на СД са неограничено отговорни за неговите задължения, то за членовете от женски пол тук важи принципът за изричното пълномощно, издадено от съпрузите им. СД е дружеството, което включва членове, избрани с оглед на личността им⁴⁰.

За членове на командитното дружество могат да бъдат избрани лица без оглед на гражданството. Специфичното за командитното дружество е това, че в сдружението участват два вида членове – ограничено и неограничено отговорни. Ограничено отговорните отговарят за задълженията на дружеството само до размера на дяловата си вноска, а останалите отговарят неограничено с цялото си имущество⁴¹. Това има отношение към пола на съдружниците, защото в чл. 9, ал. 4 ТЗ се постановява, че жената не може да сключи договор за такова търговско дружество, което влече подире си неограничена отговорност, освен ако не притежава изричното писмено съгласие на съпруга си или от съда, когато съпругът отсъства или е възпрепятстван заради болест. Тоест тук отново се цели една закрила на считаната за икономически по-слаба страна – лицето от женски пол, което с участието си в такова дружество може да загуби цялото си имущество.

За членове на акционерното дружество (АД) могат да бъдат избрани както български, така и чуждестранни граждани; както физически, така и юридически лица, както мъже, така и жени. По-различното по отношение на АД е, че акционерите участват само с влогове, без да бъдат неограничено отговорни⁴², като законът въвежда изискване за номинална стойност на всяка акция, а оттам и определена парична

³⁸ Чл. 9, ал. 4 ТЗ.

³⁹ Съгласно чл. 70 ТЗ: Събирателно дружество се образува, когато две или повече лица се съгласят да правят търговия по обща фирма и при неограничена и солидарна отговорност продължават търговско занятие.

⁴⁰ Диков, Л. Търговско право. С. Печатница Балкан, 1920, 120.

⁴¹ Чл. 127, ал. 1 ТЗ.

⁴² Чл. 148 ТЗ.

стойност за участие на акционерите. Така при минималния капитал на АД, чийто размер е 200 000, номиналната стойност на акцията не може да бъде по-малка от 50 лв. и по-малка от 100 лв., когато капиталът надминава тази сума.

ТЗ включва уредба и за чуждестранни акционерни дружества. Това са АД – юридически лица, образувани извън нашата територия и в този смисъл се явяват чуждестранни юридически лица, независимо дали акционерите в тях са с българско поданство⁴³. Тук изискванията за сдружаването на членовете на чуждестранното АД се определят не от българското законодателство, а според изискванията на съответния *lex domicilii*⁴⁴.

По отношение на сдружаването в командитни дружества с акции законът прилага правилата за АД. То се съставя от ограничено отговорни и лично отговорни съдружници. Последните трябва да внесат такъв капитал, който да представлява поне 1/10 част от всички капитал на съдружниците акционери. При това дружество свободата на сдружаване се разпростира над българските и чуждестранните граждани, като за лицата от женски пол – неограничено отговорни съдружници, трябва да притежават изрично писмено разрешение от съпрузите си или от съда.

Относно липсата на разрешителен режим за съставянето на събирателното дружество, то за действителността на дружествения договор законът не изисква никаква формалност⁴⁵, което означава, че дружественият договор на СД може дори да бъде устен. За да има оповестително действие спрямо трети лица, СД трябва да бъде вписано в търговския регистър, окръжния или областен съд.

За съществуването на командитно дружество ТЗ въвежда изискването за *forma ad solemnitatem* – писмена форма⁴⁶. Дружеството се счита възникнало с подписването на договора за съставянето му⁴⁷. Изискването за вписването му в регистъра и вписването му в регистрите на всеки областен съд, в чийто район това дружество има клон, има информативно действие спрямо третите заинтересовани лица. Така спрямо третите лица отношенията на дружеството започват да съществуват след обнародването му или от деня на започване на извършването на стопански операции, което може да бъде и преди обнародването му⁴⁸.

За да се счита съществуващо едно акционерно дружество, то трябва да бъде вписано в Търговския регистър и обнародвано по установения ред в Държавен вестник. Този режим има отношение към валидността на издадените от АД акции, защото ценните книжа, издадени преди вписването и обнародването на дружеството, са недействителни и техните издатели са солидарно отговорни за всяка произхождаща от това загуба⁴⁹. Също така лицата, които действат от името на дружеството преди вписването и обнародването му, законът определя за лично и солидарно отговорни.

За да могат да извършват търговска дейност в пределите на България, чуждестранните акционерни дружества трябва да се регистрират в онзи областен съд, в окръга на който отварят клон или агенция. От гледна точка на гаранция за гражданския оборот и защита на правата на съконтрагентите на тези дружества, ТЗ изисква пред

⁴³ Чл. 226 ТЗ.

⁴⁴ Чл. 227 ал. 1 ТЗ от 05.01.1904 г. До тогава Търговският закон определя, че всяко чуждестранно АД което желае да има и второ седалище или представителство в България, трябва да има освен един главен представител, но и един управителен комитет, състоящ се от трима членове – български граждани, живеещи в Княжеството, които ще носят съвместна отговорност за изпълнение на изискванията на ТЗ.

⁴⁵ Диков, Л. Цит. съч., 118.

⁴⁶ Чл. 127 ал. 4 ТЗ.

⁴⁷ По аргумент от чл. 127 ал. 4 ТЗ.

⁴⁸ Чл. 139 ТЗ.

⁴⁹ Чл. 168 ТЗ.

надлежащия съд да бъдат представени доказателства за съществуването им зад граница; да бъде внесен определен залог, ако правителството е определило такъв, да е избрало за местожителство един от градовете на Царството и е назначило генерален пълномощник.

Командитните дружества с акции изискват нотариална форма на дружествения договор⁵⁰. Съществуването на командитното дружество започва след вписването му в търговския регистър и обнародването му в Държавен вестник.

По този начин ТЗ не предвижда никакъв разрешителен режим, който да изразява вмешателство на държавата под форма на пречка в реализацията на свободата на сдружаване.

Дружествата по Закона за задълженията и договорите, също са пример за свободата на сдружаване, уредени са в чл. 445–482 от Закона за задълженията и договорите⁵¹ (ЗЗД).

От легалното определение за договора за дружество става ясно, че чрез този договор две или повече лица се съгласяват да „турят нещо в общо, с цел да делят ползата, която може да последва от това“. Като всеки от съдружниците трябва да внесе в дружеството или пари, или имоти, или своята работа. Тоест целта на договора за дружество е такова обединение на имущество и усилия, които да доведат до една обща стопанска цел. Важна характеристика на това съдружие е и фактът, че по правната си същност то не е юридическа личност, не е самостоятелен, различен от съдружниците правен субект. Правата и задълженията не възникват за самото дружество, а за съдружниците в него. Това е и причината, поради която тези дружества се наричат неперсонифицирани.

От тази гледна точка ЗЗД различава общи и частни дружества.

От своя страна общите дружества се разделят на:

- А) Дружество на всичките настоящи имоти и
- Б) Дружество на всички печалби

А) Дружеството на всички настоящи имоти – това е такова дружество, в което страните слагат в общо ползване всички движими и недвижими имоти, които владееят по време на съставянето на дружеството и ползите, които ще последват от тях⁵². По отношение на последващо придобиване на имущество по наследство или дарение собствеността не може да стане обща между съдружниците. Такова съглашение е императивно забранено със санкция за недействителност.

Б) Дружество на всички печалби – то включва всичко, което страните могат да придобият със своята промишленост, на каквото и основание да бъде това, до момента до който дружеството съществува⁵³. Движимото и недвижимо имущество, което съдружниците притежават не влиза като съсобствено с останалите съдружници, а общността върху него се изразява по отношение на правото му на ползване.

Per argumentum a contrario, с чл. 450 ЗЗД се залага императивното правило, че при договора за дружество от тип „А“ писмената форма е *forma ad solemnitatem*. Докато при договор за дружество от тип „Б“ простото съглашение е достатъчно за възникването на дружеството.

Защо се наложи да бъде направена тази кратка характеристика на общите дружества по ЗЗД? Защото това има отношение към свободата на сдружаване и специалните качества, на които трябва да отговарят съдружниците, за да могат да се

⁵⁰ Чл. 221 ТЗ.

⁵¹ ДВ, бр. 286 от 05.12.1892 г., изм. ДВ, бр. 31 от 10.02.1904 г.; изм. ДВ, бр. 189 от 31.08.1910 г.

⁵² Чл. 448 ЗЗД.

⁵³ Чл. 449 ЗЗД.

сдружат в такова дружество. Общо дружество по ЗЗД може да бъде съставено само и единствено между лица, които са способни да правят и получават дарение едно от друго и на които не се забранява да си отстъпват един другиму ползи в ущърб на други лица⁵⁴. Това означава, че лицата, участници в общото дружество⁵⁵, трябва да са способни да правят завещания⁵⁶. Това изискване към съдружниците означава, че към момента на съставяне на дружествения договор лицата трябва да са навършили 21-годишна възраст, да са със здрав ум и да не са поставени под запрещение поради слабоумие⁵⁷. Едновременно с това членовете на общото дружество трябва да отговарят и на условията за получаване по завещание, а това включва следните характеристики⁵⁸: да имат право да наследяват по закон, да не са лица, свързани по служебното си положение с неправомерна облага от завещанието⁵⁹, както и да са в определени доказани родствени връзки, които имат отношение към правото на получаване по завещание⁶⁰. Това са едни специфични изисквания към членовете на общото дружество по ЗЗД – лицата, участници в дружеството, да могат да си даряват и да получават дарение един от друг. Такива критерии за подбор на членовете не присъстват както в другите видове дружества – стопански, политически, професионални, така и спрямо втория вид дружества, които ЗЗД регулира – частните дружества. Поради липса на изрична уредба относно пола и гражданството на лицата следва, че съдружници в такива дружества могат да бъдат както лица от женски пол, така и лица с различно гражданство от българското.

Самите частни дружества са уредени в чл. 452 ЗЗД. Частното дружество е това, което има за предмет няколко определени вещи или тяхното ползване, или плодовете, които могат да се добият от тях. Разликата тук се явява от факта, че общността, възникваща от дружествения договор, се отнася за конкретно определени вещи от патримониума на членовете, а не се простира върху цялото движимо и недвижимо имущество, което притежават. Също така общността, произтичаща от сдружаването, се отнася до всички елементи на правото на собственост, а именно разпореждането с вещта, нейното ползване и събирането на плодовете от нея.

Под частно дружество законът разбира и договор за дружество, чрез който няколко лица се сдружават за едно определено предприятие или упражняването на някое занятие.

Тъй като ЗЗД не споменава изрично изискване към членовете на частните дружества по ЗЗД, то те трябва да са навършили гражданско пълнолетие, за да могат да извършват разпоредителни сделки с притежаваното от тях имущество. Отново няма поставени изисквания за гражданство или пол.

II. Сдружаването като политическа свобода

В разглеждания период започва развитието на партийните движения в новоосвободеното княжество, представляващи обединение на лица около определени политически идеи и виждания за развитието на държавния и обществен живот, чиято цел е реализирането на прякото участие на политическите партии в управлението на държавата.

⁵⁴ Чл. 451 ЗЗД.

⁵⁵ Чл. 308 ЗН, ДВ, бр. 20 от 25.01.1890 г.

⁵⁶ Чл. 48 ЗН

⁵⁷ Чл. 451 ЗЗД, във вр. с чл. 308 ЗН, във вр. с чл. 48 ЗН.

⁵⁸ Чл. 451 ЗЗД, във вр. с чл. 309 ЗН, във вр. с чл. 49 ЗН.

⁵⁹ Чл. 56 ЗН, чл. 54.

⁶⁰ Чл. 52–54 ЗН.

Още по време на Учредителното събрание ясно се открояват двете основни течения, от които ще се развие семейството на политическите партии в България – това са либералите и консерваторите. А за периода от 31 години: 1879–1912 г. в България се открояват общо 15 партии⁶¹ с демократични, социални и земеделски идеали.

Правната рамка, благодарение на която се регулира съществуването на политическите партии, като израз на свободата на сдружаване на българските граждани, се базира върху чл. 83 от Търновската конституция, ПМС от 09.01.1888 г., с което партиите са обявени за юридически лица, както и съответните устави на конкретно съществуващите политически сдружения.

Практическата регулация на свободата на сдружаване, чрез устройствените актове на политическите формации, определя кръга от лица, които могат да се ползват от нея. От разглеждането на уставите на съществуващите политически партии към онзи момент прави впечатление следното:

Член 83 ТК предвижда, че свободата на сдружаване се отнася до българските граждани. И тъй като юридическите лица придобиват своята правосубектност от момента на съставянето им, те са приравнени на гражданите. Затова и в част от уставите на политическите партии е включена възможността наред с физическите лица, членове на дадено политическо сдружение да бъдат и отделни юридически лица⁶².

Така, например, в проекта за устав на Народната либерална дружина⁶³, чл. 26 казва, че: „Може по същия начин да се свързва с дружеството всяка друга дружина, дружество, беседа, или тяло, което си взема за цел да разпространява либералните начала и което би отнесло за аффирмиране⁶⁴ по следующите условия.

Такава дружина, дружество, беседа или тяло ще внася годишно не по-малко от 50 лв. във фондовете на дружината.

Според чл. 27. на Устава Управляващото тяло на никоя дружина, дружество, беседа или тяло, аффирмирано с Централната дружина, и което има не по-малко от 50 членове, може да назначи едного от стареите си, включително секретаря за *ex officio*⁶⁵, член на главния комитет⁶⁶. Тоест в рамките на едно политическо сдружение за членове могат да бъдат приети и други самостоятелни сдружения, които споделят идеите на партията. Още повече, че от чисто организационна страна дружините са местните структури на дадена политическа сила, които в своята съвкупност образуват партията⁶⁷.

⁶¹ Куманов, М. Политически партии, организации и движения в България и техните лидери, 1879–1949. Кратък исторически справочник. С.: Просвета, 1991.

⁶² Ако погледнем към търговското право, най-типично доказателство за това е разграничението на акционерните дружества в зависимост от мястото на регистрацията им – национални и чужди. Също така пак по аргумент от Търговския закон членове на търговското дружество могат да бъдат и юридически лица.

⁶³ Николова, В., Д. Саздов. Програмни документи и устави на буржоазните партии в България 1879–1918. С.: Наука и изкуство, 1992, 32.

⁶⁴ Има се предвид приемане на член в дружеството, включване в дружеството. По всяка вероятност терминът е неправилно приложен, по простата причина, че латинският термин е *affirmatio* – уверяване, потвърждаване. – Юридически латинско-български речник. С.: Юриспрес, УИ „Св. Климент Охридски“, 2004.

⁶⁵ Служебен.

⁶⁶ БИА – Национална библиотека „Св. Св. Кирил и Методий“, ф. 11, а.е. 12, л. 21–24.

⁶⁷ Устав на либералната партия. – Във : Четвърти конгрес на либералната партия. С., 1905, 321–323; Устав на Софийската либерална дружина. София, 1904 – ЦДА, ф. 410, оп. 2, а.е. 24, л. 8–10; Устав на либералната партия от 29.10.1897 г. – ЦДА, ф. 401, оп. 1, а.е. 4, л. 4–5; Устав за организация на демократическата партия в България. – Във: Програмни решения на Трети събор на Демократическата партия в България. С., 1904, 173–175; Устав на демократическата партия в Годишник на Демократическата партия. Год. III. С., 1912, 191–194 и т.н.

Що се отнася до членовете физически лица, уставите на партиите включват определени изисквания като гражданство, пол, дори и съсловна принадлежност:

На първо място изискването за българско гражданство е регламентирано в конституцията, но също така е пренесено като модел на формулировка на едно от главните изисквания за притежаването на качество на партийен член. Всички съществуващи партии в разглеждания период изискват наличие на българско гражданство.

По отношение на изискването за полова принадлежност, обаче, различните политически формации, прилагат различни критерии. Свободата на сдружаване е предоставена на българските граждани от конституцията, без оглед на техния пол, още повече, че към онзи момент правото на сдружаване се класифицира в зависимост от конкретния случай. Следователно под понятието български граждани, използвано в чл. 83 от Търновската конституция, се визират както мъжете, така и жените. Независимо от това и за разлика от всички останали видове сдружения политическата форма на сдружаване като цяло не предвижда включването на жени като партийни членове. Въпреки това, от 15 съществуващи политически партии, съществуват две изключения, които допускат реализирането на свободата на сдружаване на жените и в политически формат.

В чл. 5 на Устава на Народната либерална партия се предвижда, че неин член може да бъде всеки български гражданин⁶⁸, народната консервативна партия приема за свои членове „всички българи“⁶⁹, Демократическата партия също приема за свои членове всички български граждани⁷⁰, същото предвиждат и уставите на прогресивно-либералната⁷¹ и народната⁷² партии. Под всички български граждани, подобно на духа на Търновската конституция, изразен в чл. 86, се има предвид българските граждани от мъжки пол, още повече че е въведено и изискване за наличие на избирателни права⁷³, а както вече изясних, избирателните права принадлежат само на мъжете.

И тъй като еманципирането на жената е рожба на социалистическото движение⁷⁴, пробивът в свободата на политическо сдружение се прави именно от това направление на българския политически живот – БРСДП, БСДП и производните му. Още през 1885 г. се поставя въпросът за необходимостта за равенство на мъжете и жените не само от класова и икономическа гледна точка, но дори и като равноправие на избирателните права на половете⁷⁵. В приетата през 1891 г. Програма на Българската социалдемократическа партия⁷⁶ женският въпрос е включен под формата на социалното и политическо равенство между мъжа и жената. В партийната програма от 1893 г.⁷⁷ се застъпва равенство и в избирателните права. Тази тенденция продължава и след създаването на БРСДП в партийната ѝ програма от 1894 г.⁷⁸ и продължава

⁶⁸ Четвърти конгрес на либералната партия. С., 1905, 52.

⁶⁹ БИА – Национална библиотека „Св. Св. Кирил и Методий“, ф. 16, а.е. 378, л. 3; Устав на народната консервативна партия, целта и началата на партията. С., 1883, 3–6.

⁷⁰ Чл.1 на Устав за организацията на демократическата партия в България. С., 1902; Програмни решения на II събор на Демократическата партия в България. С., 1904, 173–175. Годишник на демократическата партия. Год. III. С., 1912, 191–194; Пряпорец, бр. 62 от 16.03.1912.

⁷¹ Първи конгрес на прогресивно-либералната партия. С., 1900, 5–9.

⁷² Устав на народната партия от 19.02.1895 г. – ЦДА, ф. 129, оп. 1, а.е. 1920, л. 1–10; Мир, бр. 2820 от 09.10.1909 г.; Устав на Народната партия. С.: Витоша, 1912, 3–22.

⁷³ ЦДА, ф. 129, оп. 1, а.е. 1920, л. 1–5.

⁷⁴ **Брадинска, Р.** Възникване и оформяне на женското социалдемократическо движение в България 1885–1915. С., 1969.

⁷⁵ **Бebel, А.** Жената и социализмът. Търново: кооперативна печатница Работник, 1899;

⁷⁶ ЦДА, ф. 1Б, оп. 1, а.е. 24.

⁷⁷ Пак там.

⁷⁸ Пак там.

тенденцията за политически права на българските жени. Това е и причината в страната ни да възникне мощно социално женско движение⁷⁹.

Единствената буржоазна партия, дали повлияна от женските движения или от необходимостта от привличането на членска маса, която приема в редовете си българските гражданки, това е радикално-демократическата. В чл. 1 на нейния устав изрично е записано, че *всеки български гражданин или гражданка* могат да бъдат членове на тази партия⁸⁰. Въпреки че участието на жени в членската маса на политическите формати, в периода 1879-1912 г. не може да доведе до реалното участие на жените в законодателната власт, а с това не довежда до пълното реализиране на политическите свободи така както са предвидени за мъжете според Търновската конституция, самата възможност жените да бъдат членове на политически сдружения е несъмнена крачка напред към практическата реализация на свободата на сдружаване, реално прилагане на основополагащия принцип за равенството на правните субекти пред закона и заслужава положителна оценка като прогресивна, смела и иновативна идея за времето си.

Като специфична особеност, относима към свободата на сдружаване в политически аспект, е изискването за определена съсловна принадлежност. Докато в либералните и социални партии такава не се предвижда, то в състава на земеделския съюз (БЗС), по-късно БЗНС, е определено, че членове могат да бъдат земеделците, учителите, свещениците и други лица, които дружбата би приела (чл. 4)⁸¹ и докато в първия устав все пак е дадена възможност за вписването на членове, непопадащи в тези три категории, то в последващите устави те са признати за единствените възможни членове на съюза: „чл. 5. Членове на дружбите биват освен земеделците, учителите и свещениците“⁸². И накрая през 1911 г. членове на съюза могат да бъдат само и единствено земеделците, лицата, завършили земеделски училища и само тези свещеници и учители, които боравят със земеделие или някой от клоновете му (чл. 5)⁸³.

Това изискване представлява стеснение на кръга от лица, ползващи се от свободата на сдружаване, предизвикано от притежаването на определени интереси, от участието в подобна политическа формация.

Като цяло обаче, по отношение на членуването в политически организации държавата не забранява, не ограничава и не нарушава по този начин прогласената свобода на сдружаване на българските граждани, а оставя възможността последните да се самоорганизират. От разгледаните дотук примери (с изключение на Учителския съюз), свободата на сдружаване в периода 1879-1912 г. не търпи противоконституционно ограничаване от страна на правителството и изпълнителната власт, а самата възможност за участието на лица от женски пол в състава на политическите сдружения дори надхвърля конституционните рамки и доизгражда практическия аспект на реализация на свободата на сдружаване.

⁷⁹ По-подробно по този въпрос виж: **Стоянова, В.** Раждането на женското социалнодемократическо движение в България. Изследвания по история на социализма в България 1891–1944. С., Център за исторически и политологически изследвания. Фондация Фридрих Еберт, 2008, 284–307.

⁸⁰ Радикално-демократическа партия. Членска книжка, програма и устав. С. 1906.

⁸¹ Устав на Българския земеделски съюз. – Във: Земеделска защита, бр. 13 от 01.01.1900.

⁸² Устав на българския земеделски съюз. – Във: Земеделско знаме, бр. 5 от 21.12.1900; Устав на българския земеделски народен съюз. – Във: Земеделска защита, бр. 6 от 24.10.1901; Устав на българския земеделски надорен съюз във: Устав на българския народен съюз с приложение на правилника за съюзния вестник и за участие на съюза в законодателните избори. Ст. Загора, 1904, 16.

⁸³ Устав на българския земеделски народен съюз и правилник за участие на съюза в изборите за земеделската парламентарна група. С., 1918.

**Отчетна ли е прокуратурата според чл. 84, т. 16, изречение второ от
Конституцията на Република България?
(Коментар на решение №6 по к. д. №15 от 2016г. на Конституционния съд
на Република България)**

Екатерина Михайлова

***Is the Prosecutor's Office Accountable according to Article 86, point 16, sentence 2 of the
Constitution of Republic Bulgaria?
(Comments to Decision No.6 on Constitutional Case No.15 of 2016 of the Constitutional
Court of Republic Bulgaria)***

Ekaterina Mihaylova

Abstract: *The article discusses the accountability of the prosecutor's office according to Article 86, point 16, sentence 2 of the Constitution as interpreted in the case law of the Constitutional court of Republic Bulgaria. It provides a critical analysis of the narrow interpretation of the constitutional text made in Decision No.6 on constitutional case No.15 of 2016. The article develops an argument that the implementation of prosecutor's accountability requires a broader interpretation of the parliament's powers to hear reports from the Chief Prosecutor.*

Keywords: *Bulgarian constitution, accountability of prosecutor, parliament, reports of Chief Prosecutor, Constitutional Court case law*

Поводът за написването на тази статия е конституционно дело №15 от 2016г. и произнесеното по него решение на Конституционния съд. А същностната причина е опит да се изясни доколко законовите текстове и интерпретациите на оправомощените институции допускат ефективното осъществяване на отчетност в дейността на прокуратурата пред съответните държавни органи, а от там и пред обществото.

Разглежданото конституционно дело е образувано в резултат на сезиране на КС с искане на главния прокурор на Република България за даване на задължително тълкуване на разпоредбата на чл. 84, т. 16, изр. 2 от Конституцията на Република България по въпроса за обхвата на израза „други доклади на главния прокурор за дейността на прокуратурата по прилагането на закона, противодействието на престъпността и реализирането на наказателната политика“, и включва ли се в него доклад по конкретно наказателно производство.

Обхват на искането за тълкуване на чл.84 т.16 изр.2 от Конституцията, отправено от главния прокурор

Главният прокурор поставя въпроса за обхвата на израза „други доклади на главния прокурор за дейността на прокуратурата по прилагането на закона, противодействието на престъпността и реализирането на наказателната политика“.

1. На първо място следва да се отговори на въпроса „другите доклади“ различават ли се по обхват от годишните доклади по чл.84, т.1, изр.1 от Конституцията.

Разпоредбата на чл. 84, т. 16, изр. 2 от Конституцията е приета от НС при последното, пето изменение, на основния закон. Текстът не е бил в обхвата на проекта за закон, а се появява като предложение от народни представители между първото и

второ четене на закона. Направеното предложение е било предмет на обстоен парламентарен дебат в пленарното заседание на 9 декември 2015.¹, като основният дискуссионен въпрос е бил, може ли НС да *„изисква“* и други доклади на главния прокурор. При разискванията са *отбелязани различията между годишните доклади на главния прокурор, внасяни чрез ВСС в НС и тези, „други доклади“, които главният прокурор ще внася сам, без санкцията на ВСС пред НС.*

Измененията в Закона за съдебната власт², приет след конституционните изменения, предвижда възможност НС да *поиска* внасянето и на други доклади, извън годишните. Според чл.138а, ал.2 от ЗСВ, *по искане* на НС или по своя инициатива главният прокурор внася в парламента и други доклади за дейността на прокуратурата по прилагането на закона, противодействието на престъпността и реализирането на наказателната политика. Конституцията и ЗСВ, в чл. 138а, предвиждат различен режим и ред за внасянето на „другите доклади“ от годишните доклади на главния прокурор, а именно:

➤ Годишните доклади на главния прокурор се внасят от ВСС в Народното събрание, а „другите доклади“ - директно от главния прокурор;

➤ Годишните доклади са „за прилагането на закона и за дейността на прокуратурата и разследващите органи“, а „другите доклади“ – „за дейността на прокуратурата *по прилагането на закона, противодействието на престъпността и реализирането на наказателната политика*“.

Според мотивите към законопроекта за изменение на ЗСВ се цели създаването на *„механизми за повишаване на отчетността на главния прокурор“*, като е предвидена процедура за изслушването му от ВСС и от Народното събрание, при която народните представители да могат да поставят и писмено зададени от граждани, институции и неправителствени организации въпроси във връзка с доклада.³

Направено е изменение и в Правилника за организация и дейност на Народното събрание (ПОДНС)⁴ при действието на 43-то НС (това е събранието приело измененията в Конституцията), в което годишните доклади по чл. 84, т. 16, изр. 1 и „другите доклади“ по изр. 2 са поставени в един режим.

Това законодателно решение на 43-то НС е незаконосъобразно и неправилно. Годишният доклад на главния прокурор по смисъла на чл.84, т.16, изр.1 от Конституцията е за точно определен период от време - една календарна година, който съдържа обобщена аналитична информация, свързана с тяхното упражняване през изминалата календарна година: следи за спазване на законността като ръководи разследването и упражнява надзор за законосъобразното му провеждане; може да извършва разследване; привлича към отговорност лицата, които са извършили престъпление, и поддържа обвинението по наказателни дела от общ характер; упражнява надзор при изпълнение на наказателните и други принудителни мерки; предприема действия за отмяна на незаконосъобразни актове; в предвидените със закон случаи участва в граждански и административни дела.

Възприемането на „другите доклади“ по чл.84, т.16, изр.2 наравно с тези по изр.1 е твърде *ограничително тълкуване* на конституционната разпоредба. Конституционният законодател е дефинирал другите доклади като такива, които не са само „за дейността на прокуратурата по прилагането на закона“, а и за

¹ Стенографски дневник 43 НС, 140 з., 9 декември 2015 г.

² ДВ, бр. 62 от 2016 г., в сила от 9.08.2016 г.

³ Законопроект за изменение и допълнение на Закона за съдебната власт 602-01-34, <http://www.parliament.bg/bg/bills/ID/42215/> (Достъп на 14.08.2017)

⁴ ДВ, бр. 86 от 2016 г., в сила от 04.11.2016 г.

„противодействието на престъпността и реализирането на наказателната политика“. След като става дума за различни видове доклади – единия редовен годишен, останалите извънредни „други“, то няма как те да касаят една и съща обобщена аналитична информация. Дори и да се приеме, че по отношение на другите два предмета на докладите по чл.84, т.16, изр.2 от Конституцията, а именно „противодействие на престъпността“ и „реализирането на наказателната политика“, се касае за обобщена аналитична информация, която НС да иска от главния прокурор, то систематичното тълкуване на израза „други доклади“ за „прилагане на закона“ по чл.84, т.16, изр.2 в сравнителен план с „годишния доклад“ на главния прокурор „по прилагане на закона“, изключва дублирането на аналитична обобщена информация и насочва към извода, че „другите“ доклади касаят друг вид информация по прилагане на закона и изпълнение на правомощията на прокуратурата.

КС приема в мотивите си, че двата вида доклада са различни като отбелязва, че структурата на годишните доклади е съобразена с решение на ВСС, според което съдържателната част на годишния доклад е разделена на отделни раздели: обобщени изводи за дейността на прокуратурата и разследващите органи, включващи резултати и тенденции в противодействието на престъпността; необходими мерки и законодателни промени; дейност на териториалните прокуратури – досъдебна и съдебна фаза; видове образувани дела; срочност на разследването; следствен надзор, наказателно-съдебен надзор; гражданско-съдебен надзор; решени производства от прокурор; върнати от съда дела и постановени оправдателни присъди; осъдителни решения на основание Закон за отговорността на държавата и общините за вреди; действия по изпълнение препоръките от Доклада на Европейската комисия в рамките на Механизма за сътрудничество и проверка; международноправно сътрудничество; административна и контролно-ревизионна дейност; натовареност на прокурорските и следствените органи; дейност на Върховна касационна прокуратура; дейност на териториалните прокуратури и на Върховна административна прокуратура по административно-съдебния надзор и надзора за законност; дейност на Бюрото за защита към главния прокурор; дейност на прокуратурата по изпълнение на Комуникационната стратегия на съдебната власт (2014 - 2020 г.); приоритети в дейността на прокуратурата и разследващите органи.

44-то НС при приемането на своя ПОДНС създава разпоредби, с които се създава механизъм на отчетност на главния прокурор пред парламента, като разграничава процедурите за представяне на докладите в зависимост от това, дали те са по чл. 84, т. 16 изр. 1 или по изр. 2 от Конституцията.

Според чл. 27 от ПОДНС комисията по правни въпроси на всеки три месеца следва да отправя покана до главния прокурор за провеждане на обсъждане, свързано с прилагането на закона и дейността на прокуратурата и разследващите органи, включително законодателни промени, ресурсна осигуреност, затруднения, свързани с осъществяване функциите на съдебната власт, резултати в борбата с престъпността, в т.ч. корупцията, взаимодействие с разследващите органи. Обсъждане се провежда и по инициатива на председателя на Върховния касационен съд, председателя на Върховния административен съд или главния прокурор. За резултатите от обсъжданията комисията изготвя доклад, който се предоставя на народните представители. Този ред, който е предвиден, явно не се отнася за обобщените годишни доклади. При анализ на текста може да се направи извода, че нормата, не е относима и към второто изречение на чл. 84, т. 16 от Конституцията. Т.е., разпоредбата на чл.27 от ПОДНС предвижда един отделен механизъм за отчетност на органите на прокуратурата и разследващите органи пред парламента, при който инициативата за провеждането му може да дойде от една страна от народните представители, а от друга от представители на съдебната

власт в лицето на председателя на Върховния касационен съд, на председателя на Върховния административен съд и на главния прокурор.⁵

В ПОДНС подробно е разписан ред, по който да се внасят годишните доклади по чл. 84, т. 16 и 17 от Конституцията, като за тези по изречение 2 е предвидена отделна процедура - чл. 91. Според нея Народното събрание може да приеме решение по прилагането на закона, противодействието на престъпността и реализирането на наказателната политика *по искане на една десета от народните представители или на парламентарна група, или по своя инициатива главният прокурор* внася в Народното събрание и други доклади за дейността на прокуратурата. Следва да се отбележи, че ПОДНС е приет преди произнасянето на КС.⁶

От изложеното по-горе може да се направи извода, че преди да се произнесе КС вече от страна на законодателя е възприето, както в ЗСВ, така и в ПОДНС, съществуването на разлика между докладът по изр.1 и този по изр. 2 на чл.84, т.16 от Конституцията.

Затова и логично се приема в диспозитива на решение № 6 по к.д. №15 изречение второ, че тези доклади (по чл. 84, т. 16, изречение второ) са различни по време и/или съдържание от годишните доклади по чл. 84, т. 16, изречение първо от Конституцията, и са предназначени да съдействат за упражняване на конституционните правомощия на Народното събрание.

2. След като докладите по изречение първо и второ са различни, следва да се отговори на въпроса, поставен в самото питане на главния прокурор, а именно *дали в обхвата на докладите по изречение второ на чл.84, т.16 се включват и доклади по конкретни наказателни производства.*

Становището ми е, че конституционният законодател не е изрично изключил „доклади по конкретни наказателни производства“. Следователно, КС в своята тълкувателна дейност не би следвало да ги изключва, тъй като това ще означава дописване на Конституцията със заявка отнапред и абстрактно, че такива доклади са изначално изключени.

В решението си КС обаче приема друго разбиране, а именно, че *Народното събрание не може да изисква от главния прокурор доклад относно дейността на прокуратурата по конкретно наказателно производство.*

За да стигне до това свое заключение КС е анализирал и дал отговор на първо място, че в обхвата на израза „*други доклади на главния прокурор за дейността на прокуратурата по прилагането на закона, противодействието на престъпността и реализирането на наказателната политика*“ по смисъла на чл. 84, т. 16, изр.2 от Конституцията, се включват различни обобщени и аналитични доклади относно осъществяваната дейност на прокуратурата по прилагането на закона, противодействието на престъпността и реализирането на наказателната политика.

Мотивите на КС, с които се обосновава горният извод са следните: „Дейността по реализирането на наказателната политика, също както и при противодействието на престъпността, може да бъде проследена чрез обобщаване на данни, почерпени от изследвани статистически масиви. Те сами по себе си не съставляват отделно наказателно производство, а поредица от производства, поради което доклад по конкретно наказателно производство е *неподходящо средство* за постигане на формулираната от конституционния законодател водеща цел на тълкувания текст – получаване на надлежна информация относно противодействието на престъпността или

⁵ До приключването на написването на настоящата статия 44-то НС не е упражнило правомощията си по чл. 27 от ПОДНС.

⁶ ДВ. бр.35 от 2 Май 2017г.

реализирането на наказателната политика, т. е. по отношение на масови явления, включващи множество единични проявни форми... Посочените от законодателя информирани управленски решения, включително организационни и законодателни, *не могат да разчитат на успех, ако се основават на доклад по отношение на единично, изолирано проявило се явление (незначителна част от статистически масив), доколкото единичността на проявлението от масовите явления насочва по - скоро към случайността, но не и към закономерността*, която се проявява според правилото на т. нар. „закон за големите числа“, т. е. в многото на брой изследвани проявления... *Отделното наказателно производство или единичният случай по правило не могат да открият закономерности, тенденции...*“

Споделям изразеното в особеното мнение на съдия Кети Маркова възражение към цитираните по-горе аргументи на КС, тъй като изразената в мотивите позиция не само е невярна, не намира опора в релевантната конституционна уредба, но е и изцяло субективна, като дори използваната терминология е оценъчна. Дали само от един случай или от множество такива ще се направи извод зависи от прекалено много обстоятелства свързани с материята, към която се отнася определен проблем. Конституцията в чл. 84, т. 16, изр. 2 не въвежда количествен, или какъвто и да било друг критерий, извън предметния. Показателен в това отношение е посоченият в особеното мнение пример с делото „Сарафово“, но такова може и да е разследването по фалиралата банка КТБ. Трябва ли да бъдат фалирани множество банки, за да се стигне до предоставянето на информация и изискването на отчетност на главния прокурор за извършени или не действия. Посочените два случая са красноречиви примери, че не е необходима поредица от подобни деяния за да се направи анализ на определени явления и да се предприемат съответните действия. Заслужава да се отбележи, че повод за сезирането на КС от главния прокурор е именно желанието на депутати да получат информация докъде е стигнало разследването именно по казуса КТБ, дело безспорно с висок обществен интерес към него.

Споделям също така становището на Върховния касационен съд, което те са предоставили по конституционното дело, а именно, че под „други доклади“ по смисъла на чл.84 т.16 изр.2 от Конституцията, може да се включва и доклад на главния прокурор по конкретно наказателно дело, но че „съдържанието на този доклад следва да бъде съобразен с разпоредбата на чл.198 от НПК, а именно, че докладът не може да включва информация, свързана с разследваните лица, съществуващото на обвинението, събраните или предстоящите за събиране доказателства и извършването на конкретни процесуално следствени действия, тъй като разгласяването на такава информация е възможно да изправи разследването пред сериозни трудности и на практика то да не може да бъде доведено до успешен край“. Върховните съдии обосновават приемат, че в задължението на главния прокурор е да изготви доклад, в който да не предоставя информация и да не отговаря по начин, по който да разкрие следствена тайна.

КС в мотивите си основателно се е спрял на принципът за разделението на властите. Прави впечатление, че в мотивите отсъства анализ на конкуриращите се конституционни принципи и ценности в контекста на правомощията на НС по чл.84, т.16, изр.2 от Конституцията, и на тази база да се очертае най-общо докъде могат да се простират тези правомощия.

Конституционни принципи и ценности, имащи отношение към тълкуването на чл.84, т.16, изр.2 от Конституцията

Разделение на властите

Доколкото се касае за правомощия на НС, единствен титуляр на законодателната власт в Република България, по отношение на главния прокурор, който е орган от

системата на съдебната власт, неизбежно тълкуването на чл.84, т.16, изр.2 от Конституцията извежда на преден план **принципа на разделение на властите**. В основата на теорията на разделението на властите стои политическата свобода като цел, която се гарантира чрез недопускане на прекомерна концентрация на власт и злоупотреба с нея.

Трайна е практиката на КС, според която разделението на властите е средство за предотвратяване на евентуален произвол от страна на държавните органи. Този конституционен принцип не трябва да се възприема като „китайска стена“ между различните власти, а властите трябва да си взаимодействат (Решение №6 от 1993г. по к.д.№4 от 1993г.) В същата посока са и Решение №1 от 1999г. по к.д.34 от 1998г., и Решение № 8 от 1.09.2005 г. по к. д. № 7/2005 г., според които трите власти „са обвързани с отношения на взаимен контрол и възпиране“; „разделението на властите не трябва да води до изолация, а до сътрудничество и взаимодействие между тях“. Следователно основният смисъл на принципа на разделение на властите е свързан с тяхното взаимно сътрудничество, възпиране и баланс, който предполага всяка една от тях да притежава възможност за контрол върху другите.

Правомощието по чл.84, т.16, изр.2 от Конституцията на НС всъщност разширява отчетността на главния прокурор отвъд годишните доклади и по този начин утвърждава първенстващото място на НС в държавната система на България като република с парламентарно управление. Поради това трябва: да се осигури от една страна осветяване на дейността на прокуратурата по изпълнение на закона, а от друга - невъзможност на законодателната власт да се вмества в осъществяването на функциите на съдебната; да се осигурят механизми за балансиране на взаимоотношенията между тях, като не се изземват функции, а се гарантира конституционно установения баланс, който вече включва и отчетност на главния прокурор пред НС. Отчетността, в това число и за дейността на разследването по конкретно дело, трябва да се формулира по законов начин, който да не „може да повлияе негативно върху вътрешното убеждение на разследващите органи, а проявата на такъв интерес да поставя под съмнение тяхната обективност и безпристрастност“ - решение № 9 от 2011г. по к. д. № 7 от 2011г.

Независимост на съдебната власт

Същевременно Конституцията извежда в чл.117, ал.2 от Конституцията принципът, че съдебната власт е независима. Пряко следствие от това е автономията на прокуратурата при осъществяване на своите правомощия по чл.127. Като се има предвид по какъв начин се конституират органите на съдебната власт в сравнение с органите на изпълнителната власт в конституционната система на България, то правомощията на НС по отношение на главния прокурор не могат да възпроизведат класическите форми на парламентарен контрол, типични за отношенията между законодателната и изпълнителната власт. Отчетността на главния прокурор пред Народното събрание не е елемент от класическите форми на парламентарен контрол. Следователно, **към главния прокурор не могат да бъдат отправяни въпроси и питания от народните представители, аналогични на въпросите и питанията до Министерски съвет и до отделни министри, предвидени в чл.90 от Конституцията.**

По какъв начин в ПОДНС ще бъде уредена процедурата, по която ще се искат „други“ доклади по прилагане на закона, които не съдържат аналитична обобщена информация, **и каква ще е степента на конкретност на тези други доклади, не би следвало отнапред да бъде указано от Конституционния съд.** С постановения диспозитив, изречение трето, по коментирания конституционно дело, Конституционният съд чрез тълкувателните си правомощия всъщност се е превърнал в конституционен законодател.

Право на информация

Другата основна конституционна ценност, която има отношение към тълкуването на степента на конкретност на т.нар. „други доклади за дейността на прокуратурата“, касае **правото на информация по чл.41 от Конституцията**⁷. Съдържанието на правото на информация по смисъла на чл.41 е обсъдено подробно в тълкувателно Решение № 7 от 4.VI.1996 г. по к.д. № 1/96 г. В него се подчертава, че правото да се търси, получава и разпространява информация по чл.41, ал.1 принадлежи на всеки и защитава както интереса на личността, така и интереса на обществото да бъдат информирани.

Всъщност отчетността на главния прокурор пред Народното събрание е проявление на конституционната ценност заложена в правото на информация по чл.41 от Конституцията, и по-специално правото на обществото да бъде информирано, съответно Народното събрание, получавайки от главния прокурор „други доклади“ по въпроси, касаещи дейността на прокуратурата.

В посоченото тълкувателно решение КС подчертава, че разпоредбата на чл.41 от Конституцията задължава държавата да се въздържа от намеса при упражняване на правото на информация. Ограничаването на тези права е допустимо само с цел охраната на други, също конституционно защитими права и интереси и може да става единствено на основанията, предвидени в Конституцията. Разбирането на Конституционния съд е, че при налагането на ограничения върху правото на информация органите на законодателната, изпълнителната и съдебната власт са длъжни да държат сметка за *високата обществена значимост на правото на информация, поради което изключенията се прилагат ограничително и само за да осигурят защита на конкуриращ интерес*.

Това е още един аргумент в полза на изведеното по-горе разбиране, че Конституционният съд не е трябвало да дописва при тълкуването чл.84, т.16, изр.2 Конституцията, като по този начин е изключил изначално от обхвата на т.нар. други доклади информация по конкретни наказателни производства.

След като „информацията по конкретни наказателни производства“ не е въведена като изключение в конституционните разпоредби за правото на информация, то тя не е трябвало да бъде допълнително изключена с тълкувателното решение на КС.

В подкрепа на застъпената теза е и т. V от диспозитива на Решение № 7 от 4.VI.1996 г. по к. д. № 1/96 г, в която КС подчертава: „Правото да се търси и получава информация по чл. 41, ал. 1 от Конституцията обхваща задължението на държавните органи да осигуряват достъп до *общественозначима информация. Съдържанието на това задължение подлежи на определяне по законодателен път*. То включва задължение на държавните органи да публикуват официална информация, както и задължение да се осигурява достъп до източници на информация...“

Коя е общественозначимата информация, за която Народното събрание може да иска „други доклади“ за дейността на прокуратурата по прилагане на закона, очевидно следва да се уреди по законодателен път в ЗСВ и ПОДНС. **Конституционният съд с решението отнапред изключи и ограничи всякаква възможност в обхвата на тази общественозначима информация да влиза при определени условия определена**

⁷ **КРБ, Чл. 41.**(1) Всеки има право да търси, получава и разпространява информация. Осъществяването на това право не може да бъде насочено срещу правата и доброто име на другите граждани, както и срещу националната сигурност, обществения ред, народното здраве и морала.

(2) Гражданите имат право на информация от държавен орган или учреждение по въпроси, които представляват за тях законен интерес, ако информацията не е държавна или друга защитена от закона тайна или не засяга чужди права.

част от „информацията по конкретни наказателни производства“. Нещо повече, в мотивите на КС не се засяга въобще правото на информация.

По този начин, с решението на КС, се препятства възможността по законодателен път, като се държи сметка на конституционните норми, да се положат основите на системата на действащото право в Република България (Решение № 10 от 1994 г. по к. д. № 4 от 1994 г.), така че обхвата на информацията на „другите доклади“ да бъде съобразена и с изискването на чл.41, ал.1, изр. 2 от Конституцията, а именно, информацията да не може да бъде насочена срещу правата и доброто име на другите граждани, както и срещу националната сигурност, обществения ред, народното здраве и морала. Законодателно би напълно възможно да се ограничи информацията съгласно втората алинея на чл.41 от Конституцията, която изисква законова регламентация на хипотезите, в които информацията съставлява държавна или друга тайна, за която съществуват предвидени от закона основания за опазването ѝ.

В искането за тълкуване на конституционната разпоредба е поставен и въпросът за това, дали ще се наруши следствената тайна, в случай че се изнася информация по конкретно дело. Решение № 9 от 2011г. по к. д. № 7 от 2011г. подробно се е занимало в мотивите си и в особените мнения към него с това, че няма *легално определение за понятието следствена тайна*. Не е последвало и изменение на НПК, според чийто чл. 198, ал. 1 следствена тайна е неразгласяване на материалите по разследването в досъдебната фаза на наказателния процес, освен с разрешение на прокурор.

Според принципите на демократичното управление достъпът до информация не би трябвало да е монопол на една единствена структура, била тя и прокуратурата. Така би се стигнало до абсурдния резултат, при който „следствената тайна“ е с по-голяма степен на правна защита от държавната и служебната тайна (виж особеното мнение на съдиите Благовест Пунев и Румен Ненков по к.д. № 7 от 2011 г.). Бих желала да отбележа, че относно държавната и служебната тайна има приет и действа закон - Закон за защита на класифицираната информация, Обн., ДВ, бр. 45 от 30.04.2002 г. с последващите изменения и допълнения. Обратното – за следствената тайна съществува само един текст в НПК, който оставя цялата информация на преценката на прокурора.

Следва да се има предвид, че КС е приел решението относно следствената тайна преди конституционното изменение от 2015г. Предвид факта, че има законова регламентация на класифицираната информация, вкл. при какви условия до Народното събрание и отделни народни представители достига информация, съставляваща държавна и служебна тайна, то по аргумент на по-силното основание, не би трябвало отнапред да се изключва достъпа на Народното събрание до „информацията по конкретни наказателни производства“, особено като се има предвид, че, първо, не всяка информация от тях е „следствена тайна“; и второ, конституционните разпоредби не са извели особен статут на „следствената тайна“ в сравнение с държавната и служебната тайна, така че да бъде на специално основание ограничаван достъпа на Народното събрание до следствената тайна.

Принципите на *разделение на властите, на независимост на съдебната власт, правото на информация* не функционират изолирано един от друг или пък в състоянието на йерархичност. В основата на демократичното управление лежи „взаимодействието на народния суверенитет, разделението на властите и правовата държава“ - решение № 9 от 28 юли 2016 г. по к. д. № 8/2016 г. Конкуренцията на конституционни принципи и ценности се решава от КС във всеки отделен конституционноправен спор в рамките на правомощията за обявяване на противоконституционност на законови разпоредби. За съжаление, КС абстрактно и

отнапред реши с тълкувателно си решение ограничение в отчетността на главния прокурор относно „информацията по конкретно наказателно производство“.

Отчетност на главния прокурор

Отчетността на главния прокурор е въпрос, който е поставян, дискутиран и продължава да е актуален и в настоящия момент. Относно възможностите за това да се осъществява подобна дейност се е произнасял и КС, като в своето Решение № 8 по к. д. № 7/2005 г. отделя специално внимание в т.4, в която се разглежда възможността да се извърши конституционна промяна, предвиждаща, че дейността на прокуратурата, следствието и МВР при осъществяването на единна държавна политика в борбата с престъпността може да се наблюдава от Народното събрание. В същото решение е даден отговор и за това, че въвеждането на отчетност от страна на главния прокурор пред НС не би следвало да се възприема като нарушение на принципа за разделение на властите и независимостта на съдебната власт.

С направеното конституционно изменение се постига предписанието, което КС е дал в своето тълкувателно решение. Възможността да се предоставят и „други доклади“ от главния прокурор пред парламента се различава от процедурите на парламентарния контрол, осъществявани от НС спрямо правителството и отделните министри, предвидени в Конституцията.⁸

За това, че следва да се регламентира и засили отчетността на главния прокурор, се говори и в препоръките за напредъка на България по механизма за сътрудничество и проверка в Доклада на Комисията до Европейския парламент и Съвета от 25.1.2017 г. В доклада са направени препоръки за създаване на механизъм за отчитане пред широката общественост, в това число „да се създаде механизъм за публично отчитане на напредъка по дела за корупция по високите етажи на властта, за които вече има информация в общественото пространство. При зачитане на презумпцията за невинност, главният прокурор следва да докладва за разследванията и за повдигнатите обвинения.“

Службата за подкрепа на структурните реформи също отправя препоръки за отчетността на прокуратурата пред Народното събрание. Службата счита, че

⁸ Решение № 8 по к. д. № 7/2005 г. Според КС „няма работеща конституционна система, която да предвижда и осигурява абсолютна независимост на която и да е от трите власти, защото необходимото равновесие се постига чрез взаимно възпиране. Балансът предполага всяка една от тях да притежава възможност за контрол върху другите. Същевременно модерният конституционализъм изисква динамичното равновесие на властите да се постига чрез сътрудничество и взаимодействие между тях и това се отнася на първо място до областите, представляващи неоспорим национален приоритет, какъвто без съмнение е борбата с престъпността... Народното събрание като свободно избран, общодържавен представителен орган на нацията заема първенстващо място в държавната система. Като единствен титуляр на законодателната власт чрез приеманите от него актове то определя насоките на държавната политика в различните сфери на обществения живот. Ето защо съдът счита, че в една парламентарна република Народното събрание би могло да има своето място не само в определянето, но и в наблюдението и анализа на резултатите от държавната политика за противодействие на престъпността и че поначало приемането на такава разпоредба в Конституцията не представлява промяна във формата на държавно управление.

Същевременно съдът отбелязва, че включването на подобен текст, за да бъде в синхрон с основни конституционни принципи на действащия основен закон, следва да се предхожда от изясняване на конкретните форми, в които ще намерят израз тези правомощия на Народното събрание. В частта му относно органите на съдебната власт не бива да се възпроизведат класическите форми на парламентарен контрол, типични за взаимоотношенията между законодателната и изпълнителната власт, защото това би означавало такава намеса, която фактически променя основата, върху която е изграден конституционният модел на държавата, и би засегнало формата на държавно управление, установена от основния закон.“

„започнатото, що се отнася до отчитането на главния прокурор пред Народното събрание, следва да се доразвие чрез упражняването на по-редовен надзор върху работата на прокуратурата от страна на Народното събрание. За тази цел препоръчваме *официална комисия*, излъчена от състава на Народното събрание, да следи работата на службата на главния прокурор в нейните различни измерения.“

Считам, че отчетността на главния прокурор следва да се уреди на законово ниво, тъй като конституционноправните норми се формулирани с висока степен на абстрактност и обобщеност, представляват норми-принципи, норми-концепции. В известна, но недостатъчна степен, новите разпоредби на ПОДНС са опит за регламентация на отчетността на главния прокурор. С тълкувателното решение на КС обаче отчетността на главния прокурор може да се ограничи в представянето на доклади, които са за прилагането на закона, действия или бездействия при противодействие на престъпността и реализирането или не на наказателната политика, като изнасянето на данни и друга информация е предоставено само като инициатива на главния прокурор. Само той ще може, ако пожелае да информира дали има или не образувано разследване; на кой етап се намира производството; има ли напредък по дела за корупция по високите етажи на властта, за които има информация в общественото пространство. Мотивите на конституционното решение поставят в неравностойно положение главния прокурор и представителите на законодателната власт. Необяснимо е защо главният прокурор може да реши да запознае депутатите с определена информация по конкретно наказателно дело, а те да не могат да поискат от него такава, като във всички случаи обема от информация е в ръцете на главния прокурор – той е този, който ще преценява доколко и каква информация може да сподели.

Един примерен такъв доклад би могъл да съдържа данни за обема на доказателствения материал, извършените до момента процесуално-следствени действия, причини за евентуално настъпили усложнения в разследването, отражение на обществено известни обстоятелства, натовареността на ангажираните в производството лица, взаимодействие с други институции, потребности от съдействие и др. Такава информация и досега се предоставя публично от страна на прокуратурата, без да е уредена правно в какъв обем народните представители биха могли да потърсят отчетност от страна на прокуратурата.⁹

Тълкувателни правомощия на КС

С диспозитива си в изречение трето на решението по конституционното дело КС се превърнал в позитивен конституционен законодател.

⁹ В съобщение на страницата на прокуратурата на Република България от 22 февруари 2017г. се изнася информация свързана с конкретно наказателно дело, за което е внесен проект за решение от народни представители, посочен в искането за тълкуване от главния прокурор и в определението за допустимост по настоящето производство на КС. В съобщението се изнася информацията, че специализираната прокуратура е приключила действията по разследване по делото КТБ. В края на съобщението: „Действията по разследването по делото „КТБ“ приключиха в кратки срокове предвид изключителната фактическа и правна сложност на казуса. Поради обществената значимост и интереса на огромен брой български граждани към хода на досъдебното производство, както и наложената от ръководството на Прокуратурата на Република България политика на откритост пред обществото за работата на институцията, след разрешение от наблюдаващите прокурори, ще публикуваме пълния текст на предявените обвинения от Специализираната прокуратура по делото КТБ. В момента се извършва техническа обработка на постановленията за привличане, за заличаване на личните данни и банковата информация в тях. Обработват се всички над 5 000 страници постановления за привличания. Поради това обвиненията, със заличени лични данни, ще бъдат публикувани в следващите дни.“ Вж. <http://www.prb.bg/bg/news/aktualno/specializiranata-prokuratura-priklyuchi-dejstviyat/> (Достъп на 14.08.2017).

Искането, отправено от главния прокурор, е за тълкуване на разпоредба, приета при последното изменение и допълнение на Конституцията от 2015г., обнародвано в ДВ. бр.100 от 18 Декември 2015г. В него главният прокурор се позовава на конкретен правен казус – внесен е проект за решение от народни представители, относно приложението на закона. В определенията си от 19 януари 2017г. по допустимостта за разглеждане по същество отправеното до него искане КС също се е обосновал с внесения от народните представители проект за решение (вх.№ 654-02.61 от 09.06.2016г.).

Тъй като се посочва конкретен случай, при който се застъпват различни разбирания, КС при тълкуването на разпоредбата на Конституцията не е следвало да се превърне в законодател, а да остане само в полето на тълкувателното си правомощие, а именно изясняване на точния смисъл на определена конституционна разпоредба. Такова разбиране КС многократно е изразявал и в своята практика - Решение № 7 от 4 юни 1996 г. по к.д. № 1/96 г., Решение №8 от 2005г. к.д. № 7/2005 г., Определение № 3 София, 17 септември 2015 г. к. д. № 7/2015 г. и др. Според практиката КС не следва да се превърне в „консултативен орган или да се постави в положението на позитивен законодател, което очевидно е извън правомощията му“ .

В Решение № 8 от 1.09.2005 г. к. д. № 7/2005 г., КС е приел, че тълкувателното му правомощие е „абстрактно“ и „не е свързано с определен, конкретен конституционноправен спор.“ Също така, чрез тълкуването трябва всеобхватно да се изяснят „възможни юридически проблеми, които съществуват или които ще възникнат и по чийто точен смисъл се спори... съдът установява смисъла на конституционната норма, не отменя закон и не решава конкретен юридически проблем.“ (Определение № 2 по к.д. № 5 от 2005 г.).

Считам, че чрез настоящето тълкуване на конституционната разпоредба КС вместо да способства „да се изгради ясна и безпротиворечива система от норми“, тъй като „Конституцията е живо, действащо право, има пряко и непосредствено действие и стои на върха на пирамидата от нормативни актове“ (Решение № 8 от 1.09.2005 г. по к. д. № 7/2005 г.), ограничи възможностите за отчетност от страна на главния прокурор пред Народното събрание. Чрез тълкуването си КС изигра ролята на конституционен законодател, който отнапред възпрепятства възможните законодателни решения.

Към публичноправно понятие за авторитет

Деяна Марчева

Towards Public Law Concept of Authority

Deyana Marcheva

Abstract: *The article advances the argument for introducing a concept of authority in Bulgarian public law. It analyses the deficits in our public law doctrine that is confined to the concept of power and coercion and has a very limited understanding of authority. The author suggests that the lack of Bulgarian legal term authority is rooted in the legacy from the communist past. The roots of the Roman law term auctoritas have been explored to back up her argument that the concept of authority is indispensable in public legal context. The public law concept of authority has been introduced through the theoretical framework of the “authority of law” by Joseph Raz. The article implies that rule of law principle would never be effectively implemented in practice without an understanding of authority and authority of law.*

Keywords: *Bulgarian public law, authority, power, rule of law, authority of law*

Съвременната публичноправна наука в България заобикаля теоретизирането на властта в перспективата на правото. Понятието „власт“ се разглежда само и единствено като елемент на държавата¹, като „държавна власт“ и се свързва с принципите на суверенитета и разделението на властите². Дали обаче всичко, което се отнася до властта в правото може да се изчерпи с държавната или публичната власт, разглеждани основно в смисловия план на „принудата“? Защо у нас липсва юридическото понятие за власт - „авторитет“³? Защо не стигаме до идеята „авторитет на правото“⁴, а го смятаме едва ли не за безсилно, ако не е снабдено с държавната власт-принуда?

¹ **Владикин, Л.** *Общо учение за държавата*. С.: Изд. „Програмни продукти и системи“, 1992.

² У нас традиционно се разглеждат и анализират принципите на народния суверенитет и на разделение на властите както в *учебниците*: **Стойчев, С.** *Конституционно право на Република България*. С.: Сиела, 2002, **Танчев, Е.** *Въведение в конституционното право*. С.: Сиби, 2003; **Друмев, Е.** *Конституционно право*. С.: Сиела, 2008, **Вълчев, Д.** *Лекции по обща теория на държавата*, С.: Сиела, 2013; така и в *монографии относно суверенитета*: **Вълчев, Д.** *Държавна власт и народен суверенитет*. С.: УИ „Свети Климент Охридски“, 1996; **Моллов, С.** *Принципът на суверенитета*, С.: Сиби, 2012; или монографии и статии, които подробно разглеждат суверенитета: **Киров, С.** *Парламентарен или персонален режим*. С.: УИ „Св.Климент Охридски“, 2011; **Близнашки, Г.** *Учредителната власт на народа*. С.: УИ „Свети Климент Охридски“, 2017; **Спасов, Б.** *Конституционни гаранции за народния суверенитет*, В: *Съвременно право*, брой 3, 1999 г.; **Танчев, Е.** *Конституционни измерения на суверенитета*, В: *Съвременно право*, брой 1, 2003 г.; а също и *монографии относно разделение на властите*: **Радев, Д.** *Принципът за разделение на властите*, изд. „Лик“, 2002; или монографии и статии, които подробно разглеждат разделението на властите: **Близнашки, Г.** *Принципите на парламентарното управление*. С.: УИ „Свети Климент Охридски“, 2010. Има и по-известни статии по въпросите на суверенитета и разделение на властите: **Неновски, Н.** *Разделението на властите и понятието „държавна власт“ в Конституцията от 1991 година*, В: *Съвременно право*, брой 3, 1994 г.

³ В цялата англоезична правна литература правното понятие за власт не е “power”, а е „authority”.

⁴ Изразът е като превод на английския израз “Authority of Law” – „авторитет на правото“ или „власт на правото“, който се е наложил в правната литература след издаването на книгата на Джоузеф

Настоящата статия има амбицията да постави началото на обосноваването на необходимостта от разработване на публичноправно понятие за авторитет у нас. Въвеждането на такова понятие в никакъв случай не е самоцелно, нито е опит да се привнесе ненужна чуждица на българска територия. Моето дълбоко убеждение е, че липсата на разбиране за власт-авторитет и за авторитета на правото е фундаментален пропуск на публичноправния дискурс, който води до неразбиране на същността на основния принцип на върховенство на правото или „правова държава“, според терминология на чл.4 ал.1 КРБ. Понятието за „авторитет“ отключва съществени измерения на публичноправната перспектива към властта и дава възможност да се обоснове една власт, която е самопроизводна от самото юридическо и се генерира около идеите за справедливост и ред (като отсъствие на произвол). Нещо повече, без идея за авторитет на правото е невъзможен и самият конституционализъм.

Аргументация в тази насока, която в крайна сметка обосновава необходимостта от публичноправно понятие за „авторитет“, ще разгърна в следната линия на анализ: Първоначално ще направя кратък обзор на понятието за власт в съвременната правна наука у нас и ще демонстрирам дефицитите на юридическото разбиране на властта. След това ще потърся историческо обяснение защо понятието „авторитет“ не намира място в българския публичноправен език като поставя фокуса върху наследството от тоталитарната държава и право (1944-1989), което оставя своите трайни следи и в съвременната ни демократична държава при действието на Конституцията на Република България от 1991 г. На следващо място ще потърся опора в римскоправните източници, където са публичноправните корени на понятието „авторитет“ (от лат. *auctoritas*) и където „власт“ се обозначава по три различни начина - *imperium*, *potestas* и *auctoritas*. От римско време правото е най-тясно свързано именно с *auctoritas*. На тази база ще изведе онези аспекти на понятието за „авторитет“, без които е невъзможна концепцията за правовата държава като в това отношение основно разчитам на теоретичните достижения на Джоузеф Раз в „Авторитетът на правото: есета за правото и морала“ (1979)⁵. Надявам се по този път с предложеното понятие за „авторитет“ да се запълни една празнота в българския публичноправен дискурс и да се отворят нови възможности за осмисляне и решаване на проблемите с прилагане на „върховенството на правото“ в България⁶.

В англоезичната публичноправна литература, в англосаксонската правна система и в правото на ЕС⁷, терминът „authority“ е утвърден с поне три

Раз „Авторитетът на правото: есета за правото и морала“ (1979). Вж. **Raz, J.** *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (second edition), Oxford University Press, 2009.

⁵ **Raz, J.** *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Цит. съч.

⁶ При присъединяване на България към ЕС през 2007 г. е установен механизъм за сътрудничество и проверка (МСП), показателите на мониторинг по който са свързани с принципите на правовата държава, вкл. независимост, ефикасност и етика на съдебната власт, борбата срещу корупцията и организираната престъпност. Изпълнението на показателите изисква съчетание на законодателни и институционални мерки. Съветът многократно подчертава, че прилагането на МСП ще приключи, когато се установи дали предвиденото им въздействие е осезаемо на практика и дали те могат да се считат за необратимо инкорпорирани в правната и институционална рамка на България. Ежегодните доклади на Европейската комисия по МСП целят да насочват усилията на българските власти и да отразяват постигнатия напредък.

⁷ Същност понятието „авторитет“ се среща в публичноправните изследвания на правото на ЕС, за което доказателство е и статията в първата част на настоящия сборник на Атанас Семов, „За ролята и отговорността на националния съдия по прилагането на правото на ЕС (Необходимо припомняне на изводите от две исторически решения на Съда на ЕС). В нея става ясно, че практиката на Съда на ЕС извежда аргумент за риск от накърняване на „авторитета на последните съдебни инстанции“, а коментираният механизъм се разглежда „като инструмент за утвърждаване на авторитета на правния ред ... (доколкото е именно гаранция за справедливост)“.

публичноправни смислови значения от „власт“ през „авторитет“ до „орган“⁸. Поливалентността на „власт-авторитет-орган“, чиято пресечна точка е именно „авторитет“ ни изправя пред въпроса за преосмисляне на понятията в българския публичноправен дискурс. На прима виста е ясно, че в юридически смисъл „властта“ няма как да се редуцира до фактическо отношение или до физическите характеристики на силата и принудата. Самото право възниква, защото в полиса или държавата е необходима регулация от друг порядък, различен от обичаите, религията, морала, която се основава на идеята за справедливост, без която общото благо е немислимо. В този смисъл може да се каже, че правото възниква, и за да легитимира упражняването на сила и принуда в държавата. С други думи, за да оцелеят като социално-политическа общност, хората доброволно приемат да се подчиняват не на по-силния във всеки отделен случай, а на общите правила, защото те са разумни, добри и справедливи, а оттам и авторитетни. Оттам се придава изцяло ново измерение на властта, измерението на авторитета, авторитета на правото.

1. Понятието „власт“ в българската публичноправна наука – достижения и дефицити

В началото на ХХ век у нас излизат последователно две монографични правни изследвания на властта – през 2001 г. „Държавна власт“ на Янаки Стоилов⁹ и през 2004 г. „Публичната власт. Теория и конституционна организация“ на Васил Киров¹⁰.

И двете се позовават на теорията на Макс Вебер за властта и извеждат разграничението между трите типа легитимно господство - традиционен, харизматичен и рационален¹¹. Същевременно в нито едно от тях не са посочени трите основни термина, с които социологът борави на немски език¹²: „власт“ (Macht), „господство“ (Herrschaft) и „авторитет“ (Autorität).

За разлика от правната ни наука българската политология не подминава тези важни терминологични нюанси и анализира съотношението между тези понятия, а именно, че в социологията на Макс Вебер „господството“ и „авторитета“ се разглеждат като разновидности на „властта“¹³. От една страна, господството се свързва с „възможността да се срещне подчинение сред дадена група хора“. От друга страна, авторитетът може да почива върху различни мотиви за подчинение, вкл. рационални, навици и т.н. Акцентът при господството е върху чисто фактическото отношение на власт и подчинение, докато акцентът при авторитета е върху легитимното отношение на власт и подчинение¹⁴. Легитимността е онази категория, която дефинира авторитета

⁸ Могат да бъдат дадени множество примери в официалните преводи от Европейския съюз, които да демонстрират как „authority“ се превежда на български език с тези три различни смислови значения – „власт“, „авторитет“, „орган“.

⁹ Стоилов, Я. Държавна власт. С.: Сиби, 2001.

¹⁰ Киров, В. Публичната власт. Теория и конституционна организация. С.: Сиела, 2004.

¹¹ Вебер, М. Социология на господството. Социология на религията. С.: УИ „Свети Климент Охридски“, 1992. Вж. още Вебер, М. Политиката като призвание. Науката като призвание, Рива, 2016.

В превода на Макс Вебер на български език немският израз *legitimer Herrschaft* е преведен като „легитимно господство“, докато почти навсякъде в преводите на английски език е „legitimate authority“.

¹² От друга страна, в политическата наука у нас се подчертава, че Макс Вебер борави с три различни понятия. Тодоров, А. Елементи на политиката. Трактат върху политическото, изд. „Нов български университет“, 2012, 30.

¹³ Пак там, 26-36. Властта е една от основните категории в политическата наука и се теоретизира на различни плоскости – „властта като влияние“, „власт и авторитет“, „власт и легитимно господство“.

¹⁴ Пак там, 31.

Трайно в англоезичната литература е наложено разбирането за авторитета като легитимна или социално приемлива власт на базата на теорията на Макс Вебер, което може да се обясни и с факта, че на английски език типовете легитимно господство на Макс Вебер влизат в превод като типове „легитимен

като особена разновидност на упражняването на власт, свързана с приемливостта на властта от страна на управляваните. В политическата наука се прави разграничение между властта като асиметрично отношение, и авторитета като йерархично отношение между две страни¹⁵. У нас „авторитетът“ се разглежда и като на една от основните ценности на класическия консерватизъм¹⁶.

Публичноправната ни наука обаче в голяма степен заобикаля тези смислови нюанси на термините „власт“, „господство“ и „авторитет“ в социологическата теория на Макс Вебер. В монографията „Държавна власт“ на Янаки Стоилов тези нюанси напълно отсъстват. Той извежда дефиниция на властта като „налагане на волята на един субект върху волята на друг“¹⁷ и свързва властта и „юридическите функции на държавата“. Основна задача на неговото изследване е представянето на множество класификации на държавната власт: учредителна власт и учредени власти; законодателна, изпълнителна и съдебна власт; политическа и юридическа власт; позитивна и негативна власт; дискреционна и юрисдикционна власт; гражданска и военна власт; решаваща и препоръчителна власт; централизирана и децентрализирана власт.

От друга страна, Васил Киров в „Публична власт. Теория и конституционна организация“ задълбочава теоретичния анализ на властта. Той докосва смисловото съотношение „власт“ и „господство“ у Вебер¹⁸. Освен това посочва, че в англоезичната литература се поставя акцент върху *authority*, „авторитет“ или „власт, основана на авторитета“, и го разграничава от *power*¹⁹, носещо смисъла на „власт-сила“. В изследването си Васил Киров съотнася понятието за власт с понятията за конфликт, легитимност, субект, влияние, подражание и манипулация. Той извежда и обосновава „авторитета“ като източник на властта наред с още два източника, които обозначава като „принуда“ и „контрол върху ценност“²⁰. Той изхожда от разбирането, че следването на определен авторитет е доброволен акт, че „властта, основана на авторитета, това е властта, която произтича от мнението, почитанието, уважението, влиянието на характера, длъжността или духовното превъзходство²¹. Васил Киров подчертава, че авторитетът се основава върху осъзнаването от страна на подвластния субект на необходимостта да се подчини на волята на властващия, с оглед осъществяването на собствения си интерес. В крайна сметка Васил Киров поставя авторитета в една сравнително тясна теоретична рамка, „в контекста на доброволността и съгласието“²², като се опира на цитат от изследване на суверенитета: „авторитета свършва там, където свършва доброволното съгласие“²³. Така той свежда „авторитета“ до един от източниците на властта и разчита само на политологичните измерения на понятието, без да си постави за задача да изследва потенциала на публичноправните измерения на понятието.

авторитет“ и не се прокарва смислово разграничение между „господство“ и „авторитет“ в теорията на Вебер.

¹⁵ Тодоров, А. Елементи на политиката. Трактат върху политическото, Цит. съч., 31.

¹⁶ Малинов, С. (сб.) Консерватизмът, том I. С.: Център за социални практики, 1999.

¹⁷ Стоилов, Я. Държавна власт. С.: Сиби, 2001.

¹⁸ Киров, В. Публичната власт. Теория и конституционна организация, Цит. съч., 22, бел. под линия 17. (господството като разновидност на властта).

¹⁹ Пак там, 21-22, бел. под линия 16.

²⁰ Пак там, 37-44.

²¹ Пак там. Има препратка към Schaar, J.H. Legitimacy in the Modern State, In: Power and Community. Dissenting Essays in Political Science, New York, 1969-1970, 293.

²² Пак там, 42.

²³ Пак там. В.Киров цитира Jouvenel, B.De. Sovereignty: Inquiry into Political Good, Chicago, 1957,

Така е пропусната възможността българската публичноправна наука да надскочи едноизмерната аналитична схема „държавата снабдява правото с принудителна сила“. Последната е свързана и с един подход към „властта“ като нещо външно за правото, което стои по-близо до държавата²⁴, като понятие повече на политическата и социологическата наука, отколкото на правната наука. Така и терминологично, и теоретично правото се концепира като изцяло подчинено и зависимо от държавата и властта, а не като генериращо държава и власт в публичноправен смисъл. Дори и някъде в дебелиите книги да има намеци за двупосочната зависимост между право и власт - правото е носител на авторитет, който от своя страна легитимира упражняването на сила от органите на властта, за да се гарантира спазването на правото, то убеждението и знанието за нея няма как да пусне трайни корени в българското правосъзнание при отсъствието на публичноправно понятие за авторитет и на концепция за авторитета на правото.

2. Изчезването на „авторитета“ в тоталитарната държава и право (1944-1989)

Едно от възможните обяснения защо понятието „авторитет“ не намира място в българския публичноправен език днес е в идеологическото наследство на тоталитарната държава и право (1944-1989). Последното в голяма степен задава матрицата на публичноправните понятия²⁵, които се използват и след приемането на Конституцията през 1991 г. Нещо повече, тоталитарното наследство се оказва толкова силно при осмислянето на отношението власт-право, че старото мислене започва да търси нови езикови форми²⁶. В институционален план се появява проблема със създаването на „формални структури без съдържание“²⁷, който става известен в литературата по проблемите на европеизацията, а също и в докладите на институциите като проблема на „празните черупки“ (*empty shell*)²⁸. „Върховенството на правото“ се превръща в една такава постоянно заподозряна за България „празна черупка“. И българската публичноправна наука дължи изследване на тази проблематика в отговор на въпроса къде се къса връзката между конституционния принцип и ефективното му прилагане на практика. Недостатъчното разбиране на отношението право-власт може

²⁴ Затова и в съвременните учебни планове на обучението по право „властта“ не се изучава в „Общата теория на правото“, а по-скоро в „Общата теория на държавата“.

²⁵ Става дума за понятията и теориите най-вече в административното право у нас. Така по инерция отпреди 1989 г. административно право борави с термина „оперативна самостоятелност“ на административните органи вместо с „дискреция“. Анахронични концепции се промъкват и в самата Конституция от 1991 г. Например, заглавието на глава втора „Основни права и задължения на гражданите“ е идентично със заглавието на глава трета на Конституцията от 1971 г. и със заглавието на глава осма на Конституцията от 1947 г., макар, че би трябвало при прогласения принцип на правовата държава в чл.4 ал.1 КРБ, да не се следва инерцията от двете социалистически конституции, а да се изведе института на „права на човека“, на „основни права“, който не зависи от гражданството, и е стои на една плоскост със задълженията на гражданите. Могат да бъдат дадени и други примери за това как публичното право и публичноправната наука не може да се отърси от понятийното и идеологическото наследство на тоталитарната държава и право от 1989 г.

²⁶ В продължение на години административно право се преподаваше по старите учебници отпреди 1989 г., в които думата „държавно-разпоредителна власт“ или „държавно управление“ просто бяха заменени с „изпълнителна власт“ или „изпълнителна дейност“, без да бъдат внесени съществени концептуални и методологически промени.

²⁷ Bugarcic, B. The Europeanisation of National Administration in Central and Eastern Europe: Creating Formal Structures without Substance? In: W. Sadurski, J. Ziller, & K. Zurek (Eds.). *Après enlargement. Legal and political responses in Central and Eastern Europe*, Florence: European University Institute, 2006, 201–230.

²⁸ Това е не само теоретичен термин, но и термин, който често се използва от Комисията и другите институции на ЕС при анализа и оценката на изпълнението на задълженията на държавите-членки.

да бъде изходна точка на такова едно изследване, което тук се фокусира върху необходимостта от публичноправно понятие за авторитет.

Според Хана Аренд, тоталитарните режими са най-радикална манифестация на изчезването на „авторитета“ в модерната епоха²⁹. Тя оспорва обозначаването на социалистическите режими като авторитарни, защото те се освобождават от „авторитета“ като принцип на политическа организация. Симптоматични за изчезването на авторитета са онези политически движения през XIX век, като марксизма и болшеvizма, които се стремят не да пресъздадат принципа на авторитета и да установят около него политическото тяло, а вместо това поставят света в едно постоянно движение. Тези движения прегръщат доктрината на историческата необходимост и вътрешно присъщото ѝ движение³⁰. Така марксизмът на теория, а болшеvizмът на практика се освобождават от „стабилизиращ източник на авторитета“ за действията на смъртния човек и за създаването на политическата организация. Според тази идеология не е нужно да се постави основа на обществото, а вместо това то ще се развива в съответствие с диалектиката на историята³¹. Така в тоталитарните държави по марксистко-ленински модел се отхвърлят всякакви традиционни правни и морални норми и започва да функционира „коренно различна ценностна система“³². С нея се претендира установяване на „господство на справедливостта върху цялата земя“³³, като съответно се очаква, че държавата ще „отмре“³⁴, а заедно с нея и правото. Преходната фаза от капиталистическо към комунистическо общество се обозначава като в марксистката теория като „диктатура на пролетариата“³⁵, при която

²⁹ **Arendt, H.** What was Authority? In: *Nomos I: Authority*, ed. C. Friedrich, Cambridge: Harvard University Press, 1958.

На този възглед на Хана Аренд се противопоставя **Mayer, R.C.** *Hannah Arendt, Leninism, and the Disappearance of Authority*, *Polity*, Vol. 24, No. 3, Spring, 1992, Palgrave Macmillan Journals, 399-416. Този автор подчертава, че не може да се слага знак за равенството между марксистката и лениниската теория по отношение на кризата на „авторитета“. Според него, описаният от Хана Аренд авторитет играе важна роля в Лениновата теория, т.е. вместо да изчезне, авторитетът всъщност се появява отново точно в онези режими, които Аренд нарича „анти-авторитарни“.

³⁰ **Arendt, H.** *On Revolution*, New York: Penguin, 1977, 113.

³¹ Hannah Arendt, *What was Authority?* Цит. съч.

³² **Аренд, Х.** *Тоталитаризмът*, С. 1993, 213-219.

³³ Пак там.

³⁴ Фразата „отмиране на държавата“ е въведена от Фридрих Енгелс в „Произход на семейството, частната собственост и държавата“ (1884) с известния цитат: „И така, държавата не съществува открай време. Имало е общества, които са минавали и без нея и които не са имали и понятие за държава и държавна власт. На определено равнище на икономическото развитие, което по необходимост е било свързано с разделянето на обществото на класи, държавата станала по силата на това разделяне необходимост. Сега ние с бързи крачки се приближаваме към такава степен на развитие на производство, на която съществуването на тези класи не само престава да бъде необходимост, но става истинска спънка за производството. Класите ще изчезнат също така неизбежно, както неизбежно са възникнали в миналото. С тяхното изчезване неизбежно ще изчезне и държавата. Обществото, което ще организира производството по нов начин въз основа на свободна и равнопавна асоциация на производителите, ще запрати цялата държавна машина там, където ще ѝ бъде тогава мястото: в музея на старините, до чекръка и бронзовата брадва.“, Вж. **Маркс К., Енгелс, Ф.** *Избрани произведения*, том.5. С.: Партиздат, 1984, 181.

³⁵ Маркс и Енгелс заимстват термина „диктатура на пролетариата“ от Луи Огюст Бланки, а след това го превръщат в основен за марксистката теория за обозначаване на политическото управление, чрез която следва да се замени съществуващата капиталистическа класова система с безкласово комунистическо общество.

В „Класовите борби във Франция от 1848 до 1850 г.“, написано в края на 1849 г. и февруари 1850 г. Карл Маркс критикува утопичния доктринерски социализъм, „който заменя съвместното обществено производство с мозъчната дейност на отделния педант, .. който всъщност само идеализира сегашното общество... и иска да осъществи своя идеал въпреки действителността, ... този социализъм, който се отстъпва от пролетариата на дребната буржоазия...“; „пролетариатът все повече се сплотява около

работническата класа има пълен и неограничен контрол върху политическата власт. На практиката тази диктатура води до установяване на „тотален терор“, който се превръща в „същност на тоталитарното господство“, според Хана Аренд.³⁶

В първия цялостен и задълбочен анализ на тоталитарната държава и право в България в периода 1944-1989 Екатерина Михайлова³⁷ демонстрира как се установява и утвърждава тоталитарния политически режим у нас. Тя прави детайлен институционален и правен анализ на Димитровската конституция от 1947 г. и Живковската конституция от 1971 г., а също и на социалистическото законодателство в този период. Доказва, че у нас се държавната власт се заменя от партийна власт³⁸ и е установена диктатура, при която БКП започва да упражнява пълен контрол върху всички сфери и нива на обществото и върху частния живот на всички лица. Освен това за първи път в такъв един контекст са вплетени и цитати от теоретиците на държавата и правото по това време, без дори да се коментират, защото са достатъчно красноречиви и саморазобличителни³⁹.

Публичноправната доктрината е обилно „напоена“ с марксистко-ленинска идеология: „в старата юридическа форма беше вложено революционно съдържание“, „основно изискване на всяка революция е да смаже съпротивата на съборената класа“⁴⁰; „В революционните епохи, когато се извършва смяна на политическото господство, ограниченията спрямо избирателните права на съборената класа са необходима мярка в защита на прогресивното развитие...От пасивно избирателно право беше лишена преди всичко най-реакционната част от експлоататорската класа.“⁴¹; милицията е „въоръжена сила за смазване съпротивата на фашистките елементи и за защита завоеванията на народното въстание“⁴²; на съда е възложена задача „за утвърждаване на народната власт и за създаване на условия за настъпление на социализма“, да води „сурова борба с враговете на народа, с техните опити за реставрация за създаване пречки за укрепването на народнодемократичната държава и за развитието ѝ по пътя към социализма“⁴³; „основно прочистване на съдилищата и прокуратурата от фашистки и противонародни елементи“⁴⁴.

революционния социализъм, около комунизма, кръстен от самата буржоазия с името Бланки. *Този социализъм е обявяването на перманентна революция, класовата диктатура на пролетариата като необходим преходен момент към унищожаването на класовите различия изобщо* (курсив мой: Д.М.), към премахването на всички производствени отношения, върху които почиват тези различия, към премахването на всички обществени отношения, съответстващи на тези производствени отношения, към преврат във всички идеи, произтичащи от тези обществени отношения.“, Вж. **Маркс К., Енгелс, Ф.** Избрани произведения, том.3. С.: Партиздат, 1984, 128, и още: 282, 304, 308-312. Също вж. **Маркс К., Енгелс, Ф.** Избрани произведения, том.1. С.: Партиздат, 1984, 58-60, 184, 200. **Маркс К., Енгелс, Ф.** Избрани произведения, том.10. С.: Партиздат, 1984, 45, 264.

³⁶ Аренд, Х. Тоталитаризмът, С.1993, с.213-219

³⁷ Михайлова, Е. Тоталитарната държава и право 1944-1989, изд. „Нов български университет“, 2016.

³⁸ Пак там, 12.

³⁹ Пак там, 18, 28, 33, 36, 141, 148, 331 и т.н.

⁴⁰ Радев, Я. Държавни представителни органи в България (1944-1947), С., 1965, 14, 24, Цит. в Михайлова, Е. Тоталитарната държава и право 1944-1989, 28.

⁴¹ Радев, Я. Държавни представителни органи в България (1944-1947), Цит. в Михайлова, Е. Тоталитарната държава и право 1944-1989, 59.

⁴² Костадинов, Г. Развитие на административното право, В: Развитие на социалистическото право в България, С., 1984, 87-88, Цит. в Михайлова, Е. Тоталитарната държава и право 1944-1989, 33.

⁴³ Константинов, К. Ролята на съда за укрепване на социалистическата законност, В: 25 години социалистическа държава и право, С. 1969, 373, Цит. в Михайлова, Е. Тоталитарната държава и право 1944-1989, 141.

⁴⁴ Павлов, Ст. Наказателен процес на Република България, обща част, С. 1996, 33-34, Цит. в Михайлова, Е. Тоталитарната държава и право 1944-1989, 141.

Теорията на държавата и правото в периода 1944-1989 е изцяло подчинена на марксистко-ленинската идеология, в която властта се концепира като „сила“ и „диктатура“, а правото като „социалистическа законност“⁴⁵ или инструмент за смазване на „враговете на народа“. Авторитетът или авторитетът на правото са напълно ненужни в този контекст, в който със „светлото комунистическо бъдеще“ е оправдана „диктатурата на пролетариата“ и неограничената власт на БКП, така че всеки, който постави въпроса за легитимността на властта, се превръща във „враг на народа“.

Този начин на мислене е толкова дълбоко вкоренен в българската публичноправна доктрина и дори в социалното мислене, че и след приемането на демократичната Конституцията от 1991 г. не се отваря място за авторитета и като цяло правото продължава да се възприема като инструмент на властта, а не като генериращо собствена власт и неотменими принципи. За това е необходимо време както показва и самият генезис на понятието „авторитет“ (от лат. *auctoritas*) в контекста на римската държава и право.

3. *Auctoritas* в контекста на римското публично право

В първата статия от настоящия сборник „Ius est ars?“ Малина Новкиришка дава в превод един забележителен цитат от Дигестите, в който е използван изразът „авторитета на правото“⁴⁶. На този цитат ще се спра по-нататък подробно, но още тук искам да подчертая, че проблемът за *auctoritas* и за авторитета на правото, се открива още в римскоправните източници. Неслучайно това е въпрос, който излиза на дневен ред при обсъждане на „мерките за преодоляване на кризата след гражданските войни, диктатурите и триумвиратите и утвърждаването на реда и държавността в началото на I в. сл. Хр.“⁴⁷.

В своят фундаментален научен труд *Ius Publicum* (2016)⁴⁸ Малина Новкиришка за първи път у нас систематизира различните публичноправни измерения на „властта“ в римскоправен контекст, който се оказва изключително важен за осмисляне на отношенията право и власт. В римското публично право се използват три основни понятия за властта – *imperium*, *potestas* и *auctoritas*⁴⁹.

С понятието *imperium* в Рим се обозначава „държавната власт“ в Рим. Малина Новкиришка изследва етимологическия произход на термина *imperium* и обосновава като негово основно значение - „най-висшата и пълна публична власт в Рим, съставена от множество правомощия, предоставени на т.нар. висши магистрати“⁵⁰. Етимологията на термина се свързва с *im-pero* и се интерпретира в смисъл на „вземам мерки, подготвям нещо, което да се състои, да се направи“. Глаголът *imperare* има значение на

⁴⁵ „Законността“ или „социалистическата законност“ е заложен като конституционен принцип в Конституцията на Народна република България от 1971. За сравнение в действащата Конституция на Република България от 1991 г. е заложен принципът на върховенство на правото.

⁴⁶ Дигести, 1. 2. 2. 49. (Помпоний в единствената книга на Енхиридиума), Цит. по Новкиришка, М. *Ius Est Ars* (Някои размисли за правото като изкуство или изкусно занятие и за неговото изучаване) в настоящия сборник.

⁴⁷ Пак там.

⁴⁸ Новкиришка, М. *Ius Publicum*, С., 2016.

⁴⁹ Новкиришка, М. *Ius Publicum*, С., 2016.; Новкиришка, М. Терминологията и основните понятия за държавно управление и публична власт, Годишник 2016 на департамент „Право“ на НБУ, София, 2017 (под печат).

В настоящия анализ изцяло се уповавам на изключителните приноси на Малина Новкиришка за осмисляне на публичноправното понятие за „власт“ през римскоправните термини в дисертационния й труд „*Ius Publicum*“ и в посочената статия..

⁵⁰ Новкиришка, М. Терминологията и основните понятия за държавно управление и публична власт, Годишник 2016 на департамент „Право“ на НБУ, София, 2017.

„заповядвам, нареждам, предписвам, повелявам, разпореждам се, властвам, господствам, управлявам, обуздавам“⁵¹.

По време на Републиката римските граждани избират от своите среди най-авторитетните за „магистрати“, за да осъществяват публичната власт в Рим. Като еманация на висока почит, на *ius honorum*, магистратите получават властта *imperium*, съответни правомощия да командват армията, да правораздават и да осъществяват гражданско управление⁵². Постепенно започва и създаването на йерархия в магистратурите, разграничението между висша и нисша магистратура с различна власт, обозначававана съответно с термините *imperium* и *potestas*, висши магистрати *cum imperio* и нисши магистрати *cum potestate*

Малина Новкиришка прави задълбочен исторически анализ как *imperium* варира през вековете и как към термина се наслагват „определители, които придават конкретно съдържание на правомощията на носителите на властта“⁵³. Така например, в Царския период⁵⁴ властта на рекса е била еднолична и неограничена по срок и обхват, макар и още първият рекс Ромул да ѝ придава законен вид чрез гласуване в куриатните комиции⁵⁵ (*imperium legitimum*). Това се променя с установяване на Консулата през 509 г. пр.Хр, когато в началото на Римската Република⁵⁶ се въвеждат нови принципи за конструиране на властта, вкл. срочност и колегиалност (*imperium consulaire*)⁵⁷. С установяването на Принципата⁵⁸ Август започва да възвръща постепенно единния и неделим *imperium* – срочният характер от времето на Републиката отстъпва на процедурата по неговото продължаване. Същевременно доктрината за делегиране на публични функции, която води своето начало още от Царския период, се доразвива в годините на Принципата, и започва да се създава все по-тежък държавен бюрократичен апарат.

⁵¹ Пак там. Малина Новкиришка извежда разделението между две форми на империума – *imperium militiae* и *imperium domi*, съответно във военно и в мирно време. Новкиришка също така изяснява, че първоначалното значение на термина “*imperator*” е свързано с упражняването на *imperium* от съответния магистрат, а едва в епохата на Принципата започва да се превръща в титла на държавния глава и по-късно, от IV в. насетне да означава абсолютен монарх и наместник на Бога на земята.

⁵² Пак там. Новкиришка прави разграничение между тези две форми на *imperium*, които макар и да са предоставени в рамките на един и същи закон и на едни и същи лица, имат различен обхват. Най-общо се приема, че *imperium militiae* е неограничена, докато *imperium domi* е ограничена.

⁵³ Пак там.

⁵⁴ 753 г. пр.Хр. - 510 г. пр.Хр. В този период, според съчиненията на Тит Ливий, Рим е управляван от седем царе (на лат.: *rex, regis*) последователно: Ромул, Нума Помпилий, Тул Хостилий, Анк Марций, Тарквиний Приск, Сервий Тулий, Тарквиний Горди.

⁵⁵ Комициите са народни събрания в Древен Рим.

⁵⁶ 509 г. пр.Хр. - 27 г. пр.Хр.

⁵⁷ **Новкиришка, М.** Терминологията и основните понятия за държавно управление и публична власт, Годишник 2016 на департамент „Право“ на НБУ, София, 2017. Подробно и критично са представени различните възгледи в романистиката по отношение на *imperium* по време на Републиката. Според едни автори, по време на Републиката се запазва идеята за единната и неделима власт от Царския период, която не изключва възможността на рекса да възлага изпълнението на определени функции като делегира права на съответните магистрати във военната и правораздавателната област, а също и в гражданското управление. Така се приема, че всеки от магистратите по време на Републиката разполага с империум, т.е. притежава пълна и еднаква власт с тази на своя колега и поради това може да се противопоставя на неговите решения. Според други автори, обаче, по време на Републиката империумът остава един и се поделва между магистратите, като аргументи в тази посока се търсят в контекста на редуването на консулите във властта в мирно време.

⁵⁸ 27 г. пр.Хр. – 193 г. сл. Хр., до 284 г. Принципатът е специфична форма на управление, при която съществуват републикански институции, но Сенатът избира измежду сенаторите „първ сред равни“, „принцепс“, който постепенно добива императорска власт. През 27 г. пр. Хр. Сенатът обявява Октавиан Август за свой „принцепс“.

В римскоправните източници се открива и още едно понятие за власт – *potestas*, с което се обозначават правомощията на нисшите магистрати от периода на Римската Република. Етимологически терминът е свързан с лексемите *potis* и *potens*, означава „силен, мощен, притежаващ власт“ и позволява полисемантична употреба – в смисъл на всякаква власт, вкл. властта на *pater familias* по отношение на неговите подвластни и роби, властта върху вещи и др.

По време на Принципата разграничението между *imperium* и *potestas* като обозначение съответно на правомощията на висшите и нисшите магистрати вече не се спазва стриктно⁵⁹. В епохата на Принципата се сменя концепцията за *imperium*. Сенатът избира магистрати само в ограничени хипотези, а техните правомощията вече не са на самостоятелно основание, а са производни от властта на императора. Принцепсите се стремят да концентрират максимално власт, така че стават носители и на *imperium*, и на *potestas*, при това пожизнено.

Понятието *potestas* в публичноправен смисъл се развива „на принципа на скачените съдове“ с понятието *imperium*. Същевременно ако позволите една аналогия със съвременния публичноправен терминологичен апарат, отношението между *imperium* и *potestas* в римското право в голяма степен прилича на отношението между „държавна власт“ и „правомощия“ днес. Във всички случаи можем да обобщим, че става дума за понятия за власт, центрирани около идеята за държавност.

Дали в същото „гравитационно поле“ попада и третия термин за власт *auctoritas*? Общите речници по латински език извеждат разнообразни негови значения: „мнение, възглед, съвет, предложение, увещание, внушение, желание, инициатива, влияние и пр.“, и подчертават специалната употреба в политическа план - в смисъл на „воля, решение, право, предписание, власт, а също и гаранция, достоверност, надеждност“⁶⁰. Същевременно специализираните юридически речници и енциклопедии отбелязват и значенията на *auctoritas* като „уважение, достойнство“, като „авторитет“ на учени, лекари, юристи, като „правна сила“⁶¹.

В своя терминологичен анализ Новкиришка допълнително поставя акцент и върху значението на *auctor*, чийто етимология се свързва с действия по основаване, създаване, нарастване, а именно като: „основател, създател, творец, автор, вдъхновител, но и лице с общопризнат авторитет, поръчител, гарант, попечител“, и дори в смисъла на „създател на закони“⁶². Древната употреба на *auctoritas* е като действие на *auctor*, а също и като авторитет, гаранция, обезпечаване, както и като право на първо или на решаващо произнасяне.

Още римскоправните източници от архаичния период използват *auctoritas* като определение на публичната функция на *auctor* и свързват термина с конституиращата власт на авгуралното одобрение. Малина Новкиришка сочи, че в авгуралното право и децемвирално законодателство *auctoritas* е отражение на основното място на *augurium*

⁵⁹ Новкиришка, М. Терминологията и основните понятия за държавно управление и публична власт, Годишник 2016 на департамент „Право“ на НБУ, София, 2017. Обяснява се, че още по време на Републиката *potestas* в някои случаи поглъща или пък се схваща като част от *imperium*’а на висшите магистрати, но по-често се свързва с компетентността на плебейските трибуни (*tribunicia potestas*), на сензорите (*ensoria potestas*), на едилите (*ædilicia potestas*) и на квесторите (*quæstoria potestas*).

⁶⁰ Новкиришка, М. *Auctoritas Iuris-Auctoritas Principis* (За авторитета и властта на правото и на принцепса), В: Сборник в памет на Теодор Пиперков, Великотърновски университет „Св.Св.Кирил и Методий“. Велико Търново: УИ „Св.Св.Кирил и Методий“, 2016, 9-30, 13. Препраща се към Дворецкий, И. Латинско-русский словарь, Москва, 1980.

⁶¹ Пак там. Препраща към Дыдынский Ф.М. Латинско-русский словарь к источникам римского права, Варшава, 1896; Paulys Realencyclopædie der classischen Altertumswissenschaft, Band II, 2, Stuttgart, 1896; Smith, W. A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, London, 1875.

⁶² Пак там, 14.

в римския обществен живот, като тълкуватели на знаменията и божествената воля и одобрение⁶³. Според авгуралната концепция, *auctoritas patrum* съдържа ключово „одобрение“, без което нито един от законите, гласувани в комициите, не може да влезе в сила. Същевременно конститутивната функция на *auctoritas patrum* е свързана и с подчинението на всяка частна или публична дейност в Древния Рим на *auspicium*, с който се свързва обществения ред и законността⁶⁴. Това оправдава и специфичния „надзор“, който Сенатът осъществява върху решенията на народните събрания.

По-късно в края на Републиката и началото на Принципата *auctoritas* се възприема също и като еквивалент на *cura et tutela reipublicae*, „грижа и защита на държавата“. Малина Новкиришка подчертава, че „биномията „cura-tutela“ в публичното право се свързва с *auctoritas*, и се схваща като морална отговорност за доброто управление на подчинените на Рим територии, зачитане на правата на провинциалите, осигуряване на ред и законност, на която да се подчиняват всички римски магистрати“⁶⁵.

В римскоправен контекст *auctoritas* се интерпретира и в противоположност на *potestas* в смисъла на неформална и непринудителна власт, на „влияние“⁶⁶. В това отношение традиционно се цитира един фрагмент в *Res Gestae* относно характера на властта на Август като принципс:

“*Res gestae* 34. По време на шестия и седмия ми консулски мандат (28-27 г. пр.Хр.), след края на гражданската война и след като всичко бе постигнато чрез общо съгласие, върнах държавната власт на Сената и на римския народ. За тази своя заслуга, чрез постановление на Сената, бях наречен Август и публично увенчан с лавров венец и гражданска корона, бе поставен златен щит на Юлиевата врата на Сената, надписът на щита свидетелстваше за силата, волята, закона и милостта, по която народът на Рим ми ги присъждаше. В тези години превъзхождах всички по влияние⁶⁷, но нямах по-голяма власт от тази, която имаха моите колеги във всяка една от магистратурите⁶⁸.”

Понятието *auctoritas* започва да се възприема като най-висша степен на морално лидерство и признание и дори се превръща в център на една романистка концепция за управлението на Август и културата на Принципата⁶⁹.

Терминът *auctoritas* има и още едно съществено смислово измерение във връзка с установяване на властта на император Август и създаването на особена привилегия за

⁶³ Пак там, 16-17. Виж още обяснението на Новкиришка, че в архаичния период сенаторите са гаранци и носители *augurium publicum*, а именно религиозната сила, придавана на публичните дейности, осъществявани от органите на власт и управление в Рим. Така *augurium* е привилегия, достъпна само за патрициалната религиозна общност. Някои романисти смятат, че има идентитет между *auctoritas patrum* и *auctoritas Senati*. Новкиришка обаче подчертава, че в изследването на Magdelain от 1947 г. се проследява развитието на двете концепции и се доказва, че докато *auctoritas patrum* е напълно реална власт, сравнима с *auctoritas tutoris* и *auctoritas venditoris*, включени в Закона на XII-те таблици, то *auctoritas Senati* има морални измерения и се превръща в реална власт едва след пълното отпадане на функциите на комициите в Ранния Принципат.

⁶⁴ Пак там, 16. За *auspicium* и *augurium* Новкиришка препраща към Baranger, H. *La Théorie des auspices et ses applications en droit public et privé*, Paris, 1941; Tassi Scandone, E. “Auspicium” o “augurium” Romuli? Sul problema del rapporto tra “auspicium” ed “imperium”. In *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, v. VIII, Napoli, 2001, 151-196.

⁶⁵ Пак там, 18.

⁶⁶ Rowe, G. Reconsidering the *Auctoritas* of Augustus, *Journal of Roman Studies*, 103, 2013, 1-15.

⁶⁷ На лат.: „Post id tempus *auctoritate*” (курсив мой – Д.М.) omnibus praestiti“. Новкиришка, М. *Auctoritas Iuris-Auctoritas Principis* (За авторитета и властта на правото и на принципса) Цит. съч., 19.

⁶⁸ На лат.: „*potestatis*” (курсив мой – Д.М.) autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt“. Пак там, 19.

⁶⁹ Galinsky, K. *Augustan Culture: An Interpretive Introduction*, Princeton, 1996; Augustus: *Introduction to the Life of an Emperor*, Cambridge, 2012.

видни юристи, които подкрепят неговите реформи и са включени в неговото обкръжение⁷⁰. С това се поставя началото на една практика римските юристи (*jurisprudentes*) да дават отговори (*responsa*) на правни въпроси:

„Дигести, 1. 2. 2. 49. (Помпоний в единствената книга на Енхиридиума).

Междувременно трябва да уточним, че до времето на Август правото да дават публични отговори не се предоставяло от принцепсите, но тези (юристи), които внушавали доверие със своите знания, давали отговори на лицата, търсещи съвет. И те не давали скрепени с печат отговори, а сами пишели писма на съдиите или издавали свидетелство на този, който искал съвет. За първи път Божественият Август, за да повдигне авторитета на правото⁷¹, установил, че те ще дават отговори на основание на неговата власт (авторитет), и от това време юристите започнали да считат това право като привилегия.⁷²

Става дума за един продължителен исторически процес, в който отговорите на римската юриспруденция постепенно придобиват официален характер като тълкувателни становища и стават задължителни за съдиите, т.е. превръщат се в източник на правото.

Как в този контекст се появява израза *auctoritates iuris* или авторитет на право? За него Малина Новкиришка подчертава, че се среща доста рядко в правните текстове и смята, че най-логично е в него *auctoritas* „да се възприеме в смисъл на морална категория, свързана с престиж и оценка на висока социална и политическа позиция“⁷³. По тази линия аргументацията за действията на Август спрямо римската юриспруденция могат да се интерпретират в посока възстановяване на законността и прилагането на правото, подкопани в продължителния период на политическа нестабилност през последния век на Републиката⁷⁴.

Неслучайно в римския публичен контекст повишаването на авторитета на правото се обвързва със създаването на тълкувателните становища на юристите (*ius publice respondendi*), т.е. с официално признаване на влиянието на юриспруденцията. Става ясно, че правото и дейността на юристите сами по себе си генерират авторитет, който е необходимо на държавната власт и за легитимация, и за установяване на ред, на правен ред.

Следователно, римскоправните източници доказват, че публичноправните смислови измерения на властта не могат да бъдат обхванати без понятието за *auctoritas*, което има собствен генезис и гравитационно поле около правото. На съвременен език публичноправният дискурс в демократичната и правова държава е невъзможен без понятие за авторитет, и без разбиране за авторитета на правото.

4. **Общотеоретичният анализ на авторитета и авторитета на правото на Джоузеф Раз**

⁷⁰ Новкиришка, М. *Auctoritas Iuris-Auctoritas Principis* (За авторитета и властта на правото и на принцепса) Цит. съч., 9.

⁷¹ Пак там, 14. Новкиришка одчертава, че „при тълкуването на текста на Помпоний не е абсолютно сигурно, че терминът „*auctoritas*“ трябва да се интерпретира като „авторитет“. Предполага се, че това мнение е наложено от хуманистите през XVI в., но то не отчита многообразната употреба на термина, множеството нюанси, които се вграждат в него и които са свързани с конкретна социална или политическа обстановка.“

⁷² Пак там, 11.

⁷³ Пак там, 23.

⁷⁴ Пак там, 23. Новкиришка сочи, че Август нееднократно подчертава, че целта на управлението му е да възстанови всичко, което римляните разбират като *Res publica* – конституционни структури, право, обществен и политически живот, дори морални ценности и традиции.

Публичноправното понятие за авторитет у нас трябва да стъпи върху общотеоретичните постановки за авторитета и авторитета на правото, които могат да бъдат открити в класическата книга на Джоузеф Раз „Авторитетът на правото: есета за правото и морала“ (1979). В нея проблемът за авторитета е поставен във философскоправния контекст за същността на правото. Тъй като правото изисква нашата лоялност и подчинение и всяка правна система претендира за авторитет, следва да си дадем отговори на въпросите: Какъв авторитет има правото за нас? Какъв авторитет следва да признаем като съответен на правото?⁷⁵ Тези въпроси имат важно практическо значение, особено предвид разрастващото се законодателство в съвременната държава, в която правото започна да прониква буквално във всеки ъгъл на човешката (индивидуална или групова) дейност. Колкото повече се разраства и колкото по-дълбоко прониква позитивното право в различни аспекти на човешкия живот, толкова повече се усложнява проблема с авторитета на правото, и толкова по-трудно е да се намери общ философски отговор на поставените въпроси⁷⁶.

Така подходът на Раз към проблема за авторитета е като проблем на юридическия позитивизъм, тъй като правото изглежда притежава и в свое име изисква подчинение, дори и в случаите, когато моралът диктува друго. Важна изходна предпоставка в анализа на Раз е разбирането, че авторитетът е практическо понятие⁷⁷ и въпросите за това кой има авторитет върху кого са практически въпроси, защото се отнасят до това какво трябва да се прави. С други думи обяснението на авторитета трябва да има практически смисъл, съжденията за авторитета следва да служат за практически изводи. И Раз си поставя за задача да обясни какъв е капацитетът на общото понятие „авторитет“ досежно такива практически заключения.

В първата част на книгата „Право и авторитет“ (Law and Authority)⁷⁸ Джоузеф Раз изследва потенциала за едно общотеоретично понятие за авторитет, понятие приложимо към решаване на практически въпроси, без непременно да се ограничават в сферата на публичното право. Макар и да дава повече примери които се отнасят към сферата на публичното право като цяло в книгата, в първата общотеоретична глава Раз изследва същността, без методологически да ограничава понятието до публичното право⁷⁹. Към същността на авторитета (authority) Раз подхожда по утвърдения в Оксфордската аналитична школа метод – като търси обяснение като започва със систематизацията на теоретичните достижения преди него, опира се и на ежедневната и обикновена (ненаучна) употреба на понятието и отграничава различни смислови пластове в задълбочен езиков и логически анализ на значенията на авторитет (authority). Разбира се, че такъв един подход няма как да заключи понятието авторитет и неговият смислов ред авторитет-власт-правомощия в пределите на публичното право, но пък извежда много важни общи постановки и отграничения за авторитета, които методологически дисциплинират употребата и осмислянето на понятието и в публичното право.

⁷⁵ **Raz, J.** The Authority of Law: Essays on Law and Morality (second edition), Oxford University Press, 2009, Preface, (i).

⁷⁶ Пак там.

⁷⁷ Пак там, 10.

⁷⁸ Пак там, 3-33.

⁷⁹ Това е най-видимо при изследване на съотношението между понятията authority-power или в т.нар. power анализ на authority (Пак там, 19 и сл.). На английски език в термина за пълномощно – между частни лица, се изразява с думата power или power of attorney. Оттам и когато едно лице дава *пълномощно* (power) на друго лице в частноправната сфера, то му дава *правомощия* да действия. (authority to act). На български като синоним на упълномощен или оправомощен, вкл. разрешен, се използва и чуждицата „оторизиран“ (authorized), която в корена си съдържа понятието за авторитет.

От парадоксите на авторитета към рисковете на т.нар. просто обяснение на авторитета Раз очертава един контекст, в който да направи две основни фини разграничения в употребата на понятието: 1) разграничение между легитимен авторитет (*legitimate authority*) *de jure* и ефективен авторитет (*effective authority*) *de facto*; 2) разграничение между авторитет-власт върху хора и авторитет-правомощие за действие.

4.1. Парадоксите на авторитета

Парадоксите на авторитета се появяват в различни форми, но според Раз, могат да бъдат сведени до две несъвместимости (или проблематични отношения) на авторитета - с разума и с автономията⁸⁰.

Едната аргументативна линия, която генерира парадокси на авторитета, всъщност изхожда от разбирането, че подчинението на авторитет е несъвместимо с разума, защото разумът изисква индивидът да действа на основата на балансирани разумни причини, за които е наясно. Същевременно в същността на авторитета е да изисква подчинение, дори когато индивидът смята, че това, което се изисква от него противоречи на разумна причина. Оттук може да се заключи, че *подчинението на авторитет е ирационално*.

По другата линия принципът на автономията предполага действието на човек да се основава на собствена преценка по всички морални въпроси. Доколкото обаче авторитетът понякога изисква действие, което противоречи на собствената преценка, всъщност може да се каже, че авторитетът изисква от човек да изостави своята морална автономия. Тъй като всички практически въпроси включват в някаква степен морални съображения, *всеки такъв практически авторитет отрича моралната автономия и оттам е неморален*⁸¹.

Интересното е, че и двете линии, генериращи парадокси на авторитета, не оспорват кохерентността на понятието за авторитет, нито отричат това, че някои хора притежават ефективен авторитет или авторитет *de facto*. Това, което те оспорват всъщност, е възможността за легитимен авторитет или авторитет *de jure*. Според Раз, парадоксалността произтича не от отрицанието на легитимния авторитет, а от корените на самото отрицание съответно в самата същност на морала и във фундаменталните принципи на рационалността⁸². Стига се дотам, че тези аргументи оспорват легитимността не само на политическия авторитет, но и на всякакъв авторитет върху рационални индивиди⁸³.

Според Джоузеф Раз, ако самата същност на авторитета е несъвместима с идеята за морала и рационалността, тогава трябва да се приеме, че тези, които се уповават върху легитимен авторитет, са не просто на грешен път в техните морални убеждения, но и са прегърнали ирационални убеждения, което означава, че не разбират фундаментално концепцията за морала и авторитета. А това придава допълнителна сила на изведените аргументи срещу авторитета⁸⁴. Парадоксално обаче самата сила на тези аргументи е и тяхната слабост. Защото онези, които са готови да приемат, че много от авторитетите-властите-органите (*authorities*) не са никога легитимни, ще бъдат възпрени от мисълта, че нито един авторитет никога не би могъл да бъде легитимен.

⁸⁰ Пак там, 3.

⁸¹ Раз подчертава, че този аргумент е неприложим към теоретичния авторитет. Пак там, бел. 2 под линия.

⁸² Пак там, 4.

⁸³ От тази гледна точка авторитет е мислим само върху децата или хората с умствени увреждания.

⁸⁴ **Raz, J.** *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Цит. съч., 4.

Защото онези, които са готови да допуснат, че хората, вярващи във възможността за легитимен авторитет, са на грешен път, ще бъдат притеснени и притиснати от мисълта, че всъщност са ирационални и нямат никаква идея за какво се отнася морала. Раз подчертава, че неговата цел не е за защита или атакува понятието авторитет, а да изведе същността на авторитета и да обясни защо се появяват тези парадокси, които, според него, са само привидни⁸⁵.

4.2. Обяснения на авторитета

Целта на Раз в общотероретичната глава „Право и авторитет“ е да стигне до същността на авторитета, без да се оплете в неговите парадокси. Като важна методологическа предпоставка за това Джоузеф Раз откроява необходимостта да се разграничи какво означава да бъдеш авторитет и да имаш авторитет, а също и да се прокара разделителна линия между легитимен авторитет (*de jure*) и ефективен авторитет (*de facto*). Анализът трябва също така да избегне и смесването на въпроса за същността на авторитета с друга свързана проблематика – вкл. за еволюцията на обществото или начина, по който хора започват да приемат авторитета на индивиди или групи, за общественения договор и т.н.⁸⁶. Ето защото Раз систематизира и извежда 4 типа „смесени“ обяснения за авторитета, които той проблематизира:

Първото е стандартно обяснение, което конкретизира условията, които са необходими или достатъчни, за да е налице ефективен авторитет (*de facto*). Според Раз, този тип обяснения със сигурност са важна част от социалните теории, които обясняват при какви условия може да се придобие и поддържа авторитет, и съответно при какви обстоятелства има вероятност общността да приеме този авторитет. Те обаче не хвърлят никаква светлина върху същността на авторитета, т.е. не успяват да обяснят за какво служат тези условия, какво означава да имаш авторитет или да бъдеш авторитет.

Вторият тип се опитва да изясни същността на авторитета като описва необходимите или достатъчните условия за поддържане на легитимен авторитет (*de jure*). В този модел понятието за авторитет се очаква да изкристализира от обяснението как могат да бъдат оправдани претенциите за авторитет⁸⁷. Силата на това обяснение се състои в това, че те не изхождат от предположението, че претенциите за авторитет могат някога фактически да бъдат оправдани, а само подчертават как следва да бъдат оправдани. След като разумно допускаме, че претенциите за авторитет са начин за оправдаване на действие, изглежда почти неизбежно те да се различават от други оправдания за действие по вида на включените в тях аргументи. Идеята авторитетът да се обяснява спрямо съответното действие, т.е. чрез препращане към действието, което се оправдава с него, изглежда приемлива. Безспорно е, че се нуждаем от авторитет във връзка с извършване на някои действия, но не и на всички действия. На пръв поглед изглежда, че да заявиш, че някой или нещо има определен авторитет, означава, че нещо може да бъде оправдано, или че могат да се извършат определени действия без това по никакъв начин да е обвързано с естеството на оправданието⁸⁸. Именно в последното, според Раз, се състои проблемът на това обяснение на авторитета, защото никой досега не е успял да очертае такъв тип аргумент, позоваването на който само по себе си да е равносилно на претенция за авторитет⁸⁹.

⁸⁵ Пак там.

⁸⁶ Пак там, 5.

⁸⁷ Пак там, 6.

⁸⁸ Пак там.

⁸⁹ Този свой аргумент Джоузеф Раз илюстрира чрез анализ на този вид обяснение на авторитета, разгърнато в **Tuck, R.** Why Is Authority Such a Problem, In: (ed. Laslett, P., Runciman, W.G., Skinner, Q.) *Philosophy, Politics and Society*, 4th series, Oxford, 1972. Според Ричард Тък, цитати за политическия авторитет всъщност са замислени да убият критиката на политическото действие, а не представляват

На трето място Джоузеф Раз извежда една популярна теория, според която авторитетът е способност да се извършват определени видове действия, и която идентифицира авторитета *de facto* с понятието за власт-сила (power) върху хората. Формулирането на юридическо понятие за авторитет (authority) е невъзможно без да бъде изведено неговото съотношение с власт-сила (power) и самият Раз обосновава понятието в своята първа глава „Право и власт“ тезата, че наличието на авторитет върху хората (authority over persons) означава наличие на нормативна власт (normative power) върху тях⁹⁰. Но в този трети тип смесени обяснения на авторитета е включено друг вид разбиране за *power* като влияние, като способност да се въздейства на действията на хората⁹¹. Този тип обяснения на авторитета следват логиката: едно лице има ефективен авторитет, ако е изпълнено със сила и мощ (powerful), ако може да влияе върху съдбата на хората, върху техния избор, и върху опциите за избор, с които те разполагат⁹². Оттук, легитимният авторитет се дефинира като оправдан ефективен авторитет. Става дума за ефективен авторитет, който трябва да бъде запазен или на който трябва да се осигури подчинение (при определени условия и квалификации). Тези теория обаче, според критичната оценка на Раз, „слага каруцата пред коня“⁹³, защото не държи сметка за това е идеята за легитимен авторитет е първичната. Това е така, най-малко защото не всеки легитимен авторитет е ефективен; но и защото идеята за ефективен авторитет не може да бъде обяснена без препращане към легитимния авторитет⁹⁴.

автентични оправдания или обосновки на този авторитет. Те се базират на твърдението, че, първо, предложеното или извършеното действие е правилно, ако някой го извърши; второ, нито е правилно, нито е грешно това, че лицето, чийто авторитет се претендира, би следвало да е това лице; трето, това лице фактически е извършило действието или предлага да го извърши. Много хора споделят убеждението Тък, че никой няма право на позиция на (политически) авторитет, и че единственият начин за оправдание на политическия авторитет е чрез аргументите, които той очертава. Все пак известно е, че дълго време се е смятало, че някои хора са роби по природа, и че онези, които са свободни по природа, имат авторитет-власт върху робите. Други пък са вярвали в божественото право на кралете и са развивани теории, че определени хора имат правото и задължението по природа да управляват. Дори и да приемем, че всички тези идеи са били погрешни, можем ли да приемем, че се касае за злоупотреба с езика, както смята Тък. За грешка в моралната и политическата теория ли става дума, или също така и за грешка в смисъла на думите, в смисъла на понятието авторитет? Според Раз, именно с отговора на тези въпроси трябва да се справят този тип обяснения на авторитета.

⁹⁰ Raz, J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Цит. съч., 7, 16-27.

⁹¹ Следва да се отбележи, че този нюанс е трудно разбираем в българския езиков контекст, който е свел авторитетът да влияние, до власт, на която доброволно се подчиняваме, за разлика от принудителната власт (power). Според Раз, такава едно разбиране обаче всъщност смесва легитимен авторитет и ефективен авторитет, а също и авторитет-власт-влияние върху хора и авторитет-правономощия за действие.

⁹² Пак там. За тази идея Раз препраща към influence see Lukes, S. Power: A Radical View, London, 1974.

⁹³ Пак там, 8.

⁹⁴ Пак там. В този контекст Раз подрежда няколко съображения: Макар във фокуса на изследването на стои практическия, а не теоретичния авторитет, не би следвало да се подминава анализа, който извежда сходствата между авторитета за действие и авторитета за убеждение. Ясно е, че научният гений може да остане непризнат и дори човек, който е велик авторитет в определена област може да се окаже, че има много малко влияние върху проучванията на хората или върху убежденията им по въпросите от тяхната компетентност. Родителите имат авторитет върху своите деца независимо дали последните признават техния авторитет. Родителският авторитет обикновено се признава от други възрастни, ала, не такава трябва да бъде признанието, според теорията, която подчертава, че признанието следва да идва от онези, върху които въздейства авторитетът. Ясно е, че родителският авторитет не зависи от признанието. Ако дори теоретичният авторитет не влече след себе си непременно признание и изпълнение, тогава трябва да има поне някакви случаи на практически авторитет, които също не влекат след себе си непременно признание и изпълнение. Има практически авторитети, които изцяло се базират на това, че са теоретични авторитет – напр., лекарят е авторитет не само за причините на болестта, но и за нейното лечение.

Същевременно Джоузеф Раз подчертава, че един легитимен политически авторитет е по необходимост и ефективен, поне в някаква степен, и това е резултат от съществени политически принципи (а не от някакъв концептуален анализ на авторитета или на политическия авторитет). В крайна сметка той стига до извода, че изясняването на понятието за авторитет изисква анализ на легитимния и ефективния авторитет в тяхната взаимовръзка. Едно лице има нужда от нещо повече от влияние и сила, за да има *de facto* авторитет – трябва или да претендира, че разполага с легитимен авторитет, или другите да поддържат, че това лице има легитимен авторитет⁹⁵.

Четвъртият тип обяснение на авторитета го дефинира чрез препрещане към правила. С други думи, това, че едно лице има авторитет, означава, че има система от правила, която му предоставя авторитет. Раз смята, че това е вариант на първия и втория модел обяснение и поради това към него могат да бъдат отправени същите основни възражения. Например, основен недостатък на този тип обяснение е това, че не отива отвъд заявяването, че хората имат авторитет, само когато им е предоставен от някакви правила, не дава насоки за определяне кои правила предоставят авторитет и кои не. Дори и да е вярно, че има правила, които съвсем експлицитно предоставят авторитет-право⁹⁶, това по никакъв начин не изяснява тяхното значение и действие. Същевременно твърдението, че всеки авторитет се предоставя чрез правила, само по себе си е спорно и не отчита това, че авторитетът не може да се редуцира до нормативно определени правомощия на органи. Така например, сочи Раз, едва ли може да се приема, че когато член на обществото заема авторитетна позиция в случай на авария или бедствие, неговият авторитет произтича от някакви правила. Освен това в хипотезата на различни системи от правила често възниква ситуация, в която едно лице има авторитет съгласно едната система, но не и съгласно другата система⁹⁷.

В този контекст ключов е въпросът доколко въобще е възможно „просто обяснение“ на авторитета. Такива обяснения обикновено са рисковани и при задълбочени анализ се оказват неясни или неточни. Джоузеф Раз демонстрира това с една от най-известните дефиниции на авторитета на Робърт Пол Улф: „Авторитетът е правото да се командва и корелативно правото да се получи подчинение“⁹⁸. Тя е неточна, най-малкото защото авторитетът включва и други неща и други дейности (нормотворчество, правораздаване и т.н.), които е погрешно да се подвеждат под шапката на командване или заповядване⁹⁹.

От съществуващите дефиниции на авторитета Раз смята, че най-добра е тази на Джон Лукас: „Човек или група хора *имат авторитет*, ако от неговото или тяхното

⁹⁵ Пак там, 9.

⁹⁶ Типични в това отношение са конституционноправните норми за правомощията на органите на държавна власт или административноправните норми за компетентността на административните органи.

⁹⁷ **Raz, J.** *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Цит. съч., 10. За да се избегне такова противоречие, Раз смята, че предложената дефиниция в 4тия тип обяснения на авторитета, следва да бъде релативизирана. Тогава обаче ще се окажем изправени пред невъзможността да дефинираме наличието на авторитет – защото след като веднъж авторитет стане относим към конкретна система от правила, то това не може да бъде общото понятие за авторитет. Според Раз, такова едно релативизирано понятие за авторитет всъщност разкъсва връзката между авторитет и практически разум. Това обаче е недопустимо, защото авторитетът е практическо понятие. Това какво човек може да прави зависи от това кой има авторитет в нерелативизиран смисъл. Това, че едно лице има авторитет, според някаква система от правила, няма само по себе си никаква практическа относимост.

⁹⁸ **Wolff, R. P.** *In Defense of Anarchism*, New York, 1970, 4. На англ. „Authority is the right to command, and correlatively, the right to be obeyed“.

⁹⁹ **Raz, J.** *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Цит. съч., 11-12. Раз възражава също така, че дефиницията на Улф дефинира авторитета чрез по-сложното и проблематично понятие за право в смисъла на субективно право (right).

казва „Нека нещо да стане“, това нещо трябва да стане.“¹⁰⁰. Тя е хем ясна, хем обща и се прилага към всички видове практически авторитет върху хора, а не само към политическия авторитет. От нея става ясно, че може да се упражнява авторитет не само чрез командване и заповеди, но и по други непринудителни начини, но пък не става съвсем ясно, че касае не всички употреби на понятието, а само авторитета върху хора¹⁰¹. Ето защо, Раз предлага тя да бъде изменена с уточнение и превръщане към основанията или причините (reasons) за човешкото действие, а именно: “X има авторитет върху Y, ако казаното от него „Нека Y да направи нещо“ е основание или причина за Y да направи това нещо.“¹⁰². Така се слага акцент върху ролята на авторитетните изявления в практическото обосноваване на човешкото действие и се изследва въпроса дали те следва да се приемат като абсолютно основание за действие.

Ако се допусне, че авторитетното изявление е винаги абсолютно основание, тогава изглежда невъзможно съществуването на каквито и да е легитимни авторитети и изглежда, че би имало само ефективни авторитети¹⁰³. Така например, оправдано е съветът или заповедта на определени хора и да се приемат като основание за действие за други хора, но това не означава, че думата на когото и да било може да се разглежда като „право“ (right), според терминологията на Робърт Пол Улф, и да се счита за абсолютно основание да бъде следвана при всички обстоятелства. Широко споделено е разбирането, че има обстоятелства, при които не е задължително да бъдат спазвани инструкциите на авторитета, независимо дали са във формата на съвет, заповед или правила. Следователно, ако авторитетът се обясни в смисъла на способност да се издават абсолютно обвързващи инструкции, то много малко биха били признатите авторитети в света и нито един от тях – легитимен. Джоузеф Раз предлага интересен анализ на това дали авторитетните изказвания могат да бъдат prima facie основания като сравнява три различни форми – заповед, молба и съвет. Той подчертава, че и трите се разпознават според нагласите, убежденията и намеренията на техния източник, а не от начина, по който ги възприема техния адресат¹⁰⁴. Фактът, че на някого е заповядано нещо, или е помолен, или е посъветван да предприеме определено действие, може и да е основание за него да го предприеме, и може да се счита от адресата за такова основание. Същевременно при определени обстоятелства фактът, че е направено авторитетно изказване може и да не е основание за действие или да не се счита за такова. Според Раз, способността на авторитета да променя нормативната ситуация не е абстрактна и абсолютна, а е свързана с разумния баланс на основанията (reasons) за човешкото поведение.

4.3. Диференциации на авторитета

Раз смята, че обяснението на авторитета е невъзможно без теоретично разграничение между това да бъдеш авторитет и да имаш авторитет, между смисловите

¹⁰⁰ Lucas, J. *The Principles of Politics*, Oxford, 1966, 16.

¹⁰¹ Raz, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Цит. съч., 12.

¹⁰² Пак там. Раз бърза да добави коментар, че целта му не е да сведе обяснението на авторитета само до основанията или причините (reasons), но тъй като авторитет е практическо понятие, в крайна сметка те са от значение за практическите заключения, неговото обяснение е невъзможно без позоваване на тях.

¹⁰³ Пак там, 13.

¹⁰⁴ Пак там. От гледна точка на адресата няма задължително разлика между това дали му е заповядано, дали е помолен или е посъветван, освен, че те са свързани с или предполагат различни намерения, убеждения или отношение на лицето, което ги издава. Такава една разлика е първичното намерение при съветването – да се подаде информация за това какво е морално правилно или неправилно, какво е законно или незаконно, в интерес или против интересите на лицето и т.н.

редици авторитет-власт-влияние върху хора, от една страна, и авторитет-власт-правомошция за действие, от друга страна¹⁰⁵.

Макар и да се припокриват в известна степен те имат различна смислова употреба и водят до различни практически заключения в различни ситуации¹⁰⁶. Раз подчертава, че пренебрегването на тези разлики стои в основата на безкрайно объркване, и извежда следното: Всеки, който е авторитет, има авторитет върху хора, но не всеки, който има авторитет, е авторитет¹⁰⁷. Авторитет има този, който има относително постоянен и проникващ авторитет върху хора, т.е. или авторитет върху голяма група от хора или по отношение на определени сфери на дейности, или и двете.

Авторитетът върху хора е способността да се променят основанията за техните действия. Установяването на правила и издаването на заповеди са стандартните манифестации на авторитета-власт-влияние върху хора, т.нар. политически авторитет. Според Раз, обаче, има и един индиректен канал на въздействие на авторитета върху хора, без да бъде целенасочено изтъкван и скрепен със санкции, не чрез заповеди, а чрез съвети. Съветът, независимо от надеждите на съветващия се дава с намерението, че неговото произнасяне ще бъде възприето като основание за убеждение на адресата, а не като директно основание за действие¹⁰⁸.

Според Раз, основополагаща за авторитета, вкл. фините диференциации в понятието, е концепцията за нормативната власт (*normative power*), която задава границите на различните видове авторитет. Авторитет за осъществяване на действие е налице, ако е дадено пълномощие (*power*) или разрешение (*authorization*) за това от легитимен източник – някой или нещо, което има властта (*power*) да ги предоставя. Преведено на езика на публичното право, това означава, че органът има авторитет-правомошция да извърши определени действия (напр., да отвори пощата на едно лице), ако законът му е дал такава власт (компетентност), и ако законът може да му предостави такава, предвид конституционните принципи и норми (а именно предвид условията, при които държавата може да ограничава основното право на неприкосновеност на кореспонденцията, и предвид мястото на органа в системата на разделение на властите).

¹⁰⁵ Пак там, 19 и сл. Раз ги извежда в контекста на съотношението между *authority-power*, като самото понятие *power*, има различни смислови употреби в различни контексти. Раз смята, че *power* може да се разглежда като сила, мощ или способност да се променят защитените основания за действие. В зависимост от това дали става дума за основания за себе си или за други, то и самото понятие *power* може да се раздели като власт върху себе си и власт върху други. От една страна, най-важната власт върху себе си е властта да се поемат волеви задължения. От друга страна, властта (*power*) върху другите всъщност е авторитет (*authority*) върху тях.

¹⁰⁶ Анализът на същността на авторитета, който Джоузеф Раз предлага, е общофилософски и не се ограничава само до типични юридически казуси или ситуации с правно значение.

¹⁰⁷ **Raz, J.** *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Цит. съч., 19-20.

¹⁰⁸ Пак там, 21-23. Съветът се различава от другите случаи на предоставяне на информация най-вече в това, че се дава с убеждението, че е относим към практически проблем пред получателя на съвета и има за цел да насочи неговата собствена преценка за решаването му. Получателят на съвета може да го разглежда едновременно като основание за действие и изключващо основание за пренебрегване на противоречиви основания или съображения. Едно лице може да бъде изправено пред проблем, който включва съображения, с които то е малко запознато или не разбира достатъчно. То от своя страна може да се обърне към експерт, към авторитет, за съвет, независимо от факта, че няма начин да оцени изведените от авторитета-експерт основания срещу противоречиви основания, които може да са му известни. Той може да реши да следва дадения съвет, без да се опитва да разбере дали в него са посочени основанията, към които наклоняват везните. Ако направи така, той всъщност изключва от обсъждане всички противоречиви основания, които са му известни. Едно лице може да счита, че получените съвет е защитено основание, дори когато съветът не е даден с намерение да бъде ползвано като защитено основание за действие.

Същевременно в този контекст Раз подчертава, че авторитетът-правомощие за действие, последиците от което засягат определено лице, не е авторитет-власт-влияние върху самото лице¹⁰⁹. С авторитетът-правомощие за действие, напр., отваряне на кореспонденция, не органът променя нормативната ситуация на лицето във всеки отделен случай, а законът я е променил принципно по отношение на всички като е уредил условията, при които може да бъде ограничавано основното право на неприкосновеност на кореспонденцията.

Легитимният авторитет има силата да въздейства върху действителните основания за действие. Ала, както изрично отбелязва Раз, не е задължително правото да постигне такъв легитимен авторитет. Съществуващата правна система всъщност разполага с ефективен авторитет, което означава, че тя претендира да е легитимна и се счита от някои за такава.

4.4. Авторитетът на правото

Във втората част от своята книга, озаглавена „Същността на правото и естествено право“ (The Nature of Law and Natural Law)¹¹⁰, Джоузеф Раз засяга теми за социалната и институционална природа на правото, обединяващите черти на правните системи, съществуването на отделни закони и на празноти в правото, за да проведе една от основните си тези, че правото е „най-важната институционализирана система, която регулира човешкото общество“¹¹¹. Съвременното право има претенцията за изчерпателен легитимен авторитет в обществото като същевременно разполага най-малкото с ефективен авторитет.

Правото служи на важна социална функция, а именно да произвежда система на „въздържаност, сътрудничество и координация между членовете на обществото или част от тях.“¹¹² Това е възможно благодарение на факта, че правото има „специален характер“, който Раз дефинира в позитивноправен смисъл и обосновава в третата част,

¹⁰⁹ Пак там, 20. Раз обяснява отношението между authority-power в чатноправен контекст: „Аз може и да имам авторитет-правомощие да подписвам чекове от твое име, и това е пълномощие (power), което имам, защото ти си ми го дал. Следователно, източникът на авторитета-правомощие (authority) да се осъществи един акт трябва да има и властта-силата (power) да го предостави, но не е необходимо да има авторитет върху лицето, на което предоставям авторитет-правомощие. За да ми дадеш авторитет-правомощие да подписвам от твое име чекове, трябва самият ти да имаш такава власт (power), но това, че я имаш по принцип, не води до това, че имаш някакъв авторитет върху мен. В случая може да нямаш никакъв. Авторитетът да действаш обаче е тясно свързан с авторитета върху лица, макар и по малко по-индиректен начин. Когато разглеждаме случаите, в които ни се дава разрешение или пълномощия (powers), очевидно е, че не всички те могат да бъдат описани като имащи авторитет-правомощие за действие. Само когато интересите на друго лице са засегнати от акта говорим за акта като за оторизиран или разрешен (authorized). Но това не е достатъчно условие. Разрешено ми е да отворя супермаркет, което ще доведе до банкрута на някого, и все пак това не означава, че имам авторитет да отворя супермаркет. Разрешено ми е да направя това, просто защото няма и никога не може да има забрана срещу това. Човек има авторитет-власт-правомощия да прави само онези неща, които са му разрешени да направи от някой, който има авторитет върху лицата, чиито интереси са засегнати. Оттук може да дефинираме: X има авторитет-правомощие (authority) за нещо φ, като има известен Y и има известен Z, така че:

1. Y разрешава на X да прави нещо φ или му дава власт (power) да го направи.
2. Y има власт-пълномощия (power) да направи това.
3. Правенето на нещото φ от X ще засегне интересите на Z и Y има авторитет върху Z.

Нормално Z, Y и X ще бъдат различни лица. Едно лице обаче може да дава авторитет-правомощия на друго доколкото засягат неговите собствени интереси или му дават авторитет-правомощия да засяга интересите на друг.“ (превод мой- Д.М.)

¹¹⁰ Пак там, 37-159.

¹¹¹ Пак там, 116.

¹¹² Пак там, 50.

озаглавена „Вътрешни правни ценности“ (Internal Legal Values)¹¹³. Тук обсъжда на какви ценности се предполага, че служи юридическия процес и подчертава, че правото произвежда ценност инструментално, а не от самата си същност. В тази част е известното есе „Върховенството на правото и неговата добродетел“ (The Rule of Law and Its Virtue)¹¹⁴. В него Раз формулира осем постулата, които се утвърждават като класически и оформят т.нар. процедурна версия на доктрината за върховенство на правото:

- 1) Законът трябва да бъде общ (не дискриминационен), с действие за напред (обратната сила е в много редки изключения), достъпен, ясен.
- 2) Законът трябва да бъде стабилен и да не се променя прекалено често, тъй като липсата на знание какъв е законът пречи на това законът да се ръководиш от него.
- 3) Трябва да има ясни законодателни правила и процедури.
- 4) Независимостта на съдебната власт трябва да бъде гарантирана.
- 5) Следва да се спазват принципите на естествената справедливост и особено тези, които се отнасят до правото на справедлив процес.
- 6) Съдилищата трябва да имат правомощия да осъществяват съдебен контрол върху начина, по който се прилагат другите принципи.
- 7) Съдилищата трябва да са достъпни; на никой не може да се отказва правосъдие.
- 8) Органите на реда и агенциите по сигурността не трябва да разполагат с дискреционни правомощия да изкривяват закона.

В последната четвърта част на книгата, озаглавена „Морални отношения към правото“ (Moral Attitudes to the Law) в есето „Задължението за подчинение на закона“ (The Obligation to Obey the Law)¹¹⁵, Джоузеф Раз изяснява, че каквито и основания за действие да осигурява законът на индивида, това не води до негово общо задължение да се подчинява на закона. В тази част са развити аргументи относно моралните връзки на индивида с правото.

В есето „Зачитане на закона“ (Respect for Law)¹¹⁶, например, Раз аргументира по провокативен начин, че зачитането на закона или респектът¹¹⁷ към закона никога не е морално изискване, но когато е налице и е морално допустимо, тогава генерира морално задължение за подчинение на закона - задължение, което обаче не се споделя от онези, които не зачитат закона (което им е позволено при някои обстоятелства). Различни аспекти на правото на неподчинение на закона Раз оспорва в двете есета с общото заглавие във въпросителна форма „Право на особено мнение?“ (A Right to Dissent?), но с различни подзаглавия, съответно „I. Гражданско неподчинение“ (I. Civil Disobedience)¹¹⁸ и „II. Добросъвестно възражение“ (II. Conscientious Objection)¹¹⁹. В първото есе той обосновава, че правото на политически мотивирано неподчинение е налице само тогава, когато държавата отрича на индивида правото на политическо

¹¹³ Пак там, 163-228.

¹¹⁴ Пак там, 210-228.

¹¹⁵ Пак там, 233-249.

¹¹⁶ Пак там, 250-261.

¹¹⁷ На англ.ез. фразата е „Respect for Law”, което има допълнителни смислови значения на „респект към правото“, и въобще на концепцията за „респект“, която и ключова в цялата философия на Джоузеф Раз. Вж. **Raz, J.** Value, Respect and Attachment, Cambridge University Press, 2004. У нас юристите не ползват понятието „респект“ и то не е разработено в правнотеоретичен контекст. Концепцията за „респект“ във философски контекст у нас е разработена от Стилиян Йотов още през 2001. Вж. **Йотов, С.** Справедливост и респект, Критика и хуманизъм, 2001.

¹¹⁸ **Raz, J.** The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Цит. съч., 262-275.

¹¹⁹ Пак там, 276-289

участие. Във второто есе той отделя едно ограничено право на добросъвестен отказ от подчинение на основата на зачитането на личната автономия.

В обобщение, публичноправното понятие за авторитет следва да стъпи върху общотеоретичните постановки на авторитета, да разграничи легитимен и ефективен авторитет, авторитет-влияние върху хора и авторитет-правомощие за действие, и на тази база да анализира цяла поредица от проблеми, които се генерират между правото, морала и политиката в контекста на съвременния конституционализъм. Без понятие за авторитет е невъзможно и върховенството на правото, невъзможно е и да следваме завета на Кристиан Таков „да пазим правото дори и от закона“.