



НОВ
БЪЛГАРСКИ
УНИВЕРСИТЕТ

департамент
ПРАВО

ГОДИШНИК 2015

година четвърта

София, 2016 г.

ГОДИШНИК НА ДЕПАРТАМЕНТ „ПРАВО“
НА НОВ БЪЛГАРСКИ УНИВЕРСИТЕТ
2015

YEARBOOK OF THE LAW DEPARTMENT
OF NEW BULGARIAN UNIVERSITY
2015

***Юбилейно издание
25 години НБУ***



Проф. Богдан Богданов, д.н.
(2.11.1940 г. – 5.8.2016 г.)

ГОДИШНИК НА ДЕПАРТАМЕНТ „ПРАВО“
НА НОВ БЪЛГАРСКИ УНИВЕРСИТЕТ
2015
YEARBOOK OF THE LAW DEPARTMENT
OF NEW BULGARIAN UNIVERSITY
2015

**Редакционна колегия
на Годишника**

проф. д-р Благой Видин	ръководител на департамент „Право“; ръководител на секция „Публичноправни науки“
проф. д-р Румен Владимиров	ръководител на секция „Наказателноправни науки“
проф. Владимир Петров, д.ю.н.	ръководител на секция „Гражданскоправни науки“
доц. д-р Катерина Йочева	съставител, отговорен редактор, дизайн и оформление, редактор и/или автор на преводите от и на английски език

Департамент „Право“
НБУ, корпус 1, стаи 410 и 412
ул. Монтевидео № 21
София 1618

В Годишника е отразена действащата правна уредба към 31.12.2015 г.

© Благой Видин, Евгени Танчев, Евгения Коцева, Екатерина Матеева, Екатерина Михайлова, Малина Новкиришка-Стойнова, Методи Марков, Румен Владимиров, Емилия Станкова, Ивайло Стайков, Катерина Йочева, Маргарита Златарева, Райна Николова, Деница Топчийска, Деяна Марчева, Елена Недялкова, Ралица Костадинова, Силвия Цонева, Михаил Илиев, Величко Добрев, 2015, автори

© НБУ, 2016, издател
ISSN 1314–8087

Не се допуска възпроизвеждане в цялост или на части от статиите, публикувани в Годишника, без изричното съгласие на носителите на авторското право и без посочване на източника и името на автора.

Съдържание

Съотношение на вътрешно и международно право съгласно българското законодателство.....	9
проф. д-р Благой Видин	
Relationship Between National and International Law under Bulgarian Legislation	
Prof. Blagoy Vidin, Ph. D.	
Въпроси на конституционния активизъм в светлината на многостепенния конституционен контрол.....	18
проф. д-р Евгени Танчев	
Implications of Judicial Activism in Multilevel Constitutional Review	
Prof. Evgeni Tanchev, Ph. D.	
Извършване на следствен експеримент при разследване на автотранспортни престъпления	49
проф. д-р Евгения Коцева	
Conducting an Investigation Experiment in the Inquiry of Motor Transport Offenses	
Prof. Evgenia Kotseva, Ph. D.	
Моментът на откриване на наследството: правно значение, установяване и удостоверяване	59
проф. Екатерина Матеева, д.ю.н.	
The Moment of Opening of the Inheritance: its Legal Significance, Establishment and Certification	
Prof. Ekaterina Mateeva, Dr. Habil.	
Ньойският договор и парламентарният дебат	81
проф. д-р Екатерина Михайлова	
Treaty of Neuilly and the Parliamentary Debate	
Prof. Ekaterina Mihaylova, Ph. D.	
Римскоправната традиция за задълженията и отговорността на съдията.....	99
проф. д-р Малина Новкиришка-Стоянова	
Roman Law Tradition on the Obligations and the Responsibility of the Judge	
Prof. Malina Novkirishka-Stoyanova, Ph. D.	
Определяне на срок от съда за приемане на наследството	135
Проф. Методи Марков, д.ю.н.	
Setting by the Court of a Time Limit to Accept a Succession	
Prof. Metody Markov, Dr. Habil.	

Специфични юридически характеристики на престъплението подкуп 145
проф. д-р Румен Владимирев

Specific Legal Characteristics of the Crime Bribery
Prof. Roumen Vladimirov, Ph. D.

Погасяване на задължения за данъци..... 155
доц. д-р Емилия Станкова

Payment of Tax Obligations
Assoc. Prof. Emilia Stankova, Ph. D.

**Допустимо едностранно предоставяне на неплатен отпуск от работодателя
без съгласието на работника или служителя..... 163**
доц. д-р Ивайло Стайков

**Possible Unilateral Unpaid Leave Granted by the Employer
without the Consent of the Worker or the Employee**
Assoc. Prof. Ivaylo Staykov, Ph. D.

**Анализ на споразумението за търговия между Европейския съюз и неговите
държави членки и Колумбия и Перу 195**
доц. д-р Катерина Йочева

**Analysis of the Trade Agreement between the European Union
and its Member States and Colombia and Peru**
Assoc. Prof. Katerina Yocheva, Ph. D.

Pacta Sunt Servanda..... 201
доц. д-р Катерина Йочева

Pacta Sunt Servanda
Assoc. Prof. Katerina Yocheva, Ph. D.

**Решение при призвание на иска – особености и предизвикателства
за съдебната практика 215**
доц. д-р Маргарита Златарева

**Judgment in Case of Recognition of the Claim – Specificities
and Challenges for the Case-Law**
Assoc. Prof. Margarita Zlatareva, Ph. D.

Цензурата и пресата в Англия през XV–XVII век..... 229
доц. д-р Райна Николова

The Censorship and the Press in England during XV – XVII centuries
Assoc. Prof. Rayna Nikolova, Ph. D.

Формални стандарти в концепцията за върховенство на правото..... 243
гл. ас. д-р Деница Топчийска

Formal Standards in the Concept of the Rule of Law
Denitza Topchiyska, Ph. D.

Делегирането в административното право на Европейския съюз.....	259
Гл. ас. д-р Деяна Марчева	
Delegation in Administrative Law of the European Union	
Deyana Marcheva, Ph. D.	
Въпроси на експертизата в наказателното производство.....	289
гл. ас. д-р Елена Неद्याлкова	
Issues of Expertise in the Criminal Proceedings	
Elena Nedyalkova, Ph. D.	
Наказателноправна защита от тероризъм. Някои аспекти на наказателното право на ЕС и международното наказателно право	293
гл. ас. д-р Ралица Костадинова	
Criminal Protection Against Terrorism (Aspects of EU Criminal Law and International Criminal Law)	
Ralitsa Kostadinova, Ph. D.	
Исторически проекции на изискването за “corpore suo” по смисъла на lex Aquilia	293
гл. ас. д-р Силвия Цонева	
Tracing the “Corpore suo” Requirement of the Lex Aquilia in Legal History	
Silvia Tsoneva, Ph. D.	
Някои аспекти на командироването в рамките на предоставянето на услуги.....	293
д-р Михаил Илиев	
Some Aspects of Posting within the Provision of Services	
Mihail Iliev, Ph. D.	
Разкриване на картели, насочени към ограничаване на конкуренцията чрез манипулиране на процедури за възлагане на обществени поръчки.....	293
Величко Добрев	
Disclosure of Bid-Rigging Cartels Aimed at Limiting Competition by Manipulating the Procedures for Public Procurement	
Velichko Dobrev	

Списък на използвани съкращения

адм. д.	административно дело
ал.	алинея
арг.	аргумент
бел.	бележка
бр.	брой
в.	век
вж.	виж
вкл.	включително
ВКС	Върховен касационен съд
ВКС	Върховен касационен съд
г.	година
гл.	глава
ГПК	Граждански процесуален кодекс
ДВ	Държавен вестник на Република България
ДОПК	Данъчно-осигурителен процесуален кодекс
др.	други
ЕС	Европейски съюз
ЗГР	Закон за гражданската регистрация
ЗЗД	Закон за задълженията и договорите
ЗЗК	Закон за защита на конкуренцията
ЗИД	Закон за изменение и допълнение
ЗЛС	Закон за лицата и семейството
ЗН	Закон за наследството
ЗОП	Закон за обществените поръчки
ЗС	Закон за собствеността
к. д.	конституционно дело
КЗК	Комисия за защита на конкуренцията
КТ	Кодекс на труда
МНП	Международно наказателно право
МПС	моторно превозно средство
НАП	Национална агенция за приходите
напр.	например
НК	Наказателен кодекс
НПЕС	Наказателно право на Европейския съюз
НПК	Наказателен процесуален кодекс
обн.	обнародван
ОВ	Официален вестник на Европейския съюз
ООН	Организация на обединените нации
ОСГК на ВС	Общо събрание на гражданската колегия на Върховен съд
ОСГТК	Общо събрание на гражданската и търговските колегии
отм.	отменен
пр.	прочие

РБ	Република България
респ.	респективно
СЕЕ	Съд на Европейския съюз
т. е.	тоест
т. нар.	така наречен
т.	точка
т. н.	така натаък
цит. съч./ор. сит.	цитираното съчинение
чл.	член

Ключови думи
*Вътрешно право,
международно право,
Конституция,
съотношение*

Key words
*National Law,
International Law,
Constitution,
Relationship*

Prof. Blagoy Vidin, Ph. D.
**Relationship Between National
and International Law
under Bulgarian
Legislation**

**Prof. Blagoy
Vidin, Ph. D.**

*Member of
the Law Department of
New Bulgarian University,
e-mail: bvidin@nbu.bg*

*Professor
of Public International Law
and related subjects
at the Law Department
of NBU*

*Areas of specializa-
tion: public international
law, law of treaties, diplo-
matic and consular law,
international organisations,
refugees' law and
anti-discrimination law*

*Author of
monographs and articles in
professional periodicals in
Bulgaria and abroad
Chief of Public Law Section
Chair of
the Law Department of
New Bulgarian University
since 2012*

*The paper presents the relationship between the interna-
tional and national law under the present Constitution of
the Republic of Bulgaria.*

*The currently in force Constitution of 1991 marks a new
stage in the development of the relationship of the national
and international law under the national legislation. As a
whole there is a transition from the previously established
attachment to the theory of the legal dualism to the inser-
tion of the notion for the supremacy of international law
under certain conditions as set forth in Article 5 (4) of the
Constitution.*

проф. д-р Благой Видин

Съотношение на вътрешно и международно право съгласно българското законодателство

Изминаха двадесет и пет години от приемането на действащата конституция. Времето позволява да се осмисли практиката на нейното прилагане и да се дискутират пътищата за усъвършенстване на законодателството.

Една от новостите, които въведе Конституцията, е промененият подход към значението на международното право.

Съотношението на вътрешно и международно право е сред най-разработваните теми в правната литературата и в частност – по международно право. Сред причините е и тази, че, за да се работи в тази област, се засягат въпроси както на теорията на правото, така и на конституционното право и разбира се, на международното право¹.

¹ По този въпрос: Сталев, Ж. Конституцията и международните съглашения за човешки права и основните свободи В Проблеми на Конституцията и конституционното правосъдие С. 2002 с. 51-61. Тодоров, Т. Конституционен статус на международното право. Сп. Съвременно право бр. 2, 1991 г., Видин, Бл. Проблеми на промулгацията на международните договори. в сп. Съвременно право 1996 г. бр. 1 с. 41-50. Конституцията от 1991 г. и участието на България в международните договори. София изд. „Сибир“ 1993. 206 с., Кутиков, Вл., Спасов, Б. Същност, възникване и действие на международните договори. Актуални проблеми на международното право. Сборник от научни трудове, посветен на проф. Владимир Кутиков. Университетско издателство „Св. Климент Охридски“ София 2000 г. 344 с., с. 47-75, Тодоров, Т. Прилагане на международните договори във вътрешното право на България. Актуални проблеми на международното право. Сборник от научни трудове посветен на проф. Владимир Кутиков. Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, София 2000 г. 344 с., с. 312-328, Тодоров, Т. Съответствие на международните договори с Конституцията. Трудове по международно право, том пети. София 2000. Българска асоциация по международно право. 292 с., с. 35-46.

Конституцията на Народна република България от 1971 г.² не предвиждаше възможност за пряко действие на територията на страната на норми на международното право. Чл. 8, ал. 1 и ал. 2 на Конституцията изрично указваха, че Народна република България се управлява точно според Конституцията и законите на страната и че строгото спазване на Конституцията и законите е основно задължение на всички държавни органи, длъжностни лица, обществени организации и на гражданите.

Вътрешното право урежда обвързването с международни договори, обнародването им, осигурява тяхното изпълнение и следователно за това е необходим съответен акт. Това е бил Указ 1496³ за участие на България в международни договори. В изпълнение на Конституцията той не е предвиждал каквото и да било пряко действие на международен договор. Когато международният договор налага да бъде издаден нормативен акт за неговото изпълнение, единствено Министерският съвет преценява дали да приеме постановление в рамките на своята компетентност или да направи предложение за приемане на указ или закон.

На законово ниво обаче е съществувала практиката на „автоматическа трансформация“. В правната литература понякога се посочва и частична отправка. Това означава, че отделни закони не се прилагат, ако законът отправя към разпоредби на международен договор. По този начин пряко се прилага международният договор. Съществувала е и съдебна практика на пряко прилагане на международни договори⁴.

Конституцията на Република България от 1991 г. е качествено нов етап в развитието на отношението на националното право към действието на международното право. Като цяло Конституцията изоставя правния дуализъм, характерен дотогава за теорията и практиката на българското законодателство, и се насочва към примат на международното право.

Текстът на Конституцията напомня текстове, срещани в други конституции. Сред тях могат да се посочат чл. 55 от Основния закон на Федерална република Германия, чл. 96 от Конституцията на Кралство Испания, чл. 28, ал. 1 от Конституцията на Гърция. Българската конституция обаче не следва докрай нито един от тези модели.

С появата в Конституцията от 1991 г. на чл. 5, ал. 4 се свързва въвеждането на примата на международното право по отношение на националното право. На-

² Конституция на Народна република България (Обн., ДВ, бр. 39 от 18 май 1971 г., отм., ДВ, бр. 56 от 13 юли 1991 г.)

³ Указ № 1496 за участие на Народна Република България в международни договори. Обн. ДВ, бр. 62 от 12 август 1975 г., отм. ДВ, бр. 97 от 13 ноември 2001 г.

⁴ Тодоров, Т. Прилагане на международните договори във вътрешното право на България. Актуални проблеми на международното право. Сборник от научни трудове, посветен на проф. Владимир Кутиков. Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, София 2000 г., 344 с., с. 317.

истина чл. 5, ал. 4 предвижда инкорпориране, макар и специфично, на международни договори в правната система на България. Международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната и имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат. По този начин отпада необходимостта със специален закон да се въведат норми на международните договори, за да изпълнят задълженията, произтичащи от тях.

Същността на въпроса е по какъв начин международноправните норми навлизат и произвеждат правен ефект във вътрешното право. Преди всичко е необходима правна възможност, допусната от вътрешното право, за реда, по който се изпълняват задълженията, произтичащи от нормите на международното право.

По отношение на Република България действат не само нормите на нейното собствено право. По силата на международното частно право се прилагат правни норми, принадлежащи на национални правни системи на други държави. Действат разпоредбите на международните договори, с които Република България се е обвързала, както и други правни норми – международни обичаи, юридически задължителните актове на международни (междуправителствени) организации.

По този начин в правната действителност освен националното право постоянно действат и се прилагат норми от един вторичен ред. Всички тези норми в своята съвкупност – норми на националното право, на националното право на чужди държави, на международното право – съставляват обема на прилаганото на територията на Република България право.

Конституцията не споменава нито източниците на международното право, нито по-широкото понятие източници на международни задължения. Освен международните договори, посочени в чл. 5, ал. 4 в чл. 24, ал. 1 споменават „принципите и нормите на международното право”. Това се открива в чл. 24, ал. 1, в която се разпорежда, че външната политика на Република България се осъществява в съответствие с принципите и нормите на международното право.

За да изпълни тези задължения, Конституцията използва една от възможните юридически техники, а именно т. нар. отпратка. Отпращането се съдържа във вътрешното право и представлява едновременно указание и разрешение. Това е правна норма или норми, които отпращат към международното право и разрешават да се използват неговите норми. По този начин вътрешното право разпорежда в неговата област да се прилагат нормите на международен договор.

Вътрешноправните актове могат да отпращат към нормите на международното право като към готови за прилагане в страната норми или могат да приспособяват международноправни норми. Съществуват редица международни договори, които не се нуждаят от приспособяване, за да бъдат прилагани от националното право. Това са договори, предназначени за пряко изпълнение – т. нар. самоизпълними договори. Казаното може да се отнася и до отделни разпоредби на международните договори.

Конституцията отделя сред източниците на международното право международните договори. Не всички международни договори обаче, а само определена категория. Това е предвидено в чл. 5, ал. 4 от Конституцията, в която тези международни договори се определят като отговарящи на три условия, дадени кумулативно. Условието са:

- ратификация по конституционен ред,
- обнародване и
- влизане в сила по отношение на България.

При изпълнение на тези условия международните договори имат предимство пред нормите на вътрешното законодателство, които им противоречат. Изключени са договорите, които, въпреки че отговарят на горните условия, влизат в противоречие със самата Конституция. В подобен случай се предвижда отделен ред, който се състои в предварително изменение на Конституцията, преди ратификацията на международния договор – чл. 85, ал. 4 – но във всички случаи не се допуска нейно последващо изменение от международноправна норма, която ѝ противоречи по какъвто и да е начин.

Договорите, които подлежат на ратификация, са посочени изчерпателно в чл. 85, ал. 1 от Конституцията. От тази категория се изключват предвидените в чл. 158 и отнесени към изключителната компетенция на Великото народно събрание (т. 2 на чл. 158 разпорежда, че само Великото народно събрание решава въпросите за изменение на територията на Република България и ратифицира международни договори, предвиждащи такива изменения).

Освен изискванията за ратификация, предвиждани от вътрешното право, съществуват и изисквания за ратификация по силата на международното право. В случая може да се посочи член 14 от Виенската конвенция за правото на договорите от 1969 г. Държавата изразява своето съгласие да се обвърже с даден международен договор чрез ратификация в четири случая. От тях два се отнасят до правото на държавата сама да реши, дали договорът подлежи на ратификация и два са в зависимост от постигнатото споразумение. Точките с) и d) на член 14 от Виенската конвенция обхващат случаите, изброени в член 85, алинея 1, точки от 1 до 7 включително и член 158, точка 2 от Конституцията.

Интерес за нас представлява точка 8 от член 85, ал. 1 на Конституцията. Тя се отнася до международни договори, които „изрично предвиждат ратификация“. Налице е обратно отправяне от националното право към разпоредбите на международното право. Тези разпоредби се съдържат в букви а) и б) на споменатия вече член 14 от Виенската конвенция. В първия случай това е хипотезата, че договорът предвижда ратификация и втория, когато се установи по друг начин, освен изрично предвиждане в договора, че държавите, участващи в преговорите, са се договорили за необходимостта от ратификация. Доколкото и в двата случая става дума за изразено мнение на държавите – в договора или извън него – следва да приемем, че е налице едно и също волеизявление, предвидено в точка 8 на чл. 85, ал. 1 от Конституцията.

Към обвързването на България с международни договори отношение има и Конституционният съд. В чл. 149, ал. 1 се посочва, че Конституционният съд се произнася за съответствието на сключените от Република България международни договори с Конституцията преди ратификацията им, както и за съответствие на законите с общопризнатите норми на международното право и международните договори, по които България е страна. Контролът, който осъществява Конституционният съд, не е задължителен и не се отнася до всеки международен договор. Той е избиращ и Конституционният съд се поставя в действие по отношение на чл. 149, ал. 1, т. 4 по инициатива на субектите, посочени в чл. 150.

Допълнение към правната уредба на съотношението между национално и международно право според българското право е решение № 7 от 1992 г. на Конституционния съд от 1992 г. Това допълнение се налага от противоречието между правния режим, установен от действащата и предходната Конституция. Конституционният съд разглежда случаите, в които отсъства едно от условията, дадени в чл. 5, ал. 4 от Конституцията. Решението на съда постановява, че държавата и нейните органи, въпреки отсъствието на някои от горните три условия, не се освобождават от задължението да направят необходимото за включване на международните договори във вътрешното законодателство и за изпълнението на съдържашите се в тях правни норми. Решението страда от известни неточности, но общата идея е ясна – държавата не се освобождава от задължението да предприеме нужното с оглед изпълнение на поетите задължения. Начинът на изпълнение обаче не е и не може да бъде изрично посоченият в чл. 5, ал. 4 от Конституцията.

Българското право е предпазливо, когато дава легална дефиниция на международните договори. Прилага подход, с който първоначално ограничава кръга на възможните споразумения и впоследствие постепенно го разширява. Конституцията, естествено, не дава определение на международен договор. Конституционният съд се е наел да внесе яснота. В своето решение № 7 от 1992 г., обнародвано в ДВ бр. 56 от 1992 г., съдът приема, че „[м]еждународните договори по своя характер представляват двустранни и многостранни международни споразумения, сключени между държави с участие на Република България и регулирани от международното право, независимо от тяхната форма и наименование (договори, пактове, съглашения, протоколи и др.) В Определение № 6 от 28 май 2002 г. по к. д. № 8 от 2002 г. обнародвано в ДВ. бр. 55 от 4 юни 2002 г., Конституционният съд дава по-широко разбиране за участниците в международния договор, а следователно разширява и обхвата на понятието. В т. 8 на определението под международни договори, сключени от Република България съдът има предвид договори, сключени с други субекти на международното право и регулирани от международното право.

Законът за международните договори е специалният закон норма, чието приемане е предвидено в Конституцията⁵. Приетият на основата на конституци-

⁵ Закон за международните договори на Република България. Обнародван в ДВ, бр. 97 от 13 ноември 2001 г.

онните текстове Закон за международните договори дава по-подробна уредба на съотношението на международните договори и задължителните актове на международните организации с източниците на вътрешното право.

В чл. 2 се посочва че законът се прилага за всеки двустранен или многостранен договор, сключен в писмена форма между Република България и други държави или международни организации, независимо от това дали договорът се съдържа в един или в няколко свързани помежду си документа. Разпоредбите на закона се прилагат и към договорите на Република България с чуждестранни лица, в които тя участва като публичноправен субект, когато тези договори подлежат на ратифициране от Народното събрание съгласно чл. 85, ал. 1 от Конституцията на Република България.

Виенската конвенция за правото на договорите⁶ дава легална дефиниция, която е ограничена от целите на конвенцията. Тя се обхваща само от писмената форма и единствено държавите като възможни участници в международния договор. В българското право, както се вижда, международният договор се разбира по-широко. Съпада изискването за писмена форма. То е обусловено от текста на Конституцията в чл. 5, ал. 4, защото както ратификацията, така и обнародването изискват писмена форма.

Ратификацията представлява индивидуален акт на държавата, с който тя изразява своето мнение, че даден договор е задължителен за нея. Тя се поставя на първо място по важност и окончателност сред изброените от Виенската конвенция за правото на договорите от 20 май 1969 г. средства. Съгласно член 2, точка 1, буква б) от Конвенцията това са ратификация, приемане, утвърждаване и присъединяване. В качеството си на окончателно потвърждение ратификацията се извършва от висш орган на държавната власт. Според Конституцията това е акт на законодателната власт – на Народното събрание. Тази уредба се различава от преобладаващата практика на държавите и съединява парламентарното одобрение на договорите и тяхното ратифициране.

Конституцията дава изчерпателно изброяване на международните договори, които подлежат на ратификация от Народното събрание в чл. 85. При неяснота дали международният договор трябва да бъде ратифициран въпросът се отнася до Конституционния съд.

Международните договори, останали извън изчерпателното изброяване на чл. 85 от Конституцията, съгласно чл. 106 са предоставени на Министерския съвет. Той сключва, утвърждава и денонсира международни договори в случаите,

⁶ Виенска конвенция за правото на договорите. Ратифицирана с Указ № 503 на Държавния съвет от 12.2.1987 г. – ДВ, бр. 14 от 1987 г. Издадена от Министерство на външните работи, обнародвана ДВ, бр. 87 от 10.11.1987 г., в сила за България от 21.5.1987 г. „договор“ означава международно споразумение, сключено между държави в писмена форма и регулирано от международното право, независимо дали споразумението се съдържа в един документ, в два или няколко свързани помежду си документа, а също така независимо от конкретното му наименование.

предвидени в закона. Това е съгласно Закона за международните договори, който в чл. 15, ал. 2 предвижда, че когато Конституцията не изисква международният договор да бъде ратифициран, Министерският съвет го утвърждава с решение.

Вижда се, че разпоредбата на чл. 5, ал. 4 от Конституцията обхваща част от международните договори в сила за Република България.

Законите за ратификация не са отделени сред другите закони в Конституцията и съгласно чл. 88, ал. 1 те се обсъждат и приемат с две гласувания, които се извършват в отделни заседания. По изключение Народното събрание може да реши двете гласувания да се извършат в едно заседание. Предвиденото като изключение изглежда е на път да се превърне в постоянна практика и законите за ратификация трайно се приемат с две гласувания в едно заседание.

Конституцията в чл. 88, ал. 3 урежда и въпроса с обнародването. Според нея приетите актове се обнародват в Държавен вестник „не по-късно от 15 дни след приемането им”. В тази хипотеза се отнасят законите за ратификация по силата на факта, че са закони, но не се споменават международните договори.

Законът за Държавен вестник⁷ в своя чл. 4, ал. 1, т. 9 предвижда, че в него се обнародват международните договори на Република България. Чл. 5 е посветен изключително на обнародването на международните договори. Срокът за обнародване е 15 дневен от датата на влизане на договорите по отношение на Република България. Възможно е и по-ранно обнародване, ако датата на влизане в сила на международния договор е предварително известна. Същият срок е посочен и в текста на чл. 25, ал. 1 на Закона за международните договори на Република България.

Законът за международните договори в чл. 25, ал. 2 почти напълно възпроизвежда текста на чл. 24, ал. 2 на отменения Указ 1496. С него органът, който дава съгласие за обвързване на Република България с международен договор, може в акта за обвързване да разпорежи договорът да не бъде обнародван. Тъй като предмет на обсъждане са само ратифицираните международни договори, то този орган е Народното събрание. Законът предоставя свобода на преценка и не ограничава Народното събрание по какъвто и да е начин. По този начин се стеснява кръга на договорите, обхванати от чл. 5, ал. 4 на Конституцията, който е в основата на разсъжденията за примат на международното право.

Конституцията измежду всички начини, с които международният договор може да произведе действие, избира само влизане в сила за Република България. Това означава, че договорът в неговата цялост е влязъл в сила, задължителен е за България и неговото изпълнение ще повлече неблагоприятни последици, една от които е международноправна отговорност. Конституцията има предвид именно влизането на целия договор в сила, а не на части от договора.

⁷ Закон за „Държавен вестник“, в сила от 7.11.1995 г. Обнародван ДВ. бр. 89 от 6 октомври 1995 г., посл. изм. ДВ. бр. 13 от 16 февруари 2016 г.

Законът за международните договори в глава четвърта „Влизане в сила, обнародване и действие на международните договори” не пояснява по какъв и да е начин текста на Конституцията. Същественото тук е да се установи кой орган и с какъв акт установява за българското право влизането на договора в сила за България.

Виенската конвенция за правото на международните договори в чл. 24 урежда влизането в сила на договорите единствено по отношение на международното право. Общото правило е, че договорът влиза в сила по реда и на датата, предвидени в самия договор или съгласувани между участващите в преговорите държави. Ако във волята на държавите не се открива горната хипотеза, договорът влиза в сила, когато бъде изразено съгласие за обвързване с договора от всички участващи в преговорите държави. При присъединяване към договор, а това е случаят когато съгласието на държавата да се обвърже с договор се изразява след влизането на договора в сила, за тази държава договорът влиза в сила на датата на изразяване на съгласието, освен ако той предвижда друго.

Извън обхвата на Конституцията остава т. 4 на чл. 24 от Виенската конвенция, според която разпоредбите на договор, регулиращи установяването на автентичността на текста, изразяването на съгласието на държавите да бъдат обвързани с договора, реда или датата на влизането на договора в сила, резервите, функциите на депозитаря и други въпроси, неизбежно възникващи преди влизането на договора в сила, се прилагат от момента на приемането на текста на договора.

Международните договори не са вътрешно право на страната. Дори изпълнявайки указанията на националните конституции и частност трите условия на чл. 5, ал. 4 те не са част от вътрешното право на Република България. Международното право, част от което са международните договори притежава качествено различни характеристики от вътрешното право на държавите. В правната теория се обосновават и други разбирания.

Разпоредбите на международните договори, изпълнили условията на член 5, ал. 4, се приемат от Конституционния съд за инкорпорирани във вътрешното право на републиката. Според мен не е безспорно дали в случая става дума за инкорпорация. Ако се следва буквата на закона и се изхожда от израза „са част от вътрешното право на страната“ има основания да се говори за инкорпорация. Стават ли с това обаче нормите на международните договори част от вътрешното право? Не винаги те биха могли да се прилагат и спазват от субектите на правото на територията на страната. В случай на противоречия със законови или – още повече – подзаконови актове, те – международните договори, ще се прилагат с предимство от правните субекти. Единственото ограничение е, че не бива да противоречат на самата Конституция. До този извод стига Конституционният съд при тълкуването на член 5, ал. 2 и 4 във връзка с член 85, ал. 3 и член 149, ал. 1, точка 4 от Конституцията.

Видно е, че в случая става дума за норми на международни договори, които не са пригодени и предназначени за пряко прилагане от субектите на национал-

ното право. Това са договори, които поставят определена цел, очертават определени стандарти, които трябва да бъдат достигнати или изпълнени.

Двете изречения на ал. 4 трябва да се разглеждат, като се държи сметка за целостта и общия смисъл на алинеята. Предимството на международните договори, изброени в първото изречение, пред нормите на закона съществува само при условие, че се констатира при противоречие между вътрешното законодателство и международния договор. Противоречието се установява при прилагането и се извършва от органа по прилагането. Противоречието се установява всеки път, когато това стане известно на органа по прилагането. Този орган може да установи противоречието служебно или да бъде сезиран. Задължението, произтичащо от Конституцията е така да се приложи вътрешното право, че да се отстрани противоречието с международния договор. Отново върху органа по прилагането ляга задължението да прецени дали характера на разпоредбите на международния договор са пряко приложими или не, така както изисква чл. 26, ал. 3 от Закона за международните договори. Това е и последното, непредвидено пряко в Конституцията ограничение на кръга от международни договори, които въвеждат примат на международното право по отношение на вътрешното право.

Ключови думи

Конституционен контрол, съдебен активизъм, абдикация от правомощия, узурпация на правомощия, многостепенен конституционализъм

Key words

Constitutional Review, Judicial Activism, Abdication of Powers, Usurpation of Powers, Constitutional Pluralism

проф. д-р Евгени Танчев

Въпроси на конституционния активизъм в светлината на многостепенния конституционен контрол

Prof. Evgeni Tanchev, Ph. D.

Member of the Law Department of New Bulgarian University

e-mail: etanchev@yahoo.com

Professor of Constitutional Law and EU Law at the Law Department of NBU

Areas of specialization: constitutional law, comparative constitutional law, constitutional justice.

Author of monographs and articles in professional periodicals in Bulgaria and abroad.

Former President of the Constitutional court of the Republic of Bulgaria.

В настоящата статия се изследва проблемът за теорията на съдебния активизъм по отношение на конституционните съдилища и конституционния контрол.

Максималният съдебен активизъм води до узурпация на правомощия на други органи.

Ограничението на въздействието на конституционния контрол обуславя абдикация от функциите на конституционните съдилища.

Prof. Evgeni Tanchev, Ph. D.

Implications of Judicial Activism in Multilevel Constitutional Review

I. Introductory Remarks

My contribution concentrates on the classic and new dimensions of the judicial activism issue including negative versus positive legislator dilemma.

Judicial activism v. judicial restraint phenomenon in the modern multilevel governance and constitutional pluralism has multiple implications. I will indulge mostly in the national and comparative dimensions of control of constitutionality. However, they are part of contemporary constitutional review variety exemplified in the interaction of international and supranational courts performing constitutional review functions and their coexistence and interaction with the nation state full fledged constitutional review.

The themes of Judicial Activism versus Judicial restraint and the Judiciary as Negative versus Positive Legislator have been largely overwritten.¹ Liters of ink, tons of paper or quickly rising number megabytes have not reduced but contributed to the ambiguity and ambivalence of the term. The more has been written the more demand to be written further remains. Instead of achieving clarity it has been already noticed that

¹ During the 1990s, the terms "judicial activism" and "judicial activist" appeared in an astounding 3,815 journal and law review articles. In the first four years of the twenty-first century, these terms have surfaced in another 1,817 articles – an average of more than 450 per year. Judges today are far more likely to accuse their colleagues of judicial activism than they were in prior decades. And the term has assumed a prominent role in public debates, appearing regularly in editorial pages, Web "blogs," political discussion, and confirmation battles., However, as it has been correctly noted nearly everyone scorns judicial activism, that notoriously slippery term. See K.D. Kmiec, California Law Review, October, 2004 The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism",

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=california-lawreview> 1441 at 1443

“ironically, as the term has become more commonplace, its meaning has become increasingly unclear”²

So there is a great risk to find oneself entrapped in either one of two dangers.

From one side I would not volunteer to follow the famous saying originating from the mother of legislatures – the British Parliament that everything has been said already but not by everybody.

From the other, side to run the risk and attempt to embrace and treat even the most important issues with all the care each one of them deserves in a short report is not serious. Hence, I have opted to pick some of modalities and features and not the whole range of implications and whole matrix and to build a judicial activism versus judicial restraint phenomenon full – fledged template.

In the analysis of negative and positive legislator and judicial activism versus judicial restraint issues in constitutional justice I have left out genesis and evolution of constitutional control institutions and forms in historical and comparative legal context for the lack of space and time but not because of ignoring their impact. Besides I will not attempt to defend one of these issues and address with clear cut positive or negative appraisal each of these phenomena, although judicial activism and courts positive legislator implications have received predominant negative connotation.

I will try to speed through some of judicial activism v. judicial restraint in constitutional Justice implications through the constitutional review function, to enter in more detailed manner the debate on Constitutional courts positive versus negative legislator dilemma in the national and comparative context and in conclusion to wrap up this report with a snapshot of multiple constitutional review systems coexistence including comparative, national, international and supranational systems forming the order of constitutional orders in contemporary multilevel constitutionalism in Europe.

II. Judicial Activism v. Judicial Restraint in Constitutional Justice

The common solution to all models of constitutional justice has been vesting control of constitutionality of laws in the courts, or creating a special institution outside the traditional judicial power, but never attributing the function to the Legislative or the Executive branches themselves. Alexander Hamilton strong justification³ in the Feder-

² Ibid.,1443.

³ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community.

The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have

alist Papers and Alexander Bickel's book "The Least Dangerous Branch" are worth remembering.

While in the US since colonial times judges were trusted and held in high esteem, in Europe courts were looked with a great suspicion by the parliamentarians and officials in the Executive bodies.

This was long contested ever since J. J. Rousseau and J. Bentham's proponents of popular sovereignty and legislative supremacy doctrines still argue on the admissibility and rationality of entrusting constitutional review to the courts. In the words of J. Bentham "Give to the Judges a power of annulling the acts(laws);and you transfer a portion of the supreme power from assembly, which the people have had some share, at least, in choosing, to a set of men in the choice of whom, they have not the least imaginable share."⁴

To this argument a very small portion has been added by the opponents of Judicial activism and the positive role of the courts in the area of legislation which especially enjoy to label and accuse judges of legislative and constituent power encroachment or usurpation when they declare a law, repugnant to the constitution to be void. By interpreting the constitution the courts develop the meaning of the constitutional provisions and in fact adapt the constitution to the new realities.(In the T. Jefferson's words the constitution belongs to the living and not to the dead).

Sometimes the Courts have been qualified as an independent policy makers, leaders of a public opinion, arbiters in the conflicts between the powers, catalyst of social change and the basic institutions which lead America to a "government by judiciary"⁵. The critics of judicial review of constitutionality of laws label the Supreme court as a supreme legislator⁶, super legislature⁷, last resort that discovers the framers intent⁸ and a third chamber or permanent constitutional convention⁹.

neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.

This simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves, that though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter; I mean so long as the judiciary" Al. Hamilton, J. Madison, J. Jay, Federalist Paper #78 – The Judiciary will always be least dangerous to the political rights of the Constitution, http://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf, at p. 402.

⁴ J. Bentham, A Comment on the Fragment of Government, London, 1974, 488.

⁵ The New American Political System, 1980, 17, A. Bickel, The Least Dangerous Branch, 229, H. J. Abraham, Freedom and the Court, N.Y.,1978,6, R. Neely, How Courts Govern America, New York, 1981,12-19.

⁶ A. Berle, The Three Faces of Power, 1967, 49.

One of the best proofs against labelling judicial activism and the notion of the courts positive role in the legislation was the very birth of judicial review of constitutionality. In the US judiciary established this function by John Marshall's famous *Marbury v Madison* Decision. It is, however, paradoxical that this activity was developed and practiced for more than a century when after the WW II Arthur Schlesinger invented the term judicial activism. Not only the birth of Judicial review was established by judicial activism but both of them coexisted and went hand in hand long before the phenomenon received the name judicial activism. Another notion is worth to be emphasized. The way judicial review was born in the US is indicative that a negative connotation of judicial activism and positive appraisal of judicial restraint in all circumstances and by all means would be wrong if one resorts to black or white scale.

Though affecting the same areas judicial activism and/or judicial restraint have developed on different paths and acquired different degrees of intensity in the common law and civil law legal families.

Two premises were indispensable for the emerging of the US diffuse decentralized incidental judicial review of constitutionality of legislation – the system of precedent and courts of general jurisdiction. Lack of these premises doomed to failure all efforts to transplant the American system on the European soil¹⁰

Within the US and the common law legal system judicial activism has been described totake place in the following occasions:

1. Striking down arguably constitutional actions of other branches of power;
2. Ignoring precedent;
3. Judicial Legislation;
4. Departures from the accepted interpretative methodology;
5. Result oriented judging or resort to the famous Machiavellian maxim that the goal justifies the means.

Within the civil law family especially after the French revolution the system of positive legislation and general validity rule making was affirmed on one side and different limitations on judge made law were devised and imposed, on the other.¹¹ Within the separation of powers Judges were assigned to be only the mouth of the

⁷ A. S. Miller, *Judicial Activism and American Constitutionalism*, in *Constitutionalism*, ed. J. R. Pennock, N.Y., 1979, 357.

⁸ E. Corwin, *The Constitution and What it Means Today*, Washington, 1957, 252.

⁹ L. Hand, *The Bill of Rights*, Harvard, 1957, 73.

¹⁰ See Louis Favoreu, *Le Cours constitutionnelles 1996* (Луи Фаворьо, *Конституционните съдилища*, София 2002, 10-15).

¹¹ Some attribute genesis of centralized of centralized concentrated constitutional review having jurisdictional monopoly over constitutional issues to legal education in Europe, the role of career judges in deciding policy issues, the merger of the executive and legislative power in the prime minister through his position as leader of the party that has won the general elections, recognition and protection of fundamental human rights, G.F.de Andrade, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, *Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 977.

law.¹² The ultimate forms of these were the prohibition for the judges to enforce the laws but not to interpret them, known as “gramophone justice” meaning that the judge is under the obligation to play the record that has been produced by the legislator in concrete cases and “telephone justice” when the executive put a pressure on the court to achieve a beneficial decision by the court.¹³

The European body of constitutional review appeared after the end of the First World War when on the ashes of the Austro Hungarian Empire in the constitutions of the new democratic nation states the constitutional courts were established. It would be worth mentioning that some predecessors were experimented in one of Abbé Sieyès constitutional constructs during the Great French revolution and in the constitutions of Austro Hungarian and German empires.¹⁴

The Constitutional court pattern was established first in the Austrian 1920 constitution and 1920 Constitution of Czechoslovakia. (in the Kelsen’s famous wording – a constitution without a constitutional court is like a sunlight that does not shine) This was the original idea of a concentrated specialized judicial review initiated by the famous European scholar H. Kelsen nurtured and defended from the proponents of the American review by the courts of general jurisdiction, on one side, and from the C. Schmitz’s idea, that the President should be the Guarantor of the Constitution, on the other¹⁵. However, before the end of the World War II the control of constitutionality did not meet the expectations of the constitution makers. The Constitutional courts were most active in settling disputes between the federal and the member states governments. Since authoritarianism and totalitarianism were opposed to the rule of law Constitutional courts flourished in the post World War II constitutions in Europe.

Within the constitutional justice in the civil law tradition countries separation of powers principle has been an object of judicial activism in the area of division between the constituent and constituted authorities, on the one side, and especially between the legislation and constitutional review, on the other.

¹² „Of the three powers above mentioned, the judiciary is in some measure next to nothing: there remain, therefore, only two; and as these have need of a regulating power to moderate them, the part of the legislative body composed of the nobility is extremely proper for this purpose.

It is possible that the law, which is clear sighted in one sense, and blind in another, might, in some cases, be too severe. But as we have already observed, the national judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings, incapable of moderating either its force or rigor”. Montesquieu, *Spirit of Laws*, bk. 6, CH. 2; BK. 11, CHS. 1-7, 206., www.press-pubs.uchicago.edu/founders/.../v1ch17s9.ht.

¹³ F. Neumann coined the term phonograph or gramophone justice, see F. Neumann *The Democratic and Authoritarian state*, The Free Press, New York, 1957, 38.

¹⁴ See E. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux états-unis*, Marcel Giard & cie eds, 1921.

¹⁵ К. Шмитц. *Государство; Право и политика. Гарант конституции*, Москва, 2013, 42-86; П. Киров, *Президентът в българския конституционен модел*, София, 2004, 226-248.

Activism of the constitutional courts has been identified mostly within the separation of powers principle particularly when the constitutional courts strike unconstitutional statutes and act themselves as negative or positive legislators the civil law legal family constitutional justice. Some of them have been accused of going beyond the judicial activity area and of judicial activism when engaging in the interpretation of the constituent authority and founding fathers /mothers will expressed in the constitutional provisions. Departures from the accepted interpretative methodology, result oriented judging have been rare in the constitutional justice in Europe and although the *res judicata* principle has been respected it is not plausible to stick to the precedent especially in the context of abstract constitutional review or interpretation of an ambivalent constitutional provision takes place.

There might be another area of judicial activism of constitutional justice within the continental legal tradition. In some of the most respected and successful constitutional courts like German, Austrian and others constitutional courts have been vested with the powers to control conformity of governmental or executive legislation creating bylaws, to the Constitution, parliamentary codes and statutes. In abstracto, this kind of constitutional courts activism would take place towards the executive branch although it would be checking normative validity of norms established in the hierarchy of the nation state legal system.

In other countries where decisions of the last instance courts of general jurisdiction might be attacked at the Constitutional courts. This used to be the practice in Azerbaijan for the first 15 years after declaring independence with the fall of the Soviet Union. It is quite possible to arrive to this situation in the constitutional court of the Republic of Tajikistan where among the organs that can seize the court a commission of 3 constitutional judges might seize the constitutional court demanding a constitutional review of a legal act. In these occasions judicial branch might be an area of judicial activism constitutional courts. However due to their rarity, these examples are not the rule. It would be fair to conclude that the exceptions confirm the rule that activism of constitutional justice takes place within the area of the constituent authority and the legislative branch.

What actions of the constitutional courts constitute judicial activism. The conclusion that judicial activism is the polar opposite of judicial restraint is not enough to define and encompass all the forms of the judicial activism it just transfers and subrogates the absent definition to the definition of the opposite phenomenon.

Without any claim of the perfect description or last instance infallible absolute knowledge of truth, a conclusion that judicial activism would take place when in the courts decision there is trespassing of the constitutional limitation of constitutional courts powers which might be or not accompanied or constitute itself an encroachment on the constitutional powers of other branches. Without any doubt judicial activism goes beyond constitutional empowerment and breaks the limits of constitutional conferral of powers. If and when activism of constitutional courts takes place simultaneously with the encroachment of another branch powers it would be a sporadic and temporal but not a constant act of usurpation of power leading the other branch to abdicate from powers.

Often judicial activism has been treated as a static polar opposite of judicial restraint within which a judge should be perceived as prisoner caged by the framers will. This conclusion is adequate to draw the difference of a kind but not of degree which is more common in practice. If we situate both on a straight line we would be able to observe that on the one end where the line starts absolute judicial activism would be located while at the other we find absolute judicial restraint. Further differentiation of activism from restraint in constitutional justice would require fixing where full fledged forms would go beyond impropriety and become fully illegitimate. Judicial activism in constitutional justice will become fully illegitimate and would completely undermine the rule of law or review of constitutionality will become itself contra constitutional if and when it would be instrumental to the power usurpation of other branch and would lead to abdication from power of the other branch since the court would have already assumed his competence.

Going to the scale opposite end where absolute judicial restraint is located the full constitutional review illegitimacy will be reached when the constitutional court or a court of equivalent jurisdiction would tend to refrain from the action to protect the constitution or human rights by avoiding to strike down the legislation that has been incompatible to the constitution. No matter what shape this action would take place whether by declaring inadmissibility of the claim brought to the court or by avoiding to produce substantive ruling on constitutionality when a flagrantly non constitutional legislation has been attacked. Here we find diametrically opposite form of illegitimacy – that of courts voluntary abdication of its function to protect the constitution by ruling on unconstitutionality. The conclusion that stems is the legitimate constitutional justice activism and restraint lie between exclusion of other branches abdication from their powers assigned by the constitution because of usurpation by the courts action or in case of restraint abdication by the court itself from its constitutional powers by abandoning the functions of constitutional review provided in the constitution.

Clear constitutional ground when declaring a provision to be unconstitutional and void is primordial to the proper judicial activism. Proper judicial activism stresses restraint, even when striking down duly enacted legislation. In this understanding of judicial review, the power to initiate policy remains with the legislature or the executive. The Court merely exercises a judicial veto in the event that an act of one of the other branches of government goes beyond the power granted to that branch by the Constitution, or is in conflict with some provision of the Constitution.¹⁶ Hence, absolute judicial activism is improper judicial action since it is free of constitutional hierarchy and limitations and trespasses constitutional limitations which are mandatory for all the branches of power in a constitutional government and democracy and constitute themselves restraint in activism. The improper activism might have many modalities but it stems from the prevalence of judicial preferences or political decisions to the constitutional and legal hierarchy within the nation state legal system. Another label for the improper activism might be whimsical (sham) activism since the enforcement of

¹⁶ Greg Jones. Proper Judicial Activism, [Vol. 14:141. HeinOnline -- 14 Regent U. L. Rev. 142 2001-2002, www.regentuniversity.org/.../Vol.%2014,%20No.%201...

the relevant law is a political preference or a whim of a certain judge contrary to the established hierarchy and validity of the legal acts. Another obviously intolerable form of judicial activism is overbreadth when the courts' decision declares unconstitutional provision that was not demanded by the plaintiff and performs ex officio action which is ruled out to the judiciary.

Leaving aside the illegitimate and improper modalities of judicial activism in constitutional justice various degrees of judicial activism versus judicial restraint would emerge. They might be identified within the range between moderate, tempered activism and liberated restraint seeking to uphold the constitutional construction and founding framers will brought in consonance with contemporary circumstances or updating without changing the normative content of the constitution. while staying within the framers intent bringing through strict interpretation the content up to contemporary circumstances.

It is also more natural for a constitutional court to assume an activist position in certain areas especially in protecting certain right and combine it with more restrained position in the other fields. It is almost certain that the critique bringing the argument of government by the judiciary or judicial despotism would not claim that a court should be activist or restrained in every sphere of its decisions.

A priori it is also a tough choice to make which position is to and which side of dilemma activity versus restraint should prevail and receive preference in a courts just decision. Constitutional review should protect constitutional supremacy and the rule of law by balancing conflicts and compromising contradictions in values, principles and parties rights. At first glance judicial restraint looks safer and more adequate for a court than to perceive activism. But sometimes constitutional justice activism might leave no alternative before the court to save the constitution and avoid collapse of society when the only choice left is between the famous Roman maxim *Fiat justitia, et perat mundus* and the justice Jackson rejection that the constitution is not a suicidal pact.

Considering the “virtues” of judicial restraint in constitutional justice besides all other implications which are present in the particular case it is worth noting that judicial restraint might be dangerous to the constitutional democracy for it might leave unconstitutional authoritarianism unchecked facilitating despotic aspirations of the executive and parliamentary assembly. Constitutional justice overplaying judicial restraint leads to weakening, diminishing the restraint on other branches of power or decreases the effect of the regular constitutional checks, constitutional safeguards and limitations on power. From the other side judicial activism overplaying the restraint on other branches of power might pave the road of the government by judges or despotism by twisting constitutional powers on the side of the court. However, it is obvious that government of judges or government by judiciary bears all the signs of a metaphor. It is clear that the term is a misnomer for even the best equipped judiciary supplied with finances and having lots of personnel cannot be in a position to carry the functions of a government or executive or legislative branches of power in the modern nation state. Another dangerous impact judicial activism has on the constitutional justice is the undermining legitimacy and impairing impartiality and independence due to the belief that constitutionality test of parliamentary legislation has been replaced by political grounds and reasoning in the courts decision.

At first glance delayed justice might be considered to be but another weapon of judicial restraint but in practice timing in rendering of constitutional court decisions might be an instrument of judicial activism if on the temporal effect of the courts action might influence rights or social; processes might take a different turn of development.

Judicial activism versus judicial restraint might be evaluated from other perspectives besides the separation of power principle.

Functions of constitutional court form other context of Judicial activism versus judicial restraint;

III. Constitutional Review Functions

Several types of functions might be distinguished among the institutions for judicial or constitutional review. Functions might be divided into universal exemplified by all bodies entrusted or recognized by the constituent power to control compliance to the constitution or specific – consisting of those particular institutions that have been assigned in some nation states to be the guardians of the law of the land. According to their nature constitutional courts functions might be constitutional (legal) or socio political. They might be strictly national when entrusted by nation state constitution to the national courts or supranational if performed by supranational courts. Finally they might be treated as manifest (indispensable), implicit or surrogate when the bodies of constitutional review act to compensate an institution that has not been created by the national constituent authority but exists in other nation state constitutions.

An attempt to review most important functions of the constitutional courts would include the enumeration without any claim produce an exhaustive list of them. It would be also contra productive to declare a priori which of them are more important than the others or to propose a hierarchical structure of various functions of the constitutional courts. However between the functions two groups could be distinguished. The first one would include functions common to all of the constitutional courts and bodies entrusted with the review of constitutionality of laws.

1. *Constitutional Courts have been recognized by the constitution drafters to be the Guardians of Constitutional Supremacy.* Constitutional courts perform the function of supreme policeman of the Constitution. It seems that all of the Constitutional court powers are oriented in this direction. However, this is obviously the case with the most typical of the powers – abstract control of the constitutionality of laws having erga omnes effect. Where the Constitutional courts were established abstract posterior control has been monopoly of the Constitutional court though constitutionality and constitutional conformity might be recognized and more than this accepted by all other legal subjects until its unconstitutionality would not be declared by the court.

2. *Constitutional review has been the voice and Guardian of the constitution's* content as established by the constituent power. According to the classical democratic theory the nation state constituent power being an expression of popular sovereignty creates the constitution and has no place in legislation, practical executive government and adjudication of justice and deciding cases by the courts. The constituent power

does not disappear but assumes a latent status or it “falls into sleep”. It springs to life and becomes active when the terms of the constitutional contract need an amendment or the nation and its political elites have arrived to political decision to adopt new constitution.¹⁷ While being in a latent position it is the constitutional court that voices the exact meaning of constitutional provisions, might interpret them but staying within the limits of the founding fathers will. Even the boldest judicial activist should accept that the constitutional court interpretation might update the constitutional provisions but it cannot amend or develop the constitutional content beyond the will of the founders. The process of growth of the constitution is not tantamount to constitutional amendment which is a legitimate monopoly of constituent power as emanation of popular sovereignty.

Within this function the constitutional courts primary role would be in voicing and keeping the content of the constitution as established through popular sovereignty by constituent power. Though it is generally accepted that division between constituent and constituted powers is a monopoly belonging to the civil law family firmly established since E.Sieyes it should be emphasized that in the American system it was stipulated as a premise to the birth and enforcement of judicial constitutional review by the court itself.¹⁸ As stated by justice Ch. E. Hughes to reiterate judicial activism “We are under the Constitution but the Constitution is what the judges say it is”.¹⁹

3. *Constitutional Courts act as ultimate judicial safeguard of fundamental human rights.* No doubt this position of the courts is cornerstone in the legitimation of judicial review of constitutionality of laws. It was the status of the courts as guardians of fundamental constitutional rights and liberties that defeated the radical democratic opposition to review of constitutionality of laws by judiciary. Parliaments are product of direct ascending procedural democratic legitimation through election and are entrusted with the democratic will of the nation or majority of the electorate. To this source of legitimation courts consisting of judges that are never directly elected by the people bring their constitutional legitimacy defending fundamental human right as a last and supreme national institution to protect human rights and ultimate resort to defend constitutional freedom against an encroachment on human rights by parliamentary legislation.

4. *Constitutional courts act as border guards containing the state institutions within the constitutional limits of their powers.* This function of Constitutional courts

¹⁷ On drafting a constitution as an act of supreme political decision over the type and form of political unity see Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke Univ. Press, 2008, 75-94.

¹⁸ UK legal system with the principle of parliamentary sovereignty respected should be considered to be an exception, for the idea that there should be power above the parliament and beyond the reach of parliamentary amendment undermines the parliamentary sovereignty principle. In the famous *Marbury v. Madison* decision judicial review has been affirmed as a safeguard ruling out the option that “the legislature may alter the constitution by an ordinary act” *Marbury v. Madison*, 5.U.S. (1 Cranch) at 177.

¹⁹ www.wikiquote.org/wiki/Charles_Evans_Hughes

has been performed though in different ways and forms with all of their constitutional powers.

5. ***Constitutional courts act as legal arbiters (legal pouvoir neutre contrasted to political pouvoir neutre performed by the head of state) or agents of constitutional and legal arbitrage resolving the conflicts.*** In this respect status of the constitutional courts might be compared to the neutral power or *pouvoir neutre* described by B.Constant²⁰ and attributed to the head of state conceived to be performing neutral arbitrage to resolve, diminish, accelerate, prevent, mediate institutional conflict or compromise an outcome beneficial to the participants and the whole nation. In contrast to this position of the head of state performing political arbitrage, the constitutional courts exercise constitutional arbitrage – i. e. the conflicts between the powers are resolved on the basis and within the constitution.

6. ***Constitutional courts act as counter majoritarian check preventing despotic aspirations of majorities in government.*** In the context of liberal democracy courts perform function of preventing the majority to quash the opposition by protecting minority rights. Probably the most symptomatic of this function has been the action of filing petitions demanding unconstitutionality decision by the parliamentary minorities – parties or MP groups.

With the introduction of direct constitutional complaint individuals when their fundamental rights are abrogated by parliamentary legislation adopted by majority have an important source to impose veto on the tyranny of the majority that has overstepped the constitution by a constitutional courts decision.

7. ***Constitutional Courts acting as a safety valve to decrease the level of the social pressure, unrest and prevent the constitution and governmental system from self destruction or destruction by the violent extraconstitutional, extraparliamentary or illegal action.*** One of the first explanations of the function of procedures, devices and institutions acting as a safety valve belongs to N. Machiavelli long before constitutional review of legislation emerged.²¹ Another approach by converting a

²⁰ B. Constant, *Principle of Politics Applicable to All Representative Governments*, in *Political Writings*, Cambridge Univ.Press, 1989, 183-194.

²¹ To those set forward in a commonwealth as guardians of public freedom, no more useful or necessary authority can be given than the power to accuse, either before the people, or before some council or tribunal, those citizens who in any way have offended against the liberty of their country. A law of this kind has two effects most beneficial to a State: *first*, that the citizens from fear of being accused, do not engage in attempts hurtful to the State, or doing so, are put down at once and without respect of persons: and *next*, that a vent is given for the escape of all those evil humors which, from whatever cause, gather in cities against particular citizens; for unless an outlet be duly provided for these by the laws, they flow into irregular channels and overwhelm the State. There is nothing, therefore, which contributes so much to the stability and permanence of a State, as to take care that the fermentation of these disturbing humors be supplied by operation of law with a recognized outlet” In respect of this incident I repeat what I have just now said, how useful and necessary it is for republics to provide by their laws a channel by which the displeasure of the multitude against a single citizen may find a vent. For when none such is regularly provided, recourse will be had to

political or extraparliamentary violence into legal conflict one has been emphasized by A. De Tocqueville.²² Instead of being resolved by violence on the streets the conflicting issue is given in the hands of the court to decide within the constitution and with legal means. By this procedure the degree of social discontent is reduced from the melting pot of boiling emotions and hostilities to impartial and universally accepted procedures by people and institutions where the decision is worked out based on reason with rational arguments.

Without any claim of all inclusive enumeration a list of specific constitutional courts functions would include:

1. Constitutional courts act as harmonizers of national constitutional and supranational values, principles and norms and resolving conflicts between national and supranational legal orders and institutions. In the context of multilevel constitutionalism constitutional courts harmonize relationship between national and supranational values and resolve conflicts between different constitutional orders.

2. Constitutional judicial review on parliamentary legislation has been considered as a structural check on governmental power proceeding out or contrary to the constitutional limitations enumerated powers of the institutions. Though situated outside any of the classic branches of constituted powers of legislative, executive and judiciary powers Constitutional courts can be tackled as an important checks on arbitrary powers and on despotic government as a whole.

3. Constitutional review on parliamentary legislation performs the function of appeal and resort to the constitutional review to protect the constitutional rights and has been entrenched in some constitutions itself is a fundamental human right especially where individual complaint has been provided or through the indirect access to the constitutional courts.²³

irregular channels, and these will assuredly lead to much worse results. For when a citizen is borne down by the operation or the ordinary laws, even though he be wronged, little or no disturbance is occasioned to the state: the injury he suffers not being wrought by private violence, nor by foreign force, which are the causes of the overthrow of free institutions, but by public authority and in accordance with public ordinances, which, having definite limits set them, are not likely to pass beyond these so as to endanger the commonwealth”. 40.

Discourses on the First Decade of Titus Livius by Niccolo Machiavelli Citizen and Secretary of Florence Translated from the Italian Byninian Hill Thomson, M. A. A Penn State Electronic Classics Chapter VII www2.hn.psu.edu/.../machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf

²² “The influence of legal habits extends beyond the precise limits I have pointed out. Scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question”, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* Vintage books, New York, 1945, Volume I, Chapter XVI Causes Which Mitigate the Tyranny of the Majority in The United States, 290.

²³ See the Venice Commission special report on the individual complaint CDL-AD(2010)039rev Study on individual access to constitutional justice – Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010) on the basis

4. Constitutional courts exercise transforming function when updating the constitution and providing the growth of the constitution or in T. Jefferson's words the constitution should belong to the living and not to the dead.²⁴ Providing new interpretation of the constitutional provisions in the context of new generations and might be instrumental to avoiding the textual constitutional amendment by the constituent power. This function of constitutional review might be indispensable to the avoiding of gridlocks especially in countries with rigid constitutions. It might be instrumental to reduce the cost of the formal constitutional amendment through the cumbersome procedure of election and activity of constituent assembly.

5. Constitutional courts might play as a substitute (surrogate) or compensating role for the lack of a second chamber of parliament especially in impeachment trials particularly in those countries where the constitution provides impeachment trial while establishing unicameral assembly.

6. Constitutional courts are ultimate arbiter on legality of the elections and constitutionality of political parties when they are assigned by the constitution and entrusted with powers in that areas.

7. Constitutional courts perform function of a criminal jurisdiction concerning crimes of high government officials with effective sentencing power in the case of finding them guilty if the respective nation state constitution has explicitly provided for this.

IV. Where and How Did the Negative Legislator Notion Come from or the Story of Invention and Usage of Negative Legislator Label

The European model of concentrated, abstract, posterior, specialized control, performed by a Constitutional Court, devised to protect constitutional supremacy, human rights, international and supranational law primacy being a counter majoritarian check and policing the constituted powers trespass of constitutional limitations was considered to be a part of the European Constitutional Heritage.²⁵

In democratic constitutional systems different degrees of separation between the legislative and executive branches depend on the form of government but the degree of

of comments by Gagik Harutyunyan (Member, Armenia), Angelika Nussberger (Substitute Member, Germany) and Peter Paczolay (Member, Hungary).

²⁴ The basic meaning of famous quotation has been stated in its absolutist form the earth belongs to the living not to the dead T. Jefferson's letter to J. Madison of September 6, 1789, in *The Portable Thomas Jefferson*, ed. M. Peterson, Viking press, New York, 1975, 444-451, 450.

²⁵ The Constitutional Courts, designed after Kelsenian scheme in 1920, have been recognized as being primary features in the common European constitutional heritage., D. Rousseau, *The Concept of European Constitutional Heritage*, in the *Constitutional Heritage of Europe*, European Commission for Democracy through Law, Council of Europe Publishing, Science and Technique of Democracy N 18, Strassbourg, 1997, 16-35.

structural and functional autonomy of the judiciary is always greater than that of the legislative and executive powers, designed to be a forum of political struggle and the most important stake in the party aspirations. Constitutional arrangements on the judicial branch are structurally designed in order to prevent the Judiciary becoming a subject of the political game. The two main columns of the Constitutionality review legitimacy are judicial independence and the Constitutional courts mission as supreme guardians of Human Rights.

The classic separation of powers principle might be further treated in the context of functional division of political decision making – policy determination, policy execution and control over the political decisions.²⁶ Legislative assemblies, executive organs and judicial bodies might perform separately or blend the functions in the political process within one of the powers. The division of political functions does not coincide with the tripartite separation of between the legislative, executive and judicial branches of government as a sole repository of one of the powers. The negative positive legislator dilemma will be further obscured if seen in the context of functional division of political decision making.

Being an institution for posterior, abstract, concentrated and specialized judicial review of the compliance of parliamentary statutes to the Constitution, the Constitutional Court is not assigned any of primary separation of powers of the three constituted branches of government, neither it is situated within the structure of the Judiciary. The Constitutional Court is the main institutional safeguard to the supremacy of the Constitution and to the separation of powers principle. No doubt, the Constitutional Court is a constituted institution with limited powers, but has been attributed a role to keep the other branches of constituted power within the limits of the Constitution, or within the framework of the will of the constituent power. The Constitutional Court acts as intermediary between the constituent power and the legislative, executive and judicial branches of government by policing their functions within the constitutional limitations. The Constitutional jurisdiction occupies the status of juridical arbiter by deciding on the conflicts of competence between the institutions.

Despite the constitutional supremacy in the countries with a written constitution it was the parliament and its legislation considered to be embodiment of popular sovereignty delegated in free, pluralist and competitive elections with legislative power unlimited and beyond the reach of any review for conformity with the constitution by any other institution. To contain the positive legislator within the limits of the constitution a negative one was needed and ordinary courts could not be entrusted with this function since the judges of general jurisdiction were themselves constrained by the parliamentary statutes. Decentralized, diffuse review in the civil law system would be inoperative for the lack of doctrine and practice of *stare decisis* unifying the system by the rule of the precedent. Thus a specialized constitutional court had to be created and assigned abstract posterior review of parliamentary statute to ensure their

²⁶ K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago Univ. Press, 1966.

compliance to the constitution as the supreme law of the land.²⁷ Today the constitutional courts or other forms of constitutional review are universally accepted as a part of the European constitutional heritage²⁸. Scholars still argue whether it was due to the popular sovereignty and democratic cravings rising from the grassroots or either it is introduced by the political elites.²⁹ The latter has been titled insurance model. By introducing judicial review it is a kind of a security investment protecting a former governing party when becoming an opposition one.³⁰

By the time when the 1920 Austrian constitution entrenched for the first time constitutional review vested in a specialized constitutional court its very existence was imperiled by three strong critical currents.

The first of them based on popular sovereignty doctrine elevated legislative power as being true expression, a mirror and dependent on peoples will alone. Theoretically it was *mutatis mutandis* the Jacobin credo based on Rousseau contract social ideas and practically developed by supremacy of the British parliament whose sovereign power did not know the borders posed by a written constitution

The second was the US successful experience affirming decentralized, concrete incidental judicial review exercised by the courts of general jurisdiction affirmed for nearly 12 decades since 1803 *Marbury versus Madison* case.

The third came from the notion of government by judiciary which was the re-statement of the ideas of Rousseauist camp but in reverse – a construction making court tantamount to legislative bodies or a body consisting of unelected politically and partisan irresponsible conservative judges. A specialized constitutional court enforcing constitutional and later human rights supremacy over legislative and executive branches was regarded as illegitimate conservative reactionary despotism to democratically elected representatives in free, pluralist and competitive elections.

Looking over the vast literature one might get lost among the adjectives that are used when judiciary is humbly labeled as legislator.

Within the context of separation of powers any notion on judiciary possessing or exercising legislative function or even interfering with legislation has been more often humbly whispered in the doctrine or carried in practice with extreme care or in such a hesitation shielded against accusations with the break away from democratic constitutionalism. Judicial role in legislation or legislative function was seen as a heresy to the

²⁷ For extensive treatment see V.F.Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale Univ. Press, London, 2006, 3-29.

²⁸ More than 80% of the written constitutions around the world have special provisions on constitutional review see T. Ginzburg, *The Global Spread of the Constitutional Review*, in the *Oxford Handbook on Law and Politics*, eds.K.Whittington et.al., Oxford University Press, 2008, 81.

²⁹ M. Schor, *Mapping Comparative Judicial Review*, Washington University Global Studies Review, vol 7., 2007, 257 -287 www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7_2/Schor.pdf

³⁰ T. Ginzburg, *Judicial Review in the New Democracies, Constitutional Courts in Asian cases*, Cambridge University Press, 2003, 24-25.

constitutional orthodoxy endangering separation of powers and undermining judicial independence. Indeed constitutional review of parliamentary statutes whether institutionalized by a special constitutional court or a body of equivalent jurisdiction has been a special case for the necessity to pronounce on conformity of laws to the constitution and if found to be in contradiction to declare the statute void ab initio or to annul it ex nunc. Even in that situation however the coexistence of possible forms and combinations of coexistence between the nouns judiciary and legislation or adjectives of judicial and legislative has been uneasy rather to qualify it to be a logical controversy was much easier in theory and practice. The concept of constitutionalism as a safeguard of fundamental human rights and limited governance with enumerated powers under the rule of law the constitutional review was meant to protect the constitutional supremacy and not to provide the governmental system with another extra parliamentary channel of legislation.

Situating the constitutional jurisdictions outside of traditional triad of judiciary, legislative and executive branch was no automatic solution to enable systemic explanations. Neither the idea of juridical constitutional arbitrage in contrast to the presidential political arbitrage to the conflicts and interaction between the three branches alone might be productive. Another solution which was developed by H. Kelsen to nourish and defend his constitutional review invention to be performed by the constitutional courts or a hybrid body which closer to legislation but in jurisprudential form or judicial like organ to perform legislative like function of constitutional control. What a danger to democracy this might seem for besides and in addition to this boiling legislative judiciary or judicial legislation mixture contemporary constitutional courts acting as guardians of constitutional supremacy, prevalence of human rights and primacy of international and some of them of EU law are in a position of agents enforcing the constituent power will while at the same time being limited by the constituent power themselves.

But how to eliminate and soften such a radical challenges to the classic separation of powers and constitutional democracy basic principles of popular sovereignty and the rule of law to prevent it from the dangerous transformation into but another absolutism metamorphosis – famous government by judges or imposing judicial legislation. Although due to the position of the judiciary in the continental legal family no danger of this kind has been a real threat H. Kelsen tempered the radical consequences and repercussions of the constitutional courts on constitutional theory by coining the term of negative legislator.

This might have been the start of the long journey of the authentic identity of constitutional jurisprudence exercised by a constitutional court. Since then may qualifications have been brought in the political debate. A short but not exhaustive list of positions between the full fledged positive legislators functions and the limited role of constitutional courts in the area of legislation would certainly include: reluctant legislator, substitute or surrogate legislator, indirect legislator, quasi legislator, demi semi, co-

legislator³¹, legislator in hiding, legislating by prompting to the parliament, facilitating future legislation by parliament, expedient legislator (not to be mixed with legislator in during the emergencies) finding temporary solution until the parliament steps in and adopts the necessary statute or provisions etc. Negative legislator status marks the other end of possible interference of constitutional courts with the legislation seems to conclude the whole issue of the constitutional review quasi legislative powers. But are negative and positive legislators roles antonyms or real diametrical opposites where courts and parliaments are the opposite ends of legislation drafting within the constitution the constitutional framework and complying to the constitution i.e. of constitutional friendly legislation. Certainly no and not because of many intermediary positions already mentioned.

Indeed in 1928 H. Kelsen first contrasted parliamentary to judicial activity in the area of legislation. While parliament as a positive legislator is creative and acts on his own initiative deciding when, how and to what extent to regulate, the constitutional court cannot act *ex officio* but has to be seized in order to control the statutory content compliance to the constitution. So if the parliamentarians can have the autonomy to enact general norms influenced by political and partisan factors striking out legislation should be made only on the grounds of non compliance he constitution and the courts judgement should reflect from judicial independence in applying the constitution. However he went on to say that these two statuses were not antipodes and *de facto* can be seen to convert in the process of enacting legislation complying to the constitution. “ To annul a law is to assert a general (legislative) norm, because the annulment of a law has the same character as its elaboration – only with a negative sign attached ... A tribunal which has the power to annul a law is, as a result, an organ of legislative power.”³²

Constitutional courts negative positive legislator status has been approached from different avenues in legal and political theory since H.Kelsen.

It would be unserious to attempt to all inclusive analysis of the all of the doctrines in the present report. By picking 3 examples cannot aspire for the indepth thorough analysis this topic truly deserves.

In a very original and rational manner L. Favoreu tackled the issue from the context of constituonal jurisdictions.

A.S.Sweet analysed the legislative role of the constitutional courts from the perspective of consequences for the parliament of decisions declaring statutory provisions to be unconstitutional.

Brewer Carrias conducted a comparative study dedicated to the constitutional courts as positive legislators for the 2010 World Congress on Comparative law.

³¹ M. Safta, Developments in Constitutional Review: Constitutional Court: Between the Status of Negative and status of Positive co-legislator. www.businesslawconference.ro/M.Safta

³² H. Kelsen, La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice Constitutionnelle) *Revue de Droit Public et Science Politique en France et etranger*, 1928, 197-257 www.worldcat.org/.../garantie-juridictionnelle-de-la-constitution...; see A. S. Sweet, Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May not Matter (2003), Faculty Scholarship Series, Paper 1297, www.digitalcommons.lawyale.edu/fss_papers/1297

L. Favoreu Contribution

Favoreu offered alternative to the government-of-judges analysis of and negative versus positive legislator dilemma. He was successful in bypassing exclusiveness or simultaneous coexistence of negative and positive legislator issue in constitutional court powers and proposed more detailed and refined analysis of roles and functions within the constitutional review and parliamentary legislation. In a word he attempted to reaffirm the constitutional orthodoxy of the separation of powers principle in a very original and creative manner different from the traditional argumentation mainstream.

In the context of the liberal concept of politics juridification or as one of the Favoreu titles “politics captured by law” he built a bridge between the modern and classical rule of law principles in contemporary constitutional democracy.

A.S.Sweet analysis brilliantly summarizes Favoreu concept that the constitutional jurisdictions perform four basic regulatory functions.³³ “First, constitutional courts act as either “ a counterweight ” against a parliamentary majority that is “ too powerful ” (in France and Spain, for example), or as a “ substitute ” legislator, where a parliamentary majority “ does not exist ” (as in Italy).

Second, constitutional review tends to “pacify” politics; “quarrels”, which before would

have been fought out in partisan terms unrelentingly, are “appeased” and settled more reasonably – with reference to constitutional legality.

Third, L.Favoreu denied that constitutional courts ever “block”, “veto”, “censor”, or

“prevent” decisions taken by parliament; instead, they “ guide, ” “ direct, ” “ authenticate, ” and “ correct ” the legislator, “ putting reforms on the right normative track ... the constitutional one. ” Thus, far from obstructing the general will, constitutional judges actually legitimize it! Last in the absence of constitutional review...human rights would enjoy no protection.”³⁴

L.Favoreu developed ideas of direct and indirect effect of constitutional review on parliamentary legislative power. He distinguished between down stream impact when statutory provisions are found to be in contradiction to the constitution and up-stream impact leading to self restraint (autolimitation) chilling the legislators ambition in the direct effect of constitutional review on the parliamentary legislation.³⁵

A. S. Sweet

When the constitutional review has proclaimed a parliamentary statute unconstitutional without a doubt the Constitutional jurisdiction has acted as negative legisla-

³³ A. S. Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and in Europe*, I. Con, vol 5, N 1, 2007, 69-92, 85-87, <http://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-politics-of-constitutional-review-in-france-and-europe-0gLFMMsfMn>

³⁴ Ibid, 86.

³⁵ L. Favoreu, *The Constitutional Council and Parliament in France in Constitutional Review and Legislation*, ed. C. Landfreid, Nomos, Baden-Baden, 1988, 81-109, 104-107.

tor.³⁶ This was the direct effect of the constitutional court decision in the area of legislation. Simultaneously the constitutional courts have exercised indirect effect on the parliamentary legislation – not by exerting political pressure which is a part of the interrelationship game between the executive and the legislative branches of power but through anticipatory reaction of the legislature.

Annuling a statute found to contradict the constitution triggers anticipatory reaction in the form of corrective revision. The parliament starts a procedure of adoption of legislative provisions in conformity in order to fill the statute with conforming provisions to the constitution. Although here the parliament and not the court is the positive legislator the parliamentary new legislation has been influenced by the courts decision. So there is no doubt that according to the substance of the new regulation it was influenced by the courts decision so the court indirectly takes part in the positive legislation. The ratio decidendi of the constitutional court judgement striking the law as unconstitutional usually prompts of explicitly mentions which path the legislation would have followed in order to be within the constitutional frame instead of the regulation that was found in contradiction to the constitution. A.S.Sweet draws four possible scenarios of legislators reaction. The prevailing one is when the parliamentary legislation might follow the court's reasoning when adopting the new provisions in line with the constitution. Rarely the legislature might decide to forego the regulation entirely i.e. to return to the position before the passage of the law found not to comply to the constitution. Another option the obstinate parliamentary majority perceive is to attempt to reformulate the provisions stricken by the court and to replace them with slightly changed wording that repeats the previous attempt found to be unconstitutional. The new unconstitutionality ruling follows if the court will be seized.

The final resort of the multiple governing majorities is to amend the constitution as a trump to overcome the function of the negative legislator enforced by the courts judgement nullifying the previous provisions by the legislator.

Brewer Carrias Comparative Study

During the XVIII International Congress in Comparative Law in at George Washington University Law School on July 27,2010 professor Alan R. Brewer – Carias presented the general report on a big comparative study “Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law”.³⁷ It is so far the most extensive and

³⁶ A. S. Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and in Europe*, I.Con, vol 5, N 1, 2007, 69-92,87, <http://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-politics-of-constitutional-review-in-france-and-europe-0gLFMMsfMn>

³⁷ Alan R. Brewer – Carias, “Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law”, XVIII International Congress in Comparative Law in at George Washington University Law School on July 27, 2010, www.allanbrewercarias.com/, Later the general report and the national reports were printed in a separate volume of more than thousand pages, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators A Comparative Law Study*, <http://www.cambridge.org/us/academic/subjects/law/comparative-law/constitutional-courts-positive-legislators-comparative-law-study>

thorough comparative work where title boldly addresses straightforward the issue of the judicial role in the area of legislation and the courts as positive legislators. In the very beginning of the study the author poses the limits within which the constitutional review might be considered as positive legislator without reaching a status of irresponsible judicial totalitarianism. “ The Constitutional court can assist the legislators in the accomplishment of their functions, but they cannot substitute Legislators and enact legislation, nor hey have any discretionary political basis in order to create legal norms or provisions that could not be deducted from the Constitution itself.” Analyzing the constitutional courts and institutions of equivalent jurisdiction powers to perform constitutional review of legislation Brewer – Carias distinguished four areas where constitutional jurisdictions resemble positive legislators:

1. The role of Constitutional Courts interfering with the Constituent power, enacting constitutional rules and mutating the Constitution;

2. The role of Constitutional Courts interfering with parliamentary legislation and playing the role of assistants to the Legislator, complementing statutes, adding to them new provisions and determining the temporal effects of legislation;

3. The role of Constitutional Courts interfering with absence of legislation due to legislative omissions acting sometimes as provisional legislators;

4. The Constitutional courts role as Legislators on Matters of Judicial Review.

The European model was transplanted to constitutionalism of the emerging democracies and now EU members states after the fall of the Berlin wall in 1989 including the implications of negative positive legislators dilemma.³⁸ On their part they have made some contribution to theory and practice of constitutional review some of which are related to the position of the constitutional courts as negative and positive legislators issue.

A problem which has received scholarly attention belongs to the nature of the interpretative decisions of the constitutional court. The court’s binding interpretative decisions have provided prospective non adversarial constitutional interpretation which was successful to prevent unconstitutional legislation by resolving the constitutional ambiguity *ex ante*.³⁹

Though interpretative decisions share some of the legal features of the prior control of constitutionality, advisory opinions and preliminary rulings of the European Court of Justice they are unique. Advisory opinions are rendered by the International court of Justice or some of the states courts in the US on request of government or private parties and indicate how the court would rule if adversary litigation should arise on the same matter. Contrary to the some of the East and Central European as well as

³⁸ See М. Карагъзова-Финкова, Конституционните юрисдикции в новите демокрации от Европейския съюз, София, 2009; Н. Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, University of Chicago Press, 2000; W. Sadurski, *Twenty Years After the Transition: Constitutional Review in Central and Eastern Europe*, *The University of Sidney Law Review*, July 2009, <http://ssrn.com.abstract=1437843>

³⁹ See H. Dimitrov, *The Bulgarian Constitutional Court and Its Interpretative Jurisdiction*, 37 *Colum. J Transnational Law* 459-505.

some of the Constitutional courts in the now independent republics and former soviet union states the constitutional court interpretative decisions the advisory opinions do not have binding effect. Interpretative decisions are rendered like the preliminary rulings when different opinions on the content of a provision exist and its content is not clear. Both legal phenomena have binding effect – preliminary rulings concerning EU law on the national courts and interpretative decisions of the east and central European constitutional courts on national parliament, president and government to which have to comply their legal acts or actions with the constitutional court holding.

Within the context of the constitutional governance the interpretative decisions affirm the constitutional court's position as the constitution expositor and mediator between the dormant constituent power (which resides in the people or special representative bodies the springs to active position triggered by necessity of constitutional amendment) and the acting institutions of constituted powers i.e. the legislature the executive and the judiciary.

On number of occasions by interpretative decisions the constitutional court ex ante defined certain principles and scope of parliamentary legislation to meet the requirements of the constitution in the area of human rights, freedom of expression and electronic media.

One of the most controversial issues concerns the consequences after a provision which was amendment to a parliamentary statute has been declared unconstitutional.⁴⁰ The court by interpretation has arrived at conclusion that in this case after its decision has entered in force an automatic revival (resurrection, restoration) of the acting before the amendment takes place. This interpretation was met with many counterarguments the most important of which is that there is no such explicit provision of the constitution and that the automatic revival in fact is a special case of retroactivity of the constitutional court decision. Moreover, the restoration should be considered contrary to the text of the art. 22, par. 4 of the Law on the Constitutional Court which states that all of the consequences of the law proclaimed to be unconstitutional have to be arranged by the institution which has adopted it. Another argument against the automatic revival of the acting provisions amended with norms proclaimed to be unconstitutional is that the old provisions contradict to the logic of the new provisions which were considered constitutional. The final result is the paralysis of the whole statute. Often the decisions of the constitutional court have ex nunc binding effect. Retroactivity (ex tunc effect) was thought to undermine the rule of law principle which was considered cornerstone in the founding of the new democracy after the fall of the totalitarian system. In general

⁴⁰ In Austria and in the Constitution of Portugal there are explicit provisions on the revival (reincarnation) of the legal norms which have been amended by provisions proclaimed to be unconstitutional. In 1940 H. Kelsen has explained this solution of the constitution with one of the basic arguments being that it helps to avoid the situation where proclamation of unconstitutionality would lead to lacunae or vacuum in the legislation, H. Kelsen, *Judicial Review of the Legislation*, *Journal of Politics*, N 4, 1942, 183.

liberal constitutionalism has condemned retroactivity as instrument which undermines social contract, justice, certainty of law and legitimacy of the legal order.⁴¹

In principle *ex nunc* effect of the constitutional court's decisions proclaiming unconstitutionality of certain parliamentary statute as a whole or some of its provisions is consonant to the certainty of the legal system and rule of law since it establishes the presumption that until a law is declared contrary to the constitution it is constitutional and should be enforced. However, there are cases when a law that has been declared repugnant to the constitution has seriously affected basic human rights and other democratic values of the constitution. In these circumstances the presumption of constitutionality and impossibility of declaring the law unconstitutional *ab initio* with *ex tunc* constitutional court's decision undermines the rule of law. Things can get even worse if the parliamentary statute which was declared unconstitutional had retroactive effect itself.

There was discussion in the academia about the temporal effect of the interpretative decisions of the constitutional court under art.149, par. 1, 1. H.Kelsen, *Judicial Review of the Legislation*, Journal of Politics, N 4, 1942, 183; of 1991 Constitution of Republic of Bulgaria. According to the classic theory of legal interpretation the act of interpretation does not have any legal validity if separated from the act that it has to interpret. It seems that following this constellation the interpretative decisions of the constitutional court should have *ex tunc* effect.⁴² After a robust debate in the academia the constitutional court has accepted the position that all of its decisions including those on constitutional interpretation have prospective effect.

Concluding Remarks

I. Conclusion that Constitutional courts as positive/negative or *v.v.* legislators should be treated as a second hand or the younger child in the family of legislators

⁴¹ One of the most eloquent statements on retroactivity of law belongs to B.Constant. In his words "Retroaction is the most evil assault which the law can commit. It means tearing up of the social contract, and the destruction of the conditions on the basis of which society enjoys the rights to demand the individual's obedience, because it deprives him of the guarantees of which society assured him and which were the compensation for the sacrifice which his obedience entailed. Retroaction deprives the law of its real character. A retroactive law is not law at all." B. Constant, *Moniteur*. June 1, 1828, 755; Within the natural law theories retroaction was considered a just cause for civil disobedience or murdering of tyrants. "Retroactive laws, that are *ex post facto* law legislation depriving man of life and liberty, violate the principle of the law's neutrality. They are thus illegitimate, and resistance to them is legitimate" F. Neumann, *The Democratic and Authoritarian State*, New York, 1957, 158.

⁴² The opposite conclusion should mean that before the court pronounced its decision the provision of the constitution had one meaning and from the moment of the constitutional court's decision it has acquired another one. If this is the case it would lead to no other explanation than that – the Constitutional court has overstepped its powers and has amended the Constitution by acting like an agent of constituent power.

within the nation state is wrong. In other separation of powers areas they might play much more decisive role than the parliament or the executive. This is so because only a part of the constitutional court powers are related to the parliamentary legislation while others are pure special, last instance court jurisdictional matters pronouncing final and irreversible judgements that cannot be appealed. Besides all of the powers of the court including legislative one cannot be performed ex officio but only if initiated in the form of legal complaint on a juridical conflict by someone of the authorized subjects to seize the court.

Constitutional courts decisions adjudicating constitutionality of political parties, legality of election results, cancellation of elections or mandates, resolving conflict of competences and ruling on impeachment or criminal trial for highest state officials have nothing to do with the legislative function. In these jurisdictional matters the court enjoys monopoly status adjudication and no part of it has noting this kind of power is shared with any other agents of legislative or executive power.

II. Negative – legislator position of the constitutional court is present in the following powers of the constitutional jurisdiction.

1. The role of Constitutional Courts interfering with the Constituent power, enacting constitutional rules and mutating the Constitution;

2. The role of Constitutional Courts interfering with parliamentary legislation and playing the role of assistants to the Legislator, complementing statutes, adding to them new provisions and determining the temporal effects of legislation;

3. The role of Constitutional Courts interfering with absence of legislation due to legislative omissions acting sometimes as provisional legislators;

4. The Constitutional courts role as Legislators on Matters of Judicial Review;

5. The Constitutional courts role in providing interpretative decisions on the Constitutional text in case if different understanding of constitutional provisions exist contradictions and obscurities exist in the text;

6. The Constitutional courts role in resurrecting producing reincarnation of the older regulation which preceded the provisions annulled by the court as unconstitutional;

7. The Constitutional courts role in determining temporal action and consequences of statutory provisions declared to be unconstitutional.

III. The important differences between the legislative roles of Parliaments and Constitutional Courts which should be emphasized

The negative legislators position is clearly different from the parliamentary legislative role. When the Constitutional court plays the role of positive legislator it is also different from the positive legislation which is the main competence of the parliaments. While positive law making is always on the parliament initiative, the positive legislator function of the court has consequent effect on the legal borders of parliamentary political will which forms the statutory content.

The parliamentarians are free autonomously in picking the subject matter of the statutory provisions observing the constitutional limitations. The Constitutional courts cannot exercise their positive /negative legislators role ex officio. While the parliamen-

tary legislation might be influenced by politics and partisan purposes electoral campaign issues while the constitutional court intervention in deciding cases should result only in the interest of supremacy of constitution and protection of fundamental human rights.

IV. When the Constitutional court is not seized it also exerts an impact on the legislator for the very existence of constitutional review is a potential threat to the legislator to observe the constitutional limitations in order to avoid nullification of statutory provisions. In this way the possibility of seizing constitutional court has preventive indirect effect on the legislators will content.

V. Negative vesus or and Positive legislator is a false dilemma. In fact many combinations and degrees might be present in every single case in the negative positive dualism of the constitutional courts role in the legislation if H. Kelsen legislation currencies conversion is further developed and taken to its logical consequences. Most often the hypothesis of direct negative legislator goes hand in hand simultaneous and not as an alternative to the indirect positive legislator in the courts decisions.

This leads to direct positive legislation function of parliament which has the implicit indirect negative legislation of legislature.

If the two pairs of legislative roles of courts and parliaments are compared we can conclude that it would be fair to speak about reverse relationship of parliaments and constitutional courts positive versus negative legislation and not about false dilemma of contraposition of negative to positive legislator or v.v.

Many Faces of Constitutional Review in Contemporary Constitutional Pluralism Or Constitutional Review Beyond Constitutional Orthodoxy

Without contesting all of the constitutional orthodoxy virtues we have to admit that it requires adherence to the wisdom of our ancestors famous fallacy and old maxim that there is nothing new under the sun.⁴³ In this context there are only national constitutions and national constitutional courts or bodies of equivalent jurisdiction performing constitutional review. International and Supranational legal orders belong to completely other legal realm where words constitution or constitutional neither govern and nor are even part of the legal to international and supranational worlds of law.

Revisiting judicial constitutional review provides a perfect opportunity to diagnose and acknowledge changes the changes resulting from the evolution of judicial review in Europe. Certainly there are many new modalities in the constitutional review template today. From all of the innovations I would concentrate on one to conclude this report.

⁴³ See J. Bentham, *The Handbook of Political Fallacies*, New York, 1962, 43-54.

How constitutional review has been shaped by contemporary constitutional pluralism and how the constitutional review itself took and takes part in the process of shaping multilevel constitutionalism in Europe?

One of the most fascinating developments in the area of constitutional law has been the process of new constitutional orders⁴⁴ emerging through gradual low intensity constitutionalization of international and supranational law primacy principle in Europe during the last decades. The direct impact and consequence for constitutional review in the context of multilevel constitutionalism has been that the constitutional review has combined the classic safeguarding of constitutional supremacy function with the courts assumption of guarantors role of international and supranational law primacy. Constitutional pluralism has opened the necessity of ordering the mutual co-existence of various constitutional orders through courts deciding on collisions between orders.

One way of approaching these new phenomena would be through the magnifying glass ignoring the changes. Leaving constitutional orthodoxy aside the other way would be to observe the transformation of the nation unitary state monolevel or multilevel federal constitutionalism through new lenses and refrain from automatic transplants by simple analogies the statal features to the multilevel constitutionalism. Another very successful approach is to treat contemporary constitutional pluralism in the area of the EU integration in the context of integrative and evolutionary federalism concerning allocation distribution and performance of constitutional powers.⁴⁵ Accepting the premise that European legal space consists of state and non state constitutional orders for the last quarter of a century starting with the 90-ies of the 20th century Europe has entered a new stage in constitutional development marked by coexistence and mutual relationship between multiple constitutional orders – national, international and supranational layers of legal regulation. It is only national constitutions that form the full fledged constitutional order so far while the international and supranational represent constitutional orders in the making and they are neither replica to the national layer in means of their structure and function have not such finished neither. Consequently various bodies of constitutional review emerge to protect the constitutional orders and act in general in autonomous way but exerting jurisprudential and logistic influence on each other. However, the international and supranational legal orders do not have a statal character. Within every legal order a hierarchic built system of legal sources exists and is maintained by a special body of constitutional review whether a special constitutional court or an institution with equivalent jurisdiction. Simultaneously though the consisting legal orders are hierarchically built themselves they do not hermetically exist and function fully independent in autarchy like polities in the antiquity. Within the whole European legal space consisting of hierarchically organized na-

⁴⁴ R. Arnold, National and Supranational Constitutionalism in Europe, *New Millenium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges*, G. G. Hatyunyan ed., Yerevan 2013, 121-138.

⁴⁵ K. Lenaerts, Constitutionalism and Many Faces of Federalism, *American Journal of Comparative Law*, vol 38, N. 2, Spring, 1990, 205-263, <http://www.jstor.org/stable/840100>

tional, international and supranational legal orders, no clear cut Kelsenian nation state normative hierarchy exists. The conflicts which stand on the way of legal enforcement are to be avoided through the different legal techniques by the legislators drafting provisions on different levels.⁴⁶ In this line of legal conflict resolution the courts stand as final and ultimate umpire to enforce the rule of law and with finding the norms to prevail and to decide the residual juridical collisions. The process might be compared to the multilevel statal governance and multiple legal orders in federations and confederations. But it's a well known fact that even in federations federal courts do not replace neither stand in a tier relationship with the states judiciary, but both of them function within their own jurisdictions.

Democratic constitutional principles and especially rule of law forming the European constitutional heritage, constitute the foundation of multilevel constitutionalism and exclude chaos between heterarchical but not autarchical legal orders. This complicated system of constitutional orders is not a chaos but is built on functional interrelationship where the constituting legal orders are not in straightforward neither in a reverse mutual dependence.

Contemporary constitutional pluralism in Europe approaches contradictions with a whole range of logistical techniques brought by the instruments of national, federal, comparative, international and supranational methods. Comparativism brings harmonization, unification, reception, legal transplant devices. Internationalism – implementation of international instruments by dualism through adoption of the special provision in the national law or monistic ratification of hard law and influence by soft law standards. In supranationalism the EU “member states”, according to H. McMillan's wording, pool their sovereignties in order to gain strength in managing globalism challenges that a single country cannot successfully resolve.⁴⁷ Within supranational legal method adapting constitutions to the primary treaty law, completing and maintaining *acquis communautaire* and uniformity of EU law are the basics to the integration through law. ECJ performing constitutional review ensures the that the law should be enforced and through its jurisprudence, including especially preliminary rulings procedure⁴⁸, protects the EU unwritten constitution.⁴⁹

⁴⁶ K. Lenaerts. Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 4 (Oct., 2003), pp. 873-906.

⁴⁷ Pooling sovereignty means, in practice, that the member states delegate some of their decision-making powers to shared institutions they have created, so that decisions on specific matters of joint interest can be made democratically at European level. www.europa.eu.int/institutions/index_en.htm

⁴⁸ K. Lenaerts, *The Unity of European Law and the Overload of the ECJ – The System of Preliminary Rulings Revisited*, www.ecln.net/elements/berlin2005/lenaerts.pdf

The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Constitutional Courts, *German Law Journal* Vol. 16 No. 06 P. 1317-1796 1 December 2015 www.germanlawjournal.com

Another original method proposed by M. Maduro, N. Walker and others is known as contrapunctualism in the area of law.⁵⁰ Coming from the art of musical composition it is the technique of making a harmony between different tunes sounding simultaneously. It is important to emphasize that in order not to reach disharmony they should be composed in a common key. Democratic constitutional and legal principles of European constitutional heritage perform the role of the common musical key to protect the balance and harmonious performance in multilevel constitutionalism.

Critics might object by bringing one of the oldest arguments against innovation – there is nothing new under the sun.

Even in a unitary state multilevel constitutional justice takes shape of infranational multilevel constitutional review which might include ordinary district lowest court seizing the constitutional court but not deciding a constitutional case instead of the constitutional court.

Countries that make up the EU (its “member states”) pool their sovereignty in order to gain strength and world influence none of them could have on its own. *Pooling sovereignty means, in practice, that the member states delegate some of their decision-making powers to shared institutions they have created, so that decisions on specific matters of joint interest can be made democratically at European level.*”

How are the different courts – national, international and supranational courts performing constitutional review or similar function related to each other? They are not in a hierarchical or tier relationship out of their legal or constitutional order. At present the European legal space consists as it has already been mentioned of different although separate homogenic, hierarchical within each one layers without a hierarchy between themselves. On the whole however it is not hierarchical on one side and autarchical on the other as mechanic unity structured of fully independent legal levels. Hierarchy within constitutional orders but not between and exclusion of full independ-

A. Корнезов, Преюдициалното запитване до Съда на Европейския съюз, София, 2. изд., 2012.

⁴⁹ These undoubted characteristics of the European law are formulated by the Court as early as the beginning of the 60s, N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos, v. Netherlands Fiscal Administration; Case 26/62; Costa v. ENEL; Case 6/ 64. See in a detail E. Stein, Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution, American Journal of International Law, vol.75, January 1975, N 1, 1-27; P. Pescatore, The Doctrine of Direct Effect, European Law Review, 8, 1983, 155-157 ; J. Weiler, The Community System: the Dual Character of Supranationalism, Yearbook of European Law 1, 1981; A. Easson, Legal Approaches to European Integration in Constitutional Law of the European Union, F. Snyder, EUI, Florence, 1994-1995.

⁵⁰ M. Maduro offered three pillar constructs of constitutions in a national and global context. M. Maduro, From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance, Lead Paper to the Workshop Changing Patterns of Rights Politics: A Challenge to a Stateness?, Hamnse Institute for Advanced Studies, Delmenhorst, Germany, June, 2003, 9-12; Miguel Poiarés Maduro Three Claims of Constitutional Pluralism, <https://www.wzb.eu/.../miguelmadurothreeclaimsofconstitution>

ence and autarchy between them. An interesting metaphor was applied by A. Voskuhle and R. Jaeger. Instead of the Egyptian pyramid which mirrors Kelsenian or Hartian positivistic hierarchy of law an image of mobile has been brought to describe the relationship between national and supranational courts performing constitutional review.⁵¹

The most original metaphor explaining the role of the courts belonging to different European legal orders so far has been brought by A. Voskuhle. He labeled the functioning and interrelationship between the courts belonging to different legal orders in Europe Bermuda triangle of human rights. Of course this is the Bermuda triangle where abrogations of human rights and not human rights themselves should disappear.⁵² Prime function of the national constitutional courts or bodies of equivalent jurisdiction has been to protect the supremacy of the constitution and to enforce international and supranational law primacy. European Court of Human Rights prime function like constitutional review was to monitor uphold compliance to the European convention of Human rights. In this area the court performs a review of contradictions and breaches of human rights on the side of governments of the member states without breaking national sovereignty. Once created and reaffirmed mostly like economic court protecting the 4 freedoms as the pillars of integration ECJ gradually has acquired functions common to the constitutional courts in transnational context. ECJ has assumed the role of constitutional court of the European legal order in the annulment proceedings under art. 263 TFEU performing review of legality of the EU legislative acts and their compliance to the founding treaties as primary EU law. ECJ is assuming the role of a constitutional court in the procedure of preliminary rulings on the validity of EU law under art. 267 b TFEU raised by the national courts. However, the most instrumental weapon to the development of ECJ constitutional court functions has been the preliminary ruling procedure for interpretation of EU law raised by the member state national courts. Here ECJ affirmed the constructive intercourse with the national judiciary concerning the enforcement of the EU law. The application of the EU law and its interaction with the national law has become two way street and not hierarchical relationship where the ECJ could simply discard and rule instead of domestic law including the constitutional provision of a member state.⁵³

Under these premises how would judicial activism versus judicial restraint dilemma take shape within the interrelationship between the courts belonging to the different constitutional orders in Europe ?

⁵¹ “Mobile stands for kinetic sculpture which consists of ensemble of balanced parts that can move but are connected by strings or wire “ see Prof. Dr. A. Voskuhle, Pyramid or Mobile ? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts, 36-40, http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_ENG.pdf

⁵² A. Voskuhle, Protection of Human Rights in the European Union. Multilevel Cooperation on Human Rights between the European Constitutional Courts, Our Common Future Hannover/Essen, 2-6 November 2010, www.ourcommonfuture.de

⁵³ See G. Itzcovich, The European Court of Justice as a Constitutional Court. Legal Reasoning in Comparative Perspective, Stals Research Paper, 2014,4, p. 6-9 <http://stals.sssup.it>

Due to the current shape of political Union in the EU radical and even moderate ECJ activism has been the indispensable vehicle to speed up or to break the gridlocks on the way of further development of the European integration. The Court did not hesitate to act in the areas where other EU institutions were stuck q necessary majorities or consensus was lacking or beyond to be achieved, to find legal solution to the crisis or to find on the basis of enforcement and prevalence of EU law a compromise to avoid further ramifications and aggravation of conflicts.

The complicated discursive nature of interaction between ECJ and the National constitutional courts of the EU member states does not bring to the establishment of a clearcut straight or reverse dependence within the multilevel system of constitutional review. In other words ECJ activism does not result in activism of the national constitutional courts and v.v. activism of the some national courts does not bring to the activism of ECJ. The activism versus restraint dichotomy are performed against other branches of power within the relevant constitutional orders. Hence there should not be straight forward direct or reverse impact on the judicial systems of constitutional review between different orders which has been caused by a constitutional review jurisprudence from another layer in the multilevel governance. Activism of the national constitutional courts should be mirrored, measured and magnified in their relationship with the respective branches of power in the same legal order to which the courts belong. Neither activism of supranational court nor activism of national courts should trigger a competition to conquer new areas of jurisprudence at the expense or in parallel with the all participant bodies in the multilevel constitutional review in Europe. Diplomacy in multilevel system of constitutional review in Europe as non hierarchical and non belligerent relationship attempts to work out compromises and in dialogue to avoid the clashes in the jurisprudence between the various constitutional orders.

One last notion deserves special attention. It seems not correct to treat the activism in constitutional review whether within each of the constitutional orders or in between the in the whole European legal space as a homogenous phenomenon. Every court might be activist in one of the spheres and be restrained in the other areas. If this is true for constitutional monism it would be even easier to be performed by different agents of constitutional review in in multilevel constitutional orders context.

⁵⁴ This might be the point where I have to stop and give the floor to other colleagues from which wisdom I learned a lot. They should take further the discourse. In the multilevel constitutionalism in Europe international and supranational constitutional review where the union of courts performing constitutional review a has embraced horizontal with vertical constitutional review.

⁵⁴ Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund

Andreas Voßkuhle, *European Constitutional Law Review* 6, 2010, 175 -198, [http:// journals.cambridge.org](http://journals.cambridge.org)

Ключови думи

*Следствен
експеримент,
автотранспортни
престъпления*

Key words

*Investigation Experiment,
Motor Transport Offenses*

Prof. Evgenia Kotseva, Ph. D.

**Conducting an Investigation
Experiment in the Inquiry
of Motor Transport Offenses**

**Prof. Evgenia
Kotseva, Ph. D.**

*Member of
the Law Department of
New Bulgarian University,
e-mail: ekotseva@nbu.bg*

*Professor
of Criminal Law
at the Law Department
of NBU*

*Areas of
specialization:
Criminal Studies,
Criminology*

*Author of
monographs and articles in
professional periodicals in
Bulgaria and abroad*

In the process of inquiry of motor transport offenses the investigation experiment is most often carried out in order to determine the possibility of perceiving specific facts and circumstances in the presence of specific conditions by the accused, the injured person or by witnesses.

The investigation experiment can be used to determine whether it had been possible for the injured person to percept the sound signal or the light signal of the vehicle from a certain place and under certain conditions; moreover it can be used to determine whether there had been a possibility for the driver to stop the vehicle; the current technical status of the vehicle and the creation of traces can be determined as well.

проф. д-р Евгения Коцева

Извършване на следствен експеримент при разследване на автотранспортни престъпления

При разследване на автотранспортните престъпления следственият експеримент се извършва най-често за установяване на възможността за възприемане на определени факти и обстоятелства при определени условия от обвиняемия, пострадалия или от свидетели очевидци.

Чрез следствения експеримент може да се установи възможно ли е било пострадалия да възприеме звуковия или светлинния сигнал на моторно превозно средство (наричано по-нататък „МПС“) от определено място при определени условия; водачът да спре колата при определени условия; техническото състояние на МПС; как са се образували следите и т. н.

За изясняване на някои фактически обстоятелства може да се проведе следствен експеримент. Изследванията на практика показват обаче, че това следствено действие по-рядко се назначава при разследване на автотранспортни престъпления, въпреки голямото значение, което има.

Следственият експеримент се изразява в извършване на опитни действия за установяване възможността или невъзможността за настъпване на определени явления, проверка и уточняване на определени обстоятелства и изясняване на данни, които са от значение за разследването.

Следственият експеримент се извършва предимно от органите на досъдебното разследване. Посочени са още основанията и редът за извършването му, процесуалните права и задължения на лицата, които участват в него.

При разследване на автотранспортни престъпления в зависимост от целите, той може да се проведе непосредствено и след огледа на местопроизшествието. Това обаче съвсем не означава, че следственият експеримент може да се извърши в рамките на огледа, както смятат някои автори. На практика често се допуска смесване на следствения експеримент с едно друго следствено действие – разпита. Съществуват обаче много различия между посочените следствени действия, не само процесуални, но и в предметното им съдържание. В този смисъл следственият експеримент е различен от разпита.

веният експеримент се индивидуализира с това, че фактически в неговото съдържание доминиращи са **опитните действия**, регламентирани по НПК.

По време на следствения експеримент могат да бъдат решени две задачи: проверка на наличните доказателствени материали и събиране на нови по делото. Ние поддържаме това становище, защото то произтича обективно от познавателния характер на досъдебното разследване и от същността на разглежданото действие, поради което посочените задачи се проявяват динамично в диалектическа връзка и обусловеност и в зависимост от етапа на предварителното разследване имат различно значение¹.

При автотранспортните престъпления специфичният характер на поставените задачи изисква провеждане на следствен експеримент, насочен към:

– Възстановяване (реконструкция) на обстановката на този вид експеримент се отнася напр. възпроизвеждане показанията на водач, свидетелите-очевидци² и др., за това как точно то е възникнало, как е протекло, къде и какви следи са оставени и т. н.,

– Изследване действията на участниците в автотранспортното престъпление. Към този вид експеримент се отнася установяване възможностите за наблюдение, възприемане на определен обект, явление, изпълнение на едно или друго действие (например преминаване на определен участък от пътя за дадено време) или технически операции с моторното превозно средство, участвало в автотранспортното престъпление и т. н. и

– Проверка на данните относно техническото състояние на МПС, характеристика на пътните условия. Към този вид експеримент се отнася напр. установяване възможността за отваряне вратите на автомобила по време на движение, определяне коефициента на сцепление на гумите с пътя, установяване какви са техническите възможности на МПС и т. н.

¹ Цеков Ц., Организация на разследването на престъпленията, С., 1976 г., с. 115.

² Така напр. (сл. дело № XXX – гр. София). С цел проверка и уточнение на данните, получени при разпита по делото е бил извършен следствен експеримент, за да се установи при движение на лек автомобил на дълги светлини от какво разстояние може да се възприеме пешеходец, преминаващ по линията на удара според направената скица на автотранспортното престъпление. При извършване на експеримента водачът на МПС е посочил линията на пресичане на пешеходеца, която съвпада с посочената в скицата, като същият е останал неподвижен в края и левия тротоар (посоката на движение на автомобила). След това автомобилът е бил отдалечен от линията на пресичане на пешеходеца на около 350 м. В него са се намирали поемните лица и експерта. Когато в участъка е останал само лекият автомобил ВАЗ № ХХХХ, който е бил приведен в движение и на минимална скорост се е движел на дълги светлини в средата на дясната лента в този момент поемните лица са възприели фигурата на пресичащия пешеходец. Веднага след това автомобилът е бил спрял, като е било отбелязано точно мястото, откъдето са го възприели. След това с помощта на рулетка е било измерено разстоянието от линията на пресичане на пешеходеца до мястото, откъдето са го възприели, като се е установило, че това разстояние е равно на 94 м. и 70 см.

От гледна точка на връзката му с автотехническата експертиза следственият експеримент може да реши следните задачи:

- Установяване разстоянието на видимостта на препятствието за движение, на светлинните сигнали и другите знаци, регулиращи пътното движение от мястото на водача на МПС,
- Установяване на характера и параметрите на движението на автомобила и на препятствието на движението и
- Установяване факта на заслепяване.

Посочените видове често се обединяват. Така например при определяне в тъмно време на денонощието (нощ, здрач) на разстоянието на видимостта на препятствието от мястото на водача на МПС може същевременно да бъде установен и фактът на заслепяването.

Успехът на следващия експеримент зависи много от неговата подготовка. Тя обхваща:

- Проучване на наличните материали по делото и на тази основа определяне задачите (целите) на следствения експеримент,
- Набелязване на опитите, техния брой, поредност,
- Набелязване мерки относно реконструкция на мястото на произшествието с цел създаване максимално сходни условия до тези, при които е станало автотранспортното престъпление,
- Определяне на времето, мястото на извършване,
- Подсигуряване на поемни лица, специалист-технически помощник или експерт-автотехник, свидетели-очевидци (пострадали, обвиняеми и др.),
- Вземане необходимите мерки за подсигуряване безопасността на участващите в експеримента лица и
- Осигуряване на най-необходимите технически средства и материали, уреди и др. за неговото провеждане.

Проучване на **материалите по делото** е от особено значение. Те дават възможност да се определи кръга от фактически обстоятелства, които трябва да бъдат установени, проверени и уточнени по време на експеримента. На практика това означава:

- Проверка на техническото състояние на МПС, отделните системи, уреди, механизми (например да се установи конкретното състояние на спирачната и кормилната системи),
- Определяне дължината на спирачния път при дадена скорост на МПС; условията при които е станало автотранспортното престъпление,
- Проверка възможността за извършване на някои маневри – завои, заден ход и др. с цел да се избегне произшествието,
- Възможностите на водачи на МПС да забележат препятствието, респ. пешеходец или някой друг обект от мястото на кабината на автомобила³,

³ Така например (сл. дело № XXX – гр. Сливен) скоростта на движение на пострадалата първоначално е била определена единствено от показания на свидетеля, който се е

- Проверка на зрителните възприятия на свидетел-очевидец (напр. дали от определено място, което той е посочил в своите показания е бил в състояние добре да наблюдава събитието,
- За какво време пешеходецът изминава дадено разстояние при определена скорост,
- За какъв интервал от време при определена скорост се движи МПС на определено разстояние,
- Каква е била зоната на видимост зад автомобила,
- Проверка факта на заслепяване,
- Каква е била видимостта пред автомобила при включени светлини при близко разстояние и
- Проверка на отделни детайли на пътната обстановка с оглед въздействието, което биха могли да окажат при движението на МПС и т. н.

При набелязване на опитните действия, които трябва да се извършат, винаги да се има предвид основното тактическо изискване – да се извършат многократно при системно изменящи се условия. Опитите трябва да се повтарят един или повече пъти със съответно изменение с цел да се провери влиянието на това изменение върху резултатите от отделните опити, респ. да се провери достоверността на тези резултати, както и с цел да се избегне влиянието на случайни външни фактори върху обективността на получените резултати.

При автотранспортните престъпления на практика това означава опитните действия да се извършват при същия режим на движение на МПС, който е бил по време на произшествието; по същото време и на същото място (при същата скорост, с която се е движел непосредствено преди произшествието). Всички опити трябва да се извършат по възможност със същото транспортно средство, участник в автотранспортното престъпление, но задължително условие е то да бъде технически изправно. Това предполага предварителна проверка преди започване на опитните действия от страна на специалиста-технически помощник или експерта-автотехник, участващи в групата.

Пълно възпроизвеждане на фактическите обстоятелства, свързани с извършеното автотранспортно престъпление обаче не е възможно, тъй като това противоречи на закона за тъждеството. Затова стремежът е към постигане на едно мак-

движел непосредствено след нея. Назначената автотехническа експертиза е приела, че пострадалата се е движела с бърз ход, като въпросното разстояние от 2 м. е било изминато за 1.18. При възникналия въпрос за възможността на водача да види пострадалата на фарове с включени светлини за близко разстояние, след проведения оглед е бил извършен следствен експеримент, посредством който се е установило, че те са светели съобразно изискванията на ППЗДП – т. е. на 40 метра. По отношение на ширината на светлинния сноп също е провеждан следствен експеримент за измерването му, като е било установено, че на този вид автомобил, „Жигули-комби“, фаровете са били правилно регулирани и на тях се е виждало на разстояние 3 метра вляво от лявата страна на автомобила. При това положение е било установено, че водачът на МПС е имал възможността да види пешеходците на ширината на светлинния сноп.

симално сходство на експериментиранияте и истинските действия. В голяма степен това сходство се обуславя и от факторите **време и място** на провеждане на следствения експеримент. За автотранспортните престъпления конкретно те са от голямо значение. Така под **време** следва да се разбира същото време от денонощието, астрономическите и атмосферни условия, максимално сходни до тези, при които е станало произшествието. Това предполага в случаите, когато се налага, разследващият орган да направи съответната метеорологическа справка в съответната мет. станция за времето, когато е станало автотранспортното престъпление и след това, съобразявайки се с това положение, да насочи провеждането на следствения експеримент.

Провеждането на следствения експеримент изисква то да се осъществи по възможност и на същото **място**, където е станало произшествието. То има значение и най-вече с оглед отчитане на някои характерни особености, свързани с пътната обстановка. Ето защо още преди да започне провеждането на следствения експеримент разследващият орган трябва да огледа предварително най-обстойно участъка от пътното платно, където е станало автотранспортното престъпление, да се осведоми за регулирането на движението по този участък. В повечето случаи тактически е целесъобразно докато трае провеждането на следствения експеримент, да се отбие движението на други превозни средства по този участък от пътя.

При провеждане на следствения експеримент, както вече бе отбелязано още по време на подготовката, трябва точно да се определят лицата, които ще вземат участие в него.

Определянето на участниците в следствения експеримент е съобразено с установените в НПК процесуални предпоставки. Задължително е участието на поемни лица, които трябва да бъдат най-малко две. При автотранспортните престъпления особено важно място заема участието на експерти – автотехник и специалист-технически помощник. Това произтича от необходимостта да бъде оказана ефективна помощ при провеждане на следствения експеримент, още повече, че както е известно по тези дела особено за автотехническата експертиза в качеството на изходни данни много често служат именно резултатите от проведения следствен експеримент. Основната задача на тези лица е да участват активно в следствения експеримент, при реконструкцията на обстановката, в извършването на опитните действия, вземане на съответни мерки за тяхното обезопасяване. Консултациите със специалиста-технически помощник имат голямо значение и при фиксацията и оценката на резултатите, особено когато се има предвид факта, че при автотранспортните престъпления се налага да се употребяват много специални технически термини. И ако участието на експерта-автотехник е изключително необходимо по тези дела, защото неговата дейност е тясно свързана със задачите на автотехническата експертиза, които трябва той да реши по-късно в процеса на нейното извършване, то дейността на специалиста-технически помощник, независимо че се изразява основно в определена техническа дейност, в повечето случаи е абсолютно необходима. Разбира се, това се решава главно от разследващия орган, в чиито задължения влиза и непосредственото ръководство на тази дейност.

Поначало, лицата, които участват в опитните действия (обвиняеми, свидетели-очевидци) трябва да бъдат уведомени за **целите** на експеримента. Когато обвиняемият участва, неговите действия задължително се проверяват, защото не трябва да се изключва неговата заинтересованост от изхода на делото. Той не може да бъде заставен да участва, когато резултатите от експеримента явно го уличават в престъпление. Това, както е известно, противоречи на началото за осигуряване на обвиняемия правото на защита.

Също така не трябва да се пренебрегва и факта, че между свидетелите, пострадалите, може да има заинтересовани лица, които със своите действия да се опитат да окажат негативно влияние върху резултатите от следствения експеримент. Това също трябва внимателно да се прецени и въпреки че в повечето случаи тяхното участие е много съществено, ако се реши, че подобно подведение ще рефлектира върху крайния резултат, експериментът може да не се проведе.

В случаите, когато съществува сериозна опасност за живота и здравето на участващите лица, вместо тях може да се използват манекени. Известно е от следствената практика при разследването на автотранспортни престъпления, че поначало човек в следствения експеримент участва само при условие, че не се намира на пътното платно и МПС не се налага да се движи по това платно.

Участници в следствения експеримент могат да бъдат още и защитникът на обвиняемия, оперативно-издирвателни органи, които в процесуалния смисъл не са участници, но в случаи на нужда активно подпомагат дейността на разследващия орган при подготовката и извършването на следствения експеримент.

С оглед спецификата на автотранспортните престъпления трябва да бъдат подсигурени и съответните **технически средства**, уреди със специално предназначение и др.

На първо място това, което има значение специално при следствения експеримент е МПС, което участва при неговото провеждане и трябва да бъде в пълна техническа изправност. Предварително, още преди извършването на експеримента, това се проверява от специалист-технически помощник. Друго условие – това е съобразената скорост на движение. Тя трябва да бъде същата, каквато е била и по време на произшествието, но при условие, че не представлява опасност за живота и здравето на участващите лица. Най-типичните технически средства, които намират приложение при следствения експеримент (при огледа също) това са: спидометъра (уред за измерване скоростта на моторното превозно средство), акселерометър и деселерометър (за измерване на ускорението и закъснението), луфтомер (хлабинометър) – за измерване на хлабини, свободен ход на педалите, кормилния кръг, манометър (за гумите), секундометър, уред за фаровете и т.н.

Непосредствено преди започване на следствения експеримент разследващият орган трябва още веднъж много внимателно да проучи протоколите от проведените разпити на обвиняемия (водача на МПС), свидетелските показания, показанията на пострадалия (пострадалите) и то главно в онези пунктове, които фактически трябва да бъдат изяснени при провеждането на експеримента. При положение, че се появяват неизяснени моменти следственият експеримент следва да се отложи и ако е необходимо да се проведе повторен разпит или очна ставка, консултации със специалисти и др.

Следственият експеримент се **планира**, както основателно се подчертава⁴ за установяване на обективната възможност за съществуването на определени обстоятелства, факти, процеси и явления, които имат връзка с разследваното престъпление, за уточняване и проверка на възможността за възприемане (зрително, слухово, осезателно) на определени обекти, факти или събития, процеси или явления, респ. за извършването на някои действия при определени условия.

Участващите лица трябва да бъдат запознати с плана на експеримента, но само в онези пунктове, които се отнасят до техни предстоящи действия и за целите на следствения експеримент, не и за местонахождението на самото препятствие.

В хода на експеримента се извършват многократно, многоетапно опити, при същите максимално сходни условия, същия темп, които са били по време на извършване на автотранспортното престъпление. Многократността с опитните действия е необходима с оглед постигане по-голяма достоверност на резултатите от провеждания следствен експеримент. На практика се осъществяват поне три опита, но, разбира се, в някои случаи са възможни и повече. Това зависи от целите и конкретните условия, при които се провеждат. При провеждане на опитните действия от голямо значение е и определянето на необходимите връзки между разследващия орган и участниците в следствения експеримент. При по-сложна обстановка трябва да се използват някои технически средства, като например радиовръзка, светлинни сигнали и пр.

При разследване на автотранспортните престъпления най-често се провеждат следствени експерименти относно:

- установяване факта на заслепяване на водача на МПС,
- скоростта на движение на МПС по време на произшествието,
- времето (темпа) на движение на пешеходеца (пострадалия),
- извършване на някои маневри при определени условия и
- видимостта от мястото на водача на МПС до съответните обекти, респ. зоната на видимост зад автомобила и т. н.

Експериментите за установяване разстоянието на видимостта на препятствието, на светлинните сигнали и др. знаци, регулиращи пътното движение от мястото на водача на МПС могат да бъдат извършени като **статични** (етапно от определени точки) и **динамични** (при движение на МПС). Изборът на способа зависи от достоверността на наличните изходни данни, от условията при провеждането на експерименталните опити и др. обстоятелства по делото.

На практика статичният способ се прилага обикновено в случаите, когато е невъзможен експеримент при движение на МПС, доколкото спазването именно на тази скорост, с която се е движело то по време на произшествието обезпечава максимално сходство между експерименталните и действителните действия и условия.

Динамичният (същинският) експеримент може да се проведе например, когато МПС е блъснало движещ се по пътното платно пешеходец. Тогава се опреде-

⁴ Цеков, Ц. Планиране на предварителното разследване и на съдебното следствие, С., 1985 г., с. 117.

ля точно мястото, по което се е движел пешеходецът като обективно той се заменя с подходящ манекен (кукла) на самото място, където е станало сблъскването. МПС следва да се движи в пределите на установеното платно с онази скорост, с която се е движело по време на автотранспортното престъпление при условие, че не се използват спирачки. По време на това движение експериментиращият обозначава мястото, от което е могъл да бъде видян пешеходеца и по пътя на измерването установява разстоянието на видимост.

За решаване въпроса относно възможността на преминаване на МПС напр. през определен участък от пътя за определено време или с определена скорост, експериментите трябва да се провеждат в зоната на местопроизшествието по същото време на денонощието, когато то е станало, тъй като и интензивността на движението влияе върху времето и скоростта на конкретното транспортно средство. Такива опити трябва да се проведат най-малко три пъти, при това е необходимо непременно да се изясни доколко получените резултати се различават един от друг и необходимо ли е да се провеждат други опити.

Експеримент може да се извърши и за определяне процеса на спиране на МПС, респ. на забавянето му. В тази връзка трябва предварително да се огледа мястото на произшествието и изяснят пътните условия, да се провери техническото състояние на МПС, особено спирачната система. Самото забавяне на автомобила на мястото на произшествието се установява при наличие на хлъзгаво пътно покритие с помощта на деселерограф.

Резултатите от следствения експеримент трябва да бъдат процесуално оформени. За тази цел по време на извършване на отделните опити те трябва да бъдат зафиксирани графически чрез изготвяне на скици и планове, фотографически, чрез кино или видео-запис и преди всичко в протокол за следствен експеримент.

Протоколът се съставя в хода на следствения експеримент. В него се отразява целият процес на провеждането му, опитите, техният брой, последователност, условията и обстановката, при които са проведени. Протоколът се състои от три части. В първата (уводната) част се посочват: по кое дело, на коя дата, час, времето и мястото на провеждането, основанията, обстоятелствата, които следва да се проверят, условията, при които ще се извърши експеримента, лицата, които ще вземат участие.

В описателната (обстоятелствената) част на протокола се посочват данни относно обстановката и условията, при които е проведен следственият експеримент, направените реконструкции, дейността на отделните участници, тяхното точно разположение, подробно описание на проведените опити при системно изменящи се условия, получените резултати от тях. Към тази част се отнасят още и използваните обекти, реквизити, модели, технически средства и материали, съоръжения, които са били използвани по време на извършването на експеримента. В **заключителната част** се отразяват направените бележки от участниците, условията, доказателствените средства, часа на приключването му.

Протоколът се подписва от разследващия орган, поемните и други участници.

При процесуалното оформяне на следствения експеримент трябва да намерят място и резултатите от неговото провеждане от гледна точка на:

- Условието, при които е проведен, респ. дали съответстват на условията, при които е станало събитието и
- Фактите, установени от експеримента.

В протокола трябва да се отразят извършените опитни действия, последователността, колко пъти са повторени и с какви изменения и получените резултати от тях. Що се касае до оценката и изводите на разследващия орган от проведенния експеримент на този етап те все още не са окончателни, за да намерят място в протокола.

Наред с това трябва да се има предвид, че достоверността на резултатите от следствения експеримент предполага оценка на всички налични доказателства, получени с помощта и на други процесуални средства.

Ключови думи

Откриване на наследство, установяване на момента на смъртта, акт за смърт, доказателствена сила на акта за смърт, комориенти, оборима презумпция

Key words

Opening of Inheritance, Establishment if the Time of Death, Certificate of Death, Probative Force and Legal Effect of the Certificate of Death, Commorientes, Rebuttable Presumption

Prof. Ekaterina Mateeva, Dr. Habil.

*Member of
the Law Department of
New Bulgarian University,
e-mail: mateeva_e@mail.bg*

*Professor of Civil
Law and Family Law*

*Areas of
specialization:
civil law, commercial law
and EU substantive law*

*Author of mono-
graphs and articles
in professional periodicals
in Bulgaria and abroad
Since 2012 Member of the
Legal Council to the Head
of State (President of the
Republic) of Bulgaria*

Prof. Ekaterina Mateeva, Dr. Habil.

The Moment of Opening of the Inheritance: its Legal Significance, Establishment and Certification

The present article explores the legal significance, establishment and certification of the time of death of the deceased person which is the moment of opening of its inheritance, according to Art. 1 of the Inheritance Act (1949). The article contains detailed explanation of the probative force and legal effect of the Certificate of death as well as of the provisions on making changes in its content. Special attention is being paid to the legal importance and functions of Art. 10a of The Inheritance Act which provides that where several (two or more) persons have died under circumstances which do not allow ascertainment of who died last and may therefore have inherited from someone who died before, the court is compelled to presume that the younger survived the elder (the seniority principle). The article gives arguments that the provision of Art. 10a of The Inheritance Act is not intended to make changes to the moment of opening of the inheritance or to introduce a modification of the legal order of succession. On the contrary, it establishes a rebuttable presumption (praesumptio iuris tantum) which is aimed at facilitating the establishment of the order of death in cases where the order of its occurrence cannot be established for lack of evidence concerning the precise time of death.

проф. Екатерина Матеева, д.ю.н.

Моментът на откриване на наследството: правно значение, установяване и удостоверяване

1. Разпоредбата на чл. 1 от Закона за наследството (ЗН) повелява, че наследството се открива в момента на смъртта на наследодателя (**ТР № 42-1964 на ОСГК на ВС**). Към този момент се определят кръгът на наследниците по закон и по завещание; редът за призоваването им към наследяване; размерът на наследствения дял на всеки от наследниците; обемът и съставът на наследствената маса; възможността за наследяване по право на заместване (чл. 10 ЗН), по наследствена трансмисия (чл. 57 ЗН) и чрез субституция при завещателни разпореждания по чл. 21, ал. 1 ЗН; действителността на завещателните разпореждания, с изключение на изискването за тяхната форма и за дееспособността на завещателя, за които меродавен е моментът на съставянето на завещанието; накръняването на запазената част на необходим наследник (вж. **т. 3, буква „г“ от ППВС № 7-1973 г.**)¹ и др. От този момент започват да текат сроковете за упражняване на определени субективни права, произтичащи от смъртта на едно лице (напр. за предявяване на иск по чл. 30 ЗН за възстановяване на запазена част поради направени от наследодателя дарения² и др.). Моментът на смъртта на наследодателя е от значение за приложимия към наследствените правоотношения закон според принципа *‘tempus*

¹ За наследственоправното значение на момента на смъртта вж. Венедиков, П., Система на българското наследствено право. Второ преработено издание. С., 1945 г., с. 3, 5 и сл.; Тасев, Хр., Българско наследствено право, цит. съч., с. 29; Цанкова, Ц., Наследяване по закон. Наука и изкуство, С., 1989 г., с. 20-21.

² Вж. т. 3, буква „г“ от ППВС № 7-1973 г., където са дадени задължителни указания, че що се отнася до даренията, правото да се иска намалението им, когато с тях е накрънена запазена част на наследник, възниква от откриване на наследството. Тъй като накрънението на запазената част се определя в момента на откриване на наследството, от този момент започва да тече петгодишният давностен срок за предявяване на иска по чл. 30 ЗН.

*regit actum*³. Този момент е определящ и при преценката на способността за наследяване, т. е. на правната годност на едно лице да наследи починалия. С аргумент от противното от чл. 2 ЗН се приема, че способен да наследява е само този, който към момента на откриване на наследството съществува като правен субект⁴,

³ С цел последователно провеждане на принципа за равенство на правата на наследниците по закон от мъжки и женски пол, въведен за първи път в нашето законодателство с Наредба-закон за изравняване правата на лицата от двата пола от 16.10.1944 г. (обн., ДВ, бр. 227 от 16.10.1944 г.), разпоредбата на чл. 89, ал. 1 ПР ЗН от 1949 г. предвижда, че по наследствата, открити след 16.10.1944 г. до влизането в сила на този закон, наследственият дял на низходящите и преживелия съпруг се определя съгласно разпоредбите на този закон. С тази разпоредба законодателят допуска отклонение от принципа, че наследствените квоти при наследяване по закон се определят съобразно закона, който е действал към момента на откриване на наследството и придава обратно действие на разпоредбите на глава втора от новия ЗН в частта им относно размера на наследствения дял на низходящите на наследодателя и на преживелия съпруг по наследство, открити преди влизането му в сила, за посочения в чл. 89, ал. 1 период от време. В т. 8 от ППВС № 4-1964 г. от 30.10.1964 г. Пленумът на бившия ВС е дал задължителни указания по тълкуването и прилагането на разпоредбите на чл. 89, ал. 1 от ПР ЗН в смисъл, че при определяне на наследствения дял от наследства, открити след 16.10.1944 г., т. е. след изравняване правата на лицата от двата пола, се прилагат разпоредбите на ЗН от 1949 г., макар същият да е в сила от 1.03.1949 г., тъй като този закон определя наследствения дял без оглед на пола на наследника. Разпоредбите на чл. 89 ПР ЗН нямат обратно действие по други въпроси, като например, размера на запазената част от наследството. В *Решение № 1845 от 16.07.1957 г. по гр. д. № 4975/57 г., IV г.о. на ВС* е изтъкнато, че духът и смисълът на преходната разпоредба на чл. 89 ЗН е да премахне окончателно, поне за наследствата, открити след влизане в сила на Наредба-закон за изравняване правата на лицата от двата пола, неприсъщите за съвременното общество различия в правата на мъжа и жената, които противоречат на разпоредбите на чл. 5-10 от новия ЗН и да престане да поставя в зависимост от пола на наследниците дела на съпруга и низходящите (чл. 21 от отм. ЗН от 1889 г.), включително когато низходящите са двама или по-малко и са от различен пол (чл. 38 от отм. ЗН). Ретроактивният ефект на разпоредбите на чл. 89 ПР ЗН се признава единодушно в съдебната практика – *Решение № 764 от 28.10.2010 г. по гр. д. № 1883/2009 г., ГК, I г.о. на ВКС*, постановено по реда на чл. 290 ГПК; *Решение № 1181 от 15.01.2008 г. по гр. д. № 331/2007 г., I г.о. на ВКС*; *Решение от 12.02.2013 г. по гр. д. № 7840/2012 г. на СГС, г.о., II-г въззивен с-в и др.*

⁴ По отношение на юридическите лица като субекти, които могат да наследяват само по завещание, се допуска едно единствено отклонение от принципа, че лицето трябва да е вече възникнало и да не е било прекратено към момента на откриване на наследството. Това изключение се отнася до фондациите, които се учредяват по случай на смърт, със завещание на наследодателя, с което безвъзмездно се предоставя имущество за постигане на нестопанска цел (ар г. от чл. 33 ЗЮЛНЦ). В тези случаи юридическото лице на фондацията възниква след откриване на наследството и обявяване на завещанието, с което тя бива учредена – вж. *Решение № 343 от 26.06.2013 г. по въззивно т. д. № 729/2013 г. на Апелативен съд – Пловдив*. За учредяването на фондация с едностранен учредителен акт по случай на смърт вж. Голева, П., Каменова, Ц., Стойчев, К., Юри-

респ., роден е жив и жизнеспособен или поне е бил заченат⁵, и е достоен да наследява (чл. 3 и чл. 4 ЗН). Допълнителни аргументи в същата посока дава и тълкуването на разпоредбата на чл. 42, буква „а“ ЗН, според която завещанието е абсолютно нищожно, ако е направено в полза на лице, което не е способно да наследява⁶. Това показва, че за да може едно лице да наследи друго, необходимо е последното да е починало преди лицето, в полза на което възниква правото на наследяване. Ако по предвидения от закона ред бъде установено безспорно, че две или повече лица са починали едновременно, в един и същи момент (година, месец, ден, час и минута на настъпване на смъртта), те не би трябвало да могат да се наследяват взаимно нито по закон, нито по завещание, защото никое от тях не е живо към момента на смъртта на другото и не притежава правната способност да наследява⁷. При това положение по хипотеза следва да се счита изключена и възможността за наследяване помежду им по право на заместване, тъй като не е налице същественият елемент от фактическия състав по чл. 10, ал. 1 ЗН, а именно наследникът да е починал преди наследодателя. Безспорно установеният факт на едновременна смърт на две или повече лица изключва и възможността за насле-

дически лица с нестопанска цел. Правен режим. Български център за нестопанско право и Институт за правни науки към БАН. С., 2003 г., с. 152 и сл.

- ⁵ Така *Решение № 575 от 08.10.1987 г. по гр. д. № 353/87 г., I г.о. на ВС*, в което се приема, че заченатото през времетраене на брака на наследодателя, но родено след неговата смърт дете е носител на наследствени права и този факт погасява наследствените права на възходящите на наследодателя. За способността за наследяване вж. Меворах, Н., Върху правното положение на заченатия. – *Правна мисъл*, 1958 г., № 6, с. 12-23; Цанкова, Ц., Наследяване по закон, цит. съч., с. 23 и сл.; Тасев, Хр., Българско наследствено право, цит. съч., с. 31 и сл.; Герджиков, О., Приложно поле на фикцията „заченатият се смята за роден“. – *Държава и право*, 1989 г., № 4, с. 59-62; Голева, П., *Nasciturus* и правосубектност според българското гражданско право. – *Правна мисъл*, 2003 г., № 3, с. 25-26.
- ⁶ Така *Решение № 527 от 11.12.2013 г. по въззивно гр. д. № 554/2013 Г. на Софийски окръжен съд*; *Решение № 53 от 18.04.2013 г. по гр. д. № 333/2012 г. на Районен съд – Сливница*. Според постоянната практика, с оглед избягване на последиците на нищожността съдържанието на завещанието не може да се разшири по пътя на тълкуването въз основа на доказателства, които стоят извън самото завещателно разпоредба – в този смисъл *Определение № 334 от 30.04.2009 г. по гр. д. № 232/2009 г., II г.о. на ВКС*; *Решение № 301 от 9.05.1995 г. по гр. д. № 23/95 г. на I г.о. на ВС*. За нищожността на завещанието в случаите, при които е направено в полза на лице, нямащо право да получава по завещание, вж. Тасев, Хр., *Българско наследствено право*, цит. съч., с. 106.
- ⁷ Цанкова, Ц., *Наследяване по закон. Наука и изкуство*, С., 1989 г., с. 21-22 изтъква, че това изключва възможността всяко от лицата да бъде наследник на другото, защото наследник може да бъде само този, който е жив при смъртта на своя наследодател. Починалите ще бъдат наследени от другите наследници, без да се брои умрелият при същото събитие.

дяване по трансмисия, тъй като липсва необходимото и задължително условие наследникът да умрял *след* своя наследодател, но преди да е приел наследството или да се е отказал от него (чл. 57 ЗН)⁸.

2. Принципът, че наследството се открива в момента на смъртта на наследодателя, беше препотвърден и с измененията в ЗН, внесени със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на ЗН⁹, с които бяха въведени новите разпоредби на чл. 9а, чл. 90а и чл. 91а ЗН, уреждащи начина на наследяване на имоти, които поради одържавяването им не са се намирили в патримониума на наследодателя към момента на неговата смърт, но впоследствие собствеността върху тях бива възстановена (реституирана) на неговите наследници¹⁰. По тълкуването на тези разпоредби е формирана задължителна съдебна практика, изразена в *ТР № 3-1994 на ОСГК на ВС*, *ТР № 1-1998 г. на ОСГК на ВКС* и др. В *т. 2 и т. 5 от ТР № 1-1998 г.* на ОСГК на ВКС по повод въвеждането на недефинираното понятие „новооткрито наследство“ се изтъква, че препращането към чл. 1 ЗН, съдържащо се в нормата на чл. 91а, ал. 1 ЗН, показва, че принципът, според който наследството се открива в момента на смъртта на наследодателя, остава непроменен. Приема се, че със създаването на фикцията „новооткрито наследство“ в чл. 91а, изр. второ ЗН, реституираните имоти се обособяват като отделен обект на наследяване, за който се прилагат нососъздадените специални разпоредби, но без да се променят времето и мястото на откриване на наследството (така *т. 2 от ТР № 1-1998 г. на ОСГК на ВКС*). Това правило не се прилага само по отношение на наследниците на последващия съпруг по чл. 9а ЗН (вж. *т. 2 от ТР № 1-1998 г. на ОСГК на ВКС*). В съответствие със задължителното тълкуване, възприето от ВКС, постоянната съдебна практика правилно приема, че с въвеждане на фикцията за „новооткрито наследство“ не се изменя моментът на откриване на наследството, определен в чл. 1 ЗН (*Решение № 363 от 11.04.1994 г. по гр. д. № 253/94 г., I г.о. ВС; Решение № 231 от 3.05.1995 г. по гр. д. № 136/95 г., I г.о. ВС; Решение № 207 от 8.05.1996 г. по гр. д. № 70/96 г., I г.о. ВС* и др.) и че кръгът на законните наследници при възстановена собственост върху одържавени имоти се определя съобразно чл. 1 ЗН в момента на смъртта на наследодателя, с изключение на правата на наследниците на последващ съпруг на лицето, чийто имот се реституира – така *Решение № 886 от 13.11.1998 г. по гр. д. № 373/1997 г., I г.о. на ВС* и др.

⁸ Тезата, че при безспорно установена едновременна смърт на две лица, които могат да си бъдат един на друг наследодател и наследник, наследствената трансмисия е недопустима, се споделя преобладаващо в доктрината. Вж. Тасев, Хр., *Българско наследствено право*, цит. съч., с. 140; Цанкова, Ц., *Наследяване по закон*, цит. съч., с. 22.

⁹ Обн. ДВ бр. 60/92 г.

¹⁰ Вж. Цанкова, Ц., *Промените в наследственото право*. Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, С., 1994 г., с. 26 и сл., 129 и сл.

3. Според действащото ни законодателство и съдебна практика¹¹ фактът на смъртта на лицето и моментът на настъпването ѝ се удостоверяват със съставен по установения ред от длъжностното лице по гражданско състояние акт за смърт (чл. 34-37, чл. 54 и сл., чл. 60, ал. 1, т. 3 от Закона за гражданската регистрация, ЗГР)¹². Моментът на смъртта се определя чрез удостоверяване на датата (година-

¹¹ Вж. в този смисъл практиката, посочена от Пунев, Б., Гачев, В., Хорозов, Г., Митева, Д., Танев, Д., Кръшкова, Е., Балева, Е., Топалов, К., Влахов, К., Златарева, М., Обретенова, М., Бобатинов, М., Кюркчиев, С. (Пунев, Б. и съавтори), Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар. ИК „Труд и право“, С., 2012 г., с. 1220.

¹² Съдебната практика, изразена в *Решение № 5575 от 18.5.2015 г. по адм. д. № 92/2015 г., III отд. на ВАС*, е имала случай да приеме, че актовете за гражданско състояние, какъвто е и актът за смърт, имат за съдържание удостоверяване на юридически факти от категорията на юридическите събития, отнасящи се до правния статус (гражданското състояние) на гражданите. Издават се от длъжностни лица, въз основа на законово овластяване, а правомощията по съставянето им може да се делегират на определен от закона кръг от длъжностни лица и органи (чл. 35 ЗГР). Разгледан като документ по правилата на чл. 179 ГПК, с оглед разпоредбата на чл. 34, ал. 2 ЗГР, актът за смърт отговаря на дефиницията за официален документ със свидетелстващ характер. Правният му характер обаче не се ограничава само с това да е документ. Съгласно разпоредбата на чл. 21, ал. 3 АПК индивидуален административен акт е и волеизявлението за издаване на документ от значение за признаване, упражняване или погасяване на права или задължения, както и отказът да се издаде такъв документ. От гледна точка на административноправните разпоредби на АПК и Закона за администрацията, актът за смърт, издаден от кмета на общината, обективиращ факт с правно значение, е индивидуален административен акт. Ето защо качество на индивидуален административен акт има и волеизявлението на органа – длъжностно лице по гражданско състояние за издаване на акт за смърт, такова качество има и самият акт за смърт. В хипотезата на съставяне на актове за гражданско състояние тези две страни са слети в едно – актът за гражданско състояние не може да се разглежда само като документ или само като волеизявление по чл. 21, ал. 3 АПК. Като индивидуален административен акт, с който се удостоверява факт с правно значение, за него е приложим контролът за законосъобразност по чл. 145 и сл. АПК. За индивидуалните административни актове, които нямат разпоредителен характер и имат само удостоверителен характер (каквито са актовете за гражданско състояние) и които не отразяват вярно удостоверените в тях факти, е налице правната възможност по чл. 128, т. 8 АПК неистинността им да се установи по исков ред пред административния съд. Именно това е приложимият правен ред за коригиране на несъответствието между действителното правно и фактическо положение и неговото отражение в акта за смърт. Да се оспорва единствено нарушението на административнопроизводствените правила по съставяне на акта, да се твърди само нарушение на изискванията относно подготвителните процесуални действия, като всъщност се цели оборване верността на отразения в акта факт, не би донесла на жалбоподателя целената правна защита. Напротив – установяването по исков път на неистинност на административния акт би довела до неговата отмяна, т. е. до постигане на целения правен резултат.

та, месеца, деня, часа и минутата¹³), към които е налице едно от следните две условия: трайно и необратимо прекратяване на функциите на кръвообращението и дишането *или* трайно и необратимо спиране на всички функции на главния мозък и наличната сърдечна дейност. Този извод следва от чл. 5 Наредба № 14 от 15 април 2004 г. за медицинските критерии и реда за установяване на смърт¹⁴ във връзка с чл. 55 и чл. 60, ал. 1 т. 3 ЗГР и Приложение № 2 към чл. 2 от Наредба № 42 от 2004 г. за въвеждане на класификационни статистически системи за кодиране на болестите и проблемите, свързани със здравето, и на медицинските процедури – десета ревизия¹⁵. Според разпоредбите на чл. 36 -37 и чл. 54-68 ЗГР във връзка с чл. 24, ал. 2 от Наредба № РД-02-20-9 от 21.05.2012 г. за функциониране на единната система за гражданска регистрация¹⁶, актът за смърт може да бъде съставен от длъжностното лице по гражданско състояние само въз основа на един от следните четири вида писмени документи: писмено съобщение за смърт по образец съгласно Приложение № 2 към чл. 2 от Наредба № 42 от 2004 г.; съдебно решение в предвидените от закона случаи; препис или извлечение от акт за смърт, съставен от български дипломатически или консулски представител или от чуждестранен местен орган по гражданското състояние (чл. 69-72 ЗГР); препис от акт за смърт в хипотезите на чл. 65, ал. 2 и 67, ал. 3 ЗГР (за актове на военослужещи при извънредни случаи по чл. 63-65 ЗГР и актове за гражданско състояние, съставени при пътуване по море при условията на чл. 66-68 ЗГР). Така е, защото длъжностно лице по гражданско състояние не възприема лично факта на настъпване на смъртта, респ. момента, в който това се случва, а следва да констатира настъпилото и подлежащо на удостоверяване събитие по установения ред, въз основа

¹³ В *Решение № 958 от 3.7.1984 г. по гр. д. № 433/84 г., IV г.о. на ВС* се приема правилно, че наследството се открива в момента, а не в деня на настъпване на смъртта на наследодателя. Незаконосъобразно първоинстанционният съд е приел, че щом цялото семейство (двамата съпрузи и дъщеря им) е загинало при ПТП на една и съща дата (19.6.1979 г.), без значение за наследяването е фактът на последователната им смърт в рамките на този ден. Върховната съдебна инстанция е приела законосъобразно, че последователността на настъпване на смъртта на всяко от лицата (съпругът-водач на МПК е починал в 8.45 ч.; съпругата му – в 10.17 ч., а дъщеря им – в 12.50 ч.) е от значение за откриване на наследствата на всяко от тези починали лица и за призоваването им към наследяване на преждепочиналия член на семейството.

¹⁴ Издадена от Министъра на здравеопазването (обн. ДВ. бр. 39 от 12.5.2004 г., изм. и доп. ДВ. бр. 32 от 2.4.2013 г.).

¹⁵ В сила от 1.1.2005 г. Издадена от Министъра на здравеопазването (обн. ДВ. бр. 111 от 21.12.2004 г., изм. и доп., ДВ. бр. 103 от 28.12.2012 г., изм. и доп., ДВ. бр. 75 от 9.9.2014 г., изм. и доп., ДВ. бр. 106 от 23.12.2014 г., изм. ДВ., бр. 30 от 15.4.2016 г. За формата и съдържанието на съобщението за смърт вж. Приложение № 2 към чл. 2 от посочената Наредба № 42 от 2004 г.

¹⁶ Издадена от Министъра на регионалното развитие и благоустройството, (обн. ДВ. бр. 43 от 8.6.2012 г., изм. и доп., ДВ. бр. 4 от 14.1.2014 г., изм. ДВ. бр. 2 от 9.1.2015 г., изм. и доп. ДВ. бр. 64 от 21.8.2015 г., изм. и доп. ДВ. бр. 22 от 22.3.2016 г.).

на предвидените в закона писмени доказателствени средства (арг. от чл. 37, ал. 1 ЗГР)¹⁷

4. В масовия случай актът за смърт се съставя въз основа на съобщение за смърт, издадено от компетентно медицинско лице по предписания в закона ред и форма (чл. 36, ал. 1 и чл. 55, ал. 1 ЗГР). Актът се съставя не по-късно от 48 часа от настъпването на смъртта¹⁸ и само след като длъжностното лице по гражданско състояние констатира по установения ред, въз основа на представеното му съобщение, настъпилото юридическо събитие – смъртта на физическото лице (чл. 37, ал. 1, изр. първо във връзка с чл. 54, ал. 1 ЗГР).

5. В изчерпателно уредени хипотези актът за смърт се съставя от длъжностното лице по гражданското състояние само въз основа на съдебно решение, с което бива установен фактът на смъртта на лицето и се определя моментът на настъпването ѝ:

– Такъв е на първо място случаят, при който акт за смърт на починало лице не е бил съставен по установения от ЗГР ред, респ. в срока, предвиден за това (чл. 38, ал. 4, предл. второ ЗГР)¹⁹. В такъв случай посочената разпоредба пред-

¹⁷ Така *Решение № 108 от 11.5.2011 г. по гр. д. № 885/2010 г., III г.о. на ВКС.*

¹⁸ Съгласно разпоредбата на чл. 54, ал. 2 ЗГР актът може да се състави и след изтичането на 48-часовия срок, без да е необходимо решение на съда за това, когато се наложи съдебномедицинско освидетелстване на трупа при условията, предвидени в Наказателно-процесуалния кодекс. Органите на съдебната власт, назначили съдебномедицинската експертиза, издават документ, удостоверяващ причината за забавянето. След изтичането на 48-часовия срок акт за смърт може да бъде съставен и за лице, умряло в чужбина, трупът на което е докаран в населеното място, ако към документите, съпровождащи трупа, не е приложен акт за смърт, съставен там, където тя е настъпила (чл. 57 ЗГР). В такъв случай длъжностното лице по гражданското състояние предоставя тези документи на лечебно заведение, за да се установи причината за смъртта и да се издаде съобщение за смърт. Ако причината за смъртта не може да се установи, това се отбелязва в съобщението за смърт.

¹⁹ Вж. *Решение № 113 от 28.3.2016 г. по гр. д. № 1975/2015 г. на РС-Ловеч*, постановено по реда на охранителното производство по чл. 542 и сл. ГПК, в което решаващият състав е приел, че след изтичане на 48-часовия срок по чл. 54, ал. 1 ЗГР е налице правна пречка за съставяне на акта за смърт от длъжностното лице по гражданското състояние, поради което съставянето му е възможно само въз основа на съдебно решение. По аналогични случаи вж. *Решение № 38 от 21.3.2016 г. по гр. д. № 170/2016 г. на РС-Ихтиман*; *Решение № 23 от 25.1.2016 г. по гр. д. № 546/2015 г. на РС-Елин Пелин* и др. Заслужава да се отбележи, че в диспозитивите на всички посочени решения решаващият съдебен състав е постановил издаването на акта за смърт на основание чл. 59 ЗГР. Струва ми се, че тази практика е неправилна, тъй като разпоредбата на чл. 59 ЗГР урежда случаите на издаване на акт за смърт на лице, което съдът с влязло в сила решение обявява за умряло на основание чл. 14, респ. 15 от ЗЛС и по реда на чл. 549-552 ГПК. Напротив, в посочените съдебни производства става въпрос все за установяване на факта на смъртта по реда на чл. 542 и сл. ГПК поради липса на съставен смъртен акт в 48-часовия законов срок по чл. 54, ал. 1 ЗГР, с оглед на което правното основа-

вижда, че заинтересуваните лица установяват по съдебен ред правата, които черпят от подлежащия на удостоверяване факт на смъртта²⁰. Тъй като смъртта на физическите лица е от категорията на фактите с правно значение, за чието удостоверяване законът предвижда задължително да се съставя официален удостоверителен документ във формата на акт за смърт (чл. 34, ал. 1, чл. 35, ал. 1 във връзка с чл. 54 и сл. ЗГР), настъпването на този факт може да се установява по реда на охранителното производство по чл. 542 и сл. ГПК (така **Решение № 9/63 г. на ОСГК на ВС**)²¹. В мотивите на **Определение № 663 от 17.11.2011 г. по ч. гр. д. № 485/2011 г., IV з.о. на ВКС** основателно се изтъква, че предмет на установяване в производството по чл. 542 ГПК е правнозначим факт, вкл. такъв, отнасящ се до гражданското състояние на едно лице, за който законодателят постановява, че за-

ние да се постанови съставянето на акта се намира в чл. 38, ал. 4 ЗГР, а не в специалната норма на чл. 59 ЗГР.

²⁰ Според постоянната съдебна практика липсата на съставен акт за смърт като официален документ с доказателствена сила за отразените в него данни по смисъла на чл. 2, ал. 2 и чл. 43, ал. 2 ЗГР, по аргумент от чл. 38, ал. 4 ЗГР, създава задължение за заинтересованото лице първо да установи факта на смъртта по съдебен ред, в производство по чл. 542 ГПК. В този смисъл е **Решение № 8123 от 13.6.2014 г. по адм. д. № 1005/2014 г., III отд. на ВАС; Решение № 2277 от 29.2.2016 г. по адм. д. № 6916/2015 г., III отд. на ВАС; Решение № 3951 от 6.4.2016 г. по адм. д. № 2933/2015 г., III отд. на ВАС**. В практиката правилно се приема, че удостоверението за наследници, макар и да има за предпоставка издаване на акта за смъртта на наследодателя, не установява конкретен факт, а възникнали вследствие настъпилата смърт правоотношения по наследяването на починалия от други лица. Искането да се установи кои лица са наследници на едно лице, респективно кое лице не е наследник на наследодателя, следва да се квалифицира като искане за установяване на възникнало правоотношение, а не на факт с правно значение. Правоотношенията следва да бъдат установени в общо исково производство като преюдициални въпроси при решаване на спор между лицата с наследствени права. Затова в производството по чл. 542 ГПК не може да се установява наследствено правоотношение, нито да се издава удостоверение за наследници или да се иска поправката на издадено вече такова – така **Решение № 460 от 15.11.2011 г. по гр. д. № 912/2011 г., IV з. о. на ВКС**, постановено по реда на чл. 290 ГПК; в същия дух вж. **Определение № 73 от 24.1.2012 г. по ч. гр. д. № 743/2011 г., IV з.о. на ВКС; Решение № 13322 от 9.11.2010 г. по адм.д. № 11537/2009 г. на ВАС**. Още примери от съдебната практика в същия смисъл вж. у Пунев, Б. и съавтори, Граждански процесуален кодекс, цит. съч., с. 1220.

²¹ Вж. Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р., Българско гражданско процесуално право. Девето преработено и допълнено издание. Първо по дейността ГПК. Сиела, С., 2012 г., с. 1274. В съдебната практика се приема, че допустимостта на това охранително производство е в зависимост от възможността документът да се издаде по надлежния ред от компетентния орган или от допустимостта установяването на факта да бъде реализирано по исковия ред чрез установената по чл. 124, ал. 4 ГПК възможност. Така Балева, Е., – В: Пунев, Б. и съавтори, Граждански процесуален кодекс, цит. съч., с. 1221.

дължително следва да бъде удостоверен с писмен документ по образец, а документът не е съставен и не може да бъде съставен, или е унищожен или изгубен, без възможност да бъде възстановен. Специален случай на съставяне на акт за смърт въз основа на съдебно решение е уреден в разпоредбата на чл. 56 ЗГР. Става дума за хипотеза, при която починалият е бил погребан без разрешение за извършване на погребението²². Разпоредбата на чл. 56, изр. първо ЗГР въвежда изрична забрана длъжностното лице по гражданско състояние по своя инициатива или по заявление на заинтересуваните лица да съставя акт за смърт на погребано без разрешение лице. В такъв случай, според чл. 56, изр. второ ЗГР, актът за смърт се съставя само въз основа на влязло в сила решение на съда, постановено по реда на охранителното производство за установяване на факти по чл. 542-548 ГПК. Постоянната съдебна практика приема, че е налице случай, при който законът предвижда, че известен факт с правно значение (смъртта) трябва да бъде удостоверен с документ, съставен по надлежен ред, но такъв документ не е бил съставен и не може да бъде съставен поради законови пречки по чл. 56, изр. първо ЗГР, затова районният съд по молба на лицето, което черпи права от този факт, следва да установи факта на смъртта и да разпорежи съставянето на акта за смърт – вж. *Решение 18.3.2016 г. по гр. д. № 5784/2015 г. на Софийски районен съд; Решение № 336 от 7.3.2016 г. по гр. д. № 182/2016 г. на РС-Плевен; Решение № 114 от 14.4.2015 г. по гр. д. № 2191/2014 г. на Районен съд – Видин; Решение № 328 от 7.5.2014 г. по гр. д. № 340/2014 г. на Районен съд – Шумен; Решение № 336 от 7.3.2016 г. по гр. д. № 182/2016 г. на Районен съд – Плевен; Решение № 508 от 18.3.2016 г. по гр. д. № 887/2016 г. на Районен съд – Бургас* и др. Изолирани в практиката са случаите, при които решаващият състав неправилно приема, че смъртният акт в хипотезата на чл. 56 ЗГР следва да се издаде на основание чл. 551 ГПК, т. е. въз основа на съдебно решение, постановено по реда на глава 51 ГПК „Обявяване на отсъствие или смърт” – вж. *Решение от 8.1.2015 г. по гр. д. № 19145/2013 г. на СРС, III ГО, 91-ви състав*. Разликата между двете основания за съставяне на смъртен акт въз основа на съдебно решение е, че в хипотезата на чл. 56 ЗГР не е налице безвестно изчезване и продължително отсъствие на физическото лице, обосноваващи предположението, че то вече не е между живите и затова следва да бъде обявено за умряло (чл. 14, респ. чл. 15 ЗЛС), а напротив, налице е труп на безспорно починало лице, който е бил погребан не по установения ред – без съставен акт за смърт и при липса на препис-извлечение от този акт, служещ като разрешение за извършване на погребението.

– Второ, редът по чл. 542 и сл. ГПК се прилага и когато актът за смърт е бил надлежно съставен, но впоследствие е бил унищожен или загубен, без възможност да бъде възстановен (*Решение № 66 от 4.2.2016 г. по гр. д. № 2895/2016 г. на РС-Казанлък, I граждански с-в; Решение от 16.3.2016 г. по гр. д. № 33700/2015 г. на СРС*). За разлика от предходната хипотеза в този случай фактът на смъртта и моментът на настъпването ѝ са били вече установени и удостоверени

²² Според разпоредбата на чл. 61, ал. 1 ЗГР препис-извлечението от акта за смърт има правното значение на разрешение за извършване на погребението.

ни по предвидения в закона ред – със съставен смъртен акт, но точно този официален удостоверятелен документ за юридическото събитие е физически унищожен или безвъзвратно загубен и липсва възможност за възстановяването му от длъжностното лице по гражданско състояние. Ако е унищожен или изгубен регистър на актовете за гражданско състояние по чл. 83 ЗГР²³, без възможност да бъде възстановен, кметът на общината е овластен да поиска от районния съд да установи унищожаването или изгубването и да разпреди съставянето на съответния регистър (чл. 38, ал. 5 ЗГР; чл. 542, ал. 2 ГПК).

– На трето място, основание за съставяне на акт за смърт въз основа на съдебно решение е налице в случаите, при които е настъпила смъртта на група лица, чиито трупове не могат да се намерят или намерените не могат да се разпознаят, т. е. не се поддават на идентифициране, поради състоянието, в което се намират. Такива са най-често случаите на разбиване на въздухоплователни средства, взривове или пожари в промишлени, търговски, жилищни сгради, природни бедствия и др., предизвикващи смъртта на множество лица при едни и същи нещастни обстоятелства. За тази хипотеза разпоредбата на чл. 58 ЗГР предвижда, че при смърт на група лица, чиито трупове не могат да се намерят или намерените не могат да се разпознаят, но е безспорно установено кои са лицата, кметът на общината, на чиято територия е настъпило събитието, или упълномощено от него длъжностно лице съставя протокол, който се изпраща в съответната районна прокуратура по местонастъпване на нещастното събитие. Районният прокурор, както и наследниците на умрелите лица, са овластени да предявят установителен иск пред съответния районен съд, който да постанови решение за съставянето на актове за смърт на тези лица. Приложението на посочената разпоредба предпоставя безспорна установеност на самоличността на лицата, които са се намирали в обекта при настъпване на посочените обстоятелства, предизвикали масовата смърт (напр. списък на пътниците на борда на разбили се самолет и др.). Тълкуването на разпоредбата на чл. 58, изр. второ ЗГР дава основание да се поддържа, че при тези особени хипотези установяването на факта и момента на смъртта на всяко от загиналите лица следва да се извърши по исков ред, въз основа на предявен установителен иск за съществуването на факт с правно значение по чл. 124, ал. 4, изр. 2 ГПК²⁴, доколкото в чл. 58, изр. второ ЗГР се препраща изрично към

²³ Регистрите на актовете за гражданско състояние за цялата община се образуват чрез събиране на съставените през текущата година формуляри – актове за раждане, граждански брак и смърт – по отделно за всеки вид, които се подвързват след приключване на годината в специална книга. Неразделна част от регистрите на актовете за гражданско състояние са документите, въз основа на които са съставени съответните актове за гражданско състояние.

²⁴ В процесуалната ни теория е безспорно, че хипотезите, при които е допустимо предявяване на установителни иски за факти по чл. 124, ал. 4, изр. второ ГПК, са *numerus clausus*. Те са допустими само в изрично предвидените от закона случаи, в които се сочат фактите, които могат да се установяват по исков ред. Така Сталев, Ж., Мингова,

предявяване на „установителен иск”. В съдебната практика обаче се допуска установяване на факта на смъртта, настъпила при условията на чл. 58 ЗГР, по реда на охранителното производство за установяване на факти по чл. 542 и сл. ГПК, доколкото липсва правен спор относно самоличността на лицето и обстоятелствата, при които е настъпила смъртта му, констатирани със съставения от кмета на общината протокол (така *Решение № 98 от 15.10.14 г. по гр. д. № 275/14 г. на РС – Белоградчик; Решение от 20.11.2014 по гр. д. № 303/2014 на РС-Белоградчик*). В производство по чл. 542 и сл. ГПК обаче практиката е имала случай да приложи по аналогия разпоредбата на чл. 58 ЗГР и в случай, при който самоличността на конкретното починало лице не може да бъде установена, тъй като е било хоспитализирано по спешност и е починало от остра дихателна недостатъчност вследствие задушаване от отровни изпарения след авария в промишлен обект, но е било прието в болничното заведение без документи за самоличност (така *решение от 18.2.2013 г. по гр. д. № 8402/2012 г. на РС-Перник, Г.К., IV с-в*).

– Четвърто, въз основа на влязло в сила съдебно решение, с което се установява фактът на смъртта на едно лице, се съставя акт за смърт и в особената хипотеза на чл. 68, ал. 1 ЗГР. Когато вследствие на бедствие с морски плавателен съд (кораб) загинал всички лица от екипажа и пътниците, собственикът му или упълномощено от него лице, след като провери и установи бедствието и неговите последици, уведомява писмено длъжностното лице по гражданското състояние в общината, където е регистриран корабът, или най-близкото българско дипломатическо или консулско представителство до мястото на бедствието, с цел да се съставят по съдебен ред актове за смърт на загиналите лица. При липса на изрично указание относно съдопроизводствения ред за постановяване на решението за установяване на факта и момента на смъртта и за съставяне на акта за смърт, може да се поддържа, че е приложимо охранителното производство за установяване на факти по чл. 542 и сл. ГПК, доколкото в случая се търси съдействието съда за установяване и удостоверяване на правнорелевантния факт на настъпилата смърт, а не се иска разрешаване на правен спор относно осъществяването му или относно произтичащи от него лични или имуществени права. На този етап не се открива съдебна практика по прилагане на разпоредбата на чл. 68, ал. 1 ЗГР.

– Пето, въз основа на влязло в сила съдебно решение се съставя акт за смърт на лице, което съдът е обявил за умряло на основание чл. 14 или чл. 15 от Закона за лицата и семейството (ЗЛС) по реда на охранителното производство по глава 51 ГПК „Обявяване на отсъствие или смърт” (арг. от чл. 59 ЗГР и чл. 551 ГПК)²⁵. Смъртта се обявява от съда по искане на прокурора или на всяко заинтересувано лице след като изтекат пет години от деня, за който се отнася последно-

А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р., Българско гражданско процесуално право, цит. съч., с. 188-189.

²⁵ За фактическия състав на обявяването на смъртта и правните последици от съдебното решение вж. Павлова, М., Гражданско право. Обща част. Второ допълнено издание. Софи-Р, С., 2002 г., с. 246 и сл.; Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р., Българско гражданско процесуално право, цит. съч., с. 1278.

то известие за безвестно изчезналото лице²⁶ (чл. 14, ал. 1 ЗЛС). Ако изчезването на лицето е станало при военни действия или при друго събитие, което дава основание да се предполага, че същото е загинало²⁷, в такъв случай приложение следва да намери разпоредбата на чл. 15 ЗЛС, според която смъртта може да бъде обявена от съда, ако са изтекли две години от прекратяването на военните действия или от съответното събитие. За разлика от случаите по чл. 38, ал. 4 ЗГР, при които предмет на съдебно установяване е сигурният и безспорно настъпил факт на смъртта, който обаче не е бил удостоверен с надлежно съставен акт за смърт, в тази хипотеза става дума за предполагаемото събитие на смъртта поради продължително и безвестно изчезване/отсъствие на конкретно физическо лице, при което съществува вероятност то да е живо. Изтъкнатото разграничение се провежда и в съдебната практика (*Определение № 17375 от 25.9.2013 г. по в. ч. гр. д. № 11965/2013 г. на СГС, I г.о.*). Практическото му значение се проявява не само с оглед на приложимите към съответните фактически състави материалноправни норми, но и предвид различието в съдопроизводствения ред, по който се постановява съставянето на акта за смърт. Докато в първата хипотеза установяването на факта и момента на настъпване на смъртта се извършва по реда на охранителното производство за установяване на факти по чл. 542 и сл. ГПК, то във втория случай – при безвестно изчезване и обявяването на смъртта, следва да се прилага нарочното охранително производство за обявяване на отсъствие или смърт по чл. 549-552 ГПК. На основание чл. 16, ал. 1 ЗЛС съдът в съдебното решение определя деня, а по възможност и часа на предполагаемата смърт. Според ал. 2, при липса на противни данни за момент на смъртта на лицето се приема денят, за който се отнася последното известие от лицето или за него (така *решение № 1750 от 15.4.2013 г. по гр. д. № 262/2013 г. на РС Варна, г.о., 18-ти с-в.*; вж. също *Решение № 400 по гр. д. № 1646/2010 г. на ВКС*, постановено по реда на чл. 290 ГПК, според което подлежи на установяване не денят на безвестното изчезване на лицето, а денят за който се отнася последното известие за отсъстващия). В тези хипотези актът за смърт се съставя от длъжностното лице по гражданско състояние по последния постоянен адрес на лицето или по мястото, където е живяло непосредствено преди безвестното му изчезване (арг. от чл. 551 ГПК).

6. Моментът на смъртта, определен чрез удостоверената в смъртния акт дата (ден, месец, година, час и минута) на умирането, се обхваща във всичките му елементи от предметните предели на доказателствената сила на акта. Според разпоредбата на чл. 34, ал. 2 ЗГР актовете за гражданско състояние, съставени по установения в този закон ред, имат доказателствена сила за отразените в тях данни

²⁶ Обявяването на смъртта може да стане и без да е обявено отсъствието на лицето по смисъла на чл. 9 ЗЛС (арг. от чл. 14, ал. 2 ЗЛС).

²⁷ Напр. безвестно изчезване на член на корабен екипаж (втори механик) по време на плаване при тежки метеорологични условия в Балтийско море – *Решение № 1479 от 14.7.2014 г. по гр. д. № 2754/2014 г. на РС-Бургас*; изчезване по време на поход до връх „Ботев” в Централна Стара планина – *Решение № 236 от 17.3.2015 г. по гр.д. № 5056/2014 г. на Районен съд – Стара Загора* и др.

до доказване на тяхната неистинност. По този въпрос е формирана задължителна съдебна практика, изразена в *точка 6 от ППВС № 5/1978 г.* (относно акта за раждане); вж. също и определения на ВКС, постановени по реда на чл. 274, ал. 3 ГПК – *Определение № 197 от 27.3.2013 г. по гр. д. № 1925/2013 г., IV з.о. на ВКС; Определение № 193 от 17.3.2015 г. по гр. д. № 6800/2014 г., IV з.о. на ВКС; Определение № 236 от 6.4.2015 г. по гр. д. № 1238/2015 г., IV з.о. на ВКС; Определение № 17 от 6.1.2014 г. по гр. д. № 7410/2014 г., III з.о. на ВКС; Определение № 684 от 22.12.2015 г. по ч. гр. д. № 5176/2015 г., III з.о. на ВКС;* също и *Решение № 9615 от 20.10.2002 г. по адм. д. № 2943/2002 г., I отд. на ВАС; Решение № 5575 от 18.5.2015 г. по адм. д. № 92/2015 г., III отд. ВАС* и др. До опровергаването ѝ по установения процесуален ред, тази доказателствена сила обвързва съда²⁸ и се проявява независимо от основанията за съставяне на акта за смърт – съобщение за смърт по чл. 54, ал. 1 ЗГР, влязло в сила съдебно решение в предвидените от закона случаи²⁹ и т. н. Съдебната практика, изразена в *Решение № 108 от 11.5.2011 г. по гр. д. № 885/2010 г. Г.К., III з. о. на ВКС*, както и теорията³⁰, черпят от разпоредбата на чл. 38, ал. 4 ЗГР възможността за установяване по съдебен ред на обстоятелството, че вписаните данни в съответния акт за гражданско състояние са неверни. В посочения съдебен акт се изтъква, че „данните” по смисъла на чл. 38, ал. 4 ЗГР са изброени в чл. 25 ЗГР и сред тях е и моментът на настъпване на смъртта, определен чрез посочване на годината, месеца, дена, часа и минутата на смъртта (вж. т. 22 от чл. 25 ЗГР)³¹. Неверни са данните относно удостоверения в акта за смърт момент на смъртта, които в която и да е своя част (вкл. часа или миналата) не отговарят на действителното фактическо положение. При наличието на правен интерес неверността им се разкрива чрез предявяването на установителен иск по чл. 124, ал. 4 ГПК с правно основание чл. 38, ал. 4

²⁸ Така Ставру, Ст., Петров, В., Дискусии в българското наследствено право. Книга първа. Фенея, С., 2013 г., с. 82.

²⁹ Обаче, съдебните решения по охранителни производства, постановяващи съставянето на акт за раждане или за смърт (напр. чл. 56 и чл. 38, ал. 4 ЗГР във връзка с чл. 542 ГПК – при липса на съставен акт за смърт на починало лице), не само не се ползват със сила на пресъдено нещо, подобно на останалите охранителни актове, но и според разпоредбата на чл. 546, ал. 3 ГПК те нямат доказателствена сила спрямо тези заинтересовани лица, организации или учреждения по чл. 544, които не са били призовани да вземат участие в производството, ако те оспорват този факт, респ. момента на настъпване на смъртта – така *Решение № 52 от 2.3.2016 г. по в. гр. д. № 719/2015 г. на Окръжен съд-Шумен*.

³⁰ Ставру, С., Петров, В., Дискусии в българското наследствено право, цит. съч., с. 82.

³¹ Родовото понятие за „данни” се извежда от разпоредбите на чл. 2 от Закона за защита на личните данни и Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни (ОВ L 281, 23.11.1995 г., стр. 31–50) и се дефинира като „всяка информация, отнасяща се до физическо лице, което е идентифицирано или може да бъде идентифицирано”.

ГПК³². Установяването, че в издадения акт за смърт са вписани неверни данни, вкл. относно момента на смъртта, се извършва при спазване на общите правила за доказване, като са допустими всички предвидени в ГПК доказателствени средства. Доказателствената тежест е възложена върху лицето, което оспорва истинността на удостоверения в акта момент на смъртта (арг. от чл. 154, ал. 1 ГПК).

7. Тъй като длъжностното лице по гражданско състояние не възприема лично факта на смъртта, респ. момента на настъпването му, а го констатира по смисъла на чл. 37, ал. 1 ЗГР въз основа на представеното му съобщение за смърт, съдебно решение и т.н., то не може нито по своя инициатива, нито по искане на наследник на починалия или на друго заинтересувано лице да променя момента на смъртта, удостоверен в съставения смъртен акт, без наличие на влязло в сила съдебно решение за това. Този извод произтича от тълкуването на забранителната разпоредба на чл. 76, ал. 4 ЗГР, според която по административен ред не могат да се променят името на титуляря, с изключение на изрично предвидените в чл. 19а ЗГР случаи, датата на раждане, брак или смърт и полът. Извод в същия смисъл се налага с аргумент от противното от чл. 76, ал. 1 ЗГР. В съдебната практика, изразена в *Решение № 5832 от 8.5.2009 г. по адм. д. № 883/2008 г., III отд. на ВАС*, се приема, че по административен ред въз основа на официални документи може да се извършва промяна и вписване само на данни, които по същество няма да променят смисъла на съставения вече акт. Промяна на удостоверения момент на смъртта не може да се извършва по административен ред, тъй като не се касае за техническа грешка или неточности в изписването, а се променя съществено съдържание на смъртния акт. Доктрината също приема, че именно такава недопустима промяна би била налице, ако длъжностното лице по гражданска регистрация по своя преценка допише часа и минутата на смъртта във вече съставен акт за смърт³³. Съдебната практика, изразена в *Решение от 8.2.2007 г. по гр. д. № 732/2006 г. на Окръжен съд – Велико Търново*, е била сезирана със случай, при който въз основа на съобщението за смърт длъжностното лице по гражданско състояние първоначално вписало в съставения от него акт за смърт като час и дата на смъртта 4 часа и 10 минути на 1.7.2004 г., а след време била извършена поправка по административен ред в акта относно часа и минутата на смъртта (4 часа и 40 минути) въз основа на служебна бележка от здравното заведение, в което е настъпила смъртта. В мотивите на посоченото решение се изтъква, че поправка на времето (момента) на настъпване на смъртта в смъртния акт, извършена по административен ред, е недопустима съгласно чл. 76, ал. 4 ЗГР, поради което нанесените от длъжностното лице промени във времето на смъртта са недействителни и не се ползват с доказателствената сила по чл. 34, ал. 2 ЗГР. Наистина, в разпоредбата на чл. 76, ал. 4 ЗГР забраната за поправка във времето на настъпване на

³² Вж. обаче и посоченото по-горе в бележка под линия *Решение № 5575 от 18.5.2015 г. по адм. д. № 92/2015 г., III отд. на ВАС*.

³³ Така и Ставру, С., Петров, В., Дискусии в българското наследствено право, цит. съч., с. 83, бел. под линия № 104.

съответните събития, раждане, смърт и брак се посочва само „датата“ на събитието, която в общоупотребимия речник се схваща като година, месец и ден, но не това е точният смисъл, вложен от законодателя. Съгласно чл. 2, ал. 2 ЗГР актовете за гражданско състояние са официални писмени документи и в тях по законов ред длъжностните лица удостоверяват събитията раждане, сключване на брак и смърт. Всяко събитие се осъществява във времето и пространството и има времеви и пространствени измерения. Установяването на точното време (момент) на тези юридически събития има съществено значение за възникване и осъществяване правата на правните субекти, и в частност за правата по чл. 5-11 ЗН. Употребеният в разпоредбата на чл. 76, ал. 4 ЗГР израз „дата“ обхваща всички времеви параметри на установяването на смъртта, а именно и часа, и минутата на настъпване на смъртта, поради което поправката на тези времеви параметри на отразените в актовете за гражданска регистрация събития може да се извърши само по съдебен ред.

С оглед на изтъкнатите съображения едва ли могат да бъдат безрезервно споделени тълкувателните изводи в мотивите на **Определение от 28.2.2013 г. по ч. гр. д. № 2570/2013 г. на СГС, Въззивно отд., IV „А“ с-в**, оставящо без уважение **Определение от 30.1.2013 г. по гр. д. № 1607/2013 г., СРС, 80-ти с-в**, с което решаващият състав е отклонил като недопустимо искането за установяване на факт с правно значение, а именно часа и минутата на смъртта на две лица, починали на 16.08.2011 г. при ПТП, за което обстоятелство са били съставени актове за смърт без посочване на точния момент (час и минута) на настъпване на смъртта на всяко от лицата. За да намери, че с оглед на тези обстоятелства не са налице основания за разглеждане на правния спор по същество, поради недопустимост на исковата молба, въззивната инстанция се е мотивирала, че с поправката в акта на часа и минутата на смъртта, макар те да са част от реквизитите на акта за смърт, не се променял смисълът на съставения вече акт, следователно компетентен да разгледа тази молба по аргумент от чл. 76, ал. 1 ЗГР бил административният орган, който съгласно чл. 75, ал. 1 ЗГР може да постанови допълване на издадения вече акт за смърт. Изтъкнато е също, че „само в случай, че компетентният административен орган откаже да допълни акта, то тогава този отказ, като индивидуален административен акт, подлежи на обжалване по реда на АПК, когато ще е допустима намеса на съда“. Струва ми се, че тези тълкувателни изводи на двете инстанции не държат сметка за обстоятелството, че изричната нормативна забрана за внасяне на промени по административен ред в „датата на смъртта“ по смисъла на чл. 76, ал. 4 ЗГР следва да се тълкува и прилага именно в систематичната ѝ, правно-логическа връзка с разпоредбата на чл. 60, ал. 1, т. 3 ЗГР, според която под „дата на смъртта“ като реквизит от съдържанието на смъртния акт следва да се разбира дена, месеца, годината, часа и минутата на настъпване на смъртта. Всеки от тези елементи е от съществено значение за определяне датата на смъртта, схваната като момент на настъпване на смъртта. Не може да има съмнение, че всяка промяна или прибавка (дописване) на който и да е от тези елементи на „датата“ на смъртта във вече съставения акт за смърт съставлява изменение в същественото му съдържание, доколкото има определящо правно значение за момента на откриване на наследството по смисъла на чл. 1 ЗН и изобщо – за края на пра-

воспособността на физическото лице, за неговото изчезване от правния мир като самостоятелен субект³⁴. Разпоредбата на чл. 76, ал. 4 ЗГР е специална спрямо чл. 75, ал. 1 ЗГР и изключва приложението на административния ред за промени досежно датата на смъртта. Допълнителен аргумент в тази посока на разсъждения дава и общата забранителна норма на чл. 75, ал. 2 ЗГР, според която не се позволява зачертаване, изтриване или вмъкване на данни в съществуващ акт за гражданско състояние.

8. Във връзка с разглежданата проблематика е наложително да се вземе накратко отношение и по значението на въведената през 1997 г. разпоредба на новия чл. 10а ЗН³⁵, с която се предвиди, че когато няколко лица са починали и не може да се установи последователността, в която е настъпила смъртта на всеки от тях, счита се, че по-възрастният е починал преди по-младия³⁶. Тълкуването ѝ показва, че тя е предназначена да даде отговор на въпроса, как да се определи последователността на откриване на наследствата на няколко лица и редът за призоваването им към наследяване при положение, че моментът, в който всеки от тях е умрял, и от тук – поредността на умираанията, не могат да бъдат безспорно установени с помощта на никое от допустимите от закона доказателствени средства. Тази разпоредба няма за цел да внесе промени в нормативно установения момент на откриване на наследството, уреден в чл. 1 ЗН, нито пък да уреди реда за при-

³⁴ Така Павлова, М., Гражданско право. Обща част, цит. съч., с. 237.

³⁵ Разпоредбата на чл. 10а ЗН е създадена с § 5 от ПЗР на Закона за местните данъци и такси (обн., ДВ, бр. 117 от 1997 г.), в сила от 1.10.1998 г.

³⁶ Проблемът за наследяването при невъзможност да се установи последователността на смъртта на няколко лица, които попадат в кръга на възможните наследници един на друг, занимава българската наследственоправна доктрина от почти столетие насам – още от края на 19-ти век, когато с чл. 183 от отм. ЗН от 1889 г. е било въведено правилото, че „когато няколко лица, които биха могли да бъдат повикани взаимно за наследяване един другиму, починат наедно в някой случай, без да се знае кое по-напред е починало, предполага се, че са умрели всички едновременно и не може да става никакво пренасяне на права от едно лице на друго. Който поддържа, че някое от лицата е умряло по-напред, длъжен е да докаже това“. Вж. Тончев, Д., Коментар върху ЗН. IV-ти том, С., 1926 г., с. 11-16; Венедиков, П., Система на българското наследствено право. Второ преработено издание. С., 1945 г., с. 7; Бъров, Д., Учебник по гражданско право с увод в правото. Свищов, 1948 г., с. 864; Дамянов, Ц., Наследяване при едновременна и неедновременна смърт на повече лица. – Правна мисъл 1975 г., № 4, с. 89-92; Борисов, Й., За наследяването при едновременна смърт, предвидено в проекта за ГК на НРБ. – Социалистическо право, 1983 г., № 4, с. 50-58; Цанкова, Ц., Наследяване по закон. Наука и изкуство, С., 1989 г., с. 21-22; Тасев, Хр., Българско наследствено право. Десето преработено и допълнено издание. Нова редакция С. Тасев и Г. Петканов. Сиела. С., 2013 г., с. 29, 140; Ставру, Ст., Петров, В., Дискусии в българското наследствено право. Книга първа. Феня, С., 2013 г., с. 69-83. Матеева, Ек., Наследяване в хипотеза на commorientes: римскоправната традиция и българското право. - Търговско право, 2016 г., № 2, с. 5-18 с продължение в Търговско право, 2016 г., № 3.

зоваването към наследяване или отклонения от него³⁷. Тя няма характер на материалноправна норма, а носи класическата конструкция на една оборима законова презумпция (*praesumptio iuris tantum*)³⁸ с ясно формулирана презумпционна

³⁷ Изоставянето на презумпцията за едновременната смърт, която по силата на една инерция от чл. 183 отм. ЗН се възприемаше в нашата доктрина и практика и след приемането на действия ЗН до въвеждането на разпоредбата на чл. 10а през 1997 г., се посрещна с разбираемо одобрение в модерната ни доктрина по съображения, че презюмирането на едновременната смърт на т. н. комориенти е нецелесъобразно, тъй като пречка за настъпването на наследственото правоприемство, вкл. чрез заместване или по трансмисия, и с това открива пътя за получаване на имуществото на комориентите от държавата и общината на основание чл. 11 ЗН, макар да има лица от предвидените в закона наследствени редове, които имат оправдан интерес от наследяване. Доколкото възприемането на презумпцията за преживяването на по-възрастния от по-младия отстранява тези проблемни елементи в уредбата, то беше основателно приветствано като практически полезно и целесъобразно от правнополитическа гледна точка, тъй като дава отговор на проблем при доказването, който ако не бъде разрешен, възпрепятства осъществяването на универсалното и частично правоприемство по повод на смърт – така Ставру, С., Петров, В., Дискусии в българското наследствено право, цит. съч., с. 71-72, 83.

³⁸ За правните характеристики на оборимите презумпции като способ на юридическа техника вж. Фаденхехт, Й., Българско гражданско право. Обща част. Отдел I: Обективно право. Фототипно издание, С. 1992 г., с. 108-109; Ганев, В., Учебник по обща теория на правото. Том 2. Трето допълнено издание (фототипно), с. 501, 503; Силянски, Д., Сталев, Ж., Граждански процес. Том I. Наука и изкуство, С., 1958 г., с. 342-343; Таджер, В., Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. Наука и изкуство, С., 1972 г., с. 110; Милкова, Д., Юридическа техника. Сиби, С., 2002 г., с. 153 и сл.; Ташев, Р., Обща теория на правото. Четвърто преработено и допълнено издание. Сиби, С., 2010 г., с. 276; Колев, Т., Теория на правото. Сиела, С., 2015 г., с. 339. Теорията в лицето на Ставру, С., Петров, В., Дискусии в българското наследствено право, цит. съч., с. 72-73, както и съдебната практика в преобладаващата си част, правилно квалифицира и прилага нормата на чл. 10а ЗН именно като оборима презумпция – *Определение № 110 от 23.2.2015 г. по т. д. № 140/2015, Г.К., I з.о. на ВКС; Определение № 650 от 17.12.2013 г. по гр. д. № 5885/2013 г. Г.К., I з.о. на ВКС; Определение № 1070 от 11.11.2010 г. по гр. д. № 1223/2010 г., Г.К., II з.о. на ВКС; Решение № 108 от 11.5.2011 г. по гр. д. № 885/2010 г., III з.о. на ВКС; Решение № 332 от 25.2.2015 г. по в.гр.д. № 3380/2013 г. на Окръжен съд-Варна; Определение от 28.2.2013 г. по ч.гр.д. № 2570/2013 г. на Софийски градски съд; Решение № 1779 от 30.11.2011 г. по гр. д. № 4485/2006 г. на Районен съд-Варна и др.). Във тези случаи е прието, че тъй като след изслушване на приети по делото заключения на вещи лица и други доказателствени средства не може да се установи последователността на смъртта на всеки от загиналите, налице е основание да се приложи презумпцията на чл. 10а ЗН, според която последен е починал най-младият. Изолирано в практиката е неправилното виждане, че нормата на чл. 10а ЗН представлява по естеството си фикция (*Решение от 8.2.2007 г. по гр. д. № 732/2006 г. на Окръжен съд-Велико Търново; Решение № 92 от 20.6.2011 г. по гр. д. № 895/2010 г., III граждански състав на Районен съд-Айтос*). Тезата, че разпоредбата на чл. 10а ЗН съдържа фикция, не може да бъде споделена, тъй като тя няма за цел да промени момента на настъпване на смъртта на лицата като приеме за съществуващ факт, който не се е осъ-*

предпоставка, която включва три изчерпателно и кумулативно изброени елементи: **(а)** настъпила смърт **(б)** на няколко, т. е. две или повече лица и **(в)** невъзможност да се установи последователността на умираването на всеки от тях. Нормата на чл. 10а ЗН създава само едно доказателствено правило, предназначено да облекчи установяването на поредността на откриване на наследството на две или повече лица, когато моментът на смъртта им не може да се установи безспорно³⁹ и, от там – да спомогне за преценката на съдията относно способността за наследяване (чл. 2, ал. 1, б. „б“ ЗН). Впрочем, поради тази ѝ функционална, правно-логическа свързаност с посочените матери, нейното естествено систематично място е в Глава първа „Общи разпоредби“, непосредствено след правилото на чл. 1 ЗН относно момента и мястото на откриване на наследството⁴⁰.

За да е длъжен съдията да приеме, че презюмираният факт (по-възрастният е починал преди по-младия) е налице, необходимо е да са изпълнени две кумулативни изисквания: **първо**, при условията на пълно и главно доказване да са безспорно доказани фактите, въздигнати в презумпционна предпоставка, и **второ** – доказването на обратното да не е проведено успешно⁴¹. В процесуалната ни теория няма съмнение, че ако презюмираният факт не се нуждае от доказване, това не значи, че е недопустимо доказване, че той не се е осъществил. Възможността за такова доказване е включена във всяка оборима презумпция, като оборването ѝ е в тежест на този, който твърди друго⁴² (арг. от чл. 154, ал. 2 ГПК). Самата оборима презумпция за преживяване на по-възрастния от по-младия измежду комориентите⁴³ е въведена и се прилага като доказателствено правило от римско време

ществил в действителността, а цели, изхождайки от това, което става нормално и обичайно в живота, да улесни установяването на поредността на умирацията като задължи съдията да приеме, че щом са доказани фактите, въздигнати в презумпционна предпоставка, по-възрастният е починал преди по-младия.

³⁹ За съжаление тази функция на презумпцията по чл. 10а ЗН не винаги се отчита в новата ни литература. Такъв е случаят при изследването на Аспарухова, К., Наследяването по закон. Сиела, С., 2012 г., с. 61-62, която при разглеждане на въпроса за времето на откриване на наследството не обсъжда хипотезата на т. н. едновременна смърт на две или повече лица и изобщо не споменава презумпцията по чл. 10а ЗН.

⁴⁰ За възможните технически решения относно систематичното място на разпоредбата на чл. 10а ЗН в рамките на Глава първа на ЗН вж. Ставру, С., Петров, В., Дискусии в българското наследствено право, цит. съч., с. 78.

⁴¹ Това се приема безспорно и единодушно в процесуалната ни теория, вж. Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р., Българско гражданско процесуално право, цит. съч., с. 260.

⁴² Пак там, с. 260-261.

⁴³ От времената на римското право до наши дни проблемът за наследяването в случай на т. н. едновременна смърт на две или повече лица е известен под условия (до известна степен) термин „комориенти“ („*commorientes*“, от лат. „*commorior*“ – умирам заедно). По повод произхода на съществителното '*commorientes*' Hamza, G., *Réflexions sur les présomptions relatives aux comourants (commorientes) en droit romain.* – *Revista interna-*

насам⁴⁴ само и единствено за случаите, при които не може да се установи момен-

cional de derecho Romano. Octubre 2008, p. 43, бел. под линия № 6, отбелязва че един от недостигналите до нас трудове на Платон, озаглавен „*Commorientes*”, е бил базиран върху едноименна комедия „*Synapothneskontes*” („*Мъже, умиращи заедно*”) на древногръцкия автор Дифилус, творил през втората половина на 4-ти век пр. Хр. Самият термин „*commorientes*” преминава от римското право чрез средновековната юриспруденция в съвременната европейска правна лексика. Вж. Mutzenbecher, E., Die Lehre von den Kommorienten. Universität Tübingen, Diss. Jur., 1901, цит. по Böckel, F., Kommorienten. – Archiv für die civilistische Praxis, 1902, S. 479 ff.; Wehling, J., Kritische Betrachtung der Kommorientenvermutung früherer und heutiger Rechte unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Thüringische Landesuniversität Jena, 1943, S. 1-40; Hamza, G., Réflexions sur les présomptions relatives aux comourants (commorientes) en droit romain. – Revista internacional de derecho Romano. Octubre 2008, p. 42-68 (публ. и в: Knotе, H., Kohler, H. (Hrsg.), *Staus Familiae*. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag. München, 2001, S. 146 ff.); Jurewicz, A., *Commorientes*. Einige Bemerkungen zu dem Rechtsinstitut im polnischen Zivilrechtssystem. – Clio@Themis 2015, no. 8 и др. Под прякото влияние на романските правни идеи и терминология в по-старата българска доктрина терминът „комориенти” е превеждан като „съумрели”, т. е. две или повече лица, починали заедно, най-често при едни и същи обстоятелства, в резултат от един и същ нещастен случай – вж. Тончев, Д., Коментар върху Закона за наследството. Том IV, цит. съч., с. 11-16.

44 В следкласическото римско право въпросът за наследяването при липса на данни относно реда на умирацията в тези хипотези е бил решаван с помощта на две оборими презумпции, чието прилагане е водело не само до разместване на доказателствената тежест, но при необорването им – и до логически противоположни материалноправни последици при всички отношения, при които моментът на смъртта на две или повече лица и поредността на настъпването ѝ имат правно значение – презумпцията за преживяването и презумпцията за едновременната смърт. Приложното им поле е било диференцирано в зависимост от наличието или отсъствието на пряка родствена връзка по права линия между починалите при един и същи нещастен случай лица. Като допълнителен критерий за прилагане на презумпцията за преживяване е била вземана възрастта на низходящия – дали е достигнал пълнолетие. В първия случай – при наличие на родство между „съумрелите”, се считало, че ненавършилиите пълнолетие деца (низходящи) са починали преди техните родители (възходящи) – D.23.4.26.pr, D.34.5.23, а пълнолетните низходящи са умрели след техните родители (възходящи) – D.34.5.9.1. Съобразно тази презюмирана поредност на настъпване на смъртта наследствата на тези лица се считали открити последователно и наследяването се уреждало по общите правила. Във втория случай – при липса на родствени връзки между лицата, загинали при един и същи нещастен случай, се е прилагала презумпцията за едновременната смърт, т. е. считало се е, че всички тези лица са починали в един и същи момент и взаимното наследяване помежду им било изключено. За да се приложи презумпцията за едновременната смърт на две или повече лица, необходимо условие било, смъртта им да е причинена и да е настъпила при едно и също нещастно събитие. Съотношението между презумпцията за преживяването и презумпцията за едновременната смърт в римското право се определя от романистичната литература като специална към обща норма, доколкото при невъзможност да се установи поредността на умирацията на родители и деца винаги се е приемало, че родителите са починали преди пълнолетните си низходящи (*puberes*), но след децата

тът, в които е умряло всяко от лицата и отгук – последователността на настъпване на смъртта им. Когато обаче обстоятелството, че лицата са умрели в по-различна поредност или моментално – в един и същи миг (година, месец, ден, час, минута, даже секунда⁴⁵), бъде безспорно установено чрез пълно обратно доказване, презумпцията по чл. 10а ЗН е успешно оборена и от тук насетне съдията не е обвързан от задължението да приеме презюмирания факт (че най-младият е умрял последен) за осъществил се, без да се нуждае от доказване.

С оглед на изложените съображения не би могло да бъде безрезервно споделено изразеното в най-новата ни теория виждане, че „презумпцията по чл. 10а ЗН следва да се прилага и в случаите, при които се установи по безспорен начин, че лицата действително са починали едновременно – в резултат на един и същ факт, който е причинил смъртта им мигновено (подчертаното мое, Е.М.)“⁴⁶. Струва ми се, че този тълкувателен извод не държи в достатъчна степен сметка за римската правно-историческа традиция, чийто своеобразен продължител е оборимата презумпция на чл. 10а ЗН, нито за нуждите, които изобщо са извикали на живот прилагането на презумпциите за едновременната смърт или за преживяването, нито за смисъла, в който те се тълкуват и прилагат в чуждите правни системи, които са ги възприели. А тези фактори са от съществено значение за правилното разбиране на точния смисъл, вложен от законодателя в презумпционната предпоставка „да не може да се установи последователността, в която е настъпила смъртта“ на всяко от няколкото умрели лица. Тъкмо тя предопределя пределите, в които е допустимо прилагането на оборимата презумпция по чл. 10а ЗН.

Да се приеме тезата, че и при безспорно установена едновременност на настъпването на смъртта на загиналите се прилага презумпцията по чл. 10а ЗН, това означава *contra legem* да придадем на тази норма материалноправен характер, доколкото прилагането ѝ в разискваната хипотеза би довело до промяна в действителния и безспорно установен по делото момент на смъртта на някой от „съумрелите“ (по-конкретно, на най-младия). В такъв случай разпоредбата на чл. 10а ЗН по действието си би се доближила до една *фикция*, тъй като последова-

си, ако последните са били ненавършили пълнолетие (*impuberes*) – Iavolenus lib. 5 ad Cass., D.34.5.22 (23); Gaius lib. 5 ad leg. Iul. et Pap., D. 34.5.23 (24); Papinian lib. 4 resp., D. 23.4.26pr.; Triphoninus lib. 21 disp., D. 34.5.9 (10).1.4.). В останалите случаи се е прилагала общата презумпция за едновременна смърт на комориентите. Вж. Kaser, M., *Das Römische Privatrecht*. Bd. 1. München, 1971, S. 237; Hamza, G., *Iura antiqua ac iura moderna methodo comparativa investigata – Opera selecta*. – In: *Ausgewählte Schriften zur antiken Rechtsgeschichte, zur Rechtsvergleichung und zum geltenden Recht*. Band I. Elte Eötvös Kiadó. Budapest, 2010, S. 159 ff.; Nótári, T., Papp, T., *The Problem of Simultaneous Death in the Law of Inheritance – Historical and Comparative Approaches*. – *Fiat Institutia*, 2013, No. 2, p. 12-28.

⁴⁵ Напр. при взрив, който е разкъсал мигновено телата на всички, намиращи се на мястото на събитието и това обстоятелство е установено безспорно от изслушаната и приета по делото експертиза.

⁴⁶ Това поддържат Ставру, С., Петров, В., *Дискусии в българското наследствено право*, цит. съч., с. 80.

телността на умирацията, при която най-младият се приема да е умрял последен, тук вече наистина се оказва *фингирана*, т. е. *измислена*. Ще се стигне до там, че приемаме за съществуващ един факт (че най-младият е умрял последен), който в действителност не се е осъществил, само и само за да направим възможно взаимното наследяване между лица, които безспорно са починали в един и същи момент и с оглед на това са неспособни да се наследяват един другото нито пряко, нито по заместване, нито по завещание (арг. от чл. 2, ал. 1, б. „б” и чл. 42, б. „а” ЗН). Подобен извод е не само противен на закона и теоретично неудържим⁴⁷, но се отхвърля категорично и от съдебната практика, която е имала случай да изтъкне с основание, че разпоредбата на чл. 10а ЗН не променя установения момент на откриване на наследството по смисъла на чл. 1 ЗН, нито материалноправните разпоредби относно реда за призоваване към наследяване (така **Решение № 332 от 25.2.2015 г. по в.гр.д. № 3380/2013 г. на Окръжен съд-Варна**). Прочее, струва ми се, че целта на оборимата презумпция по чл. 10а ЗН е не изобщо да изключи като юридически немислима и невъзможна хипотезата на едновременно (в един и същи миг) настъпила смърт на две или повече лица, нито да изключи другата възможност – че по-възрастният е починал след по-младия. Противното би означавало да отречем оборимия ѝ характер и с това – същността ѝ на доказателствено правило. Тълкуването и прилагането на разпоредбите на ЗН в съответствие с точния им смисъл, вложен в тях от законодателя и произтичащ от самия римскоправен генезис на презумпцията за преживяването по чл. 10а ЗН, налагат да се примирим с извода, че при успешното ѝ оборване чрез пълно обратно доказване на факта на едновременната мигновена смърт на две или повече лица, взаимното наследяване помежду им е изключено (арг. от чл. 2, ал. 1, б. „б” и чл. 42, б. „а” ЗН). Всяко друго тълкуване би било едно „насилие” върху оборимия характер на презумпцията по чл. 10а ЗН, водещо до недопустимо влагане в нея на един фингиращ ефект, какъвто тя не притежава и не е изпълнявала в нито един момент от съществуването си през двете хилядолетия, откакто е сътворена.

⁴⁷ Самите Ставру, С., Петров, В., Дискусии в българското наследствено право, цит. съч., с. 72-73 отхвърлят категорично и с убедителни аргументи възгледа, че нормата на чл. 10а ЗН е фикция.

Ключови думи

*Ньойски договор,
парламент, правителство,
Конституция, клаузи, условия,
международен договор*

Key words

*Treaty of Neuilly, Par-
liament, Government, Constitu-
tion, Clauses, Conditions, Inter-
national Treaty*

Prof. Ekaterina Mihaylova, Ph. D.

Treaty of Neuilly and the Parliamentary Debate

Prof. Ekaterina Mihaylova, Ph. D.

*Member of the Law
Department of New
Bulgarian University*

*e-mail:
ekmihaylova@nbu.bg*

*Professor in History
of Bulgarian State and Law*

*Areas of speciali-
zation: Parliamentarism and
rule of law in Bulgaria,
Political governance models,
Constitutional law.*

*Member of the 36, 37,
38, 39, 40, 41st National As-
sembly of the Republic of Bul-
garia. Vice President of the
40 & 41 National Assembly.*

*Member of the Com-
mission on Pardons to to the
Head of State.*

*Author of mono-
graphs and articles in profes-
sional periodicals. Publica-
tions and interviews in print
and electronic media on con-
stitution, government agen-
cies and others.*

The article examines the events related to the negotiations and signing of the Treaty of Neuilly – 1919-1920. Moreover, the author explores the conditions for signing international treaties, under the Tarnovo Constitution, as well as parliamentary debates over the ratified amendment of its article 17, voted in 1911. Furthermore, the positions of the Bulgarian delegation during the Paris negotiation are presented.

The parliamentary debates devoted to the negotiations, and afterwards to the signing, of the Treaty are elaborated in detail by listing positions of the government and members of parliament. The article presents an analysis of the constitutionality of actions undertaken by the Government, Parliament and Monarch. The research provides detailed citation of statements and letters from leading politicians in the course of the negotiations and signing of the Treaty of Neuilly.

проф. д-р Екатерина Михайлова

Ньойският договор и парламентарният дебат

След Първата световна война България е сред загубилите войната държави. България се включва във войната на страната на Централните сили – Германия, Австро-Унгария и Турция. Главният мотив, който води цар Фердинанд и правителството към това решение, е по този начин да се поправи неправдата, сторена с Букурещкия договор от 28 юли 1913 г., според който от територията на страната са откъснати земи, населени предимно с българи. Разбира се, решението е взето и съобразно с външнополитическите и икономически интереси на държавата. Подписаното Солунско примирие на 29 септември 1918 г. има характер на капитулация и България, както и останалите съюзници от Централните сили, е принудена да сключи договор, който ще предначертае бъдещето на Европа. Редица изследователи считат, че „новият ред“, който се въвежда в Европа в резултат на Парижките мирни конференции от 1919–1920 г. са една от причините, която води до Втората световна война. С подписването на Версайския, Сенжерменския, Трианонския и Ньойския договор се нарушават международните традиции и правила, според които, след приключване на война, победители и победени, посредством дипломатически преговори, съвместно сключват мирни договори. Тази традиция се установява с Вестфалския конгрес от 1648 г., утвърждава се от Виенския конгрес от 1815 г., Парижкия конгрес от 1856 г. и Берлинския конгрес от 1878 г. Договорите от 1919–1920 г. обаче имат характер на диктат и въвеждат крайно жестоки клаузи върху победените страни. Това дава отражение върху последвалите събития¹.

¹ Дневник (1919 г.) Ньойски мирен договор. Съставители: Болярски, Ц., Ванова, Л. С., 2005, с. 5.

Генов, Г. *Ньойският договор и България*. С., 1935, с. 5: На Виенския конгрес победената Франция е допусната да участва наравно с победителите и чрез своя министър на външните работи играе не малка роля на самия конгрес. Франция почти запазва границите си.

Целта на това изследване е да проследят и анализират, от правна гледна точка, действията на българските политици в тази изключителна сложна ситуация, в която са поставени. Начинът, по който те реагират, може да бъде видян не само през архивни материали и спомени, но и през стенографските дневници на Народното събрание, парламентарните процедури и дебати. Въпросът, който поставям, и на който ще търся отговор, е спазени ли са изискванията на българската конституция при воденето на преговорите, подписването и ратифицирането на договора, както и какви са били позициите, изразени от българските депутати и министри, от основните политически сили. Изследването обхваща периода на воденето на преговорите в Париж до влизането в сила на Ньойския договор през 1920 г.

Първо ще се спра на основните текстове от Търновската конституция, които се отнасят до международните договори. Първоначалната редакция на чл. 17, изработена от Лукиянов, изрично определя българското княжество като васално на султана. Васалността се изразява чрез политическото ограничаване на свободата за външнополитическо договаряне без съгласието на държавите, подписали Берлинския договор².

В приетата на 16 април 1879 г. Конституция на Княжество България се предвижда в чл. 17 Князът да представлява Княжеството във всичките му взаимоотношения с други държави. Следващата норма на посочения член ограничава правомощията на държавния глава до това да може да сключва договори при упълномощаване от Народното събрание само с правителствата на *съседните държави* и то само *за работи по управлението* на Княжеството. Това ограничение е направено като резултат на „васалността на България и съобразно с това тя се лишаваше от права, които принадлежат на една независима държава“³. Отпадането на необходимостта да се иска „съгласие от държавите-контрахенти по Берлинския договор“ е премахнато при преглеждането на проекта в Петербург, като за да не се „възбудят подозрения на великите сили“, се приема, че договорите няма да са политически или военни, а ще се отнасят до „чисто и просто административни“ въпроси⁴.

На Парижкия конгрес победената Русия също взема участие наравно с победителите, претърпява сравнително малки териториални загуби, по-големи са морално-политическите.

На Берлинския конгрес пред 1878 г. победена Турция не само участва заедно с Великите сили, но се радва и на особено благоволение от англичани и австрийци.

² Владикин, Л., *История на Търновската конституция*, С. 1936, с. 232.

Първоначалният чл. 17: „Князът е представител на страната във всичките ѝ външни сношения с чуждестранните държави; той встъпва с тях в договори и сключва конвенции по пълномощно от Народното събрание и със съгласието на държавите, подписали Берлинския договор“.

³ Алманах на Българската Конституция (по случай създаване третото българско царство). Учреждаване и прегледи на Конституцията (нейния произход и изменения). Съст.: Петър Бакалов. Пловдив, 1911, с. 729.

⁴ Владикин, Л., *История на Търновската конституция*. С., 1936, с. 233.

В мотивите на предложението от Демократическото правителство към законопроекта за изменение на Конституцията, внесен в XIV Обикновено народно събрание, III редовна сесия, открита на 15 октомври 1910 г., се посочва, че чл. 17 следва да се измени, тъй като след обявяването на Независимостта на България, тя трябва да получи права, които „принадлежат на една независима държава“. Редът, който се визира за международните договори, е ред, „установен в повечето инострани либерални конституции“, като се прави сравнение с френската, белгийската, нидерландската, италианската, сръбската и гръцка конституция⁵.

На 11.7.1911 г. Петото Велико народно събрание приема изцяло нова редакция на чл. 17 от Конституцията, според която *„Царят е представител на държавата във всичките ѝ сношения с другите държави. От негово име правителството преговаря и сключва с други държави всички договори, които се утвърждават от царя. Тия договори се съобщават от министрите на Народното Събрание, щом като интересите и сигурността на страната допускат това (чл. 92 от Конституцията)⁶“*.

Обаче договорите за мир, търговските, както и всички договори, които налагат разходи на държавата или съдържат изменения на съществуващите закони, или засягат публичните или гражданските права на българските поданици, стават окончателни само след приемането им от Народното Събрание.

В никой случай тайните постановления на един договор не могат да унищожават явните му постановления“.

Парламентарните дебати относно приемането на новата редакция на чл. 17 са изключително оживени в събранието, като са предхождани от „цяла буря в печата и в умовете“⁷. От името на комисията докладчикът А. Д. Буров заявява: „Комисията наме-

⁵ Алманах на Българската Конституция..., с. 729.

⁶ Чл. 92. Събранието може да поканва министрите и комисарете да дойдат в заседание, за да дават потребните сведения и разяснения. Министрите и комисарете са длъжни да дойдат в Събранието и да дадат лично исканите обяснения. Министрите и комисарете, под своя отговорност, могат да премълчават таква работи, за които ако се разгласи не у време, може да се повредят държавните интереси.

⁷ Владикин, Л., *История на Търновската конституция*. С., 1936, с. 231.

„Член 17-и възбуди на времето си цяла буря в печата и в умовете. Повечето бяха на мнение, че се увеличават прерогативите на държавния глава и понеже, както много пъти се изтъкна, епохата беше пропита с народовластнически увлечения, мнозина се обявиха против изменението и за да подкрепят тезата си, преувеличаваха, както обикновено става при агитация, лошите страни, а добрите премълчаваха.

Всъщност работата беше много по-проста, отколкото е изглеждала на нашите бащи в 1911 г. Разпалването на страстите идваше от буйната любов, искрена или престорена, на партиите и на Великото народно събрание към крайната демокрация, която отрича тайната дипломатия. Но противодействието идваше може би и от някакво смътно предчувствие за бъдеща опасност, което народите понякога проявяват: чл. 17 позволи да се сключи недомисленият Балкански съюз с познатите негови преки и косвени последици, гибелни за нашия народ“.

ри, че по принцип, утвърждението на договорите е прерогатива на изпълнителната власт...“⁸. Подчертава, че актът, който се извършва, не трябва да „бъде частен акт от отделна област на едно министерство, а да бъде акт на управление в широк смисъл, за да бъдат отговорни *солидарно* всички министри, които участват в кабинета“⁸. Д-р В. Радославов изразява мнението на либералната партия, като предлага всички международни договори да се внасят в Народното събрание, като по този начин ще се разсеят страховете и съмненията, „че държавният глава и правителството могат да предадат едно народно дело на чуждите интереси“⁹. Той изтъква, че когато има въпроси, свързани с националната сигурност, събранието може да разглежда тези договори при закрити врати, което е правено и до тогава⁹. Демократическата партия акцентира върху това, че изпълнителната власт е тази, която трябва да води преговори и сключва договори, но че гаранцията занапред е, че договорите ще се сключват със съгласието на министрите, т. е. при солидарната отговорност¹⁰. Народно-либералната партия предлага публич-

⁸ Алманах на Българската Конституция..., с. 790.

⁹ Пак там, с. 794.

„Мнение на Либералната партия:

Д-р В. Радославов: ...Аз не мога да се съглася с такава една редакция затуй, защото българското правителство не значи българските министри само и българският Министерски съвет; българското правителство даже значи включително и държавният глава... Защо ще караме народните представители да мислят, да се съмняват, че държавният глава и правителството могат да предадат едно народно дело на чуждите интереси? (одобрение от земеделската група). Ето защо аз мисля, че ние всички, заедно с правителството можем да се съгласим в туй отношение, да се внася всеки един сговор в Събранието и тогава няма никакъв страх, никаква опасност...

Ами че това става и сега. За известни въпроси в Народното събрание се разисква при закрити врати, и ония, които са от вън, мъчно могат да се научат, па и да се научат за някои работи, ако виждат, че са добри за държавата, не ги съобщават. Така щото, моето мнение е, че като приемем законопроекта по принцип, трябва да препоръчаме на комисията да има това пред вид, и в туй отношения, вярвам, ние ще удовлетворим едно народно желание, ще затворим вратите на широката агитация, на недобросъвестните агитатори, които не ще имат основание за вредни агитации.“

¹⁰ Алманах на Българската Конституция..., с. 795–798.

„Становище на Демократическата партия

Рашко Маджаров: ...Общият конституционен и парламентарен въпрос е, че царят няма право да прави никакви актове. Ние внесохме това изменение – това трябва да подчертая, защото и то трябва да бъде знайно – от страх да не би да е имало или да има възможност да се сключват каквито и да било тайни съглашения, тайни съюзи. Ние създадохме или намалихме права?... Длъжен съм, в този ред на мисли, да ви кажа, че България, както всички европейски държави, не може без международни съглашения... и изменението на чл. 17 е една гаранция занапред, защото ние казваме, че договорите трябва да се сключват от изпълнителната власт, или от царя, със съгласието на министрите. А ние не можем да имаме толкова долно мнение за които и да е седем

ността да е средството, което да принуди правителството да постъпва не само отговорно, но и компетентно. Поради това предложението им е всички договори да бъдат одобрявани от Народното събрание¹¹. От името на Земеделският съюз, Социалдемократическата партия и Радикал-демократическата партия е внесено предложение с нова редакция, според която правителството преговаря и сключва договорите, като те се утвърждават от царя само след одобрението на събранието¹².

Министър-председателят Иван Гешов защитава внесените за гласуване текст, като подчертава, че чрез него се разширяват правата на България, че „една държава, която няма това право, като че е една държава нахърнена, осакатена в своите права“¹³. Министър Т. Теодоров го допълва, като се основава на принципа за разделение-

представители на обществено течение, и да мислим, че те няма да се противопоставят и че ще създадат положение, унижающе достойнството на България“.

¹¹ Алманах на Българската Конституция..., с. 799—803.

„Гледище на Народно-либералната партия

Д-р И. Момчилов: Специално за чл. 17 г. г. народни представители, позволете ми да ви кажа, че той е най-голямото нещастие, което може да се измисли, откак България съществува.

И за да бъде запазен българският народ от една такава евентуалност, която може да му струва много скъпо, аз виждам единствената гаранция в публичността, защото когато дойде въпрос да се решават едни подобни въпроси, преди да бъдат приети, преди да бъдат подписани, когато се знае, че те ще бъдат внесени за разискване, когато се знае, че те ще станат достояние на общественото мнение, когато се знае, че те ще бъдат подобно разкритикувани, всеки един, преди да се произнесе в тоя или ония смисъл, ще ги проучи; ако не ги разбира, ще се помъчи да ги разбере и тогава ще се произнесе. Там е гаранцията, която публичността дава. И когато махнете вие публичността, остава ви третата гаранция – министерската отговорност...“.

¹² Алманах на Българската Конституция..., с. 804.

Предложението, внесено чрез видинския народен представител Йосиф Фаденхехт: „Царят е представител на държавата във всичките ѝ сношения с другите държави. От негово име правителството преговаря и сключва с другите държави всичките договори. Те се утвърждават от царя, след одобрението им на Народното Събрание“.

¹³ Алманах на Българската Конституция..., с. 805.

„Решението на коалиционното правителство:

Министър-председател И. Гешов: „по чл. 17 станаха най-дългите дебати; по него и най-много се агитира в страната; но г. г. народни представители. Ако вникнете добре в него, вие ще видите, че той не представлява някои разширения правата на България, в тоя смисъл, че и България, като други държави, ще може, на основание на него, да сключва в бъдеще тайни договори. Струва ми се, г. г. народни представители, че едно размишление е достатъчно, за да ви убеди, че една държава, която няма това право, като че е една държава нахърнена, осакатена в своите права...“

Преди всичко, г. г. народни представители, ония от вас които са се занимавали с тия въпроси, ония от вас, които са чели напр. известна книга на Андре Тардио “ La France

то на властите на Монтеско и традициите на Англия, „люлката на конституционализма“, че външната политика принадлежи на изпълнителната власт¹⁴.

След подписването на Солунското споразумение Съглашението налага нови тежести за България, а именно страната ни трябва да изтегли войските си от Добруджа. Като резултат от тези действия, в знак на протест, министър-председателят Александър Малинов подава оставка на правителството на 18 октомври 1918 г., след което се съставя коалиционно правителство начело с Теодор Теодоров. На това правителство се пада тежката задача да проведе преговорите за мирния договор, за условията в който то може „само да гадае, изчаквайки деня, когато ще бъде поканено да се запознае със залегналите в него клаузи, с надеждата, че те няма да бъдат прекалено тежки“¹⁵.

Парижката мирна конференция е съставена още в края на 1918 г., а първото ѝ заседание е свикано през януари 1919 г. В нея участват 27 държави-победителки, като за председател е определен Жорж Клемансо. Държавите, загубили войната, не се допускат до конференцията. На 11 юли 1919 г. е съобщено на българското правителство да определи делегация за преговорите в Париж. Министър-председателят Т. Теодоров се заема веднага със съставянето на делегацията и предлага в нея да влязат представители на всички политически сили, като по този начин се демонстрира единство в позициите. След известни разногласия относно състава, делегацията е определена: Теодор Теодоров, министър-

et ses alliances”, са видели, че днес мирът в Европа се крепи благодарение на тия съюзи, и без съюзи, едва ли тоя мир щеше да бъде тъй осигурен, както е днес...

Втората полза от тия съюзи е, че държавата, която влиза в някой от тия съюзи, като неизоллирана вече, не е принудена да се съсипва от прекалени разноски по войската... Но попитайте какви щяха да бъдат тези разноски, ако не съществуват тия съюзи...

Третата една полза от тия тайни договори и съюзи е тая, че сключването на един, ако не нападателен, то отбранителен съюз, понякога е въпрос на живот или смърт на малки държави. И голяма е отговорността на държавника, който лиши отечеството си от това средство за неговата защита, за неговото, може би, спасение...“.

¹⁴ Алманах на Българската Конституция..., с. 814.

„Министър Т. Теодоров: (от народната партия)... че по теория, установена още от времето на Монтеско и безспорна за англичаните, безспорна за французите, за белгийците и т. н. външната политика принадлежи на изпълнителната власт, не принадлежи на законодателя по начало. Още Монтеско, когато делил властите, е казал, че външната политика сношението на държавата с другите държави е от областта на изпълнителната власт, не на законодателната. Това е „а-б“ в публичното право, в конституционното право. Щом това е така, никак не е за чудене, защо в Англия, люлката на конституционализма, са казали, че кралят е представител на държавата в сношенията ѝ с външния свят, той сключва и ратифицира всичките договори от всякакво естество и, ако няма опасност за интересите на страната, съобщава ги; ако има опасност – не ги съобщава на парламента“.

¹⁵ Райчевски, С., *Ньойския договор 1919 г. Диктат и неизпълнени обещания*, С. 2010, с. 11.

председател и министър на външните работи и изповеданията, ръководител на делегацията; Венелин Ганев, министър на правосъдието; Янко Сакъзов, министър на търговията, промишлеността и труда; Михаил Сарафов, дипломат и бивш министър; Александър Стамболийски, министър на обществените сгради, пътищата и благоустройството.

Към делегацията има аташирани съветници и експерти: Иван Евстатиев Гешов, депутат от Народната партия и бивш министър-председател; Иван Луков, началник-щаб на армията; Богдан Морфов, директор на железниците; Стефан Панаретов, посланик в Съединените щати, Димитър Цоков, бивш пълномощен министър, д-р Никола Сакарон, народен представител и др.¹⁶ Делегацията, като състав, цели да покаже и вътре в страната, и извън нея, че няма политическо разединение по въпросите, свързани с преговорите. Тя пристига в Париж в края на юли, настанена е в замъка „Шато дьо Мадрид“.

Делегацията е в пълна изолация, забранени са посещения на външни лица, не ѝ е позволено да присъства на заседанията на конференцията. Поради това, позицията на българската делегация може да бъде намерена в изложения и писма, изпратени от нея до конференцията. На 29 август 1919 г. министър-председателят Т. Теодоров връчва изложение до председателя на конференцията Ж. Клемансо от името на българското правителство и делегация. В него той признава, че може да има основание да се търси отговорност от България за допуснати политически грешки, но също така отбелязва, че трябва да се отчитат фактите безпристрастно. Акцентира върху това, че „България смее да поиска щото народното единство, което ѝ е присърце, да ѝ бъде великодушно позволено, като на един народ, достоен да живее на една база на приятелство и равенство с другите балкански народи, то, щото да ѝ бъде дадено на Конференцията естествени граници и свободен излаз на море“¹⁷. Посланието в това изложение е да бъдат изтъкнати основните послания за мир, но се цели и то да бъде прочетено от делегатите.

Следва писмо от 2 септември 1919 г. от Т. Теодоров до главния секретар на Конференцията за мир Пол Дюгаста, в което настоява спрямо България да бъде приложен принципът на *самоопределение* на народите. В писмото се подчертава, че „най-сигурното средство за лекуване е да се даде пълна свобода на тези народи, да определят сами съдбата си“, както и че „политиката на унижение, наказание, намаление и пр. на България и фаворизиране, въпреки всичко и с всички средства, на нейните съседи, нито е разумна, нито е справедлива“. В това писмо се използва и аргумент за единството на политическите сили и институции, поради което се обръща внимание и на обстоятелството, че българската делегация е съставена от „водачите на пет български политически партии, които изчерпват

¹⁶ Муравиен, К. *Договорът за мир в Ньой*. С., 1992, с. 61–63.

В спомените си Константин Муравиен разказва, че Стамболийски е бил против в делегацията да влязат представители на всички партии, тъй като някои от тях са водили войната или са уязвими и предлага делегацията да е малобройна и дееспособна.

¹⁷ Райчевски, С. *Ньойският договор 1919 г. Диктат и неизпълнени обещания*. С., 2010, с. 24.

целия български народ“, които в „съгласие с цялото свое политическо минало, в съгласие с Българския цар“ ще бъдат „сигурен инструмент“, който гарантира провеждането на политика на мир¹⁸. Доводите, изложени в писмото са издържани и правно, и политически. Политическите и правни учения сочат, че най-добрият начин да се решават спорове за териториални претенции е по пътя на плебисцита. Съставът на делегацията, с подчертаването на единството на позиции в нея в миналото и в настоящето от една страна, и единството им на позиции с новия държавен глава, цели да убеди победителите, че България се разграничава от миналите си политически и държавни водачи и поема по нов път.

На 19 септември 1919 г. проекто-договорът е връчен на българската делегация, като е даден 25-дневен срок да бъдат подадени писмени възражения. В реч, предварително одобрена от Министерския съвет и цялата делегация, Т. Теодоров изтъква, че правото на народите е неразруσιμο, „затова, позволено е на една виновна държава,

¹⁸ Николова, В., Стоянова, Р. *Политиката като отговорност и изпитание. Теодор Иванов Теодоров 1859-1924. Кореспонденция. Речи. Спомени на съвременници*. С., 2014, с. 118 и сл.

Писмо от председателя на Българската делегация Теодор Теодоров до главния секретар на Конференцията за мир Пол Дюаста, в който излага българската позиция по условията на мирния договор Ньой на Сена, 2 септември 1919 г.

„Поставен начело на българската делегация за мир, аз считам за своя най-повелителен дълг да ходатайствам за един мир, който да утвърди веднъж завинаги мира в този вулканически кът на Европа, който се нарича балкански полуостров, за доброто на всички народи, които го обитават и в интерес на цялото човечество, което желае този мир...

Политиката на унижение, наказание, намаление и пр. на България и фаворизиране, въпреки всичко и с всички средства, на нейните съседи, нито е разумна, нито е справедлива...

Най-сигурното средство за лекуване е да се даде пълна свобода на тези народи, да опеределят сами съдбата си, както всички освободени от робството на Турция народи от 1912 г. насам, е да се подвргнат на плебисцит. Ако този плебисцит не може да се извърши сега, нека се положат основите му за в бъдеще, а дотогава тям да се осигури едно автономно управление под непосредствената власт на една или повече велики държави или на Обществото на народите...

Днес в делегацията на България за мира се намират водачите на пет български политически партии, които изчерпват целия български народ (без комунистите и демократите) и които са дошли тук, не за да изпълнят само една формалност с подписване на мирния договор, за да положат здравите основи за бъдещата политика завинаги. Те, в съгласие с цялото свое политическо минало, в съгласие с Българския цар, който е и ще бъде сигурен инструмент на същата политика, искат да възложат всичките свои надежди за в бъдеще на Франция и на нейните съюзници и да направят от България най-здравата опора за тяхното дело за мир и напредък на Балканите.“

На 3 октомври 1918 г. цар Фердинанд абдикира и на 4 октомври с. г. има възшествие на цар Борис III.

даже на една победена държава, да се позове на него“. Освен това той подчертава, че идеалът, който българите са преследвали „е бил винаги чист и законен“, тъй като се основава на „всички права, които историята, етнографията, традицията и международните договори могат да дадат на една нация“. И още – „Законните граници на България, те са посочени по начин безспорен от историята, етнографията и международните актове. Но, понеже те се оспорват, нека заинтересованите населения бъдат повикани да се изкажат сами за своето бъдеще чрез един плебисцит. Ние ще се преклоним пред тяхното решение без упреци, без огорчение“¹⁹.

Според дневника на Венелин Ганев речта, подготвена от правителството, е била със съдържание примирително и „градено върху канавата на *mea culpa*“. Впечатлението от нея било „умилително, даже плачевно“. Терзанията на делегацията са, че цената на водената от преди от други лица политика, ще се заплаща от днешните държавници. Българските делегати основателно са притеснени как ще се погледне в страната им на договора за мир „от ония, които още тъй чисто-сърдечно и уверено очакват, световната правда у нас“²⁰. Отговорът на тези техни тревоги ще получат съвсем скоро, тъй като делегацията се завръща в България. Това тя прави, за да информира Народното събрание за резултатите от преговорите и да получи мандат за подписването на проекта за договор.

Междувременно след проведени праламентарни избори на 7 октомври 1919 г. е съставено ново коалиционно правителство с министър-председател Ал. Стамболийски, а за нов външен министър е назначен народникът Михаил Маджаров.

Отговорът на съюзните и съдружни сили е предаден на българската делегация по преговорите на 3 ноември 1919 г., като ѝ се дава 10-дневен срок да отговори дали ще подпише договора. В нотата се изказва „задоволство, че България посреща благоприятно постановленията, отнасящи се до Лигата на народите, защитата на малцинствата и на труда и вижда в това желанието ѝ да направлява в бъдеще политиката си в съгласие с идеите на международната солидарност“. Въпреки това не се постига облекчение относно териториалните въпроси, отбелязани са и някои изменения, като е заявено на българската страна, че това е окончателният текст. „Границите на България остават неизменни, въпреки че съюзните и сдружени сили признават, че изтъкнатите от България аргументи са ценни“²¹.

Поради отказа на Т. Теодоров да подпише договора и настояването това да се извърши от новия министър-председател Ал. Стамболийски, а и с оглед свиканата на 8-ми ноември сесия на Народното събрание, е възложено на временно оглавяващия българската делегация в този момент Михаил Сарафов да заяви писмено от името на правителството, че ще бъде подписан представеният проекто-

¹⁹ Николова, В., Стоянова, Р. *Политиката...*, с. 313 и сл.

Реч, произнесена от Теодор Теодоров при връчването на българската делегация на условията на мирния договор (речта е била предварително одобрена от Министерския съвет и цялата делегация) – 19 септември 1919 г.

²⁰ Ганев, В. *Дневник*. С., 2005, с. 74.

²¹ Муравиев, К. *Договорът за мир в Ньой*. С., 1992, с. 249–250.

договор. В подадената нота се посочва, че подписването на договора ще стане, само защото „силата и обстоятелствата я принуждават да извърши този акт. Тя е все още убедена, че мирният договор налага на България колкото тежки, толкова и незаслужени условия... Лишена от всички тия територии, обезоръжена, обременена от тежкия товар на финансови и икономически задължения, България е осъдена да води един политически и социален живот, пълен с трудности.

Но България ще подпише този договор...²²

Насрочената Първа редовна сесия на XVII Обикновено народно събрание на 8-ми ноември 1919 г. е свикана да обсъди и да се изкаже по диктата на победителите. Действията на правителството и парламента водят към извод, че българските политици се стремят да ангажират всички институции като следват не само буквата, но и духа на разпоредбите в Конституцията. Правителството търси предварителна подкрепа от парламента, от представителите на народа, за да може впоследствие да е сигурно, че събранието ще ратифицира договора, който ще се подпише.

В заседанието на Народното събрание министър-председателят Стамболийски обявява, че правителството е възложило на него, като министър-председател, да отиде в Париж и подпише окончателния текст на договора. Определеният срок за утвърждаването на проектодоговора от българското Народно събрание изтича на 13 ноември 1919 г. в 19.00 часа вечерта.

Народното събрание бива подробно запознато как са протекли преговорите и със съдържанието на проекта за договор. Във второто заседание на първата редовна сесия, проведено на 9 ноември 1919 г. ръководителят на делегацията Т. Теодоров докладва на депутатите. В изложението той заявява, че е било направено всичко, „за да се защитят правата на България и нейните интереси във всяко отношение“. Уведомява ги, че отговорът, подаден от делегацията е в три ноти, обособени с буква А. В. С. В Първата, която се отнася до създаване Обществото на народите и където са уредени правилата за малцинствата и тези, свързани с международно урегулиране на труда в бъдеще, се докладва, че са възприети без резерви. Втората нота е относно териториалните въпроси и спорове – най-тежкият въпрос за България. Пред депутатите е изтъкнато, че делегацията е дала доказателства за това, че населението, което живее в Южна Добруджа, е българско, че се е възразило относно териториални домогвания на Сърбия за Видинско, Трънско, Церибродско и Струмешко, както и за Западна Тракия. Отбелязано е и предложението, направено от наша страна, населението на засегнатите области да бъде изслушано и да се вземе предвид неговото желание. По отношение на нота С е отговорено на финансови, икономически и военни въпроси²³.

²² Муравиен, К. *Договорът за мир в Ньой*. С., 1992, с. 252–253.

²³ Стенографски дневник, XVII Обикновено народно събрание
Първа редовна сесия, 2. заседание, неделя, 9 ноември 1919 г.

Т. Теодоров: ... Искам да заявя, че всичко беше направено, за да се защитят правата на България и нейните интереси във всяко отношение. Отговорът беше подаден, заедно с

три ноти на 24 октомври и тия три ноти, носещи същата дата, бяха обособени с буква А. В. С...

Т. Теодоров: В първата нота, А, българската делегация изяви, че проектът за мир, в неговата първа част, която се отнася до създаване Обществото на народите, в неговата част трета, която съдържа правилата за покровителстване на меншенствата, и в част 12, която съдържа в себе си правилата за международно урегулиране на труда в бъдеще, се възприема без резерви. Това Общество на народите... предизвикваше в българската делегация чувство не само на одобрение, на готовност да се приемат постановленията, които ги уреждат, но и чувство на благодарност, че великите държави са могли да дойдат до създаването на такъв институт, който в бъдеще ще има за задача да предупреждава за войните и да създава условия за живуване между народите, при които, без да се чака войните да избухнат, ще се попречва на избухването им, като всичко бъде по един мирен еволюционен начин разрешавано предварително...

Т. Теодоров:

С втората нота ние изчерпахме териториалните въпроси, териториалните спорове. Дадохме доказателства за това, че населението, което живее в Южна Добруджа, е българско. Знае се, кое се нарича Южна Добруджа – тя е онази част от българската държава, която беше ни отнета по договора от Букурещ от 1913 г. и дадена на Румъния. Доказахме до очевидност, с данни исторически и етнически, че тази част е била винаги българска и че тя е отнета само по едно насилие в 1913 г.; че има всичките основания, по всички принципи човечески и прогласени от великите държави, тази част от Добруджа да бъде възвърната на България. Дадохме по-нататък възраженията си по отношение на онези териториални домогвания на Сърбия, които конференцията беше вече уважила в проектодоговора, а именно Видинско, Трънско, Церибродско и Струмешко. Също така приведохме данни, по които трябва да се счита, че не само тези земи трябва да ни се възвърнат, но че така също цялото население в Македония, бидейки българско, трябва да се повика да си каже думата при бъдещото определяне на неговата съдба, трябва да бъде изслушано, и ако то желае автономия, нека тази автономия му се даде. По отношение на Западна Тракия, която се отнемаше чрез проектодоговора, ние също наведохме всички съображения, по които не трябва това да стане...

Т. Теодоров:

конференцията да постанови, щото да бъдат те изслушани и да им се даде онуй управление, което те желаят, да бъдат автономни, ако те това желаят, или да се присъединят към онази държава, към която биха изказали желание в голямото си болшинство да бъдат присъединени, но да не се оставя въпросът за тяхната съдба неразрешен, да не се остава техният глас неизслушан, да не се минава без референдум или без едно друго проверяване, изследване на тяхната воля, на техните желания, защото – заключавахме ние – само по този начин ще може да се създаде един траен мир на Балканския полуостров, когато решението, което се вземе, ще почива на волята и желанията на народите; това е най-сигурното средство, за да се успокоят всички и за да настане онзи желан мир на Балканския полуостров, които е едновременно желан мир и от нас...

По отношение на всички останали въпроси, финансови, икономически и военни, ние отговорихме с една трета нота С, пак от 24 октомври. Като казвам нота, разбирам цял мемоар, към който биваха прилагани специални приложения, анекси, за всеки въпрос

Някои от изказванията на народните представители са изключително емоционални и в същото време трезви. Особено вълнуващо е изявлението на царибродския народен представител Васил Костов, който въпреки че селището, в което живее да попада под сръбско владение, призовава към подписването на договора за мир. Аргументите му са, „че българският народ не може да води война. Обаче, той в дъното на душата си има сърце и трябва да протестира против този мир. Той трябва да нарече този мир тъй, както го нарекоха преждеговорившите – мир на насилие, мир на безумие, мир на безчовечие.“

И още нещо, депутати проявяват мъдрост и толерантност към тези, които са водили преговорите и тези, които ще подпишат договора. От изявленията им се разбира, че те добре схващат принципите на представителното управление – решенията се вземат колективно, а на водачите се пада тежката отговорност да ги реализират²⁴.

поотделно... По този начин българската делегация мисли, че не остави неразяснен, незасегнат, неосветлен ни един от въпросите, които се касаеха до бъдещата съдба на България, и които се намираха изложени, редактирани вече в проекта на договора...

²⁴ Дневник (стенографски), на XVII Обикновено народно събрание

Първа редовна сесия, 2. заседание, неделя, 9 ноември 1919 г.

Има думата царибродският народен представител Васил Костов...

С болка на сърцето ида при вас от името на един от краищата, които днес се оставят да останат под сръбско владение, именно от Царибродската околия. С болка на сърцето, казвам, затова защото, ако бяха казали да откъснат нашата Царибродска околия от българския народ, да бяха откъснали поне цялата околия, а те разделиха общини на две, разделиха села на две, а половината от околията е принудена да остане под Сърбия, а половината под България...

Ако има човек в България, ако има човек между народното представителство, това сме единствено аз, и двама, трима мои другари – който трябва да каже, че България не трябва да подпише този мир, че България не трябва да го подпише, макар и да загине всецяло; обаче, макар, че моето поселище остана в чужда територия, мене ми е жал за тая България, в която живея от 40 години и едва ли бих могъл да кажа нещо за неподписването на този мир. Г. Теодоров излезе тук и ви каза, че за вас са казали: „Или на 13-то число ще се явите да подпишете мира, или ще отворим нова война.“ Дали ще можем да водим нова война или не, г. г. народни представители?

Васил Костов:

Мене ми се чини че българският народ не може да води война. Обаче, той в дъното на душата си има сърце и трябва да протестира против този мир. Той трябва да нарече този мир тъй, както го нарекоха преждеговорившите – мир на насилие, мир на безумие, мир на безчовечие.

Но, г. г. народни представители, ние не трябва да правим упреци на този ни пълномощник, който ще остане да подпише във Версайл нашия договор. Кажете, кой от вас може да не подпише този мир и кой ще направи по-добро за България – ние сега ще го

В края на пленарното заседание Народното събрание гласува една декларация, с която изразява негодуванието и скръбта си от предложения мир. В нея освен чувствата, има и възраженията, че се потъпкват основни принципи в международното право, че се отрича правото на самоопределение на народите, че се нарушава справедливостта, че няма да се постигне траен мир. Това е един от най-силните парламентарни актове в историята ни, поради което ще го цитирам дословно:

„Александър Обов:....

(Чете) “С чувство на безгранична скръб Народното събрание узнава, че последната дума на великите съюзни сили по условията на мирния договор с България остава неизменена.

Потъпкват се всички оповестени принципи на международна правда и за свободно самоопределение на народите. Българският народ се наказва с крайна жестокост.

Вместо право на самоопределяне чрез плебисцит за откъснатите части от българския народ, късат се нови части от тялото му, за да се поставят под чуждо робство.

Вместо най-пряк териториален излаз на Егейско море, отнема се на България единственото ѝ пристанище на Егейския бряг.

Вместо гарантиране на свободен политически и икономически живот в страната ни, България се вижда осъдена на политическо и стопанско поробване.

Вместо един мир, който да донесе омиротворение на Балканите, изкопават се нови ями, отравят се още повече отношенията между балканските народи.

Срещу такъв мир Народното събрание смята за свой дълг в този трагичен момент да издигне високо още един път, в името на целия български народ глас на протест.

Никакви прегрешения на управниците на България не могат да оправдаят жестоката присъда, произнесена над българския народ и неговото бъдеще.

В името на историческата правда, в името на оповестените принципи за свобода и справедливост, дори към слабите, в името на милиони невинни българи, които имат право да живеят своя свободен национален живот, Народното събрание протестира против този мир на неправда и, като оставя на отговорността на правителството и по-нататъшните му мероприятия за запазване интересите на България, минава на дневен ред²⁵.

изпратим да направи това. Но, г. г. народни представители, ние сме притиснати до края, до къшето и ние по неволя ще трябва да отидем да подпишем мира...

Това е съветът, който ние можем да отправим към народното представителство и правителството, а същевременно да помолим представителството и правителството да се погрижат за онези бежанци, които, по една или друга причина, не можаха да останат под чуждо иго, а отидоха да се скитат немилни-недраги по България...

Както българския народ, така и народните представители посрещат Ньойския договор „с дълбока покруса поради неправдите, които се извършват“ и те дават „израз на това справедливо негодувание чрез единодушен вот“, чрез приетата от тях резолюция.

²⁵ Дневник (стенографски), на XVII Обикновено народно събрание

Какъвто и коментар да направя, ще е по-слаб от това, което е изречено от народните представители. Едно от най-добрите определения на дебатите в събра- нието и приетата декларация дава Димитър Тодоров, секретар на Всебългарския съюз „Отец Паисий“. Той посочва, че това е „най-силният протест против Ньойс- кия договор“ и че и от ляво, и от дясно народните представители се обединяват „в израз на един възвишен по своето достойнство протест“. Има обаче и още нещо, че всички, които са говорили, остават на следващите поколения един завет: „да работят неуморно чрез силата на правото и справедливостта против тоя договор до унищожаването му, за да настане мир на Балканите, мир на света“²⁶.

На 19 ноември 1919 г. Стамболийски пристига в Париж. На 21-ви се полу- чава запитване, кой ще подпише договора и след кратко съвещание се решава то- ва да се направи само от министър-председателя. Отказът на останалите да под- пишат може да се третира като „един сериозен протест“²⁷.

Министър-председателят Ал. Стамболийски, веднага след пристигането си в Париж се обръща с лични писма към председателя на конференцията Ж. Кле- мансо и ръководителите на делегациите на Сърбо-хърватско-словенското кралст- во, на Гърция, на Румъния с надеждата да се смекчат клаузите на договора²⁸.

Първа редовна сесия, 2. заседание, неделя, 9 ноември 1919 г.

²⁶ В: *Дневник (1919) Ньойски мирен договор*, съставители: Билярски, Ц., Ванова, Л. С., 2005, с. 187–191.

²⁷ Райчевски, С. *Ньойският договор 1919 г. Диктат и неизпълнени обещания*. С., 2010, с. 37.

²⁸ Пак там, с. 39 и сл.

Писмо до Клемансо: „България, след като сложи оръжието, повери бъдещето си на ве- ликите сили победителки. Без съмнение, тя нямаше основание да разчита на благово- лението им, но все пак тя се довери на справедливостта им.

Мирът, който днес ѝ се налага, е горчиво опровержение на надеждите ѝ. България с болка констатира, че във всичките важни постановление на договора, законните ѝ права са пожертвани и пътищата ѝ за развитието ѝ са затворени.

По териториалните въпроси от всички държави, които се явиха пред конференция, Бълга- рия е най-жестоко наказаната. Германия и Австрия загубиха само територии, които бяха завладели, а България губи територии, които от векове принадлежат на народа ѝ...

Конференцията, макар и да държи тия две държави отговорни за ужасната световна трагедия, се пак допусна да се произведе плебисцит във всичките им земи, гдето воля- та на населението не беше ясно проявена, тази справедливост биде отказана на бъл- гарския народ. А вината на България е, че не е успяла да устои на насилническата по- литика, която я хвърли в една противна на народните чувства война...

А тъкмо днес България се най-много нуждае от една силна и авторитетна власт. Насе- лението ѝ, зле пострададо от войната, горчиво разочаровано от мира, живее в едно крайно възбудено състояние. Нещастията му се увеличават от теглата на големия брой бежанци, напуснали през разни времена огнищата си, сега са в ръцете на съседите ни. Тия многобройни бежанци, бездомници и безимотници се лесно поддават на отчаяни-

След неуспеха и на този опит, договърът е подписан от Ал. Стамболийски на 27 ноември 1919 г. в 10 ч. и 30 м. в парижкото предградие Ньой. Веднага след това, при завръщането си в България министър-председателят предприема действия, за да се спазят изискванията на Конституцията и договора да бъде ратифициран от Народното събрание. Първото, което той прави е да информира събранията за подробностите около подписването на договора. Самото внасяне на договора и гласуването на народните представители предстои да се случи по-късно във времето.

Следва да отбележа, че наново виждаме отговорно отношение на политическите водачи на страната, а не просто формално спазване на процедурите. След министър-председателя Т. Теодоров, който информира събранията за преговорите, сега министър-председателят Ал. Стамболийски дава обяснение за събитията и поведението на българските представители на самата конференция и подписването на мирния договор. Това става на 26 декември 1919 г., когато министър-председателят докладва пред Народното събрание. В обръщението си към депутатите Стамболийски заявява, че негов дълг е да ги информира още преди да бъде поставен за разглеждане договърът и че макар и да е знаел, че не може да измени решенията на конференцията, то той си е поставил задачата да подготви „условието за тяхното изменение в едно близко бъдеще“, да пробие „оная ледена покривка около България, която се създаде в продължение на четири години от вражески настроени спрямо нас съседи и велики сили, с които воювахме“²⁹. В същото засе-

ето, и ще бъдат винаги извор на вътрешни усложнения и изобщо една язва в балканските отношения...

България по необходимост ще подпише един лош мир... Тя желае само едно – да изпълни примерно задълженията си, да спечели отново уважението на великите сили, които винаги са били нейни покровителки, и които по една сляпа случайност ѝ станали врагове...

Ако днес България се обръща към бившите си неприятели с позив да забравят миналото, тя върши това, защото самата тя иска да скъса с миналото ...

Великите сили са сега в положението да ни дадат ценното си съдействие при изпълнението на договора. Лигата на народите може да установи по-справедливи граници на Балканския полуостров...“

²⁹ Стенографски дневник, 18 ОНС, I р.с., 22 з., 26.12.1919 г.

„Министър-председател А. Стамболийски:

Дълга да ви дам малки обяснения по онова, което се извърши в Париж и другаде; дължа, казвам, да ви дам обяснения по всичко станало около и при подписването на договора за мир. Наистина, този договор ще бъде поставен наскоро за приемане от вас и тогава, вярвам, всички групи ще имат възможност да се изкажат по политиката, която е докарала самия договор, самите резултати... Намирам, обаче, за потребно, че трябва още при първото си явяване пред вас да ви запозная накратко с извършеното досега. Защото знаете, че сношенията между нас и света, между нас и съглашенските

дание министър-председателят прочита и писмата, които е изпратил до румънската, сръбската и гръцката делегация. По време на заседанието, и министър-председателят, и депутатите, и министрите не успяват да се въздържат от вътрешнополитическите си различия и дискусиата се превръща в междупартийна разправа, взаимни обвинения от миналото и настоящето, на която само фон е договорът от Париж.

На 5 януари 1920 г. като първа точка в дневния ред на Народното събрание е поставено одобрението на договора за мир. Интересен детайл, от процедурна гледна точка, е желанието на част от депутатите договорът да не бъде четен. Налага се министър Р. Даскалов да се намеси с думите: „Де се чуло и видяло? Договор за мир ще се приема и да не се чете. Как така?“, за да се стигне до това, което е правилното, а именно да се прочете и остане докладваният текст в стенографските дневници. Парламентарните дебати са бурни, отношения взимат основните политически групи. Изказванията са за причините довели до договора, за изпълнени и неизпълнени обещания, закани, вини и пр. В крайна сметка мнозинството от депутатите гласува с вдигане на ръка за одобрението на сключения между България и Великите сили: Северно Американските съединени щати, Британската империя, Франция, Италия, Япония, и сдружените с тях държави: Белгия, Китай, Куба, Гърция, Хеджаз, Полша, Португалия, Румъния, Сръбско-хърватско-словенската държава, Сиам и Чехо-словашко, договор за мир, подписан в Ньой на Сена при Париж, на 27 ноември 1919 г. и придружаващите го а) Изпълнителен протокол, б) Протокол за подписване на договора, и в) Конвенция между България и Гърция относително свободата за емигрирането на меншествата³⁰. По силата на Ньойския договор България препотвърждава териториалните клаузи на Букурещкия и Цариградския мирен договор от 1913 г. и е принудена да отстъпи нови територии.

Парламентарният дебат по гласуването на договора се отличава от предходните такива. Ако при предишните болката и несправедливостта от тежките клаузи на договора е водеща, то сега, след подписването му, депутатите и минис-

държави още не са възстановени и вие не сте имали възможност да узнаете какво е ставало...

Не си правех илюзии, че ще мога да изменя окончателните решения на конференцията, тези решения, а за да подготвя условията за тяхното изменение в едно близко бъдеще. Аз отивах да се опитам да пробия оная ледена покривка около България, която се създаде в продължение на четири години от вражески настроени спрямо нас съседни и велики сили, с които воювахме. Аз отивах, между другото, да запозная общественото мнение с онова, което е станало в България, да покажа на културния свят, че българският народ беше въвлечен във войната, че той беше измамен предварително... Исках, казвам, да докажа на културния свят, който ни съди и който ни осъжда, че не сме виновати, че ние страдаме за една чужда политика, че тая политика вече не може да се повтори, че онези, които ръководеха съдбините на България, не са вече в България и не могат да бъдат... Тази беше моята цел.“

³⁰ Стенографски дневник, 18 ОНС, I р.с., 30 з., 5.1.1920 г.

трите в изказванията си основно взаимно се обвиняват за минали и настоящи прегрешения. Езикът на моменти е груб и арогантен, сочат се предимно вините на една или друга партия или политик. Все пак, политическите препирни не стават пречка за ратификацията на договора с мнозинството от депутатите и без да е отчетен глас „против“.

Приемането на Ньойския договор е потвърдено с Указ № 50 от 15 януари 1920 г., а изпълнението му е възложено на министър-председателя Ал. Стамболийски и министъра на външните работи и изповеданията М. Маджаров.

Ньойският договор влиза в сила на 9 август 1920 г.

В ДВ, бр. 117 от 25 август 1920 г. е публикувано известието на МВРИ за съставянето на 9 август 1920 г. в Париж на първия протокол за предаване на ратификациите на договора за мир между България и държавите от Съглашението.

В заключение следва да отбележа, че това, което извършват представителите на институциите – правителството, парламента и монарха, е изцяло съобразено с нормата на чл. 17 от Търновската конституция. Нещо повече, желанието на депутатите, при приемането на този текст от Конституцията е да се изведе като гаранция за защита на българските интереси публичността при воденето на преговорите и подписването на договорите. Това се реализира. Макар и в изолация в Париж, българската делегация веднага след връщането си в България запознава подробно Народното събрание с документацията във връзка с преговорите. Същото се прави и след подписването на самият договор. Посредством тези действия, клаузите стават достояние на обществото.

Също така, следва да отчете ангажираността на изпълнителната власт при воденето на преговорите и подписването на договорите. Във всеки един етап начело на делегацията в преговорите е министър-председателят. Промяната на правителството не променя този принцип – следващият министър-председател е този, който подписва договора. Така в пълна степен се реализира и министерската отговорност и се подчертава, че правенето на външна политика принадлежи на изпълнителната власт, като това се съгласува с държавният глава, комуто принадлежи изпълнителната власт, според Конституцията.

При воденето на преговорите, подписването, гласуването и одобрението на договорите, а в последствие и утвърждаването им от царя, се осъществяват всички изисквания на разпоредбата на чл. 17 от Конституцията. Действията на тези български водачи са издържани не само юридически, но и политически. Най-яркото им проявление е протеста на парламента против наложените несправедливости към България от този мир, но и отговорността, която поемат затова страната ни да излезе от състояние на война, която може да я унищожи.

Ключови думи
*Римско право,
отговорност, съдия, iudex qui
litem suam fecit,
деликти, квазиделикти,*

Key words
*Roman Law, Responsi-
bility, Judge, Iudex Qui
Suam Fecit, Delicts, Quasi-
delicts.*

**Prof. Malina
Novkirishka, Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New Bul-
garian University,
e-mail:
mnovkirishka@nbu.bg*

*Professor of Private
Roman law at the Law De-
partment of NBU*

*Areas of specializa-
tion: private Roman law,
comparative law, history of
Roman law, ancient legal
systems, Roman law recep-
tion in Europe.*

*Author of mono-
graphs and articles in pro-
fessional periodicals in
Bulgaria and abroad.*

Prof. Malina Novkirishka-
Stoyanova, Ph. D.

Roman Law Tradition on the Obligations and the Responsibility of the Judge

The present study intends to bring a reflection concerning a theme treated by the Roman Law for the responsibility of the Judge in two levels- criminal and civil responsibility. The theme has great importance including to the modern days, because it concerns on the Judge's responsibility for his decisions in the cases related by the sources.

The first part is dedicated to status of the Judge and his obligations in the process. The second part considers criminal responsibility for corruption. In the third part the author, on the ground of scarce legal and non-legal sources, researches the main features of the case of judge "who has made the case his own" („Litem suam facere“) in the context of the public obligations of the quasi-delict as an independent source of obligatory relations in the Roman law.

проф. д-р Малина Новкиришка-
Стоянова

Римскоправната традиция за задълженията и отговорността на съдията

I. Въведение

Една от особено чувствителните теми, които вълнуват обществото както в България, така и в Европа, е свързана със съдебната система и по-специално със съдиите, които осъществяват правосъдието във всяка съвременна държава. Научни и политически дебати се развиват в последните десетилетия около проблемите за независимостта и отговорността на магистратите и техните предели, проследява се историческото развитие и актуалното състояние в национален и сравнителен план.

В този смисъл нашата страна не е изолиран остров със стремежа си да направи съществени промени в съдебната система и като цяло да повиши нейната ефективност и общественото доверие към правораздаването. В Актуализираната стратегия за продължаване на съдебната реформа, приета с Решение № 825 на Министерския съвет от 2014 г. е отбелязано, че реформата може да се завърши „като се постигнат действени гаранции за независимост на съда и съдебната власт, осигури се добро управление на органите на съдебната власт и висока ефективност на тяхното функциониране, разгърне се потенциала на човешкия ресурс на съдебната власт и се гарантира високата мотивация, компетентност и социална отговорност на съдиите, прокурорите и следователите, реализира се модерна наказателна политика и необходимите институционални и нормативни реформи и се осигури пълноценно право на справедлив процес на всеки гражданин и ефективна защита на правата на човека”.

Като крайна цел на реформата е определено осигуряването на европейски стандарт на правосъдие на физическите и юридическите лица и превръщането на съдебната власт в ефективен гарант за върховенството на закона и оздравяването на държавното управление и институциите в страната ни.

Същевременно се посочва, че стратегията е основана и разчита на ресурсите и възможностите, произтичащи от нашата принадлежност към Европейския съюз и Съвета на Европа“, което може да се интерпретира в смисъл, че ще се използват различни модели и добри практики от европейските държави, за да се осъществи замислената реформа.

Основните проблеми на реформата са както от организационен характер, така и във връзка с осигуряване на баланса между независимостта на съдиите и отговорността за техните процесуални действия, чрез които не само се нарушават права на страните в процеса, но и се провокира общественото доверие в цялата система. В тази връзка бих искала да направя един кратък преглед на древноримските институти, свързани със задълженията на съдиите и отговорността, която те носят при нарушаването им.

Обикновено в такива случаи се цитира като римска мъдрост сентенцията „Всичко ново е добре забравено старо“ или „Нищо ново под слънцето“, в латински вариант „Nihil sub sole novum“ или „Sub sole nihil novi est“. Всъщност става въпрос за библейски цитат, който има и своето продължение „Има ли нещо, за което може да се каже: Виж! това е ново? То е вече станало във вековете, които са били преди нас.“¹.

II. Iudex и неговите задължения

Преди да се представи режимът на отговорността на съдията според римското право, трябва да се направят някои предварителни бележки. Най-общо терминът „iudex“ се използва за лице, което е натоварено с правораздавателни функции. Текстовете в Дигестите обаче се отнасят както към периода на Републиката и Ранния Принципат, когато съдията е едно частно лице², така и към следкласическата епоха, когато той вече е императорски служител³. Приема се,

¹ Книга на Еклисиаста или Проповедника 1:10. На латински Eccles. 1: 10. nihil sub sole novum nec valet quisquam dicere ecce hoc recens est iam enim praecessit in saeculis quae fuerunt ante nos.

² В този смисъл са всички текстове, в които се използват изразите „iudicem dare“, „addicere“; „iudicis datio“; „ius iudicis dandi“; „iudex datus“ (D. 1.14.4.; D. 1.18.8.9.; D. 5.1.12.1-2, 18 pr., 32, 39.pr., 46, 47, 49.1, 76, 81; D. 42.1.15 pr.; D. 42.1.7 pr. D. 48.11.7 pr. D. 49.8.2.1.); ab Imperatore iudex datus (D. 4.4.18.4.; D. 5.1.74.1.); in iudicem consentire (D. 5.1.33.); (D. 5.1.79.1) ; iudex iudicii bonae fidei (D. 22.1.1.2.; D. 10.1.2.1.; D. 10.2.25.20, 42 ; D. 10.3.19.3.).

³ Срв. iudex, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet (D. 5.1.1. ; D. 11.1.4.1.;D. 2.5.2.1.; D. 1.18.11); iudices dioeceseos, tam civiles, quam militares (CJ. 1.27.1.7); iudex arbiterve (L. XII. tab., IX. 3); quid horum fuit vitium iudici arbitrove reove (eod. II. 2); iudices ordinarii (CJ. 1.3.33. pr. ; CJ. 1.37.2; CJ. 12.19.2.; D. 49.5.5.5.); iudex appellationis (D. 2.14.40.1.; D. 46.7.20.); restitutio in integrum facienda officio iudicis (D. 4.2.9.7.; D.4.2.23.2); IGai. I. 7. IGai. IV. 15.42- 52.

че терминът произхожда от глагола „*iudicare*“, с който най-общо се означава разрешаването на правни спорове чрез съд или по-скоро чрез специално оправомощените от публичната за това власт лица – *iudicium, iudicatio*⁴. В този смисъл са употребени и производните термини – „*iudicans*“ се приравнява на „*iudex*“⁵, „*iudicatum*“ означава съдебно решение⁶, „*iudicatus*“ е осъденият отговорник или осъденият в наказателно производство⁷, а един от най-важните термини, използван за правните последици от постановеното съдебно решение е „*res iudicata*“⁸. В по-широк смисъл „*iudicium*“⁹ означава всякакво решение, при-

⁴ Самото съдебно производство в някои текстове се нарича „*iudicatio*“ или „*iudicium*“ (*D. 49, 16.4.8.; D. 50, 16.131.1.; CJ. 1, 38.1.*).

⁵ Вж. в този смисъл *D. 2.1.11 pr. ; D. 22.5.3.6, 13; D. 23.5.7.1.; D. 38.2.14.4.; D. 48.16.1.3.; D. 48.19.11 pr. ; D. 5.1.58; D. 2.1.13 pr.; 50.4.18.14.; D. 50.5.13 pr., 2; D. 48.11.3.); contra, secundum constitutiones iudicari (D. 49.8.1.2,4); ni iudicatum facit (L. XII. tab. III. 3); aeris confessi iudicatis (eod. III. 1);*

⁶ Срв. *iudicatum* в смисъл на решение- *iudicati auctoritas, actio iudicati, agere, conveniri, teneri (D. 3.3.28, 31 pr. ; D. 42.1.4, 6, 7, 41.; D. 46.1.41.1.; D. 46.3.69, 86; D. 42.1.4.7.; D. 46.2.8.3.; D. 16.2.16.1.; D. 2.14.40.1.; D. 2.12.6.; D. 5.1.45.1.; D. 9.4.35.; D. 26.7.25.; D. 31.78.2.; D. 46.1.45.; 1.40 § 2.1.42 § 2.1. D. 3.3.39.6., 40.2.; 42.2.; 46 pr.; D. 46.7); tempus iudicati в смисъл на срок за изпълнение на съдебното решение (*D. 42.1.2.*); но съдебното решение като краен акт на производството се нарича също и „*iudicatio*“ (*D. 3, 3.30; CJ. 7, 65.5.*), или *sententia* – напр. *sententia arbitri (D. 4.8.21.1., 27.2., 32.14.)*; *sententia iudicis (I. D. 2, 1.19 pr.; D. 50, 17.97; D. 40, 151.3.)*. Използват се и специалните изрази *sententiam dicere, dare, ferre, proferre, exsequi, retractare* и пр.*

⁷ Относно „*iudicatus*“ в смисъл и на осъден (*condemnatus*) - напр. *confessus pro iudicato est (D. 42.2.1.3, 6; D. 42.1.56; D. 44.3.2; D. 22.1.3 pr.; D. 15.1.51; D. 3.2.1.)*.

⁸ Вж. относно *res iudicata (D. 42.1.; CJ. 7.52.)*; *executio rei iudicatae (CJ. 7.53)*; *usurae rei iud. (CJ. 7.54)*; *ob rem iud. conveniri (D. 12.2.28.8.)*; *exceptio rei iudicatae (D. 44.2.)*; *rebus iudicatae standum est (CJ. 7.53.1.; D. 27.9.3.3.; D. 36.1.65.2.; D. 49.1.14.1.; CJ. 7.52.5.)*; *res iudicata pro veritate accipitur (D. 1.5.25.)*; *IGai. III. 78.173, 175, 180-199; I-Gai IV. 21, 25*. Вж. съответните термини с препратките към текстовете от *Corpus iuris у ДЪДЫНСКИЙ Ф.М. Латинско-русский словарь к источникам римского права. Варшава, 1896.*

⁹ Относно *iudicium* в смисъл на съдопроизводство се използват различни термини- напр. за наказателните дела - *publica iudicia (IJ. 4.18.; D. 48.1)*; *leges iudiciorum publicorum. (D. 1.21.1 pr.)*; в частноправните процеси -*in iudicium deducere (D. 5.1.31.)*; *iudicium accipere, suscipere, iudicium acceptum sine contestatum (D. 4.3.25.; D. 5.3.7.1.; D. 24.3.19; D. 49.1.28 pr.; D. 12.6.60 pr. ; D. 43.16.18.1.)*, *iudicium dare, reddere (D. 3.5.21 pr.; D. 4.3.1.1.; D. 4.9.1 pr.)*; *iudicium movere (D. 5.2.8.10.)*; *iudicium bonae fidei (IGai. IV. 61.62. 114)*; *iudicium in factum, contrarium (IGai. IV. 174,177, 179, 181)*; *iudicium utile (D. 43.20.4.)*; *iudicium poenale (D. 2.4.11.)*; *iudicio terminata (D. 50.16.230)*; *executio iudicii (D. 36.1.78.15)*. В по-ограничени случаи така се означава и мястото, където се осъществява правосъдието – *in iudicium venire (D. 2.10.3.3,4; D. 2.12.1 pr. ; D. 2.11. ; D. 11.1.4 pr.)*; *extra iudicium admonere (D. 3.5.6.9.)*; както и денят, в който започва гледането на делото - *dies iudicii (D. 2.11.2.3.)*.

ето от магистрат, вкл. административно или политическо, както и инструкции, нареждания или дори осъждане от претора по наказателно дело, когато лицето е хванато на местопрестъплението, или пък решение за предявяване на обвинение пред комициите или *questiones extraordinaria*. Основната му употреба обаче е за означаване на съвкупността от процесуални действия по гражданско или наказателно дело и в този смисъл се различават *iudicia privata* и *iudicia publica*. В етимологически план всички лексеми произхождат от „*ius*“, който е общия термин за право, създаден още от архаичната епоха¹⁰.

Статусът на *iudex* в различните исторически епохи е твърде различен – частно лице, определено по споразумение на спорещите страни или назначено от претора по времето на легисакционната и формуларната процедура и императорски служител в служебния когнитивен процес. Освен това *iudex* е участник както в гражданския, така и в наказателния процес. *Iudices* се наричат и съдиите (по-скоро съдебните заседатели) в специалните наказателни юрисдикции от края на Републиката – *questiones perpetuae*.

Обикновено се приема, че така се нарича всяко лице, натоварено да разреши спор (*iudicare*) чрез решение, наричано *iudicium*, *pronuntiatio iudicis*, *sententia*. В някои случаи това е означение по-скоро на правораздавателната функция, осъществявана от различни длъжностни лица – напр. от рекса в архаичния период, от консулите по времето на Републиката или от провинциалните управители по времето на Империята и дори от императора като върховен съдебен орган.

Повечето изследвания относно римските съдии обаче са посветени на правораздаването по частни спорове в епохата на Републиката и Ранния Принципат, когато се прилага формуларната процедура¹¹. При нея фигурата на *iudex* има най-пълно развитие както относно изискванията за номиниране, така и по отношение на описанието на неговите правомощия и отговорността му за процесуални пропуски или несправедливо решение. В тази връзка има и специални термини, с които се означава този съдия – *iudex unus*, *iudex privatus*, *iudex selectus*, *iudex iuratus*. Те произтичат от особената структура на формуларния процес, който във втората си фаза – *apud iudicem* се развива пред едно частно лице, номинирано по определена процедура и положило клетва да отсъди справедливо по спора.

Именно във формуларния процес се въвежда особена процедура по избор и номиниране на съдията по спора. Той се избира от страните измежду лицата,

¹⁰ Относно етимологията вж. Ernout A., Meillet, A. Dictionnaire étymologique de la langue latine, 4e ed. Paris 1960, p. 330; Benveniste, É. Le vocabulaire des institutions indo-européennes. V. II. Pouvoir, droit, religion, Paris, 1969, p. 111 ss.; Вж. по-специално обобщенията относно етимологията и у Кофанов, Л. Л. Lex и ius: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э. Москва, 2006, с. 181 и сл.

¹¹ Вж. сборника студии Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese. Vol. 1-3, Padua, 2012-2015 и цитираната там литература.

включено в листата на съдиите (*album iudicis*), съставена от градския претор, а по-късно от принцепса, в която първоначално са включени само сенатори и едва от епохата на Гракхите – и конници. От това време се въвеждат изисквания за минимална възраст 35 години, като Август намалява тази възраст на 25 години, а по-късно се срещат изисквания само за навършени 18 години. Поставя се и горна граница от 70 години, която по силата на *Lex Acilia* става 60 години. Основното изискване е за римско гражданство и определен социален статус и престиж, както и съдията да не заема по-висшестояща длъжност от претора, за да може да бъде обвързан с неговите предписания.

Някои автори приемат, че за процесите между частни лица няма никакви изисквания съдията да бъде *sui iuris*, както и да няма никаква фамилна обвързаност със спорещите страни¹². Листата се актуализира периодично от цензорите, а по-късно – от императорски служители или от самия принцепс. От епохата на Август според сведенията в провинциалните муниципални статuti страните са могли да избират съдия и извън листата, но да го представят на магистрата за одобрение¹³.

Изискванията за включване в листите са: римско гражданство, *status libertatis*, *status sui/alienī iuris*, сенатор или конник, мъжки пол и душевно здраве, а според някои автори – и висок обществен престиж. За номиниране *iudex* извън листата не се е изисквало нито римско гражданство, нито принадлежност към сенаторското или конническото съсловие, а изискванията за възраст не са били особено строги. Това е обяснимо, като се има предвид, че тази възможност е налице по силата на муниципалните статuti за правораздаването в провинциите.

Номинацията се е осъществявала по предложение на ищеца, като ако ответникът не е бил съгласен, е трябвало да представи мотивите си за отказа. Ако ищецът е изчерпел листата, то ответникът не е можел да се противопостави на избрания последен участник в листата. Номинирането е било свързано със самостоятелен акт на претора (*iudicis datio*), а по-късно е включвано във формулата (*iudicium dare*), като съответно са се определяли пределите, в които се е простираща компетентността на *iudex – iussum iudicandi* е представлявал самостоятелен акт или се е включвал в акта за предоставяне на формулата (*datio iudicii*)¹⁴. Неговите правомощия се пораждали от момента на сключването на *litis contestatio*.

Изпълнението на функцията на *iudex privatus (iudicare)* се е считало за публичен дълг (*munus publicum*). Това изрично е определено от Паул в:

¹² Вж. D. 5.1.12.3.: Qui possunt esse iudices, nihil interest in potestate an sui iuris sint; D. 5.1.77: In privatis negotiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest.

¹³ Pugliese, G. La “*lex Irnitana*” e la nomina del giudice. In: IURA, 40 (1989), p. 63 ss.

¹⁴ Вж. Андреев, цит. съч., с. 109 и сл. Според Talamanca, M. Istituzioni di diritto romano, 8^e ed., Milano, 1990, p. 330 изборът е ставал по жребий и ответникът не е могъл значително да се противопостави на това.

D. 5.1.78 (Paul. L.17 ad Plaut.) Quirpe iu- Защото правосъдието е публично за-
dicare munus publicum est. дължение.

Някои преводи на текста са по-свободни в смисъл, че функцията да се разрешава дело като съдия е уредена от публичното право. Терминът „*munus*” има разнородни значения – като задължение, функция, длъжност, военна служба, но също и като повинности и данъци в периода на Империята¹⁵. В случая публична или гражданска длъжност означава поемането на задължения, определени от законите и обичаите, които не обвързват лицето като отделна личност, а във връзка с възложената му функция¹⁶. Това е напълно в съответствие и с новата позиция на съдиите в *cognitio extra ordinem*, когато двете фази на процеса се обединяват и те осъществяват правораздаването като императорски служители, натоварени с публична функция по назначение на императора. От тази гледна точка правната уредба на тази дейност наистина принадлежи на публичното право.

В легисакционния и формуларния процес обаче осъществяването на публичната функция по правораздаването от едно частно лице означава тясна обвързаност с *res publica*. По тази причина отклоняването от нея е ставало само по причина на заболяване или изпълнение на жреческа длъжност¹⁷. Смяната на веднъж номиниран съдия, който се е позовал на невъзможност или това е направено пред претора от трето лице (преторът не следи за това *ex officio*), е възможна по принцип, но рядко практикувана¹⁸. В Дигестите се съдържат три групи основания за освобождаване от тази публична функция или за несъвместимост. Всъщност става въпрос по-скоро за основания за невключване на дадено лице в *album iudicum*. Според Паул на първо място не се включват лица, които поради свои личностни особености не могат да имат правилно възприятие за спора и в изразяването на своето мнение в съдебно решение – непълнолетни, глухоними, слепи, луди или болни от тежка или заразна болест. Следват лицата, изключени от тази функция по силата на закон – изключените от сената сенатори, и тези, които по силата на обичая и религията не могат да поемат обществени задължения – жени, роби и освободенци¹⁹.

¹⁵ Вж. D. 50, 16.18. Вж. също *munus hereditaria* (D. 36, 1.2 ; D. 31.1.34; D. 36, 1.54.); *obnoxius muneribus suae civitatis* (D. 50, 4.4.3.; D. 27, 1.17.4.); *signis vel muneribus avocare milites* (D. 22, 5.3.6.; D. 49, 14.3.5; D. 44, 7.5.1.) публичен данък (CJ. 10, 22.2).

¹⁶ Вж. *munus civile* (D. 50, 4.1 pr.); *munus publicum* (D. 50, 16.14.1., 239.3; D. 5, 1.78; D. 27, 5.1 pr.-1).

¹⁷ D. 50.5.13.2.: *Qui non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur.*

¹⁸ D. 5.1.18.

¹⁹ D.5.1.12.2.

В резултат на *iussum iudicandi* се определят трите основни задължения на *iudex*, от изпълнението на които зависи и вида отговорност, който той носи – започване на делото, полагане на клетва и произнасяне на решение по спора.

На първо място съдията е длъжен да започне процеса. До следкласическата епоха това е било определено място на форума – т.нар. *comitium*, а покъсно разглеждането на делата се извършва в специално определени обществени сгради – базилики²⁰. При липса на основания за освобождаване (*excusatio*) съдията е бил задължен да започне процеса на третия ден след номинирането му и според архаичното правило да завърши процеса до залез слънце. Естествено изпълнението на това задължение е зависело и от римския календар, в който е имало определени дни, в които е било възможно извършването на правни сделки и воденето на дела (*dies fasti*) и дни, специално отредени на боговете, в които никакви цивилни занятия не са били позволени (*dies nefasti*). Ако това не е направено, в литературните източници се споменава за отговорност, определена още в Закона на Дванадесетте таблици²¹. Санкцията е била различна в зависимост от това дали е ставало въпрос за обикновена забава или за необосновано явяване за започване на делото за по-продължителен период от време. Според някои автори обаче това не е самостоятелно задължение, а производно от задължението за решаване на делото, което може да стане само в присъствието на съдията и страните²².

Отлагането (*diffusio*) на делото, респ. на вземането на решение от съдията е предвидено още в Закона на Дванадесетте таблици в случай на сериозно заболяване на съдията или на някоя от страните по делото, като постепенно се добавят основания за сложност на делото или необходимост от призоваване на експерти²³. Някои автори приемат, че *diffusio* се явява гаранция за правилното развитие на процеса и справедливото решение на спора, а от друга страна дава възможност самият съдия да прецени необходимостта от отлагане и по-добре да изпълни задълженията си. В източниците се споменава за *diffissio iurata*, като по повод на тази клетва има различни предположения, но като цяло тя се вписва в задълженията, поети с клетва от съдията още в началото на процеса²⁴.

²⁰ Вж. по-подробно Fernández De Buján, A. *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano*, Madrid, 2006, p. 164 ss.

²¹ Вж. Macrobius, *Satur.*, 3.16.15 ; Plinius, *Caec. Se. Epist.* 4.29.1-2.

²² Срв. A. Gellius, *N. A.*, 20.1.48.; Girard, P. F. *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Paris, 1901, p. 184, n.1.

²³ *Tab. II.2 : morbus soticus...aut status dies cum hoste...quid horum fuit [vitium] iudici arbitrove reove, eo dies diffisus esto.* Вж. и *D.2.11.2.3* и *D.5.1.46*.

²⁴ Cremades, I., Paricio, J. *La responsabilidad del juez en el derecho romano clasico. "Actio adversus iudicem qui litem suam fecit"*, In: Ahde, 54 (1984), p. 182; Gimenez-Candela, T. *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, p. 40.

Самото полагане на клетвата не е изрично определено като задължение на съдията, но се предполага, че то е част от поемането на публичното задължение към *res publica*. Няма сведения и за момента, в който тя е полагана – след номинирането от претора и преди началото на процеса или при явяването за започване на процеса. Няма сведения и за отказ за полагане на клетва, респ. за правни последици от това, което води до предположение, че тя винаги е полагана, ако не са релевирани основания за *excusatio*. От епохата на Домициан е запазена клетва на съдиите в името на Юпитер, на култа към предходните императори и на самия Домициан, че ще решават делата според доброто и справедливото (*bonum et aequum*)²⁵.

Всъщност най-важното задължение на съдията е да се произнесе с решение по спора.

D.50.5.13.2.(Ulpianus L. 23 ad edictum) Qui autem non haber excusationem, etiam invitus iudicare cogitur

Този, който няма основание за освобождаване, е задължен дори и да не желае това да изпълнява функциите на съдия.

В *iussum iudicandi* на претора се съдържат предписания относно правната страна на спора, т. е. какво трябва да бъде доказано от страните, за да бъде той разрешен. В източниците се съдържат сведения относно разпределянето на тежестта на доказването, презумпциите, фикциите, оценката на доказателствата в зависимост от техния вид, личността и броя на свидетелите, призоваването на експерти и пр. Последователността на процесуалните действия, както и самото поведение на съдията в процеса обаче не са били обект на никакви нормативни предписания. Предполага се, че те са се формирали по-скоро в рамките на обичайната практика, но много вероятно е да е имало и някакви наръчници с указания за тяхната последователност²⁶.

Повечето автори посочват, че в легисакционния и формуларния процес съдията не е бил длъжен непременно да се произнесе с решение – т.нар. хипотеза на *rem sibi non liquere*, ако не е оценил доказателствата като достатъчни, за да осъди или оправдае ответника. Към него обаче се пристъпва в краен случай, като наред с това правило е въведен и принципа за отсъждане в полза на ответника при недостатъчна обосновааност на претенцията на ищеца.

²⁵ Gutiérrez-Massón, L. “Pecatum iudicis” y juramento promissorio. In: TSDP 2(2009), p. 38 ss.

²⁶ Вероятно за тях говори и Авъл Гелий в книга XIV - задължение на добрия съдия е да познава римските и гръцките съчинения относно задълженията на съдията, както от нормите, съдържащи се в *Lex Iulia* и тълкуването в съчиненията на Мазурий Сабин, предписанията на Елий Туберон и други *iurisprudentes*. Вж. по-подробно по въпроса по-долу.

Може да се предполага, че в началото на Принципата тези нравствени правила постепенно отстъпват на изискването за действително решаване на правния спор. А когато доказателствата са недостатъчно, а преценката за спора не бива да се направи въз основа на личностната характеристика и обществения престиж на страните, за предпочитане е не толкова достойната, но правно оправдана позиция на оттегляне на съдията зад формулировката „Не ми е ясно” (*non liquet*) без да се произнесе с решение²⁷. Според древния обичай обаче преди съдията да се оттегли от спора, той полага клетва пред Юпитер, че е действал спроредливо и добросъвестно и не се отказва от спора поради някакви други съображения, а поради неяснота на ситуацията.

Тези правила обаче не се прилагат в следкласическия период, когато съдията осъществява не публична мисия, а държавна служба в името на императора. Процесът протича изцяло пред него, а той се съобразява с постановеното в началото на гледането на делото отделяне на спорното и безспорното, насочва процеса на събиране и оценка на доказателствата по стриктно определени в императорските конституции правила и в определена последователност и е длъжен да се произнесе с решение. Задължението произтича и от факта, че стававъпрос за лица със съответните правни познания, а в случаите, когато правораздаването е поверено на административни служители, както и на самия император, те разполагат със съветници или колегиални консултативни органи, съответно с канцелария, в която решението се обсъжда и се формулира с оглед на доказаното в процеса.

Имплицитно се налага убеждението, че мисията на съдията, дори когато е частно лице, е твърде сложна и не бива да се поверява на житейски неопитни и неосведомени люде, че те трябва да положат максимални усилия да изяснят спора без да се ръководят от своите чувства и предубеждения и с поведението си да не фаворизират никоя от страните.

При така определените задължения на съдията се и формулират и разпобдите относно неговата отговорност, съответно пределите на независимост, в който той може да осъществява *iudicium*. Тази проблематика не е уредена особено точно в законите, а сведенията за нея от тълкуването на юристите са твърде оскъдни. Позоваването на общи процедурни правила според някои автори е твърде опасно, защото те приемат, че в цялата римска правна история няма обособени писани процесуални норми, с оглед на които да бъдат преценявани задълженията на *iudex privatus*. Това обаче не може да се сподели изцяло, тъй като са запазени сведения за голям брой специални закони, свързани със съдопроизводството – *leges iudicariae*²⁸. Проблемът по-скоро е в това, че те са различни

²⁷ Rabello, A. M. Non Liqueet: From Modern Law to Roman Law, In: Annual Survey of International & Comparative Law, 10 (2004): Iss. 1, <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol10/iss1/2>

²⁸ Наред със Закона на Дванадесетте таблици, в който има и правила относно съдопроизводството, има някои основни закони като напр. *Lex Licinia Sextia, rogatio Servilia, lex Livica, lex Plautia, lex Aurelia, Lex Aebutia, Lex Iulia de iudiciorum privatorum* и пр., как-

от една страна при легисакционния и формуларния процес, а от друга – при служебния когнитивен процес. Освен това до епохата на Домината гражданското и наказателното правораздаване се осъществяват по съвършено различни правила. Значителна част от нормите не са запазени в писмен вид, но те създадени от практиката и при спазване на традицията. Сведения за тях като утвърдена даденост се съдържат както в юридическите, така и в неюридическите извори. По тази причина и в Институциите на Юстиниан в VI в. сл. Хр. изрично *leges* се споменават като един от източниците, от които следва да се ръководят съдиите (които вече не са частни лица, а императорски служители в този перид) при осъществяване на тяхната дейност:

IJ 4.17.pr. Superest ut de officio iudicis dispiciamus. et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

Остава ни да поговорим за задълженията на съдиите. Когато съдията съди, трябва да спазва преди всичко това, което е предписано от законите, императорските конституции или обичаите.

Едва ли текстът е израз само на римския традиционализъм, като споменава обичаите наред със законите и императорските конституции. Процесуалните правила за призоваването, доказването, поведението на страните, ораторите, адвокатите, експертите и на съдията в процеса датират още от архаичната и раннорепубликанската епоха. Те са многократно тълкувани и от юриспруденцията, но прави впечатление, че в текста няма позоваване на тези становища, макар и те да имат сила на закон. Впрочем това не би следвало да е проблем, защото те са включени в своята основна част в Дигестите, разпръснати в цялата маса на компилацията, а някои от тях – съсредоточени и в специални титули.

Необходимо е да се направи и още едно уточнение. Римляните успяват да разграничат правилата, касаещи процедурата в тесен смисъл, т. е. последователността на процесуалните действия, от тези, които са свързани със съдържанието на постановяваното съдебно решение. Това е ясно изразено както в Институциите на Гай, така и в Дигестите, Кодекса и Институциите на Юстиниан, както и в другите запазени правни източници. Като цяло обаче не може да се обособи нещо подобно на професионален и морален кодекс на съдията, въз основа на който да се преценява неговото поведение, съответно да се търси отговорност. Това е напълно обяснимо предвид на цялостното конструиране на римското право, в което преобладава прагматизма и казуистиката. Освен това тази отговорност е диференцирана, като при сериозни отклонения от правораздавателните функции се търси наказателна отговорност, а при по-леки провинения,

то и специални закони, най-вече във връзка с наказателния процес- *leges de provocatione, lex Aternia Tarpeia, lex Calpurnia, leges Corneliae* и пр., а отделно и значителен брой императорски конституции.

без сериозни последици за страните се ангажира гражданската отговорност. При нейното реализиране се спазват принципите на добросъвестността и справедливостта, с оглед на които се преценяват нарушенията в процедурата от страна на съдията – било в неговото процесуално поведение, било в отразеното в сентенцията съдържание и се определя пак по справедливост съответното наказание. Именно тази характеристика на гражданската отговорност вероятно е била основание юстиниановите компилатори да приемат, че тя се осъществява въз основа на квазиделикти.

Макар и да няма обособени процесуални закони и общи процедурни правила, все пак в продължение на столетия е установена трайна процесуална практика, като контролът за нейното съблюдаване е в правомощията на претора, който „администрира“ гражданския процес²⁹. Като се има предвид компетентността му във фазата *in iure* в легисакционния и най-вече във формуларния процес, то за *iudex privatus* остава да съблюдава предписаното във формулата, като даде оценка на представените пред него доказателства и постанови решение, което се свежда до два възможни отговора на основния въпрос – да се уважи или да се отхвърли искането на ищеца, респ. да се осъди или оправдае ответника. Дали обаче това е толкова елементарна дейност, с която може да се справи всеки римски гражданин, който има добър морал и житейски опит?

Авъл Гелий в съчинението си „Атически нощи“ в книга XIV разглежда детайлно задълженията на съдията във връзка с решаване на конкретно дело³⁰. Споменава се, че добрият съдия трябва да познава римските и гръцките съчинения относно задълженията на съдията, както от нормите, съдържащи се в *Lex Iulia*³¹ и тълкуването в съчиненията на Мазурий Сабин, предписанията на Елий Туберон и други *iurisprudentes*, макар и не всичко от тях да може да бъде от полза за решаването на конкретните казуси³². Следователно процесуалните задължения на *iudex* са достатъчно детайлно описани както на нормативно, така и на теоретично ниво, има достатъчно практика и тълкувания, от които той да се ръководи в процеса и следователно нарушенията могат да бъдат основание за търсене на отговорност.

²⁹ Вж. Buti, I. *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*. Napoli, 1984.

³⁰ A. Gell., N. A., XIV. 2.

³¹ Вероятно се има предвид *Lex Iulia iudiciorum privatorum* от 17 г. пр. Хр., с който окончателно се отменя легисакционния процес и се заменя с формуларния процес. Относно този закон вж. Bertoldi, F. *La "lex Iulia iudiciorum privatorum"*. Torino, 2003 и цитираната там литература.

³² A. Gell., N. A., XIV. 2...*Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisprutorum commentariis commoniti et adminiculati sumus. In his autem, quae existere solent, negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diversarum circumstantia nihil quicquam nos huiusmodi libri iuverunt...*

В изложението на Авъл Гелий е представена позицията на философа Фаворин, който поставя няколко основни въпроса, въз основа на които могат да се определят задълженията на съдията:

– Ако той познава предварително случая, заради който се води процесът пред него във връзка с някаква друга дейност или по стечение на обстоятелствата, но по време на делото нищо такова не бъде доказано, трябва ли тогава съдията да издаде присъда съобразно с това, което знае, или съобразно с това, което се разисква?

– Дали съдията може да излезе извън своите задължения и да напътства страните по делото към помирение, действайки като техен посредник, ако вижда възможност мирно да се уреди спора?

– Дали може да поеме инициатива и да задава въпроси, които са от значение за някоя от страните, но тя не проявява загриженост да изтъкне тези обстоятелства в своя полза – поради незнание или небрежност или лоши съветници и адвокати?

– Дали може да прави оценка на случая в съответствие със своите чувства и разбирания, като отправя чести въпроси и забележки, както и да коментира случая извън съда?

Авъл Гелий споменава твърдението на Марк Порций Катон в делото на Луций Турий против Гней Гелий: “А аз туй съм запомнил от нашите предци: ако двама души спорят за нещо помежду си, при положение, че са равностойни един на друг, тоест са било добросъвестни, било недобросъвестни, а делото се води само от тях, без свидетели, на ответника трябва да се гласува по-голямо доверие”³³. Това обаче е в противоречие с тезата, че подобни аргументи не бива да се надценяват, защото „не се води дело за нравя пред цензорите, а за паричен иск пред съдия по частни въпроси”³⁴.

Поставените в цитирания разказ на Гелий въпроси нямат еднозначен отговор нито у автора, нито чрез преразказаната от него позиция на философа Фаворин. От него обаче могат да се направят изводи относно традицията, предавана като утвърден от предците обичай, за оценка на доказателствата и вземане предвид личността на спорещите страни по делото. Очевидно не са били редки случаите на привеждане на аргументи от етиката, както и на изискване за максимална добросъвестност на съдията, вкл. и поемане на инициативата за напътване на страните или помирието им.

³³ *A. Gel., N. A., XIV. 2... Verba ex oratione M. Catonis, cuius commeminit Favorinus, haec sunt: "Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse.*

³⁴ *A. Gel., N. A., XIV. 2... rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus...* Очевидно авторът одобрява тази позиция, макар и изразена от безнравствения ответник и тя е аргумент все пак да не се произнесе с решение, а да се оттегли от делото с формулировката, че „не е ясно”.

В същия смисъл, в който Авъл Гелий формулира предписанията за оценка на поведението на страните в „Агически ноци“, книга XIV.2., разсъждава и Катон Цензора в един фрагмент от „Pro L.Turio contra Cn. Gellium“ с неизвестна датировка, но отнесен към практиката от III-II в. пр. Хр.³⁵ В него се предписва, че ако при липсата на свидетели по дадено дело и двете страни са с еднакви качества – било добри, било лоши (*si ambo pared essent sive voni sive mali essent*), то съдията трябва да отсъди в полза на ответника³⁶.

Имплицитно се налага убеждението, че миисята на съдията е твърде сложна и не бива да се поверява на житейски неопитни и неосведомени люде, че те трябва да положат максимални усилия да изяснят спора без да се ръководят от своите чувства и предубеждения и с поведението си да не фаворизират никоя от страните.

Правните изисквания за личността на *iudex privatus* се свеждат и до общия критерий за *vir bonus*. Това е една абстрактна личност, чието поведение е моделирано според житейската практика за достоен начин на живот, справедливост, добросъвестност, снизходителност, коректност, почтеност и пр. Критериите за поведението на добросъвестния съдия са същите, за които говори Цицерон, определяйки понятието за *vir bonus* в съответствие с *boni mores, natura* и *ius gentium*³⁷.

В случая се преплитат понятия от етиката и правото, като оценката на поведението на *vir bonus* е с качествени измерения, които не принадлежат нито на определено право или определен народ, а са свързани с общи за всички хора качества и в този смисъл се считат за абсолютни стойности. Основните характеристики на понятието се съдържат в съчинението на Цицерон *De officiis*³⁸, но в републиканската епоха и преди него то е използвано в съдебната практика. Това съчинение е своеобразен наръчник за поведение на добрия римски гражданин в

³⁵ Вж. по-подробно Falcone G. L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato, *or. frg.* 186 Sblend.=206 (Malc.) In : *Aura* 54 (2010-2011), p. 55-94 във връзка със *sponsio*, като тезата на автора е, че в източниците от III-II в. пр. Хр. понятието се има по-скоро етична, отколкото социална характеристика.

³⁶ Cat. fr. 206 Malcovati = Gell. 14.2.26: *si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse*. Вж. по въпроса и Albanese, B. La *sponsio* processuale sulla qualifica di *vir bonus*. In: SDHI 60 (1994), p. 137 ss.

³⁷ Вж. по-подробно у Cic., *De finibus*, 2.59...*Perspicuum est, nisi aequitas, fides, iustitia proficiscantur a natura (...) vir bonum non posse reperiri*. Срв. и Cic., *Phil.* 9.10-11. Подробно по тези въпроси вж. Pani, M. *Aequum bonum, vir bonus, bona fides: sul criterio della bontà di natura nel precetto romano*. In: *Vir bonus: un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica: incontro di studio*, Trani, 28-29 ottobre 2011. Bari, 2013, p. 73 ss.

³⁸ Вж. Fiori, R. *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011.

различните сфери на обществения живот и предимно в политиката и икономиката. В сложната обстановка след Гражданските войни и убийството на Цезар в обществото навлизат нови социални прослойки, които не споделят ценностите на патрицианския елит, вплътени в *mores maiorum* и подложени на силното влияние на гръцката култура още от II в. пр. Хр. насетне. Техните представители се стремят към заемане на магистратски постове и участие в политическия живот³⁹, но се концентрират и върху конкретни икономически интереси. Към тях Цицерон отправя предписанията в своя политико – философски трактат, определяйки, че няма разлика между поведението в политическата и икономическата сфера и че *vir bonus* следва да има поведение съобразно *officia* и в единия, и в другия аспект.

Наред с това понятието за *vir bonus* е тясно свързано с *honestas* и *fides romana*, с които особено се гордеят римляните и които се считат за присъщи както на магистратите, така и на тези, които приемат публични функции, т. е. на съдиите. Към края на Републиката *fides* се превръща от лично качество в абстрактен параметър със същите измерения като определението за *bonus*, макар и да се отнася за оценка на конкретни субекти. Съдиите се преценяват като граждани и не непременно като носители на аристократичните ценности, а по-скоро на традиционни и универсални качества, въз основа на които да могат да вземат ефективно участие в *iudicia bonae fidei*. Самата структура на правораздаването с участието на частни лица като *iudices* изисква от тях качества, с които да се гарантира равновесието между интересите на страните и тяхната защита от една страна и от друга – утвърждаването на принципите на законност и сигурност в управлението на държавата.

Под влияние на стоическата философия в характеристиката на *vir bonus* се включват и изискванията за *sapientia* (σοφία) и *prudencia* (φρόνησις), при това и към лица, които не упражняват правна дейност по занятие и професионално, а инцидентно. В тази връзка може да се отбележи, че листата (*album*) със съдиите е включвала трайно определени лица и те не са се променяли за продължителен период от време, а някои от тях са били и често предпочитано номинирани от страните по делото или от претора, с което и за тях се е създавал своеобразен професионализъм.

В Юстиниановата кодификация се съдържат не малко текстове, включени в титули, специално посветени на „*officium iudicis*”⁴⁰, но с тях не се изчерпват

³⁹ Вж. използването на термина *vir bonus* във връзка с политическата лексика и епитетите *boni*, *optimi* и *optimates* у Achard, G. L'emploi de boni, boni viri, boni cives et de leurs formes superlatives dans l'action politique de Cicéron. In : Les Études Classiques 41 (1973), p. 207 ss.

⁴⁰ CJ.1.45. De officio civillium iudicum; CJ.1.46. De officio iudicum militarium; CJ.1.48. De officio diversorum iudicum; CJ.1.55. De defensoribus civitatum; CJ.1.57. De officio iuridici Alexandriae; CJ. 3.1. De iudiciis. CJ. 3.2. De sportulis et sumptibus in diversis iudiciis faciendis et de exsecutoribus litium; CJ. 3.3. De pedaneis iudicibus; CJ. 3.8. De ordine iudiciorum; D.1.20. De officio iuridici; D.1.21. De officio eius, cui mandata est iurisdictio;

правилата за водене на процеса. От една страна норми се съдържат в императорските конституции във връзка с призоваването, обжалването, предявяването на искове, възражения и пр., а също и разпръснато в други титули на Кодекса⁴¹. Подобна е картината и в Дигестите⁴², и в Институциите на Юстиниан⁴³. Всъщ-

D. 1.22. De officio adsectorum; D. 2.1. De iurisdictione; D. 48.1. De publicis iudiciis; IJ. 4.17. De officio iudicis; IJ. 4.18. De publicis iudiciis.

⁴¹ CJ.2.2. De in ius vocando.CJ.2.6. De postulando.CJ.2.7. De advocatis diversorum iudiciorum.CJ.2.8. De advocatis fisci.CJ.2.9. De errore advocatorum vel libellos seu preces concipientium.CJ.2.10. Ut quae desunt advocati partium iudex suppleat.CJ.2.11. De causis, ex quibus infamia alicui inrogatur.CJ.2.12. De procuratoribus.CJ.2.16. Ut nemini liceat sine iudicis auctoritate signa imprimere rebus, quas alius tenet.CJ.2.17. Ne fiscus vel res publica procuracionem alicui patrocinii causa in lite praestet.CJ.2.46. Ubi et apud quem cognitio restitutionis agitanda sit. CJ.2.54. De alienatione iudicii mutandi causa facta.CJ.2.56. De satisfando.CJ.2.57. De formulis et impetratione actionum sublatis; CJ. 3.4. Qui pro sua iurisdictione iudices dare darive possunt. CJ.3.5. Ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat. CJ.3.6. Qui legitimam personam in iudiciis habent vel non. CJ. 3.7. Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. CJ.3.9. De litis contestatione. CJ.3.10. De plus petitionibus. CJ.3.11. De dilationibus. CJ. 3.13. De iurisdictione omnium iudicum et de foro competentis. CJ.8.1. De interdictis.

CJ. 9.1. Qui accusare non possunt. CJ. 9.2. De accusationibus et inscriptionibus и пр.

⁴² D.2.2. Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur. D.2.3. Si quis ius dicenti non obtemperaverit. D.2.4. De in ius vocando. D.2.5. Si quis in ius vocatus non ierit sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit. D.2.6. In ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent. D.2.7. Ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat. D.2.8. Qui satisfare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur. D.2.9. Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur. D.2.10. De eo per quem factum erit quominus quis in iudicio sistat. D.2.11. Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit. D.2.12. De feriis et dilationibus et diversis temporibus. D.5.1. De iudiciis: ubi quisque agere vel conveniri debeat. D.11.1. De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus. D.11.2. De quibus rebus ad eundem iudicem eatur. D.12.1. De rebus creditis si certum petetur et de conditione. D.12.2. De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. D.12.3. De in litem iurando. D.19.5. De praescriptis verbis et in factum actionibus. D.43.1. De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt. D.44.1. De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis. D.44.2. De exceptione rei iudicatae. D.44.3. De diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum. D.44.4. De doli mali et metus exceptione. D.44.5. Quarum rerum actio non datur. D.44.6. De litigiis. D.44.7. De obligationibus et actionibus. D.49.1. De appellationibus et relegationibus. D.49.2. A quibus appellari non licet. D.49.3. Quis a quo appelletur. D.49.4. Quando appellandum sit et intra quae tempora. D.49.5. De appellationibus recipiendis vel non. D.49.6. De libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur. D.49.7. Nihil innovari appellatione interposita. D.49.8. Quae sententiae sine appellatione rescindantur. D.49.9. An per alium causae appellationum reddi possunt. D.49.10. Si tutor vel curator magistratusve creatus appellaverit. D.49.11. Eum qui appellaverit in provincia defendi. D.49.12. Apud eum, a quo appellatur, aliam causam agere compellendum. D.49.13. Si pendente appellatione mors intervenerit.

ност една от причините, поради които няма конкретно определяне на задълженията, които активират отговорността за *litem suam facere*, е че при формуларния процес има конкретни предписания за действията на съдията по всяко конкретно дело, които се съдържат във формулата. В следкласическия процес в отделни титуми са обобщени изискванията за това какво трябва да се докаже и какво трябва да съдържа съдебното решение при различните видове иски. В тази връзка нарушаването на някое от тези изисквания води до нищожност на решението или е основание за неговата отмяна при обжалването.

Следователно задълженията, определени както нормативно, така и етично, не са достатъчно конкретни, за да могат да се преценяват евентуалните им нарушения, които са основание за отговорността на *iudex privatus*. Във всеки случай и с оглед на конкретния момент и актуалното законодателство се преценява дали става въпрос за опорочаване на съдебното решение или за запазването му заедно със санкционирането на неправомерното поведение на съдията.

3. Наказателната отговорност на *iudex*

Трудно може да се определи кога възникват различните форми на отговорност на съдията. Според сведенията на Авъл Гелий в книга XX на „Атически ноци“, съдържаща *disputatio* между юриста Секст Цецилий Африкан и философ Фаборин за различни правонарушения, санкционирани от Закона на Дванадесетте таблици⁴⁴, в § 7-8 Африкан твърди, че децемвирите предвиждали смъртно наказание (*poena capitis*) за съдия или арбитър (*iudex arbiterve iure datus*), които приемат подкуп, за да нарушат правилата за процеса.

Текстът е обстойно дискутиран в романистиката⁴⁵, като известни съмнения относно неговата достоверна датировка са свързани с обстоятелството, че в средата на V в. пр.н.е., когато е приет закона, паричното обръщение е твърде ограничено, за да се използват парите под формата на подкуп. Спор съществува и доколко правораздаването в този период се осъществява от *iudex vel arbiter* и

⁴³ *IJ.4.6. De actionibus. IJ. 4.8. De noxalibus actionibus. IJ.4.10. De his per quos agere possumus. IJ.4.11. De satisfactionibus. IJ.4.12. De perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes vel in heredes transeunt. IJ.4.13. De exceptionibus. IJ.4.14. De replicationibus. IJ.4.15. De interdictis. IJ.4.16. De poena temere litigantium.*

⁴⁴ *A. Gell., N.A., 20.1.7: Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimaris potest? Nisi durum esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur.* Вж. превода в: Авъл Гелий, Атически ноци, превод на Вл. Атанасов, С., 1985.

⁴⁵ Вж. подробно у Rosillo Lopez, C. *La corruption à la fin de la République romaine (IIe- Ie s. av. J.C.): aspects politiques et financiers.* Neuchâtel, 2005, p. 217 ss. и цитираната там литература.

какво е отношението им с понтификалната юрисдикция, а също и дали действително е предвиждано толкова тежко наказание⁴⁶.

Безспорно става въпрос за престъпление (*delictum publicum*), санкционирано със смъртно наказание. Сведенията обаче не са достатъчни, за да се определи точно деянието – дали само приемането на подкупа е достатъчно основание за отговорност или въз основа на подкупа са извършени сериозни процесуални нарушения, с които да е облагодетелствана една от страните за сметка на другата. Ако се има предвид характеристиката на правораздаването по наказателни дела и частни спорове по време на Републиката, по-скоро може да се предполага, че това е норма, свързана предимно с наказателния процес⁴⁷.

На тези критики обикновено се противопоставя аргументът, че вероятно Авъл Гелий използва както понятия, така и сведения от по-късен период, като нормата от средата на V в. е съответно приспособена към новите условия по силата на римския традиционализъм и консервативно отношение към измененията в правото. Че в архаичния период обаче е имало смъртно наказание, ако е допусната несправедливост в процеса, все пак изглежда твърде вероятно. Фактът, че нормата се помни и в началото на I в. сл. Хр. е достатъчен за характеризиране на нейната реална ефективност.

Независимо че Законът на Дванадесетте таблици никога не е бил отменян изрично, в края на Републиката се обръща сериозно внимание на различни корупционни практики, вкл. и в областта на правораздаването. Множество спорове все още се водят в доктрината относно прилагането на *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* спрямо съдия, който решава несправедливо делото, което някои автори определят като „съдебно убийство“⁴⁸. Приема се, че магистрат или съдия извършва това деяние, ако допусне лъжесвидетелство или приеме подкуп и следва да бъде осъден като *sicarius* за произнасянето на необоснована смъртна присъда. И в този случай става въпрос за престъпление, за което Сула създава и специален съд – *quaestio de sicariis et veneficiis*, каквато практика се създава и по отношение на другите престъпления, определени със закон. По времето на Цицерон вероятно обвиняеми са били както преторите, така и съдиите за всякакви присъди по наказателни дела. По-късно, по времето на Принципата, отго-

⁴⁶ Приемането на достоверността на сведенията относно наказанието се свързва и с предвиденото в Закона на Дванадесетте таблици тежко наказание и за лъжесвидетелство- при *falsus testimonium* е предвидено хвърляне от Тарпейската скала, т. е също смъртно наказание (Tab. VIII.23: *Qui falsus testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deieceretur*. Вж. Diliberto, O. *La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulo Gellio*. In: *Studi economico-giuridici*, Napoli, 1993; ID., *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, vol.1, Cagliari, 1992, p. 158 ss.

⁴⁷ Относно правораздаването по време на Републиката вж. Burdese, A. *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*. In: *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, p. 106 ss.

⁴⁸ Вж. дискусията, представена у Rosillo López, op. cit., p. 220 ss.

ворността остава само за произнесена смъртна присъда въз основа на лъжесвидетелство или приет подкуп от съдията⁴⁹. В случая трябва да се има предвид обаче особената структура на наказателните съдилища до II – III в., които се състоят от съдебно жури, произнасящо присъдата, като председателстващият магистрат само ѝ придава правна сила, проверявайки доколко тя е законосъобразна и дали не са основания за *praevaricatio*. Именно по отношение на него вероятно се е реализирала тази отговорност, защото в източниците няма сведения за осъждане на целия състав на журито, което в Рим понякога е наброявало до 100 заседатели, също наричани *iudices*.

С *lex Iulia de repetundis*, приета през 59 г. пр.н.е. от Цезар, се въвежда забраната за приемане на подаръци от съдиите, за да осъдят или оправдаят някого, да определят по-голяма или по-малка сума по иска или глоба, да осъдят някого на затвор или оковаване, да променят делото от гражданско в наказателно и пр.⁵⁰. От тълкуването на разпоредбите, цитирани от класическия юрист Aemilius Mascag в началото на III в. от н. е., може да се направи извод, че корумпирането на съдиите може да бъде както от страните по делото, така и от трети лица, които се стремят да облагодетелстват някоя от страните или да я разорят или отстранят като противник. Законът обаче визира и всички други магистрати с правораздавателна компетентност, а не само тези, които са ангажирани в наказателните съдилища (*iudicium publicum*). Съответно тя не се прилага за заседателите в *questiones perpetuae*, тъй като те не упражняват *potestas*⁵¹.

Поставя се въпрос и доколко с легални средства могат да се осъществяват процеси, при които някоя от страните да бъде фаворизирана или да се стигне до неправомерно осъждане. В ръцете на претора или на съдията е да ускори или забави процеса, да се позове на болест и да отложи заседанието или под различен претекст да не се яви на форума в уречения ден и да прекъсне процедурата. Подобни действия не винаги са израз на корупция, те могат да се дължат и на обикновена небрежност на съдията, който е частно лице, заболяване, неблагоприятни социални или природни условия за гледане на делото и пр.

Трудно могат да се определят средствата, с които магистратите и съдиите могат да бъдат корумпирани, за да извършат съдебни нарушения. Обещанията за политическа подкрепа или за икономически облаги трудно се установяват, а

⁴⁹ D. 48.8.1.1 (Marcianus L. 14 Inst.) *Praeterea tenetur (...) quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur; quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret.*

⁵⁰ D. 48.11.7pr. (Macer L.1 iud. public.) *Lex Iulia de repetundis praecipit, ne quis ob iudicem arbitrumve dandum mutandum iubendumve ut iudicet; neve ob non dandum non mutandum non iubendum ut iudicet; neve ob hominem in vincula publica coiciendum vincendum vincirive iubendum exve vinculis dimittendum; neve quis ob hominem condemnandum absolvendumve; neve ob litem aestimandam iudiciumve capitae pecuniaeve faciendum vel non faciendum aliquid acceperit.*

⁵¹ Тълкуването на текста от различните автори срв. у Rosillo López, op. cit., p. 225 ss.

могат да бъдат от решаващо значение за мотивацията на съдията да извърши по-незначителни нарушения на процедурата, „да превърне процеса в свой”, което да обоснове не наказателна, а гражданска отговорност. Организиране на пиршества и развлечения, препоръчителни или обвинителни писма, пускане на неверни слухове, публично представяне като приятели или обвинение в безчестие – това са все средства, използвани срещу съдиите с цел да нарушат служебните си задължения в нечия полза. Риториката на Цицерон съдържа богат набор на позовавания за използването на такива средства. Те не са легално санкционирани, но в крайна сметка биха могли да обосноват отговорност на магистрата, който е проявил податливост към тях. Не бива да се забравя и особената форма на съдебен патронат, практикувана в Рим, на застъпничеството и поръчителството в съдебните процеси, които понякога също имат определящо значение да се фаворизира една от страните в процеса за сметка на другата или да се постигне оправдателна или по-лека присъда⁵².

С монетаризацията на римската икономика все по-често обаче се използват паричните подкупи. Така Цицерон споменава, че в процеса против Оррианикус съдията Staienus открито получава сума, като се задължава да корумпира и другите членове на състава⁵³. Раздаването на парични подаръци е много по-конфиденциално, улеснява и облагодетелства като магистрата, така и заинтересуваната страна и на практика не може да се докаже освен от очевидец. Наред с това римляните си дават сметка, че предаването на сума пари може да е с най-различна цел и никога да не се установи истинското основание.

Формирането на общественото мнение по отношение на съдебната корупция е значително улеснено, тъй като съдебните процеси се развиват публично и няма ограничения за присъствието на странични лица. Тъй като в Рим магистратските длъжности не са заемани непременно от лица с юридическо образование, то затъването в правни спорове и неразбираема терминология се случва относително рядко. Ораторите и адвокатите разчитат на одобрението на тълпата в подкрепа на излаганите от тях тези, но също и с оглед привличането на бъдещи клиенти. Визуалният контрол на народа (*conspectu populi*) реално затруднява извършването на корупционни действия непосредствено по време на процеса, както и съвсем флагрантно нарушаване на процедурата. Римските политици и магистрати държат на общественото мнение, което понякога има неочаквани обрати. Независимо от нетрайния характер на разпространяваните памфлети, епиграми и сатири, включването в комедии и пр. на определени лица има значение не само за техния престиж и добро име в обществото, но и за тях-

⁵² Относно съдебния патронат вж. David, J. M., *Le patronat judiciaire au dernier siècle de la République romaine*, Rome, 1992, p. 79 ss.

⁵³ *Cic., Cluent. 72. Срв. u Cic., Verr. 1.36: Qui aut deponere aut accipere aut recipere aut polliceri aut sequestres aut interpretes corrumpendi iudici solent esse, quique ad hanc rem aut potentiam aut impudentiam suam professi sunt, abstineant in hoc iudicio manus animosque ab hoc scelere nefario.*

ната кариера, респ. и за имущественото им състояние. Ораторите от своя страна също представят обществената позиция, с която следва да се съобразяват магистратите и съдиите.

Основен момент в реформата на наказателния процес в края на Републиката е новата позиция на магистрата. Той не е във функцията на съдия, решаващ еднолично делото, а по-скоро на арбитър (в съвременния смисъл), който направлява страните в тяхното състезание за постигане на обективната истина относно извършеното престъпление и за налагане на съответното му наказание, който оформя присъдата, произнесена от съдебните заседатели. Така се създават правилата за функционалното дистанциране на магистрата, за неговата неприкосновеност и незаинтересуваност от процеса, забраната за прекъсване или отлагане на процеса, дистанцирането на правораздаването от общественото мнение, решаването на преюдициалните въпроси и пр. В своята цялост този комплекс от принципи, правила и мерки осигурява формалното гарантиране на правото на обвиняемия, което се разглежда в две последователно поставени във времето насоки: да участва в наказателния процес, наричано също „право на процес”, и да получи наказание, съответстващо на вида на извършеното престъпление и всички съпътстващи обстоятелства, свързани с неговата вина, наричано „право на справедлив процес”⁵⁴.

Във връзка с това се проявява едно противоречие, което ни кара да мислим, че отговорността на магистрата във функция на съдия по наказателно дело е с оглед на *cognitio extra ordinem*, а не при *questiones perpetuae*. При последните магистратът произнася присъда, определена от съдебните заседатели. По тази причина не би трябвало да се търси отговорност от него, дори и присъдата да е несправедлива. В римското правосъзнание отговорността за несправедливо обвинение носи този, който го е поддържал, но само ако съдебните заседатели са го отхвърлили и обвиняемият е бил оправдан. Така се създава особен вид отговорност за т.нар. *praevaricatio*, за която се счита, че наказанието, искано за обвиняемия, се налага на *acusator rei publice causa*, ако той не е успял да докаже обвинението. Всъщност след всеки процес съдиите следва да определят дали обвинителят не е извършил *praevaricatio*, което според юриста Марциан е свързано с прикриването на действителното престъпление⁵⁵. В тези случаи Цицерон споменава за възможността обвиняемият да корумпира както част от съдиите, така и самия обвинител. С *lex Acilia*, след всяка оправдателна присъда преторът кара съдиите да гласуват дали тя не е договорена с обвинителя. При утвърдителен отговор обвинителят не е санкциониран с глоба, но се обявява за безчестен (*infamis*), което също е сериозна санкция на морално и правно ниво. Макар и изолирани, съществуват сведения обвинителят да е обвинен в клевета (*calumnia*), което води до съответна глоба. *Praevaricatio* дава възможност за по-

⁵⁴ Срв. Cerami, P. Diritto al processo e diritto al un giusto processo – radici romane di una problematica attuale. In: Aupa, 50 (2005), p. 3 ss.

⁵⁵ D. 48.16.1.1. (Marcianus ad SC turpill.) ... *praevaricari vera crimina abscondere*.

вторно водене на делото, което е съществено изключение от римските процедурни правила⁵⁶.

Паралелно с отговорността на съдията в римското наказателно право се развива и идеята за коригиране на несправедлива или произнесена в нарушение на правото присъда. Тъй като до създаването на единна съдебна процедура и инстанционност по времето на Империята не съществува обжалване, още в Ранната Република се създава процедурата на *provocatio ad populum*. Понякога неточно тя се превежда и разглежда като обжалване на произнесена наказателна присъда, респ. като т.нар „комициална фаза” на наказателния процес. Възникването и характера ѝ са едни от все още дискуссионните въпроси, свързани с гарантирането на обвиняемия на регламентиран от държавата наказателен процес. Повечето автори датират съществуването на провокацията в периода IV – I в. пр.н.е. Дискусията относно датата на въвеждането ѝ – с *Lex Valeria* от 509 г. пр.н.е., с *Lex Valeria Horatia* от 449 г. пр.н.е. или с *Lex Valeria* от 300 г. пр.н.е.⁵⁷

Без да се навлиза в подробности относно характера на процедурата по *provocatio*, трябва да се отбележи, че първоначално тя се възприема не толкова като средство за отмяна на произнесена от римския магистрат присъда, колкото като акт на народното събрание за противопоставяне на наложеното от магистрата публично наказание, ако то е постановено извън утвърдената наказателна процедура. По този начин процедурата не се счита и за част от редовния наказателен процес, а като коректив за процесуални нарушения⁵⁸. В случая не може въобще да се говори за апелативно или касационно обжалване, тъй като постановяването на присъдата е от магистрата като орган на изпълнителната власт, а делото не се преразглежда от горестоящ орган на същото ниво, а от комицията. Нейната компетентност се обосновава във връзка с обстоятелството, че тя избира съответния магистрат, съответно и контролира неговата дейност⁵⁹.

В Закона на Дванадесетте таблици се утвърждава правото на всеки обвиняем за „*provocatio ab omno iudicio poenaque*”. С *Lex Valeria Horatia* от 339 г. пр.н.е. и с *Leges Porciae* от II в. пр.н.е. се въвеждат допълнителни ограничения в усмотрението на магистратите за постановяване на присъда и осъждане на обвиняемия⁶⁰. Подчертава се, че провокацията е задължителна при смъртните на-

⁵⁶ Относно *calumnia* и *praevaricatio* вж. Lauria, M. *Calumnia*. In: *Studii e ricordi M. Lauria*, Napoli, 1983, p. 245-276.

⁵⁷ Вж. Santalucia., op. cit., p. 29 ss; Venturini, C. *Processo penale e societa politica nella Roma repubblicana*. Pisa, 1996, p. 16 ss.

⁵⁸ Срв. Amirante, L. *Sulla provocatio ad populum fino al 300*. In: *Iura*, 34 (1983), p. 1 – 27.

⁵⁹ Относно функциите на комициите по отношение на формиране и контрол над републиканските магистратури вж. Gaudemet, J. *Institutions de l'Antiquité*. Paris, 1967. Срв. конкретно правомощията на магистратите в областта на наказателното право у Загурский, Л. Н. *Принципы римского гражданского и уголовного процесса*. Харьковъ, 1874, с. 30 и сл.

⁶⁰ Срв. *Liv.*, 3.55.4-5; *Cic. Pro Rab. Perd.*, 4.12; *Fest., De verb. sign.*, 266.29-39.

казания, налагани от магистрати, и никое от тях не може да се изпълни преди приключването на тази процедура пред комицията.

Историческото развитие на *provocatio* е проследено от Цицерон⁶¹. Той споменава за забрана за *magistratus populi romani* да затрудняват обръщането на римските граждани към Народното събрание с искане за процедура по *provocatio*. От това обикновено се прави изводът, че процедурата е била обща, допустима по всяко наказателно дело, но от волята на обвиняемия зависи дали тя ще стартира или не. От сведенията на Цицерон се изключва служебното начало при провокацията, независимо от ранга на магистрата, който е постановил присъдата.

И макар да може да се постави въпрос за някаква отговорност на магистрата, нарушил тези изисквания и затруднил прилагането на процедурата пред комициите, то в източниците не се споменава нищо по въпроса, вкл. и за предсрочно прекратяване на мандата на съответния магистрат. Дори напротив, в тях се отбелязва неприкосновеността на преторите и квесторите по време на техния мандат, като едва с приключването му би могло да се търси отговорност по *lex Iulia de repetundis* от 59 г. пр.н.е., стига обаче да се намерят основания за повдигане на такова обвинение⁶².

Това води до предположение, че в римското общество е съществувал достатъчно сигурен механизъм за сезиране на комициите и спазването на правилата за *provocatio*, при което да не се налага специално определяне на мерки за санкциониране на магистрати, които затрудняват тази процедура.

Повечето изследователи на този етап от развитието на римския наказателен процес считат, че като допълнителни гаранции за справедлив процес се въвеждат изисквания за безпристрастност и неприкосновеност на магистрата във функцията му на председател на журито⁶³. Първоначално те се схващат и като физическата му отстраненост от процеса, като решаващата функция се поема изцяло от журито. В хода на процеса магистратът не може да повлияе на формирането на присъдата и определянето на наказанието. В определени граници той може да направлява самата процедура при стриктното спазване на нейните правила. Може да се предполага и правото (или задължението) му да се отведе в случаите на заинтересуваност или обвързаност с някоя от страните по делото – с обвинителя или с обвиняемия. Не може обаче да се прави никаква аналогия с гражданския процес, респективно – за прилагане по аналогия на отговорността относно *iudex unus* за забавяне на процеса или за нарушаване на правилата в полза на някоя от страните, тъй като обвинението действа от името на народа,

⁶¹ *Cic., De re publ., 2.31.53-54*. Вж. коментара на Cerami, *op. cit.*, p. 4-5.

⁶² По-подробно за *lex Iulia de repetundis* Venturini, C. *Damnatio iudicium. Cinque studi di diritto criminale romano*. Pisa, 2008; Ferrary, J. L. *Patrons et accusateurs dans la procedure de repetundis*, In : RHD, 126 (1998), p. 17- 46.

⁶³ Срв. Pesaresi, *op. cit.*, p. 192 ss.; Cerami, *op. cit.*, p. 18 ss.

към който принадлежат и членовете на журито, и засегнатите от престъплението лица, и самият магистрат.

Наред с това римските юристи обосновават неприкосновеността на личността на магистрата във връзка с конкретния процес. Това е свързано с гаранцията, че той ръководи журито от началото до края на производството и не може да бъде подменян. Независимо от страничната му процесуална роля магистратът се счита за обвързан процесуално с делото и това следва да се осигури за нуждите на наказателния процес, а не във връзка с общите му длъжностни функции.

Може да се обобщи, че по отношение на магистратите с юрисдикционни функции по наказателни дела в римското право се установява отговорност само за корупция. Спорно е доколко правилото за налагане на смъртно наказание по Закона на Дванадесетте таблици на корумпирания съдия се е прилагало в края на Републиката. Няма сведения за подобни дела, нито за изпълнени смъртни присъди на това основание. Такива липсват и от времето на Принципатата. В *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum* обаче се появява санкция за съдията, основана на *Lex Cornelia de falsis*. По принцип в гл. VIII на тази компилация от еврейско обичайно право, означено като Мойсееви закони, становища на римските юристи и императорски конституции, преразказани във връзка с определена материя, се санкционира „*falsum testimonium*”, като според закона на Сула от 81-79 г. пр. Хр. се разбират множество престъпни деяния – набедяване, лъжесвидетелстване както по наказателни, така и по граждански дела, даване на противоречиви показания или най-общо недобросъвестно поведение пред съд, умишлено за създаване на лъжливи доказателства или за произнасяне или подписване на лъжливи показания, приемане на пари или даване на пари и влияние върху страните, свидетелите или защитниците в процеса, приемане на пари за призоваване или не призоваване за свидетел, или за отказване от свидетелстване, както и за съставяне или подписване на съставено от друго завещание, което не отговаря на волята на завещателя.

Наказанията за такива престъпления варират – от осъждане на същото наказание, каквото е трябвало да се наложи на набедения, до изгнание, заточаване на остров и пр. Ако извършителят е сенатор, то той губи своя ранг и се отстранява от Сената (Coll. VIII.3). Ако набедяването е довело до смъртна присъда, то извършителят по *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* се наказва с депортиране.

Особена строгост е проявена при подкупите и лъжесвидетелствата в резултат на подкуп, както и произнасянето на присъда в резултат на подкуп. Така Паул в коментара си към *Lex Cornelia testamentaria* дава определение на отделните престъпни състави и съответните им наказания – „който приема или дава пари за даване на лъжливо показание или за въздържане от истинно показание, или който подкупи, или положи усилия да бъде подкупен съдия, за да се произнесе или да не се произнесе по дело, ако е от нископоставените, се наказва със смърт, а ако е високопоставените – с публична продажба на имуществото и се депортира на остров със самия съдия. (Coll. VIII.5). В случая суровостта на наказанието преследва и определена превантивна цел – както е посочено в Мойсее-

вия закон – «Останалите като чуят, ще се страхуват и няма да се осмелят да правят такива злодеяния сред вас» (Coll. VIII.1.5)⁶⁴.

Въз основа на тези свидетелства, макар и от края на IV – началото на V в. от н.е. се приема, че в края на Републиката със законодателството на Сула се въвежда и нов вид отговорност на съдията за корупция- депортиране на остров (*deportatio ad insulam*), което по принцип е било доживотно и е свързано с пълна или частична конфискация на имуществото и промяна на статуса. Към този период стратификацията на обществото не е на *potentiores* и *humiliores*, както се споменава в текста, отразяващ ситуацията към IV в. Няма съмнение, че съдията като императорски служител, е бил в категорията на *potentiores*. Редакцията на текста е такава, че се акцентира на престъпното деяние на този, който подкупва съдията, но няма съмнение и за отговорността на самия съдия, макар и поставена редакционно на второстепенен план. Има основания да се твърди, че тази уредба се е запазила и в Юстиниановия период.

4. Гражданската отговорност на *iudex*

В правните източници са запазени няколко текста предимно от класическия период, в които се споменава за гражданската отговорност на съдията, реализирана чрез специален иск – *actio adversus eus qui litem suam fecit*. Най-общо като ответник по него се определя *iudex privatus*, който е нарушил правилата на *iudicium*, без обаче да се определя кои правила, вида на нарушението, начина, по който това се отразява на съдебното решение и на интересите на страните и пр. Предполага се, че тя е възникнала по времето на формуларния процес, но се е запазила и в следкласическия период, когато съдиите вече са императорски служители, а не избрани от страните и одобрени от претора частни лица.

По темата има и някои сведения в неюридическите източници. От един фрагмент на речта на Цицерон *Pro Cluentio*⁶⁵ се правят изводи, че съдиите по частни дела са задължени да произнесат решение по спора⁶⁶, макар че това не е

⁶⁴ Коментар на тези разпоредби вж. Frakes, R. M. *Compiling the Collatio legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*. Oxford, 2013. Вж. и преводът и коментара на текста в *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*. Съпоставка на Мойсеевия закон и римските закони, С., 2009.

⁶⁵ *Cic., Pro Cluent., 43.121: Itaque non solum illud ostendam, quod iam videtis, populi Romani suffragiis saepe numero censorias subscriptiones esse sublatas, verum etiam iudiciis eorum, qui iurati statuere maiore cum religione et diligentia debuerunt. Primum iudices, senatores equitesque Romani, in compluribus iam reis, quos contra leges pecuniam accepisse subscriptum est, suae potius religioni quam censorum opinioni paruerunt.*

⁶⁶ Вж. цялостен анализ на речта у Giuffrè, V. *Imputati, avvocati e giudici. Nella Pro Cluentio ciceroniana*, Napoli, 1993, p. 185ss. За задълженията на съдиите според този текст срв. Paricio, *Sobra l'administración de la justicia en Roma*, cit., p. 66; Scevola, cit., p. 101- 102; Guasco, A. *La responsabilita del iudex privatus*. A proposito di R. Scevola, *La responsabilita del iudex privatus* (Milano 2004). In: *Index 36* (2008), p. 411.

изрично отразено в текста и може да води предположения, че се отнася и до лицата, включени в съдебното жури по наказателни процеси. Цицерон в стремежа си да ревизира правомощията на цензорите, подчертава, че *notae censoriae* нямат нито значение, нито правна сила на съдебни решения, макар и да са „*maiore cum religione et diligentia*”, ‘а заклетите съдии се произнасят със всеобщозадължително решение, което е „*potius suae religioni quam censorum opinioni*”. Следователно е особено тежко нарушение, ако се взема подкуп (*contra leges pecuniam accepisse*) за да не се произнесе такова решение

Пак Цицерон в *De officiis* разглежда казуса, в който съдията е приятел на една от страните и въпреки това приятелство, като *vir bonus*, трябва да спазва правилата, установени от *maiores* и да се стреми да не наруши изискванията на *fides*, тъй като е положил клетва като съдия (*iusiurandum*)⁶⁷.

Квинтилиан в *Institutiones Oratoriae* счита, че съдията при всички случаи е длъжен да се произнесе с решение, освен ако една от страните с изрично волеизявление не е предостави решаването на спора в ръцете на насрещната страна⁶⁸. Повечето автори приемат, че според Квинтилиан задължението съдията да се произнесе се отнася само до частноправните спорове⁶⁹.

Отделни сведения за задълженията на съдията предимно във връзка със спазване на положената клетва, с която се поемат тези задълженията, се съдържат и в епиграфските и папирусологически източници – най-вече в статута на испанската муниципия Irni от I в. сл. Хр. (т. нар. *Lex Irnitana*, която е едно от най-пълните копия на *lex Flavia municipalis*, в която от своя страна са въведени изискванията на *lex Iulia iudiciorum privatorum*) и в папирус №22 от Antinoopolis от IV в., който е свързан с коментара на Улпиан към едикта по повод на титела „*Quod falso tutore*” (D. 27.6)⁷⁰

По повод на клетвата, положена от съдията и която трябва да се спазва на всяка цена, често се цитира и една конституция на Юстиниан от 530 г., в която императорът има намерение да възстанови древната практика⁷¹. Споменаването

⁶⁷ Cic. *De Off.* 3.10.43- 44.

⁶⁸ Quint., *Inst. Or.*, 5.6.4. *At si, qui defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium iudicem faciat, et eum cuius cognitio est onere liberat, qui profecto alieno iureiurando stari quam suo mavult.*

⁶⁹ Вж. Scevola, R. La responsabilita del ‘iudex privatus’, cit., p. 102 ss.; Paricio, J. Sobre l’administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados, Madrid, 1987, p. 65 s.; Guasco, A. La responsabilita del ‘iudex privatus’, cit., p. 411 ss.

⁷⁰ Тези източници са разгледани по-подробно в следващата част на статията.

⁷¹ CJ.3.1.14. pr.-1: “*Rem non novam neque insolitam adgredimur, sed antiquis quidem legislatoribus placitam, cum vero contempta sit, non leve detrimentum causis inferentem. Cui enim non est cognitum, antiquos iudices non aliter iudicalem calculum accipere, nisi prius sacramentum praestitissent, omnimodo sese cum veritate et legum observatione, iudicium esse disposituros? Cum igitur et viam non inusitatam invenimus ambulandam et anteriores leges nostrae, quae de iuramentis positae sunt, non minimam suae utilitatis*

на правилата на *antiqui legislatores* по отношение на *antiqui iudices* се тълкува в смисъл, че императорът има предвид правната уредба, валидна за легисакционния и формуларния процес, която трябва да се адаптира за съвременните на него задачи пред правораздаването⁷². Споменава се *sacramentum*, който обвързва *antiqui iudices* да разглеждат делото и да се произнасят *cum veritate et legum observatione*. Клетвата в юстиниановата епоха обаче е на друго основание – върховната Божия справедливост се прилага между хората чрез императора, който е представител на Бога на земята и следователно съдиите от всички рангове и инстанции, полагайки клетва пред него, всъщност поемат задължение пред Бога да съдят справедливо и според правилата. Същата идея е възплътена и в *Novella 8* от 535 г.⁷³ При нарушаване на клетвата се активират както религиозни, така и юридически санкции. Някои автори виждат продължение на традицията на клетвата пред Юпитер (*per Iovem lapidem*) от езическия период в клетвата с ръка на Евангелието в християнската епоха⁷⁴.

Отговорността на съдията е свързана с прилагането на редица закони, в които се предвиждат процедурни правила, но най-вече на новата организация на процеса *per formulam*, при който във формулата се определят двете възможни решения на спора, както и обстоятелствата, които подлежат на доказване. Чрез *litis contestatio*⁷⁵ тези констатации стават задължителни както за страните по делото, така и за съдията, и всяко отклонение от тях се приема като процесуално нарушение.

experientiam litigantibus et ideo ab omnibus merito collaudantur, ad hanc in perpetuum valituram legem pervenimus, per quam sancimus omnes iudices sive maiores sive minores, sive qui in administrationibus positi sunt vel in hac regia civitate vel in orbe terrarum, qui nostris gubernaculis regitur, sive eos, quibus nos audientiam committimus vel qui a maioribus iudicibus dantur vel qui ex iurisdictione sua iudicandi habent facultatem vel qui ex recepto (id est compromisso, quod iudicium imitatur) causas dirimendas suscipiunt vel qui arbitrium peragunt vel ex auctoritate sententiarum et partium consensu electi, et generaliter omnes omnino iudices Romani iuris disceptatores non aliter litium primordium accipere nisi prius ante iudiciale sedem sacrosanctae deponantur scripturae.

⁷² За *sacramentum* като синоним на *iusiurandum* вж. *CJ.1.4.27.3*; *CJ.2.42.3.4*; *CJ.2.55.4.1*; *CJ.2.58.2*; *CJ.4.1.12*; *CJ.4.21.21*; *CJ.5.35.2*; *CJ.5.70.7.6b*; *CJ.6.56.6*; *CJ.8.14.6*; *CJ.8.53.36*; *CJ.9.41.18*.

⁷³ Вж. подробно по тези въпроси Puliatti, S. *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*. In: *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro*, Milano, 2000.

⁷⁴ Вж. по-подробно в двете изследвания на Calore, A. *Tactis Evangeliiis*. In: *Il gesto nel rito e nel cerimoniale dal mondo antico ad oggi*, Firenze, 1995, p. 55-101; ID., „Iuro per deum omnipotentem”: il giuramento dei funzionari all'epoca di Giustiniano. In: *Seminari di storia e di diritto*, v. II, Milano, 1998, p. 107-126.

⁷⁵ Вж. най-общо по въпроса Андреев, цит. съч., с. 109 и сл.

В тази връзка в Институциите на Гай са запазени сведения за тази отговорност на съдията, «който прави процеса свой» (*litem suam facere*). Самият термин не е особено прецизен като пояснение, тъй като не става въпрос за извличане на облага за себе си от страна на съдията, а за негово неправомерно поведение, което обаче не може да се квалифицира като деликт, но не е нарушение на договор, тъй като в процеса няма облигационни отношения, независимо че страните постигат съгласие по определени въпроси, свързани с производството.

Институтът на отговорността на съдията, който «прави процеса свой», бележи едно доста противоречиво развитие. В повечето учебни курсове той е представен като квазиделикт, обаче именно тази категория на източници на облигационни отношения се създава едва в късния следкласически период и присъства само в Юстининовата кодификация. Във II в. от н.е. Гай говори, че облигационните отношения възникват от контракти, от деликти и от други правни основания (*ex variae causarum figurae*⁷⁶), без да ги класифицира, но все пак като ги назовава. Въпросната отговорност явно е сред тях. Така според Гай

IGai 4.52: Iudex si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit: debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. minoris autem damnare ei permissum est...

Ако съдията се признае, то той трябва да осъди ответника да заплати определена сума пари, дори и тази сума да не е определена в кондемнацията на формулата: ако кондемнацията е съставена за определена сума, то съдията трябва да се погрижи да не присъди по-голяма или по-малка сума (от определената във формулата), в противен случай той прави процеса свой⁷⁷. Ако кондемнацията е съпроводена с указание за максималната сума, която може да се присъди, то съдията не трябва да присъди повече, защото по същия начин „прави процеса свой“, но той може да присъди по-малко...

Фрагментът е от книга IV на Институциите на Гай, в която се разглеждат предимно процесуални въпроси. Във връзка с *condemnatio* сякаш инцидентно са разгледани двете хипотези на неправомерно поведение на *iudex*, който се откло-

⁷⁶ D.44.7.1.45

⁷⁷ Според превода на Ф. Дыдынский на Институциите на Гай (Институции Гая, Москва, 1997, с. 279) целият израз „*litem suam facit*“ е преведен като „съдията отговаря пред страните за своето неправилно решение“, което обаче е интерпретация и обяснение, а не точно придържане към латинския текст.

нява от предписанията на формулата във формуларния процес: ако в нея има точно определяне на сумата, то съдията не може да осъди ответника на сума, различна от тази по формулата по собствено усмотрение, но ако е предвидена максимална сума и преценка за точния ѝ размер от съдията (*taxatio*), то той би могъл да осъди по-малка, но не и по-голяма сума от предвидената във формулата. Нарушаването на тези правила Гай определя като *litem suam facit*. По този начин казуистично са определени двете хипотези, при които „съдията прави процеса свой“, без обаче да се даде разяснение за същността на използвания израз – какво точно означава „да направи процеса свой“.

В случая се използва обективен критерий за оценка на поведението на съдията – точно описание на отклоняването от формуларното предписание. Гай не разисква субективното отношение на съдията, т.е. въпросът за извършени действия умишлено или поради недоглеждане, небрежност, незнание пр. въобще не се поставя⁷⁸.

Фрагментът на Гай е широко дискутиран във всички съчинения, посветени на института на *litem suam facere*⁷⁹. Той е съпоставен с два други фрагмента, които според инскрипциите в Дигестите, са от друго негово съчинение – *Res Cottidianae* – *D.44.7.5.4* и *D.50.13.6* и третират същия проблем, но по напълно различен начин – с изричното му включване в категорията на квазиделиктите. Тя обаче е непозната за класическите юристи и за самия Гай, според който облигационните отношения се пораждат освен от контракти и деликти “*et ex variae causarum figurae*”⁸⁰. Изглежда, че в тях са направени интерполации, ако се приеме авторството на Гай за *Res Cottidianae*. Това обаче не се приема за безспорно, особено като се има предвид, че Институциите са съчинение с елементарен и дидактически характер, в което Гай си поставя за цел да даде основни правни знания, но не и цялостно описание на институтите. Така напълно възможно би било той да разсъждава по-задълбочено за характера на отговорността на съдията, като я отнася именно към *variae causarum figurae* и по-късно само този израз да е заменен с *quasidelicta*⁸¹.

⁷⁸ По-подробно вж. Lamberti, F. *Riflessioni in tema di litem suam facere*. In: Labeo, 36(1990), p. 227-228.

⁷⁹ Вж. Scevola, R. *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004, p. 242; Burdese, A. *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*. Napoli, 1994, p. 88 ss.; D'ors, A. *Litem suam facere*, In: SDHI, 48 (1982), p. 372-373; De Martino, F. *Litem suam facere*, In: BIDR, 91(1988), p. 1 ss.; Lamberti, F. *Riflessioni in tema di litem suam facere*, cit., p. 227 ss.; Giusto, M. *Per una storia del litem suam facere*, SDHI, 71 (2005), p. 462; ID., *Litem suam facere*, In: SDHI, 72 (2006), p. 399 ss.

⁸⁰ Вж. по-подробно по-долу в раздела за следкласическата концепция за института. Срв. Gimenez Candela, T. *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, p. 45-46; Mattioli, F. *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*. Bologna, 2010, p.28-29.

⁸¹ Тази теза се поддържа от Falcone, G. *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, p. 82.

В тези фрагменти *iudex*, макар и да не действа умишлено, извършва неволно процесуални нарушения (*licet per imprudentiam*):

D.44.7.5.4 (Gai. L. 3 rer. cott. sive aur.): Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.

Ако съдията „прави процеса свой”, той се счита не съвсем за задължен като от деликт; но доколкото не се явява задължен и по силата на договор, а се счита, че само е допуснал някаква грешка, например по недомислие, то очевидно той се привлича към отговорност по квазиделикт.

D.50.13.6 (Gai. L.3 rer. cott. sive aur.): Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid ntellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam substinebit.

Ако съдията прави процеса свой, той се счита не съвсем за задължен като от деликт; но доколкото не се явява задължен и по силата на договор, а се счита, че само е допуснал някаква грешка, например по недомислие, то очевидно той се привлича към отговорност по квазиделикт по иск, произтичащ от факта на извършеното от него и му се налага наказание в зависимост от изясняването на това колко добросъвестно той е съдил по това дело.

Предполага се, че те са възпроизведени и в Институциите на Юстиниан:

IJ.4.5.pr.: Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam substinebit.

Ако съдията прави процеса свой, той се счита не съвсем за задължен като от деликт; но доколкото не се явява задължен и по силата на договор, а се счита, че само е допуснал някаква грешка, например по недомислие, то очевидно той се привлича към отговорност по квазиделикт и му се налага наказание в зависимост от изясняването на това колко добросъвестно той е съдил по това дело.

В трите фрагмента няма пълна идентичност, макар позоваването да е на една и съща книга трета от съчинението на Гай „*Res Cottidianae sive Aureum*” – в *D.44.7.5.4* липсва допълнението относно иска (*actio in factum*), с който се предявява претенцията за обезщетение при такова поведение на съдията – „*in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit,*

poenam substinebit”. То присъства само в *D.50.13.6* и в *IJ.4.5.pr*. Някои автори предполагат, че то е интерполирано⁸², други – че всъщност оригиналният текст в *Res Cottidianae* е този в *D.50.13.6* и в Институциите на Юстиниан, а в *D.44.7.5.4* той случайно е пропуснат⁸³ или не е включен поради систематични съображения⁸⁴. Подобни аргументи обаче не бива да се абсолютизират, тъй като в римското право проблемите на субективните права и задължения често са интерпретирани заедно с исквете за тяхната защита – както твърди Falcone⁸⁵, целият титъл *D.44.7. De obligationibus et actionibus* обединява именно такива фрагменти от съчиненията на римските юристи.

Подобна полемика в случая не е от особено значение, тъй като в тяхната цялост и трите фрагмента дават основните елементи на института – описание на неправомерното поведение на съдията и процесуалното средство, чрез което то се санкционира. Тази уредба обаче е твърде далечна от становището на самия Гай в Институциите (*IGai 4.52*), разгледано по-горе.

Между тези фрагменти и съвършено различна е интерпретацията на проблема в коментара на Улпиан към преторския едикт:

D.5.1.15.1 (Ulp. L.21 ad ed.): Iudex Счита се, че съдията „прави *tunc litem suam facere intellegitur, cum* процеса свой”, ако се произнася *dolo malo in fraudem legis sententiam* умишлено с решение в нарушение на *dixerit (dolo malo autem videtur hoc* закона (счита се, че действа с умисъл

⁸² Вж. Ferrini, C. *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, In: BIDR 13 (1900), p. 190; De Francisci, P. *Συναλλαγμια*. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati, v.II, Pavia, 1916, p. 135; Perozzi, S. *Istituzioni di diritto romano*, v. II, Milano, 1928, p.387, n.4, цитирани у D'ORS, A. *Litem suam facere*, In: SDHI, 48 (1982), p. 388, n.67. Това впрочем е аргумент да се приеме, че съчинението *Res Cottidianae*, приписвано на Гай, е със след-класически произход вж. Coma Fort, J. M. *El derecho de obligaciones en las Res Cottidianae*, Madrid, 1996, p. 156,

⁸³ Това е тезата на Albertario, E. *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, In: Studi di diritto romano, III, 1936, 131 ss. Вж. и Riccobono, S. *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, In: Scritti di diritto romano, v. II., Palermo, 1964, p. 101; Pugliese, G. *Il processo civile romano II, Il processo formulare*, v.I, Bologna, 1963, p. 168 ss., Wolodkiewicz, W. *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, In: RISG, 14 (1970), p. 165 ss. Срв и Mattioli, F. *Op. cit.*, p. 18, n.11 и цитираната там по-стара литература.

⁸⁴ Scevola, R. *Op. cit.*, p. 527, n. 132 приема тезата на Robinson, O. *Justinian and the Compiler's view of the „iudex qui litem suam fecerit”*, In: Festschrift für A. Wacke zum 65. Geburtstag am 28. April 2001, München, 2001, p. 389 ss., която счита, че поради различното систематично място на двата фрагмента на Гай в единия случай се акцентира на неправомерното поведение на съдията, в другия – на възможността за предявяването *actio in factum* срещу него (като част от титула относно *variae et extraordinariae cognitiones*).

⁸⁵ Вж. Falcone, G. *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, p. 42.

facere, si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur. ако явно е доказана снизходителност (към някоя от страните по делото) или враждебност или дори корисни подбуди); тогава той бива принуден да заплати действителната стойност, за която се води спора.

Улпиан в случая акцентира на субективния елемент в поведението на съдията – умисъл (*dolus malus*) за нарушение на процесуалния закон, който се изразява конкретно в три насоки – снизходителност или враждебност към някоя от страните по делото или корисни подбуди, вкл. подкуп. Изрично тези хипотези са обявени като поведение, определено като „*litem suam facere*”. От своя страна Улпиан той се позовава на Лабенон, който определя *dolus malus* като всякаква хитрост, измама и машинация, използвани да се заобиколи закона, да се измами или увреди някого⁸⁶. Така определяйки това поведение, вкл. и съдебната корупция като *dolus malus*, Улпиан я отнася към сферата на санкционираните по *actio doli* отношения, т. е. към отговорността по частни деликти.

Прави впечатление пълната несъгласуваност на това разрешение с фрагментите от *Res Cottidianae* на Гай, възпроизведени в D.44.7.5.4 и D.50.13.6, в които поведението на съдията се определя като „*licet per imprudentiam*”. Във връзка с това отново се поставят въпросите за евентуални интерполации, тъй като не изглежда логично подобно развитие на института за едно столетие (от епохата на Гай в началото на II в. до тази на Улпиан в началото на III в.) и отново връщане към *imprudentia* в следкласическата и юстиниановата доктрина. В тази връзка Scevola и Giusto правят опит да открият обяснение на позицията на Улпиан в преминаването на формуларния процес към *cognitiones extra ordinem*, където *iudex* вече не е частно лице, а императорски служител. В повечето случаи съдията е и със специална правна подготовка, но по-важното е, че освен определени професионални качества осъществява правораздаването от името на императора, при което подобно поведение не може да се толерира⁸⁷.

Контрастът между тези разрешения би могъл да се интерпретира не толкова като резултат на еволюцията на института, колкото като хипотеза на контроверзия между юристите (*ius controversum*), още повече, че към началото на III в. (епохата на Улпиан) все по-често се използва възможността за обжалване на съдебното решение пред императора и по този начин да се коригират отклоненията от формулата, за които споменава Гай. Така нуправомерното поведение на съдията остава само в сферата на умишлените действия и следва да се определи

⁸⁶ D. 4.3.1.2 (Ulpianus L.11 ed.)... itaque ipse (sc. Labeo) definiit dolum malum esse omnem calliditatem falaciam machinationem ad circumverendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.

⁸⁷ Scevola, Op. cit., 551 e Giusto, *Litem suam facere*, cit., 406; ID. Per una storia del *litem suam facere*, cit., 466-467.

като самостоятелен деликт, което от своя страна да обоснове отговорността до размера на самата искова претенция по спора, поставен пред този същия съдия.

В тази връзка се цитира и един друг фрагмент от коментара на Улпиан към преторския едикт, в който той разглежда мнението на Юлиан:

D.5.1.16. (Ulp. L.5 ad ed.): Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multris notata est. Юлиан обаче счита, че искът срещу съдията, който „прави процеса свой“ може да се предави и срещу наследниците му, но това мнение е невярно и е критикувано от мнозина.

Очевидно в периода II-III в. институтът е претърпял сериозна еволюция и тя е започнала още по времето на Юлиан, защото неговото становище е оспорвано от мнозина, както твърди Улпиан. Става въпрос за същността на иска, с който се предава отговорността на съдията. Юлиан, а вероятно и Гай са приемали, че той има компенсаторен характер и отговорността е обективна, поради което задължението за обезщетяване на увредената от противоправното поведение на съдията страна по делото преминава и към неговите наследници. Улпиан обаче поддържа персоналната отговорност, основана на умисъл на съдията и само в този случай приема наличието на пенален иск – *actio de dolo*.

Независимо че и двата фрагмента от Улпиан са запазени в Дигестите, те не съответстват на позицията на юстиниановите юристи за определяне на института като квазиделикт. Според тях глобата за съдията, който „прави процеса свой“, макар и третирана като санкция (*poena*), е в зависимост от вида и размера на пропуските, които е допуснал, т. е. влияе се от степента на неговата добросъвестност, но в никакъв случай не е свързана с умишлено поведение. Тя има по-скоро характер на обезщетение, докато при Улпиан става въпрос за санкция за неправомерно умишлено поведение.

Трудно може да се определи какво точно се има предвид под „*imprudentia*“. В повечето преводи на текста *imprudentia* се интерпретира като *ignorantia*. Определянето на съдържанието на термина „*imprudentia iudicis*“ във връзка с *litem suam facere* е във връзка с друг с подобно значение – *imperitia*, който се среща в Дигестите и Институциите на Юстиниан. Така в *IJ. 4.3.8 imperitia* се интерпретира в смисъл на „неумение, неопитност, непознаване на занаятието“. Свообразно определяне на *imperitia* чрез примера с лекаря се открива в:

IJ.4.3.7. Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit. Неумението също се вменява във вина, напр. ако лекар убие твоя роб, защото лошо му е направил операция или не му е дал надлежното лекарство.

Подобна е употребата и в *D.9.2.8.1*, *D.19.2.9.5*⁸⁸, *D.2.1.7.4*, *D.2.8.8.2*, *D.9.2.27.29*, *D.9.2.30.3*, *D.10.2.20.pr* и др. В *D.26.7.40*. може да се предполага асимилиране на понятието с *neglegentia* в смисъл и на пренебрегване на основни задължения, познати и типични за всички хора, но също и като липса на разсъдливост, предвидливост⁸⁹.

От цитираните в началото текстове относно *litem suam facere* не може да се направи категоричен извод в какво се състоят нарушенията на съдията. Според някои автори става въпрос за нарушаване на някои (при това несъществени) процедурни правила, според други – постановяване на несправедливо решение⁹⁰. В първия случай се поставя въпрос и дали тези нарушения се отразяват на решението или просто го забавят.

Интересна в този смисъл е една конституция на император Юстиниан от 331 г., включена в книга II, титул III на Кодекса, в която първата част се отнася до неформалните съглашения (пактовете) и се припомня правилото, че всяко лице има право да се откаже от това, което е договорено в негова полза (*regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare*). Текстът продължава с предписание всички съдии и арбитри да спазват това правило, в противен случай ще се счита, че е налице *litem suam facere*:

CJ.2.3.29.2: Imperator Justinianus: Ето защо ние искаме всички наши съдии, както и делегираните съдии⁹¹ и арбитрите да спазват тези разпоредби по делата, които им са подсъдни и да знаят, че ако ги пренебрегват, ще носят отговорност за *litem suam facere*⁹².

Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, et huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos eveniat scituros, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intellegantur.

⁸⁸ В този текст Улпиан се позовава на понятието, което използва Целз: *D.19.2.9.5 (Ulpianus, libro trigesimo secundo ad edictum) Celsus etiam imperitiam culpaе adnumerandam libro octavo digestorum scripsit... Вж. подобно у Гай в D.50.17.132: (Gaius, libro septimo ad edictum provinciale) Imperitia culpaе adnumeratur...*

⁸⁹ Вж. *D.44.7.5.4*, *D.50.13.6* и *IJ.4.5.pr. Спв. и с IJ.2.14.12*, *IJ.3.26.10.*, *D.24.3.17.2*

⁹⁰ Вж. Pugliese, G. Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano. In: Studi in onore di E. Betti, v. II, Milano, 1963, p. 725ss.; Scevola, cit. p. 320ss.

⁹¹ Преводът не е съвсем точен, тъй като *iudex pedaneus* (букв. „ходещ, пътуващ, мобилен“) е наистина специално оправомощен съдия за разглеждане на дела с малък паричен интерес и извън градските центрове, в които има постоянни съдилища, който съществува в периода II-VI в., но с този термин се означават както съдии със специална компетентност, назначени от императора, така и от магистрати, а също и муниципални съдии, а понякога – и съдебни заседатели. По-подробно вж. Liva, S. II „*iudex pedaneus*“ nel processo privato romano. Dal procedura formulare alla „*Cognitio extra ordinem*“, Milano, 2012.

⁹² В някои преводи финалът на текста и интерпретиран в смисъл, че съдиите ще носят отговорност за *praevargatio*. Това обаче е напълно различен институт, няма отношение

Цитираната конституция е от особено значение, доколкото показва съществуването на института в юстиниановата епоха. Използването на глагола „*neglexerint*“ по смисъл е близко до израза „*licet per imprudentiam*“ и води до извод, че се имат предвид нарушения, които не са резултат на умишлено поведение в нарушение на процедурни правила, а по-скоро до неумение и практически трудности по водене на процеса, дължащи се на слаба подготовка и непознаване на процесуалните норми. Предвид на огромната територия на Римската империя, а също и многобройното ѝ население, което генерира също значителен брой правни спорове, не е изключено съдиите на различните нива да не са в еднаква степен подготвени за своята правораздавателна функция. Достъпът до правно образование на различните социални прослойки е различен, а също и организацията на правораздаването в провинциите е различна, поради което юстиниановите юристи поставят въпрос за отговорност, която трябва да се реализира, но да е диференцирана с оглед тежестта на нарушенията. Подобна идея за разграничаване на наказателната, гражданската и дисциплинарната отговорност на съдиите постепенно преминава през вековете и се съдържа във всички съвременни законодателства.

Конституцията обаче може да се интерпретира и в друг контекст, ако се разглежда цялостно нейният текст. Независимо че става въпрос за квазиделкт, както е безспорно установено за юстиниановата епоха, в случая може да се предполага, че „небрежното“ поведение на съдиите се отразява и на съдебното решение, ако е приложено неправилно материалното право относно пактовете. На тази интерпретация се обръща по-малко внимание, тъй като в случая основното е да се санкционират съдиите и арбитрите за това, че нарушават императорските предписания и тълкувания. Съдебното решение винаги може да се коригира чрез обжалването и на едно по-високо ниво да се прецени неговото съответствие с материалното право.

5. Заключение

В съвременните изследвания относно статуса и отговорността на съдиите обикновено се представят неговите задължения на три нива, съответно свързани с три вида отговорност: наказателна при груби нарушения, засягащи съществено правораздаването и обществения ред, сред които на първо място е корупцията; дисциплинарна – при нарушение на процедурни предписания, срокове за проясняване или действия, уронващи престижа на съдебната власт; гражданска – при нарушения, които увреждат имуществените интереси на страните, без да се включват в състава на престъпление. Последната не е уредена във всички

към частното право и се състои, както определя Марциан в *D.48.16.1.6* в поведение на обвинителя, с което той се стреми да оправдае или да намали наказанието на обвиняемия. Вж. по-подробно у Cristaldi, S.A. *La praevaricatio e la sua repressione dinanzi alle quaestiones perpetuae*. In : Studi in onore di Luigi Arcidiacono, v.II, Torino, 2010, p. 893 ss.

държави, макар и да има национално и международно законодателство за обезщетяване на вреди, причинени на граждани от неправомерни действия на държавни органи и служители. В тази връзка римскоправният модел заема място между дисциплинарната и гражданската отговорност и това е напълно естествено, като се има предвид особената функция на съдиите в Древен Рим и нейното развитие в продължение на повече от 12 столетия. Това, което може да се използва от опита на римската юриспруденция, е свързано именно с принципа, че съдията трябва да е безпристрастен в процеса, да се ръководи само от закона и да познава добре своите задължения, да бъде на професионална висота, за да изпълни своята мисия по прилагане на правото. Защото както посочва големият римски юрист Улпиан, юристите са жреците на справедливостта и именно те възвестяват понятията за доброто и справедливото, разграничават справедливото от несправедливото, позволеното от непозволеното⁹³. А от Рим сме наследили и принципа, че непознаването на правото никого не извинява, а още по-малко тези, които следва да прилагат правото и техните решения да са скрепени с държавната власт и воля.

⁹³ *D.1.1.1.1.(Ulpianus L. 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...*

Ключови думи

*Приемане на наследство,
срок за приемане,
съдебна практика*

Key words

*Acceptance of the
Succession, Time Limit,
Case-law*

Prof. Metody Markov, Dr. Habil.

**Setting by the Court
of a Time Limit
to Accept a Succession**

**Prof. Metody Markov,
Dr. Habil.**

*Member of the Law
Department of New Bulgarian
University,
e-mail: mmarkov@nbu.bg*

*Professor
of Civil Law
Family Law and Law of
Succession at the Law De-
partment of NBU*

*Areas of specializa-
tion: civil law,
family law,
law of succession.*

*Author of mono-
graphs and articles in pro-
fessional periodicals in Bul-
garia and abroad.*

In the article a review is made of the relevant case-law concerning the issues with regard to the setting by the court of a time limit, in which the heir to announce whether he or she accepts or not an open succession. The courts are challenged to answer different questions such as: who is entitled to start the procedure, how the heir may be summoned and in what manner is he or she to make their will, what are the effects in cases of invalidity of their statements, and what fact should be recorded in cases that he or she keeps silence, etc.

Проф. Методи Марков, д.ю.н.

Определяне на срок от съда за приемане на наследството

С отпадането на срока по отменения чл. 50 ЗН през 1992 г., състоянието на неопределеност на откритото наследство е възможно да продължи безкрайно дълго време. Призованите наследници по закон и по завещание, както и заветниците могат да отлагат вземането на решение дали да приемат наследството или не. Дори само един от тях да не е взел отношение към наследството, за останалите не е ясно какви ще бъдат техните дялове. Неяснота съществува и за наследниците от следващите редове, които може да бъдат призвани към наследяване, ако никой от предходния ред не приеме наследството. Най-накрая, интересите на кредиторите и заветниците също са застрашени, доколкото не са наясно срещу кого следва да упражнят правата си.

За преодоляването на тази правна несигурност може да се използва възможността, предвидена в чл. 51 ЗН. Ето защо с отмяната на срока нараства значението на това правило.

В случаите, когато правото на наследяване не е упражнено и наследството не е прието, нито е направен отказ от него, за споменатите по-горе заинтересовани лица възниква възможността да принудят наследника, в определен от съда срок, да заяви дали приема наследството или се отказва от него.

Искането може да се направи по два начина:

- самостоятелно – с единствената цел да се създаде яснота по въпроса приема ли определен наследник или не наследството. В този случай няма краен срок, в който заинтересуваното лице може да се обърне към съда;

- заедно с предявяване на иск срещу наследника. Всъщност, искането може да бъде направено и по време на делото. Не виждам основание за преклузия на тази възможност, освен ако съдът е дал указание на ищеца с определен срок. Без направено искане по чл. 51 ЗН от ищеца, съдът не може служебно да даде срок на наследника за изразяване на отношението му към наследството. В **решение № 11/22.2.2013 г. по гр.д. № 379/2012 г. на Апелативен съд Бургас** е прието, че производството по определяне на срок за приемане на наследство може да се развие само при предявяване на надлежно искане, но не и служебно от съда. В практиката обаче се обосновава и тази възможност. В **решение № 139 от 24.6.2013 г. по гр. д. № 50/2013 г., II г. о. на ВКС** се приема, че се касае до приложение на императивна правна норма, поради което съдът е длъжен да даде указания на ответника да заяви

при условията на чл. 51 ЗН дали приема наследството¹. Струва ми се, че това е едно превратно тълкуване на второто изречение на чл. 51, ал. 1 ЗН. Изразът „този срок се определя от съда, който разглежда делото“ има за цел да определи компетентния съд, т. е. вместо ищецът да се обърне към съда по местототкриване на наследството, процедурата по чл. 51 ЗН ще може да се развие в същото исково производство. Пресилено е да се търси в този законов изказ въвеждане на служебното начало. А от материалноправна гледна точка нормата на чл. 51, ал. 1 ЗН няма императивен характер, доколкото не защитава обществен, а само частен интерес. В интерес на ищеца е да докаже приемане на наследството от ответника и ако не разполага с доказателства, може да поиска от съда да определи срок по чл. 51 ЗН. Съдът няма правомощия да преценява съобразно обстоятелството дали ищецът ангажира доказателства или не и дали същите са годни и достатъчни да установят факта на приемане на наследството, дали да даде срок на ответника-наследник. В този смисъл вж. *решение № 8708 от 21.12.2013 г. по в. гр. д. № 10768/2013 г. на Софийски градски съд*². Смятам, че съдът трябва да даде указания на ищеца относно тежестта му да докаже приемането на наследството от ответника и възможността да се възползва от процедурата по чл. 51 ЗН.

Законът е определил доста общо кръга от легитимирани лица. Искане по чл. 51 ЗН може да прави „всеки заинтересуван“. Както бе посочено, интерес може да имат всички наследници по закон и по завещание, както и заветниците, независимо дали са приели наследството, респ. завета или не. При наследяване по коляно заинтересовани наследници са само тези от коляното. Непризован наследник или заветник също е заинтересувано лице, ако никой от призованите наследници или заветници все още не е приел наследството или завета. Кредиторите на наследството са следващата категория заинтересувани. Към тези лица може да се добавят още управителят на наследство по чл. 59 ЗН и изпълнителят на завещание. Техните функции обхващат внасянето на яснота и сигурност относно правата на наследниците и заветниците. Може да се приеме, че интерес от създаването на яснота имат още държавата и съответните общини, за които може да е открита перспективата да получат наследството или отделни имущества от него на основание чл. 11 ЗН³.

В литературата е обоснована и възможността с искане към съда да се обърне държавен или частен съдебен изпълнител или публичен изпълнител.⁴ То не е съобразено със задължението на съдебния изпълнител по чл. 429, ал. 2 ГПК да определи срока по чл. 51 ЗН, а впоследствие да съобщи изявлението на наследника на съ-

¹ Вж. още *решение № 5255 от 8.7.2013 г. по въззивно гр. д. № 1401/2013 г. на Софийски градски съд*. Този буквален прочит на законовия текст се среща и в по-стари актове на ВС – вж. *решение № 563 от 16.5.1955 г. по гр. д. № 1253/55 г., I гр. о. на ВС* и *решение № 413 от 13.2.1960 г. по гр. д. № 9412/1959 г., II г. о. на ВС*.

² Вж. също *определение № 286 от 25.5.2009 г. по ч. гр. д. 210/2009 г., I г. о. на ВКС*, в което се приема, че даването на срок може да стане само по искане на заинтересувано лице.

³ В същия смисъл вж. Ц. Цанкова, *Промените...*, с. 119.

⁴ Вж. В. Петров, *Приемане...*, с. 126.

ответния районен съдия, за да бъде надлежно вписано. В практиката процедурата по чл. 51 ЗН се провежда от съдебния изпълнител. В **решение № 5619 от 19.7.2013 г. по въззивно гр. д. № 11851/2012 г. на Софийски градски съд** съдът е дал указание на съдебния изпълнител да изпълни задълженията си по чл. 429, ал. 2, изр. второ ГПК, като определи срок по чл. 51 ЗН и съобщи изявлението на наследника на съответния районен съд с оглед вписването му.⁵

Лицата, спрямо които може да се иска прилагането на тази мярка от съда, са всички наследници (по закон и по завещание), както и заветниците. Съдът може да задължи да се произнесат в срок и наследниците по заместване, както и тези по трансмисия, а също така и посочените в завещателното разпореждане субституенти.

Компетентен да се произнесе по самостоятелното искане е районният съд. В текста не е посочено изрично, че това е съдът по местоткриване на наследството, доколкото вписването на изявлението на наследника трябва да се извърши във водената от този съд книга. Когато искането се прави по висящо дело срещу наследник, компетентността е на съда, на когото е подсъдно делото (обикновено това ще е съдът по постоянния адрес на наследника-ответник). В хипотезата на чл. 429, ал. 2 ГПК компетентен е съответният съдебен изпълнител, който е образувал производството срещу наследник на длъжника.

В хипотезата на чл. 51, ал. 1, изр. първо ЗН производството е охранително. По отношение на него с оглед разпоредбата на чл. 530 ГПК следва да се приложат общите правила на охранителните производства, регламентирани в Глава 49 на ГПК. Актът⁶, с който съдът определя срок на призования наследник, не подлежи на обжалване – вж. **определение № 33 от 15.1.2014 г. по ч. гр. д. № 7693/2013 г, III г. о. на ВКС**. Ако наследникът вече е приел или се е отказал от наследството, също няма интерес от обжалването на определението, понеже последиците на неговия избор не могат да бъдат променени. Ако, например, при мълчание на наследника в дадения му срок съдът е постановил да се впише отказ от наследство, такъв отказ би бил нищожен, щом наследникът преди това е приел наследството.

Производството в хипотезата на чл. 51, ал. 1, изр. второ ЗН основното производство е исково, но в неговите рамки се развива охранителната процедура по чл. 51 ЗН. Все пак, доколкото крайният акт – определението, с което се постановява вписване на изявлението или мълчанието на наследника, се отразява и върху исковото производство, този акт ще подлежи на обжалване на общо основание, ако прегражда производството. Например, ако съдът е приел при мълчание на наследника, че той губи правото да приеме наследството и отказва да го конституира като страна в делбеното производство, за него това определение има преграждащ характер и подлежи на обжалване – вж. **определение № 614 от 13.12.2013 г. по ч. гр. д. № 6634/2013 г., г. к., I г. о. на ВКС**. В определението се приема, че пряхата после-

⁵ Вж. в същия смисъл и **решение № 551 от 21.12.2013 г. по в. гр. д. № 959/2013 г. на окръжен съд – Добрич**.

⁶ Законът не го определя по вид, но на общо основание би следвало да бъде определението. Срещат се и случаи, в които се постановява решение за прекратяване на производството.

лица е постановяване на охранителен акт – вписване на отказ от наследство, но предмет на обжалване е проведената процедура по чл. 51, ал. 2 ЗН. За лицето, чийто отказ е вписан по този ред няма друг път за защита в хипотезата, когато е нарушена процедурата.

Важен елемент от производството по чл. 51 ЗН е призоваването на наследника – изискване, закрепено в текста на закона. В практиката това изискване се спазва стриктно и ако призоваването не може да достигне до знанието на призования да наследява се приема, че съдът не следва да определя срок. Така например, в случая, разглеждан в *решение № 482 от 8.1.2015 г. по в. гр. д. № 658/2014 г. на Окръжен съд – Велико Търново* и двамата ответници били с неизвестни адреси и не било възможно личното им призоваване. В *определение № 100 от 12.2.2015 г. по ч. гр. д. № 190/2015 г., III г. о. на ВКС* е разглеждан подобен случай – след като наследникът не е бил открит на адреса, направена е справка за адресната регистрация и след като не е намерено лице, на което да бъде връчена призовката, а съседите са обяснили, че наследникът живее в чужбина, на входната врата е било залепено уведомление лицето да се яви в съда, но на насроченото заседание наследникът не се явил. Съдът е констатирал повторното нередовно уведомяване на лицето, като с оглед характера на производството и необходимостта от личното явяване, от което произтича обективната невъзможност за изпълнение на разпоредбата на чл. 51 ЗН съдът е прекратил производството по делото. Съставът на ВКС обаче не е допуснал жалбата до разглеждане на формални основания. Така въпросът дали се прилага редът за призоваване чрез залепяне на уведомление по чл. 47 ГПК е приложим и в производството по чл. 51 ЗН е останал открит. В друг случай справката за адресна регистрация е установила, че наследникът няма регистриран адрес в страната, а ищецът е декларирал, че не му е известен адрес в чужбина – вж. *решение № 3132 от 8.5.2015 г. по в. ч. гр. д. № 489/2015 г. на Софийски градски съд*. Съдът е съобразил, че приемането и отказът от наследство са свързани със строго лична/субективна преценка на лицето, призовано към наследяване, като с оглед изключителната значимост и тежест на правните им последици и свързаността им с личността на техния носител, те не могат да бъдат извършени от процесуален представител, разполагащ с обща процесуална представителна власт спрямо отсъстващото лице. Недопустимо е това изявление да бъде извършено от особен представител. За да се счете, че срокът за изразяване на воля от призования към наследяване дали приема наследството, или се отказва от него, е започнал да тече, следва съдебният акт, с който е предоставен този срок, да е бил връчен лично на призования към наследяване. В цитираното решение е прието, че фикциите за връчване, установени в общите процесуални правила, са неприложими в особеното охранително производство по чл. 51 ЗН. В случай че съдебният акт, определящ срок за приемане на наследството, не е достигнал реално до знанието на призования към наследяване, този срок не тече и последиците от неприемане на наследството по чл. 51, ал. 2 ЗН не настъпват. Чрез публикация в „Държавен вестник” и назначаване на особен представител (чл. 48 ГПК) би могла само формално да бъде осъществена процедурата по приемане на наследството по чл. 51 ЗН, без да се постигне желаният резултат⁷. В

⁷ В този смисъл и *определение от 23.10.2014 г. по гр.д. № 686/2014 г. на Врачанския окръжен съд*.

решение № 2993 от 30.4.2015 г. по в. ч. гр. д. № 104/2015 г. на Софийски градски съд към аргументацията е добавено, че правото на наследяване е лично, тъй като само наследникът може да прецени дали да приеме наследството или да се откаже от него.

Следва да се отбележи и наличието на друго разбиране, изразено в практиката. В *определение № 1163 от 1.11.2013 г. по въззивно ч. гр. д. № 275/2013 г. на Окръжен съд – Разград* съдът се е позовал на общото препращане в чл. 540 ГПК към правилата на исковото производство. Приложимостта на правилата за призоваване, включително и тези по чл. 46-48 ГПК е принципно допустимо в охранителните производства. В *определение от 12.12.2014 г. по гр.д. № 505/2014 г. на Окръжен съд Габрово* се посочва в подкрепа на същата теза, че правото на наследяване не е лично право, а такъв характер имат само правата, чието упражняване води до промяна в гражданското състояние на лицето⁸. Аргументът не може да бъде споделен, доколкото понятието за лично право е твърде стеснително дефинирано, а от друга страна, правото на наследяване се квалифицира като имуществено, но се упражнява с оглед личната преценка на титуляра.

Считам второто разбиране за правилно с някои уточнения. Охранителната процедура по чл. 51 ЗН има за цел да бъдат защитени интересите на третите лица, които могат да бъдат застрашени от мълчанието на призования наследник. Защитата на неговия интерес е гарантирана от спазването на особените правила за призоваване по чл. 47 ГПК. Неприемливо е да се жертват интересите на множество заинтересувани лица за сметка защитата на наследника. Ако той се укрива, за да осуети определянето на срок от съда, това не бива да препятства развитието на процедурата по чл. 51 ЗН и да се стигне до увреждане интересите на третите лица. Затова при неявяване, респ. непроизнасяне на наследника в дадения му от съда срок, следва да се впише изгубването на правото на наследяване. По-особено е положението, когато наследникът няма регистриран адрес в страната, нито известен адрес в чужбина. Съгласно чл. 48 ГПК в този случай призоваването се извършва чрез публикация в „Държавен вестник“, а при неявяване на призованото лице, съдът назначава особен представител. Приемането и отказът от наследство могат да се извършат чрез пълноощник с изрично пълномощие. Затова няма причина да се отрече възможността да бъде овластен и особен представител. Въпросът е за границите на неговите пълномощия. Може ли особенният представител да направи изявление за отказ от наследство? По принцип това не е в интерес на наследника, т. е. на представлявания и ще е недопустимо по силата на общото изискване представителят да действа в интерес на представлявания⁹. Същото важи и за мълчанието на особенния представител. От друга страна, приемането на наследството направо също би могло да увреди интересите на наследника. Приемането на наследството по опис е вариант, при който са защитени интересите на всички засегнати лица. При отсъствието на наследника е голяма вероятността той да не е узнал за откриване на наследството, така че срокът по чл. 61, ал. 1 ЗН все още няма да е изтекъл. С оглед на тези съображения се на-

⁸ Вж. също *определение от 24.9.2009 г. по гр.д. № 549/2009 г. на Окръжен съд Сливен*.

⁹ Вж. М. Павлова, *Гражданско право, обща част*, С., 2002 г., с. 592.

лага изводът, че особенният представител би следвало да направи изявление за приемане на наследството по опис.

Срокът се определя от съда. Той има процесуален характер и като такъв на общо основание е преклузивен. Продължителността на срока не е определена в закона дори ориентировъчно. Като се има предвид продължителността на срока за приемане на наследството по опис, може да се приеме подобна средна продължителност на срока по чл. 51 ЗН – около три месеца. По аналогия с правилото на чл. 61 ЗН следва да се допусне и възможността да се иска от съда продължаване на срока – в случай че ориентирането на наследника в наследственото имущество изисква по-задълбочено проучване.

Началният момент на срока е денят на съдебното заседание, в което наследникът или негов представител трябва да се яви. Неявяването не води до отлагане на началото на срока. Поставя се въпросът дали може съдът да определи като начало на срока деня, в който наследникът е призван да се яви в съдебно заседание. Както буквата на закона, така и изложените по-горе разсъждения относно начина на призоваване изключват такава възможност.

Призованият наследник трябва да направи изрично изявление до съда. То може да бъде във формата, предписана в чл. 49 ЗН, но може да бъде извършено и устно пред съда, като се отразява в протокола от съдебното заседание. Възможно е наследникът да представи доказателства за извършено вече приемане или отказ от наследството. В този случай съдът следва да прекрати производството по чл. 51 ЗН.

Интерес представлява въпросът допустимо ли е при мълчание на наследника пред съда, след като му е определен срок и преди той да е изтекъл, наследникът да извърши конклюдентни действия, с които да приеме наследството. Ако наследникът е обявил своите действия пред съда и приемането бъде вписано, то ще има характера на изрично приемане на наследството. Когато пък наследникът е извършил конклюдентните действия преди определянето на срок, то наследството вече е прието и производството по чл. 51 ЗН не следва да се провежда. Въпреки това, възможно е наследникът да не уведоми съда за настъпилото правоприемство и съдът да постанови вписване на отказ от наследството, т. е. изгубване на правото да се приеме наследството. Тази последица няма как да настъпи, понеже вече е настъпил ефектът на мълчаливото приемане. Пътят за установяване на действителното правно положение е да се предяви иск за признаване на вписаното обстоятелство за нищожно. И така, може ли да бъде мълчаливо прието наследството в течение на дадения от съда срок, без това обстоятелство да бъде обявено пред съда, за да се впише в особената книга? Следва да се има предвид целта на производството по чл. 51 ЗН – внасяне на яснота по въпроса за придобиването на наследството от призования наследник. Ако се допусне „тайното“ приемане на наследството чрез обявяване пред съда конклюдентни действия да породи последици, от една страна, а от друга – въз основа на мълчанието съдът да постанови вписване на отказ от наследството, целта на правилото ще бъде осуетена. Правата сигурност няма да бъде гарантирана, а напротив – създава се една привидност в резултат от надлежно проведеното производство по чл. 51 ЗН. Този резултат не отговаря на целта на закона. Опасността може да се избегне, ако се приеме, че след определянето на срок наследникът трябва да заяви пред съда своето намерение, дори и да е съпроводено от конклюдентни действия. Само мълчаливо приемане на наследството по времето, докато тече дадения от съда срок, не може да бъде основание за обявяване нищож-

ността на вписания въз основа на мълчанието отказ – в същия смисъл *определение № 286 от 25.5.2009 г. по ч. гр. д. 210/2009 г., I з. о. на ВКС*. Нищожно следва да бъде приемането. Изводът е, че заявяването пред съда на волята на наследника е единственият начин да бъде валидно упражнено правото на наследяване след началото на срока.

Мълчаливо приемане на наследството преди началото на срока вече ще е произвело своето действие. В този случай привидността на вписаното изгубване правото да се приеме наследството няма как да се избегне. След като предхождащото го мълчаливо приемане бъде установено пред съд, той следва да признае за нищожно последващото вписване.

Видът на акта, с който се произнася съдът след изтичането на дадения на наследника срок, не е определен в закона. Щом като съдът не решава материалноправен въпрос по същество, логично е актът да е определение, но в практиката се постановяват и решения.

С определението съдът може да постанови и прекратяване на производството. Така например, ако се констатира, че вече е било вписано изявление на наследника, независимо дали за приемане или за отказ от наследството, в особената книга в съда, производството по чл. 51 ЗН следва да се прекрати. В диспозитива на *решение № 378/7.7.2014 г. по гр.д. № 842/2014 г. на Районен съд Горна Оряховица* обаче, вместо това е направена констатация, че е вписан отказ от наследството, с което по същество производството също приключва.

Изявлението на наследника, както за приемане, така и за отказ от наследството, въпреки че е направено пред съд, може да страда от пороци, които са основание за неговата унищожаемост. Този въпрос е разгледан на съответните места. В случая има важно значение и въпросът за унищожаемостта на мълчанието поради заплашване¹⁰. Мълчанието не е изявление. В случая обаче законът го свързва с определени правни последици. Последиците са сходни с тези при фикциите. На мълчанието се признават същите правни последици, както на отказа от наследство. В тези случаи за мълчанието следва да се прилагат правилата за недействителност на сделките. При наличие на такава фикция аргументът, че мълчанието не е сделка няма никаква тежест. Неизвършването на волеизявление може да има същите пороци, както самото изявление, с някои уточнения. Така например, когато наследникът не е навършил пълнолетие, той трябва да приеме наследството по опис съгласно чл. 61, ал. 2 ЗН. Доколкото в действащото законодателство липсва механизъм, който да защити по друг начин неговите интереси, вписаният „мълчалив отказ“ от наследство би бил нищожен. Приемането и отказът от наследство, направени поради грешка, не могат да бъдат унищожени – чл. 54, ал. 2 ЗН. Основанието по чл. 33 ЗЗД, макар и рядко, но би могло да намери приложение към мълчанието на наследника. Например, може друг наследник, от когото очаквам да ми отпусне кредит, да е поставил условие да не приема наследството в срока, а в него има активи, но те не

¹⁰ Въпросът за унищожаването на мълчанието е уреден в § 1956 BGB, макар и в друг контекст. Според тази разпоредба пропускането на срока за отказ (по германското право е възприет принципа на отказа) може да се унищожи по същия начин, както приемането на наследството.

могат да бъдат източник на средства, от които се нуждая спешно. Разбира се, в този случай условието не е част от договора за кредит и не засяга неговата действителност. Но в контекста на системата от отношения то е неизгодно условие, от което зависи отпускането на жизнено важните средства.

В случай че наследникът не изрази волята си в дадения му от съда срок, с изтичането на срока се преклудира неговото право на наследяване. Текстът на закона е по-различен – че наследникът губи правото да приеме наследството. Това означава, че той би могъл формално да се откаже от него, което е напълно излишно, доколкото изгубването на правото вече е вписано и са настъпили същите последици, както при отказ. Смятам, че непроизнасянето на наследника в определения от съда срок води до изгубване/преклудирание на правото на наследяване в пълнота.

Съдът следва да постанови вписване на тази последица – изгубването на правото да се приеме наследството, по-точно на правото на наследяване като цяло. В практиката се срещат и други формулировки. Така например, в *решение от 25.11.2011 г. по гр.д. № 261/2011 г. на Районен съд Монтана* е постановено да бъде вписан отказ от наследството. В тези случаи се говори за „мълчалив отказ” от наследство¹¹. Законът не урежда пряко такава фикция, но с оглед еднаквите последици изразът е приемлив.

Вписването на мълчаливия отказ няма конститутивно действие, за разлика от вписването при изричния отказ. Както мълчаливото приемане поражда действие, без да е вписано, така и в случая за разлика от изричния последиците настъпват с изтичането на срока и не зависят от вписването на това обстоятелство.

Изгубването на правото нанаследяване има обратно действие. Този извод следва от принципа, че приемането и отказа от наследство имат обратно действие – чл. 48 ЗН. Лице, което не е приело наследството, е само призован наследник, но не и правоприменик. Качеството на наследник се консолидира само в случай на приемане на наследството. При отказ от наследство, както и при загуба на правото да се приеме наследството по чл. 51 ЗН, призованият наследник губи това качество, и то считано също от откриване на наследството. Няма период, в който изгубилият правото да приеме наследството да е бил наследник и след това поради неприемане на наследството да е престанал да бъде наследник – вж. *Тълкувателно решение № 148 от 10.12.1986 г., ОСГК*.

Въпросът дали недееспособните, държавата, общините и обществените организации могат да направят валиден отказ от наследство, ще бъде разгледан по-долу. На това място се поставя питането приложима ли е процедурата по чл. 51 ЗН спрямо тези лица и по-конкретно – какви биха били последиците от непроизнасянето им в определения от съда срок.

Преди всичко следва да се отбележи, че за държавата и общините, които получават наследството в хипотезата на чл. 11 ЗН, приложението на чл. 51 ЗН е немислимо – наследството не може да бъде отказано. В останалите случаи смятам, че този ред за създаване на сигурност в оборота следва да намери приложение.

По-специално внимание заслужава случаят, когато призован към наследяване е недееспособно лице. Идеята такова лице да може да се откаже от наследство с

¹¹ Вж. също *определение № 33 от 15.1.2014 г. по ч. гр. д. № 7693/2013 г., III г. о. на ВКС*.

разрешение на съда не е възприета в действащото ни законодателство¹². При това положение, ако се смята, че отказът от наследство не е отказ от право и не е изрично забранен, то се налага изводът, че правилото на чл. 51 ЗН е приложимо и спрямо тази категория наследници. В по-старата практика се е приемала тази възможност, но съгласно действащото тогава законодателство, с разрешение на съда – вж. *решение № 1077 от 21.6.1958 г по гр. д. № 3413/58 г., II г. о. на ВС*, в което е прието, че разпорежданията на чл. 51 ЗН се прилагат и за малолетните наследници, когато те са призовани като ответници по делото вместо починалия им наследодател. Ако се застане на позицията, че отказът от наследство от недееспособен е нищожен, то идентичен резултат е недопустимо да се постигне чрез процедурата по чл. 51 ЗН. Това обаче би поставило кредиторите на наследството в изключително неизгодно положение – да чакат навършването на пълнолетие, за да стане ясно отговаря ли наследникът за задълженията на наследството.

В практиката има случаи, в които процедурата по чл. 51 ЗН се използва и за постигане на други резултати. Такъв е случаят, разгледан в *решение № 994 от 30.10.2014 г. по т. д. № 1040/2014 г. на Окръжен съд – Варна*. Наследодателят е бил едноличен собственик на капитала на ЕООД. Съгласно чл. 157, ал. 1 ТЗ дружеството, в което капиталът се притежава от едно физическо лице, се прекратява със смъртта му, ако не е предвидено друго или наследниците не поискат да продължат дейността. Понеже в учредителния акт не е било предвидено друго, то кредиторите на дружеството са поискали от съда на основание чл. 51 ЗН да покани наследниците в определен срок да заявят поемат ли дружествените дела. В случая те не са отговорили в дадения им срок и е било поискано прекратяване на дружеството с ликвидация. Ясно е, че поставения пред наследниците въпрос е различен от този приемат ли наследството или се отказват от него. Наследник, който е приел наследството, може да не желае да продължи дейността на дружеството, както и обратно – ако в дадения срок наследникът не отговори това не означава, че не желае да приеме наследството¹³. Ясно е, че съдът е приложил по аналогия правилото на чл. 51 ЗН към друга хипотеза, което не може да се приеме еднозначно като обосновано. Може би е необходимо в процесуалния закон (в раздела за охранителните производства) да се създаде подобно по-общо правило за всички случаи, в които едно лице може да се произнесе по определен въпрос, но не го прави, понеже в закона няма срок. А това състояние на неизвестност често може да засегне интересите на трети лица¹⁴.

¹² За това предложение вж. М. Марков, Приемане и отказ от наследство от недееспособен наследник, Съвременен право, 2013 г., кн.6, с. 29 и сл.

¹³ Във връзка с разпоредбата на чл. 157 ТЗ могат да се поставят и други въпроси: до кого трябва да е адресирано изявлението на наследниците, че искат да поемат дейността; това желание може ли да се изрази и с конклюдентни действия; може ли искането да бъде направено след изтичане на тримесечния срок по *решение № 187 от 20.4.2011 г. по гр. д. № 1780/2009 г. на ВКС, I г. о. чл. 155, т. 3 ТЗ и т. н.*

¹⁴ Такъв е например случаят на сделка, сключена от мним представител, действителността на която зависи от волята на мнимо представлявания. За потвърждаването на сделката в чл. 42 ЗЗД не е установен срок.

Ключови думи

*Подкуп, усложнена
престъпна дейност, сделка,
отнемане на предмета
на подкупа*

Key words

*Bribery, Complicated
Criminal Activity, Deal,
Confiscation of the Subject of the
Bribery*

Prof. Roumen Vladimirov, Ph. D.

**Specific Legal
Characteristics
of the Crime Bribery**

**Prof. Roumen
Vladimirov, Ph. D.**

*Member of
the Law Department of
New Bulgarian University,
e-mail:
rvladimirov@nbu.bg*

*Professor of
Criminal Law and Interna-
tional Criminal Law at the
Law Department of NBU*

*Areas of specializa-
tion: criminal law, interna-
tional criminal law and
comparative law*

*Author of mono-
graphs and articles in pro-
fessional periodicals in Bul-
garia and abroad*

*Chief of Criminal Law
Section*

*Former Chair of
the Law Department
of NBU (2001 – 2012)*

In the present article a legal characteristic of the act of bribery is made. The bribery may be considered as a particular kind of a deal revealing civil and criminal legal effects.

Besides, bribery may be considered as a particular form of common criminal activity. All these particularities complicate in addition the nature of the socio-legal act known as bribery.

проф. д-р Румен Владимиров

Специфични юридически характеристики на престъплението подкуп

Известно е, че подкупът е двустранна умишлена престъпна дейност, при която едно лице е предложило, дало или обещало дар или друга наследваща се облага на друго длъжностно лице. Последното може да е поискало, приело или приело обещание за такъв дар или облага, за да извърши или загдето е извършило определени действия по служба. Тази съставомерна дейност, назовавана съответно като активен и пасивен подкуп, заедно със съставите на други специфични форми на корупционно поведение, се съдържа в Раздел IV от Глава осма (чл. 301 – 307а) на Особената част на българския Наказателен кодекс (НК).

Разбира се, основната и най-важна юридическа характеристика на подкупа е именно назателноправната, т. е. обстоятелството, че съответното поведение е от категорията на класическите (известните от древността и до наши дни) престъпления и то с относително висока степен на обществена опасност. Но освен тази безспорна и същностно определяща характеристика, подкупът разкрива и някои други специфики от гражданскоправно (т. I) и от наказателноправно естество (т. II).

I. Подкупът като особен вид сделка

1. В българската наказателноправна наука, като че ли се проявява известна предпазливост за даване и на гражданскоправна квалификация на общественото явление подкуп. За разлика от теорията обаче, в съдебната практика отдавна и съвсем определено се акцентира върху разбирането, че „подкупът по своята същност е сделка“ (пост. 8-81-ПВС, Сб., с.19) и се конкретизира, че тази сделка е двустранна (р. 99-88-I, БВС, бр. 12/88, с. 2 и р. 447- 89-II, БВС, бр. 3/90, с. 4).

а) Схващането, че подкупът е сделка¹ не би трябвало да се пренебрегва. Преди всичко той може да се оприличи с известния римското частно право нена-

¹ Необходимо е да се уточни, че „сделката не може да бъде престъпление, а фактическият състав може да бъде престъпление, освен че е сделка“. Вж. Таджер В. Нищожна сделка, престъпление и конфискация на даденото, СП, 1979, кн. 1, с. 81.

именуван договор от типа „давам за да направиш“ (do ut facias – лат.). Такъв договор днес представлява дарението с тежест (donatio sub modo – лат.), свързан с безвъзмездното прехвърляне на една вещ, срещу задължението да се извърши насрещна престация в полза на дарителя².

И наистина в типичните случаи на подкуп е налице даване на дар или каквато и да друга облага срещу извършено или предстоящо за извършване действие или бездействие по служба, съответстващо на желанието на „дарителя“.

аа) При съпоставяне може да се установи, че подкупът възприеман като сделка, прилича на договора за дарение по някои основни показатели. За всяка от сделките е необходимо **съгласие** на страните – от едната, да се изяви воля да дари, а от другата – съгласие за получаване на дара. Освен това необходимо е да се стигне до неговото реално предаване и приемане. За дарението това произтича от чл.225, ал. 1 от ЗЗД, според който „дарителят отстъпва нещо на дарения, който го приема“. Същото следва и от чл. 301, ал. 1 и чл. 304, ал. 1 НК за подкупа. Обещанието за дарение не произвежда правно действие (чл. 226, ал. 1 от ЗЗД), както и „само обещанието да се даде или приеме такъв дар не е опит към подкуп“ (р. 126-86-I, Сб., с. 94)³.

аб) Друга прилика между дарението и подкупа се установява по повод на това, че даващият дар или облага се разпорежда с имущество или блага, които са собствени или дори и да не са такива, но излизащи извън неговата фактическа власт, водят до (предимно) имуществено обедняване. Противоположно на даващата страна, насрещно приемащата страна се обогатява⁴.

б) Макар че имат важни допирни точки, договорът за дарение и подкупът съществено се **отличават** по някои гражданскоправни характеристики.

ба) На първо място трябва да се подчертае, че съгласно утвърденото в теорията становище, договорът за дарение е едностранен, тъй като от него възникват задължения само за дарителя, но не и за надарения⁵. Среца се и обратното становище за двустранната природа на този договор⁶, но опонентите считат, че то се основава на особени частни случаи, които неоправдано се обобщават⁷. Що се от-

² Вж. Андреев, М. Римско частно право, С., 1971 г., с. 329 – 330.

³ Към настоящия момент цитираното становище вече не е вярно. Това се дължи на направените промени в уредбата на подкупа със ЗИДНК, публ. в ДВ, бр. 92 от 2002 г. От тогава даването и приемането на предложение или обещание за дар или облага беше очертано като отделна форма на изпълнително деяние. Следователно сега вече обещанието да се даде или да се получи подкуп ще се квалифицира като престъпление и то довършено, а не опит.

⁴ Вж. Кожухаров, А. Облигационно право, отделните видове облигационни отношения, трето издание, С., 1965 г., с. 222 ; също р. 159-76-II, Сб., с. 95.

⁵ Вж. напр. Кожухаров, А. цит. съч., с. 228 – 229.

⁶ Срв. Попов, П. Едностранен договор ли е дарението, ПМ, 1986, кн. 6, с. 28 и сл.

⁷ Вж. Цончев, Кр. Договорът за дарение, С. 1988, с. 8.

нася до подкупа, както се спомена, той е двустранен и е свързан с възникването на „задължение“ и за „надарения“ или с изпълнено такова задължение.

бб) Втората разлика между подкупа и дарението се очертава с оглед на единия от видовете дарение, т. нар. дарение под тежест. При него тежестта във всички случаи не е главната цел на дарението, поради което и самата сделка, съгласно чл. 225 от ЗЗД е и си остава безвъзмездна⁸. За разлика от истинския договор за дарение с тежест, тежестта при подкупа – извършването или неизвършването на служебен акт от „надарения“ е главна цел и единственият повод или основание за осъществяване на този вид сделка. По такъв начин тя вече се оказва възмездна.⁹

бв) Третата разлика между дарението и подкупа се заключава в естеството на субективния елемент, т. е. в характера на намерението за даряване. В този смисъл дарението се извършва с особено намерение, основано на подбуди за проява на щедрост, алтруизъм или благотворителност. Всичко това е чуждо и отсъства при подкупа, който е израз на определена алчност или корист. „Тази корист изключва особеното етично съдържание на намерението за даряване“¹⁰.

2. Възприемането на подкупа като своеобразен договор има определено значение в няколко насоки

а) На първо място това означава, че страните са принципно равнопоставени. Те са еднакво свободни да действат по съответния начин и да сключат „сделката“. Във връзка с това обаче, трябва да се направи едно уточнение и разграничение. Наистина, с оглед на дейността по служба, подкупът не рядко се основава на **известна зависимост** на даващия облагата от приемащото я длъжностно лице, извършител на служебната дейност. Но това не засяга свободата на волята даващия облагата. Защото фактът за възможна зависимост е иманентен и поначало е същностен за явлението подкуп. Като такъв обаче, той го характеризира **статично**, т. е. в съответствие с принципа на изкуственото изолиране, той е елемент, който заедно с други определя самата специфика на подкупа.

Що се отнася до подкупа като възможност за **конкретно** извършване на съответните деяния, то несъмнено всяко от насрещните лица е социално-психологически **напълно свободно** да даде или да приеме облагата. Иначе как ще се обясни, че много длъжностни лица не искат или отказват да приемат предложен им подкуп за извършване на дейност по служба, също както и много граждани не приемат или не се съгласяват да удовлетворят свои потребности или интереси, чрез даване на подкуп, включително и когато им е поискан. В последна сметка по повод извършването на служебна дейност, наличието на определена за-

⁸ Вж. Кожухаров, А. цит. съч., с. 224.

⁹ Вж. Цончев, Кр. цит. съч., с. 13.

¹⁰ Вж. Цончев, Кр. цит. съч., с. 14.

висимост в отношенията длъжностни лица – граждани, може да действа като стимулиращ фактор за страните, но поначало такава зависимост не е и не може да бъде от такова естество, че да може да изключи свободата на волята било да се даде, било да се получи подкуп.

Тезата, че „най-често социалната позиция на приемащия подкупа е по-силна от позицията на даващия“¹¹, не е нито единствена, нито определяща за сключване на сделката подкуп. Защото например по-силната социална позиция на длъжностното лице, може да се преодолее или „превземе“, доколкото позицията на даващия облагата, с оглед на нейния размер се окаже финансово по-силната. В случая важи добилата публичност корупционна максима, че което (действие по служба) не може да се постигне с пари, се постига с много пари.

б) Подкупът е особен вид договор и защото при него за дадената цена (като дар или облага), се простира от насрещната страна не стока, а именно действие или бездействие по служба¹². От друга страна, този договор е изпълнен, когато при постигнато взаимно съгласие, е заплатена цената, т.е. необходимо е да има действително предаване на дар или друга облага от едната страна и приемане от другата. Що се отнася до насрещната престация – служебната дейност, те е задължително тя реално да е била осъществена. Когато обаче тази дейност е била осъществена, предварително дадената (и получена) облага е най-често мотивиращото средство или средството, благоприятствало нейното извършване.

Когато след получаването на облагата насрещната престация (служебната дейност) не е била осъществена, не може да се твърди, че ще бъде налице гражданскоправната фигура на неоснователното обогатяване, което да предостави възможност на далия облагата да претендира връщане на онова, с което се е обогатил приелият тази облага. Всъщност за неоснователно обогатяване изобщо не може да се говори, защото самата сделка поначало не поражда съответно правно действие.

в) Важно е да се подчертае, че от гледна точка на правното действие подкупът е една абсолютно недействителна сделка. Съгласно чл. 26 от ЗЗД, тя е нищожна, понеже противоречи на закона (р. 447-89-II, БВС, 3/90, с. 4), а безспорно освен на него, сделката противоречи и на морала (р. 654-75-I, Сб., с. 34).

Гражданскоправното разбиране в случая се изразява в това, че „подкупът е наказуем, затова дарението при подкупа представлява нищожна сделка поради противоречието му с оглед на мотива и целта на правилата на социалистическия морал“^{13,14}.

Като вид недействителна сделка подкупът се отличава от другите видове недействителни сделки и по повод на отнемането на предмета в полза на държа-

¹¹ Вж. Панев, Б. Корупцията и пътищата ..., с. 47.

¹² Вж. Ников, Н. К. Ръководство по особената част на БНЗ, т. III, Пловдив 1915, с. 447.

¹³ Вж. Таджер, В. Нищожна сделка ..., с. 83.

¹⁴ Отделен е въпросът, че моралът не може да бъде нито социалистически, нито капиталистически, и не се подава на диференциране, защото е общочовешки.

вата, когато е дар или друга материална облага. Така например съгласно чл. 34, ал. 3 от ЗЗД, даденото от двете страни се присъжда на държавата. Всъщност в полза на държавата се отнемат само вещите или облагите, които действително са били дадени на длъжностното лице в изпълнение на сделката (пост. 8-81-ПВС, Сб., с. 19).

До приемането на чл. 307а НК (ДВ, бр. 28 от 1982г.) използването на чл. 34, ал. 3 от ЗЗД не винаги можеше да удовлетвори изискването за отнемане предмета на престъплението. Така например разпоредбата на чл. 34, ал. 3 ЗЗД не би била приложима в случаите, когато макар и веднъж приета, получената облага е била върната обратно, преди да се постави въпросът за нейното присъждане в полза на държавата. Според В. Таджер „... ако даденото по недействителната сделка е върнато преди да се упражни правото на конфискация, отпада самото право на конфискация“¹⁵.

Днес отнемането на предмета на подкупа става при паралелното действие на двата режима – този на НК и другия – на ЗЗД. Самото отнемане е еднократно. Когато това се извършва на основание чл. 307а НК, правото на конфискация по ЗЗД ще се погаси поради липса на предмет.¹⁶

II. Подкупът като особена форма на задружна престъпна дейност

1. В наказателноправната теория съществуват различни виждания за същността и отделните хипотези на особените форми на задружна престъпна дейност. Тук ще се възприеме становището, че особените форми са свързани с онези от конкретните видове престъпления, за извършването на които се изисква умишлено задружно участие на две или повече лица. Тези форми са всъщност форми на обикновено (просто) съучастие или съизвършителство, но предвидено като признак от състава на дадения вид престъпление¹⁷.

Към особените форми на задружна престъпна дейност трябва да се отнесе и т. нар. „необходимо съучастие“, термин въведен за обозначаване на случаите, когато „... конструкцията на престъплението е такава, че осъществяването на неговия състав е невъзможно без своеобразно съчетана дейност на повече субекти ...“¹⁸. Такава конструкция имат например престъпления като: „кръвосмешението“ (чл. 154 НК), т. нар. „престъпна общност“ (чл. 109, 163, 166, 321, 321а, и др.), а също и други формирания (чл. 246, ал. 1 и чл. 298, ал. 1 НК). Необходимото съучастие в тези случаи се изразява в извършването на множество (две или повече) престъпления, защото всеки съучастник върши самостоятелно престъпление, ко-

¹⁵ Вж. Въпроси на правото на конфискация по чл. 34 ЗЗД, СП, 1979, кн. 4, с. 28.

¹⁶ Вж. Герджиков, О. Конфискация при недействителните сделки, С., 1988 г., с. 42.

¹⁷ Вж. по-подробно Владимиров, Р. Общи положения за съучастие при усложнена престъпна дейност, Год. на ВИ „Г. Димитров“ – МВР, година шеста, С., 1987, с. 115 – 142.

¹⁸ Вж. Ненов, Ив. Наказателно право на НРБ, обща част, С., 1972, с. 392, заб. 699.

ето е предпоставка за извършване на престъпление и от другия (другите). Особено е, че при необходимото съучастие самото престъпление изисква задължителното участие на повече лица, т. е. единичен субект не би могъл да го извърши. Докато при обикновеното съучастие, участието на повече лица е една фактическа възможност да се извърши конкретен вид престъпление, което поначало може да бъде извършено и само от едно лице¹⁹.

Трябва да се подчертае, че посочените по-горе примери се отнасят до т. нар. **типични форми** на необходимо съучастие, тъй като и доколкото задружното и самостоятелно престъпно поведение е очертано комплексно за всички участващи в една единствена норма от особената част на НК. В доктрината именно по отношение на споменатите видове престъпления, не възниква спор, че те са форми на необходимо съучастие. Това виждане почива на тясното разбиране за единството на състава, в който само би трябвало да бъде очертана взаимовръзката на обуславяне между деянията на субектите. Такъв състав е основният състав на всеки вид престъпление, където се очертават характерните особености на посегателството.

Но едва ли може да се оспори, че категорията основен състав на престъплението не е тъждествена с категорията относно вида на същото престъпление. Например изнасилването (чл. 152, ал. 1 НК) и грабежът (чл. 198 НК) имат по три основни състава, очертани в различни точки или различни алинеи. От друга страна, съучастие, независимо дали е във формата на „възможно“ или е във формата на „необходимо“, не се проявява по повод на осъществяването на състава, а се проявява по повод осъществяването на престъплението. В този смисъл как в закона ще бъде формулиран определен вид посегателство и колко основни състава ще се обхващат от съответстващото му престъпление, е въпрос от нормативно-техническо естество. Ето защо, не би трябвало да се отрича, че ще се касае за необходимо съучастие и когато фактически необходимите дейности на две или повече лица, са очертани в различните основни състави на едно и също по вид престъпление, т. е. в съставите, които се съдържат в различни алинеи на един и същи член. Поради това и формите на необходимо съучастие би трябвало да се наричат **нетипични**. Като пример за такива може да се споменат престъпленията, свързани с „откуп“ (чл. 178 и чл. 192 НК), в първата алинея на които се визира получаването му, а във втората – даването.

2. Престъпленията, свързани с даване и получаване на материална облага или за по-кратко наричани **престъпления – сделки**, са нетипични форми на необходимо съучастие. За разлика от типичните му форми, които се съдържат в една единствена норма, тук става дума за насрещни дейности, които са очертани в две (или повече) норми, но в границите на същия вид престъпление. В зависимост от характера на извършената или предстоящата да се извърши насрещна престация, като повод и основание за сключване на престъпната сделка, както и в

¹⁹ По-подробно за необходимото съучастие вж. Долапчиев, Н. За съучастие според БНЗ, Год. СУ – ЮФ, 1932 г., с. 144 – 146.

зависимост от обществената опасност на съставомерните деяния, престъпленията – сделки могат условно да се обособят в две групи.

а) Към първата група може да бъде отнесено онова даване и получаване на материална облага, при което получаващия я субект ще трябва да извърши в (лична или друга) полза на даващия някаква дейност, която сама по себе си е **правно забранена или морално неприемлива**. Тук следва да бъдат споменати хипотезите, свързани с даване и получаване на откуп, за разрешаване встъпването в брак или в съпругеско заживяване на ненавършила 16 годишна възраст дъщеря или сродница (съотв. чл. 178 и чл. 192 НК). Същото се отнася и за даването и получаването на дар или друга имотна облага, за да се съобщят или загдето са съобщени на чужда държава, чужда организация или дружество или на чужд гражданин сведения, от които са произлезли или могат да произлязат значителни вреди на националното стопанство (чл. 224 НК).

Прави впечатление, че при посочените престъпления предвидените наказания за далия и за получилия съответната облага, са еднакви по вид и размер. Това недвусмислено показва, че тези две насрещни деяния имат принципно еднаква степен на обществена опасност.

б) Втората група обхваща случаите на даване и получаване на материална облага, при които насрещното поведение също в полза на даващия, по правило само по себе си е **юридически допустимо и морално приемливо**. Към тази група на задружна дейност при престъпленията – сделки се отнася и подкупът. При него обаче, до промените от 2000 г. и от 2002 г., извършените насрещни деяния от най-малко две лица, неоснователно бяха законово очертани с различна степен на обществена опасност. Тези деяния по традиция се формулират като отделни видове престъпления, като предвидените за тях наказания лишаване от свобода бяха с различен размер, от които почти двойно по-тежкото беше предназначено за субекта, получил облагата.

От същата категория се оказва и престъплението, известно с названието получаване на бакшиш, т. е. получаване на наследваща се имотна облага, за извършена работа или оказана услуга (чл. 225б НК)²⁰. Но в сравнение с подкупа това престъпление се отличава с две съществени особености, първо, че е наказуемо само получаването, но не и даването на бакшиш. На второ място става дума за вече извършена работа или оказана услуга, за която се дължи заплащане от лицето в чиято полза е извършената работа или услуга. Освен дължимата сума това лице предоставя по своя воля и деецът приема и допълнителна облага, която не се следва (не се полага).

Посочените особености и преди всичко, че даването на бакшиш не се наказва, не позволява да се счита, че престъплението по чл. 225б НК представлява особена форма на задружна престъпна дейност, включително като престъпление при необходимо съучастие. Въпреки, че престъплението не може да се извърши без участието на две лица единия даващ, а другия получаващ облагата в случая

²⁰ Отделен е въпросът, че според преобладаващото мнение това престъпление трябва да бъде декриминализирано.

държавата се отказва да санкционира даването на бакшиш. Има обаче известни теоретични основания, поведението на далия бакшиш при определени предпоставки отделно да се криминализира и следователно необходимото съучастие непосредствено правно да се изрази. Все пак и при сегашната форма на чл. 225б НК би следвало да се породи наказателна отговорност и за далия бакшиша. Защото съгласно общите положения във връзка със съучастие, той винаги е необходим помагач, а е възможно да бъде и подбудител за извършване на деянието получаване на бакшиш. Последната хипотеза би могла да се приеме за подходящ критерий да се криминализира отделно и поведението на далия бакшиша.

3. Подкупът е може би единственият, но затова пък твърде важен пример, който е повод за спора, дали се касае за престъпление при необходимо съучастие или за липса на такова. Последната теза се основава на нормативната уредба, понеже даването и получаването на дар или облага, са очертани като два отделни вида престъпления, известни съответно с названията „активен подкуп“ (чл. 304 НК) и „пасивен подкуп“ (чл. 301 НК).

а) Може да се поддържа, че подкупът е форма на необходимо съучастие, тъй-като между даването и получаването на облагата има функционална зависимост и взаимно обуславяне. На основата на една и съща съвкупност от обществени отношения, без да се извърши даването, не би могло да се извърши и приемането. Облагата ще бъде приета само ако бъде дадена, при което, като предмет на подкупа тя остава постоянна и неизменна величина и за двата насрещни акта. С оглед на това и субектите се проявяват и възприемат като лица, които действат задружно в осъществяването на всяка от насрещните престъпни дейности. Освен това, за всяко от тези лица са едни и същи поводът и основанието да се действа по съответния начин – да се извърши или загдето е извършено действие или бездействие по служба от получилия облагата.

Наличието на общи черти и елементи във връзка с обекта, предмета и обективната страна, предопределя и съвпадението в субективната страна на насрещните деяния. Това съвпадение се състои не толкова във формата на умисъла, който винаги е пряк. По-важно е съвпадението в съдържанието на интелектуалните моменти на умисъла при даването и получаването на дара или облагата. В този смисъл всеки от субектите съзнава, че облагата не се следва, а също и съзнава нейната обвързаност със служебните правомощия на единия от тях – приемащото облагата длъжностно лице. Предвид на това в мотивите на р. 447-89-II /БВС, 3/90 се обобщава, че „... както у даващия подкупа, така и у приемащия такъв трябва да има формиран умисъл за престъплението подкуп“ (с. 5), който е съотносим с общия умисъл при съизвършителството.

По въпроса за обективната и субективната връзка между деянията на участващите страни, бившият ВКС на Царство България е изразил друго мнение. От факта, че имотната облага може да се иска направо или под прикрита форма, се приема, че „... не е необходимо лицето, което дава дара, да има съзнанието, че

дава подкуп²¹. Всъщност подобно становище можеше да се отстоява по повод регламентацията на подкупа в първия НЗ (1896 г. – 1951 г.), но днес то е несъстоятелно. Защото дори и при липса на умисъл за подкупно даване, умишленото и користното получаване на облагата, не може да се счита за пасивен подкуп, а квалификацията на деянието трябва да се основава на друг вид престъпление – по служба, против собствеността (измама) и т. н.

б) От друга страна обаче, макар двата вида насрещни деяния да разкриват в настоящите условия принципно еднаква степен на обществена опасност, те се отличават с определени особености във връзка с качествата на техните субекти и във връзка с начина на тяхното извършване. Може би поради тази причина, те традиционно се очертават в закона не като отделни състави на едно и също престъпление, а като две различни престъпления, два различни вида подкуп, чиито основни състави се съдържат в отделни членове (чл. 301, ал. 1 и чл. 304, ал. 1 НК). Всеки от двата вида подкуп не е единствено необходимо съучастие в извършването на другия, а има своя физиономия на посегателство²², свои квалифицирани състави и други собствени особености във връзка с възникването и реализирането на наказателната отговорност.

Поради особеностите в засягането на защитаемия обект, законодателят съзнателно, но и напълно основателно е направил своеобразен компромис. Той е допуснал да се получи несъвпадение между фактическото положение и неговото юридическо регламентиране в полза на последното. Тази оправдана юридическа техника съвсем не означава, че трябва да се отрече необходимото съучастие при подкупа. То не се отричаше дори и в миналото, когато според тогавашната уредба двустранното изпълнение на престъплението беше възможно (както и понастоящем в НК от 2002 г.) и с насрещни деяния, които не се намират в такава тясна и органична обективна връзка, в каквата се намират даването и получаването.²³ Например поискване – предлагане (или обещание) на подкуп – респ. чл. 259, ал. 1 и 261, ал. 1 НК (от 1956 г. – отм.); не отблъскване даровно обещание – обещаване (или предлагане) на подкуп, респ. чл. 428, ал. 1 и чл. 146, ал. 1 НЗ (от 1896 г. – отм.). В последната хипотеза двата вида подкуп не бяха даже заедно систематизирани, в една и съща глава и раздел на закона.

Ето защо, предвид на фактическата връзка на взаимно обуславяне между основните форми на подкупа, той може да се дефинира като двустранна престъпна дейност при необходимо съучастие. По такъв начин още по-ярко проличава, че подкупът е своеобразно обществено-правно явление, което поради специфичните гражданскоправни и наказателноправни характеристики, в известна степен излиза от традиционните и утвърдени стандарти на наказателния закон и на наказателноправната наука.

²¹ Срв. Николов, Ив. Наказателният закон според тълкувателните решения на ВКС, С., 1943, с. 369.

²² Вж. напр. Ненов, Ив. Наказателно право, особена част, т. II, С., 1959 г., с. 225.

²³ Вж. Ников, Н. К. цит. съч., с. 456.

Ключови думи

*Доброволно
изпълнение, принудително
изпълнение, давност, плащане*

Key words

*Voluntary Execution,
Enforced Execution, Limitation
Period, Payment*

Assoc. Prof. Emilia Stankova, Ph. D.

**Payment
of Tax Obligations**

**Assoc. Prof. Emilia
Stankova, Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New Bul-
garian University, e-mail:
emilistankova@abv.bg*

*Associate Professor
and Lecturer
of Financial Law and Tax
Law*

*Areas of specializa-
tion: financial law and tax
law.*

*Author of many pub-
lications and articles in pro-
fessional periodicals in
Bulgaria and
abroad.*

In the present paper under consideration are the issues with regard to the manner in which to pay tax obligations, the order for the execution of such payments and the cases where the tax revenue authorities delete on their own motion these obligations.

The analysis of the legal regulation is adequate to the legal regulation in force at the time of the elaboration of the paper.

The basic aim is to make a general review of the different methods under regulation which are intended to be used as means for the ultimate payment of the tax obligations.

доц. д-р Емилия Станкова

Погасяване на задължения за данъци

В настоящата разработка са разгледани въпросите, отнасящи се до начините за погасяване на задължения за данъци, последователност при погасяването и отписване на задълженията от органите по приходите. Предложеният анализ на правните норми, предмет на разглеждане е съобразен с правната уредба, действателна към момента на писането на разработката.

Начините за погасяване на задължения за данъци са регламентирани в разпоредбата на чл. 168 от Данъчно-осигурителният процесуален кодекс (ДОПК). Данъчното вземане се погасява: когато е платено; чрез прихващане; по давност; при опрощаване; при смърт на физическото лице – след изчерпване на имуществото му, освен ако наследниците или други лица отговарят за данъчното задължение; след разпределение на постъпленията от осребряване на актива на юридическо лице, обявено в несъстоятелност, освен ако други лица отговарят за данъчното задължение; при заличаване на юридическото лице след прекратяване с производство по ликвидация, освен ако други лица отговарят за данъчното задължение.

Особеното при давността и опрощаването е, че данъчното задължение се погасява, но не се постига основната му цел, а тя е постъпване на средства в бюджета. Опрощаването като начин за погасяване на задължения за данъци се реализира с оглед властническия метод на регулиране в данъчното право и паричния характер на отношенията. Прихващането също имат своите особености и специфично съдържание. Извън изброените в правната норма начини, други способи приложими в гражданското право като спогодби, отказ или прихващане на права са неприложими. Например Законът за задълженията и договорите урежда възможността за погасяване на задължението чрез опрощаване, ако кредиторът се откаже от вземането си чрез договор с длъжника. Друго особено в данъчното право е, че точно са указани държавните органи, които прилагат начините за погасяване, както и допълнителните предпоставки, които ги обуславят.

Извън изброените в ДОПК способи следва да посочим и финансовата **амнистия**. В чл. 84, т. 13 от Конституцията на РБ е указано, че Народното събрание дава амнистия. Няма друга нормативна уредба. Амнистия се дава със закон. Тя може да е наказателна или финансова. Законът за амнистия действа спрямо неог-

раничен кръг от случай и лица, но особеното е, че има еднократно действие. От гледна точка на правното му съдържание, чрез закона се заличават финансовите последици, без да се премахва фактическият състав, който ги поражда т. е. отменя се изпълняемостта на финансовото задължение, а основанието остава. Амнистията може да бъде: пълна – погасява се главницата и акцесорните задължения; частична – погасява се само главницата или лихвите и под условие. Другото особено за амнистията е, че се прилага служебно от Народното събрание. Не е необходимо сезиране на държавен орган за нейното прилагане, както и не е необходимо събирането на никакви доказателства.

За пълнота на изложението следва да посочим, че управителният съвет, като орган на управление на Националната агенция за приходите може да одобрява решения за **отписване** на данъчни вземания, събирани от Националната агенция за приходите, когато същите са в размер до 100 лв. и разходите за събирането на които надхвърля размера на задължението.

Плащането като способ за погасяване на задълженията за данъци може да се осъществи чрез доброволно изпълнение или по пътя на принудителното изпълнение. Без да разглеждаме подробно тези начини ще кажем най-важното за тях.

Доброволното изпълнение на данъчните задължения се извършва чрез плащане в брой или безкасово по съответната сметка. Не е допустимо плащане в брой на задължения за данъци установявани от Националната агенция за приходите (НАП). Това е начин за плащане на задължения за данъци регламентирани със Закона за местните данъци и такси. Чрез плащане в брой могат да се заплатят задължения за данъци събирани от частните съдебни изпълнители. Възможностите за извършване на безкасово плащане са няколко: чрез терминално устройство – ПОС с платежна карта; чрез банка с платежно нареждане (вносна бележка) за плащане към бюджета по образец, утвърден от министъра на финансите или от упълномощено от него лице, съгласувано с БНБ; чрез лицензиран пощенски оператор – с пощенски запис за плащане към бюджета по образец утвърден от министъра на финансите или упълномощено от него длъжностно лице, съгласуван със съответния лицензиран пощенски оператор. Безкасовото плащане се смята за извършено в срок, когато: плащането е наредено най-късно в последния ден, в който изтича срока за доброволно плащане на данъка и дължимата сума е постъпила по съответната сметка не по-късно от следващия работен ден. Разноските при безкасово плащане са за сметка на данъчният длъжник, но има и изключения. При тези изключения разноските се поемат от НАП и са в случаите когато: наредителят е физическо лице, което не е едноличен търговец и се плащат данъци по Закона за данъците върху доходите на физическите лица и вторият случай е когато плащането се извършва в офисите на обслужващите НАП банки, разкрити в съответната териториална дирекция.

Доброволното изпълнение е предпочитаният способ за погасяване на данъчните задължения поради което в ДОПК се съдържат разпоредби регламентиращи действия, стимулиращи доброволното изпълнение. Компетентен да предприеме действия, стимулиращи доброволното изпълнение е органът по приходите на НАП, който е установил вземането. Предварителни условия за предприемане-

то на тези действия е наличието на следните обстоятелства: данъчното задължение да не е платено в законоустановения срок и да не са предприети действия за принудителното му събиране. Видовете мерки стимулиращи доброволното плащане са: уведомяване на длъжника писмено, по телефона, с посещение на място, с електронно съобщение на посочен от него електронен адрес и/или по друг подходящ начин за последиците и възможните действия по събирането на данъците, в случай, че не изпълни доброволно определените задължения, а ако задължението е по-голямо от 5000лв. и не е представено обезпечение в размер на главницата и лихвите: уведомяване на всички органи, които по силата на нормативни актове издават лицензи или разрешения за извършване на определени дейности, за които се изисква удостоверяване на данъчни задължения. Изброените видове действия могат да се предприемат от органа по приходите едновременно или поотделно, като преценката остава за органа по приходите и зависи от размера на данъчното задължение или поведението на данъчния длъжник. Ако задължението не бъде изпълнено в срока за доброволно изпълнение могат да бъдат предприети и следните мерки: поставяне на видно място в съответната териториална дирекция на съобщение за длъжниците, неплатили в срок задълженията си, а когато задължението надвишава 5000лв.: разгласяване чрез бюлетин или чрез средствата за масово осведомяване списъци на длъжници с неуредени данъчни задължения, включително и техният размер. В случай, че данъчното задължение не съществува или е в значително по-малък размер от разгласяния, органът извършил разгласяването прави опровержение по същият ред.

Принудително изпълнение на задължения за данъци се допуска само въз основа на указан в закона акт и се извършва при условията и по реда на ДОПК, като за неуредените случаи се прилагат разпоредбите на Гражданския процесуален кодекс. Така данъчният изпълнителен процес съдържа особености на административния и гражданския изпълнителни процеси. Резултатът от принудителното изпълнение е същият, както при доброволното изпълнение, а именно – постъпване на приход в бюджета, но този резултат е последица от външно въздействие. Чрез принудата се цели извършването на действието, което данъчният длъжник не е извършил доброволно. Тази дейност се осъществява, чрез едно правно регламентирано производство при спазване правата и интересите на данъчно задължените лица. Така принудителното изпълнение е метод на въздействие от страна на държавата върху данъчно задължените лица сами да извършат посочените в правната норма действия или да търпят въздействието упражнено от органът по приходите когато не спазват разпоредбите на данъчно правните норми.

Изпълнителният данъчен процес е изграден върху определени принципи, които определят неговите специфики. Основните са законност, служебно начало, писмено начало, бързина.

Предпоставките за започване на принудително изпълнение на задължения за данъци са: наличие на ликвидно и изискуемо задължение; данъчният длъжник да е изпаднал в забава; да е налице изпълнително основание; задължението да не е разсрочено или отсрочено. Изпълнителните основания за започване на производство по принудително изпълнение са изчерпателно изброени в чл. 209 от ДОПК. За задължения за данъци това са: ревизионен акт, независимо дали е об-

жалван; декларация подадена от задължено лице с изчислени от него задължения за данъци; актовете по чл. 106 и 107 от ДОПК независимо дали са обжалвани; решение издадено от митническите органи независимо дали е обжалвано; влезли в сила решения, присъди и определения на съдилищата, както и решения на Европейската комисия, на Съвета на Европейския съюз, на Съда на Европейските общности и на Европейската централна банка; разпореждане по чл. 211, ал. 3 от ДОПК, независимо дали е обжалвано.

Страни в производството по принудително изпълнение на задължения за данъци са: публичният взискател; длъжниците или техните наследници и правоприменници, както и третите лица, отговарящи за плащането на задължението на длъжника; третите лица със самостоятелни права върху обекти на изпълнението; обезпечените кредитори (чл. 210 от ДОПК). Действията по принудително изпълнение на задължения за данъци се извършват от публичния изпълнител на НАП, а когато компетентни за установяване на данъчни задължения са митническите органи или органи на общинската администрация същите предприемат и действията по принудителното събиране. Действията на органите и съставяните актове подлежат на обжалване по ред подробно регламентиран с разпоредбите на ДОПК.

Принудителното изпълнение се насочва върху цялото имущество на длъжника с изключение на вещите които са посочени в чл. 213 от ДОПК като несеквестрируеми. Способите за принудително изпълнение са изброени в чл. 215 от ДОПК. Те са: изпълнение върху вземания и парични средства в банките; изпълнение върху парични средства и вземания на длъжника; изпълнение върху движими и недвижими вещи и ценни книжа.

Освен от данъчният длъжник задълженията за данъци могат да бъдат **платени и от трети лица**. Отношенията между данъчният длъжник и платилото задължението трето лице са без значение в данъчния изпълнителен процес. Те се уреждат по общия гражданско правен ред. Правната уредба на изпълнението от трети лица се съдържа в чл. 180 и 181 от ДОПК.

Следващият способ за погасяване на задълженията за данъци е **чрез прихващане**. Две насрещни задължения, които са парични, изискуеми и ликвидни могат да бъдат погасени до размера на по-малкото от тях чрез прихващане. Специалното производство за прихващане е регламентирано в чл. 128-132 от ДОПК. Освен като самостоятелно производство, прихващане може да бъде извършено при издаване на ревизионен акт, след изготвяне на ревизионен доклад, а също при започнало производство по принудително изпълнение – чл. 223 от ДОПК. Прихващането на задължения за данъци се извършва с едностранно волеизявление на органа по приходите, чрез издаден в кръга на неговите правомощия едностранен данъчен акт. Когато след извършеното прихващане има остатък от сума, същата се възстановява на лицето. В случаите когато се прихващат местни данъци, компетентна ще е съответната общинска администрация – чл. 4, ал. 1 от Закон за местните данъци и такси.

Давността като способ за погасяване на данъчни задължения е регламентирана с чл. 171-174 от ДОПК. Задълженията за данъци се погасяват с изтичането на 5-годишен давностен срок, считано от 1 януари на годината, следваща годината, през която е следвало да се плати данъчното задължение, освен ако в закон е

предвиден по-кратък срок. Доброволно платено след изтичане на давностния срок данъчно задължение не подлежи на връщане. Погасено по давност данъчно задължение подлежи на прихващане при условията на чл. 128, ал. 1, изр. второ от ДОПК. Съгласно тази разпоредба може да се извърши прихващане с погасено по давност задължение, когато вземането на длъжника е станало изискуемо преди задължението му да бъде погасено по давност. Петгодишният давностен срок не се прилага служебно, а по искане, възражение или жалба подадени от данъчния длъжник.

Спиране и прекъсване на давността. Спирането на давностния срок е период от време, през който давността не тече поради настъпването на някои от обстоятелствата изброени в ДОПК. Тези обстоятелства са: когато е започнало производство по установяване на данъчното задължение – до издаването на акта, но за не повече от една година; когато изпълнението на акта, с който е установено данъчното задължение бъде спряно – за срока на спирането; когато е дадено разрешение за разсрочване или отсрочване на плащането на данъка – за срока на разсрочването или отсрочването; когато актът, с който е определено данъчното задължение, се обжалва; с налагането на обезпечителни мерки; когато е образувано наказателно производство, от изхода на което зависи установяването или събирането на данъчното задължение. След отпадането на обстоятелството довело до спиране на давностния срок, той продължава да тече като неизтеклата част от спрения срок започва да тече от деня, следващ отпадането на основанията за спиране. Давността се прекъсва с издаването на акта за установяване на данъчното задължение или с предприемането на действия по принудително изпълнение. Ако актът за установяване бъде отменен, давността не се смята прекъсната. Прекъсването означава, че се заличава изтеклият давностен срок и започва отново да тече законоустановеният.

Десетгодишната давност т. е абсолютната давност, е регламентирана с разпоредбата на ал. 2, на чл. 171 от ДОПК. С изтичането на 10-годишен давностен срок, считано от 1 януари на годината, следваща годината, през която е следвало да се плати данъчното задължение, то се погасява независимо от спирането или прекъсването на давността. Регламентирани са и изключенията при абсолютната давност. Те са: Не се прилага десетгодишната абсолютна давност когато данъчното задължение е отсрочено или разсрочено и когато изпълнението е спряно по искане на длъжника. Видно, в тези периоди от време не могат да бъдат предприемани изпълнителни действия, което пречатва събирането на данъчното вземане. Спиране на изпълнението по искане на длъжника се допуска при наличие на основанията съдържащи се в чл. 153, чл. 157 и др. от ДОПК. При изтичането на абсолютният давностен срок задълженията за данъци се отписват служебно. Данъчни задължения, платени доброволно след изтичането на давностния срок не подлежат на връщане дори когато са отписани като погасени по давност.

Опращането като способ за погасяване на задължения за данъци е правомощие на Президента – чл. 98, т. 12 от Конституцията на РБ. Това правомощие е от тези, които не се предоставят на вицепрезидента. Прилага се за данъчни вземания, които са ликвидни, изискуеми и закъснели. Опрощаване на данъци въведени със Закона за местните данъци и такси не е в правомощията на Президента.

Редът и процедурата по които следва да се извършва опрощаването са уредени с Указ 173 на Президента на РБ от 23.1.2012 г. Освен това Комисията по опрощаване на несъбираеми държавни вземания е приела и Вътрешни правила за своята работа. В тях е описано цялостното развитие на процедурата от постъпването на молбата, относимите факти и обстоятелства, изразяването на мотивирани становища от институциите в зависимост от вида на задълженията по исканото опрощаване и изразяването на мнение от комисията, което се предлага на Президента. Дългът не се опрощава, когато може да се събере от имуществото на длъжника, върху което може да се насочи принудително изпълнение. Президентът трябва да се сезира от лица, които имат правен интерес от опрощаването. Това са длъжникът и неговите правоприемници. Няма пречка сезирането да се извърши от финансов орган или от съда. Опрощава се конкретно задължение на конкретно лице – длъжник. Когато опрости задължението Президентът издава указ. В случая Президентът е финансов орган, а актът индивидуален финансов акт, който не се обнародва, не подлежи на обжалване, израз е на оперативна самостоятелност и спада към категорията на конститутивните актове. Опрощаването може да е пълно, частично или под условие. При частичното опрощаване се посочва конкретно, каква част от главницата и лихвата се опрощава. Опрощаването на главницата няма действие по отношение на изтеклата лихва. Президентът може да откаже да опрости, като за това няма указан специален акт. Обикновено това става с писмо. Отказът не подлежи на обжалване, но няма пречка за подаване на повторна молба. Новата молба за опрощаване на същото задължение може да бъде разгледана след изтичането на не по-малко от една година от предходното произнасяне. Процедурата при разглеждане на молбата за опрощаване е най-общо следната: комисията изпраща молбата до общинският съвет и до териториалната дирекция на Националната агенция за приходите по местожителство на длъжника, които органи събират сведения за имущественото състояние на длъжника и произхода на задължението. Въз основа на тях комисията изготвя мотивирано мнение, което предлага на Президента.

Последователността на погасяванията на задълженията за данъци е регламентирана в чл. 169 от ДОПК. Тази последователност е уредена самостоятелно в зависимост от следните обстоятелства: Първият най-често прилаган способ е когато не е поискано разсрочване или отсрочване на задължения за данъци и не е образувано изпълнително дело. В тези случаи данъчните задължения се погасяват в последователност: главница, лихви, разноски. При наличие на няколко данъчни задължения, които длъжникът не е в състояние да погаси едновременно до започване на принудителното им събиране, той може да заяви пред органа по приходите кое от тях погасява, като за задължения за данъци установявани от Националната агенция за приходите, редът и начинът за погасяване са указани в заповед на министъра на финансите – заповед № ЗМФ-126/13.2.2015 г.

Вторият начин на последователност на погасяване се отнася за случаите, когато задълженията за данъци са разсрочени или отсрочени. Последователността на погасяване и тук е главница, лихви, разноски.

Третият начин на последователност на погасяване е регламентиран за данъчни задължения, за които вече е образувано изпълнително дело. В тези случаи

последователността е разноски, главница, лихви. Ал. 3а на чл. 169 от ДОПК въвежда една особеност за задължения за данъци, установявани от общините. Тези задължения се погасяват по реда на възникването им, а когато се отнасят до една и съща година, длъжникът има право да заяви кое от тях погасява.

Все във връзка с последователността на погасяване на задължения за данъци е необходимо да се има пред вид, че този ред не се отнася за данъчни вземания по не влезли в сила ревизионни актове. В случай, че данъчният длъжник желае да погаси тези задължения, то следва да подаде искане до съответната компетентна териториална дирекция.

В ДОПК е регламентиран специален ред за погасяване на задължения за данъци установявани от общините. Особеното е, че редът за погасяване зависи от реда на възникване на данъчното задължение, като се започва от най-старото. Задълженото лице има право на избор, кое вземане да погаси с преимущество, само когато данъчните задължения са възникнали в рамките на една и съща календарна година.

Ключови думи

*Трудово право, отпуск,
неплатен отпуск,
работодател, работник или
служител, трудов стаж,
осигурителен стаж*

Key words

*Labour Law, Leave,
Unpaid Leave, Employer,
Worker or Employee, Labour
Experience, Insurance
Experience*

Assoc. Prof. Ivaylo Staykov, Ph. D.

**Possible Unilateral
Unpaid Leave Granted
by the Employer
without the Consent
of the Worker or the Employee**

**Assoc. Prof. Ivaylo
Staykov, Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New Bul-
garian University,
e-mail: istai-
kov@nbu.bg*

*Associate Professor
of Labour and Social Insur-
ance Law at the Law
Department of NBU
Areas of specializa-
tion: labour law, social in-
surance law, anti-
discrimination law, com-
parative law, mediation.*

*Author of mono-
graphs and articles in pro-
fessional periodicals in
Bulgaria and abroad.*

Under consideration in the present scientific research are two hypothesis of possible unilateral unpaid leave granted by the employer without the consent of the worker or the employee. A comparison is made between the two hypothesis bearing in mind that the one is not currently in force while the second is still applicable. To this aim under brief analysis are the legal nature and the social and legal designation of the unpaid leave under article 160 (1) of the Bulgarian Labour Code in order to differentiate between this type of leave and the hypothesis of unilateral unpaid leave granted by the employer. The author offers a classification by type of the forms of unpaid leave under the current Bulgarian Labour Law.

доц. д-р Ивайло Стайков

Допустимо едностранно предоставяне на неплатен отпуск от работодателя без съгласието на работника или служителя

I. Отпускът е класически правен институт на трудовото право. Действащото българско обективно трудово право урежда различни видове отпуска. В трудовоправната теория, по повод видовете отпуска, се разграничават понятията „субективно право“ и „правна възможност“. Неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ традиционно има правна уредба в трудовото законодателство и винаги се е определял като правна възможност. Той е нормативният модел и класическият пример за отпуск-правна възможност, като се разграничава от отпуските-субективно право на работника или служителя. Сравнително малко внимание е отделено в правната теория на уредената възможност в определени хипотези работодателят допустимо едностранно да предостави за ползване неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя.

Предмет на настоящото научно изследване са две хипотези на допустимо едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя. Направено е сравнение между двете хипотези, като едната вече не е действащо право, а другата е такава. За целта се обсъжда накратко и правната същност и социално правното предназначение на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, за да се открий разликата между него и хипотезата на едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск.

II. 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 възможност¹.

¹ 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. При действието на Кодекса на труда от 1951 г. (отм.), проф. Л. Радоилски определя неплатения отпуск по чл. 58, ал. 1 КТ 1951 г., като „отпуск, който не представлява право на работника, а само правна възможност, тъй като предприятието, учреждение-

то и организацията имат право да откажат даването на отпуска, ако това е във вреда на производството или службата”. Радоилски, Л. Трудово право на Народна република България. С. : Наука и изкуство, 1957, с. 372.

Също при действието на Кодекса на труда от 1951 г. (отм.), във връзка с отпуска по чл. 58, д-р Б. Михайлов посочва, че „ползването на неплатен отпуск не е право на работника или служителя, а само една правна възможност, която се реализира по усмотрение на административното ръководство. Последното може да разреши или да откаже ползването на този отпуск в зависимост от производствените или служебните възможности”. Михайлов, Б. Правен режим на отпуските. С. : ДИ „Наука и изкуство”, 1982, с. 99.

При сега действащият Кодекс на труда от 1986 г., същият автор при анализа на чл. 160, ал. 1 КТ отбелява следното: „Ползването на неплатен отпуск не е право на работника, а само една правна възможност, която се реализира по преценка на административния ръководител. Това следва от израза „може да разреши” в чл. 160, ал. 1 КТ. Ръководителят преценява не само изложените съображения от работника, поради които той иска да му бъде разрешено да ползва неплатен отпуск в определен размер, но и съществуващите производствени и служебни възможности на предприятието. [...] Решението на ръководителя не може да бъде обжалвано от работника пред правораздателните органи, тъй като в случая не е налице спор за право”. Михайлов, Б. Правен режим на отпуските. Коментар–справочник. С. : ДИ „Д-р Петър Берон”, 1988, с. 122-123.

По повод анализа на конститутивните признаци на отпуска проф. В. Мръчков посочва, че „действащото право моделира отпуска по различен начин. В редица случаи правото на отпуск е въздигнато в субективно право с всички произтичащи от това правни последици за неговите гаранции и защита при реалното му ползване. Това е най-високата степен за правно признаване и утвърждаване на отпуските като социално благо, обградено със солидна правна защита. [...] В други случаи на отпуска е отредена по-ниска степен на правно утвърждаване. Той е уреден като правна възможност на работника или служителя. Предоставянето и ползването му в тези случаи зависи от преценката на работодателя”. Мръчков, В. Трудово право. 9. изд. С. : Сиби, 2015, с. 366-367. Върху разграниченото отпуск-субективно право и отпуск-правна възможност проф. В. Мръчков се спира и във връзка с въпроса за правните гаранции за ползването на отпуските. Пак там, с. 395-396.

Същото становище се застъпва и от проф. Кр. Средкова по повод анализа на понятието и правната характеристика на отпуска, както и при видовото деление на отпуските на платени и неплатени. Авторката определя неплатеният годишен отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ като „правна възможност, чието реализиране зависи от съгласието на работодателя”. Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. С. : УИ „Св. Кл. Охридски”, 2011, с. 207-208, 210-211, както и при характеристиката на отделните отпуска (напр. платеният учебен отпуск – с. 215). На друго място проф. Средкова посочва, че този „неплатен годишен отпуск не е субективно право, а правна възможност на работника или служителя. Ползването на такъв отпуск зависи не само от желанието на работника или служителя, но и от преценката на работодателя дали и кога да го предостави”. Средкова, Кр. – В: Мръчков, В., Кр. Средкова, Ат. Василев. Коментар на Кодекса на труда. 11. прер. и доп. изд. С. : Сиби, 2013, с. 552.

Отпускът-правна възможност на работника или служителя, чийто типичен представител е неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, 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 КТ². Изменението е по дефиниция за определено време. След направеното искане от 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 разрешените 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 такава през целия период на неговото реално 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 положение³.

Професор 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. Правният смисъл от уредбата на този отпуск може да се открие в разпоредбата на ал. 3 на чл. 160 КТ”. Василев, Ат. Трудово право. Бургас: Бургаски свободен университет, 1997, с. 257.

Неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ се определя и от Ст. Симеонова като „правна възможност за работника или служителя, а не субективно право. Това означава, че въпреки изричното искане от страна на работника или служителя, работодателят не е длъжен да разреши този вид отпуск”. Симеонова, Ст. Правен режим на отпуските. С. : Дикта-интелект, 1994, с. 3, 32-35.

Вж. също Панайотов, Б. Работно време, отпуски и почивки. С. : Дикта-интелект, 1993, с. 35; Сербезова, Ст. – В: Банова, Ем., Ст. Сербезова, Ч. Христов. *Наръчник по трудови отношения*. С. : ИК „Труд и право”, 2001, с. 274 и с. 280; Коев, Ст. Трудово право. Варна: ВСУ „Черноризец Храбър”, 2008, с. 129.

² За споразумението по чл. 119 КТ като вид договор на трудовото право вж. Мръчков, В. Договорът в трудовото право. С. : Сиби, 2010, с. 121-133; от него: Трудово право. Цит. съч., с. 301; В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 374; Василев, Ат. Трудово право. Цит. съч., с. 178-179; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 117-118.

³ Тази правна конструкция съм аргументирал в Стайков, Ив. Субективни права и правни възможности в трудовото право – научен доклад, изнесен пред научна конференция „Право и права” в памет на проф. д-р Росен Ташев, 3 ноември 2015 г., СУ „Св. Кл. Охридски” (под печат).

След като правната възможност за неплатен отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ се трансформира в субективно право на неплатен отпуск, това субективно право 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 правоотношение. То е от вида преобразуващи субективни права, които се упражняват извънсъдебно, както е при повечето субективни преобразуващи трудови права⁴. Така е и по отношение на всички нормативно уредени видове отпуски, вкл. и в редките хипотези на промяна в правната сфера на работника или служителя, когато работодателят едностранно предоставя ползването на отпуск без съгласието на работника или служителя. Правото на всеки вид отпуск е субективно потестативно трудово право⁵. Ще си позволя малко отклонение във връзка с тази теоретична теза от по-общ характер⁶.

В специализираната правна 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 действие – „работодателят е длъжен да разреши“ отпуска по изричния израз на закона“. Правният извод е по повод на неплатения отпуск за работа в институции на Европейския съюз и в международни правителствени организации по чл. 160, ал. 2 КТ⁷. Професор Кр. Средко-

⁴ За субективните преобразуващи права вж. Милкова, Д. *Обща теория на правото*. 2. изд. С. : Албатрос, 2007, с. 153-154; Ташев, Р. *Обща теория на правото*. Основни правни понятия. 4. прер. и доп. изд. С. : Сиби, 2010, с. 302-304; Василев, Л. *За преобразуващите субективни граждански права*. – *Правна мисъл*, 1958, № 2, с. 3-23; Таджер, В. *Гражданско право на НРБ*. Обща част. Дял I. С. : Наука и изкуство, 1972, с. 177-181; Павлова, М. *Гражданско право*. Обща част. Т. I. С. : Софи-Р, 1995, с. 180-184; Мръчков, В. *Субективни преобразуващи трудови права*. – В: *Актуални гражданскоправни проблеми*. С. : Изд. на БАН, 1983, с. 243-259.

⁵ Във връзка с характеристиката на правното понятие за отпуск, проф. В. Мръчков посочва, че „работодателят дължи надлежно поведение към работника или служителя, който е в отпуск. Той запазва работното му място“. Мръчков, В. *Трудово право*. Цит. съч., с. 366. Авторът не определя изрично характера на правото на отпуск. От посоченото съждение обаче не може да се направи извод за притезателния характер на това трудово право. И правният субект, спрямо който е насочено упражняването на едно потестативно субективно право, „дължи надлежно поведение“ – да приеме и да търпи едностранно настъпилата в неговата правна сфера правна промяна.

⁶ За първи път аргументирах становището, че правото на всеки вид отпуск е субективно преобразуващо трудово право, в Стайков, Ив. *Характеристика на правото на отпуск*. Научен доклад, изнесен пред научна конференция в памет на проф. д-р Георги Боянов, Русенски университет „Ангел Кънчев“, 21.11.2015 г. (под печат).

⁷ Средкова, Кр. – В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 554.

ва, без да генерализира становището си, определя и правото на други видове отпуск като субективно притезателно право на работника или служителя⁸.

Освен самата правна същност на отпуска, правното действие, което настъпва при упражняването на правото на отпуск (ползването на отпуска), реда за упражняване на правото (реда за ползване) на отделните видове отпуска, 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) и 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. Недоустим 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 трудово 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 резултат⁹.

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. Този правен извод обаче няма как да се съотнесе с други разрешения

⁸ Вж. така за отпуска за бащинство при раждане на дете (чл. 163, ал. 7 КТ); отпуска за отглеждане на дете до двегодишната му възраст, настанено при близки и роднини или в приемно семейство (чл. 164а, ал. 1 КТ); неплатения отпуск за отглеждане на дете до осемгодишна възраст (чл. 167а, ал. 1 КТ). Средкова, Кр. – В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 556, 575, 582.

⁹ Вж. така Павлова, М. *Гражданско право. Обща част*. Т. I. Цит. съч., с. 169. Вж. в същия смисъл и относно предмета на установителния, осъдителния и конститутивния иск Сталев, Ж. *Българско гражданско процесуално право*. 5. доп. и прер. изд. С. : УИ „Св. Кл. Охридски”, 1994, с. 180-195.

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 до края на календарната година, за която се отнася – чл. 173, ал. 5, изр. I 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 отпуски на синдикалните дейци по чл. 159, ал. 1 КТ (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 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 основанийето 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 отпуски¹⁰. Това е правната санкция, когато работодателят не предостави отпуск, който е субективно право на работника или служителя. Доколко законовото разрешение е адекватно е друг въпрос, който тук не се обсъжда.

III. В противовес на отпускателно-правна възможност законодателят е уредил различни видове отпуски, които са субективно право на работника или служителя. Във връзка с отпуската, който е субективно право на работника или служителя, е необходимо да се направи едно съществено уточнение. То 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 отпуската като субективно право на работника или служителя.

I. 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 отпуската от всички работници и служители, както и в случаите, когато работникът или служителят след покана от работодателя не е поискал отпуската 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.

¹⁰ Вж. така изричното посочване на отпуските при анализа на това основание Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 601.

отчита интересите на работодателя¹¹. 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 законовото съдържание на индивидуалното трудово правоотношение.

Но това изрично уредено право на работодателя по никакъв начин не изключва същността на платения годишен отпуск като субективно право на работника или служителя. При анализа на възможността работодателят едностранно да предостави ползването на платения годишен отпуск без съгласието на работника или служителя, проф. Кр. Средкова посочва, че законът е предвидил „отклонение от принципа, че като субективно право на работника или служителя този отпуск се ползва само с негово съгласие”, като цитира и Указание на МТСП № 92-00-38 от 1.3.1995 г.¹²

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 (размер). 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.

Като извод от възприетото определение на понятието „отпуск”, което обхваща всички видове отпуск, д-р Б. Михайлов приема, че „отсъствието от работа поради ползване на отпуск задължително трябва да се разреши от административното ръководство”¹³. Същото становище е изразено и от проф. Ат. Василев – „понеже се касае за освобождаване от задължение, ползването на отпуските е подчинено на разрешителен режим. Няма значение, обстоятелството, че разрешението за ползването на отпуска не всякога изхожда от работодателя. То може да изхожда от друг орган (например, здравен) или при определен фактически състав да следва направо от закона (*ex lege*). Във всеки случай обаче работникът

¹¹ За двете специфични функции на трудовото право и за тяхното съотношение вж. Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 45-49; Василев, Ат. Трудово право. Цит. съч., с. 27-29; Средкова, Кр. Трудово право. Обща част. С. : УИ „Св. Кл. Охридски”, 2010, с. 25-28; Коев, Ст. Българско трудово право. Варна: ВСУ „Черноризец Храбър”, 2011, с. 30-32.

¹² Средкова, Кр. – В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 608.

¹³ Михайлов, Б. *Правен режим на отпуските*. Коментар-справочник. Цит. съч., с. 29.

(служителят) няма право, както е при почивката, след известно време на престирание да пристъпи по своя воля към ползване на отпуск¹⁴.

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 (догматично) положение и посоченото изключение има особено проявление в материята на отпуските. Без да се навлиза в голямата по същество и дискуссионна проблематика, само посочвам становището и аргументите на д-р Б. Михайлов за „задължителност на ползването на платените годишни отпуски“¹⁵. Виж 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 отпуск¹⁶. Сега действащата ред. на чл. 173, ал. 5, изр. I КТ е „Работникът или служителят използва платения си годишен отпуск до края на календарната година, за която се отнася“. Мисля, че и сега действащата редакция на разпоредбата, съдържа императивна правна норма¹⁷. Дискуссионният въпрос е дали редовният платен годишен отпуск, освен че е субективно трудово право на работника или служителя, е едновременно и негово юридическо трудово задължение?

2. По същия начин се поставя и въпросът за отпуска поради временна неработоспособност, който се разрешава от здравните органи – орган на медицинската експертиза на временната неработоспособност (чл. 162, ал. 2 КТ). Отпускът поради временна неработоспособност се оформя с болничен лист по образец (чл. 6, ал. 2 НМЕ), който по правна същност е индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21, ал. 1 АПК, и като такъв е задължителен за изпълнение и за двете страни на трудовото правоотношение – работодателя и работника или служителя. Осигуреният (работник или служител) не може по своя преценка без разрешение от лекуващия лекар или ЛКК, издали болничния лист, да се върне на работа преди изтичане на разрешения отпуск. Осигурителите (работодателите) не допускат на работа осигурени, които се намират в отпуск поради временна неработоспособност (чл. 18, ал. 1 НМЕ).

Мнението ми е, че и по отношение на отпуска при временна неработоспособност не се накърнява характера му на субективно право. Въпреки този специфичен механизъм за възникване на правото на отпуск при временна нера-

¹⁴ Василев, Ат. Трудово право. Цит. съч., с. 237-238.

¹⁵ Михайлов, Б. Правен режим на отпуските. Коментар-справочник. Цит. съч., с. 73-76.

¹⁶ Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 391-392.

¹⁷ 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 отпускът“, т. е. императивността беше по отношение на половината от размера на платения годишен отпуск.

ботоспособност, този отпуск е същинско субективно право на работника или служителя.

3. В текста на разпоредбата на чл. 160, ал. 1 КТ ясно е посочено, че инициативата за ползване на неплатен отпуск следва да бъде на работника или служителя. Времето зависи и последователност на съответните волеизявления на всяка от двете страни на индивидуалното трудово правоотношение е нормативно установена. Първо по време трябва да бъде искането на работника или служителя, а впоследствие евентуално ще последва и разрешението на работодателя.

Този аспект от правната уредба на неплатения отпуск по чл. 58, ал. 1 КТ 1951 г. (отм.) и при сега действащия чл. 160, ал. 1 КТ е отчетен и в анализа на д-р Б. Михайлов. „Предприятието може да се занимае с въпроса за разрешаването на неплатен годишен отпуск на работника само по негово искане. [...] Ръководителите нямат право да задължават работника да ползва неплатен отпуск при някои ситуации, като например липса на условия за работа поради прекъсване на ток, липса на материали и др.”¹⁸.

От логическото и включените в него телеологическо и аксиологическо тълкуване на разпоредбата на чл. 160, ал. 1 КТ следва не само посочената времева зависимост и последователност на волеизявления на работника или служителя и на работодателя, но и един друг съществен правен извод – „работодателят не може едностранно да задължи отделния работник или служител, нито трудовия колектив да ползват такъв неплатен отпуск” (проф. Кр. Средкова)¹⁹. В по-общ аспект, във връзка с основанието по чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ, авторката посочва, че „неплатеният отпуск е субективно право (учебен, за временна неработоспособност и др.) или правна възможност (годишен) на работника или служителя. Тъй като с предоставянето на такъв отпуск работникът или служителят губи трудовото си възнаграждение, той може да бъде ползван само по волята на работника или служителя. Недопустимо е това да става едностранно от работодателя”²⁰ (в текста като печатна грешка – „от работника или служителя” – бел. моя).

По повод на анализа на основанието по чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ проф. В. Мръчков подчертава, че „по действащото законодателство работодателят няма право едностранно да нарежда на работника или служителя да ползва противно

¹⁸ Михайлов, Б. Правен режим на отпуските. Цит. съч., с. 99 (при действието на КТ от 1951 г. (отм.) и същият автор в Правен режим на отпуските. Коментар–справочник. Цит. съч., с. 122-123 (по сега действащият КТ).

¹⁹ Средкова, Кр. – В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 552.

²⁰ Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 433.

на волята му неплатен отпуск и неговото волеизявление да му разпореда да ползва такъв отпуск е незаконно”²¹.

В същия смисъл е и становището на доц. Адр. Андреева – „Работниците и служителите не могат да бъдат пускани принудително в неплатен отпуск, без да са поискали и без да желаят да го ползват”²². От изложението обаче, не е ясно за кой вид неплатен отпуск се отнася създението – неплатен отпуск-правна възможност или неплатен отпуск-субективно право на работника или служителя, или и за двата вида. Не е отчетено и обстоятелството, че в българското трудово право е съществувала (§ 3д, ал. 1 ПР на КТ) и сега съществува (чл. 54, изр. I НРВПО) правна уредба на едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя.

Такова становище е изразено и в административната практика на МТСП – вж. писмо № 26/256 от 15 юни 2004 г.²³

²¹ Мръчков, В. – В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 973. Вж. обаче анализа на разпоредбата на чл. 54, изр. I НРВПО, която е действащо право.

²² Андреева, Адр. – В: Андреева, Адр., Г. Йолова. *Трудово и осигурително право*. Варна: Изд. „Наука и икономика” и Икономически университет – Варна, 2014, с. 112.

²³ Съдебната практика по прилагането на чл. 160, ал. 1 КТ не е богата в сравнение с тази по прилагането на други разпоредби на действащото българско трудово законодателство.

Въпрос за законосъобразността на ползването на неплатен отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ най-често се поставя косвено по повод друг предмет на трудовоправния спор, при осъществен административен контрол за спазване на трудовото законодателство и реализация на административнонаказателна отговорност да неговото нарушаване, както и във връзка със зачитането, респ. незачитането на времето на ползване на такъв неплатен отпуск за осигурителен стаж по повод възникването на осигурителни права по държавното обществено осигуряване. В друго научно изследване съм анализирал подробно тази съдебна практика на гражданските съдилища и съответно ВКС по граждански дела, на административните съдилища и съответно ВАС по административни дела, както и тази на районните съдилища като първа съдебна инстанция и на административните съдилища като касационна инстанция по административнонаказателен характер дела. В случая се посочват неизчерпателно някои съдебни решения на тези съдилища, в мотивите на които, като се отчита конкретния характер на правния спор и съответно процесуалния ред за неговото разглеждане от съда, в рамките на който правен спор, по един или друг повод, се поставя на обсъждане съдържанието и прилагането (законосъобразно или незаконосъобразно) на разпоредбата на чл. 160, ал. 1 КТ. Вж. р. № 292 от 2015 г. по гр. д. № 395 от 2015 г. на Добричкия окръжен съд (влязло в сила); р. № 89 от 2014 г. по гр. д. № 1044 от 2014 г. на Окръжен съд – Ст. Загора (влязло в сила); р. от 2015 г. по гр. д. 19892 от 2014 г. на Софийския градски съд (влязло в сила); р. № 169 от 1997 г. по гр. д. № 130 от 1997 г. на ВКС, III г. о.; р. № 1974 от 2000 г. и р. № 149 от 2002 г. на ВКС, III г. о.; опред. № 288 от 2013 г. по гр. д. № 1121 от 2012 г. на ВКС, IV г. о.; р. № 2119 от 2005 г. по гр. д. № 1646 от 2003 г. на ВКС, III г. о.; р. № 1135 от 2005 г. по гр. д. № 20 от 2002 г. на ВКС, III г. о.; р. № 253 от 2004 г. по гр. д. № 1273 от 2002 г. на ВКС, III г. о.; р. № 1974 от 2000 г. на ВКС, III г. о.; р. № 1396 от 1999 г. по гр. д. № 349 от 1999 г. на ВКС, III г. о.; р. № 1621 от 2005 г. по гр. д. № 1149 от 2003 г. на ВКС, III г. о.; р. № 1046 от 2005 г. по тър г. д. № 343 от 2005 г., II тър г. отд., тър г. коле-

Този аспект на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ особено ясно се откроява при сравнението и разграничението му от хипотезите на едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя по § 3д, ал. 1 ПР на КТ и чл. 54, изр. I НРВПО, както и при анализа на основанията за едностранно прекратяване на трудовия договор от работника или служителя без предизвестие по чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ.

4. В този ред на разсъждения се стига до основния проблем, който е предмет на изследване в настоящото изложение – допустимото едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя. Този едностранно предоставен от работодателя неплатен отпуск често се нарича „принудителен отпуск”, като има основание за използването на това прилагателно име, доколкото неплатеният отпуск се предоставя „без съгласието на работника или служителя”, както е легалният израз в § 3д, ал. 1 ПР на КТ и в чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ. Теоретичният въпрос е как тази правна конструкция се вписва в цялостната уредба, правната същност и юридическата характеристика на отпуска като трудовоправно понятие, и в частност на вида „неплатен отпуск”²⁴.

гия на ВКС; р. № 406 от 2013 г. по а. д. № 1 от 2013 г. на Административен съд – В. Търново (влязло в сила); р. № 703 от 2013 г. по АНХД № 10 от 2013 г., р. № 315 от 2013 г. по АНХД № 294 от 2013 г. и р. № 545 от 2013 г. по АНХД № 308 от 2013 г. и трите по описа на Районен съд – Ст. Загора (влезли в сила); р. от 2914 г. по АНХД № 962 от 2014 г. на Русенския районен съд (влязло в сила); р. от 2015 г. по АНХД № 11393 от 2914 г. на Софийския районен съд, оставено в сила с р. № 731 от 2016 г. по касационно АНХД № 6991 от 2015 г. на Административен съд – София град; р. № 392 от 2015 г. по АНХД № 1027 от 2015 г. на Сливенския районен съд, оставено в сила с р. № 252 от 2015 г. по касационно АНХД № 214 от 2015 г. на Административен съд – Сливен; р. № 1286 от 2014 г. по АНХД № 513 от 2014 г. на Бургаския районен съд; р. № 17 от 2015 г. по АНХД № 1592 от 2014 г. на Добричкия районен съд (влезли в сила).

²⁴ Действащото българско трудово законодателство урежда и неплатен отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, който е субективно право на работника или служителя, а не само правна възможност, както е в общия случай. Това е специалната хипотеза на чл. 173, ал. 2 КТ, когато работник или служител, който изповядва вероизповедание, различно от източноправославното, избере да ползва неплатен отпуск за дните на религиозните празници в неговата религия. Ако се използва терминологията на физиката и химията, може образно да се каже, че неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ има две „алотропни форми” – на отпуск-правна възможност и отпуск-субективно право на работника или служителя. Възможността едно правно явление да има двойка правна същност или различни форми на правно проявление е отдава отчетена в правната доктрина. Същност законодателят е този, който придава една или друга същност на правното явление, като го урежда по един или друг начин.

Неплатеният отпуск в хипотезата на чл. 173, ал. 2 КТ е този по чл. 160, ал. 1 КТ, но с друга проявна форма. И затова правилно законодателят в чл. 173, ал. 2 КТ го е посочил именно него – изразът „неплатен отпуск по чл. 160, ал. 1”. И това е важно, защото както ще стане ясно от изложението по-долу в основния текст, в действащото трудово

IV. В краткия времеви период между 30 юли и 31 декември 2010 г. съществуваше възможност при намаляване обема на работата и допълнителни законови условия²⁵ работодателят да предостави неплатен отпуск на работника или служителя и без негово съгласие в размер до 60 работни дни през календарната година (вж. § 3д, ал. 1 ПР на КТ)²⁶. Това беше една от антикризисните мерки на тогавашното правителство, договорена в рамките на Националния съвет за тристранно сътрудничество с другите двама социални партньора – синдикатите и работодателите, в противовес на разрастващата се световна и национална финансова и икономическа криза²⁷. Това беше временно нормативно решение и за-

законодателство има и други видове неплатени отпуски, със специфична тяхна правна същност и социално-правно предназначение, които „приличат“ на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, но не са негов вид или проявна форма. При това теоретичният проблем се задълбочава, защото в някои разпоредби, които ги уреждат има препращане към чл. 160 КТ, неудачно както ще бъде изяснено (напр. чл. 54, изр. I НРВПО), или, както е при неплатения отпуск по чл. 160, ал. 2 КТ, са включени систематически в разпоредбата на чл. 160 КТ.

Авторът е изследвал обстойно неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ в специалната хипотеза на чл. 173, ал. 2 КТ в отделно свое научно съчинение.

- ²⁵ Тези допълнителни законови условия бяха: 1) преди едностранното предоставяне на неплатен отпуск е било въведено от работодателя непълно работно време по чл. 138а, ал. 1 КТ и § 3б, ал. 1 ПР на КТ; 2) през периода, в който е въведено непълно работно време, са ползвани мерки за запазване на заетост, финансирани от републиканския бюджет и/или Оперативната програма „Развитие на човешките ресурси“; 3) по времето на неплатения отпуск се ползват мерки за запазване на заетост, финансирани от същите източници.

Фактическото условие „намаляване обема на работата“ (неблагоприятна икономическа ситуация в предприятието на работодателя), заедно с посочените в закона допълнителни условия, всъщност представляваха фактически състав (сложен юридически факт) от категорията на суксесивните, като правната норма изискваше не само последователно разположение (проявление) във времето на отделните юридически факти, но имаше и установен ред за тяхното осъществяване в правната действителност, като спазването на този ред (вкл. и с извършване на юридически действия от работодателя) беше условие за настъпването на правното действие на фактическия състав – възникване на субективното право на работодателя едностранно да предостави неплатен отпуск.

- ²⁶ Вж. ЗИДКТ, обн., ДВ, бр. 58 от 30.06.2010 г., в сила от 30.6.2010 г. Съгласно § 25 от неговите заключителни разпоредби – законът влиза в сила от деня на обнародването му в „Държавен вестник“ с изключение на..., като § 3д ПР на КТ не беше сред тези изключения.

- ²⁷ Други такива антикризисни мерки на плоскостта на трудовото право бяха уредени в § 3б, ал. 1 ПР на КТ – във времеви интервал от 1 януари 2010 г. до 31 декември 2010 г. периодът, за който работодателят можеше едностранно да въвежда непълното работно време по чл. 138а, ал. 1 КТ, можеше да бъде удължен с още три месеца, при условие че работодателят ползва мерки за запазване на заетост, финансирани от републиканския бюджет и/или Оперативната програма „Развитие на човешките ресурси“, както и в § 3г ПР на КТ – до 31

това правната норма, която го уреждаше беше включена в преходните разпоредби на Кодекса на труда, съобразно изискванията за строежа на нормативните актове (вж. чл. 34 УПЗНА)²⁸.

1. В тази хипотеза работодателят имаше субективно потестативно трудово право едностранно да предостави на работника или служител ползването на неплатен отпуск за определен период от време. Ползването на неплатен отпуск настъпваше по волята на работодателя – законът посочваше „без неговото (на работника или служителя) съгласие”. Работникът или служителят беше длъжен (имаше юридическо трудово задължение) да „излезе в отпуск”, да започне ползването на неплатен отпуск – да търпи настъпилата правна промяна в неговата правна сфера.

Едностранното предоставяне от работодателя на ползването на неплатен отпуск за определен времеви период, и както посочваше Кодексът на труда „без съгласието на работника или служителя”, беше типична проява на работодателската управленска (разпоредителна) власт²⁹. В самото управленско решение на работодателя да предостави ползване на неплатен отпуск, от икономическа гледна точка се изразяваше същността на антикризисната мярка.

От друга гледна точка, това беше и хипотеза на допустимо едностранно изменение на индивидуалното трудово правоотношение от страна на работодателя. Тази правна норма беше типичен пример за реализация на производствената (икономическата) функция на трудовото право, като в същото време, в нея

декември 2011 г. периодът, за който работодателят можеше да възлага на работника или служителя да извършва временно друга работа в същото или в друго предприятие, но в същото населено място или местност по чл. 120, ал. 1 КТ, можеше да бъде удължен с още 45 календарни дни през една календарна година, като за периода след 45-ия ден по чл. 120, ал. 1 КТ беше необходимо съгласието на работника или служителя.

²⁸ В интерес на истината е дискуссионно, доколко това разрешение за систематичното включване на разпоредба с такова съдържание е правилно. В чл. 34 УПЗНА не е уредена такава хипотеза. Това следва да се приеме като празнота в правото (непълнен нормативен акт), която при правоприлагането (в случая при създаването на нормативните актове, защото е прилагане на ЗНА и УПЗНА) следва да бъде преодоляна, като за неуредения случай се приложи разпоредбата, която се отнася до подобен случай, ако това отговаря на целта на акта (чл. 46, ал. 2, изр. I ЗНА) – правоприлагане по аналогия на закона (*analogia legis*). Съгласно чл. 35, ал. 1, предл. III УПЗНА в заключителните разпоредби се включват правилата, с които действието на акта се ограничава за част от територията на страната. Разпоредбата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ е типичен пример за правна норма с временно (срочно) правно действие (темпорално действие за определен период от време). По аналогия на закона, щом правните норми, които имат ограничено териториално действие за част от територията на страната (действие по място, което означава и ограничено действие и спрямо лицата) следва да се включат в заключителните разпоредби на нормативния акт, то и тези правни норми, които имат срочно времево действие, също следва да бъдат включени в заключителните разпоредби на нормативния акт.

²⁹ Вж. подробно относно този аспект на проблематиката при анализа на действащата хипотеза на едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО.

нямаше проявление на социалната (закрилна) функция на трудовото право. Вярно е, че антикризисната мярка имаше като икономическа цел да не се стига до закриване на цели предприятия или на части от тях, съкращаване на щата, намаляване на обема на работата, спиране на работата за повече от 15 работни дни, т. е. от правна гледна точка да не се стига до възникване в правната действителност на някое от основанията за едностранно прекратяване на трудовия договор от работодателя с предизвестие по чл. 328, ал. 1, т. 1-4 КТ. Вярно е и това, че в хипотезата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ беше предвидено само и единствено фактическото обстоятелство (юридическият факт) „намаляване обема на работата“ (т. е. само основанието по чл. 328, ал. 1, т. 3 КТ), което изглеждаше странно на фона на икономическата ситуация в страната и в предприятията на отделните стопански субекти. Единствено в тази преследвана макро- и микроикономическа цел, и в законовото ограничение относно приложимостта на правната норма, можеше да се открият елементи от проявлението на социалната функция на трудовото право. При всяко положение обаче тогава, а и в бъдеще, ако отново се създаде подобно правило за поведение, принудителното ползване на неплатен отпуск, е неблагоприятно положение за работника или служителя.

Необходимо е да се отбележи, че и при правната конструкция на едностранно предоставяне от работодателя на ползването на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя, при започнало ползване на отпуска, т. е. по времето на самото ползване, работникът или служителят имаше субективно право на отпуск, с всички произтичащи от това правни последици. През периода, в който действаше разпоредбата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ, и при нейното прилагане, този неплатен отпуск имаше качеството на „законоустановен отпуск“.

2. Едностранното предоставяне от работодателя на неплатен отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ се признава за трудов стаж (§ 3д, ал. 2 ПР на КТ). Въпреки че хипотезата (юридическият факт) – „в случаите по ал. 1“ отдавна вече не е действателна правна норма, разпоредбата на § 3д, ал. 2 ПР на КТ продължава да има и за бъдеще своето правно значение. Тази разпоредба е необходима за приложението на чл. 352, ал. 1, т. 3 КТ – за трудов стаж се признава и времето по трудово правоотношение, през което работникът или служителят не е работил, в случай на ползван неплатен отпуск, установен с този кодекс или с други нормативни актове, когато това изрично е предвидено. В случая този ползван неплатен отпуск е установен в КТ – § 3д, ал. 1 ПР на КТ (т. е. той има качеството на „законоустановен отпуск“), като в ал. 2 на същия параграф изрично е предвидено, че той се признава за трудов стаж. Съществената правна разлика между неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ и неплатения отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ е не само в тяхната правна същност и ред за ползване, но и в размера на неплатения отпуск, който законът признава за трудов стаж – до 30 работни дни в една календарна година по чл. 160, ал. 1 КТ и до 60 работни дни в една календарна година по § 3д, ал. 1 ПР на КТ. Разпоредбата на § 3д, ал. 2 ПР на КТ е и частен случай и пример за приложимост на хипотезата по чл. 160, ал. 3, предл. второ КТ – признаване на неплатен отпуск над 30 работни дни в една календарна година за трудов стаж – само ако това е предвидено в този кодекс, в друг закон или в акт на Министерския съвет.

По-съществената правна последица от едностранното предоставяне от работодателя на неплатен отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ е осигурителноправната последица, предвидена в разпоредбата на § 22п, ал. 2 ПЗР на КСО. До 31 декември 2010 г. за осигурителен стаж, без да се правят осигурителни вноски, се зачита времето, през което е ползван неплатен отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ. Това е правна последица с важно и дългосрочно действие, предвид правното значение на осигурителния стаж. При сравнението на осигурителноправните норми на § 22п, ал. 2 ПЗР на КСО и на чл. 9, ал. 2, т. 3 КСО също се разкрива разликата между неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ и неплатения отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ.

Във връзка с този аспект на проблематиката може да се направи следният важен правен извод.

Въпреки че разпоредбата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ вече не е действащо обективно право, т. е. към днешна дата работодателят не може едностранно да предостави неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя на посоченото в хипотезата на тази разпоредба фактическо основание (дори и при изпълнение на допълнителните условия) тя продължава и ще продължава да има правно значение. То се изразява преди всичко в приложимостта на § 3д, ал. 2 ПР на КТ (признаването на времето на ползване на неплатения отпуск за трудов стаж) и на § 22п, ал. 2 ПЗР на КСО (зачитане на същия времеви период и за осигурителен стаж). За да могат да се прилагат сега и за в бъдеще тези две правни норми (трудоваправна и осигурителноправна, като това важи особено за втората относно осигурителния стаж) е необходима разпоредбата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ. Без тази трудоваправна норма, други две правни норми нямат правен смисъл и приложение. Затова и разпоредбата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ не е и не трябва да бъде изрично отменяна. При нея се наблюдава своеобразно „преживяване“ на недействащия закон (в случая на правна норма), което е много характерно по отношение на правните институти на трудовия стаж и на осигурителния стаж. Това правно положение произтича от същността на трудовия стаж и на осигурителния стаж като юридически факти (юридически състояния), които имат способността да се натрупват през времето, както и да проявяват своето правно действие и да придобиват правно значение в сравнително дълъг период от време, в сравнение с момента, в който са възникнали в правната действителност³⁰.

³⁰ За правната уредба, същността, значението и установяването на трудовия и осигурителния стаж в исторически план и по действащото законодателство вж. Радоилски, Л. Трудово право на Народна република България. Цит. съч., с. 661-667; Павлов, Л., Ф. Бозев. Трудов стаж и неговото установяване. С. : Профиздат, 1958; Бояджиев, Б. Установяване на трудовия стаж по съдебен ред. С. : Профиздат, 1962; Михайлов, Б. Същност, класификация и функции на трудовия стаж на работниците и служителите в НРБ. – Правна мисъл, 1966, № 1, с. 38-52; Павлов, Л. Трудовият стаж и правата, свързани с него. С. : Профиздат, 1984; Василев, Ат. Трудово право. Цит. съч., с. 535-537; Йосифов, Н. Осигурително право. С. : Албатрос, 1997, с. 60-71; Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 710-722; от него: Осигурително право. 6. изд. С. : Сиби, 2014, с.

3. Съгласно чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ работникът или служителят може да прекрати трудовия договор писмено, без предизвестие, когато работодателят е предоставил неплатен отпуск на работника или служителя без негово съгласие. Това основание беше създадено през м. юли 2010 г. (обн., ДВ, бр. 58 от 2010 г.) заедно с § 3д ПР на КТ. След 31 декември 2010 г. правото на работодателя по § 3д, ал. 1 ПР на КТ не съществува поради изтичане на срока на действие на тази разпоредба, макар този параграф да не е изрично отменен.

Професор В. Мръчков е на становище, че „и след като § 3д ПР на КТ не се прилага, чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ има своето самостоятелно основание да съществува. Установеното с него субективно право на работника или служителя едностранно и без предизвестие да прекрати трудовия договор е реакция срещу незаконосъобразно заповяданото му от работодателя ползване на неплатен отпуск, който той не желае”³¹. Моето мнение е, че още през лятото на 2010 г. беше напълно излишно създаването на това основание за прекратяване на трудовия договор. То е още повече излишно и след прекратяване на правното действие на § 3д ПР на КТ. Създаването на § 3д ПР на КТ беше конкретният повод (*ocassio legis*) за създаването и на основанието чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ, и този повод (логическата връзка между двете разпоредби в по-дълбок план – правилото на § 3д ПР на КТ в неговата икономическа същност на антикризисна мярка) не може да не бъде от значение за тълкуването на съдържанието на основанието по чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ.

151-164; Средкова, Кр. Осигурително право. 4. изд. С. : Сиби, 2012, с. 233-240; от нея: Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 512-519; В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 1094-1115; Попова, Цв. Развитие на понятието трудов стаж в българското законодателство. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право*. Т. IV. С. : УИ „Св. Кл. Охридски”, 2010, с. 146-159; от нея: Понятието за осигурителен стаж в българското законодателство. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право*. Т. VI. С. : УИ „Св. Кл. Охридски”, 2013, с. 146-159; Лазарова, В. Правна уредба на трудовата книжка и трудовия стаж. Благоевград: УИ „Н. Рилски”, 2012, с. 80-191; Стайков, Ив. Историческо развитие на правната уредба на установяването на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред. – В: *Научни трудове*. Т. 50, серия 7 – правни науки. Сб. научни доклади от научна конференция РУ & СУ '11. Русе: Русенски университет „Ангел Кънчев”, 2011, с. 29-33; от него: Правна характеристика и предмет на правна уредба на Закона за установяване на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред. – В: *Юбилеен сборник на департамент „Право“ посветен на 20 години на НБУ*. С. : НБУ и Фенея, 2011, с. 211-227; Обща характеристика на съдебното производство за установяване на трудов и/или осигурителен стаж. – *Норма*, 2012, № 5, с. 5-18; Предмет и характер на исковете за установяване на трудов и/или осигурителен стаж. – В: *Сб. научни трудове от Юбилейната научна конференция по повод 10 години от създаването на НБУ „Васил Левски”, 14-15 юни 2012 г.* Т. 5 – Научно направление „Социални, стопански и правни науки”. В. Търново: ИК на НБУ „В. Левски”, 2012, с. 172-181.

³¹ Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 603.

Десетилетия наред такова основание за едностранно прекратяване на трудовия договор от работника или служителя без предизвестие не съществува в обективното трудово право. Въпреки това, в правната литература и в съдебната и административна практика винаги се е приемало въз основа на тълкуване, че работодателят не може едностранно да задължи отделния работник или служител да ползва неплатен отпуск, освен ако такава хипотеза не е изрично уредена в нормативен акт³². Във връзка с фактическия състав на основанието по чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ проф. В. Мръчков анализира, че „предоставянето на неплатен отпуск” тук означава едностранно волеизявление на работодателя, с което нарежда на работника или служителя да ползва противно на волята му неплатен отпуск, за което той, разбира се, няма да получава трудово възнаграждение. По действащото законодателство работодателят няма такова право и неговото волеизявление (нареждане, разпореждане, заповед) да му разпреди да ползва такъв отпуск е незаконно (недействително)³³.

Основанието за недействителност на нареждането като едностранна сделка е противоречие с императивна (повелителна) правна норма (чл. 44 във вр. с чл. 26, ал. 1 ЗЗД). Правната норма, на която противоречи подобно нареждане, е чл. 4, ал. 1 Конст., която урежда принципа на законността, валиден за цялата национална правна система, както и с аргумент от трудовоправната норма на чл. 126, т. 7 КТ, че работникът или служителят е длъжен да изпълнява законните нареждания на работодателя. Не на последно място, нареждане на работодателя за едностранно предоставяне на ползване на неплатен отпуск, когато законът не урежда такова право на работодателя, е незаконно (недействително) и поради противоречие с един от основните общи принципи на трудовото право, който е и легално установен – принципът на добросъвестността при осъществяване на трудовите права и задължения – „Трудовите права и задължения се осъществяват добросъвестно съобразно изискванията на законите” (чл. 8, ал. 1 КТ)³⁴. Както посочва проф. В. Мръчков „добросъвестното осъществяване на трудовите права и задължения се отнася за всяка от страните, която има права и задължения...”³⁵.

³² Както по-долу в основния текст ще се анализира, в действащото позитивно българско трудово право такава хипотеза на едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск, без съгласието на работника или служителя, съществува и то отдавна – чл. 54 НРВПО. Нейното съществуване по никакъв начин обаче не опровергава същедието, което ще се аргументира, че разпоредбата на чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ е ненужна.

³³ Мръчков, В. – В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 973.

³⁴ За съдържанието на този основен общ принцип на трудовото право вж. Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 76-77; Василев, Ат. Трудово право. Цит. съч., с. 45-46; Коев, Ст. Трудово право. Цит. съч., с. 19; от него: Българско трудово право. Цит. съч., с. 36-37.

В своя курс по трудово право проф. Кр. Средкова не разглежда такъв основен принцип на трудовото право. Вж. Средкова, Кр. Трудово право. Обща част. Цит. съч., с. 123-138.

³⁵ Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 77.

Незаконно нареждане на работодателя за едностранно предоставяне на ползване на неплатен отпуск не подлежи на изпълнение от работника или служителя, адресат на нареждането. *Per argumentum a contrario* от чл. 187, т. 7 КТ, неизпълнението на подобно незаконно работодателско нареждане не е дисциплинарно нарушение и не може да служи като основание за реализация на дисциплинарна отговорност³⁶. Задължението на работника или служителя да изпълнява само законните нареждания на работодателя е продължение и конкретно измерение в трудовото право на основния принцип на българската правна система и на демократичната и правова държава – принципа на законността (чл. 4, ал. 1 Конст.). Отказът на работника или служителя да изпълни незаконно нареждане на работодател за едностранно предоставяне на ползване на неплатен отпуск, е правомерно поведение и може да се разглежда като проявна форма на индивидуална самопомощ и самозащита на трудови права³⁷. И тази индивидуална самопомощ и самозащита на трудови права в анализирания хипотеза, трябва да се приеме за допустима, въпреки че в КТ няма изрична нейна правна уредба³⁸. Работник или служител, който е адресат на такова незаконно нареждане на работодателя, изпълнявайки го (било с изричен, било с мълчалив отказ), фактически брани, защитава основното си конституционно право на труд, както и свързаните с него други трудови права, предвидените в Конституцията и трудовото законодателство.

Към този анализ може да се добави това, че в общия случай (т. е. ако няма изрична правна норма, която да урежда такова право, каквато беше § 3д, ал. 1 ПР на КТ, и каквато е действащата на чл. 54, изр. I НРВПО) работодателят не само няма субективно право едностранно и без съгласието на работника или служителя да му предоставя неплатен отпуск, но работодателят има юридическо задължение (юридическа забрана) да не издава такова нареждане (заповед). Въпреки че в Кодекса на труда няма изрично уредено юридическо трудово за-

³⁶ Вж. повече за незаконното нареждане на работодателя Милованов, Кр. Трудовата дисциплина като задължение по трудовото правоотношение. Цит. съч., с. 208-233; от него: Дисциплинарно уволнение. С. : Наука и изкуство, 1967, с. 80-85.

³⁷ За общите положения в частното право относно самопомощта като вид самозащита на субективните права вж. Павлова, М. Гражданско право. Обща част. Т. I. Цит. съч., с. 207-208; Джеров, Ал. Гражданско право. Обща част. Кн. първа. С. : Академично издателство „Проф. Марин Дринов“, 1994, с. 333-334. За трудовото право вж. Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 157.

³⁸ Хипотези на законово (легално) предвидена индивидуална самозащита на субективни трудови права на работника или служителя има и при други институти на трудовото право: чл. 176, ал. 3 КТ – определяне на времето за ползване на редовния платен годишен отпуск едностранно от работника при наличието на определените от закона предпоставки; чл. 283 КТ и чл. 22 ЗЗБУТ – отказ на работника да изпълнява възложената работа при възникване на сериозна и непосредствена опасност за живота или здравето му, като средство за защита на правото на здравословни и безопасни условия на труд; чл. 148 КТ – отказ да се полага извънреден труд.

дължение за работодателя едностранно да не предоставя неплатен отпуск на работника или служителя без неговото съгласие (да не го задължава да ползва такъв отпуск), това юридическо задължение се извлича по тълкувателен път от действащата позитивно-правна уредба на трудовите отношения. Това юридическо задължение е „установено с нормативен акт” – Кодекса на труда, и съществува в обективното трудово право. То е част от законоустановеното съдържание на всяко индивидуално трудово правоотношение, независимо от основание за възникването му. Едностранното предоставяне на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя като юридически факт се субсумира към фактическия състав на основание за едностранно прекратяване на трудовия договор от работника или служителя без предизвестие по чл. 327, ал. 1, т. 3, предл. II КТ – работодателят не изпълни други задължения, установени с нормативен акт. Неизпълнението на това трудово задължение от работодателя е правонарушение и е основание работникът или служителят едностранно без предизвестие да прекрати трудовото си правоотношение. Основанието по чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ е една от многото възможни частни хипотези на основание по чл. 327, ал. 1, т. 3, предл. II КТ, и затова съществуването чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ е излишно³⁹. Като предложение *de lege ferenda* разпоредбата на чл. 327, ал. 1, т. 11 КТ следва да бъде изрично отменена.

³⁹ При анализа на фактическия състав на основание по чл. 327, ал. 1, т. 3, предл. II КТ (втората група неизпълнени трудови задължения на работодателя) проф. В. Мръчков, сред многото други трудови задължения на работодателя, установени с нормативен акт, посочва и тези, които са свързани с правния институт на отпуските. Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 601. Авторът отбелязва, че „важно е тези задължения да представляват част от съдържанието на индивидуалното трудово правоотношение, по което работодателят има задължения. Изброяването в закона обхваща практически всички възможни източници, от които тези задължения могат да произтичат”. Мръчков, В. – В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 967. Вж. и становището на проф. Кр. Средкова, че „редакцията на чл. 327, ал. 1, т. 2-3 КТ не е много прецизна, защото всички уредени в нея хипотези са свързани с неизпълнение на задължения на работодателя. Някои от тези нарушения обаче са посочени изрично (чл. 327, ал. 1, т. 2, т. 3, предл. I КТ), а те се поглъщат от общото – неизпълнение на задължения на работодателя (чл. 327, ал. 1, т. 3, предл. 2 КТ)”. Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 430. Вж. по този въпрос и проф. Кр. Милованов, който сравнява първоначалната редакция от 1986 г. на чл. 327, т. 3 КТ с тази след промените в КТ от м. декември 1992 г. (до лятото на 2010 г. – ДВ, бр. 58 от 2010 г. чл. 327 нямаше алинеи, а само точки), и стига до извода, че „по същество тази втора част от текста на чл. 327, т. 3 КТ обхваща неизпълнението на всички възможни задължения на работодателя по трудовото правоотношение. Поради това тя всъщност прави излишни както първата част на този текст – относно изменението на мястото, характера на работата или трудовото възнаграждение, така и текста на чл. 327, т. 1 и 2 КТ”. Милованов, Кр. Трудов договор. Сключване, изменение, прекратяване. 2. прер. и доп. изд. С. : ИК „Труд и право”, 2008, с. 244.

V. От дълги години 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, на която не се обръща необходимото внимание.

Съгласно чл. 54 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. В този случай отпускът по чл. 160, ал. 2 КТ се признава за трудов стаж в размер до 60 работни дни през една календарна година.

I. Идентично на вече недействащата хипотеза по § 3д, ал. 1 ПР на КТ, и разпоредбата на чл. 54, изр. I 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 законноустановеното съдържание на индивидуалното трудово правоотношение. Ползването на неплатен отпуск настъпва по едностранната воля на работодателя. Това е така, въпреки че за разлика от § 3д, ал. 1 ПР на КТ, в правната норма на чл. 54, изр. I НРВПО не е изрично указано, че това става „без неговото (на работника или служителя) съгласие”. Работникът или служителят е длъжен, т. е. има юридическо трудово задължение, да започне ползването на неплатен отпуск – да търпи настъпилата правна промяна в неговата правна сфера.

Едностранното предоставяне от работодателя на ползването на неплатен отпуск от работника или служителя за определен времеви период, е проява на работодателската управленска (разпоредителна) власт⁴⁰. Управленската (разпоредителна) власт на работодателя представлява неговото право да управлява съвместния трудов процес в предприятието. Това означава работодателят да организира съвместния труд на наетите от него работници и служители, да ги разпределя по работни места, да установява вътрешното разделение на труда, да отдава задължителни за работниците и служителите нареждания и разпорежда-

⁴⁰ Същността и съдържанието (елементите, правомощията) на правното понятие „работодателска власт” е било предмет на обстойни изследвания в трудовоправната литература. Вж. Мръчков, В. Работодателят като страна в индивидуалните трудови правоотношения. – В: Мръчков, В., Д. Каменов, М. Сотирова. *Работодателят в трудовите отношения*. С. : Оргсистем, 1993, с. 50-51; от него: Трудово право. Цит. съч., с. 193; Топалов, М. Въпроси на властта на работодателя. – Съвременно право, 1996, № 1, с. 76-81; от него: Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение. С. : Сиби, 1997, с. 56-59; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 38-39; Гевренова, Н. Правна характеристика на нормотворческата власт на работодателя. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право*. Т. I. С. : УИ „Св. Кл. Охридски”, 2004, с. 188-210.

ния относно изпълнението на трудовите им задължения. Волеиязвлението на работодателя за едностранно предоставяне на неплатен отпуск фактически и правно се оформя чрез нареждане (разпореждане, заповед), адресирано към работниците и служителите в предприятието, за които се отнася⁴¹.

Едностранните нареждания на работодателя при определяне на конкретни аспекти от условията на труд в неговото предприятие могат да бъдат в устна или писмена форма⁴². Задължителни за изпълнение са както писмените, така и устните едностранни актове на работодателя⁴³.

Нарежданията на работодателя по правната си същност представляват едностранни волеизявления, с които работодателят упражнява субективни потестативни трудови права в рамките на трудовото правоотношение⁴⁴. Работникът или служителят като насрещно задължен субект е длъжен да изпълни законното нареждане на работодателя и да търпи настъпилата правна промяна (чл. 126, т. 7 КТ). Нарежданията на работодателя са законни (законосъобразни)⁴⁵, когато са съобразени с и се отдават в изпълнение на разпоредбите на Кон-

⁴¹ Самият Кодекс на труда използва различни наименования за тези едностранни актове на работодателя (нареждане – чл. 126, т. 7 и чл. 187, т. 7 КТ; указание – чл. 127, ал. 1, т. 5 КТ и § 1, т. 4 ДР на КТ; заповед – чл. 136а, ал. 1 и чл. 139а, ал. 3 КТ; разпореждане – чл. 143, ал. 1 КТ; разрешение – чл. 173, ал. 1 КТ).

⁴² В преобладаващия брой случаи едностранните актове на работодателя са в устна форма. Само за някои от тези актове Кодексът на труда и подзаконовите нормативни актове уреждат те да бъдат в писмена форма – заповед за удължаване на работния ден (чл. 136а, ал. 1 КТ); заповед за командировка (ар г. чл. 8 и чл. 9 от Наредбата за командировките в страната); заповед за установяване на непълно работно време по чл. 138а, ал. 1 КТ (чл. 9 НРВПО); заповед за налагане на дисциплинарно наказание (чл. 195, ал. 1 КТ); заповед за реализация на ограничената имуществена отговорност на работника или служителя (чл. 219, ал. 1 КТ) и др.

⁴³ Вж. така за формата на едностранните актове на работодателя и за тяхната задължителност за изпълнение Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 41; Филипова, Т. Дисциплинарно уволнение. Пловдив: УИ „П. Хилендарски“, 2015, с. 39, 84-85.

⁴⁴ Вж. така Топалов, М. Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение. Цит. съч., с. 54-55; Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 388-389 (въпреки че изложението се отнася само за заповедта за разрешаване на отпуск); Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 40-41.

⁴⁵ За това задължение на работника или служителя по трудовото правоотношение, за качеството „законност“ („правомерност“) на нареждането на работодателя и за правомерността на нареждането на работодателя като граница на подчинеността на работника или служителя вж. Радоилски, Л. Трудово право на Народна република България. Цит. съч., с. 383-384; Милованов, Кр. Трудовата дисциплина като задължение по трудовото правоотношение. С. : Изд. на БАН, 1985, с. 11-93, 206-268; Василев, Ат. Трудово право. Цит. съч., с. 286; Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 510; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 41; Филипова, Т. Дисциплинарно уволнение. Цит. съч., с. 39-40.

ституцията, законите, подзаконовите нормативни актове, сключен колективен трудов договор и вътрешните актове на работодателя⁴⁶. Като едностранни сделки, за нарежданията на работодателя (индивидуалните му властнически актове) намират съответно приложение правилата относно действителността на договорите, тъй като тези едностранни волеизявления са предвидени в правна норма да пораждат, изменят или прекратяват права и задължения (чл. 44 ЗЗД)⁴⁷.

В разпоредбата на чл. 54, изр. I НРВПО изрично е уредено, че предоставянето на неплатен отпуск става „със заповед на ръководителя на предприятието”, но без да е посочено каква е формата на заповедта. Следователно трябва да се приеме, че и устната заповед на работодателя е релевантна и поражда целените правни последици. Друг е въпросът, както вече се обсъди по друг повод, че писмената форма е за предпочитане, защото тя създава яснота и определеност в отношенията между страните на трудовото правоотношение и значително ограничава пространството за правни спорове.

Като сравнение следва да се посочи, че в разпоредбата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ не се уреждаше актът, с който работодателят предоставяше ползването на неплатен отпуск, а още по-малко – негова форма.

⁴⁶ За съотношението и йерархическата зависимост на източниците на трудовото право вж. Василев, Ат. Трудово право. Цит. съч., с. 61-63; Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 106-111; Гевренова, Н. Правилникът за вътрешния трудов ред. С. : Сиби, 2007, с. 162-218.

⁴⁷ Пряка следното уточнение относно използваната от мен терминология. Понятието „актове на работодателя” е родово понятие, което включва видовете понятия „едностранни нареждания на работодателя” (или „индивидуални властнически актове на работодателя”) и т. нар. „вътрешни актове на работодателя в предприятието”. Работодаателят приема свой вътрешен акт със заповед, която в действителност е съвкупност от множество едностранни волеизявления на работодателя, които в своята цялост и системност формират вътрешния акт на работодателя като единен правен акт. Двата вида актове на работодателя отразяват двата елемента на работодателската власт – управленска и нормотворческа, като не се пренебрегва обективната връзка и преплитане между тях. Характер на недържавни източници на трудовото право имат само т. нар. „вътрешни актове на работодателя в предприятието”, които могат да се нарекат и „едностранни актове на работодателя с нормативно действие”.

За недържавните източници на трудовото право, както и за различните становища по този въпрос в трудовоправната доктрина, вж. Радоилски Л. Трудово право на Народна република България. Цит. съч., с. 156-166; Йосифов, Н. Правен режим на вътрешния трудов ред в предприятията. С. : Профиздат, 1978, с. 39-56; Ангушева, В. Уредбата на трудовата дисциплина в новия Кодекс на труда. – Във: *Въпроси на новия Кодекс на труда*. С. : ДРНЗ „Г. Кирков”, 1986, с. 40-41; Мръчков, В. Трудово право. Цит. съч., с. 98-99, 156; Василев, Ат. Трудово право. Цит. съч., с. 58-63; Средкова, Кр. Трудово право. Обща част. Цит. съч., с. 106-111; Гевренова, Н. Държавна санкция на недържавните източници на трудовото право. – *Юридически свят*, 2000, № 2, с. 106-123; от нея: Правна характеристика на нормотворческата власт на работодателя. Цит. съч., с. 188-210; Правилникът за вътрешния трудов ред. Цит. съч., с. 35-161.

2. От друга гледна точка, в разпоредбата на чл. 54, изр. I НРВПО е уредена хипотеза на допустимо едностранно изменение на индивидуалното трудово правоотношение от страна на работодателя, в разгледания вече смисъл. Както и при § 3д, ал. 1 ПР на КТ, и тук има проявление на производствената (икономическата) функция на трудовото право, като в същото време, в нея няма проявление на социалната (закрилна) функция на трудовото право.

При правната конструкция на едностранно предоставяне от работодателя на ползването на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя по чл. 54, изр. I НРВПО, при започнало ползване на отпуска, т. е. по времето на самото ползване, работникът или служителят има субективно трудово право на отпуск, с всички произтичащи от това правни последици, които бяха вече анализирани. Този неплатен отпуск има качеството на „законоустановен отпуск” в смисъла, в който беше разгледан.

3. Посочих, че в разпоредбата на чл. 54 НРВПО е уредена хипотеза на едностранно предоставяне от работодателя на неплатен отпуск по чл. 160 КТ, без съгласието на работника или служителя. Това произтича от самия текст на разпоредбата – използваният в първото изречение израз „ползват неплатен отпуск по чл. 160 КТ”⁴⁸, както и израза във второто изречение „в този случай отпускът по чл. 160, ал. 2 КТ”. В действителност неплатеният отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО се различава по правна същност и ред за ползване от неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ. Неплатеният отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО е еднотипен по правна същност и ред за ползване с вече анализираният неплатен отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ, като може да се гадае, дали идеята, заложена в чл. 54, изр. I НРВПО, не е използвана от законодателя при създаването през лятото на 2010 г. на разпоредбата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ.

4. Неплатеният отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО в размер до 60 работни дни през една календарна година се признава за трудов стаж (чл. 54, изр. II НРВПО). Препращането към чл. 160, ал. 2 КТ трябва да се тълкува изправително и да се разбира като препращане към чл. 160, ал. 3 КТ. Това е следствие от положението, че при създаването на новата ал. 2 на чл. 160 КТ през пролетта на 2008 г. (ДВ, бр. 43 от 2008 г.), когато досегашната ал. 2 става ал. 3, но без промяна в редакцията ѝ, нормотворецът не е съобразил да измени текста на други разпоредби в нормативни актове, които имат отношение към разпоредбата на чл. 160 КТ. На следващото място препращането е неудачно по две причини. Първо, в чл. 160, ал. 3 КТ (както и тогава, когато това беше ал. 2) не е уреден

⁴⁸ В оригиналния текст на разпоредбата в „Държавен вестник” глаголът е изписан „ползват”, а не както правилно се произнася и пише сега „ползват”. Обяснението може да се търси в това, че разпоредбата е създадена към края на 1986 г. при съставянето и приемането на НРВПО (изменяна е веднъж през пролетта на 2001 г.), когато в сила все още е старата правописна и правоговорна норма на българския книжовен език по отношение на някои глаголи. Същото е положението и в разпоредбата на чл. 160, ал. 1 КТ – „дали е ползвал или не” във връзка с платения годишен отпуск, като правилото в тази насока, вкл. и езиковата му редакция, следва тази по чл. 160, ал. 3, ред. 1986 г.

някакъв вид отпуск, а са уредени две хипотези на признаване на неплатен отпуск, като първата от тях се отнася за неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ. Второ, не е ясно към коя от двете хипотези по чл. 160, ал. 3 КТ е препращането. От логическото тълкуване следва, че препращането е към втората хипотеза, но както ще се изясни по-долу в текста, това най-малкото не е необходимо. Неплатеният отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО се признава за трудов стаж по силата на чл. 352, ал. 1, т. 3 КТ във вр. с чл. 54, изр. II НРВПО, като това е пример за уреден в нормативен акт (в случая акт на Министерския съвет – наредба) вид неплатен отпуск, като в същия този нормативен акт – чл. 54, изр. II НРВПО (в случая подзаконов) изрично е предвидено в какъв размер времето на неплатения отпуск се признава за трудов стаж.

Като предложение *de lege ferenda*, чрез изменение на чл. 54, изр. II НРВПО, изразът „отпускът по чл. 160, ал. 2 КТ“ се замени с израза „неплатеният отпуск“, като така отпадне ненужното препращане.

5. Най-същественният проблем по отношение на неплатения отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО е дали той се признава за осигурителен стаж? Поради изложените по-горе съображения разпоредбата на чл. 9, ал. 2, т. 3 КТ е неприложима за този вид неплатен отпуск, или в най-добрия случай, за осигурителен стаж ще се зачетат само 30 работни дни. За този вид неплатен отпуск няма осигурителноправна норма със съдържание, каквата има за § 3д, ал. 1 ПР на КТ – вече обсъденият § 22п, ал. 2 ПЗР на КСО. Това е пропуск на законодателя, който ощетява работниците и служителите, тогава когато принудително са ползвали неплатен отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО. Тази празнота в правната уредба не може да бъде запълнена по тълкувателен път. Тя само е позитивно-правно доказателство (за съжаление с отрицателен знак) за разликата в правната същност и правното значение на трудовия и осигурителния стаж. Необходимо е законодателят да създаде изрична осигурителноправна норма, идентична като смисъл на тази по § 22п, ал. 2 ПЗР на КСО, че неплатеният отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО в размер до 60 работни дни през една календарна година се зачита и за осигурителен стаж. Систематичното място на тази разпоредба е в чл. 9 КСО, защото за разлика от § 3д, ал. 1 ПР на КТ, който имаше ограничено времево правно действие, правната норма на чл. 54 НРВПО няма такова правно действие.

Въз основа на изложеното може да се направи предложение *de lege ferenda* за законодателно изменение на чл. 9, ал. 2, т. 3 КСО, което да отрази направените теоретични разсъждения. Тази осигурителноправна норма може да има следната редакция, като се използват вече утвърдени модели в тази насока: „на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 от Кодекса на труда до 30 работни дни през една календарна година, а над 30 работни дни през една календарна година – в размера, в който в закон или в акт на Министерския съвет неплатеният отпуск е признат за трудов стаж“. С цел да не се натрупва текстът на тази точка на ал. 3 на чл. 9 КСО, както и за по-голяма яснота в правоприлагането и предвид изискванията на юридическата систематика при строежа на нормативните актове, второто правило за поведение може да се обособи в самостоятелна точка

(напр. т. 3а или нова т. 4 и съответно преномериране на следващите точки в ал. 2 на чл. 9 КСО)⁴⁹. Редакцията на тази нова точка ще бъде: „на ползван неплатен отпуск, установен в закон или в акт на Министерския съвет, в размера в работни дни през една календарна година, в който изрично е признат за трудов стаж”. Така в тази хипотеза на зачитане на осигурителен стаж, без да са правени осигурителни вноски (защото работникът или служителят не е работил по трудовото си правоотношение и следователно няма осигурителен доход, върху който да се начислят осигурителните вноски) ще се субсумират неплатените отпуски по чл. 54, изр. I НРВПО и по § 3д, ал. 1 ПР на КТ⁵⁰, както и всеки друг вид неплатен отпуск, който нормотворецът създаде в действащото трудово право, и признае времеви период на ползване на отпуска за трудов стаж, а оттам – и за осигурителен стаж. Всъщност последно предложената редакция на съответната точка ще включи в приложното си поле и чл. 160, ал. 3 във вр. с ал. 1 КТ, което положение води до извода, че сегашната т. 3 на ал. 2 на чл. 9 КСО може да се измени, като се възприеме новата, по-обща откъм съдържание, редакция.

VI. В следващите редове ще се направи сравнителен анализ между разпоредбата на § 3д, ал. 1 ПР на КТ, която вече не е действащо позитивно право, и действащата и към днешна дата разпоредба на чл. 54 НРВПО. Паралелно с това се прави сравнение и между тези две разпоредби (два вида неплатен отпуск) и неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ.

1. Разликата между трите вида неплатен отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО и по § 3д, ал. 1 ПР на КТ, както и спрямо този по чл. 160, ал. 1 КТ, се разкрива в няколко насоки.

1.1. На първо място, тя е в основанието (законовата предпоставка, юридическият факт в хипотезата на правната норма), при наличието на което, работодателят може да предостави неплатен отпуск на работника или служителя – по чл. 54, изр. I НРВПО това е наличието на неблагоприятни за работа поради климатичните условия дни и месеци (известните в разговорния език като „дъждовни дни”, защото разпоредбата има предвид именно изпълнение на трудова функция на открито, за чието ефективно изпълнение е необходимо климатичните условия да бъдат благоприятни за работа, с думите на нормативния акт), а по § 3д, ал. 1 ПР на КТ – намаляване обема на работата и някои допълнителни законови изисквания.

⁴⁹ Вж. изискванията в тази насока, които са нормативно уредени в чл. 52, ал. 3 УПЗНА, и особено второто изречение на тази разпоредба.

⁵⁰ В тази връзка следва да се отбележи, че в осигурителноправната норма на § 22п, ал. 2 ПЗР на КСО, не е уредено, че се зачита за осигурителен стаж неплатеният отпуск до 60 работни дни през една календарна година, а текстът е с препращане – „се зачита времето, през което е ползван неплатен отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ”, като в тази трудовоправна норма е уредената границата „до 60 работни дни през календарната година”, а в ал. 2 на § 3д ПР на КТ този неплатен отпуск и в този размер е признат за трудов стаж.

На второ място, разликата е в приложното поле на двете разпоредби по отношение на лицата (персонално действие на правната норма) – чл. 54, изр. I НРВПО е приложима само за ограничен кръг работници и служители, които са заети в растениевъдството и животновъдството, дърводобива, и механизаторите в селското и горското стопанство, докато § 3д, ал. 1 ПР на КТ беше приложим за всички работници и служители, за всички работодатели в страната, когато предприятието беше засегнато от икономическото и правно положение „намаляване обема на работата“. Разликата по отношение на действието на двете разпоредби спрямо различни адресати (различен кръг работници или служители) е пряко следствие от разликата в основанието, което е необходимо да е налице, за да може работодателят едностранно да предостави ползването на неплатен отпуск. „Неблагоприятните за работа поради климатичните условия дни и месеци“ са относими именно към изчерпателно изброените работници и служители (чрез посочването на отрасли и подотрасли на националното стопанство), изпълнението на трудовите функции на които се извършва на открито, докато намаляване обема на работата като неблагоприятна икономическа ситуация може да засегне предприятието и дейността на всеки един работодател, независимо от предмета му на дейност и отрасъла на националното стопанство, като и независимо от вида и съдържанието на трудовите функции на отделните работници и служители в предприятието му.

1.2. От друга гледна точка, ясно се откроява разликата на неплатения отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО и по § 3д, ал. 1 ПР на КТ и неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ. Първите два вида неплатен отпуск са създадени в интерес на работодателя, на неговата стопанска (производствена) дейност, и затова те са конкретно проявление на стопанската (производствената) функция на трудовото право. Затова и във фактическия състав, от който се поражда субективното право на работодателя едностранно да предостави ползването на неплатен отпуск, без съгласието на работника или служителя, законодателят е създал основание (причина, мотив, юридически факт) за това. При неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ причината (мотива), поради които работникът или служителят иска (се нуждае) от неплатен отпуск е правно ирелевантна и затова не се изисква тя да се посочва (да се формулира) в искането му до работодателя. Както се посочи, неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ е проявление преди всичко на закрилната функция на трудовото право, но се отчита и интереса на работодателя (качеството на отпуска на неплатен), т. е. има проявление и на стопанската (производствената) функция на трудовото право.

1.3. Има и още една разлика между хипотезите по чл. 54, изр. I НРВПО и по § 3д, ал. 1 ПР на КТ, която е много съществена. По чл. 54, изр. I НРВПО работодателят може едностранно да предостави ползване на неплатен отпуск и над 60 работни дни през една календарна година, като този правен извод следва от сравнителното логическо тълкуване на изр. първо и изр. второ на разпоредбата. Особеността е тази, че само ползваният неплатен отпуск до 60 работни дни през една календарна година ще се признае за трудов стаж, но не и отпуска над този размер. Не така стояха нещата при действието на § 3д, ал. 1 ПР на КТ. И това беше не само поради изключително краткото действие на разпоредбата

(пет календарни месеца – 30 юли и 31 декември 2010 г.), но и в защото в самия текст на разпоредбата се ограничаваше размера на неплатения отпуск – до 60 работни дни през календарната година. При признаването на този неплатен отпуск за трудов стаж по § 3д, ал. 2 ПР на КТ имаше препращане „в случаите по ал. 1”, като не се правеше разлика в размера на неплатения отпуск до и над определена времева продължителност – той просто не можеше да бъде повече от 60 работни дни⁵¹.

1.4. И не на последно място, трябва да се посочи разликата между персонално действие на трите анализирани разпоредби, като допълнение на посоченото по-горе в тази насока при сравнението между § 3д, ал. 1 ПР на КТ и чл. 54, изр. I НРВПО. Вярно е, че § 3д, ал. 1 ПР на КТ, за разлика от чл. 54, изр. I НРВПО, беше приложим за всички работодатели и за всички работници и служители в страната, без оглед на допълнителни специфициращи правни белези (предмет на дейност на работодателя, отрасъл на националното стопанство, характер на трудовата функция на работника или служителя). По това си персонално приложно поле § 3д, ал. 1 ПР на КТ прилича на чл. 160, ал. 1 КТ, който неплатен отпуск, както по-горе беше посочено, някои трудовоправници наричат „общ неплатен отпуск за всички работници и служители”. Посочвам обаче „прилича”, защото има само подобие, но не и еднаквост или разлика, която да е само видова. Неплатеният отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ не беше разновидност или частна хипотеза на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ. Затова и правилно в цялата разпоредба на § 3д ПР на КТ не се споменава чл. 160, ал. 1 КТ, и по никакъв начин този принудителен неплатен отпуск не се свързва с неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ. За разлика от това правно положение, в чл. 54, изр. I НРВПО се споменава два пъти чл. 160 КТ (в цялост в изр. първо – „неплатен отпуск по чл. 160 КТ”, а в изр. второ – „отпускът по чл. 160, ал. 2 КТ” (като се разбира ал. 3). Както обаче се обоснова, това нормативно положение не трябва да води до извода, че неплатеният отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО е вид (разновидност) или някаква частна хипотеза на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ. Това са два различни вида неплатен отпуск по действащото българско трудово право, като най-съществените правни разлики между тях са относно правната им същност, а оттам – и относно редът за тяхното предоставяне (полване). Думите „по чл. 160 КТ” в края на първото изречение на чл. 54 НРВПО дават своеобразна характеристика на този вид неплатен отпуск, която е погрешна от теоретична гледна точка, а от друга страна, има своеобразно пряко препращане от гледна точка на юридическата техника към правната уредба на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, което е също необосновано от гледна точка на трудовоправната теория.

⁵¹ Поради тази причина и изразът в § 3д, ал. 1 ПР на КТ беше „до 60 работни дни през календарната година” – членувана форма на прилагателното име, защото се отнасяше само и единствено за календарната 2010 г., а не както е в разпоредбите на чл. 160, ал. 3 КТ и чл. 54, изр. II НРВПО – изразът е „до 60 работни дни през една календарна година”.

Поради изложеното съотношение (принципно различната им правна същност, социално-правно предназначение и ред за ползване) между неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ и неплатения отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО, като предложение *de lege ferenda* думите „по чл. 160 КТ“ в края на първото изречение на чл. 54 НРВПО при промяна на подзаконовия нормативен акт, трябва да бъдат заличени. Това е второто предложение *de lege ferenda* за изменение на чл. 54 НРВПО, след вече направеното такова за промяна в текста на второто изречение на чл. 54 НРВПО (вж. по-горе в текста).

2. Общото между разпоредбите на чл. 54, изр. I НРВПО и на § 3д, ал. 1 ПР на КТ е, че и в двете хипотези на едностранно предоставен от работодателя неплатен отпуск, ако той е в размер до 60 работни дни през една календарна година, се признава за трудов стаж⁵². И двете хипотези попадат в приложното поле на чл. 160, ал. 3, предл. второ КТ, като разликата е, че признаването за трудов стаж на неплатения отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ е предвидено „в този кодекс“ (§ 3д, ал. 2 ПР на КТ), а за неплатения отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО е предвидено (уредено) в подзаконов нормативен акт (акт на Министерския съвет) – чл. 54, изр. второ НРВПО.

В този ред на мисли е необходимо да се обсъди въпросът доколко е необходима разпоредбата на чл. 160, ал. 3, предл. II КТ – признаването за трудов стаж на неплатен отпуск над 30 работни дни в една календарна година, само ако това е предвидено в този кодекс, в друг закон или в акт на Министерския съвет. Систематичното място на това правно правило в разпоредбата на чл. 160 КТ е неудачно, защото то се свързва, както с предл. първо от същата ал. 3, така и с неплатения отпуск по ал. 1 на чл. 160 КТ. Както вече се анализира това второ предл. в ал. 3 е относимо в съдържателно отношение не само към неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, но към други видове неплатен отпуск, които са уредени в КТ или в други нормативни актове. И проблемът не е толкова за систематичното място на правилото на чл. 160, ал. 3, предл. II КТ, колкото за това, че то като смисъл и социално-правно предназначение съвпада с разпоредбата на чл. 352, ал. 1, т. 3 КТ – за трудов стаж се признава и времето по трудово правоотношение, през което работникът или служителят не е работил, в случай на ползван неплатен отпуск, установен с този кодекс или с други нормативни актове, когато това изрично е предвидено. В тази разпоредба законодателят не прави разграничение по отношение на правната същност (вида) на неплатения отпуск, и затова тя е приложима за всеки уреден в трудовото законодателство неплатен отпуск (законоустановен неплатен отпуск), като въпросът е дали той се признава или не за трудов стаж.

⁵² Това общо положение в двете разпоредби относно максималния размер на неплатения отпуск в рамките на една календарна година (до 60 работни дни), който се признава за трудов стаж, също е аргумент в полза на предположението, че законодателят е използвал идеята и правната конструкция на чл. 54, изр. I НРВПО при създаването на § 3д, ал. 1 ПР на КТ.

Беше анализирано, че неплатеният отпуск по § 3д, ал. 1 ПР на КТ се признава за трудов стаж по силата на § 3д, ал. 2 ПР на КТ във вр. с чл. 352, ал. 1, т. 3 КТ, каквото е положението и за неплатения отпуск по чл. 54, изр. I НРВПО – чл. 54, изр. II НРВПО във вр. с чл. 352, ал. 1, т. 3 КТ. Тези два вида неплатен отпуск в размер до 60 работни дни през една календарна година се признават за трудов стаж заради съществуването и при прилагането на чл. 352, ал. 1, т. 3 КТ, а не толкова по силата на чл. 160, ал. 3, предл. II КТ. Що се отнася до неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ той се признава за трудов стаж в размер до 30 работни дни в една календарна година (чл. 160, ал. 3, предл. I КТ), а над този размер не се признава за трудов стаж, не толкова поради наличието на предл. второ на ал. 3 на този член, а отново поради прилагането на чл. 352, ал. 1, т. 3 КТ. Дори и да го нямаше правилото на чл. 160, ал. 3, предл. II КТ, неплатен отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ над 30 работни дни в една календарна година няма да се признава за трудов стаж чрез правоприлагане с аргумент на противното (*per argumentum a contrario*) както на правилото в предл. първо (щом законът е посочил горна граница, логично е като правен извод, че над тази горна граница правилото за поведение ще бъде обратно по съдържание на това, за което е относима тази горна граница), така и със същия правно-логически способ и при прилагането на чл. 352, ал. 1, т. 3 КТ (щом изрично не е предвидено в този кодекс или в друг нормативен акт, че неплатен отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ над 30 работни дни в една календарна година се признава за трудов стаж (а това не е предвидено), логично е този неплатен отпуск в такъв размер да не се признава за трудов стаж).

Въз основа на направения доктринален анализ се налага правният извод, че разпоредбата на чл. 160, ал. 3, предл. II КТ е излишна и като предложение *de lege ferenda* при бъдеща промяна на закона, тази разпоредба трябва да бъде отменена.

VII. В заключение на направения теоретичен анализ може да се изведе следният съществен правен извод.

В действащото българско трудово право законодателят е създал три правни конструкции за неплатен отпуск. Може да се приеме, че това са видове неплатен отпуск (видова класификация на неплатените отпуски по действащото трудово право). Това са:

- неплатен отпуск-правна възможност за работника или служителя (чл. 160, ал. 1 КТ);
- неплатен отпуск-субективно право на работника или служителя (чл. 160, ал. 2 КТ и някои други видове неплатени отпуски), като тук се добави и неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ в правната му същност на субективно право на определени работници и служители в специалната хипотеза по чл. 173, ал. 2 КТ;
- неплатен отпуск, който е субективно трудово потестативно право на работодателя да предостави ползването му едностранно и без съгласието на работника или служителя, и следователно неговото ползване е едновременно юридическо задължение, но и субективно право на работника или служителя (§

Зд, ал. 1 ПР на КТ (със забележката, че към днешна дата разпоредбата не е действащо право) и чл. 54, изр. I НРВПО).

Видно е, че използваният класификационен критерий (*principium divisionis*) е правната уредба на вида неплатен отпуск в действащото българско позитивно право, която е пряко следствие от социално-правното предназначение на съответния вид неплатен отпуск.

Законодателят по различен начин е уредил и положението относно признаването на времето на ползване на съответния неплатен отпуск за трудов и/или осигурителен стаж. Различен е и времеви период, за който ползването на съответния неплатен отпуск се признава за трудов и/или осигурителен стаж. Това може да се разглежда като втори класификационен критерий за видовото деление на неплатените отпуски. Съобразно това видово деление неплатените отпуски биват три вида: неплатен отпуск, целият период на ползване на който се признава за трудов и осигурителен стаж; неплатен отпуск, период на ползване на който не се признава за трудов и осигурителен стаж; неплатен отпуск, част от периода на ползване на който се признава за трудов и осигурителен стаж, а останалият период не се признава за такъв. По принцип едностранно предоставеният за ползване от работодателя без съгласието на работника или служителя неплатен отпуск, както и неплатените отпуски, които са субективно право на работника или служителя, се признават (зачитат) за трудов и осигурителен стаж в пълния размер на ползването им. Голямо изключение от това принципно положение е неплатеният отпуск 160, ал. 2 КТ, който е субективно право на работника или служителя, но периодът на ползването му не се признава за трудов, респ. за осигурителен стаж⁵³.

Трети възможен класификационен критерий е съобразно това, къде се съдържа правната уредба на съответния неплатен отпуск или по-точно по силата на какъв правен акт възниква и съществува той. Видовото деление е на „законоустановен неплатен отпуск”, когато правната уредба се съдържа в държавен източник на трудовото право (закон или подзаконов нормативен акт) – посочените по-горе при първия класификационен критерий неплатени отпуски са именно такива, и на „договорноустановен неплатен отпуск”, когато той е създаден по силата на трудов договор или колективен трудов договор (недържавен източник на трудовото право)⁵⁴.

⁵³ За правната същност, характеристиката и необходимите условия за възникването на правото на този неплатен отпуск вж. Средкова, Кр. – В: *Коментар на Кодекса на труда*. Цит. съч., с. 553-554; от нея: Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. Цит. съч., с. 224.

В отделно мое научно изследване (под печат), посветено на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, също анализирам неплатения отпуск по чл. 160, ал. 2 КТ.

⁵⁴ Становището ми за допустимостта да съществува договорноустановен неплатен отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ съм обосновал в друго мое изследване, което предстои да бъде публикувано.

При сравнението между трите посочени правни конструкции за неплатен отпуск – принудителното едностранно предоставяне от работодателя на ползването на неплатен отпуск без съгласието на работника или служителя по § 3д, ал. 1 ПР на КТ и чл. 54, изр. I НРВПО, неплатения служебен отпуск по чл. 160, ал. 2 КТ, и неплатения отпуск-правна възможност по чл. 160, ал. 1 КТ, по отношение на всички възможни измерения, отчетливо се откроява правната същност, социално-правното предназначение и реда за ползване на неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ.

Ключови думи

*Международно
споразумение, търговия, ЕС,
Андска общност*

Key words

*International Agreement,
Trade, EU, Andean Community*

Assoc. Prof. Katerina Yocheva, Ph. D.

**Analysis
of the Trade Agreement
between the European Union
and its Member States
and Colombia and Peru**

**Assoc. Prof. Katerina
Yocheva, Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New Bul-
garian University, e-mail:
kyocheva@nbu.bg*

*Associate Professor
and Lecturer
of Public International Law
and EU Law*

*Areas of specializa-
tion: public international
law, EU law, international
trade law, comparative law,
international relations, legal
linguistics.*

*Author of a mono-
graph and articles in pro-
fessional periodicals in
Bulgaria and
abroad.*

*The paper makes an analysis of an international agree-
ment in the trade area.*

*Under particular consideration are the issues of the con-
clusion of the agreement, its entry into force as well as the
key benefits of the agreement.*

доц. д-р Катерина Йочева

Анализ на споразумението за търговия между Европейския съюз и неговите държави членки и Колумбия и Перу

*„По време на икономическа криза повишава-
нето на търговията и инвестициите е начинът да
се създадат занаят и растеж и работни места.
Споразумението създава опора за европейския биз-
нес в тази бързо развиваща се област и опора за бъ-
дещи структурни реформи в двете държави”¹*

Интересът ми към избора на темата е провокиран от приемането през отмина-
лата 2014 г. от Народното събрание на закон за ратифициране на Споразумението за
търговия между Европейския съюз и неговите държави членки, от една страна, и Ко-
лумбия и Перу, от друга страна², подписано на 26 юни 2012 г. в Брюксел³ в контекста
на общата търговска политика на Европейския съюз (ЕС) и неговите държави членки
с два търговски партньора от Андския регион⁴. Европейският съюз е втори или трети
най-голям търговски партньор и един от основните инвеститори в Андския регион.
През 2014 г. общата търговия (внос и износ) на ЕС с региона е на стойност около 29
млрд. евро. Андските държави изнасят основно суровини (селскостопански продук-
ти, горива и продукти на въгледобива), докато износът на ЕС се състои основно от
преработени стоки, машини и оборудване за транспорта, както и химически продук-
ти.

¹ Карел де Гухт, европейски комисар по търговия, изказване от 26 юни 2012 г.

² Документ 22012A1221(01): Споразумение за търговия между Европейския съюз и не-
говите държави членки от една страна, и Колумбия и Перу, от друга страна, ОВ L 354,
21.12.2012 г., стр. 3—2607.

³ Обн. ДВ 59 от 18.7.2014 г.

⁴ Андската общност обхваща Боливия, Колумбия, Еквадор и Перу.

Предмет на анализ са въпросите относно сключването на споразумението (т. 1), влизането му в сила и временното му прилагане (т. 2), както и ползите от него (т. 3).

1. Сключване на споразумението

Споразумението е подписано предварително от представители на всички държави членки, а в деня на подписването от тогавашния европейски комисар по търговия Карел де Гухт, заедно с представителя на председателството на Съвета датския посланик Jonas Bering Liisberg, колумбийския министър на търговията Sergio Diaz-Granados и перуанския министър на външната търговия Jose Luis Silva Martinot.

Споразумението е от вида „смесено“. Страни по него освен андските държави са както отделните държави членки, така и самият ЕС.

Официалният текст е договорен на 13 април 2011 г. След това текстът е преведен на официалните езици на ЕС и правно проверен. Текстът е автентичен на всички официални езици и е публикуван в Официален вестник (ОВ) на ЕС.

Споразумението подлежи на ратификация от всяка една страна, а от страна на ЕС – на одобрение от страна на Европейския парламент. След като приключат ратификационните процедури в Колумбия и Перу и Европейския парламент даде съгласието си, споразумението може да бъде прилагано временно.

Споразумението се състои от преамбюл, текст и заключителни разпоредби. Текстът е организиран в 14 дяла, както следва:

- Дял I Уводни разпоредби
- Дял II Институционални разпоредби
- Дял III Търговия със стоки
- Дял IV Търговия с услуги, установяване и електронна търговия
- Дял V Текущи плащания и движение на капитали
- Дял VI Държавни поръчки
- Дял VII Интелектуална собственост
- Дял VIII Конкуренция
- Дял IX Търговия и устойчиво развитие
- Дял X Прозрачност и административни производства
- Дял XI Общи изключения
- Дял XII Уреждане на спорове
- Дял XIII Техническа помощ и изграждане на търговски капацитет
- Дял XIV Заключителни разпоредби

Съгласно член 327 от Споразумението приложенията (14 на брой), допълненията, декларациите и бележките под линия към споразумението са неразделна част от него.

2. Влизане в сила и временно прилагане на споразумението

Съгласно член 330 (Влизане в сила) всяка страна по споразумението нотифицира в писмена форма всички останали страни и депозитаря⁵ за приключването на своите вътрешни процедури, необходими за влизането в сила на споразумението. Споразумението влиза в сила между ЕС страната по споразумението и всяка андска държава, подписала споразумението, на първия ден от месеца, следващ датата, на която депозитарят е получил последната нотификация съответно за ЕС страната по споразумението и тази андска държава, подписала споразумението, освен ако съответните страни по споразумението не са договорили друга дата.

Независимо от тази разпоредба страните по споразумението могат **временно** да прилагат споразумението изцяло или отчасти. Всяка страна по споразумението нотифицира депозитаря и всички останали страни за приключването на своите вътрешни процедури, необходими за временното прилагане на споразумението. Временното прилагане на споразумението между ЕС страната по споразумението и андската държава, подписала споразумението, започва от първия ден на месеца, следващ датата на получаването от депозитаря на последната нотификация от ЕС страната по споразумението и тази андска държава, подписала споразумението. Когато в съответствие с разпоредбата за временно прилагане страните по споразумението прилагат разпоредба от споразумението в очакване на влизането му в сила, всяко позоваване в такава разпоредба към датата на влизане в сила на споразумението се разбира като позоваване на датата, от която страните по споразумението се договарят да прилагат тази разпоредба временно.

Споразумението се прилага временно⁶ с **Перу** от 1 март 2013 г. Спрямо **Колумбия** се прилага от 1 август 2013 г. след надлежните ратификации от страна на двете държави. Освен това през юли 2014 г. се провеждат преговори за присъединяването на **Еквадор** към Споразумението с Колумбия и Перу⁷. За да се прилага Споразумението и спрямо тази страна, страните следва да извършат надлежните вътрешни процедури за неговото одобрение. Поддържат се връзки за изследване на възможността към Споразумението да се интегрира и **Боливия**, която е последната страна от Андската общност, която може да се включи към търговската сделка с ЕС.

3. Ключови ползи от споразумението

Страните по споразумението създават **зона за свободна търговия** в съответствие с член XXIV от Общото споразумение за митата и търговията от 1994 г. и член V от Общото споразумение по търговията с услуги.

⁵ Съгласно член 332 генералният секретар на Съвета на Европейския съюз е депозитар на споразумението.

⁶ Споразумението, с изключение на член 2, член 202, параграф 1, членове 291 и 292 от него, се прилага временно от Съюза, както е предвидено в член 330, параграф 3 от него, до приключване на процедурите за неговото сключване.

⁷ Преговорите между ЕС и Еквадор относно нейното присъединяване към Споразумението за търговия, сключено между ЕС и Колумбия/Перу приключват на 17 юли 2014 г.

Споразумението открива пазарни възможности за няколко ключови експортни индустрии на ЕС, които ще се възползват от премахването на митата. Например предвижда се над 33 милиона евро намаляване на митата за сектора на резервни части за автомобили, около 16 милиона евро намаляване на митата за химически продукти и над 60 милиона евро намаляване на митата за текстилни стоки. Други значими случаи на намаляване на митата са по отношение на фармацевтичните стоки и телекомуникационните услуги.

Европейският съюз отваря своя пазар за износители от Перу и Колумбия, като се задължава незабавно да либерализира търговията с индустриални и рибарски стоки, както и съществени тарифни отстъпки по отношение на селскостопанските стоки. Очаква се това да окаже пряко въздействие върху растежа и откриването на работни места в тези две страни и да допринесе за устойчиво движение на техните икономики.

Споразумението създава набор от дисциплини, които надхвърлят пределите на договорените в многостранната рамка относно нетарифните пречки например за достъпа до пазара, конкуренцията, прозрачността и правата върху интелектуална собственост – като по-специално разрешава закрилата на над 100 географски означения на ЕС на пазарите на Колумбия и Перу.

Споразумението включва и глава за сътрудничество, насочена към насърчаване на конкурентоспособността и иновациите; модернизиране на производството, улесняване на търговията и трансфера на технологии между страните.

Споразумението ще насърчи международно договорени най-добри практики, като същевременно обезпечава прозрачна, недискриминационна и предвидима среда за операторите и за инвеститорите посредством механизма за медиация, предназначен да разглежда нетарифните пречки и при необходимост – разработения механизъм за уреждане на спорове чрез арбитраж.

В частност споразумението цели създаване на навременен, ефективен и предвидим **механизъм за уреждане на спорове**. Ако една от страните по споразумението счита, че друга страна по споразумението не изпълнява своите задължения по споразумението, тя използва изключително механизма за уреждане на спорове, установен в дял XII (Уреждане на спорове), и го съблюдава.

От обхвата на дял XII са изключени спорове по раздел 1 „Антидъмпингови и изравнителни мерки“ и раздел 2 „Многостранни защитни мерки“⁸ от глава 2 „Средства за търговска защита“ на дял III „Търговия със стоки“. Съгласно член 266 никоя страна по споразумението не може да използва разпоредбите за уреждане на спорове по реда на дял XII (Уреждане на спорове) по отношение на въпроси, произтичащи от дял VIII „Конкуренция“ и дял IX „Търговия и устойчиво развитие“. Разпоредбите на дял XII (Уреждане на спорове) не се прилагат и по отношение на член 293 „Прозрачност в областта на субсидиите“.

С изключение на по-горе посочените случаи, разпоредбите на дял XII (Уреждане на спорове) се прилагат по отношение на всеки спор във връзка с тълкуването и прилагането на споразумението, по-специално когато една от страните счита, че дадена мярка, предприета от друга страна, е или може да бъде в несъответствие с нейните задължения по споразумението.

⁸ С изключение на член 45.

В дял XII се предвижда механизъм за консултации с цел постигането на решение по взаимно съгласие. Предвижда се и арбитражно производство като процедура за уреждане на спорове⁹. По силата на член 314 се допуска и страните по спора да могат по всяко време да постигнат решение по взаимно съгласие по даден спор. Освен това споразумението включва механизъм за медиация за нетарифни мерки¹⁰.

Споразумението накрая предвижда **клауза за присъединяване**, която предоставя възможност на останалите държави от Андската общност Еквадор и Боливия да се присъединят към него, когато почувстват нужда и са готови за това.

Последните новини около развитието на подобно присъединяване са от 20 ноември 2015 г., когато членовете на Европейския парламент разгледаха предложение за резолюция относно присъединяването на Еквадор към Споразумението за търговия между ЕС и неговите държави членки, от една страна, и Колумбия и Перу, от друга страна.

Резолюцията е приета в комисията по международна търговия (INTA) на 22 септември 2015 г. и се фокусира върху аспектите на устойчивото развитие и износа на банани от Еквадор, който е един от водещите световни производители на банани.

Европейският парламент изисква преди гласуването на съгласие, което ще стане едва през следващата година, планове за действие от Еквадорското правителство за подобряване на общите условия на живот на гражданите, включително правата на човека, правата в областта на околната среда и трудовите права.

Използвани източници

Закон за ратифициране на Споразумението за търговия между Европейския съюз и неговите държави членки, от една страна, и Колумбия и Перу, от друга страна, подписано на 26 юни 2012 г. в Брюксел, обн. ДВ 59 от 18.7.2014 г.,

Официална интернет страница на ЕС, <http://www.europa.eu>,

Правен портал на Европейския съюз, <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>,

Правно-информационна система Апис, актуална към 27.11.2015 г.

Предложение за Резолюция на Европейския парламент относно присъединяването на Еквадор към Споразумението за търговия между ЕС и неговите държави членки, от една страна, и Колумбия и Перу, от друга страна (2015/2656(RSP),

Споразумение за търговия между Европейския съюз и неговите държави членки от една страна, и Колумбия и Перу, от друга страна, ОВ L 354, 21.12.2012 г., стр. 3–2607.

⁹ Вж. членове 302-313 от Споразумението.

¹⁰ Срв. член 322 и приложение XIV.

Ключови думи

Международни договори, добросъвестно, еволюция, Устав на ООН, Виенска конвенция, съблюдаване на договорите

Key words

Treaties, Good Faith, Evolution, UN Charter, Vienna Convention, Observance of Treaties

Assoc. Prof. Katerina Yocheva, Ph. D.

Pacta Sunt Servanda

Assoc. Prof. Katerina Yocheva, Ph. D.

Member of the Law Department of New Bulgarian University, e-mail: kyочева@nbu.bg

Associate Professor and Lecturer of Public International Law and EU Law

Areas of specialization: public international law, EU law, international trade law, comparative law, international relations, legal linguistics.

Author of a monograph and articles in professional periodicals in Bulgaria and abroad.

The present work is structured around three basic parts in which the author puts under consideration three aspects with regard to the principle pacta sunt servanda. First of all is the issue concerning the evolution through the different stages of international law of the principle in the works of some leading representatives of the legal doctrine.

Second, there is analysis of the initial regulation of the principle in modern international law under the UN Charter and other basic international instruments.

Thirdly, the current regulation of the principle under the Vienna Convention on the Law of Treaties is under particular consideration.

доц. д-р Катерина Йочева

Pacta Sunt Servanda*

*„Малко правила за организацията на обществото имат такова морално и религиозно значение както принципа за светостта на договорите: pacta sunt servanda“.
Hans Wehberg¹*

Въведение

Принципът *pacta sunt servanda* се възприема в международноправната доктрина като един от стожерите на международното договорно право и като един от жизненоважните ключове към самото разбиране на международното публично право (наричано по-нататък „международното право“).

По същество с този принцип се прокламира **задължителното действие** на международното право. По силата именно на този принцип един международен договор създава правоотношение между страните по него. Съгласно него от страните по международните договори се изисква не само да изпълняват поетите по неговата сила права и задължения, но и да му придадат сила в съответствие с изискването за тяхното **добросъвестно изпълнение**. Не на последно място, задължителното действие на един международен договор пояснява, че поетите по него права и задължения не са поставени като залог в ръцете на някоя от страните по него.

По принцип този постулат се свързва основно със съблюдаването на международните договори, същевременно обаче той е в тясна взаимовръзка с други аспекти

* Договорите трябва да се изпълняват.

¹ В оригинал: „Few rules for the ordering of Society have such a deep moral and religious influence as the principle of the sanctity of contracts: Pacta sunt servanda“ в Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, *The American Journal of International Law*, Vol. 53, No. 4 (Oct., 1959), pp. 775-786, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2195750>, Accessed: 04-07-2016 13:03 UTC

от уредбата относно международните договори, а именно с въпросите за тълкуването, недействителността, прекратяването и спирането на действието на международните договори. В това отношение можем да се съгласим с тезата на Thirlway, че е възможно принципът *pacta sunt servanda* да се раздели на две съставни части, в частност „споразуменията, уредени от *правото* са обвързващи (*pacta*) и при това са *правно* обвързващи (*servanda*)”².

В структурно отношение настоящата разработка е изградена от три основни части, в които последователно се разглеждат въпросите във връзка, **първо**, с еволюцията на принципа през вековете и в правната доктрина, **второ**, досежно първоначалната уредба на принципа в съвременното международно право съгласно Устава на Организацията на обединените нации (наричана по-нататък „ООН“) и свързаните с него правни актове, както и, **трето**, относно действащата правна уредба на принципа съгласно Виенската конвенция за правото на [международните] договори[...]”³ (наричана по-нататък „Виенската конвенция“⁴).

Еволюция на принципа през вековете и в правната доктрина

Професор Hans Wehberg прави цялостната ретроспекция на еволюцията на принципа в цитираното в източниците накрая съчинение. Подробен анализ на доктрината се съдържа и в цитирания пак там подробен коментар на Виенската конвенция.

В най-древни времена принципът е разработен на Изток от жителите на Вавилония, Египет и Китай по забележителен начин. Според гледищата на тези народи националните божества на всяка страна по даден договор вземат участие при сключването на съответния договор. Така тези божества се явяват като гаранتي по договора и съблюдават за неговото изпълнение. По подобен начин сключването на договорите е обвързано с някои религиозни практики и по същество се развива култ към договорите⁵.

За ислямските народи принципът *pacta sunt servanda* също има основа в религията. В Свещения Коран⁶ не на едно място се предвижда постулат в смисъл, че мюсюлманите трябва да съблюдават своите задължения. Така например в Корана изрично се посочва: „Снемане от Аллах и от Неговия Пратеник на задълженията спрямо

² T.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (1997), p. 38, цит. по *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Editors: Dörr, Oliver, Schmalenbach, Kirsten (Eds.), 2012, Springer, p. 428.

³ Заглавието е преведено неправилно на бълг. език.

⁴ Ратифицирана с Указ № 503 на Държавния съвет от 12.02.1987 г. – ДВ, бр. 14 от 1987 г. Издадена от Министерство на външните работи, обн., ДВ, бр. 87 от 10.11.1987 г., в сила за България от 21.5.1987 г.

⁵ Вж. за литература по темата бележки под линия 1 и 2 от Hans Wehberg, цит. съч.

⁶ Свещеният Коран се състои от 114 глави, наречени сури, които са подредени приблизително по дължина, като по-дългите са в началото, а по-късите са в края на Корана. Текстът вж. на адрес в интернет: <http://www.koranbg.com/>

сдружаващите, с които се договорихте⁷ [...] „и Пратеника да е свидетел за вас“⁸, както „и призовават Аллах за свидетел на онова, което е в сърцата им“⁹. Сура 5 започва с призива: „О, вярващи, изпълнявайте обетите“¹⁰!

При народите, които населяват района на Средиземно море, общият интерес е в регулираната търговия и това се прибавя към религиозния мотив в основата на спазването на поетите задължения. Правната доктрина на римляните признава, че в основата на добрата търговия е изискването договорите да се спазват. Още по онова време се приемало, че договорите са под свещена закрила. При тях обаче в основата преди всичко е схващането, че е необходима правна регламентация на международните договорни отношения.

Християнството оказва голямо въздействие върху светостта на договорите. Съгласно основното му разбиране всеки трябва да спазва дадената от него дума, както ясно се свидетелства от евангелието на св. Матей в Библията¹¹, където в глава 5 се посочва:

„33 Чули сте още, че е било казано на старовременните: „Не си престъпвай клетвата, но изпълнявай пред Господа клетвите си“.

34 Но Аз ви казвам: Никак да се не кълнете; нито в небето, защото то е престол на Бога;

35 нито в земята, защото е подножието Му; нито в Ерусалим, защото е град на великия Цар.

36 Нито в главата си да се не кълнеш, защото не можеш направи ни един косъм бял или черен.

37 Но говорът ви да бъде: Да, да; Не, не; а каквото е повече от това, е от лукавия.“

През Средновековието и след разпада на империята на Карл Велики, когато се нарушава единството на волята на държавата, основна роля се придава на принципа на васалитета. Феодалната система обхваща поредица от договори, които са ключови на доброволна основа между лордовете и васалите. И самото съществуване на подобни договори възпрепятства анархията. Морално основание на феодализма се открива в *miles christianus*¹². От кръстоносца се изисквало преди всичко да спазва веднъж дадената от него дума. Същевременно изучаването на римското право укрепва схващането за задължението договорите да се спазват.

През последвалите епохи на Ренесанса и Реформацията водещата идея за „Разума на държавата“ се открива в трудовете на Николо Макиавели (1469-1527 г.). Той

⁷ Сура 9, ая 1.

⁸ Сура 2, ая 143.

⁹ Сура 2, ая 204.

¹⁰ В превода на англ. ез. се употребява думата “contracts”.

¹¹ Цитирано по превода на Библията от 1940 г. от адрес в интернет: <http://biblia.bg/index.php?k=40&g=5=&s1>.

¹² Рицарското войнство.

безрезервно се придържа към теорията за „общата стойност на религията, морала и закона“. Въпреки това обаче политическите му схващания са повлияни от идеята за **необходимостта**. Той твърди, че Владетелят¹³ може да се постави над правото и справедливостта, само ако това се окаже необходимо за държавата. Според Макиавели Владетелят трябва да следва пътя на доброто, но в случай на необходимост за него е оправдано да върши и лоши дела, за да защити държавата:

„Князът трябва да изглежда, че е милостив, верен на обещанията си, добър, чистосърдечен, религиозен и да бъде такъв, но да се владее толкова, че в случай на нужда да може и да умее да измени тези качества в противоположността им. Трябва да се разбере, че владетелят, особено новият, не може да проявява всичките добродетели, защото често, за да спаси държавата си, му се налага да действа против верността¹⁴, милостта, добротата и религията. Така че той трябва да бъде винаги готов да се нагажда към промените на съдбата и, както казах по-горе, да постоянства в доброто, когато може, и да умее винаги да прибегне към злото, щом се наложи¹⁵“.

Прякото въздействие на схващанията на Макиавели върху съвременното международно право не бива да се надценява. Несъмнено обаче теориите на Макиавели са полезни на онези, които признават отклонения и изключения от правилата за светостта на договорите.

Тома Аквински (1225-1274 г.) според когото договорите трябва да се спазват дори и спрямо враговете, също посочва и, че неизпълнението на договора е извинимо, ако се изменят съществуващите по време на сключването на договора обстоятелства по отношение на лицата или вещите¹⁶. По този начин впоследствие се развива и доктрината за *clausula rebus sic stantibus*¹⁷. В случая следва да се ограничим само с

¹³ Вж. Владетелят, Превод от италиански М. Г. Янков, 1991.

¹⁴ Също и „лоялността“ в превод от англ. език.

¹⁵ Потъмняването е добавено от мен.

¹⁶ Вж. бележка под линия 9 в Hans Wehberg, цит. съч.

¹⁷ Коренна промяна на обстоятелствата, срв. аналогично озаглавения текст на член 62 от ВКПМД:

„1. Коренна промяна на обстоятелствата, съществували по време на сключване на даден договор, която не е била предвидена от страните, не може да бъде призната за основание за прекратяване на договора или излизане от него освен в случай, че:

а) съществуването на тези обстоятелства е представлявало съществено условие за съгласието на страните да се обвържат с договора и

б) последиците от изменението на обстоятелствата коренно преобразуват обхвата на задълженията, които предстои да бъдат изпълнени съгласно договора.

2. Коренна промяна на обстоятелствата не може да се приеме за основание за прекратяване или излизане от договор:

а) ако договорът установява граница или

тази бележка извън скоба, тъй като в противен случай дискусиата по този отделен принцип би надхвърлила обема на настоящата разработка. Ще разгледам по-нататък този принцип в отделно изследване.

Дори преди Хуго Гроций (1583-1645 г.), Жан Боден (1530-1596 г.) разработва известната си теория за суверенитета.

Що се отнася по-конкретно до Хуго Гроций, той самият никога не е формулирал правилото *pacta sunt servanda*¹⁸. Все така той го перифразира в прочутия си труд *De jure belli ac pacis*¹⁹.

Жан Боден дефинира националният суверенитет в основния си труд *De la République* (1577 г.) като *summa in cives ac subditos legibusque solute potestas*²⁰. Той допълва, че никой не може да се обвърже по силата на собствените си закони и че никой закон не е толкова свещен, че да не подлежи на промяна в случай на необходимост. Според него всичко може да се дискредитира, ако е в интерес на благосъстоянието на държавата²¹. От всичко изложено по-горе лесно може да се направи изводът, че международните задължения не следва да се съблюдават, ако изпълнението им повече не съответства на интересите на държавата. Подобен извод обаче според Hans Wehberg би бил прибръзан. Според него Боден изгражда своята теория за суверенитета, за да отстои пълната независимост на френската държава срещу трите големи сили, които през Средновековието са заплаха пред независимостта ѝ, а именно Църквата, Римската империя и феодалните германски владетели²². Според Йелинек обаче тази теория на Боден и политическите теории на 16, 17 и 18 в. не са логични²³.

Вярно е и, че Боден признава някои изключения от правилото, например „в случаите, когато обещаното от някой по естеството си не е справедливо или не би могло да бъде изпълнено“.

На този етап следва да споменем и приносът на учени като Franciscus Vitoria (1483-1546 г.) и Francisco Suarez (1548-1617 г.), които наред с други предшественици на Хуго Гроций поставят акцент върху светостта на договорите.

b) ако коренната промяна, на която се позовава страна по договор, е резултат на нарушение от същата страна на задължение по договора или на всяко друго международно задължение, поето по отношение на всяка друга страна по договора.

3. Ако съгласно предходните точки дадена страна по договор може да се позовава на коренна промяна на обстоятелствата като основание за прекратяване или излизане от договора, тя може да се позовава на промяната и като основание за спиране на действието на договора“.

¹⁸ Вж. бележка под линия 20 в Коментара на ВКПМД на стр. 429.

¹⁹ Пак там. В превод „За войната и мира“.

²⁰ Висшата власт, независима от вътрешното законодателство, по отношение на гражданите и останалите субекти на държавата.

²¹ За още литература по въпроса вж. бележка под линия 10 в Hans Wehberg, цит. съч.

²² Вж. бележка под линия 11 в Hans Wehberg, цит. съч.

²³ Вж. коментара на автора и бележка под линия 12 в Hans Wehberg, цит. съч.

През 17 в. други двама известни философи Хобс и Спиноза поставят под заплахата принципа за светостта на договорите, които са по-ранни поддръжници на доктрината за *raison d'Etat*. Английският философ Томас Хобс (1588-1679 г.), в частност в своя труд *Leviathan* посочва, че който притежава държавната власт, разполага с почти неограничена власт. За него от решаващо естество са не принципите на справедливостта, а тези на мъдростта. Въпреки това той признава като естествен закон принципът, че споразуменията следва да се спазват. Идеята за злото произтича от неизпълнението на даден договор, като даващата обещание страна следователно е в противоречие със самия себе си.

Също според Хобс обаче споразуменията не следва да се спазват, ако това се налага заради сигурността на държавата²⁴.

Идеята за *raison d'Etat* е изразена дори още по-благоприятно от нидерландския философ Спиноза (1632-1677 г.). В своя труд *Tractatus Theologicopoliticus* (1670 г.) той посочва²⁵, че: „*никой владетел на държавна власт не може да се позовава на светостта на договорите в ущърб на собствената си страна, без да извършива престъпление*“.

Последователите на Хуго Гроций през 17 и 18 в. поддържат без изключения идеята за светостта на договорите. Сред тях следва да се посочат Samuel Pufendorf (1632-1694 г.) и Cornelius van Bynkershoek (1673-1743 г.). В книгата си *De jure naturae et gentium* (1672 г.) Samuel Pufendorf описва като едно от неотменимите права на естественото право идеята, че всеки следва да спазва думата си, без да я нарушава²⁶. От своя страна, Cornelius van Bynkershoek изразява становището, че без принципа на добросъвестно изпълнение на поетите задължения и този за задължителната сила на договорите международното право би било напълно разрушено²⁷.

На следващо място, следва да се отбележи приносът на Емер де Вател (1714-1767 г.), който в известното си съчинение *Droit des Gens* (1757 г.) посвещава на разглежданата тематика специален раздел, озаглавен „Задължение да се спазват договорите“²⁸.

Основателят на позитивистката школа в международното право Johann Jacob Moser (1701-1785 г.) пояснява в своя труд, озаглавен *Grundsdtze des jetzt üblichen Europäischen Völkkerrechts in Friedenszeiten* (1763 г.), че договорите могат да се отменят „със съгласието на всички заинтересовани страни“.

През ерата на Наполеон науката за международното право продължава да поддържа този принцип. Във връзка с този период по-специално следва да се посочат трудовете на двама автори, а именно Georg Friedrich von Martens (1756-1821 г.) и Johann Ludwig Klüber (1762-1837 г.)²⁹.

²⁴ Срв. бележка под линия 17 в Hans Wehberg, цит. съч.

²⁵ Цитирано по Hans Wehberg.

²⁶ Вж. бележка под линия 18 в Hans Wehberg, цит. съч.

²⁷ Пак там, бележка под линия 19.

²⁸ Emer de Vattel, *Droit des Gens*, Book II, chap. XII, para. 163.

²⁹ Вж. бележки под линия 24 и 25 в Hans Wehberg, цит. съч.

През следващите години от съществено значение за мисленето в сферата на международното право през 19 в. е творчеството на немския философ Георг Вилхелм Фридрих Хегел (1770-1831 г.). Според него правото е продукт на волята. Волята на нацията е носителят на правото. Договорите биха могли да бъдат действителни само ако допринасят за благосъстоянието на държавата. За Хегел волята на държавата заема централно място във всичките му трудове. Неговата теория оказва силно въздействие върху немската, италианската, английската и френската доктрина по международно право.

Учените международноправници обаче не след дълго осъзнават, че устоите на международното право се подкопават, ако се приема безпрекословно, че държавите основават договорите си върху своята воля. Поради тази причина те се опитват да открият основа, съгласно която да не се променя принципа за светостта на договорите независимо от продължаващата привързаност към волята на държавата като основен постулат на класическото международно право.

Във връзка с това Георг Йелинек (1851-1911 г.) основава действителността на международните договори на самоналожено задължение спрямо държавите. Тази теория на Йелинек с основание се отхвърля понастоящем, тъй като е несъмнено, че държавата е суверенна да се освободи от самоналожено задължение. Ако не е налице по-висшестояща воля, която да задължава държавите да съблюдают дадените от тях обещания, то тогава не би съществувала достатъчна основа за това договорите да обвързват държавите и те да ги съблюдают.

Друг подобен опит за съвместяване на теорията за волята на държавата с принципа *pacta sunt servanda* прави и Heinrich Triepel (1868-1946 г.) в класическия си труд *Völkerrecht und Landesrecht* (1899 г.). Той отхвърля теорията на Йелинек, като се опитва да докаже, че източник на договорните задължения е общата воля на страните съдоговорителки, „която възниква чрез взаимодействие с волята на останалите държави“³⁰.

На по-късен етап теорията, че действителността на договорите и като цяло на международното право се основава на националната воля на една или на всички страни съдоговорителки, е окончателно изоставена. В доктрината се търси нова основа за принципа *pacta sunt servanda*. В тази насока Дионисио Анцилоти (1867-1950 г.) описва принципа за светостта на договорите като хипотетична базова норма, която може да се презумира, но не и да се докаже³¹. Според Анцилоти принципът *pacta sunt servanda* е основна норма на международното право, като, разбира се, тук не се включват нормите на международния обичай.

След този хронологичен поглед върху доктрината по международно право относно принципа *pacta sunt servanda* вниманието повече няма да се спира на основите на международното право, тъй като това би надхвърлило целите на настоящото изследване, а по-насетне ще се съсредоточим върху въпроса относно върху какви правни източници лежи този принцип съгласно съвременното международно право.

³⁰ Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, стр. 79, цит. по Hans Wehberg.

³¹ Вж. D. Anzilotti, *Lehrbuch des Volkerrechts*, Vol. I, pp. 38 I., 49 i. (Berlin and Leipzig, 1929).

2. Първоначална уредба на принципа в съвременното международно право и съгласно Устава на Организацията на обединените нации

Според член 38 от Статута на Международния съд „общите принципи на правото“ съставляват трети източник на международното право. Принципът за светостта на договорите се приема от някои автори за подобен **общ правен принцип**³². Освен присъщ за международното право, той се открива и във *foro domestico* във всички държави. В България той се открива в чл. 20а.³³ от Закона за задълженията и договорите³⁴, който гласи:

„Договорите имат сила на закон за тези, които са ги сключили.

Договорите могат да бъдат изменени, прекратени, разваляни или отменени само по взаимно съгласие на страните или на основания, предвидени в закона“.

Този принцип обаче е **част и от международното обичайно право**. Несъмнено изразът *pacta sunt servanda*, преди всичко има религиозен произход, както се посочва в първата част от настоящото изследване. В течение на времето обаче той постепенно е интегриран в международното право и сега може да се опише като част от обичайното международно право³⁵.

Не може да се отрече, че въпреки действието на този принцип през вековете в хода на историята сме ставали свидетели на множество нарушения на договорно поети задължения. Фактът, че въпреки това принципът за светостта на договорите е запазил действието си в действителност е забележителен. Нарушаването му винаги се е приемало за неправомерно действие, което поражда право за увредената страна да търси обезщетение.

В хода на историята са правени множество декларации от различни държавници в подкрепа на задължението за съблюдаване на светостта на договорите³⁶.

Може да се споменат и някои общи декларации, направени от голям брой държави, в подкрепа на светостта на договорите. Една от най-известните е изявлението, направено от Великите сили в случая на неутрализацията на Черно море, когато Русия през октомври 1870 г. неочаквано прави отказ от поетото по силата на Парижкия мир от 1856 г. задължение да поддържа занапред в неутрализираното Черно море само определен брой бойни съдове с фиксиран тонаж. В Лондонския протокол от 17 януари 1871 г. се посочва, че представителите на Северна Германия, Австро-Унгария, Великобритания, Италия, Русия и Турция, по време на проведена конференция, признават като необходим принцип на международното право, че никоя сила не може

³² За автори вж. Hans Wehberg, цит. съч., бележка под линия 34.

³³ Нов – ДВ, бр. 12 от 1993 г.

³⁴ Отражена деноминацията от 5.7.1999 г. Попр. ДВ. бр. 2 от 5 декември 1950 г., обн. ДВ. бр. 275 от 22 ноември 1950 г., с изм., посл. изм. ДВ. бр. 50 от 30 май 2008 г.

³⁵ Вж. Hans Wehberg, цит. съч., бележка под линия 37.

³⁶ Вж. много примери в in A. F. Frangulis, *Theorie et Pratique des traites internationaux* 94, 95 (Paris, 1934), и в Viktor Bruns, *Fontes juris gentium, Ser. B, Sec. I, Vol. I, Pars I*, pp. 742 et seq., Vol. II, Pars 2, p. 199 et seq., цит. по Hans Wehberg, бел. под линия 39, пак там.

да се откаже от договорно поетите си задължения нито да промени договорните разпоредби без преди това да се е сдобила със съгласието на другите съдоговарящи страни по пътя на мирно споразумяване³⁷.

Принципът за светостта на договорите **се открива освен това в множество значими международни договори** в допълнение към международната обичайна практика на държавите. В случая е достатъчно да се посочат само някои по-значими примери.

Преамбюлът към Устава на обществото на народите³⁸ още през 1919 г. характеризира като значим основен принцип, за да се насърчи международното сътрудничество, и за постигането на международен мир и сигурност правилото „да са зачитат точно всичките задължения по договорите във взаимните отношения на организирани народи“.

В преамбюла към Устава на ООН от 1945 г.³⁹ също се открива изискването да се „зачитат задълженията, произтичащи от договорите и от другите източници на международното право“. Както посочва докладчикът на Комитет I/1 по изготвянето на преамбюла към Устава на ООН при представянето на този текст: „съблюдаването на договорните задължения и дадената дума под каквато и да е форма не е само морално понятие от висока стойност, но несъмнено е и значим фактор за международния ред и стабилност“⁴⁰.

От не по-малко значение е и препращането в т. б) от член 3, озаглавен „Принципи“ от Устава на Организацията на американските държави⁴¹, че американските държави утвърждават „добросъвестното изпълнение на задълженията, произтичащи от международните договори и другите източници на международното право“.

Ето защо е разбираемо, че нито един арбитражен съд никога не е отхвърлял правилото *pacta sunt servanda*, или дори не е хвърлял сянка на съмнение върху него⁴².

³⁷ Вж. Hans Wehberg, цит. съч., бележка под линия 42.

³⁸ Цитиран по текста, поместен в Райчевски, Стоян, Ньойският договор 1919 г., диктат и неизпълнени обещания, стр. 84.

³⁹ Влиза в сила в съответствие с чл. 110 на 24.10.1945 г., в сила за България от 14.12.1955 г.

⁴⁰ Вж. The Charter of the United Nations, edited by Bruno Simma. Munich, 1995, стр. 47.

⁴¹ As amended by the Protocol of Amendment to the Charter of the Organization of American States "Protocol of Buenos Aires", signed on February 27, 1967, at the Third Special Inter-American Conference, by the Protocol of Amendment to the Charter of the Organization of American States "Protocol of Cartagena de Indias", approved on December 5, 1985, at the Fourteenth Special Session of the General Assembly, by the Protocol of Amendment to the Charter of the Organization of American States "Protocol of Washington", approved on December 14, 1992, at the Sixteenth Special Session of the General Assembly, and by the Protocol of Amendment to the Charter of the Organization of American States "Protocol of Managua", adopted on June 10, 1993, at the Nineteenth Special Session of the General Assembly. Текстът вж. на адрес в интернет http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-41_charter_OAS.asp#Chapter_II

⁴² Law of Treaties. Draft Convention, with Comment, prepared by the Research in International Law of the Harvard Law School, 29 A.J.I.L. Supp. 977 (1935).

Напротив, съществуват множество примери от арбитражни дела, в които международни арбитражни трибунали изрично са подчертавали и признавали това правило⁴³.

По-късно Международният съд на ООН в своето съвещателно мнение от 28 май 1951 г. относно Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Резерви към Конвенцията за предотвратяване и наказване на престъплението геноцид⁴⁴) посочва, че „никоя от държавите-съдоговорителки няма право да нарушава или застрашава чрез едностранични решения или конкретни споразумения целта и *raison d'etre* на конвенцията“⁴⁵.

Несъмнено най-важният текст от договор от съвременното международно право си остава член 2 от Устава на ООН.

Значението му е несъмнено в светлината на разпоредбата на член 103 от Устава, че в „случай на противоречие между задълженията на членовете на организацията, произтичащи от настоящия устав, и задълженията им, произтичащи от което и да е друго международно споразумение, задълженията по настоящия устав имат предимство“.

Съгласно член 2 от Устава за постигане на целите, изложени в член 1 от него организацията и нейните членове действат съгласно принципа, че:

„[...]“

2. Всички членове на организацията изпълняват добросъвестно задълженията, които са поели съгласно [Устава], с цел за всеки от тях да бъдат обезпечени всички права и предимства, произтичащи от качеството им на членове.

[...]“⁴⁶.

Този текст е доразвит в Декларацията за принципите на международното право, приятелските отношения и сътрудничеството между държавите в съответствие с Устава на Организацията на обединените нации⁴⁷ по следния начин:

„Принцип на добросъвестно изпълнение на задълженията, поети от държавите в съответствие с Устава“

Всяка държава е длъжна да изпълнява добросъвестно поетите от нея задължения, съгласно Устава на Обединените нации.

⁴³ Вж. Hans Wehberg, цит. съч., бележка под линия 46.

⁴⁴ Приета от Общото събрание на ООН на 9 декември 1948 г. с резолюция 260 А (III). Ратифицирана с Указ № 300 от 23 юни 1950 г. – ДВ, бр. 153 от 1950 г. В сила за България от 12 януари 1951 г.) Издадена от Министерството на външните работи, Обн. ДВ. бр. 99 от 17 декември 2010 г.

⁴⁵ [1951] I.C.J. Rep. 21 и на адрес в интернет: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=90&case=12&code=ppcg&p3=4>

⁴⁶ Подробен анализ на член 2, т. 2 от Устава на ООН вж. в The Charter of the United Nations, edited by Bruno Simma. Munich, 1995, стр. 89 – 97.

⁴⁷ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, документ на ООН A/RES/25/2625, 24 октомври 1970 г., достъпна на адрес в интернет: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>

Всяка държава е длъжна да изпълнява добросъвестно задълженията си съгласно общопризнатите принципи и правила на международното право.

Всяка държава е длъжна да изпълнява добросъвестно задълженията си съгласно международните споразумения, които не противоречат на общопризнатите принципи и правила на международното право.

В случай на противоречие между задълженията на членовете на Организацията на обединените нации, произтичащи от Устава на Организацията на обединените нации и задълженията, произтичащи от други международни споразумения, задълженията по Устава имат предимство.

[неофициален превод⁴⁸]

3. Действаща правна уредба на принципа съгласно Виенската конвенция

Принципът *pacta sunt servanda* се прилага спрямо действащите норми, т. е. тези които са влезли и са в сила. Този извод се потвърждава от разпоредбата на **член 26 от Виенската конвенция**. В тази разпоредба се съдържа понастоящем дефиницията на правилото *pacta sunt servanda*. Текстът е част от Раздел I „Съблюдаване на договорите“ от Част III, озаглавена „Съблюдаване, прилагане и тълкуване на договорите“ от Виенската конвенция и гласи следното:

„Pacta sunt servanda

Всеки действащ договор е задължителен за страните по него и трябва добросъвестно да се изпълнява от тях“.

Същевременно, съгласно член 18 от Виенската конвенция действието на принципа се разпростира, макар и в ограничена степен, и спрямо международните договори, които са подписани, но не са влезли в сила. Съгласно тази разпоредба страните са длъжни да не лишават договора от неговия обект и неговата цел преди влизането му в сила.

Принципът *pacta sunt servanda* обхваща и случаите, когато един договор се прилага временно от страните преди влизането му в сила съгласно разпоредбата на член 25 от Виенската конвенция.

Съгласно член 27 от Виенската конвенция, озаглавен „Вътрешното право и читането на договорите“ страна по договор не може да се позовава на разпоредбите на своето вътрешно право като оправдание за неизпълнение на договора.

Във вътрешното ни право материята се урежда от Закона за международните договори на Република България⁴⁹.

⁴⁸ Неофициалният превод на този документ на ООН е осъществен от студентите от департамент „Право“ на Нов български университет (наричан по-нататък „НБУ“) в рамките на задължителните семинарни занятия по международно публично право през учебната 2013/2014 г. и е под моя редакция. Пълният текст на Декларацията е публикуван за ползване и цитиране в електронната система за обучение на НБУ moodle НБУ.

⁴⁹ Обн. ДВ. бр. 97 от 13 ноември 2001 г.

Релевантен е текстът на чл. 26, съгласно чиято първа алинея: „Задълженията, произтичащи от действащ международен договор, по който Република България е страна, се изпълняват добросъвестно, независимо от това кой компетентен държавен орган е дал съгласието за обвързване“. Съгласно ал. 3 от същата разпоредба действието във вътрешния правов ред на разпоредбите на международен договор се определя в зависимост от характера на тези разпоредби, пряко приложими или не, и от йерархическото място на акта за обвързване във вътрешния правов ред съобразно Конституцията и законите на страната.

Ако се върнем на член 26 от Виенската конвенция, може да отбележим, че включването на принципа *pacta sunt servanda* във Виенската конвенция е от символично значение. Този текст само утвърждава водещ и ключов общ принцип на правото и неговата правна сила не може да произтича от качеството му на разпоредба от договорното право.

Според проф. Лукашук⁵⁰ през последните десетилетия съдържанието на изискването задълженията да се изпълняват добросъвестно е пропито до известна степен от духа на целите и принципите на международното право. В тази светлина той предлага следната дефиниция за съдържанието на принципа *pacta sunt servanda*:

„Принцип на добросъвестно изпълнение на задълженията съгласно международното право

Държавите и останалите субекти на международното право са длъжни да изпълняват добросъвестно задълженията си съгласно международното право; тези задължения произтичат както от общопризнатите цели, принципи и норми на международното право, така и от международните договори и неуниверсалният обичай в съответствие с международното право.

Задължения, които противоречат на императивна норма на международното право, не подлежат на изпълнение. В случай на противоречие между задължение, произтичащо от който и да е международен договор и задължение на членовете на ООН съгласно нейния Устав, задълженията съгласно Устава се ползват с предимство.

При упражняване на суверенните си права, включително правото да определят своите законови и подзаконови актове, държавите трябва да съблюдават задълженията си съгласно международното право. Държавите не могат да се позовават на разпоредби на вътрешното си право като оправдание за неизпълнение на техни задължения съгласно международното право.

Неизпълнението или неточното изпълнение на задължения съгласно международното право поражда международна отговорност“.

В цитираната дефиниция са синтезирани всички съществени белези на принципа *pacta sunt servanda* съгласно съвременното международно право.

⁵⁰ Вж. цит. в източниците съчинение.

Заклучение

По-горе бе описано правилото *pacta sunt servanda* като общ принцип на правото, който се открива във всички правни системи. Както стана видно от изложеното по-горе, принципът за светостта на договорите е съществено условие за живота на всяка социална общност. Може да се направи легитимен извод, че принципът се прилага както спрямо договорите между субекти на международното право, но също така и в отношенията им с частни лица. Не е възможно да съществуват нормални отношения между субектите на международното право без да се съблюдава принципът *pacta sunt servanda*. Този извод никога не е бил оспорван в практиката.

ЛИТЕРАТУРА

Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, Editors: Dörr, Oliver, Schmalenbach, Kirsten (Eds.), 2012, Springer

Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, The American Journal of International Law, Vol. 53, No. 4 (Oct., 1959), pp. 775-786, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2195750>

J. H. Gebhardt, *Pacta Sunt Servanda*, The Modern Law Review, Vol. 10, No. 2 (Apr., 1947), pp. 159-170, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1090065>

I. I. Lukashuk, *The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation Under International Law*, The American Journal of International Law, Vol. 83, No. 3 (Jul., 1989), pp. 513-518, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2203309>

Hidemi Suganami, *A Normative Enquiry in International Relations: The Case of 'pacta sunt servanda'*, Review of International Studies, Vol. 9, No. 1 (Jan., 1983), pp. 35-54, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/20096966>

Josef L. Kunz, *The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda*, The American Journal of International Law, Vol. 39, No. 2 (Apr., 1945), pp. 180-197, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2192340>

E. Satow, *Pacta Sunt Servanda or International Guarantee*, The Cambridge Historical Journal, Vol. 1, No. 3 (1925), pp. 295-318, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/3020784>

Article 20. *Pacta Sunt Servanda*, Source: The American Journal of International Law, Vol. 29, Supplement: Research in International Law (1935), pp. 977-992, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2213687>

Устав на Организацията на обединените нации, Подписан в Сан Франциско на 25.6.1945 г. Влиза в сила в съответствие с чл. 110 на 24.10.1945 г., в сила за България от 14.12.1955 г., цитиран по текста, публикуван в правно-информационна система Апис

Виенска конвенция за правото на [международните] договори[...] Ратифицирана с Указ № 503 на Държавния съвет от 12.2.1987 г. – ДВ, бр. 14 от 1987 г. Издадена от Министерството на външните работи, обн., ДВ, бр. 87 от 10.11.1987 г., в сила за България от 21.5.1987 г., цитирана по текста, публикуван в правно-информационна система Апис

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, документ на ООН A/RES/25/2625, 24 октомври 1970 г., достъпна на адрес в интернет: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>

Ключови думи

Решение при признание на иска, признание на иск, признание на факт, спорен предмет, недопустимо решение, неправилно решение

Key words

Judgment in case of recognition of the claim, recognition of the claim, recognition of a fact, subject of the dispute, inadmissible judgment, incorrect judgment

Assoc. Prof. Margarita Zlatareva, Ph. D.

Judgment in Case of Recognition of the Claim – Specificities and Challenges for the Case-Law

Assoc. Prof. Margarita Zlatareva, Ph. D.

*Member of the Law Department of New Bulgarian University
e-mail: mzlatareva@nbu.bg*

Associate professor of Civil Procedural Law at the Law Department of NBU

Areas of specialization: arbitration, civil procedure.

Author of many publications in professional periodicals in Bulgaria and abroad.

Former Member of the Constitutional court of the Republic of Bulgaria.

The paper aims to debate on the issue when the recognition by the defendant satisfies the legal requirements to deliver a judgment in the case of recognition of the claim. Upon the answer of this issue depends the validity of the recognition which was made and respectively whether the judgment in the case of recognition of the claim is legitimate.

By making comparison between the theoretical view of the recognition of the claim with its content which the case-law accepts the author makes the conclusion, that in the heart of the recognition of the claim lies not the very disputed material right but the subject of the claim (the subject of the dispute).

доц. д-р Маргарита Златарева

Решение при признание на иска – особености и предизвикателства за съдебната практика

1. Цел и обхват

1.1. Решението при признание на иска е сравнително нов вид решение в най-новата история на гражданското съдопроизводство у нас. То има за *цел* да облекчи съда в случай че предявеното за защита спорно право след завеждане на делото вече престава да бъде спорно; да съкрати продължителността на исковия процес; да предпази ответника от поемане на разноските по делото, ако не е оспорвал твърдяното от ищеца право преди предявяване на иска и разбира се, да осигури на ищеца решение с всички произтичащи от него правни последици.

1.2. Действащият ГПК изрично изключва възможността за постановяване на решение при признание на иск при брачни искове – чл. 324 ГПК, при искове за гражданско състояние – чл. 334 ГПК и при иск за поставяне под запрещение – чл. 339 ГПК. Логиката на това законодателно решение произлиза от същността на признанието – като „пълно доказателство против страната, която го е направила“¹, съчетана със засилената защита на личните права с изброените по-горе искове, при които правата на ответника са в особено чувствителна сфера.

1.2.1. Приложното поле на решението при признание на иска е допълнително ограничено от съдебната практика. Към нормативно изключените искове, по които не може да се постановява решение при признание на иска, ВКС чрез задължителни решения по чл. 290 ГПК прибавя и вещните искове. В Решение № 20 от 7.4.2014 г. по гр. д. № 5289/2013 г., I г. о. ВКС приема, че защитата на правото на собственост върху недвижим имот изисква пълно доказване на придобивния способ, въведен от ищеца като основание за твърдяното абсолютно вещно право. Например, ко-

¹ Така е формулирано признанието в чл. 396, ал. 1 от Закона за гражданското съдопроизводство в редакцията му от 1892 г., вкл. с измененията от 1.3.1907 г.

гато спорът има за предмет недвижим имот, придобит чрез сделка, правото на собственост следва да се установи с нотариален акт – чл. 18 ЗЗД; когато придобиването касае имоти – частна държавна или общинска собственост, следва да се представи договор в писмена форма, вписан по разпореждане на съдията по вписванията по местонахождението на имота – чл. 18 ЗС; когато ищецът твърди, че е придобил имот по силата на изтекла придобивна давност, той следва да установи в самото исково производство – чрез свидетелски показания, извлечения от данъчни книги или по друг подходящ начин, че е упражнявал владение за себе си през давностния период; ако се позовава на придобиване чрез административен акт, следва да представи този акт в исковото производство, и т.н. Поради това изискване, ако ищецът не успее да докаже правото си на собственост, искът ще подлежи на отхвърляне, дори ответникът да заяви, че признава иска.

Обяснението на това решение на съдебната практика е дадено чрез изтъкване на опасенията за злоупотреба с процесуални права – признание на нищожна сделка, заобикаляне на закона, водене на привиден процес.

От тук следва, че признанието на иска не винаги се приема за „пълно доказателство против страната, която го е направила“.

1.2.2. Не съществува пречка признание на иска да може да направи както ответникът спрямо първоначалния иск или спрямо инцидентен установителен иск, предявен от ищеца – чл. 212, пр.1 ГПК, така и ищецът спрямо насрещния иск – чл. 211 ГПК или спрямо инцидентния установителен иск, предявен от ответника – чл. 212, пр. 2 ГПК. Признание на иска може да направи и третото лице-помагач спрямо предявения от подпомаганата страна обратен иск – чл. 219, ал. 3 ГПК, и двете главни страни спрямо предявения от главно встъпилото лице със самостоятелни права върху предмета на спора иск по чл. 225 ГПК.

В тези случаи за признатия иск няма да се събират доказателства и в мотивите на съдебното решение той няма да се обсъжда по същество, а само с оглед формалните изисквания за постановяване на решението при признание на иска. По отношение на другите обективно съединени искове решението ще бъде произнесено по общия ред.

2. Характеристика на „признание на иска“

2.1. Признанието на иска е процесуално действие на ответника, с което той заявява, че се отказва от защитата срещу иска, защото той е основателен.²

Независимо че „признанието на иска“ не затруднява правната доктрина и се приема за обратен знак на отказ от иска³, последиците, които действащия ГПК свързва с новия вид решение по 237 ГПК, правят въпроса за признанието значим, не еднопластов и предизвикващ въпроси, за които следва да се поразсъждава.

² Сталев Ж. Българско гражданско процесуално право, 7 изд., С. 2001 г.

³ В един случай признанието на иска напълно се покрива с отказа от иска – при отрицателния установителен иск.

2.2. Възниква въпроса кога признанието на ответника удовлетворява изискванията на закона за произнасяне с решение по чл. 237 ГПК. От отговора му зависи валидността на направеното признание, респ. законосъобразното произнасяне с решение при признание на иска.

Аналогично на посоченото определение, ВКС приема, че при признание на иска „ответникът се отказва от защитата срещу иска, защото искът е основателен“. Очевидно *в основата на признанието на иска не стои самото спорно материално право, а предмета на иска (спорния предмет)*. И това е така, защото съдържанието на направеното от ответника признание трябва да е тъждествено с предявения с исковата молба иск.

2.2.1. В гражданския процес *предметът на иска* е меродавен за определяне не само на валидно извършено признание на иска, но и на редица други процесуални понятия. Предметът на иска е от значение за вида на исковото производство – дали делото ще тръгне по общия исков ред или по реда на някое от особените искиви производства; чрез него се преценява допустимостта на обективно съединяване на искове – чл. 210 ГПК, изменението на иска – чл. 214 ГПК и всички други прояви на нетипично развитие на производството. Спорният предмет е мащаб за определяне цената на иска, а с това и за разноските по делото. Предметът на делото пък⁴ е от значение за родовата и местна подсъдност; чрез предмета на делото се сравнява тъждествеността на две висящи производства с оглед прекратяване на по-късно заведеното – чл. 126, ал. 1 ГПК или се прави отвод за присъдено нещо – чл. 299, ал. 1 ГПК. Предметът на делото определя предмета на решението и СПН.

Макар и от такова голямо практическо значение, „предметът на иска“ и „предметът на делото“ не се споменават често в ГПК. Срещаме го при определяне обхвата на процесуалните действия, за които се иска изрично пълномощно – чл. 34, ал. 3 ГПК, при ограничаване процесуалните права на прокурора – чл. 26, ал. 3 ГПК, при посочване предпоставките за главно встъпване – чл. 225, ал. 1 ГПК.

За да достигнем до очертаване на рамките, в които направеното признание на иска води до допустимо и правилно решение при признаване на иска, следва да определим кое понятие за „предмет на иска“ трябва да се има предвид. Защото многообразните са схващанията за същността на „спорния предмет“, равнозначно на „предмет на иска“.

2.2.1.1. Според материалната теория предмет на иска е спорното материално субективно право. Според процесуалната теория спорният предмет се образува чрез търсената защита в исковата молба /петитум/ и чрез посоченото от ищеца конкретно предметно съдържание – фактите, на които се основава иска⁵. Трета теория поддържа, че единствено искането /петитума/ е решаващо за спорния предмет.⁶ Други немски автори говорят повече за материалноправно ориентиране на спорния

⁴ Предметът на делото включва освен предмета на спора, но и страните по него.

⁵ Силяновски Д. цит. съч., с. 21. Според него под спорния предмет се разбират „правните последици, които се пораждат от изтъкнатия в исковата молба фактически състав“.

⁶ Nikisch, Streitgegenstand, 1935.

предмет или до приближаващ се до материалното право характер на това понятие⁷. Те обаче не приравняват спорния предмет с материалноправните изисквания. С добри намерения – най-малкото за да се отклони възможността за обща дефиниция в процесуалния закон, при обясняване на спорния предмет те изхождат от целта на отделната норма. Според тях пределите на решението и СПН се дължат повече на обективното поведение на страните или на материалноправното ориентиране на понятието за спорен предмет, отколкото на условията за изменение на иска, обективното съединяване на иска, които служат за процесуална икономия в процеса. Известният конституционалист Йеринг приема, че при производства при обикновените съдилища, свързани със строгото прилагане на процесуалните правила, до съдържанието на предмета на делото се стига диференцирано, чрез вида на търсената защита.

2.2.1.2. Предметът се очертава от ищеца чрез основанието – обстоятелствата, на които се основава иска и чрез петитума – търсената от съда защита⁸. От своя страна за основание на иска българската правна доктрина приема теорията на субстанцирането, според която основанието не е самото материално правоотношение, а фактите, от които се поражда правоотношението⁹.

(Ищецът не е длъжен да посочи правното естество на претендираното или отричано право. То следва от закона; именно той сочи дали признава спорното право – вземане от наем, заем. Съдът е този, който е длъжен да субсумира фактите по делото към правната норма.)

За водещо *определение за предмета на иска* у нас се приема смесената теория, а именно, че предметът на спора е претендираното или отричано от ищеца право, чието правно естество обективно следва от основанието и петитума на иска въз основа на правната норма¹⁰.

2.2.2. Изхождайки от смесената теория за предмета на иска стигаме до извода, че *признанието на иска* трябва да обхване както фактите, от които произлиза претенцията (основанието на иска), така и вида на търсената защита (петитума на иска). Т. е. когато например като спорно право в исковата молба е въведено парично притезание, признанието трябва да съдържа не само размера на сумата, но и основанието на което тя се търси. Защото, ако се претендира обезщетение за некачествено изпълнение от договор, признанието на факта, че сумата е с договорно основание е необходим елемент, за да се приеме, че направеното признание удовлетворява изискването за произнасяне с решение по чл. 237 ГПК.

При промяна на основанието, макар и със същия заявен вид защита, признанието трябва да съдържа именно тази промяна. Спорният предмет ще бъде разли-

⁷ Baumgärtel, Grunsky, Henckel, Rimmelspacher.

⁸ Законът за гражданското съдопроизводство нарича петитума – „просителният пункт“.

⁹ Силяновски Д., Сталев Ж. За разлика от теорията на субстанцирането, вторият възглед за основанието на иска – теорията на индивидуализирането вижда в основанието на иска материалното правоотношение, върху което съдът ще постанови своето решение.

¹⁰ Сталев, Ж. цит. съч.

чен и в случай, в който макар и фактическият състав да не е претърпял промяна, има изменение на петитума, който също определя индивидуалността на спорния предмет.

Липсата на тъждество между съдържанието на признанието и петитума на исковата молба е едно от основанията съдът да счете, че не са налице предпоставките за произнасяне с решение по чл. 237 ГПК – Решение №331 от 3.6.2014 г. по гр.д.№1423/2013 г. на Пловдивски апелативен съд.

Тази пълнота в характеристиката на „признание на иска“, свързана с разбирането за предмет на иска като понятие, съчетаващо материалноправни и процесуални елементи убягва от погледа на ВКС в някои негови решения, където се приема, че признанието на иска има за предмет само субективни права – Решение № 20 от 7.4.2014 г. по гр. д. № 5289/2013 г., I г. о. ВКС.

2.2.3. В същото време признанието на иска трябва да бъде направено по начин, който категорично насочва на отказ на ответника от защита срещу иска, *да съдържа недвусмислен отказ от защита*.

Т. е. процесуалното поведение на ответника трябва да внесе яснота относно намерението му да не се защитава срещу основателността на иска – *mutatis mutandis* Определение № 355 от 20.5.2015 г. по т. д. № 2976/2014 г., I т. о. ВКС, ТК.

По-лежерното отношение към съдържанието на признанието смущава. Например, че е достатъчно ответникът в отговора на исковата молба да не е оспорил иска като в особено исково производство за делба в първата фаза е признал наличието на съсобственост при твърдяните в исковата молба дялове – Определение №166 от 23.4.2015г. по гр.д.1860 /2015г. I г.о. ВКС.

Още по-неудовлетворяващо изискването за произнасяне с решение при признание на иска е случай, в който се твърди, че неоспорването на исковите от ответника в производство по чл. 422 ГПК съставлява признание на иска по смисъла на чл. 237 ГПК, цитиран в Определение №256 от 17.2.2014 г. по гр.д.№5580/2013г. III г.о. ВКС. Пасивното поведение на ответника, включително и по иска за съществуване на вземането на ищеца по заповедния иск може да послужи за основание за постановяване на неприсъствено решение (при направено искане за това от ищеца), но мълчанието му не може да се приеме за признание по чл. 237 и да обуслови произнасяне с решение при признание на иска.

Не е налице признание на иска, когато ответникът заедно с признанието възразява, че искът е предявен пред некомпетентен съд (в нарушение на правилата за родова или местна подсъдност), че материалноправната претенция не е изискуема или като се признава основанието на иска се оспорва размера му.

2.2.4. Признанието може да се отнася само до един от предявените иски

Когато по иск за заплащане на неустойка, квалифициран по чл. 92 ЗЗД ответникът направи признание, има искане от ищеца за произнасяне с решение по чл. 237, ал. 1 и съдът се произнесе с решение за признание на иска. Решението в частта, с която съдът се произнася по искането за разсрочване на задължението не е решение по чл. 237, ал. 1. В тази част съдът е длъжен да събира доказателства относно имотно и здравословно състояние на ответника с оглед приложенето на чл. 241 ГПК и да се произнесе с решение по общия ред – Определение № 647 от 9.6.2015 г. по гр. д. № 1295/2015г. III г.о. ВКС.

Възможно е признанието да се отнася само до един от обективно предявените иски. Например ищецът признава претендираната цена на закупената от ответника стока, очевидно по насрещен иск и съдът се произнася само по този иск с решение по чл. 237, ал. 1 – Определение № 900 от 25.11.2014 г. по т. д. № 697/2014 г., I т. о. ВКС, ТК.

2.3. С оглед изтъкнатото по-горе и във връзка с приетата характеристика за предмета на иска, може да се направи извод, че признанието на иска като процесуално действие е чисто процесуално понятие. То винаги трябва да покрива предмета на иска, така, както е въведен в исковата молба с основание и петитум. Макар, че постигнатият резултат от признанието на иска е уважаването му, то не може да се отъждестви с правните последици, които предизвиква.¹¹

В направената характеристика следва да се добави и възприетото от проф. Силяновски, че „признанието на иска обхваща не само фактическата, но и правната страна на иска“¹².

Именно характерът на признанието на иска като процесуално действие налага оттеглянето на признанието като недопустимо.

2.4. Не е признание на иска *признаването на отделни факти* от твърденията на ищеца. Признанието на факт е изявление на страната или на нейния повереник, че едно фактическо твърдение на противната страна, изгодено за същата е истинско.¹³

Законът нарича това признание „съдебно признание на факт“ и го нарежда в главата „доказателства“, ерго признава го като отделно доказателствено средство. С разпоредбата на чл. 175 от ГПК обаче се отрича пълната доказателствена сила на съдебното признание на факт – предоставена е възможност да се преценява от съда с оглед всички обстоятелства по делото (чл. 175 ГПК).

Юридически или доказателствени факти не могат да бъдат предмет на признанието по чл. 175 ГПК, защото те съдържат преценка, принадлежаща на съда.

Следователно докато признанието на иска има за предмет спорния предмет (така, както е оформен в исковата молба или в хода на процеса при изменение на иска), то признанието по чл. 175 ГПК има за предмет установяването на факти, изгодни за противната страна.

Признанието на факт не може да бъде основание за постановяване на решение при признание на иска, защото с него не се прави отказ от защита срещу иска. Напротив, то е съвместимо със защита срещу иска: ответникът може да признае въведения от ищеца правопораждащ факт, но да противопостави дилаторни или перемпторни възражения спрямо претендираното притезание.

Добро разграничение между признание на иска и признание на факт е направено в Решение № 20 от 7.4.2014 г. по гр. д. № 5289/2013 г., I г. о. ВКС.

¹¹ С характеристика на частноправни сделки се приема признаването на иска от Golgschmidt, Der Prozess als Rechtslage.

¹² Силяновски, Д. Гражданско съдопроизводство, т. II, С 1941 г., с. 65.

¹³ Силяновски, Д. цит. съч., с. 201.

3. Оттегляемост на признанието на иска

Законът не допуска оттегляне на признанието на иска – чл. 237, ал. 4 ГПК.

3.1. Съдебната практика обаче уточнява тази законова забрана, свързвайки признанието на иска именно с възможността за произнасяне с решение при признание на иска. Донякъде „дописвайки закона“, ВКС приема, че забраната за оттегляне на признанието се прилага не от момента на депозиране на признанието, а от момента на съобразяването на съда с него във връзка с постановяване на решение при признание на иска. Т. е., за да е налице неоттегляемост на признанието на иска е необходимо ищецът да е поискал произнасяне с решение по чл. 237, ал. 1 ГПК. Ответникът може да опровергае волята си за признание на иска и да изрази готовност да продължи защитата си преди ищецът да е поискал произнасяне с решение по чл. 237, ал. 1.

„Признанието на иска е също и доказателствено средство, но абсолютно, според придадената му от процесуалния закон характеристика и като такава аналогично би могло да не бъде поддържано до осъществяването на останалите предпоставки за произнасянето, респ. до произнасянето на съда. Няма основание, неоттегляемостта по реда на чл. 237, ал. 4 ГПК да се приеме за приложима от момента на депозирането му, а от момента на съобразяването му от съда. Само от този момент същото не би могло да бъде оттеглено, като вече зачетено.“- Определение № 355 от 20.5.2015 г. по т. д. № 2976/2014 г., I т. о. ВКС, ТК.

Изводът на ВКС е направен по повод на казус, при който с отговора на исквата молба ответникът признава иска, но след това с молба изрично оспорва признанието и изразява готовност за продължаване на защитата, след която е постъпило в съда искане за постановяване на решение по реда на чл. 237 ГПК и то направено по време на спряно дело.

Възприетото разбиране не е проведено последователно, защото съществува и съдебна практика в обратен смисъл.

Така в друг случай с отговора на исквата молба в първоинстанционния съд ответникът е посочил, че признава обстоятелствата, изложени в нея и не оспорва изплащането на исквата сума. В последствие процесуалния пълномощник на ответника е депозирал нов отговор с позиция, че не поддържа предишния; въвежда оспорване на определени факти и прави възражение за разглеждане на делото по общия ред. По повод обсъждане на основания за допустимост на касационното обжалване ВКС се съгласява с извода във въззивно решение, че е недопустимо оттегляне на признанието и депозиране на нов отговор след срока и излага мнение: „Признанието на иска съставлява проява на диспозитивното начало. С него съответната страна се разпорежда със своето право на защита по висящ процес, а изричната норма на чл. 237, ал. 4 ГПК постановява, че признанието на иска не може да бъде оттеглено“ - Определение № 391 от 21.5.2014 г. по т. д. № 3280/2013 г., I т. о. ВКС, ТК.

Като се има предвид, че забраната по чл. 237, ал. 4 ГПК е обусловена фактически и правно с постановяване на решение при признание на иска, авторът на настоящото изложение приема за правилна първата теза. Възприетото в нея не е уязвимо. Още повече, че при определянето от законодателя на съдебното признание на

факт като доказателствено средство, няма забрана за оттеглянето на това признание.

3.2. Тъй като признанието на иска е процесуално действие, ответникът не би могъл да оспорва действителността на направеното признание поради порок на воля, както това е възможно при правните сделки.

4. Условия и ред за произнасяне на решение при признание на иска

Признанието е едностранно изявление на ответника и не се нуждае от приемане; то има за адресат съда, а не другата страна. Затова признанието е действително и в случаи, когато е направено в ОЗ в отсъствие на ищеца.

4.1. Признанието на иска в отговора на исковата молба не е достатъчно, за да се произнесе решение при признание на иска, ако не е *направено искане от ищеца* за постановяване на този вид решение.

Т. е. условията, при които съдът може да се произнесе с решение при признание на иска са: а) при направено от ответника признание на иска и б) при искане на ищеца за произнасяне с такова решение – чл. 237, ал. 1. Двете условия са дадени кумулативно.

Съдът не може служебно да прецени, че може да произнесе такова решение. И това е така, защото решението при признание на иска не се мотивира по същество и този факт носи своите правни последици. Независимо от направено от ответника признание на иска, включващо основанието и петитума на иска, ищецът може да предпочете съдът да проведе пълната фаза на исковия процес със събиране на всички доказателства, установяващи въведените твърдения, и да се произнесе с обикновено съдебно решение, в което е направен извод по същество за основателността на иска.

4.2. *В кой момент съдът ще се произнесе*, зависи от момента, в който ответникът признае иска и ищецът направи искане за произнасяне съобразно признанието, защото законът не определя срок за тези процесуални действия.

Възможно е ответникът да направи признанието с отговора на исковата молба и тогава чувствително се съкращава срокът за приключване на делото. Т. е. решението по чл. 237 ГПК може да се произнесе още във фазата на размяна на книжа, но съдът трябва да даде възможност на страните да изложат съображенията си за постановяване на този вид решение.

Процесуалният закон не задължава съда да се произнесе незабавно по направеното искане. Възможно е признание на иска да бъде депозирано пред съда по време на спряно дело. Очевидно след възобновяване на делото съдът ще се произнесе по искането за произнасяне с решение при признание на иска – Определение № 355 от 20.5.2015 г. по т. д. № 2976/2014 г., I т. о. ВКС, ТК.

В тези случаи съдът прекратява събирането на доказателства и не довършва изясняването на спора от фактическа страна.

Възможно е ответникът да направи преценката си за признание на иска след събиране на доказателствата. Следователно в съдебно заседание или след прик-

лючването на устните състезания съдът може да постанови решението по чл. 237 ГПК.

След прекратяване на съдебното дирене съдът следва да даде ход по същество и да изслуша пледоариите на ищеца и защитата му, пледоариите на ответника и евентуално защитата му, и както преди всяко приключване на процеса, да обяви, че устните състезания са приключили. Независимо че устни състезания в класическия им вид няма да има (след като вече въведените от ищеца твърдения не се оспорват), съдебното решение е последното процесуално действие на съда по довършване на процеса и преди постановяването му страните трябва да изразят своите позиции. Пренията между страните ще се съсредоточат в обсъждане на условията за постановяване на решение при признание на иска.

4.3. Тъй като решението при признание на иска е решение по съществуването на спора с всички произтичащи от това правни последици, за да се достигне до него *предявеният и признат иск трябва да е допустим*.

„Решението, основано на признание на иска, може да се постанови само ако след проверка на процесуалните предпоставки за съществуването и надлежното упражняване на правото на иск, се окаже, че предявеният иск е допустим. Затова, независимо от направено признание на иска, съдът следва да се произнесе по неговата допустимост, защото само един допустим иск може да бъде основателен или неоснователен“ - Решение № 20 от 7.4.2014 г. по гр. д. № 5289/2013 г., I г. о. ВКС.

Ако искът е недопустим, съдът въпреки направеното признание следва да отхвърли иска.

4.4. Въпросът *може ли да има решение при признание на иска във въззивното производство* получава отговор с оглед на това, дали може да се признава иска във въззивното производство.

Ако искът частично е уважен и ищецът обжалва съдебно решение, постановено по общия ред в неговата отхвърлителна част, признанието на иска би било направено само с подтекста да не се понесат направените разноски, което не следва да се поощрява. Ако искът е отхвърлен и поради тази причина ищецът обжалва постановеното решение, ответникът няма интерес от признание на иска във втората инстанция. Само по тази логика решение при признание на иска във въззивната инстанция не следва да се постановява. Ако обаче се приеме, че признанието на иска е обратната страна на отказа от иск (поне по условия за допустимост) и разпоредбата на чл. 233, изр.1 ГПК допуска отказ от иск във всяко положение на делото, по аналогия следва да се допусне признание на иска също през цялото развитие на гражданския процес. Тогава по-горната инстанция при поискване може да постанови решение при признание на иска.

Според авторът на настоящото изложение пълно тъждество и аналогия с разпоредбата на чл. 233, изр.1 ГПК не следва да се прави. Въззивната инстанция е инстанция по съществуването на делото и процесуалните действия на страните по: въвеждането на нови обстоятелства, каквото е признанието на иска, заедно с искането на ищеца за произнасяне с решение по чл. 237 ГПК, се вметват в характеристиката на това производство. Разбира се, при съобразяване с изискванията на чл. 266 ГПК. Касационната инстанция обаче не е инстанция по същество, поради което пред нея не би могло за първи път да се направи признание на иска.

5. Правомощия на съда

5.1. Както се посочи вече, решението по чл. 237 ГПК има всички правни последици както решението, постановено при спазване на условията на чл. 235, ал. 2 ГПК, поради което съдържанието му трябва да отговаря на изискванията на чл. 236, ал. 1, т. 1 ГПК, като по същество съдът се произнася съобразно направеното признание.

Вида на решението се отразява на мотивите на решението. Съдът не извършва фактическа и правна преценка на въведените от ищеца твърдения за спорното право съобразно наличните доказателства, ако се е стигнало до събирането им. И това е така, защото след признанието на иска спор вече не съществува. Очевидно ответникът е съгласен с правното твърдение на ищеца – че претендираното от ищеца право съществува или че отричаното от ищеца право не съществува.

Мотивите на решението ще обсъждат *наличието на формалните условия за произнасяне* с такова решение. „Признанието на иска е свързано със специфични правни последици. Според чл. 237 ГПК то може да доведе до прекратяване на съдебното дирене и постановяване на решение с оглед признанието, при такова искане от ищеца. Това означава съдът да преустанови извършването на по-нататъшни действия по събирането и преценката на доказателствата, установяващи въведените твърдения, и да постанови съдебен акт, без да изследва основателността на иска и да прави собствени фактически и правни изводи по предмета на спора. Искът следва да бъде уважен така, както е предявен.“ – Решение № 20 от 7.4.2014 г. по гр. д. № 5289/2013 г., I г. о. ВКС.¹⁴

Често срещано в мотивите на този вид съдебно решение е обсъждане на характера на направеното признание – дали то обхваща целия предмет на предявения иск и дали недвусмислено сочи на отказ от защита срещу предявения иск – вж. по-горе т.2.

5.2. Решението при признание на иска може да бъде обжалвано, след като законът не въвежда изрично забрана за обжалваемостта му, както за неприсъственото решение – Решение № 51 от 16.4.2015 г. по гр. д. 5299/2014г. I г.о. ВКС. Независимо че не съдържа по същество мотиви за основателността на иска, оплакванията могат да бъдат за липса на условията за постановяването му.

¹⁴ В немското гражданско съдопроизводство също е предвидено решение при признание на иска – §307 Zivilprozessordnung, ZPO, в съдържанието на което не трябва да има описание на основанията на иска – §313в ZPO. Нещо повече, предвидена е съкратена форма на този вид решение (заедно с неприсъственото решение и решение при отказ от иска), при която решението не е нужно да съдържа името на съдията; посочването на страните, техните представители или процесуалните пълномощници фигурират в решението само, когато се различават от посочените в исковата молба. И това е така, защото върху листа на решението се прилага исковата молба. Тази съкратена форма не се прилага, когато се очаква решението при признание на иска да се зачита извън страната – § 313в, ал. 2 и 3 ZPO.

Как се произнася въззивната инстанция в случай, че не са били налице условия за постановяване на решение при признание на иска е въпрос, свързан с характера на решението.

В едни случаи въззивният съд отменя решението на първата инстанция като неправилно с мотив, че процесуалният закон не въздига признанието в изрична абсолютна процесуална предпоставка за допустимост на самото производство, поради което „отмяна на първоинстанционното решение е дължимото процесуално действие, доколкото обуславя неправилност, а не недопустимост на въззивното решение“ – Определение № 355 от 20.5.2015 г. по т. д. № 2976/2014 г., I т. о. ВКС, ТК.

В други случаи въззивният съд обезсилва решението по чл. 237 ГПК като недопустимо. ВКС приема, че „решението при признаване на иск не е резултат от проведено съдебно дирене и то не може да бъде квалифицирано като правилно или неправилно. Такова решение може да бъде недопустимо с оглед на всички основания, включително проверка на изискванията на 237, ал. 3, т. 1 и т. 2 ГПК, или нищожно“. – Определение № 256 от 17.2.2014 г. по гр. д. №5580/2013г. III г.о. ВКС. В защита на тази теза във фазата по допустимост на касационното обжалване ВКС счита, че поставените правни въпроси като насочени към съществуващото на спора не са обуславящи за изхода на делото и не са такива според изискването на чл. 280, ал. 1 ГПК.

Авторът на настоящото изложение се присъединява към тезата, че решение по чл. 237 ГПК, постановено в нарушение на условията за постановяването му е неправилно, поради противоречие с процесуалния закон и следва да бъде отменено. Когато признанието на иска не сочи на категоричен отказ на страната от защита срещу иска, но съдът е постановил решение по чл. 237 ГПК, той неправилно е преценил процесуалното поведение на ответника. Когато съдържанието на признанието не е тъждествено на предмета на иска, но съдът се е произнесъл с решение по чл. 237, става дума за неправилно съпоставяне на процесуалното изявление на ответника с обхвата на заявения предмет на иска. И в двата случая няма докосване дори до процесуалните предпоставки за съществуването или надлежното упражняване правото на иск, за да свързваме порока на решението на първоинстанционния съд с неговата допустимост. Това, че в решението при признание на иска съдът не се обсъжда по същество принадлежността на спорното право въз основа на доказателства е последица от признанието – вече няма спорно право, което да бъде обсъждано. Тази особеност не може да се свърже с валидността или допустимостта на предявения от ищеца иск. Неслучайно по-горе се изтъкна, че преди да постанови решение по чл. 237 ГПК съдът е длъжен да се произнесе по допустимостта на иска.

5.3. Решение, постановено при признание на иска подлежи и на отмяна по чл. 303 ГПК като всяко влязло в сила решение, постановено по общия ред.

„Извършеното без представителна власт признание е последвано от постановяване на неизгодно за представляваната страна съдебно решение по чл. 237 ГПК, с оглед на което следва да се приеме, че в резултат на ненадлежното представяване се е стигнало до нарушаване на правото на защита на молителя – Решение № 171 от 19.11.2014 г. по т. д. № 1872/2014 г., II т. о. ВКС, ТК.

6. Основания за отказ за постановяване на решение при признание на иска

Съдът не е безусловно обвързан от направеното признание на иска и искането на ищеца за прекратяване на съдебното дирене. Той не може да постанови решение при признание на иска, ако: а) признатото право противоречи на закона или добрите нрави или б) ако се признава право, с което страната не може да се разпорежда – чл. 237, ал. 3, т. 1 и 2.

6.1. Правото – предмет на признанието на иска, ще противоречи на закона не когато претендираното чрез предявения иск материално право е основателно или не. Както се посочи, съдът няма да навлиза по съществуващото на спора и да преценява дали твърдяните от ищеца факти и обстоятелства са доказани така, че да обосновават извод за основателност на иска. *Противоречие със закона* ще бъде налице, когато самото право – предмет на иска, респективно на признанието, е в разрез с въведените от правовия ред (разбирай обективното право) правни принципи и допустими права, а *противоречие с добрите нрави* – когато приетите в правоприлагането морални категории се сблъскват с признанието.

„Тази преценка е необходима, за да се предотврати признаване на права по нищожна сделка, заобикаляне на закона или воденето на привиден процес.“ – Определение № 214 от 9.4.2015 г. по гр. д. 6485/2014 г. I г. о. ВКС.

6.1.1. Именно възприетото с решение по чл. 290 ГПК становище на ВКС, че по вещни искове с предмет недвижим имот съдът не се произнася с решение при признание на иска се крепи на забраната в чл. 237, ал. 3, т.1 ГПК. „Способите за придобиване и за изгубване на вещни права са установени от закона и не зависят от субективното убеждение на ответника, че ищецът е собственик“ – *Определение № 214 от 9.4.2015 г. по гр. д. 6485/2014 г. I г. о. ВКС, Определение № 681 от 15.12.2014 г. по гр. д. № 5299/2014 г., I г. о на ВКС.*

Съдът е отказал да постанови решение при признаване на иска, като се е позовал на разпоредбата на чл. 237, ал. 3 ГПК, излагайки съображения, че ако признатото право противоречи на закона и добрите нрави следва да се постанови решение по общия ред и в следния случай: Отхвърлен е иск за прогласяване нищожността на сключен между две търговски дружества договор за продажба на недвижим имот, поради липса на съгласие, а именно взето решение от общото събрание на дружеството продавач за отчуждаване на имота, независимо че ответникът е направил признание. Признанието не е зачетено, защото е прието, че липсата на решение по чл. 137, ал. 1, т. 7 ТЗ на ОС на съдружниците на ищцовото дружество за отчуждаването на процесния недвижим имот не води до нищожност на договора, тъй като посочената разпоредба няма императивен характер, а решението на ОС не е елемент от фактическия състав на сделката и не засяга валидността на извършената продажба. Наведени са и допълнителни доводи,

„че сделката е породила валидно правно действие, тъй като няма противопоставяне от страна на двамата търговци след узнаването съгласно чл. 301 ТЗ и не може да бъде призната за недействителна само по признание на ответника, още повече след като имотът вече е възложен и придобит от трето лице в изпълнително производство образувано срещу X“ – *Определение № 510 от 15.8.2014 г. по т. д. № 3027/2013 г., II т. о. ВКС, ТК.*

6.1.2. Често срещано неоснователно искане за постановяване на решение при признание на иска е целеният с него резултат – заобикаляне на закона. Така в производство по несъстоятелност искът с основание чл. 694, ал. 1 ТЗ се признава от длъжника. Липсата на трайно установена практика по въпроса за възможността и допустимостта в исковото производство по чл. 694 ТЗ ответникът да признае иска и за последиците от това процесуално действие води до допускане на касационни жалби с този казус с поставен процесуалният въпрос: „дали е допустимо признание на иска по чл. 694 ТЗ от ответника – длъжник, без да е взето съгласието на синдика“ – Определение № 634 от 18.10.2011 г. по т.д. № 299/2011 г. на ВКС-ТК. Преди обаче да се произнесе ВКС, въззивният съд почти еднакво приема, че в случая не е налице признанието на втория ответник – синдика на търговеца, обявен в несъстоятелност, и не може да има решение при признание на иска.

Когато обаче няма направено искане за произнасяне с такова решение, направеното признание не следва да се преценява през ъгъла на чл. 237, ал. 3.

6.2. Второто основание за отказ на искането за произнасяне с решение при признание на иска е признаващият *да не може да се разпорежда със спорното право* – чл. 237, ал. 3, т. 2. Това означава, че ответникът по иска не е носител на спорното материално право – случаите на възможност за процесуална субституция (чл. 226 ГПК). Основанието ще се появи и когато представител на ответника прави признание. Ако той е законен представител на физическо лице, действията му ще се преценяват с оглед интереса на недееспособния, а ако той е законен представител на ЮЛ – от конкретния устройствен акт на ЮЛ. За представителите по пълномощие важи разпоредбата на чл. 34, ал. 3 ГПК.

6.3. Когато не са налице условията за постановяване на решение при признание на иска или когато са налице основанията по чл. 237, ал. 3, *съдът отказва да се произнесе с този вид решение*. Определението не подлежи на самостоятелно обжалване, защото не попада в нито една от двете категории определения по чл. 274 ГПК. Правото на защита на ищеца не е накърнено, защото процесът продължава, твърдяното право се установява с всички доказателствени средства и съдът се произнася по иска по същество. Съдебната практика показва, че срещу неуважаване на искането за решение при признание на иска се правят оплаквания във въззивната или касационна инстанция в производство по жалба срещу решението, постановено по общия ред.

В заключение въвеждането на правната възможност за постановяване на решение при признание на иска е подход на законодателя към по-голяма гъвкавост на съдопроизводствените правила за защита на накърнени граждански права, за съобразяване с евентуалното развитие на спорните правоотношения във всящ исков процес – път към по-ефективно гражданско правораздаване.

Ключови думи

*Вестници, издатели,
информация, клевета, новини,
печатари, преса, цензура*

Key words

*Censorship, Freedom of
the Press, Information, Libel,
News, Newspapers, Press,
Printer, Publisher*

Assoc. Prof. Rayna Nikolova, Ph. D.

**The Censorship
and the Press in England
during XV – XVII centuries**

**Assoc. Prof. Rayna
Nikolova, Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New Bul-
garian University,
e-mail:
rnikolova@nbu.bg.*

*Associate professor
of Administrative Law*

*Areas of specializa-
tion: administrative law,
media law, comparative
law.*

*Author of mono-
graphs and articles in pro-
fessional periodicals in
Bulgaria and abroad.*

*Former Member of
the Council for Electronic
Media of the Republic of
Bulgaria.*

The article discusses that between 1476 and 1695 the British governments devised and used several means to limit or restrict the press in England. It notices that seditious libel laws were used to punish those who criticized the government or the Crown, and it did not matter whether the criticism was truthful or not. The press suffered under licensing laws.

доц. д-р Райна Николова

Цензурата и пресата в Англия през XV–XVII век

Увод

Плод на развитието на други две правни категории „свобода” (свободата на мисълта и свободата на религията), свободата на словото започва да се утвърждава като ценност в Англия през XVI век, когато обществото е разделено в своите религиозни противоречия и кралското върховенство над Църквата се превръща в двигател на протестантската Реформация.

В периода 1476 – 1855 г. са създадени различни начини за ограничаване на пресата в Англия. Законите за клеветата са използвани за подвеждане под отговорност на лицата, критикуващи правителството или Короната, без значение дали твърденията съдържат истина или не. Пресата страда и от т. нар. разрешителни закони, които изисквали предварително позволение от правителството или Църквата преди да се публикуват листовки, памфлети или вестници. Печатът е ограничаван с помощта на финансови механизми – необходимостта издателите да депозират значителни суми в полза на правителството. Тези парични суми са представлявали предварителна глоба, ако се публикуват материали, които по мнението на правителството не би следвало да се отпечатат. Всички тези ограничения показват трудния път, който си пробива правото на свободно изразяване на мнение чрез първото най-масово средство за комуникация – вестника.

1. Предвестниците на печатните медии

През 1476 г. печатарят Уилям Кактън¹ монтира за първи път в Уестминстър печатарска машина. Тогава не съществуват никакви законодателни актове, които да посочват кой може и кой не може да печата. С появата на печатарската машина в края на XV век английското правителство отдава голямо значение на печатането и търговията с книги. Крал Хенри VII (1485 – 1509 г.) демонстрира своя интерес към печатането, създавайки длъжността „първи печатар и издател на Короната“ през 1504 г. С развитието на новата технология основният държавен интерес се свързва с насърчаване и защита на английската издателска търговия, която има водеща роля в Европа. Освен че закрилят търговията, английските монарси от династията Тюдор започват да покровителстват печатането като предоставят привилегии².

Привилегията гарантира на нейния носител правото да се радва на определени икономически облаги, свързани с отпечатането, или на авторско право в по-редки случаи, както и в правото да иска обезщетение от всеки, нарушил привилегията, пред кралските съдилища. Кралските прерогативи в предоставянето на издателски привилегии намират еднакво изражение както това се случвало в останалите сфери на стопанския живот – в назначаване на служители и комитети, които да прилагат политики и закони, в осъществяване на икономическата политика на контрол над търговията, възнагражденията, цените, стоковото производство, разпростира се върху предоставянето на служби, земи, приходи, годишни ренти и др. Правната характеристика на привилегията през XVI век показва, че тя се отнася не само до конкретната личност, но и до неговата собственост и движимо имущество³. Съществуват догадки, че първите подобни привилегии в областта на печатната дейност до 1515 г. са били предоставени в полза на французина Уилям Фак и на Ричард Пинсън. Първата запазена от този период творба, на която има отбелязване в този смисъл, датира от декември 1518 г. и е в полза на Ричард Пинсън. Кралските издатели получават не само заплата, но и право да печатат държавни документи, приети от Короната, някои от които се продавали. Доказателство за наличието на привилегия било означението „*cum privilegio regali*“ (с кралска привилегия), което било модифицирано в периода 1538 – 1547 г. на „*cum privilegio ad imprimendum solum*“ (отпечатано само

¹ Pember, D. *Mass Media Law*, fifth edition. Win C. Brown Publishers, Washington – Seattle, 1990, p. 38.

² Clegg, C. *Press Censorship in Elizabethan England*. University Press, Cambridge, 1997, pp. 6 – 7.

³ В този смисъл издателските привилегии били като кралски разрешения за придобиване или прехвърляне на земи, за въвод във владение, за износ на стоки (бира, дрехи, кожи, дървесина), поддържане на пазари и притежаване на търговски марки, внос на стоки (меки шапки, скъпоценности, кожи, вино, дървесина, вълна), държане на кръчми, продажба на херинга, одиране на кожи.

с привилегия). Притежателят на привилегията (издател, който бил и разпространител на книги) можел да се яви пред Тайния съвет на краля в случай, че било засегнато монополното му право и да поиска преустановяване на нарушението от другия търговец. Постепенно привилегии започнали да се предоставят и за религиозна литература. Привилегиите били с различен обхват – с цел издаването на държавни документи; с цел отпечатването на някои книги и с цел издаването на конкретни книги. Те включвали изключителното право да се отпечатва определено заглавие или заглавия, което не предотвратявало нарушения, но пък давало възможност да се търси защита от Тайния съвет. Това обаче не означавало, че привилегираната творба получавала необходимото одобрение от страна на монарха или парламента. Всеки монарх определял свой кралски издател, наследявайки трона⁴.

Първите по-значими прояви на цензура по отношение на издателския бизнес се появяват при управлението на крал Хенри VIII (1509 – 1547 г.), който въвежда първоначално по отношение на театъра „разрешителна система”. Тя предвижда, че никоя пиеса не може да бъде изпълнена публично, ако не е получила разрешение от висшия кралски сановник – Лорд – шамбелана⁵.

Кралица Мария I (1553 – 1558 г.) издава кралска харта през 1557 г., потвърдена от кралица Елизабет I (1558 – 1603 г.) през 1559 г., с която се създава Регистърът на печатарите. Той е книга за вписвания, поддържана от Дружеството на печатарите, на което е поверена саморегулацията на издателската индустрия, включително печатари, книгоvezци, продавачи и издатели в Англия. Дружеството се появява най-късно сред гилдиите в Лондон, когато повечето професионални организации западат. То съществува в края на XV век и в началото на XVI век и полага усилия да защити интересите на английските търговци от включването на френските им конкуренти на Острова. Регистърът на дружеството издава документ, позволяващ на печатарите да публикуват печатни произведения, и е първоначална форма на защита на авторското право. Уставът на дружеството му позволява да конфискува незаконни издания и да забранява издаването на нелицензирани книги. Кралската харта дава следните привилегии на гилдията по подобие на по-старите професионални общности: правото на собственост върху отпечатаните творби; саморегулация; професионалното развитие на членовете; ангажирането с мерки за защита на търговията от нечленове и недобре работещи. През 1560 г. кралица Елизабет I предоставя правото на петиция в Ситито, както и на съответното официално облекло, което дава правото на дружеството да гласува в Лондон и на парламентарни избори⁶.

⁴ Крал Едуард VI назначава Ричард Графтън (1547 – 1553 г.), наследен от Томас Бърдлет; кралица Мария I Тюдър назначава Джон Кауъд (1553 – 1558 г.). Кралица Елизабет I посочва Ричард Джъдж и Кауъд (1559 г., пожизнено). Clegg, C. Op. cit., p. 8.

⁵ Robertson, G., A. Nicol. *Media Law*, Fifth edition. Penguin Books, 2008, London, p. 3.

⁶ Clegg, C. Op. cit., p. 15.

С появата на памфлета (изобличителна литературна творба с общественополитическа тематика) като литературен жанр правната уредба се променя значително. Създадена е практика на памфлета да се отговаря с памфлет. Съществуват данни за грамотността на английското население, които показват, че 30% от мъжкото селско население и около 80% от мъжкото градско население през XVI век може да чете. Разпространението на информация се извършва както чрез памфлетите, така и устно. Появява се необходимостта да се ограничи свободното разпространение на информация.

Цензурата в Англия се упражнява през XVI век от *Звездната камара*⁷ (Star Chamber). Този орган може да налага глоби, да лишава от свобода, да налага различни телесни наказания. През 1586 г. Звездната камара забранява публикуването на новини в Англия⁸ и позволява да се печатат съобщения от чужбина. Периодичните издания, съдържащи новини, се наричали *corantos*. За първи път думата е употребена в английския език през 1564 г. и навлиза под влияние на френското ѝ значение „*courante*” (бърз танц във френския кралски двор през XVI век), което в превод на английски език означавало бърз, тичащ, текущ⁹. Първият местен английски *coranto* е публикуван от книжаря Томас Арчър през 1621 г. Това периодично издание представлява своеобразен опит на крал Джеймс I да спре вноса на издания от Холандия. През септември 1621 г. Арчър е затворен заради издателска дейност без лиценз. Въпреки това, някой си, наречен с инициалите Н. Б., придобива разрешение да печата преводи. На 24 септември 1621 г. Арчър и печатарят Никълъс Борн започват да издават „Новини от Италия, Германия, Унгария, Испания и Франция”, които съдържат преводи от немски език на континентални сведения за войните в Европа. Периодичността на тези брошури е 5 – 7 дни. Изданието излиза почти до 1640 г. в тираж 250 – 850 на всеки брой. Рождената година на английския печат според доктрината¹⁰ е 1622 г., когато Натанаил Бътър и Никълъс Борн основават първия седмичник

⁷ Звездната камара е специализиран съдебен орган към монарха, функционираше от края на XV до средата на XVII век, създаден да прилага законодателството срещу социално и политически видни представители на обществото, произнасяйки се по граждански и наказателни дела. Заседава в зала, чийто таван е изрисуван като звездно небе, откъдето произтича и името.

⁸ Early History of the English Newspapers – In: British Library Newspapers [on-line]. <http://access.gale.com/gdc/documents/Burney%20Early%20Newspaper%20History.pdf>

⁹ Най-ранният *coranto* датира от 2 декември 1620 г. Той представлява двустранно напечатан лист с новини от 30-годишната война в Европа и е издаден в Амстердам.

¹⁰ Тодоров, Д. Чуждестранна журналистика. Издателство „Наука и изкуство”, София, 1977 г., с. 21.

The Weekly News, носел поредни номера. Изданието придобива формат ин кварто¹¹ и този полиграфичен стандарт се прилага до 1665 г.

На 17 октомври 1632 г. Звездната камара на крал Чарлс I забранява всички новини и вестници от чужбина, „както и Бътър, и Борн, и другите”. Целта е да се възпрепятства получаването на информация за развитието на Тридесетгодишната война. Основните съперници в нея са Хабсбургската династия и съюзниците ѝ и коалиция от антихабсбургски настроени държави. На страната на Хабсбургите воюват Австрия, по-голямата част от германските католически държави, Испания, обединена с Португалия, Папският престол и Полша. Антихабсбургската коалиция се състои от Франция, Швеция, Дания, протестантските владения в Германия, Бохемия, Трансилвания, Венеция, Савоя и холандските провинции, подкрепени от Англия, Шотландия и Русия.

На 11 юли 1637 г. Звездната камара издава декрет под формата на памфлет. Той забранява публикуването на печатни произведения, ако няма съответно разрешение и записване в специалния регистър. Декретът предвижда пререгистрация след изтичане на срока за публикация. Постава изискване за посочване на печатаря и автора на всеки материал. Определя максималния брой майстори-печатари, които имат право да упражняват професията (20); на печатниците; на калфите и чираците, с които може да разполага всеки печатар. Престъпление е работата за нелицензиран издател или печатница. Забраняват се противодържавните, разколнически, обидни по съдържание публикации, които клеветят религията, Църквата, правителството, Ръководителя на Църквата и на държавата, общността, корпорация, конкретно лице или лица. Забранява се вносът на такива издания, като наказанията са конфискация, глоби и затвор. Възниква задължение за депозиране на печатни произведения в публичния регистър на архиепископа и епископ на Лондон, на ректора или заместник-ректора на единия от двата университета (Оксфорд или Кеймбридж), на фелдмаршала на Англия, на министрите, на върховните съдии, на главния феодал.

Забраната за публикуване на информация отвъд територията на Англия действа до 20 декември 1738 г., когато монополът за отпечатване на чуждестранни новини е поверен на Бътър и Борн със задължение да „плащат годишно 10 паунда за възстановяването на „Свети Павел”¹² (през 1561 г. кулата на лондонската катедрала е разрушена от мълния – б. а.)”. Разбира се, запазват се всички онези задължения, които произтичат от декрета от 1637 г. на Звездната камара.

¹¹ Термин, с който на един лист хартия се поставят 4 листа (8 страници) на книгата с размери 24.15 x 30.5 см.

¹² *The Beginnings of English Journalism – In: The Cambridge History of English and American Literature in 18 Volumes (1907 – 1921), v. VII. [on-line].: <http://www.bartleby.com/217/1501.html>*

2. Печатът по време на Гражданската война

През 1640 г. крал Чарлс I свиква след 11-годишно прекъсване Парламента. Още на първото заседание се очертават непримиримите разногласия между депутатите и краля, който отново разпуска Парламента. Това заседание остава в историята като „Късият парламент“. Няколко месеца по-късно монархът е принуден отново да свика Парламента, но този път Парламентът успява да се наложи и още на първото заседание поставя въпроси, целящи да ограничат правомощията на владетеля. Исканията са камарите на Парламента да вземат участие в назначаването и освобождаването на членовете на Тайния съвет и на важните служители в държавата и съда, а решенията на Тайния съвет да са предмет на парламентарен контрол. Този парламент продължава да заседава до 1660 г., затова е наречен „Дългият парламент“.

През 1640 г. „Дългият парламент“ отменя редица кралски декрети, сред които и тези, които забраняват отпечатването на вестници. През 1641 г. е закрит цензурният орган – Звездната камара¹³. Така се появяват нови вестници. Първото периодично издание с национални новини излиза през ноември 1641 г. с наименование „Водещите заглавия от някои обсъждания на този парламент“, последвано от други.

Крал Чарлс I не приема предложените от парламента решения и политическият конфликт в страната се изостря. През януари 1642 г. монархът се опитва да арестува някои членове на Парламента, но не успява. В резултат на конфронтацията избухва Гражданска война, известна още и като „Английската революция“¹⁴. Всяка една от страните в това противопоставяне започва да издава свои вестници: роялистката партия – *Mercurius Aulicus* (1643 – 1645 г.), редактиран от сър Джон Бъркенхед, заменен от *Mercurius Academicus* (1645 – 1646 г.) и списвания отново от сър Джон Бъркенхед *Mercurius Bellicus* (1647 – 1648 г.), а парламентарната партия – *Mercurius Britanicus*, *Mercurius Politicus*. В периода 1642 – 1660 г. във Великобритания излизат над 300 новинарски издания, като някои от тях са единични публикации, свързани с хода на военните действия¹⁵.

По време на дебатите в Парламента е формулирана идеята за свободата на печата. Нейн първи изразител е поетът Джон Милтън, който в своя трактат

¹³ Оксфордска история на Великобритания. Под редакцията на лорд Кенет Морган. Издателска къща „КАМА“, 2005 г., с. 314.

¹⁴ Английска гражданска война е поредица от политически конфликти и въоръжени сблъсъци в Англия между привържениците на краля и Парламента, подкрепен от новосъздадена армия, придружени с религиозна война, които продължават в периода 1642 – 1651 г.

¹⁵ Илиев, В. Печатът във Великобритания: – В: Медите във Великобритания и САЩ. Издателство „ПОЛИС“, 2000 г., с. 30.

*Areopagitica*¹⁶ през 1644 г. заявява, че печатът трябва да оценява обществените събития, да информира и изразява общественото мнение. Той посочва, че разпространението на идеи е основа за моралното и интелектуално развитие на човека. Милтън се противопоставя на налагания разрешителен режим, както и на цензурата на публикации. Той твърди, че усилията на правителствата да „унифицират“ възгледите на гражданите, са дълбоко тиранични. В трактата си изследва различни примери на цензурата, до която, според автора, прибегват неизменно репресивни правителства.

Революцията завършва с успех на парламентаристите, като в хода на войната крал Чарлс I е екзекутиран (1649 г.), а неговият син – Чарлс II след бягство във Франция, завръщане в родината, провъзгласяване за крал и претърпяно поражение в битката при Устър през 1651 г. бяга повторно в изгнание.

3. Печатът през Републиканския период

В периода 1649 – 1660 г. Англия е република. От края на 1653 г. до септември 1658 г. управлението на държавата се осъществява от лорд-протектора Оливър Кромуел, който през 1655 г. издава закон, забраняващ отпечатването на памфлети и създаването на печатници. В резултат на това на медийния пазар остават само два вестника – *Mercurius Politicus* („Политически новини”, който се появява на 13.06.1650 г., излиза всеки четвъртък и в него подкрепящият някога свободата на медиите Джон Милтън заема длъжността „цензор”) и *Public Intelligence* („Обществени новини”, който излиза всеки понеделник)¹⁷. В първия от тях се появяват реклами на книги. През 1657 г. излиза от печат първият специализиран вестник, публикуващ само реклама – *Public Adviser* („Обществен рекламист”)¹⁸. Първата реклама на чай се появява на 30 септември 1658 г. в *Mercurius Politicus*.

Може да се направи извод, че от гледна точка на свободата на печата, както и за други сфери на обществения живот Английската революция има твърде малко последици, свързани с ограничаване на властта на Короната. Кралските прерогативи през 80-те години на XVII век твърде малко се различават от онези,

¹⁶ Наименованието на памфлета *Areopagitica: A Speech of Mr John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (Ареопагитика: Реч на г-н Джон Милтън за свободата на нелицензирания печат пред Парламента на Англия) се свързва с Хълма Арес (бог на войната) по името на мястото, където било седалището на Върховния съд на Атина, упражнявал цензурата в Древността [on-line]. <http://www.britannica.com/topic/Areopagitica>

¹⁷ Тодоров, Д. Цит. съч., с. 23.

¹⁸ Ромат, Е. Реклама, четвърто преработено и допълнено издание. Издателство „Питер”, Санкт Петербург, 2001 г., с. 28.

които съществуват към началото на столетието¹⁹. Единственото по-значително отслабване на кралската власт нанася законодателството от 1641 г., което премахва онези съдилища и съвети, които са под непосредствения контрол на владетеля, включително Звездната камара. Тези свободи обаче твърде бързо са потъпкани с налагането на репресии и забрани от страна на републиканското управление, което се оказва не по-малко тиранично от властта на монарха. През републиканския период цензурата е основен механизъм за контрол върху свободното разпространение на идеи. На практика промяна в правното положение на вестниците в сравнение с предходния исторически период не съществува.

4. Печатът и Реставрацията

През 1660 г. на английския престол се възкачва Чарлс II. На първо място, както се случва и при предшествениците му, кралят възприема за свой прерогатив властта си да дава привилегии, както и да цензурира печата. Един от първите актове след неговото завръщане на власт е да прокламира призив да се унищожат творбите на главните опоненти на кралската власт – Джон Милтън и Джон Гудуин²⁰.

През юни 1660 г. Парламентът забранява да се публикуват доклади от протичащите в него политически дебати. Същия месец Тайният съвет, действайки от името на краля, назначава Джон Бъркенхед, някогашен редактор на *Mercurius Aulicus*, като първи Контрольор по печата, който заема длъжността до август 1663 г. и едновременно с това е главен редактор на *Intelligencer* и *Mercurius Publicus* в периода 1661 – 1663 г.²¹ През юли 1660 г. Тайният съвет издава обща забрана относно публикуването на новини, като определя, че това може да става по изключение в изданията на Хенри Мъдиман²² *Parliamentary Intelligencer* и *Mercurius Publicus*.

¹⁹ Оксфордска история на Великобритания. Под редакцията на лорд Кенет Морган. Издателска къща „КАМА”, 2005 г., с. 313.

²⁰ Джон Гуудуин (1594 – 1665 г.) е виден английски теолог, поддръжник на парламентарната кауза по време на Гражданската война. През 1643 г. в произведението си *A Bone for a Bishop* („Кост за епископ”) оспорва божественото право на кралете. Виж в John Goodwin. Encyclopædia Britannica [on-line].

<http://www.britannica.com/biography/John-Goodwin>

²¹ Berkenhead (Birkenhead), John (1617 – 1679). In: *The History of Parliament: the House of Commons 1660-1690*, ed. B. D. Henning, 1983. [on-line].

[http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1660-1690/member/berkenhead-\(birkenhead\)-john-1617-79](http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1660-1690/member/berkenhead-(birkenhead)-john-1617-79)

²² Хенри Мъдиман (1629 – 1692 г.) подкрепя роялистката партия по време на Гражданската война, като се превръща в привилегирован издател след възстановяването на монархията през 1660 г. Той се ползва с подкрепата на генерал Джордж Монк и така ус-

Държавните документи от първите седем години на управлението на Чарлс II свидетелстват за множество доклади за готвени метежи. По тази причина и според свидетелствата на Първия съветник на краля – Кларендън много невинни мъже са изпратени в затвора. Министрите на краля не само контролират живота на „републиканците“ и последователите на Кромвел, но и предприемат превантивни мерки срещу публикации, съдържащи антимонархична пропаганда²³. Чарлс II се възползва, за да насочи министрите, Контрольора по печата, кмета на Лондон или Дружеството на книжарите към това да конфискуват нежелани публикувани текстове. Министрите често предизвикват арестуването или затварянето на тези, които участват в производството или разпространението на противодържавни клеветнически издания. Те нареждат издирването и конфискуването на публикациите. Измяната, извършена чрез печата, е цензурирана по реда на Закона за измяната (Treason Act) от 1661 г.

Тези различни методи на регулаторен контрол представляват комбинация от изрична забрана на определен материал или търсене на наказание за нежелани текстове преди тяхното публикуване. Това е израз на силното желание да се упражни пълен идеологически контрол, довел до приемането през юни 1662 г. на Закон за разрешенията (Licensing Act), чието пълно наименование е *An Act for preventing the frequent Abuses in printing seditious treasonable and unlicensed Bookes and Pamphlets and for regulating of Printing and Printing Presses*²⁴. Първоначално срокът на действие на юридическия акт е определен на 2 години. По своята същност Законът за разрешенията е завръщане към разпоредбите за вноса на книги, определянето на лицензиантите, посочване на броя на печатарите, които фигурират в декрета на Звездната камара от 1637 г., но с тази разлика, че актът е издаден от Парламента. Законът забранява всяко издание – книга, вестник, брошура или друго да „подбужда към бунт или може да подбуди към бунт“. Срокът му е подновяван неколkokратно до 1679 г., като след тази дата ограниченията по отношение на свободата на печата се изразяват в съдебно преследване за клевета.

Според Закона за разрешенията правомощието да търси отговорност за издаването на непрепоръчителни нелицензирани материали принадлежи на Контрольора по печата, който се намира на подчинение на министрите. През

пява да измести от водещата роля в издателския вестникарски бизнес, която има антироялистки настроеният и с голямо влияние по времето на Оливър Кромвел журналист Марчимон Недем. Виж в статията Henry Muddiman. *Encyclopædia Britannica*. [on-line]. <http://www.britannica.com/biography/Henry-Muddiman>, посетена на 7.03.2016 г.

²³ Walker, J. The Censorship of the Press during the Reign of Charles II – In: *History*. New Series, Vol. 35, No. 125 (October, 1950), p. 219.

²⁴ Законът е отменен през 1863 г. от специален законодателен акт – Statute Law Revision Act.

август 1663 г. длъжността е поета от страховития сър Роджър Л'Естриейндж²⁵, който остава на този пост до 1688 г. и независимо че заема тази висока държавна длъжност, по поръчение на краля издава три всекидневника – два от които в периода 1663 – 1666 г.: *The Intelligencer* („Осведомител“) и *The News* („Новините“), впоследствие обединени в общо издание, както и *The Observer* („Наблюдател“) в периода 1681 – 1687 г., а и публикува редица памфлети (първообрази на статии) в подкрепа на правителството, което дава основание на доктрината да го определя като по-добър памфлетист отколкото журналист²⁶. По този начин монополът да се печатат издания, принадлежал до този момент на Хенри Мъдиман, е предоставен на друг фаворит на краля.

Когато поради избухналата в Лондон чумна епидемия монархът се премества в Оксфорд, той се разпорежда да започне издаването на служебен вестник за нуждите на кралския двор, в който се публикуват официални държавни съобщения и актове на Короната. Това става на 7 ноември 1665 г. и изданието носи названието *Oxford Gazette*²⁷ („Оксфордски вестник“). На следващата година със завръщането на владетеля в столицата на 5 февруари 1666 г. изданието е преименувано на *London Gazette* („Лондонски вестник“) и излиза под № 24, като периодичността му е два пъти седмично. Негов издател става сър Джоузеф Уилямс, а редактор – Хенри Мъдиман. Двамата продължават да публикуват и бюлетини (Newsletters) до 1675 г., когато правителството безуспешно се опитва да потисне новинарските издания²⁸.

²⁵ Сър Роджър Л'Естриейндж (1616 – 1674 г.) е един от първите английски журналисти и памфлетисти. През 1644 г. ръководи конспирация в полза на крал Чарлс I, заради което е осъден за шпионаж и излежава присъда в затвор в продължение на 4 години, като бяга в изгнание в Холандия и през 1653 г. е амнистиран от Оливър Кромуел. Ревностен привърженик на роялистката кауза по време на Английската гражданска война и републиканския период (1649 – 1660 г.), възнаграден за своята вяност с поста Контрольор на пресата, той започва да дава разрешение за отпечатване на вестници и книги. „Славната революция“ (1688 – 1689 г.), в която крал Джеймс II губи трона, коства на Л'Естриейндж поста на цензор. Преводач на „Басните на Езоп“, той е автор на множество публицистични произведения. Sir Roger L'Estrange. Encyclopædia Britannica. [on-line]. Посетена на 1.03.2016 г. на адрес: <http://www.britannica.com/biography/Roger-LEstrange>

²⁶ The Beginnings of English Journalism – In: The Cambridge History of English and American Literature in 18 Volumes (1907 – 21), v. VII. [on-line]. Посетена на 8.03.2016 г. на адрес: <http://www.bartleby.com/217/1508.html>

²⁷ Думата „gazetta“ е заета в английския език от френския език, който я възприема от италианския. На италиански език думата придобива масов характер в началото и средата на XVI век, когато първите венециански вестници се продавали за монета, наричана „gazetta“.

²⁸ The Beginnings of English Journalism – In: The Cambridge History of English and American Literature in 18 Volumes (1907 – 21), v. VII. [on-line]. <http://www.bartleby.com/217/1508.html>.

Ежеседмичният бюлетин с новини и други съобщения относно дейността на парламента и съда, изпращан на абонати в провинцията през XVII в. и XVIII в., получил голяма популярност като средство за масова информация. Тези бюлетини, които съдържали гъсто написан текст на единичен лист със съвременни размери, били озаглавени „Уайтхол“²⁹, за да си придадат по-голяма значимост и покажат привилегиата, че получават непосредствено информация от първоизточника, не носели подпис. Бюлетините били разпращани по пощата два пъти, а понякога и по-често, в седмицата безплатно или срещу такса от 5 паунда годишно. Известен е случай, когато Чарлс II бива особено раздразнен от публикацията през 1676 г., в която се посочвало, че в изпратената срещу Алжир флотилия, ръководена от сър Джон Нарбъроу, плавал като капитан и херцог Монмът – извънбрачен син на краля. Публикацията е приписана първоначално като авторство на Мъдиман, който е изправен пред Тайния съвет на краля. По несъмнен начин било доказано, че създател на тази информация е високопоставен служител на издателя Уилямс, който мигновено бил уволнен. На следващата година Мъдиман е арестуван заради публикувано „уверено твърдение, че испанците планират война срещу Англия“. Липсват сведения за това, че той остава в затвора или са предприети по-строги мерки в резултат на тази статия. В периода между 1679 г. и 1685 г. се появяват няколко нелицензирани вестника.

5. Регулация на печата в края на XVII век

След смъртта на Чарлс II, който няма законни наследници, английският престол е зает от брат му крал Джеймс II през 1685 г. Принадлежащ към Римокатолическата вяра, той влиза в религиозни противоречия с Парламента още през 1673 г., когато открито се противопоставя на решението католиците да бъдат лишени от правото да заемат държавна служба, като напуска длъжността „лорд-адмирал“. През 1679 г. в Парламента е отправено предложение той да бъде изключен от реда на наследяване на Короната, но решението не е взето, тъй като Чарлс II разпуска законодателния орган.

Първите месеци от управлението на Джеймс II са посветени на това новият крал да се противопостави на въстанието на протестантите, предвождани от херцог Монмът. Той успява да потуши бунта и да обезглави конкурента си за трона. Кризата настъпва, когато през 1688 г. втората му съпруга – италианска

²⁹ „Уайтхол“ (Whitehall) е улица в Лондон, на която днес се намират правителствените учреждения. В миналото улицата носи своето наименование от построяния през XIII век на нея Дворец „Уайтхол“ по името на използвания строителен материал – бял камък. След двореца „Уестминсър“ по решение на крал Хенри VIII дворецът „Уайтхол“, който до този момент принадлежал на разжалвания вече кардинал Уолси, се превръща в основна резиденция на английските монарси в Лондон в периода 1530 – 1698 г. Страдата е унищожена в по-голямата си част по време на пожара през 1698 г.

принцеса Мария ди Модена ражда син – Джеймс Франсис Едуард Стюарт. Така сред депутатите възникват основателни опасения, че на английския престол ще се възкачи отново крал – католик. Надеждите на противниците на краля, че той ще бъде наследен от дъщеря му от първия брак с протестанката Ан Хайд – Мария (също протестантка), омъжена за първия си братовчед и принц на Оранж Вилем, са попарени. Разтревожени от католицизма на краля и близките му връзки с Франция, ключови лидери на торите се обединяват с членове на опозиционните виги в Парламента и се заемат да решат кризата като поканят най-голямата кралска дъщеря Мария и Уилям Орански да заемат съвместно трона в Англия. Избухва т. нар. Славна революция. Крал Джеймс II емигрира във Франция, а Парламентът приема, че той е абдикирал и провъзгласява кралица Мария II Стюарт и Уилям III за владетели на Англия, Шотландия и Ирландия.

През 1689 г. двамата монарси издават Декларация за правата (*Bill of rights*) – конституционен акт, чието подписване от владетелите се е превърнало в условие да заемат английския престол. В Декларацията за правата свободата на изразяване на мнение се свързва с депутатския имунитет: „Свободата на словото, разискванията и решенията в заседанията на парламента не могат да бъдат ограничавани или поставяни на обсъждане пред никой съд и никъде извън парламента” (чл. 9).

През 1693 г. волята за подновяване на действието на Закона за разрешенията е отслабена, но въпреки това срокът е продължен с 2 години. Чуват се все повече гласове срещу монопола на Дружеството на печатарите в лицензионната дейност. След Джон Милтън, който критикува през 1644 г. дружеството на база на отношенията, които е имал по повод разрешителната ѝ дейност, упреквайки Парламента, че е бил заблуден от стари патентоприетатели и монополисти в разпространението на книги при вземането на решение в полза на Дружеството на печатарите, атаката е подета от Джон Лок, който заявява, че системата на контрол е порочна и затруднява свободната размяна на идеи. Оформянето на основните политически партии и необходимостта от привличането на привърженици, които да се включат активно в политическия процес, изискват обменът на идеи да бъде по-интензивен. А тази тенденция бива възпрепятствана от контрола върху пресата.

В тази политическа обстановка през 1694 г. е образувана комисия в Камарата на Общините, която трябва да анализира текущото законодателство и да препоръча подновяването, изменението или прекратяването на определени нормативни актове. Комисията предлага Законът за разрешенията да не бъде подновен, но Камарата на Лордовете връща това предложение с очакването да постъпи доклад за подновяването му. За целта е назначена друга комисия, оглавена от Едуард Кларк. На 18 април 1694 г. той се среща с представители на Камарата на Лордовете и ги убеждава Законът за разрешенията да прекрати своето действие. През 1695 г. Парламентът гласува решение, с което отменя предварителната цензура.

Заклучение

Резултатът от „Славната революция” за пресата е благоприятен – изоставяне от страна на краля на прамомощията във връзка с управлението на медиите. В края на XVII век се появяват сутрешни издания, които задоволяват обществения глад откъм новини и коментари, излизайки три пъти седмично: *The Post Boy*, „Пощальончето” (1695 – 1728 г.) и *The Post Man*, „Пощальонът” (1695 – 1730 г.). Макар до 1712 г. да съществуват опити за реставрация на лицензионната система в ролята ѝ на цензура, тя никога не успява да се наложи отново. Задачата да се ограничава редакционното слово през XVIII век се изпълнява от законите, които въвеждат т. нар. данъци върху знанието.

Ключови думи

*Върховенство
на правото, правна система,
формални стандарти,
ефективност на правото,
правна сигурност
и предвидимост*

Key words

*Rule of Law, Legal
System, Formal Standards,
Effectiveness of Law, Legal
Certainty and Predictability*

Denitza Topchiyska, Ph. D.

**Formal Standards
in the Concept
of the Rule of Law**

**Denitza
Topchiyska, Ph. D.**

*Member of
the Law Department of
New Bulgarian University,
e-mail:
denitza.t@gmail.com*

*Areas of specializa-
tion: legal theory and
information society law*

*Author of mono-
graphs and articles in pro-
fessional periodicals in
Bulgaria and abroad.*

The article analyses the formal standards in the concept of the rule of law. Their content is dynamic and is defined as a reflection of the main functions of law, namely guiding the behaviour of individuals and balancing of interests in the society. The aim of the research is to reach conclusions on the concretization of the standards in the context of modern legal theory and present social challenges.

гл. ас. д-р Деница Топчийска

Формални стандарти в концепцията за върховенство на правото

От гледна точка на правната теория, върховенството на правото е нормативна концепция, идеал за изграждането и функционирането на правната система. Сложността при нейното разбиране е резултат от единството на етически, политически и правни елементи, които са основа за многообразие от дефиниции. В съвременното общество концепцията за върховенство на правото е необходимо да отговори на две основни предизвикателства. От една страна, тенденцията към засилване на значението на международното и транснационалното право в контекста на идеята за глобализация, и от друга страна, необходимостта от дефиниция, която да бъде практически приложима.

Съвременната концепция за върховенството на правото е изградена от формален и материален елемент. От формална страна тя включва съвкупност от изисквания, насочени към формата на правото и институционалния механизъм, които се основават на принципите на формалната справедливост. От материална страна минималното съдържание на концепцията за върховенство на правото изисква защитата на индивидуалните права и по-специално, правата на човека, които са задължителен елемент на социалната справедливост.

В настоящата статия се анализират стандартите, които формират формалния аспект на концепцията за върховенството на правото. Целта на изследването е да се достигне до заключения относно тяхното конкретизирането в контекста на модерната правна теория и предизвикателствата на съвременното общество.

Формалният елемент от концепцията за върховенството на правото е насочен към характеристиките, на които трябва да отговаря правната система, за да изпълнява социалните си функции¹. Той обхваща стандарти, които са средства и

¹ С оглед на минималното съдържание, тези концепции се определят също като „тесни“ („thin“), за разлика от широките („thick“) концепции, които включват и материални изисквания към правото.

предпоставка за ефективността на правото, която се преценява с оглед възможността на правната система да постигне социалните функции, към които е насочена, а именно регулиране на поведението на лицата и балансиране на конкуриращите се интереси.

Стандартите във формалните теории са морално неутрални, както в теорията на правния позитивизъм. Разгледана през аспекта на позитивното право доктрината за върховенството на правото се трансформира в правен принцип, който има комплексен характер. Поради своята значимост, стандартите в него също се възприемат като самостоятелни позитивноправни принципи, като например принципа на законността, принципа за разделение на властите и т.н. По-надолу ще бъдат анализирани и систематизирани основните стандарти в концепцията за върховенство на правото, насочени към формата и институционалния механизъм на правото, въз основа на достиженията в англосаксонската и континенталната правна теория.

1. Общ характер и формална справедливост

Първият стандарт във формалната страна на концепцията за върховенство на правото е свързан със същността на правото. Изграждането на правната система на основата на общи правила за поведение е предпоставка за нейната стабилност, последователност и съгласуваност². Същевременно чрез тях се насърчава формалната справедливост в правото, която изисква лицата, които принадлежат към една и съща категория, да бъдат третирани по еднакъв начин³. Тъй като общите правила са насочени към категория от лица или социални групи, те не позволяват привилегии или дискриминация по отношение на конкретно лице. В съответствие с възприетия теоретичен модел изискванията на формалната справедливост могат да бъдат насочени не само към процеса на прилагане на правото, но и по отношение на неговото създаване⁴.

Изискванията за недискриминация и равно третиране в рамките на правото в някои модели за върховенството на правото се разглеждат като самостоятелни стандарти. Те забраняват всяко неравно третиране, което е необосновано, и изискват възможност за съдебна защита в случай на такова⁵. Специални привилегии могат да бъдат въведени в законодателството единствено по изключение, с оглед

² Fuller, L. *The Morality of Law* (Revised Edition). USA: Yale University Press, 1963, p. 46.

³ Perelman, Chaim. *The Idea of Justice and the Problem of Argument*. London: Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 15.

⁴ Bingham, T. *The Rule of Law*. UK: Penguin Books, 2011.

⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Rule of Law Checklist*, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 18.

постигането на легитимна цел и в съответствие със стандарта за пропорционалност⁶.

Възможността да предоставя сигурност зависи от друга формална характеристика на правото, а именно неговата абстрактност, която позволява определени последици да бъдат свързани с извършването на действия, които са типични, и поради това са предвидими и повтаряеми. В този смисъл абстрактната правна норма се отличава от индивидуалния правен акт, който задължава конкретно лице или групи от лица да извършат определено действие с определена цел. За разлика от общата норма, действието на индивидуалния акт се изчерпва с осъществяването на предвиденото в него поведение⁷. Чрез общия и абстрактен характер на правните правила се ограничава опасността от произволна власт и същевременно се предоставя сигурност на лицата, тъй като последиците от техните действия в рамките на правото са предвидими.

Концепцията за върховенство на правото обаче не може да бъде изградена върху разбиране за правото единствено като съвкупност от отворени, общи и относително стабилни правила, тъй като нито една правна система не може да отговори на такова изискване⁸. Липсата на индивидуални правила, насочени към конкретно поведение и лица, е пречка за функционирането на правната система⁹. В този смисъл стандартът в рамките на концепцията за върховенство на правото, който изисква наличието на общи правила за поведение, не изключва възможността в правната система да съществуват индивидуални правила за поведение. Те са необходими, тъй като чрез тях се индивидуализират общите норми по отношение на конкретни лица и обстоятелства. Чрез индивидуалните правила съдебната и изпълнителната власт изпълняват своите функции, възложени им в рамките на общите правни правила. В този смисъл, за да може правото да изпълнява своите функции ефективно, са необходими както общи нормативни правила, така и специални правила.

Концепцията за върховенство на правото е насочена към всички актове, които отговарят на условията за валидност в правната система. Това включва конституцията, законите, подзаконовите актове на изпълнителната власт, актовете на други институции и юридически лица и т.н. Стандартът правото да е изградено на основата на норми с общ характер не изключва съществуването на индивидуалните норми в правото, а изисква индивидуалните норми да бъдат приети на основата на норми с общ характер, от които произтича тяхната валидност.

⁶ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 18.

⁷ *Bobbio, N.* The Future of Democracy (a Defense of the Rules of the Game). USA: University of Minnesota Press, 1987, 142.

⁸ *Raz, J.* The Authority of Law (Essays on Law and Morality). USA: Oxford University Press, 1979, p. 208-226.

⁹ *Kramer, M.* Objectivity and the rule of law. USA: Cambridge University Press, 2007, p. 110.

2. Яснота, точност, разбираемост

Стандартът за яснота изисква правните текстове да бъдат ясни и точни, така че да могат да бъдат разбрани от адресати, към които са насочени, както и да бъдат предвидими с оглед на техните резултати¹⁰. За да бъде осъществен този стандарт е необходимо правните правила да бъдат изразени с термини, които са ясни, очевидни и недвусмислени. Само по този начин адресатите ще могат да съобразят поведението си с правото. Ако правните норми не са формулирани по ясен начин, правната системата като цяло няма да може да осъществи своята основна функция да насочва поведението на лицата, като посочва кое е позволеното и забраненото поведение.

Стандартът за яснота се отнася към всички правни актове, като в теорията се приема, че неговото изпълнение не трябва се преценява с оглед на знанията на обикновения човек¹¹. Юридическият език съдържа много понятия и термини, чието разбиране изисква юридическо образование. В този смисъл критерият, който се възприема от гледна точка на теорията, е формулирането на нормите да бъде разбираемо за компетентния юридически експерт в съответната правна система¹². Поради това важен аспект на стандарта за яснота е наличието на юридическа професия, чрез която нормативните формулировки на правните норми да стават разбираеми и достъпни за техните адресати.

Във всяка правна система съществуват текстове, които не са достатъчно ясни. Една от важните причини за съществуването на определена неяснота във всеки правен режим е конкуренцията между стандартите за яснота и общ характер на правото. Колкото по-общо е формулиран правния текст, толкова по-голям е рискът от неясноти и противоречия в процеса на неговото тълкуване и прилагане¹³. Регулирането на определени политики изисква по-широко формулирани нормативни текстове, които дават възможност за по-гъвкави и съобразени с конкретния контекст решения от страна на правоприлагащите органи. Абстрактността на правните норми обаче може да ги направи неясни дори за юридическите експерти. В този смисъл неяснотите и неточностите в правото е вероятно да подведат или объркат неговите адресати, като ограничат неговата възможност да изпълнява своите функции. В практиката на Европейския съд по правата на човека се приема, че нормата не може да бъде разглеждана като „право“, ако не е формулирана с достатъчна прецизност, така че да даде възможност на гражданите да регулират своето поведение – да предвиждат, до степен, която е разумна в обстоятелствата, последиците, с които може да е свързано дадено действие¹⁴.

¹⁰ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 16 въз основа на ECtHR *The Sunday Times v. United Kingdom* (No. 1), 6538/74, 26 April 1979, par. 49.

¹¹ Kramer, M. *Objectivity and the rule of law*. USA: Cambridge University Press, 2007, p. 123.

¹² Kramer, M. *Objectivity and the rule of law*. USA: Cambridge University Press, 2007, p. 123.

¹³ Fuller, L. *The Morality of Law* (Revised Edition). USA: Yale University Press, 1963, p. 63 ff.

¹⁴ *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 E.H.R.R.245, 271, par. 49.

3. Липса на противоречия

Този стандарт изисква да е налице съгласуваност между правилата в правната система. Липсата на противоречия между правните норми е основна предпоставка, за да може правото ефективно да изпълнява своите функции.

От гледна точка на теорията за субективните права, Крамър разграничава два типа основни случаи, в които липса съгласуваност между правните норми¹⁵. От една страна, е възможно в правната система да съществуват задължения, които са в конфликт. Конфликт съществува, когато правото задължава дадено лице за определено действие или бездействие и едновременно с това го задължава да се въздържа от него. От друга страна, противоречие съществува и когато предвиденото правно задължение за дадено лице да извърши нещо съществува едновременно със свободата да се въздържа от него. За разлика от конфликта между задълженията, задължението и свободата, според Крамър, не могат да съществуват съвместно. Във всеки момент само един от двата варианта е действителен или едно лице е носител на задължение, само ако не разполага с правната свобода да се въздържа от него.

Независимо от конкретната форма, противоречията в правото намаляват неговата възможност да насочва поведението на лицата и създават предпоставки за произволно упражняване на власт. В този смисъл този стандарт е абсолютно изискване, за да може правната система да осъществява своите социални функции.

4. Възможност за изпълнение

Следващият стандарт на концепцията за върховенство на правото изисква правните правила да не бъдат извън възможностите на своите адресати. Те не трябва да изискват нещо невъзможно или да имат чисто символичен ефект. Като всички други изисквания в концепцията за върховенство на правото и този стандарт произтича от основните функции на правото да насочва ефективно поведението на адресатите.

В правната теория се посочва, че този стандарт не е абсолютен. В правото съществуват отворени стандарти, като например „с грижата на добър стопанин“¹⁶ или „с грижата на добър търговец“¹⁷, на които някои от лицата, към които те са насочени, не могат да отговорят. И докато според някои теории изискванията на правото трябва да се съобразят със слабостите на лицата, които не могат да бъдат поправени, други теоретични модели, които са с повече влияние в съвременното общество, приемат, че при създаването и прилагането на правото не трябва да

¹⁵ *Kramer, M. Objectivity and the rule of law. USA: Cambridge University Press, 2007, p. 127.*

¹⁶ Чл. 63, ал. 2; чл. 231, ал. 2 от Закона за задълженията и договорите.

¹⁷ Чл. 33, ал. 1; чл. 237, ал. 2; чл. 268, ал. 4 от Търговския закон.

има такъв подход¹⁸. Еднообразното прилагане на правото е желателно, доколкото то е условие за спазването на другите стандарти в концепцията за върховенството на правото.

5. Ограничаване на нормите с обратно действие

За да може правото ефективно да осъществява своите функции, е необходимо правните норми да имат действие занапред. Действието на нормите има значение както за адресатите на правото, така и за органите, които прилагат правото. От една страна, поведението на лицата може да бъде насочвано, единствено ако те предварително знаят своите права и задължения. От друга страна, ако се допусне регламентиране на обществените отношения чрез норми с обратно действие, това би довело до възможност за упражняване на произволна власт.

Принципът за действие занапред на правните актове не е абсолютен, като в някои случаи, отклонения от него са допустими. Например, когато е необходимо да се поправят нежелани последици от приети нормативни актове. За да се обосноват случаите, в които ретроактивните правила (правилата с обратно действие) са допустими, е необходимо да се анализира зависимостта между този стандарт и останалите изисквания, включени във формалния аспект на принципа за законност¹⁹.

Независимо че са допустими отклонения от този стандарт, тяхната употреба е необходимо да бъде ограничена²⁰. В този смисъл действа общият принцип, че не може да има наказание, без да е извършено нарушение (“*Nulla poena sine lege*”) и съществуват особени правила в наказателното, административното и гражданското право. Недопустимо е от гледна точка на концепцията за върховенството на правото да бъдат наказвани или поставяни в неблагоприятно положение лица за престъпления или нарушения на закона, които не са били незаконни, по времето, когато са извършени („*Nullum crimen sine lege*“). Изключения от този принцип са недопустими в наказателното право. В гражданското и административното право могат да бъдат въведени правила с ретроактивно действие единствено с оглед на преобладаващ обществен интерес, като се съблюдава принципът на пропорционалността²¹. Независимо че този стандарт от концепцията за върховенството на правото не е абсолютен, следва да се отбележи, че отклонения от него са допустими в много по-малка степен, отколкото от останалите стандарти.

¹⁸ *Kramer, M.* Objectivity and the rule of law. USA: Cambridge University Press, 2007, p. 13.

¹⁹ *Fuller, L.* The Morality of Law (Revised Edition). USA: Yale University Press, 1963, p. 54 and ff.

²⁰ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 16.

²¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 16.

6. Стабилност на правото

Според този стандарт правните правила трябва да останат възможно най-постоянни, тъй като тяхната честа промяна води до несигурност и невъзможност да се следват изискванията на правото. Стабилността на правото е необходима, за да бъде насочвано поведението на адресатите и те да могат да планират своите дейности както в краткосрочен, така и в дългосрочен план²².

Стандартът за постоянство на правото не изключва нормативните промени, а по-скоро насочва вниманието към ограниченията в честотата и обема на трансформация на нормите в правната система, които са основни за нейното функциониране. Когато изискванията на правото, свързани с права и задължения за лицата, се променят често в голям обем, лицата не могат да възприемат правото в своята практика. В такъв случай тяхното поведение до голяма степен не се ръководи от правните норми и така, основната функция на правото не може да се осъществи.

Изискването за стабилност на правните актове е гъвкав, а не абсолютен принцип. Необходимостта от промяна на правните норми е свързана с непрекъснатите социални промени и технологичното развитие. Ако правната система не се актуализира продължително, ще бъде нарушен стандартът за последователност от концепцията за върховенство на правото, който изисква съответствие между формулирането и прилагането на правните норми. Продължителната статичност на правните норми е свързана с неяснота при прилагането им, поради настъпилите промени от момента на тяхното приемане до момента на тяхното прилагане. В този смисъл стандартът за стабилност на правната система е необходимо да бъде внимателно прилаган, като бъде съобразен със спецификите на управленските политики, а промените в нея е необходимо да се осъществяват като резултат от обществен дебат.

7. Последователност

Според този стандарт прилагането на правните правила трябва да бъде последователно, систематично и съгласувано, като се ограничава противоречивата практика. Независимо че в много аспекти е обобщение на другите стандарти в концепцията за върховенството на правото, в теорията се приема, че той също така е отделно изискване, което е свързано със съвкупност от потенциални проблеми²³.

Стандартът за последователност в правото изисква обективно, безпристрастно и последователно прилагане на правните норми от страна на изпълнителната и съдебната власт, като изисква високо качество на тълкуването на правните

²² *Raz, J.* The Authority of Law (Essays on Law and Morality). USA: Oxford University Press, 1979, p. 208-226.

²³ *Kramer, M.* Objectivity and the rule of law. USA: Cambridge University Press, 2007.

норми. Чрез тълкуването е необходимо да се достигне до точното значение на нормативните текстове, което е предпоставка за стабилност и последователност при тяхното прилагане. В този смисъл изискването за последователност предполага специална юридическа подготовка и професионализъм на органите, които прилагат правото с оглед интерпретирането на правните текстове. Изискването за последователност и непротиворечивост в съдебната практика е важен аспект от концепцията за върховенството на правото, чрез който се постига правна сигурност и ефективно прилагане на правото, за което е необходима *ex ante* и *ex post* оценка на законодателството²⁴.

За да бъде спазен стандартът за последователност е необходимо процедурата по издаването на индивидуалните правни правила, чрез които се прилага правото, да бъде осъществявана в рамките на отворени, стабилни, ясни и общи правила. Условие, за да бъде приложен този стандарт, е безпристрастността на органите, които прилагат правото. Различните фактори, които могат да отклонят от безпристрастността, като лични интереси или предразсъдьци са фактори, които пречат за точното прилагане на нормативните актове. Липсата на безпристрастност води до различия между формулирането на правото и прилагането на правото. Тясната зависимост между формулирането на правото и прилагането на правото е абсолютно необходимо условие за ефективното функциониране на правната система и затова е елемент от принципа за върховенство на правото.

8. Публичност и достъпност

Този стандарт в концепцията за върховенството на правото изисква нормативните актове да бъдат публично оповестени преди влизането им в сила, така че да бъдат достъпни за своите адресати²⁵. Той е насочен към постигането на няколко цели. От една страна, възможността за достъп до съдържанието на нормативните актове е предпоставка правото да осъществи своята функция да насочва поведението в обществото. Чрез предварително оповестяване на нормативните актове се дава възможност на техните адресати да планират своите действия в съответствие с предвидените в тях права и задължения²⁶. От друга страна, публичното оповестяване е предпоставка за възможността да бъде оспорено съдържанието на правните актове. То е необходимо също така и с оглед осъществяването на контрол върху действията на институциите, на които е възложено тяхното прилагане²⁷.

²⁴ Report on the Rule of Law adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (25-26 Mar. 2011), Council of Europe Doc. CDL-AD (2011) 003, Study No. 512, p. 10.

²⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 15.

²⁶ Fuller, L. *The Morality of Law* (Revised Edition). USA: Yale University Press, 1963, p. 51.

²⁷ Fuller, L. *The Morality of Law* (Revised Edition). USA: Yale University Press, 1963, p. 51.

В контекста на принципа за публично оповестяване на правните актове се поставя въпросът кои актове трябва да бъдат оповестени и къде. За да изпълнява правото своите функции е необходимо да бъдат оповестени всички актове, които оказват влияние върху правната сфера на лицата, но е възможно начините на тяхното оповестяване да бъдат различни. Стандартът за публично оповестяване на нормативните актове изисква те да бъдат адекватно оповестявани, т. е. техните адресати трябва да могат да достигнат до съдържанието им без особени затруднения²⁸. Начинът, по който актовете стават достъпни, е необходимо да бъде съобразен с националния контекст и конкретни социални фактори, като образование и икономическо състояние на населението²⁹. Той може да включва електронни текстове, печатни текстове или друг начин, като съдържанието следва да бъде предоставено на цена, която адресатите на нормативните актове да могат да си позволят. Този стандарт се свързва също така с изискване да бъдат поддържани консолидирани версии на нормативните актове, които са публично достъпни и съдържат ясно отбелязване на отменените и изменените текстове³⁰.

Изискването за публичност в концепцията за върховенство на правото не се отнася само до съдържанието на актовете, с които се засяга правната сфера на лицата и съдържат права и задължения, но и до процедурата, чрез която се създават, променят и прилагат нормативните правила. В теориите за правната система на правния позитивизъм се обръща особено внимание на обхвата на правото и източниците на правото. Системата на правото обхваща не само общите норми, но и индивидуалните норми, които се създават в процеса на прилагане на правото от страна на съдебните и административните органи. С оглед на това изискването за публичност в концепцията за върховенството на правото се отнася не само да нормативните актове на законодателната власт, но и до актовете на съдебната и изпълнителната власт. Подчертава се необходимостта от оповестяване на съдебните решения, които имат значение с оглед тълкуването, прилагането и развитието на правото³¹.

Изискването за публичност на правните актове е предпоставка за възможността на лицата да се противопоставят на тяхното съдържание. Също така публичността е условие за осъществяване на други стандарти от концепцията за върховенството на правото, като например непротиворечивост и последователност в правото, които са основа за доверието в правната система. За да бъде изпълнено изискването за публичност на правото е необходимо съдържанието на правните актове да бъде достъпно за всеки, който е достатъчно заинтересуван, и особено за юристите, чиято експертиза е да правят тези норми достъпни за всеки, който има

²⁸ *Bingham, T.* The Rule of Law. UK: Penguin Books, 2011.

²⁹ *Kramer, M.* Objectivity and the rule of law. USA: Cambridge University Press, 2007, p. 110.

³⁰ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 15.

³¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 15.

интерес³². В този смисъл е и практиката на Европейския съд по правата на човека, според която правото е необходимо да бъде адекватно достъпно и гражданите трябва да имат адекватна информация за приложимите правни правила към съответния казус³³.

9. Разделение на властите

Принципът за разделение на властите е функционално свързан с концепцията за върховенство на правото. Той има за цел да защити гражданите чрез разпределянето на властта между няколко групи на управляващите. Властта се разграничава на законодателна, изпълнителна и съдебна, като всяка от тях разполага със самостоятелни функции.

В традиционната теория за разделението на властите се приема, законодателят е този, който определя кое е правото в държавата. В това разбиране върховенството на правото се схваща като върховенство на законите и е свързано с императивните теории за правото. Правото се създава от законодателната власт във формата на общи и абстрактни правила. Като се има предвид централната позиция на законодателството, правото често се идентифицира с волята на законодателя и се разглежда единствено като съвкупност от общи правила. Изпълнителната власт трябва да тълкува и прилага тези правила, приети от законодателната власт, а ролята на съдебната власт е ограничена в решаването на спорове. Дейността на изпълнителната власт е ограничена от правилата, постановени от законодателната власт. Приема се, че законодателството е ясно и пълно и поради това, нормативните актове на законодателната власт са недостъпни за съдебен преглед³⁴.

Идеята за законодателя, като най-висша власт, може да бъде открита в теорията на Дайси за парламентарния суверенитет от края на 19 век, както и във формалните теории за правовата държава от края на 19 век и началото на 20 век. Според тях законодателят не е обвързан от по-висши норми и ценности и няма материални изисквания към съдържанието на правото. Управляващите могат да навлизат в сферата на свободите на гражданите единствено чрез закона, като отношенията между гражданите и политическата власт трябва да бъдат определени предварително от формални закони. Намесата на изпълнителната власт е ограничена само в рамките на влезлите в сила актове на законодателната власт. Едва впоследствие, чрез конституционната идея се поставят ограничения на законодателната власт с оглед съдържанието на правото, което тя създава.

³² Waldron, J. The Concept and the Rule of Law, Public Law & Legal Theory Research Papers Series, Working Paper No. 08-50, November 2008, available at <http://ssrn.com/abstract=1273005>

³³ *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 E.H.R.R.245, 271, par. 49.

³⁴ Gribnau, J. L. M. (2013). Legislative instrumentalism vs. legal principles in tax. *Coventry Law Journal*, 16, 89-109, p. 95.

В съвременното общество инструменталното разбиране за правото е доминиращо. Правото е инструмент, чрез който законодателят осигурява необходимите социални и икономически промени в рамките на наложилния се модел за социална държава. Законодателят регулира широк кръг от дейности, за да насочва обществото с оглед на ценностите, заложили в националните конституции. Регулирането в съвременното общество е насочено към решаването на множество предизвикателства, които включват демографски, икономически и технологични промени и изискват реформи в социалната държава³⁵. С оглед на това обемът на законодателство се увеличава, а прекаленото използване на правото за постигане на разнопосочни цели води до прекалена сложност на законите. Същевременно, поради необходимостта да се балансират различни интереси, законодателят все по-често ограничава основните свободи, заложили в конституциите.

Процесът на непрекъснато увеличаване на обема на законодателството е свързан с генериране на все по-широки правомощия на администрацията по повод прилагането на актовете на законодателната власт. За да отговори на необходимостта от гъвкавост при регулиране на обществените отношения с оглед на непрекъснатите икономически, социални и технологични промени, законодателят често формулира правилата твърде широко. По този начин той оставя широко пространство за тълкуване и конкретизиране на законодателните текстове от страна на административната и съдебната власт. Резултатът често е нов тип законодателство, в което законите определят целите, като оставят конкретните правила да бъдат определени от администрацията при прилагането на законодателните актове³⁶. Администрацията конкретизира и специфицира общите правила, но съдебната власт не е обвързана от нейните действия. В резултат от този процес се намалява възможността на правото да изпълнява своите основни функции за насочване на поведението на лицата и се ограничават до голяма степен основните ценности, свързани с концепцията за върховенството на правото, а именно постигането на правна сигурност и предвидимост.

В такъв контекст е важно възприемането на широко разбиране за правото като система от правни принципи и общи и индивидуални правила. Конституционният контрол върху актовете на законодателната власт се основава на преценка за съобразяване на законодателството с установените в правната система принципи за защитата на гражданите срещу незаконосъобразната намеса от страна на управляващите. В съвременната теория вече не се презюмира, че законодателството е перфектно и поради това не подлежи на съдебен контрол. Същата позиция се заема и по отношение на актовете на администрацията. Съдебната власт става по-активна в защитата на правата на гражданите. Така законодателната, съдебната и изпълнителната власт стават партньори в процеса на създаване на правото.

³⁵ Tamanaha, B.Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), page 165.

³⁶ Zander, M. *A Matter of Justice. The Legal System in Ferment*, London: I.B. Tauris & Co Ltd, 1988, pages 236-266.

Възможността за конституционен контрол върху актовете на законодателя, е свързана с напрежение между концепцията за върховенство на правото и демокрацията. Зависимостта между демократично легитимираната законодателна власт и конституционния съд следва да бъде съобразена с концепцията за разделение на властите.

10. Дискреционни правомощия

Важен елемент от концепцията за върховенство на правото е допустимостта на дискреционната власт на административните органи и съдебните институции. За разлика от теоретичните модели от началото на 19 век, които изключват дискреционна власт, в съвременните теории тя е допустима, ако е тясно дефинирана, нейното упражняване е възможно да бъде рационално обосновано и съществуват процедури, които да предотвратят злоупотребата. Приема се, че дискреционните правомощия трябва да бъдат ограничени, а начинът на тяхното упражняване трябва да бъде предвиден с достатъчна яснота³⁷. Колкото по-широко е дефинирано дискреционното правомощие, което се предоставя на съда или на администрацията, толкова по-голям е възможността за субективизъм и съответно произвол, което е антитезисът на върховенството на правото³⁸. В съответствие с теоретичния модел, възприет от Том Бингам въпросите, свързани с юридическите права и задължения, трябва да бъдат решавани чрез прилагане на правото, а не чрез дискреция.

С оглед на осъществяването на дискреционната власт е важно администрацията на всички нива да упражнява предоставените ѝ правомощия разумно, с добра воля, за целта, за която тези правомощия са ѝ предоставени и без да превишава границите на тези правомощия³⁹. Нарушаването на тези изисквания е основание за основополагащия принцип за съдебен контрол с оглед превишаването на изпълнителната власт. Значението на съдебния контрол придобива все по-важно значение в последните години, поради разширяващите се функции на администрацията. За да се гарантира интегритета на съда да изпълнява тази своя функция, от изключителна важност е спазването на принципа за разделение на властите⁴⁰.

Все по-същественото значение на актовете на изпълнителната власт в процеса на определяне на съдържанието и конкретизиране на правните норми, изисква тяхното съобразяване със стандартите в концепцията за върховенство на пра-

³⁷ Report on the Rule of Law adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (25-26 Mar. 2011), Council of Europe Doc. CDL-AD (2011) 003, Study No. 512, p. 10.

³⁸ *Bingham, T.* The Rule of Law. UK: Penguin Books, 2011.

³⁹ Том Бингам дефинира тези изисквания като самостоятелен подпринцип от концепцията за върховенството на правото.

⁴⁰ *Bingham, T.* The Rule of Law. UK: Penguin Books, 2011.

вото, като яснота, достъпност, липса на противоречия, последователност и т.н. Същевременно на тези изисквания следва да отговаря и практиката на съдебните институции, които осъществяват контрол върху актовете на администрацията. Широкото прилагане на стандартите в концепцията за върховенство на правото е основание за легитимност на правната система и доверие в нея.

11. Стандарти, свързани със съдебния процес

Стандарти с фундаментално значение в концепцията за върховенство на правото, са изискванията за независима съдебна власт и за отворен, справедлив и непредубеден съдебен процес. Съдебните органи прилагат правото към конкретни казуси и техните решения и определения са окончателни. Поради това, доктрината за върховенството на правото изисква съдебните органи да прилагат правото точно без да бъдат зависими от други съображения. Тъй като съдебното решение на съда установява окончателно какво е правото по отношение на съответния казус, страните могат да бъдат насочвани от правото, само ако съдиите прилагат правото коректно.

Върховенството на правото изисква също така съдебните процедури да бъдат справедливи. Процедурната справедливост изисква решенията да се вземат от съдии, които са независими и безпристрастни. Независими означава, че те са свободни да решат казуса въз основа на правото и фактите без външна намеса или натиск, политическо влияние или манипулация⁴¹. Безпристрастността изисква, доколкото е възможно, те да бъдат отворени и независими от лични интереси. Други основни принципи на независимия процес са, забраната да бъде решаван казус срещу страна без да и е предоставена възможност да бъде изслушана, задължение обвиненото лице да бъде информирано за обвиненията срещу него и т. н.⁴²

Стандартите, свързани със съдебния процес, се отнасят до съдебните институции по отношение на задължението им да прилагат правото, а когато в резултат на техните действия се създава право, те са подчинени на същите принципи като всички законодатели⁴³. За да се гарантира тяхното осъществяване в правната система е необходимо да бъдат възприети ефективни правила, чрез които се гарантира независимостта на съдебната власт, включително процедура за подбор и назначаване като за назначаване на съдии.

По отношение на институционалния механизъм, възприетото понятие за върховенство на правото изисква в правната система да бъдат предвидени начини за решаване на спорове без неоправдани разходи и забавяния. Това изискване

⁴¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 20.

⁴² *Bingham, T.* The Rule of Law. UK: Penguin Books, 2011.

⁴³ *Raz, J.* The Rule of Law and its Virtue – in Raz, J. The Authority of Law (Essays on Law and Morality). USA: Oxford University Press, 1979, p. 208-226.

следва от основния принцип на концепцията за върховенство на правото, че всеки е обвързан от правото и може се ползва от него. Следователно всеки трябва да има достъп до съдебна инстанция, в която правата и задълженията му да бъдат окончателно определени, като се спазва принципът *non bis in idem*.

Концепцията за върховенството на правото не е несъвместима с наличието на арбитраж и други извънсъдебни способности за решаване на спорове. Когато се провеждани справедливо, техният принос към върховенството на правото е изключително важен⁴⁴. В този контекст също така се поставя въпросът за достъпа на социално слабите групи от населението до съдебна инстанция, както и наличието на свободна и независима юридическа професия, до съветите на която могат да имат достъп.

В съдебния процес трябва да бъдат спазвани принципите на естествената справедливост. Провеждането на открит и справедлив процес, без предразсъдъци е основна предпоставка за правилното прилагане на правото и възможността чрез него да се насочва поведението на лицата. В контекста на концепцията за върховенство на правото тези изисквания е необходимо да се насочат и към действията на администрацията.

12. Принцип на пропорционалност

Принципът за пропорционалност е елемент от общата концепция за върховенството на правото. Този принцип изисква да бъдат използвани най-ограничените средства, като те трябва да бъдат пропорционални и да не надхвърлят целите, към постигането на които са насочени. Изискването за пропорционалност е насочено към дейността на законодателната власт в процеса на формиране на право. То е също така и изискване към действията на административните и съдебните институции, в процеса на конкретизиране на правните норми и в случаите, когато създават право.

Заключение

От формална страна, концепцията за върховенство на правото представлява съвкупност от стандарти, които са насочени към ефективното функциониране на правната система. Дефинирането на нейното съдържание е трудно, тъй като зависи от няколко динамични компонента. От една страна, понятието за право е предмет на теоретичен анализ и развитие от концептуална гледна точка. Докато в ранния позитивизъм правото се възприема като съвкупност от заповеди на суверена, съвременната теория разглежда правото като система от правни принципи и общи и индивидуални правила за поведение.

От друга страна, концепцията за върховенството на правото се развива с оглед промените, които настъпват в съвременното общество. Технологичното

⁴⁴ *Bingham, T. The Rule of Law. UK: Penguin Books, 2011.*

развитие и глобализацията са свързани с все по-значителното влияние на актовете на международното право и транснационалните организации. В този смисъл като нов стандарт се включва изискването за съобразяване на националното право със задълженията, към които държавата се е присъединила в международното и транснационалното право⁴⁵.

Върховенството на правото като нормативната концепция за правото е динамична както с оглед на стандартите, които са включени в нея, така и с оглед на тяхното съдържание. Доколкото тези стандарти са насочени към всички елементи от структурата на правната система, в теорията се приема, че те могат да бъдат изведени от целите на самата правната система. В този смисъл може да се поддържа тезата, че колкото по-точно и по-детайлно са дефинирани нейните цели, толкова по адекватна концепция за върховенството на правото може да бъде изградена.

Най-общо преките цели на правото се дефинират като насочване на поведението на лицата и балансиране на конкуриращите се интереси. Може да се приеме, че тези цели са вътрешни за правото, доколкото ако правото не изпълнява тези функции, то не може да бъде възприето като правна система. От тази гледна точка идеалите, с които се свързва върховенство на право са правна сигурност и предвидимост, ограничаването на произволната власт и равно третиране на лицата в обществото, които са предпоставка и гаранция за ефективното функциониране на правната система.

Важно е да се отбележи, че в политическата и правната теория върховенството на правото се възприема като идеал, който никога не може да бъде осъществен напълно. Независимо от това, колкото повече правната система се доближава до стандартите, заложи в нея, толкова по-ефективно функционираща е тя. Оценката за ефективността на правната система следва да се осъществява чрез практически индикатори на основата на възприетата теоретична концепция за върховенство на правото в съответната правна система.

⁴⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 12 и *Bingham, T. The Rule of Law*. UK: Penguin Books, 2011.

Ключови думи

*Административно
право на ЕС, делегиране
на правомощия, принцип
на предоставени правомощия,
делегирани актове, актове
за изпълнение, дискреция*

Key words

*EU Administrative Law,
Delegation of Powers, Principle
of attribution of Powers,
Delegated Acts, Implementing
Acts, Discretion*

Deyana Marcheva,

Ph. D.

*Member
of the Law Department
of New Bulgarian*

*University
email: dmarcheva@nbu.bg
Lecturer in Legal English,
EU Administrative Law and
Medicine Law*

*Areas of specialization: ad-
ministrative law, EU law,
Legal English*

*Author of studies
and articles in professional
periodicals in
Bulgaria and abroad*

Deyana Marcheva, Ph. D.

Delegation in Administrative Law of the European Union

This article examines the concept of delegation in EU administrative law. It distinguishes between the constitutional principle of attribution of powers and the administrative institute of delegation of powers. The analysis focuses on the legal grounds for delegation of powers in EU administrative law and explains the concept of sub-delegation. The case law of the Court is represented to provide an account of the most significant issues concerning delegation in EU administrative law.

Гл. ас. д-р Деяна Марчева

Делегирането в административното право на Европейския съюз

Съвременното административно право е белязано от нарастваща диверсификация на областите на регулиране и от непрекъснато усложняване и техническо детайлизиране на правната уредба. В този контекст са необходими механизми, които да компенсират ограничената специализация и ефективност на йерархичните административни структури. Делегирането като правен институт осигурява възможност правомощията, с които принципно разполага един орган, да бъдат упражнени от друг орган. По начало делегирането на правомощия е ограничено и не може да нарушава институционалния баланс и принципите на една правна система¹. Освен това „разтягането“ на компетентността, която неизбежно съпътства всяко делегиране, не трябва да води до „размиване“ на отговорността между делегиращия и делегирания орган².

¹ Теоретично делегирането на правомощия се обосновава с модела „принципал-агент“, който е изведен от икономическата наука и възприет в политическите науки: принципалът поверява на агента изпълнението на задачи, които не може или не иска да изпълнява сам, а агентът от своя страна поверява (някои от) тези задачи на под-агент. Bendon, J., Glazor, A., Hammond, T. Theories of Delegation, *Annual Review of Political Science*, 2001, Vol.4, 235-269.

Този доктринален модел обаче може само донякъде да обясни делегирането в контекста на административното управление на ЕС, в който са включени множество принципали, агенти и дори „под-агенти“. Въобще моделът „принципал-агент“ има много ограничен потенциал за извеждане на логиката, по която трябва да се установят правилата и юридическите изисквания към делегирането на правомощия, особено в контекста на правната система. Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, 2011, Oxford University Press, p. 222-223.

² Делегирането не води до сваляне на отговорността от делегиращият орган. От една страна, делегиращият орган упражнява делегираните правомощия от свое име и носи юридическа отговорност за своите действия. От друга страна, делегиращият орган носи крайната политическа отговорност за това как се упражняват съответните правомощия. В този контекст се обосновава необходимостта от създаване на адекватна и ефективна система за контрол, която във всеки случай следва да отчита специфичната

Изходната точка на правния институт на делегиране на правомощия е конституционната институционална рамка на съответната правна система. Във всеки случай необходимо е, на първо място, да се даде отговор на въпроса дали делегирането въобще е възможно, след което трябва да се очертаят неговите граници в зависимост дали се касае за външния или вътрешния аспект на делегирането. Външният аспект на делегирането се фокусира върху предоставянето на правомощия от един орган на друг, докато вътрешният аспект – върху предоставянето на правомощия в рамките на една институция или орган. Колкото по-усложнена е тази рамка, толкова повече въпроси възникват от гледна точка на легитимността и отговорността, с толкова повече условия и правила е обвързано делегирането на правомощия.

Настоящата статия разглежда института на делегиране на правомощия в административното право на Европейският съюз в неговия външен аспект и извежда неговите основни понятия и правила³. Неговите особености произтичат от своеобразието на административната система на ЕС, която е без аналог в съществуващите административни системи в националните държави и в международните организации. В този смисъл, преди да бъдат изведени основните понятия и правила, трябва да се анализира конституционната основа и същността на делегирането на правомощия в ЕС.

1. Същност и конституционни основи на делегирането на правомощия в ЕС

1.1. Разграничаване на административното „делегирането на правомощия“ в ЕС от конституционния „принцип на предоставените правомощия“ на ЕС

Изясняването на административноправния институт на делегирането на правомощия в ЕС е възможно след като бъдат направени някои терминологични уточнения и бъде разграничен от конституционния принцип на предоставяне на правомощия на ЕС. И в двата контекста – конституционноправният контекст на „атрибутиране“ на правомощия на ЕС (*attribution of powers*)⁴, и административноправният контекст на „делегиране“ на правомощия (*delegation of powers*), българският език използва превода „предоставяне на правомощия“. Подвеждането на

функционална логика на делегирането. Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, Цит. съч., р. 224.

³ Настоящата статия не покрива всички форми на делегиране в административното право на ЕС. Вън от обхвата ѝ остават въпросите за делегирането към агенциите на ЕС, към държавите-членки, към частни лица, по финансови въпроси, а също и на вътрешно-институционалното делегиране.

⁴ Официалният превод на конституционния принцип е „принцип на предоставените правомощия“. Настоящата статия ще използва и превода принцип на „атрибутирани“ правомощия на ЕС, там където целта е да се подчертае конституционния принцип и да бъде отграничен от административноправния институт на делегиране на правомощия.

две различни понятия под един и същ официален превод на български език е проблематично, защото размива границите между тях и може да доведе до неразбиране на съответния административноправен институт и конституционен принцип.

Конституционният принцип на атрибутираните правомощия на ЕС е заложен в Член 5 Договора за Европейския съюз (ДЕС): Общността действа в рамките на правомощията, предоставени ѝ от този Договор и на целите, които са ѝ възложени с него (чл. 5 (1) ДЕС). В области, които не попадат в нейната изключителна компетентност, Общността предприема действия в съответствие с принципа на субсидиарността, само ако и доколкото целите на предлаганото действие не могат да бъдат постигнати в достатъчна степен от държавите-членки и затова могат, поради мащаба или резултатите от предлаганото действие, да бъдат по-добре постигнати от Общността (чл. 5 (2) ДЕС). От принципа на атрибутираните правомощия следва, че в ЕС правомощия следва да бъдат упражнявани от тези институции или органи, на които са предоставени от Учредителните договори.

В академичната литература се приема, че конституционният принцип подчертава необходимостта от точно разпределяне на компетенциите между институциите и органите на ЕС и в този смисъл представлява пречка за делегирането на правомощия между тях⁵. Същевременно последователните изменения на Учредителните договори са белязани със значително увеличаване на атрибутираните правомощия на ЕС и с установяване на все по-усложнен режим в различните области на политики. Оказва се, че е невъзможно цялата тази уредба да бъде заложена в законодателни актове, които се приемат в рамките на т.нар. обикновена законодателна процедура⁶, известна по-рано като „съвместно решаване“ на Съвета и Парламента, защото е твърде комплицирана и времеемка.

От друга страна, нарастващият обем политики и правни актове на ЕС налагат практическата необходимост Съветът да предоставя на Комисията все по-голям обем изпълнителни правомощия. В този контекст, макар и да не е предварително проектирано като абстрактен конституционен модел, делегирането на правомощия се превръща в практическа необходимост за прилагане на политиките на ЕС. Делегирането постепенно се налага не само в дейността на Комисията, но и на други нива на административно управление в ЕС, в което участват европейските агенции, мрежи и частни организации.

В Учредителните договори е заложен внимателно изработен институционален баланс, в рамките на който всяка от институциите и органите на ЕС има точно определен задачи и съответна компетентност. Ето защо, няма как делегирането на правомощия да не постави под въпрос конституционно установения ред на разпределение на компетенциите. Това важи най-вече за случаите, в които на делегираният орган са делегирани правомощия сам да взема решения и да провеж-

⁵ Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. Administrative Law and Policy of the European Union, Цит. съч., р. 222.

⁶ Член 294 от ДФЕС (предишен член 251 ЕО).

да политика по свой избор. Следователно, делегирането на правомощия във всички случаи следва да бъде съпътствано от достатъчно гаранции, че няма да бъде нарушено институционалното равновесие, заложено в Учредителните договори. Нещо повече, възможността за делегиране на изпълнителни правомощия и гаранциите за институционалния баланс следва да бъде изрично закрепена на конституционно равнище в самите Учредителни договори.

1.2. Правни основания за делегиране на правомощия в Учредителните договори – чл. 290 ДФЕС (делегирани актове) и чл. 291 ДФЕС (актове за изпълнение)

Съгласно чл. 290 ДФЕС, законодателен акт може да делегира на Комисията правомощието да приема незаконодателни актове от общ характер, т.нар. **делегирани актове** (*delegated acts*), които допълват или изменят определени несъществени елементи от законодателния акт. В тези случаи законодателните актове определят изрично целите, съдържанието, обхвата и продължителността на делегирането. Съществените елементи от една област се запазват за законодателния акт и съответно не могат да бъдат предмет на делегиране на правомощие. Освен това законодателните актове изрично определят условията, при които се осъществява делегиране.

Съгласно чл. 291 (2) ДФЕС, когато са необходими еднакви условия за изпълнение на правнообвързващите актове на ЕС, последните предоставят изпълнителни правомощия принципно на Комисията, или по изключение на Съвета в някои специфични и надлежно обосновани случаи. За тази цел регламентите, приети от Парламента и Съвета в рамките на обикновената законодателна процедура, установяват предварително общите правила и принципи относно реда и условията за контрол от страна на държавите членки върху упражняването на изпълнителните правомощия от страна на Комисията. Актовете, приети от Комисията или от Съвета по изключение се обозначават като **„актове за изпълнение“** (*implementing acts*).

Всъщност делегираните актове по чл. 290 ДФЕС са въведени като нова и отделна категория актове с Договора от Лисабон и стоят между законодателните актове и актовете за изпълнение⁷. С тях цели избягването на прекалено детайлизирано законодателство на ЕС и прехвърлянето на нормотворческа компетентност

⁷ Преди Договора от Лисабон в институционалната практика са налице редица опити за установяване на нива „между“ законодателство (*legislation*) и изпълнение (*implementation*). В някои области на политика трета категория на делегирани правомощия се очертава неусетно и това се установява в съдебната практика. Вж. Решение на Съда от 6 май 2008 г., *Парламент/Съвет*, Дело С-133/06, Rec. I-3189, т. 43-63; Решение на Съда от 13 декември 2001 г., *Парламент/Съвет*, Дело С-93/00, Rec. I-10119, т. 38-43.

Първоначално в областта на селското стопанство, а след това във все повече области на политики (напр. имиграционната политика и, по-специално, статусът на бежанците) е създадено едно равнище на делегирани актове между първоначалния законодателен акт и актовете за изпълнение, които се приемат от Комисията.

относно несъществените елементи на регулираната материя към Комисията като изпълнителен орган.

Общото между делегираните актове и актовете за изпълнение е това, че и в двата случая трябва да е налице изрично и ясно формулирано делегиране на правомощия за издаване на съответния нормативен акт. И в двата случая се касае за т.нар. „квази-законодателно“ нормотворчество⁸, което се приема при упражняването едновременно на нормотворчески и изпълнителни правомощия. И в националните административни системи на държавите членки изпълнителните органи разполагат с правомощия да приемат вторично законодателство⁹. В правната система на ЕС, обаче, без експлицитно делегиране на нормотворчески правомощия, Комисията не може да приеме валиден под-законодателен акт (sub-legislative act)¹⁰.

Сравнението между конституционните разпоредби на чл. 290 ДФЕС (делегиран актове) и чл. 291 ДФЕС (актове за изпълнение) разкрива различна формулировка и подход, включително различни правомощия на институциите, различна роля на държавите членки и различна приложимост на комитологията. Така например, Европейският парламент има съществена роля при предоставянето и упражняването на делегирани правомощия по силата на чл. 290 ДФЕС, но значително по-ограничена роля по отношение на чл. 291 ДФЕС. От една страна, приемането на „делегиран актове“ е основно задача на Комисията като същевременно от чл. 290 ДФЕС става ясно, че при това делегиране на Комисията са наложени значителни ограничения и условия за упражняване на делегираната компетентност. От друга страна, чл. 291 ДФЕС предвижда по-малки ограничения за Комисията, но същевременно подчертава, че главната роля за приемане на „актове за изпълнение“ имат държавите членки (арг. чл. 291 (1) ДФЕС).

⁸ Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, Цит. съч., р. 524, 532. Авторите обозначават това нормотворчество не само като „квази-законодателно“ (р. 524), но и като „не-законодателен“ тип подчинено нормотворчество на ЕС (р. 532). В тези случаи могат да се окажат „размити“ границите между общото и абстрактно действие на акта, и това, че актът засяга индивидуални и конкретни интереси на определени лица. В такива случаи административноправната литература говори дори за т. нар. „хибридни актове“ (р. 524).

⁹ В националните правни системи нормотворчеството на изпълнителните органи се обозначава като „вторично“ законодателство. В контекста на правото на ЕС, обаче, би трябвало да се обозначава като „третично“, тъй като Учредителните договори представят първичното право, а основните законодателни актове – вторично право.

¹⁰ Целенасочено се търси превод, различен от утвърдения за нашата правна система – „подзаконов акт“, за да не се смесват понятията в българското административно право и административното право на ЕС. За сравнение в българската правна система Министерският съвет може да приема ПМС с първична регламентация на обществените отношения, които нямат правно основание в съответен закон.

В този контекст трябва да се даде отговор на въпроса дали и доколко тази диференциация се отразява и на условията и степента на делегиране на правомощия в двата случая на административно нормотворчество.

В академичната литература се подчертава, че въвеждането на два различни типа „под-законодателно“ административно нормотворчество е резултат от компромиса, постигнат между два противоположни възгледа за хоризонталното разделение на властите между институциите на ЕС¹¹.

От една страна, стои концепцията за Комисията като основен изпълнителен орган на ЕС, който трябва да играе първостепенна роля при създаването и изпълнението и европейското законодателство. Това схващане обосновава голям обхват на делегиране на правомощия към Комисията, които би довело до по-силна легитимация на регулаторните функции на Съюза, и позволява въвеждането на категориите на делегираните актове по чл. 290 ДФЕС.

От друга страна, стои виждането, според което изпълнителната роля на Комисията трябва да бъде ограничена и контролирана, и това е възможно чрез комитологията и чрез процедури, аналогични на парламентарния надзор. Това разбиране намира израз в засилване на правомощията на Парламента чрез разпредбата на чл. 291 (3) ДФЕС, според която в законодателния акт се установяват предварително общите правила и принципи относно реда и условията за контрол от страна на държавите членки върху упражняването на изпълнителните правомощия от страна на Комисията. С други думи още в рамките на обикновената законодателна процедура, в която участник е и Парламентът, се залага критериите за прилагане на процедурата по комитология по отношение на определени актове за изпълнение, които се приемат от Комисията.

Разграничението между делегирани актове и актове за изпълнение може да се обясни и като опит за укрепване на концепцията за по-ясно разграничение между правомощията на ЕС и на държавите членки по отношение на изпълнението (*implementation*)¹². От тази гледна точка сравнението между чл. 290 и чл. 291 ДФЕС разкрива различна позиция на контрола. Докато контролът по отношение на делегираните актове се осъществява от институциите на ЕС, контролът по отношение на актовете за изпълнение се осъществява от държавите-членки (най-вече чрез техните представители в комитологията).

В сравнителния анализ между делегираните актове по чл. 290 ДФЕС и актовете за изпълнение по чл. 291 от ДФЕС се обосновава и възможността за т.нар. „вторично делегиране“ (sub-delegation) в административното право на ЕС.

¹¹ Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. Administrative Law and Policy of the European Union, Цит. съч., р. 533-534.

¹² Пак там.

1.3. Вторично делегиране

Институтът на вторичното делегиране (sub-delegation) или „пределегиране“ на правомощия¹³ възниква и се развива в рамките и ограниченията на общия принцип на правото *delegatus non potest delegare* – този, на когото са делегирани правомощия, не може сам да ги делегира. Този принцип води своите корени в католическото каноническо право¹⁴, което го интерпретира в смисъл, че делегиращият акт може експлицитно или имплицитно да предвижда възможност за вторично делегиране на изпълнителни правомощия.

Същата смислова интерпретация може да се изведе и ако се приложи конституционния принцип на атрибутираните правомощия по чл. 5 (2) ДЕС, който не само ограничава упражняването на компетентност от ЕС до тази, която изрично му е предоставена, но и изисква упражняването да се осъществява от институциите и органите, предвидени в Учредителните договори, и в съответствие с Учредителните договори (член 13 (2) ДЕС). Следователно, вторичното делегиране на правомощия следва да се съобразява с конституционния принцип на предоставените правомощия и не може да нарушава системата на институционален баланс в ЕС.

¹³ В официалните преводи на актове на ЕС терминът “sub-delegation” най-често се превежда на български език като „вторично делегиране“. В българската съдебна практика се използва и термина „пределегиране“ на правомощия, който обаче не е легален термин. За употребата на „пределегиране“: Вж. Решение № 8265 от 14.10.2004 г. на ВАС по адм. д. № 1369/2004 г., 5-членен с-в; Решение № 6985 от 28.5.2010 г. на ВАС по адм. д. № 16431/2009 г., 5-членен с-в; Решение № 3850 от 16.3.2012 г. на ВАС по адм. д. № 2385/2012 г., IV о.; Решение № 15425 от 23.11.2011 г. на ВАС по адм. д. № 2966/2011 г., IV о.; Решение № 10999 от 23.10.2008 г. на ВАС по адм. д. № 5156/2008 г., IV о.; Решение № 4832 от 29.4.2015 г. на ВАС по адм. д. № 5729/2014 г., VII о.

В настоящото понятията „вторично делегиране“ и „пределегиране“ се използват като синоними.

¹⁴ В католическото църковно право принципът е разгърнат в Канон 137, глава VIII от Кодекса на каноническото право (http://www.vatican.va/archive/ENG1104/_PF.HTM):

Can. 137 §1. Обикновената изпълнителна власт може да бъде делегирана както за единичен акт, така и за всички случаи, освен ако правото изрично предвижда друго.

§2. Изпълнителна власт, делегирана с акт на папата (Apostolic see) може да бъде пределегирана за единичен акт или за всички случаи, освен ако този, на когото са делегирани правомощия е избран заради неговите лични качества, или ако пределегирането е изрично забранено.

§3. Изпълнителна власт, която е делегирана от друг орган с обикновена власт, може да бъде пределегирана само за единични случаи, ако е делегираната за всички случаи. Ако е била делегирана за единичен акт или за определени актове, обаче, тя не може да бъде пределегирана, освен с изричен акт на този, който делегира.

§4. Нито една пределегирана власт не може да бъде отново пределегирана, освен ако този, който делегира, изрично не е разрешил това. (превод на Can.137 мой – Д.М.)

Съгласно чл. 291 (2) ДФЕС, „когато са необходими еднакви условия за изпълнение на *правно обвързващите актове на Съюза* (курсив мой – Д.М.), тези актове предоставят изпълнителни правомощия на Комисията“. Конституционният законодател визира всички видове „правно обвързващи актове на Съюза“ в чл. 291 (2) ДФЕС като основание за делегиране на изпълнително правомощия. Следователно, разпоредбата на чл. 291 (2) ДФЕС, важи за делегирането на изпълнителни правомощия, не само в законодателните актове съгласно член 289 ДФЕС, при спазване на разпоредбите на член 290 ДФЕС, но и в делегираните актове съгласно член 290 от ДФЕС¹⁵. По тази логическа линия на тълкуване на чл. 291 ДФЕС, Комисията може да делегира изпълнителни правомощия на себе си с акт на вторично делегиране на правомощия, което е възможно най-вече в области, в които на Комисията са делегирани широки изпълнителни правомощия за приемане на „незаконодателни актове от общ характер“¹⁶.

В крайна сметка, оказва се, че системата актове в ЕС не изключва каскада от делегиране на изпълнителни правомощия. Вторичното делегиране, обаче, ще трябва да се осъществява в рамките на процедурите по комитология, която не може да бъде заобиколена, като се имат предвид разпоредбите на Регламент (ЕС) № 182/2011 на Европейския парламент и на Съвета от 16 февруари 2011 година за установяване на общите правила и принципи относно реда и условията за контрол от страна на държавите членки върху упражняването на изпълнителните правомощия от страна на Комисията¹⁷ („Регламента за комитологията“). Според чл. 2 от Регламента за комитология, акт, който делегира изпълнителни правомощия¹⁸ може да предвижда прилагане на процедурата по консултиране или на процедурата по разглеждане. Ограниченията, наложени върху Комисията, могат да бъдат разбрани най-добре в контекста на многократните предложения на Комисията за

¹⁵ Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, 2011, Oxford University Press, p. 239.

¹⁶ Пак там.

¹⁷ ОВ 2011 L 55/13.

¹⁸ Съгласно чл. 2 (1) Регламент за комитологията: „Основният акт може да предвижда прилагане на процедурата по консултиране или на процедурата по разглеждане, в зависимост от естеството или последиците на необходимите актове за изпълнение.“.

В Преамбюла (1) от Регламента за комитологията са дефинирани т. нар. „основни актове“ по смисъла на Регламента: „Когато са необходими еднакви условия за изпълнение на правно обвързващи актове на Съюза, тези актове (наричани по-нататък „основни актове“) трябва да предоставят изпълнителни правомощия на Комисията или в някои специфични и надлежно обосновани случаи, както и в случаите, предвидени в членове 24 и 26 от Договора за Европейския съюз, на Съвета.“. Следователно, „основни актове“ по смисъла на Регламента за комитологията са „правно обвързващите актове на Съюза“, в които са делегирани правомощия, по смисъла на чл. 291 (2) ДФЕС.

замяна на структурите на комитологията с мрежи от агенции¹⁹. В академичната литература се обсъжда проблема, който създава чл. 2 от Регламента за комитологията, защото неговата формулировка води до необходимостта делегирането на изпълнителни правомощия към агенциите да се преценява от гледна точка на тяхната съвместимост с чл. 291 ДФЕС и Регламента за комитологията²⁰. Всъщност вторичното делегиране само по себе си повдига редица правни въпроси, свързани с осъществяването на контрол върху административната дейност в ЕС, и с последиците от отмяната на делегирани правомощия върху вторичното делегиране²¹.

В обобщение, Договорът от Лисабон утвърждава сложна система от актове, с които се упражняват изпълнителни правомощия, разграничава „делегирани актове“ и „актове за изпълнение“, допуска възможността за вторично делегиране. Така на дневен ред излизат важни въпроси за формите и условията на делегирането на правомощия в ЕС.

2. Делегиране на правомощия в ЕС – основни понятия и съдебна практика

През 1960 г, когато са установени първите комитети и процедури по комитологията, възниква несъответствие между съществуващата конституционна рамка и практиките, които се развиват в много области на политики, и най-вече в областта на селскостопанската политика²². В този контекст възникват казуси пред

¹⁹ Например в Бялата книга за европейското управление Комисията предлага да се ограничи ролята на Комитети до проста съветническа функция (European Commission, European Governance: A White Paper, 25 July 2001, COM(2001)428 final).

Вж. Craig, P. *EU Administrative Law*, 2006, Oxford: Oxford University Press, p. 112–113, 126–127.

²⁰ Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, 2011, Oxford University Press, p. 240.

²¹ Например, когато Парламентът и Съветът отменя правомощия за издаване на делегирани актове, които вече са упражнени от Комисията, вкл. при условията на вторично делегиране на изпълнителни правомощия, какво е действието на такава отмяна – занаяпред (*ex nunc*) или обратно действие (*ex tunc*)? Принципно отмяната е занаяпред, което ще остави в сила всички актове, приети в рамките на вторично делегираните правомощия. В случай, че законодателят желае да предотврати или ограничи вторичното делегиране и такива негови последици, той може или да изключи изрично възможността на Комисията да делегира вторично, или да засили своя контрол като отнапред посочи срока на делегирането и подчини делегирането на условията, посочени в член 290 (2) (а) и (б) от ДФЕС. Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, 2011, Oxford University Press, p. 241.

²² Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, 2011, Oxford University Press, p. 225.

Съгласно първоначалната редакция на член 211, параграф 4 ДЕО (предишен член 155, параграф 4 ДЕИО), „С цел да осигури правилното развитие на функционирането на Об-

Съда, който трябва да тълкува разпоредбите на първичното и вторичното право, и в някои случаи да запълва празнините в режима на делегиране. Тъй като първоначално Учредителните договори не разграничават „делегираните актове“ от „актове за изпълнение“, правният институт на делегиране се развива най-вече по отношение на т.нар. „изпълнителни правомощия“ (*implementing powers*)²³.

2.1. Разграничение между „основен акт“ и „актове за изпълнение“²⁴

През 1970 г. Съдът закрепва съществуващия режим на комитологията с решението си по **делото Köster**²⁵, като постановява следното: „както законодателната схема на Договора, заложен по-специално в последния абзац на Член 155 [сега Член 211], така и последователната практика на Общностните институции разграничават в съответствие с правните понятия на всички държави-членки мерките, които директно се основават на самия Договор, и вторичното право, предназначено да осигури тяхното изпълнение²⁶. На това основание Съдът приема, че в законодателния акт²⁷, приет в съответствие с процедурите на Учредителния дого-

щия пазар,... упражнява предоставените ѝ от Съвета правомощия за прилагане на правилата, установени от него“. Тази разпоредба обаче се оказва неадекватна като основа за по-сложна правна уредба на вторични мерки за изпълнение на Общностно равнище.

²³ В официалните преводи на актове на ЕС понятието „implementing powers“ се превежда по два начина – като „изпълнителни правомощия“ и като „правомощия по прилагане“. В тази статия се използва като термин „изпълнителни правомощия“, който е по-точен от гледна точка на административното право на ЕС.

²⁴ Това разграничение е направено в практиката на Съда далеч преди Договора от Лисабон да направи допълнителното разграничение между вторичните актове – „делегираните актове“ (чл. 290 ДФЕС) и „актове за изпълнение“ (чл. 291 ДФЕС). Тъй като самото понятие „делегираните актове“ се появява по-късно в правото на ЕС, не може да се очаква от съдебната практика преди Договора от Лисабон да използва терминология, която последователно да прокарва разграничението между „делегираните актове“ и „актове за изпълнение“. В повечето случаи в цитираната съдебна практика се използва понятието „акт за изпълнение“ (*implementing act*), поради което и анализът възприема тази терминология.

²⁵ Решение на Съда от 17 декември 1970 г., Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/ Köster Berodt & Co., Дело 25/70, Rec. 1161.

²⁶ Пак там, с. 9, т. 6.

²⁷ За разлика от тясната дефиниция на законодателен акт в член 289 (3) ДФЕС като правен акт, приет по законодателната процедура, в административноправната литература понятието „законодателен акт“ се използва в широк смисъл и обхваща всички актове, издадени на базата на Учредителните договори. По-подробно в: Türk, A. *The Concept of Legislation in European Community Law*, 2006, Alphen aan den Rijn: Kluwer. От друга страна, актовете, издадени на правно основание и въз основа на правомощия, предоставени в законодателен акт, се наричат в доктрината и „под-законодателни актове“. В този контекст, „законодателните актове“ се обобщават като „вторично право“, а „под-

вор, следва да бъдат включени само съществените правила. А изпълнителните мерки имат правно основание не в първичното, а във вторичното право, не в Учредителните договори, а в законодателните актове. Ето защо регламентите по изпълнение могат да се приемат от Съвета или от Комисията, ако на нея са делегирани изпълнителни правомощия. В решението по делото *Köster* Съдът приема за легитимна процедурата на управителния комитет²⁸, тъй като комитетът няма правомощия да вземе окончателното решение. Така Съдът подкрепя установената практика и проправя пътя на режима на комитологията в правото на ЕС.

Въвеждането на Вътрешния пазар води до значителното нарастване на Общностно законодателство, което от своя страна води до нарастване и на актовете по прилагане, издадени в рамките на процедурите по комитология. Това налага да се предприемат стъпки за запълване на празнината между Учредителните договори и практиката с въвеждането на конституционна разпоредба в Единния европейски акт от 1986 г.²⁹, според която изпълнителни правомощия могат да бъдат упражнявани от Комисията, само там, където такива са делегирани от Съвета с „основен акт“, освен ако Съветът не е запазил изпълнителните правомощия за себе си. В този контекст делегиращата институция Съветът може да наложи на оправомощената институция Комисията да спазва определени изисквания и процедури (вкл. процедури по комитология) при приемането на актове по прилагане.

Трайно в съдебната практика и административноправната литература се утвърждава правният акт, който съдържа делегираща правна норма, да се обозначава като „основен акт“ (*basic act*)³⁰. Актът, издаден въз основа на делегираната

законодателните актове“ – „третично право“. Има и класификации, които слагат всички актове на институциите под категорията „вторично право“.

²⁸ Много законодателни актове в областта на селското стопанско задължават Комисията да следва т. нар. „процедура на управителния комитет“, когато приема актове по прилагане. Тази процедура предвижда, че Комисията трябва да консултира комитет с представители на държавите членки, като може да приеме акта по прилагане, само ако комитетът не се е противопоставил с решение, взето с квалифицирано мнозинство. В последния случай актът по прилагане следва да бъде отнесен към Съвета.

²⁹ Съгласно член 10 от ЕЕА, „Член 145 от Договора за ЕИО [чл. 202, параграф 3 ДЕО – *бележка моя, Д.М.*] се допълва със следната разпоредба: „- предоставя на Комисията, за актовете, които Съветът приема, правомощия за прилагане на правилата, които Съветът определя. Съветът може да наложи определени изисквания по отношение на упражняването на тези правомощия. Освен това, в определени случаи, Съветът може да си запази правото самият той да упражнява пряко правомощията за прилагане. Условието и редът, посочени по-горе, трябва да са в съответствие с принципите и правилата, които следва да бъдат предварително определени от Съвета с единодушие, по предложение на Комисията и след получаване на становището на Европейския парламент“.

³⁰ Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, 2011, Oxford University Press, p. 226, 227 etc., Craig, P. *EU Administrative law*, 2012, Oxford University Press, p. 58, 60.

компетентност, се обозначава като „изпълнителна мярка“ (*implementing measure*) или като акт за изпълнение (регламент, директива или решение)³¹.

Упражняването на изпълнителни правомощия чрез приемането на правни актове във всички случаи изисква предоставяне на такива правомощия в основен акт от вторичното право. Допълнително в спорове между Комисията и Съвета³², Съдът изяснява, че отпускането на бюджетни средства за определени действия или програми не представлява само по себе си делегиране на изпълнителни правомощия на Комисията за приемане на актове по прилагане, въпреки че изпълнението на бюджета е нейно правомощие. Съдът подчертава, че условията за осъществяване на административните и бюджетни правомощия на Комисията, макар и свързани, са различни³³, поради което не могат да се смесват процедурите за тяхното упражняване. В този смисъл не може да бъде нарушаване институционалното равновесие, заложен в Договорите, по отношение на приемането на общоприложими и индивидуални актове на вторичното право³⁴.

2.2. Обхват и конкретизация на делегираните правомощия

Делото *Köster* установява правилото, че основният акт трябва да съдържа „съществените правила“, за които се изисква да бъдат приети в съответствие с изискванията и процедурите, заложен в първичното право. Правилата по изпълнение на основния акт, обаче, могат да бъдат приети в различна процедура и съгласно изискванията, заложен в самия основен акт.

Съдебното решение по делото *Köster*³⁵ не конкретизира какво означава „съществени правила“, но ги разграничава от правилата от изпълнително естество. От една страна, приемането на т.нар. „съществени“ правила в съответната област са изключителна компетентност на Съвета и не подлежат на делегиране. От друга страна, изпълнителните правомощия, въз основа на които се приемат правилата за прилагане на основния акт, могат да бъдат делегирани на Комисията.

³¹ В литературата рядко се среща изречение „implementing act“. Често, обаче, се срещат термините „implementing regulation“, „implementing directive“, „implementing decision“, които се превеждат съответно като регламент, директиви, решение или „по прилагане“, или „по изпълнение“. Двата израза на български език за превод на „implementing“ се използват като синоними в тази статия.

³² Решение на Съда от 30 май 1989 г., *Комисия/Съвет*, Дело 242/87, Rec.1425; Решение на Съда от 24 октомври 1989 г., *Комисия/Съвет*, Дело 16/88, Rec. 3457.

³³ Решение на Съда от 30 май 1989 г., *Комисия/Съвет*, Дело 242/87, Rec.1425, т. 18; Решение на Съда от 24 октомври 1989 г., *Комисия/Съвет*, Дело 16/88, Rec. 3457, т. 17.

³⁴ Решение на Съда от 24 октомври 1989 г., *Комисия/Съвет*, Дело 16/88, Rec. 3457, т. 16

³⁵ Решение от 17 декември 1970 г. по дело Koester, 25/70, Rec. 1161.

По-късно през 1992 г в делото *Германия/Комисия*³⁶ Съдът прави анализа на законодателната система, установена от Учредителните договори, Съдът приема, че по принцип Съветът е компетентен да приема правилата относно общата организация на пазара, които са „съществени“. Същевременно първичното право позволява на Съвета да предостави на Комисията изпълнителни правомощия по отношение на приетите от него регламенти, а може и да запази в някои случаи правото сам да упражнява изпълнителните правомощия. Според Съда, квалификацията „съществени“ правила е относима към тези, които са предназначени да придадат конкретна форма на основните насоки на Общността политика. А това няма как да е вярно по отношение на санкциите, които имат за цел да гарантират правилното финансово управление на фондовете на Общността. Съдът приема, че санкционните мерки от типа глоби и изключване от финансова помощ за определен период от време, представляват изпълнение на принципите, установени в основните регламенти. Тъй като Съветът не е запазил това свое правомощие, а го е делегирал на Комисията, то издаденият от Комисията регламент по изпълнение на основния акт на Съвета е законосъобразен.

Аналогичен е и подходът на Съда по въпроса какво попада в обхвата на изпълнителните правомощия, които подлежат на делегиране, и в делото *Парламент/ Комисия*³⁷. В този случай основният регламент на Съвета³⁸ установява правила за продукцията, етикетването и инспектирането на биологичното земеделие. Съветът оправомощава Комисията да добави приложение с изчерпателен списък на субстанциите, които могат да съдържат биологичните продукти. Съдът постановява, че Комисията всъщност не е включила ГМО в приложението списък, но междудругото посочва, че такива елементи не могат да се характеризират като „съществени“, а влизат в обхвата на изпълнителните правомощия.

Всъщност Съдът оставя изцяло на законодателната власт да определи кои правила са „съществени“, и съответно включени в основния акт, доколкото преценката в този смисъл в повечето случаи е политическа³⁹. Следователно, обхватът на понятието за прилагане или изпълнение (*implementation*) е широк и се дефи-

³⁶ Решение от 27.10.1992., *Германия/Комисия*, дело C-240/90, Rec I-5383, т. 37.

По въпроса за т. нар. съществени правила Съдът се произнася и в: Решение на Съда от 14 октомври 1999 г., *Atlanta/European Community*, дело C-104/97 P, Rec. I-06983, т. 70-76; Решение на Първоинстанционния съд от 10 февруари 2004 г., 01 *Afrikanische Frucht-Compagnie/Съвет*, T-64/01 и T-65/01, ECR II – 521, т. 119-120.

³⁷ Решение на Съда от 13 юли 1995 г., *Парламент/Комисия*, дело C-156/93, ECR I-2019

³⁸ Регламент (ЕИО) № 2092/91 на Съвета от 24 юни 1991 г. за биологично производство на земеделски продукти и неговото означаване върху земеделски продукти и храни (ОВ 1991 L 198/1).

³⁹ Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, 2011, Oxford University Press, p. 226, 227 etc., Craig, P. *EU Administrative law*, 2012, Oxford University Press, p. 228.

нира чрез мерките за прилагане на основния акт, „колкото и значителен да е техният характер“⁴⁰.

През 1992 г в делото *Германия/Комисия*⁴¹ Съдът изследва въпроса дали Комисията може да налага санкции, когато делегиращата правна норма не упоменава изрично санкционни правомощия. Делото е образувано по жалба на Федерална Република Германия с искане за отмяна на член 6, параграф 6 от Регламент (ЕИО) № 3007/84 на Комисията от 26 октомври 1984 г. за установяване на подробни правила за прилагането на премията за производителите на овче месо⁴², изменен с Регламент (ЕИО) № 1260/90 от 11 май 1990 г.⁴³; и на член 13, параграф 3, букви б) и в) от Регламент (ЕИО) № 3813/89 на Комисията от 19 декември 1989 г. за установяването на подробни правила за прилагането на системата от преходни помощи за селскостопанските приходи⁴⁴, изменен с Регламент (ЕИО) № 1279/90 от 15 май 1990 г.⁴⁵. Атакуваните разпоредби предвиждат санкции по отношение на селскостопански производители, които са извършили нередности при подаването на заявление за финансовата помощ.

Първата оспорена разпоредба на Член 6 параграф 6 от Регламент (ЕИО) № 3007/84 на Комисията е свързана с общата организация на пазара на овче и козе месо, установена с Регламент (ЕИО) № 3013/89 на Съвета от 25 септември 1989 г. относно вноса и износа на продукти в сектора на овчето и козето месо⁴⁶. Регламент (ЕИО) № 3013/89 на Съвета съдържа делегираща правна норма⁴⁷, с която Комисията е оправомощена да приеме правила за прилагане на режима за подаване на заявление за премии и тяхното плащане. Съдът обозначава регламента, с който Съветът делегира изпълнителни правомощия на Комисията, като „**основен регламент**“⁴⁸. Въз основа на делегираните от Съвета правомощия Комисията приема Регламент (ЕИО) № 3007/84 за установяване на подробни правила за прилагане на премии за производителите на овче месо, който Съдът обозначава като „**регламент за изпълнение**“⁴⁹. Съгласно регламента за изпълнение, издаден от Комисията, ако действителният брой на приемливите животни, записани по време на проверката, е по-малък от броя, посочен в заявлението за премия, по прин-

⁴⁰ Решение на Съда от 15 юли 1970 г., *Chemiefarma/Комисия*, дело 41-69, ECR 661, т. 65.

⁴¹ Решение от 27.10.1992., *Германия/Комисия*, дело C-240/90, Rec I-5383.

⁴² ОВ 1984 L 283, с. 28.

⁴³ ОВ 1990 L 124, с. 15.

⁴⁴ ОВ 1989 L 371, с. 17.

⁴⁵ ОВ 1990 L 126, с. 20.

⁴⁶ ОВ 1989 L 289, с. 1.

⁴⁷ Член 5 (9) алинея трета от Регламент (ЕИО) № 3013/89 на Съвета.

⁴⁸ Решение от 27.10.1992., *Германия/Комисия*, дело C-240/90, Rec I-5383, 3.

⁴⁹ Решение от 27.10.1992., *Германия/Комисия*, дело C-240/90, Rec I-5383, 3.

цип не се плаща никаква премия⁵⁰. Същевременно премиите, които се ненадлежно платени на производителите, подлежат на възстановяване заедно с лихва⁵¹. А в случай, че бъде установено несъответствие в резултат на декларация с невярно съдържание, член 6 параграф 6 от Регламент (ЕИО) № 3007/84 предвижда производителят да бъде изключен от правото да получава премии през следващата пазарна година.

Втората група оспорени разпоредби на Член 13 параграф 3, букви б) и в) от Регламент (ЕИО) № 3813/89 на Комисията са свързани със системата на преходни помощи за селскостопанските приходи, установена с основния Регламент (ЕИО) №768/89 от 21 март 1989 г на Съвета относно създаване на система за преходни помощи за селскостопанските приходи (ОВ 1989 L 84, с. 8). От една страна, с нормата на член 13, параграф 3, буква б), се предвижда неизправният земеделски стопанин освен да възстанови платената премия с лихвата, допълнително да заплати и глоба. От друга страна, член 13, параграф 3, буква в), аналогично на член 6, параграф 6 от Регламент (ЕИО) № 3007/84 на Комисията, изисква от националните администрации да лишат за една година фермерите от правото да получават помощ.

Германия оспорва тези санкционни мерки, като по отношение на изключването от схемата за получаване на помощи оспорва компетенциите на Общността⁵², а по отношение на глобите, оспорва компетентността на Комисията. Жалбо-

⁵⁰ Член 6 (1) от Регламент (ЕИО) № 3007/84 на Комисията от 26 октомври 1984 г за установяване на подробни правила за прилагане на премии за производителите на овче месо, изменена с Регламент (ЕИО) №1260/90 от 11 май 1990 г.

⁵¹ Член 6 (5) от Регламент (ЕИО) № 3007/84 на Комисията от 26 октомври 1984 г за установяване на подробни правила за прилагане на премии за производителите на овче месо, изменена с Регламент (ЕИО) №1260/90 от 11 май 1990 г.

⁵² Решение от 27.10.1992., *Германия/Комисия*, дело C-240/90, Rec I-5383, с. 6-7:

„...правомощието на Общността да установява санкции, необходими за ефективното приложение на нормите в областта на Общата селскостопанска политика, многократно е признавано от Съда...

12. Съдебната практика показва, че тези санкции могат да имат различна форма. Така, например, Съдът е признал законността на мерки, които изискват търговец да възстанови с лихва неправомерно получена помощ (вж. Решение от 5 февруари 1987 г. по дело Plange Kraftfutterwerke, 288/85, Recueil, стр. 611) или загубата на обезпечение, която се равнява на тази помощ (вж. по-специално Решение от 27 ноември 1991 г. по дело Italtrade, C-199/90, Recueil, стр. I-5545). По същия начин той смята, че конфискацията на обезпечение представлява санкция в съответствие с правото на Общността, в случаите когато обезпечението служи само като гаранция на задължението за износ, поето от заинтересованите лица, и те на са получили никакви парични облаги от Общността (вж. Решение от 17 декември 1970 г. по дело Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Recueil, стр. 1125 и Решение от 18 ноември 1987 г. по дело Maizena, 137/85, Recueil, стр. 4587).

подателят изтъква, че, само Съветът разполага със санкционни правомощия и че те не могат да се делегират на Комисията като се позовава на принципа на законността⁵³. В подкрепа на своето становище Германия изтъква също така, че налагането на санкции спрямо търговци които са извършили нередности, не може да се приеме за упражняване на изпълнително правомощие, защото целта на подобни правила не е да изпълняват основни регламенти на Съвета, а да ги допълват.

В конкретния случай Съдът приема, че първата оспорената норма на Член 6, параграф 6 от Регламент (ЕИО) № 3007/84 на Комисията не може да се квалифицира като съществена за общата организация на пазара, установена по силата на основния Регламент (ЕИО) № 3013/89 на Съвета. Също така и втората група оспорени норми на Член 13 параграф 3, букви б) и в) от Регламент (ЕИО) № 3813/89 на Комисията не са съществени за схемата на помощ, установена с основния Регламент (ЕИО) № 768/89 от 21 март 1989 г на Съвета.

В съдебното решение по делото *Германия/Комисия*⁵⁴ е обсъден и въпроса дали делегиращата правна норма може да бъде най-общо формулирана или трябва изрично да упоменава, че на Комисията са предостави санкционни правомощия, включително да установи вида и максималния размер на санкциите. В конкретния случай оправомощаващата разпоредба от основния регламент е общо формулирана и това дава аргументи на жалбоподателя да оспорва наличието на санкционни правомощия в рамките на делегираната компетентност на Комисията. Според Съда, обаче, след като е приел съществените правила в основния регламент Съветът може да делегира на Комисията „общи изпълнителни правомощия“, без да е необходимо да уточнява основните елементи на делегираната ком-

17. Германското правителство твърди в заключение, че изключването представлява наказателна санкция, която нито Съветът, нито Комисията имат правомощие да налагат. Подобни санкции всъщност представляват наказателно решение относно неизправността на търговеца, който е извършил нередността.

18. Този довод не може да се приеме...

20. Освен това, само законодателят на Общността може да определи най-подходящите разрешения за постигането на целите на Общата селскостопанска политика. С предвидянето на изключване, за да се санкционират нередностите на търговците във връзка със схемите за субсидиране, разглеждани в настоящия иск, законодателят на Общността не е превишил своите правомощия.“

⁵³ Решение от 27.10.1992., *Германия/Комисия*, дело C-240/90, Rec I-5383, с. 11:

„32. Германското правителство освен това се позовава на принципа на законността, според който налагането на санкции е въпрос само на законодателя и на принципа за институционното равновесие. В качеството на законодател на Общността само Съветът разполага с правомощието да определя съществените компоненти на общата организация на пазара. Санкции, подобни на изключване и глоби, които надхвърлят простото възстановяване на дължимата помощ, която е неправомерно изплатена, като засяга по този начин основните права на лицата, са част от тези съществени компоненти“.

⁵⁴ Решение от 27.10.1992., *Германия/Комисия*, дело C-240/90, Rec I-5383.

петентност⁵⁵. В този смисъл и най-общо формулираната делегираща норма е достатъчно основание за действие на Комисията, вкл. и за приемане на санкционни мерки. Предвид тези съображения Съдът отхвърля жалбата на Германия и така в административното право на ЕС се утвърждава разбирането, че делегиращите норми от вторичното право могат да бъдат общо формулирани, без изрично да прецизират основните компоненти на делегираните изпълнителни правомощия.

Подходът на Съда по делото *Германия/Комисията* от 1990 г. следва линията, установена в делото *Köster*, в което изпълнителната мярка също отива отвъд формулировката на делегиращата правна норма⁵⁶. Не може, обаче, да се каже, че това е единствената и еднозначна логическа линия, възприета от Съда по отношение на необходимата конкретизация на оправомощаването. В делото *Central-Import Münster* от 1988 г. е възприет по-рестриктивен подход на т.нар. „достатъчно конкретна оправомощаваща норма“⁵⁷, в което се предполага, че трябва да бъдат ясно определени границите на делегирането. В това произнасяне по въпроса за конкретизацията в делегиращата норма Съдът поддържа, че делегираните правомощия на Комисията следва да бъдат очергани по „достатъчно конкретен начин“ в съответствие със следните „фактори“, а именно – (i) в какви случаи следва да се упражняват, (ii) какви са критериите за оценка такива акива случаи; (iii) какъв вида мерките за прилагане следва да бъдат приети, (iv) какъв е срокът на тяхната валидност⁵⁸.

Въпросът е дали това разбиране напълно е изоставено след като в делото *Германия срещу Комисията*, Съдът постановява, че основният акт може да делегира на комисията „общи“ изпълнителни правомощия, „без да е необходимо да конкретизира съществените елементи на делегираните правомощия...защото и

⁵⁵ Пак там, т. 42. Съдът обосновава, че по отношение на актовете на вторичното право, какъвто е основният регламент, съдържащ делегиращата правна норма, не се прилага стриктните изисквания на Учредителния договор, които задължават Съвета да уточни съществените компоненти на делегираните на Комисията изпълнителни правомощия.

⁵⁶ Решение от 17 декември 1970 г. по дело Koester, 25/70, Rec. 1161, т. 13-18. В случая също се признава, че изпълнителните правомощия обхващат и налагане на санкции. Съдът поддържа, че разпоредби, които обуславят издаването на експортни лицензии от предоставянето на гаранция, която се усвоява, когато не бъде изпълнено задължението за износ в определения времеви срок, попадат в обхвата на изпълнителните правомощия на Комисията.

⁵⁷ Решение на Съда от 5 юли 1988 г., *Central-Import Münster/Hauptzollamt Münster*, Дело 291/86, ECR 3679, т. 13: „Следователно валидността на Регламент № 2742/82 не е засегната от пороци в неговото правно основание, тъй като Член 14 от Регламент № 516/77 във връзка с Член 1 и 2 от Регламент № 521/77 съдържа достатъчно конкретна оправомощаваща норма, която позволява на комисията да приеме защитни мерки по отношение на вноса на сушено грозде“.

⁵⁸ Решение на Съда от 5 юли 1988 г., *Central-Import Münster/Hauptzollamt Münster*, Дело 291/86, ECR 3679, т. 15.

общо формулираната норма е достатъчно основание за органа да действа⁵⁹. Има ли пресечна точка между логиката на Съда в делото *Central-Import Münstere* от 1988 г. и в делото *Германия срещу Комисията* от 1992 г?

В административноправната литература е изразено становище, че четирите въпроса, формулирани от съдебното решение по делото *Central-Import Münstere*, касаят условията, при които Комисията може да приема мерки по прилагане, а не тяхното съдържание⁶⁰. В този смисъл тези четири въпроса са в обхвата на т.нар. „съществени правила“, които уреждат съответната материя, а не са „съществени елементи на делегираните правомощия“⁶¹. Тази доктринална перспектива, обаче, не може да помири противоречието между двете съдебни решения по делата *Central-Import Münstere* и *Германия срещу Комисията*, защото в първото Съдът проверява дали е налице „достатъчно конкретна“ делегираща норма, която ясно посочва границите на предоставените правомощия⁶², а във второто – приема, че и „най-общо формулираната“ норма е достатъчна. Очевидно е, че става дума за две крайни концепции, които трудно могат да бъдат помирени и обединени в общоприложим стандарт и съдебната практика е тази, която трябва да определи посоката на развитие.

През 2005 г Съдът отново разглежда въпроса за изискванията относно конкретизацията при делегирането на изпълнителни правомощия на Комисията по делото *Alliance for Natural Health*⁶³ и подчертава следното: „... когато Общностният законодател желае да делегира свое правомощие за изменение на аспекти на въпросния законодателен акт, той трябва да гарантира, че това правомощие е ясно дефинирано и че неговото упражняване подлежи на строг контрол в светлината на обективни критерии... защото в противен случай може да се делегира дискреция, което, в случай на законодателство относно функционирането на Вътрешния пазар на стоки, би могла да възпрепятства прекомерно и непрозрачно свободното движение на въпросните стоки.“⁶⁴ Този рестриктивен подход не се прилага по от-

⁵⁹ Решение от 27.10.1992., *Германия/Комисия*, дело C-240/90, Rec I-5383, т. 41.

⁶⁰ Bradley, K. Comitology and the Courts: tales of the unexpected, In: Hofmann, H., Türk, A. (eds), *EU Administrative Governance*, 2006, Cheltenham: Elgar, 2006, 417-447, p. 426.

⁶¹ Пак там.

⁶² Както подчертава Hofmann & Turk, именно такъв е аргументът на жалбоподателя Германия, развит пред Съда, но отхвърлен по делото *Германия/Комисията*, Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*, 2011, Oxford University Press, p. 230.

⁶³ Съдебно решение от 12 юли 2005 г., *Alliance for Natural Health and others*, Съединени дела C-154/04, C-155/04, ECR I-6451.

⁶⁴ Съдебно решение от 12 юли 2005 г., *Alliance for Natural Health and others*, Съединени дела C-154/04, C-155/04, ECR I-6451, т. 90.

Съдът се позовава на концепцията за „строг контрол в светлината на обективни критерии“, изведена още в известното Решение на Съда от 13 юни 1958 г., *Meroni/Висшия орган*, Дело 9-56, ECR 133, с. 152: „Последиците от делегирането на правомощия са много раз-

ношение на режимите на селскостопанския пазар, но се прилага в случаите, в които на Комисията са предоставени правомощия да изменя законодателния акт посредством изпълнителни мерки.

2.3. Особени случаи на „делегиране“ на изпълнителните правомощия

2.3.1. Запазване на изпълнителни правомощия от Съвета – „делегиране на себе си“

От гледна точка на националното административно право правната конструкция „делегиране на себе си“ изглежда абсурдна, тъй в държавите са ясно поставени границите между законодателна и изпълнителна власт, вкл. и от структурна гледна точка. Така, например, у нас самата идея Парламентът да запази за себе си изпълнителни правомощия, т. е. със законова разпоредба да делегира на себе си приемането на подзаконова уредба, е противоконституционна и нарушава принципа на разделение на властите. В правната система на ЕС, обаче, още в самото начало през 1957 г. Договорът за Европейската икономическа общност предвижда възможността на Съвета, който е основен участник в законодателните процедури, да запазва за себе си изпълнителни правомощия по изключение (чл. 145 ДЕИО). Това изключително правомощия се превръща като елемент от общностния институционален баланс и е препотвърдено и от Договора за създаване на Европейската общност (чл. 202 абзац 3 ДЕО), а по-късно и от Договора за функциониране на Европейския съюз (чл. 291 абзац 2 и абзац 3 ДФЕС).

При какви условия е възможно това изключително запазване или делегиране на себе на изпълнителни правомощия от страна на Съвета е анализирано в съдебната практика. В решението по делото *Комисия/Съвет*⁶⁵ от 1989 г. съдът подчертава, че когато резервира правото си да упражнява пряко изпълнителни правомощия, Съветът „трябва да изложи подробно основанията за такова решение“. Изискванията към Съвета, обаче, не са особено тежки, и това е видно от развоя на съдебната практика по множеството спорове между Комисията и Съвета. Изложените съображения на Съвета за запазване на изпълнителни правомощия за себе си могат да бъдат „общи и лаконични“, но трябва ясно в съответния контекст да посочват основанията за това в основния акт, така щото да е възможен последващ съдебен контрол⁶⁶.

лични в зависимост от това дали включват ясно дефинирани изпълнителни правомощия, чието упражняване, следователно, подлежи на строг контрол в светлината на обективни критерии, установени от делегиращия орган, или се касае за дискреционни правомощия, които предполагат свобода на действие, която прави възможно изпълнението на реалната икономическа политика. Делегирането от първия вид не може значително да промени резултатите от упражняването на съответните правомощия, докато делегирането от втория вид, доколкото заменя избора на делегиращата институция с избор на опра-
вomoшената институция, води до реално прехвърляне на отговорност“.

⁶⁵ Решение на Съда от 24 октомври 1989 г., *Комисия/Съвет*, Дело 16/88, Rec. 3457, т. 10.

⁶⁶ Решение на Съда от 18 януари 2005 г., *Комисия/Съвет*, Дело C-257/01, ECR I-345, т. 53.

В конкретния случай по делото *Комисия/Съвет* от 2005 г Комисията жалбоподател иска отмяна на Регламент (ЕО) № 789/2001 от 24 април 2001 г. за запазване на изпълнителни правомощия на Съвета във връзка с някои подробни разпоредби и практически процедури за разглеждане на молби за визи⁶⁷ и на Регламент (ЕО) № 790/2001 от 24 април 2001 г. за запазване на изпълнителни правомощия на Съвета във връзка с някои подробни разпоредби и практически процедури за извършване на граничен контрол и наблюдение⁶⁸. Съдът внимателно изследва въпроса дали Съветът правомерно е резервирал изпълнителни правомощия в областта на визовата политика и граничния контрол, вкл. в контекста на правомощията на Съвета в тази област съгласн Учредителните договори. В този смисъл един от решаващите аргументи е свързан с това, че първичното право отрежда на Съвета по-силна роля в областта на визите, убежищата, имиграционната и други политики, свързани със свободното движение на хора в преходния период след влизане в сила на Договора от Амстердам, вкл. като приема различни видове мерки по чл. 62 ДЕО. Съветът е обосновал запазването на изпълнителни правомощия по отношение на развитието на визовата политика със засилената роля на държавите-членки и „чувствителността на тази област, по-специално участието на политически отношения с трети страни“⁶⁹. Съдът подчертава, че и двата оспорени регламента на Съвета създават правила за прилагане по „ясно и точно определени въпроси“⁷⁰ и съдържат клауза за тяхното преразглеждане на „условията, при които тези изпълнителни правомощия могат да се предоставят на Комисията след изтичане на споменатия (тригодишен – б.м. Д.М.) преходен период“⁷¹. По тази линия на аргументация Съдът прави извода, че Съветът правомерно е запазил изпълнителни правомощия по изключение в съответствие с правната рамка и институционален баланс, заложен в Учредителните договори, и без да излага подробни съображения.

В друг контекст, обаче, през 2008 г по делото *Парламент/Съвет*⁷², Съдът приема, че Съветът неправомерно е запазил за себе си изпълнителните правомощия за приемане и изменение на списъка на т.нар. „сигурни страни“⁷³. Според

⁶⁷ ОВ 2001 L 116, с. 2.

⁶⁸ ОВ 2001 L 116, с. 5.

⁶⁹ Регламент (ЕО) № 789/2001 от 24 април 2001 г. за запазване на изпълнителни правомощия на Съвета във връзка с някои подробни разпоредби и практически процедури за разглеждане на молби за визи, Преамбюл, т. 8. Регламент (ЕО) № 790/2001 от 24 април 2001 година за запазване на изпълнителни правомощия на Съвета във връзка с някои подробни разпоредби и практически процедури за извършване на граничен контрол и наблюдение, т. 5.

⁷⁰ Решение на Съда от 24 октомври 1989 г., *Комисия/Съвет*, Дело 16/88, Rec. 3457, т. 57.

⁷¹ Пак там, т. 37, 58.

⁷² Решение на Съда от 6 май 2008 г., *Парламент/Съвет*, Дело C-133/06, Rec. I-3189.

⁷³ Пред съда е оспорена законосъобразността на член 29, пар. 1 и 2 и член 36, пар. 3 от Директива 2005/85/ЕО на Съвета от 1 декември 2005 година относно минимални нор-

съдебното решение Съветът не е обосновал „надлежно“, чрез позоваване „на естеството и на съдържанието на основния акт“, защо се прави изключение от правилото, според което когато в системата на Договора е необходимо на общностно равнище да се приемат мерки за изпълнение на основен акт, по правило Комисията трябва да упражни тези правомощия⁷⁴. В този случай е прието, че не е достатъчно позоваването на „политическата значимост на определянето на сигурните страни на произход“ и последиците, които може да има за кандидатите за убежище понятието „сигурна трета страна“⁷⁵. Оттук става ясно, че мотивите, изложени от Съвета трябва да имат непосредствено за цел да обосноват в достатъчна степен специфично за Съвета запазване на изпълнителни правомощия, а не да се „размиват“ или смесват с други цели (като напр, обосноваване на консултация с Парламента при изготвянето на списъци на сигурните страни и при изменението им). Във всички случаи Съветът трябва да изтъкне доводи какво отличава съответните разпоредби от останалите, така щото да налага запазването на специфични изпълнителни правомощия, особено когато запазването е за неограничен период от време⁷⁶. Съдът счита, че не е достатъчно Съвета да се позове на политическото значение и чувствителния характер на даден въпрос, за да се възползва от изключителното правомощие да запази изпълнителни правомощия за себе си, защото това би „отворило вратата“ за заобикаляне на институционалния баланс в Учредителните договори.

2.3.2. Избор на процедура по комитология

В Решение 1999/468/ЕО от 28 юни 1999 г. относно установяване на условията и реда за упражняване на изпълнителните правомощия, предоставени на Комисията⁷⁷, (Решението за комитологията) са определени критериите за избор на процедура, в рамките на която Комисията приема мерки за изпълнение.

През 2003 г. в решението по делото „LIFE“ – *Комисия/Парламент и Съвет*⁷⁸ Съдът приема, че критериите за избор на процедура, установени в чл. 2 от Решението за комитология от 1999 г, са обвързващи, но не се формулирани като задължителни. Комисията иска от Съда да отмени чл. 11 (2) от Регламент (ЕО) №1655/2000 на Европейския парламент и на Съвета от 17 юли 2000 г. относно

ми относно процедурата за предоставяне или отнемане на статут на бежанец в държавите членки.

⁷⁴ Решение на Съда от 6 май 2008 г., Парламент/Съвет, Дело C-133/06, Rec. I-3189, т. 47.

⁷⁵ Директива 2005/85/ЕО на Съвета от 1 декември 2005 година относно минимални норми относно процедурата за предоставяне или отнемане на статут на бежанец в държавите членки, Преамбюл т. 19 и 24.

⁷⁶ Решение на Съда от 6 май 2008 г., Парламент/Съвет, Дело C-133/06, Rec. I-3189, т. 50.

⁷⁷ ОВ 1999 L 184.

⁷⁸ Решение на Съда от 21 януари 2003 г., *Комисия/Парламент и Съвет*, Дело C-378/00, ECR I-937.

финансовия инструмент в областта на околната среда („LIFE“)⁷⁹. Този регламент предоставя на Комисията изпълнителни правомощия да отпуска финансова помощ за определени проекти в областта на околната среда. Вторичният законодател, обаче, налага на Комисията да следва процедурата по регулиране, вместо процедурата по управление (която би трябвало да се приложи съгласно критериите на чл. 2 от Решението за комитология). От мотивите на съдебното решение става ясно, че принципно вторичният законодател може да наложи на Комисията да следва процедура, различна от определената съобразно критериите на чл. 2 от Решението за комитология. В такива случаи обаче следва да бъдат изложени съответни мотиви в основния акт. В конкретното дело Съдът не приема, че Регламент (ЕО) №1655/2000 съдържа достатъчна обосновка в този смисъл и отменя атакуваната от Комисията разпоредба, с която вторичният законодател се е отклонил от правилата на чл. 2 от Решението за комитология.

През 2006 г с изменението на Решението за комитологията⁸⁰ се добавят нови видове процедури⁸¹ за осъществяване на изпълнителните правомощия и се изменят критериите за избор на процедурни методи. Изменението е необходимо, за да позволи на законодателя да оспори приемането на проект за мерки, когато има признаци, че проектът надхвърля изпълнителните правомощия, предвидени в основния акт, или ако проектът не е съвместим с неговата цел или съдържанието, или ако не спазва принципите на субсидиарност и пропорционалност., така че член 2 пар.2 е формулиран императивно и не допуска такъв тип преценка и обосновка на различна процедура. С изменението от 2006 г критериите се разделят в две основни групи в съответните параграфи 1 и 2 на чл. 2 от Решението за комито-

⁷⁹ ОВ 2000 L 192.

⁸⁰ Решение на Съвета от 17 юли 2006 година за изменение на Решение 1999/468/ЕО за установяване на условията и реда за упражняване на изпълнителните правомощия, предоставени на Комисията (2006/512/ЕО).

⁸¹ Понастоящем Решението за комитологията от 1999 г. предвижда следните видове процедури: 1) Процедурата по консултиране предоставя вземането на решение на Комисията (която взема предвид становището на комитета). 2) Процедурата по управление, при която Съветът може да вземе различно решение, ако комитетът приеме отрицателно становище. Въпреки това, Съветът не може да отхвърли мярката, предложена от Комисията. Процедурата по управление обикновено не се използва за изпълнителни мерки в рамките на Общата селскостопанска политика. 3) Процедурата по регулиране е по-ограничителна за Комисията. Ако комитетът не одобри проектомярката, Съветът може да я отхвърли (с квалифицирано мнозинство). С измененията от 2006 г. е допълнително въведена нова процедура. 4) Процедура по регулиране с контрол, която се прилага за мерки „от общ характер”, които изменят „несъществени елементи” от основен правен акт (който е бил приет в законодателната процедура на съвместно вземане на решение). В процедурата по регулиране с контрол Европейският парламент, като има право на вето върху решение на Комисията, ако не е съгласен със съдържанието на изпълнителната мярка.

логия⁸². След изменението от 2006 г, критериите по чл. 2 пар.1 са императивни и не допускат мотивирано отклонение от указаната процедура. По отношение на чл. 2 пар.2 е предвидено, че когато основният акт предвижда приемане на мерки от общ характер с цел изменение, добавяне или премахване на несъществени елементи, то такива мерки се приемат съгласно процедурата по регулиране с контрол. Вторичният законодател би могъл да обоснове, обаче, необходимостта от прилагане на друга процедура вместо процедурата по регулиране с контрол.

През 2006 г в решението по делото „Forest Focus“ – *Комисия/Парламент и Съвет*⁸³ Съдът хвърля повече светлина върху разграничението между прилагането на процедурата по управление и процедурата по регулиране в член 2 (1) от Решението за комитология. Съдът анализира характеристиките на двете процедури и прави извода, че процедурата по регулиране отрежда по-значима роля на Съвета в сравнение с процедурата по управление. В този контекст „мерките по управление“, които се отнасят до изпълнението на програми“ по смисъла на чл. 2 пар.1 б. „а“ от Решението за комитология, са: „първо, мерките за индивидуално приложение, приети за тази цел... и, второ, мерките от общ характер, тясно свързани с тях и част от рамката, достатъчно развита от основния акт“⁸⁴.

⁸² Решение 1999/468/ЕО от 28 юни 1999 г. относно установяване на условията и реда за упражняване на изпълнителните правомощия, предоставени на Комисията, изменено с Решение на Съвета от 17 юли 2006 година, Член 2.1. Без да засяга параграф 2, изборът на процедурни методи за приемането на мерки за изпълнение следва да се ръководи от следните критерии:

- а) мерките по управление, като тези, които се отнасят до прилагането на Общата селскостопанска политика и Общата политика по рибарство или до изпълнението на програми със значително отражение върху бюджета, би трябвало да се приемат чрез използване на процедурата по управление;
 - б) мерките от общ характер, насочени към прилагане на основни елементи на основни актове, включително мерки за защита на здравето или сигурността на хора, животни или растения, следва да се приемат чрез използване на процедурата по регулиране; когато основен акт предвижда, че някои неосновни съставни части/елементи на акта могат да се адаптират или осъвременят чрез изпълнителни процедури, такива мерки следва да се приемат чрез използване на процедурата по регулиране;
 - в) без да се засягат букви а) и б), процедурата по консултиране се използва във всеки случай, в който се счита за най-подходяща.
2. Когато основен акт, приет съгласно процедурата, посочена в член 251 от Договора, предвижда приемането на мерки от общ характер с цел изменение на несъществени елементи от този акт, включително като се премахнат някои от тези елементи или се добавят нови, несъществени елементи, тези мерки се приемат съгласно процедура по регулиране с контрол“.

⁸³ Решение на Съда от 23 февруари 2006 г., *Комисия/ Парламент и Съвет*, Дело С-122/04, ECR I-2001.

⁸⁴ Пак там, т. 41.

В това дело Комисията атакува чл. 17 (2) от Регламент (ЕО) № 2152/2003 на Европейския парламент и на Съвета от 17 ноември 2003 година относно наблюдението на горите в Общността и тяхното взаимодействие с околната среда (Forest Focus)⁸⁵, който указва, че мерките за изпълнение следва да бъдат приети в рамките на процедурата по регулиране. Комисията се позовава на това, че става дума за мерки от същия тип като тези по Регламент (ЕО) №1655/2000, разглеждан в делото „LIFE“. Съдът, обаче, подчертава, че: „... решение по делото LIFE не позволява да се направи заключение, че всички въпросни мерки в настоящото дело са управленски мерки, свързани с изпълнение на програми. Докато в Регламента „LIFE“ общностният законодател е дефинирал много прецизно принципите, съгласно които Комисията, действаща по предложение на държавите-членки, може да одобрява проекти за получаване на помощ, то при приемането на Регламента „Forest Focus“ законодателя *просто е създал широка и обща рамка за схемата* (курсив мой – Д.М.).“⁸⁶ В този контекст, Съветът има право да приеме, че съществени елементи на тази схема все още не са достатъчно развити в така приетия регламент и представляват мерки от общ характер⁸⁷ по смисъла на чл. 2 пар.1 б „б“ от Решението за комитология, за които се прилага процедурата по регулиране. Ето защо, Съдът приема, че вторичният законодател не се е отклонил от критериите на чл. 2 от Решението за комитологията, поради което не е било необходимо и да излага мотиви в такава насока.

3. Граници за упражняване на делегирани изпълнителни правомощия от Комисията

Широкият обем на понятието „изпълнение“ (*implementation*) в административното право на ЕС позволява предоставяне на значителна власт от Съвета към Комисията посредством най-общо формулирана оправомощаваща норма. В този контекст не е изненада, че в делото „*Rey Soda*“⁸⁸ Съдът тълкува либерално чл. 202 абзац 3 ДЕО⁸⁹, и приема, че „когато Съветът по този начин е предоставил широка власт на Комисията, границите на тази власт трябва да бъдат преценявани по отношение на основните общи цели на организацията на пазара и по-малко от гледна точка на буквалното значение на оправомощаващата дума“⁹⁰. След като опра-

⁸⁵ ОВ 2003 L 324.

⁸⁶ Решение на Съда от 23 февруари 2006 г., *Комисия/Парламент и Съвет*, Дело С-122/04, ECR I-2001, т. 44.

⁸⁷ Пак там, т. 43.

⁸⁸ Решение на Съда от 30 октомври 1975 г., *Rey Soda/Cassa Conguaglio Zucchero*, Дело 23/75, ECR 1279.

⁸⁹ Вж б. 28.

⁹⁰ Решение на Съда от 30 октомври 1975 г., *Rey Soda/Cassa Conguaglio Zucchero*, Дело 23/75, ECR 1279, т. 14.

вomoщавашата норма може да бъде формулирана най-общо, трябва да се установят границите, в рамките на които Комисията следва да упражнява делегираните ѝ изпълнителни правомощия.

От анализа на съдебната практика се извеждат основните предели, които очертават обхвата на делегираните изпълнителни правомощия на Комисия, на първо място, в специфичната секторна рамка. В решението по делото „*Vreugdenhil*”⁹¹ Съдът уточнява, че „такова широко тълкуване на изпълнителните правомощия на Комисията е приемливо само в специфичната рамка от правила за селскостопанските пазари”⁹² или за съответния сектор.

Границите на делегираните на Комисията изпълнителни правомощия се определят и от основния акт. В този смисъл Съдът постановява, че разпоредбите в една изпълнителна мярка не могат да дерогират „разпоредбите на основния регламент, на който тя е подчинена”⁹³. Изключение от това правило е възможно, само ако самият основен акт изрично е предоставил правомощия на Комисията да дерогира неговите собствени разпоредби⁹⁴. Такъв тип дерогиране, обаче, следва да бъде свързано с общата система на основния акт и не бива да „застрашава съществени елементи, заложи в регламента”⁹⁵.

В академичната литература, в която се анализира подробно съдебната практика във връзка с тълкуването на изпълнителните правомощия на Комисията, се стига до извода, че Съдът е по-стриктен при тълкуването на техния обхват въвн от областта на селското стопанство⁹⁶. Показателно в това отношение е решението на съда по делото *Нидерландия/Комисия*⁹⁷, в което съдът преценява дали Коми-

⁹¹ Решение на Съда от 29 юни 1989 г., *Vreugdenhil u dp/ Minister van Landbouw en Visserij*, Дело 22/88, ECR 2049.

⁹² Пак там, т. 17.

⁹³ Решение на Съда от 10 март 1971 г., *Deutsche Tradax GmbH/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Дело 38/70, ECR 145, т. 10.

⁹⁴ Решение на Съда от 18 ноември 1975 г., *SAM/ Комисия*, Дело 100/74, ECR 1393, т. 27: „Член 4 от Регламент №2496/74 като предоставя, по силата на чл. 155 от Договора, правомощия на Комисията, необходими за изпълнение на правилата, които установява, постановява, че тази институция може в същото време да приема детайлизирани правила за прилагане на регламента, да прави изменения на цените и сумите, фиксирани в контекста на общата селскостопанска политика, и да прави това – „когато е уместно чрез дерогиране на правилата за фиксиране, които се съдържат в съответните регламенти до степента и за времето, които стриктно отчитат този регламент”.

⁹⁵ Решение на Съда от 27 септември 1979 г., *Eridania / Ministro per l'agricoltura e le foreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato u SpA Zuccherifici meridionali.*, Дело 230/78, ECR 2749, т. 8.

⁹⁶ Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. Administrative Law and Policy of the European Union, Цит. съч., р. 233.

⁹⁷ Решение на Съда от 18 юни 2002 г., *Нидерландия/Комисия*, Дело C-314/99, ECR I-5521.

сията законосъобразно е упражнила своите правомощия на основание чл. 2а от Директива 76/769/ЕИО на Съвета⁹⁸, да приеме Раздел 3 от Анекса към Директива 1999/51/ЕО на Комисията⁹⁹.

Съгласно чл. 2а от Директива 76/769/ЕИО на Съвета¹⁰⁰, необходимите изменения за привеждане в съответствие с достиженията на техническия прогрес на приложенията по отношение на веществата и препаратите, обхванати от тази директива, се приемат в рамките на процедурата по комитология. Като изменя т.24 от Приложение I на Директива 76/769/ЕИО на Съвета, обаче, Комисията просто удължава срока, в който по отношение на Австрия¹⁰¹ и Швеция¹⁰² са derogирани правилата, предвидени от Съвета в самата т. 24, тъй като с акта за тяхното присъединяване те са уговорили възможността да поддържат по-строги изисквания към използването на веществото кадмий.

Съдът подчертава, че Комисията може да се позовава на основанието и процедурата по чл. 2а от Директива 76/769/ЕИО на Съвета, за да прави изменения в Директива 76/769/ЕИО на Съвета като я адаптира към техническия напредък, при условие, че разполага с достатъчно надеждни научни данни, които да демон-

⁹⁸ Директива 76/769/ЕИО на Съвета от 27 юли 1976 година за сближаване на законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите членки относно ограниченията за пускането на пазара и употребата на някои опасни вещества и препарати, ОВ 1976 L 262.

⁹⁹ Директива 1999/51/ЕО на Комисията от 26 май 1999 година относно пето адаптиране към техническия прогрес на приложение I към Директива 76/769/ЕИО на Съвета за сближаване на законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите членки относно ограниченията за пускането на пазара и употребата на някои опасни вещества и препарати (калай, пентахлорфенол (РСР) и кадмий), ОВ 1999 L 142.

¹⁰⁰ Член 2а. Необходимите изменения за привеждане в съответствие с достиженията на техническия прогрес на приложенията по отношение на веществата и препаратите, вече обхванати от настоящата директива, се приемат съгласно процедурата, предвидена в член 21 от Директива 67/548/ЕИО (ОВ 1967 196), последно изменена с Решение 88/490/ЕИО (ОВ 1988 L 259).

¹⁰¹ Решение на Съда от 18 юни 2002 г., *Нидерландия/Комисия*, Дело С-314/99, ECR I-5521, т. 11: „Измежду разпоредбите в Анекс VIII към Акта на присъединяване, приложим към Република Австрия е и Раздел 24.2.1. относно използването на кадмий като стабилизатор в PVC, от Анекс I към Директива 76/769/ЕИО на Съвета, изменена с Директива 91/338“.

¹⁰² Решение на Съда от 18 юни 2002 г., *Нидерландия/Комисия*, Дело С-314/99, ECR I-5521, т. 12: „Измежду разпоредбите в Анекс XII към Акта на присъединяване, приложим към Кралство Швеция, е Раздел 24 от Анекс I към Директива 76/769/ЕИО на Съвета, изменена с Директива 91/338. Този анекс указва, че новите държави-членки, обаче, поддържат през преходния период, по отношение на Китай и керамични продукти, включително керамични плочки, свободен оборот, осигурен от разпоредбата на нейното текуща „наредба“ свързана с изключенията от забраната за използване на кадмий за повърхностно третиране или като стабилизатор или оцветител“.

стрират такава необходимост.¹⁰³ В конкретния случай Комисията не само, че не разполага с подобна научна база, но и не прилага рестрикциите към употребата на кадмий на Общностно равнище, а само по отношение на две държави-членки – Австрия и Швеция. В този смисъл Комисията не е направила изменение по смисъла на чл. 2а от Директива 76/769/ЕИО на Съвета за адаптиране в съответствие с техническия прогрес на правилата за използване на кадмий, и Съдът отменя разпоредбата, с която Комисията е приела изменение във от пределите на делегираната ѝ компетентност да изменя правилата, установени от Съвета¹⁰⁴.

Когато преценява обхвата на изпълнителни правомощия на Комисията, Съдът изхожда и от целите на съответния основен акт, както става ясно от решението по делото *Парламент/Комисия*¹⁰⁵, постановено през 2007 г. В този случай Парламентът иска отмяна на решение на Комисията, с което е одобрен проект, свързан със сигурността на границите на Филипините, за който се предвижда финансиране от общия бюджет на Европейските общности. Комисията приема спорното решение в изпълнение на Регламент (ЕИО) № 443/92 на Съвета от 25 февруари 1992 година относно финансова и техническа помощ, и икономическо сътрудничество с развиващите се страни в Азия и Латинска Америка¹⁰⁶. В случая Съдът трябва да прецени дали Комисията е превишила своите изпълнителни правомощия като е причислила проект относно сигурността и управлението на границите на Филипините по отношение на мерките срещу тероризма и международната престъпност към изпълнението на Регламент (ЕИО) № 443/92 на Съвета. Ето защо, Съдът изследва целите на Регламент (ЕИО) № 443/92 на Съвета и стига до извода, че те не включват борбата срещу тероризма и международната престъпност.

Аналогично стриктно тълкуване на целите на основния акт е направено и в делото *Парламент и Дания/Комисия*¹⁰⁷, в което се иска отмяната на Решение 2005/717/ЕО на Комисията от 13 октомври 2005 година¹⁰⁸ за изменение с цел адаптиране към техническия прогрес на приложението към Директива 2002/95/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 27 януари 2003 година относно ограничението за употребата на определени опасни вещества в електри-

¹⁰³ Решение на Съда от 18 юни 2002 г., *Нидерландия/Комисия*, Дело С-314/99, ECR I-5521, т. 24-26.

¹⁰⁴ Решение на Съда от 18 юни 2002 г., *Нидерландия/Комисия*, Дело С-314/99, ECR I-5521, т. 27-29.

¹⁰⁵ Решение на Съда (голям състав) от 23 октомври 2007 г., *Парламент/Комисия*, Дело С-403/05, ECR I-9045.

¹⁰⁶ ОВ 1992 L 52.

¹⁰⁷ Решение на Съда от 1 април 2008 г., *Парламент и Дания/Комисия*, Съединени дела С-14/06 и С-295/06, ECR I-1649.

¹⁰⁸ ОВ L 271, стр. 48; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 49, стр. 186.

ческото и електронното оборудване¹⁰⁹. Жалбоподателите посочват, че когато са и предоставени изпълнителни правомощия, Комисията „трябва да се старее да спазва целите и да прилага критериите, установени от общностния законодател“¹¹⁰. Съдът анализира чл. 5, пар. 1, б. „б“, от Директива 2002/95/ЕО, на която се основава обжалваното решение на Комисията. Разпоредбата се отнася до изменението на списъка с приложения, към който не се прилага забраната за пускане на пазара на оборудване, съдържащо определени видове вещества като олово, живак, кадмий, шествалентен хром, РВВ или РВДЕ. Според Съда, „Такова изключване може да се осъществи само ако едно от двете условия е изпълнено, т. е. или отстраняването или заменянето им посредством промени в дизайна или в материалите и компонентите, които не изискват никакви материали или вещества, посочени в него, да е технически или научно неосъществимо, или отрицателното влияние върху околната среда, здравето и/или безопасността на потребителите, свързано със замяната, да има вероятност да надвиши ползите за околната среда, здравето и/или безопасността на потребителите.“¹¹¹. Съдът допълнително подчертава, че чл. 5 от Директива 2002/95/ЕО, който указва условията за изключване от принципа за забрана, което налага съответно стриктно тълкуване.

Обратното, там, където изпълнителната мярка на Комисията е приета за постигане на целта на основния акт, а не добавя изключения от забрана, Съдът тълкува оправомощаващата норма по-широко. В рамките на делото *ср-Pharma/Германия*¹¹² до Съда е отправено преюдициално запитване относно валидността на Регламент (ЕО) № 1873/2003 на Комисията от 24 октомври 2003 година за изменение на приложение II към Регламент (ЕИО) № 2377/90 на Съвета относно установяване на процедура на Общността за определяне на максимално допустимите граници на остатъчни вещества от ветеринарномедицински продукти в храните от животински произход¹¹³. Спорът касае решение на компетентен германски орган, с който е отменено разрешение за пускане на пазара на лекарствен продукт с наименованието „прогестерон за ветеринарна употреба“. Съдът следва да провери дали Комисията е превишила границите на правото си на преценка, като е предвидила включване на прогестерона в приложение II към Регламент № 2377/90 по отношение само на един от методите на прилагане¹¹⁴.

¹⁰⁹ ОВ 2003 L 37.

¹¹⁰ Решение на Съда от 1 април 2008 г., *Парламент и Дания/Комисия*, Съединени дела С-14/06 и С-295/06, ECR I – 1649, т. 31.

¹¹¹ Решение на Съда от 1 април 2008 г., *Парламент и Дания/Комисия*, Съединени дела С-14/06 и С-295/06, ECR I – 1649, т. 56.

¹¹² Решение на Съда от 17 юли 2008 г., *ср-Pharma/Германия*, Дело С-448/06, ECR I-5685.

¹¹³ ОВ L 275, стр. 9; Специално издание на български език, 2007 г., глава 3, том 50, стр. 63.

¹¹⁴ Решение на Съда от 17 юли 2008 г., *ср-Pharma/Германия*, Дело С-448/06, ECR I-5685, т. 30.

Според Съда, обстоятелството, че Регламент № 2377/90 не предвижда изрично възможността да се впише субстанция в приложение II само за някои методите употреба, не е пречка пред Комисията въпреки всичко да я впише¹¹⁵. В този контекст „предвид обхвата на свободата на преценка, с която разполага Комисията, така и на всички фактически обстоятелства, с оглед на които е бил приет Регламент № 1873/2003, не изглежда предприетият от Комисията подход, който отговаря едновременно на съображенията за защита на общественото здраве и на изискванията, изведени от принципа на пропорционалност, да не е съобразен с границите на правото на преценка на тази институция“¹¹⁶.

Случаите, в които Комисията превишава своите изпълнителни правомощия в рамките на делегирането, са сравнително редки, благодарение на системата на взаимен контрол и баланс. Вътрешните контролни механизми в самата Комисия са организирани на няколко равнища. Освен това структурата и процедурата на комитологията позволява на представителите на държавите-членки в комитетите да възразяват срещу превишаването на изпълнителна компетентност от Комисията в рамките на делегирането и вторичното делегиране. Европейският парламент или Съветът могат по всяко време да обърнат внимание на Комисията, че даден проект на акт за изпълнение превишава изпълнителните правомощия, предвидени в основния акт, като отчитат своите правомощия във връзка с контрола за законосъобразност на актовете на Съюза. Ролята на силна спирачка за Комисията играе и практиката на Съда, в която последователно се провеждат основните понятия и правила на делегирането в административното право на ЕС.

¹¹⁵ Пак там, т. 31.

¹¹⁶ Пак там, т. 34.

Ключови думи

*Експертиза,
наказателно производство*

Key words

*Expertise,
Criminal procedure*

Elena Nedyalkova, Ph. D.

**Issues of Expertise
in the Criminal Proceedings**

**Elena
Nedyalkova,
Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New Bulgarian
University,*

*e-mail:
enedialkova@nbu.bg*

Senior Assistant

*Professor and Lec-
turer in
criminal procedure law*

*Areas of
specialization
criminal procedure law.*

*Author of studies
and articles in professional
periodicals in Bulgaria*

The expertise is one of the main methods of proving and revealing the objective truth in the criminal procedure of the Republic of Bulgaria. The expert conclusion is an essential element of the evidence that should be relevant to the circumstances included in the subject of proof.

The author presents an analysis of the problems associated with the expert research and conclusions by providing legislative changes for their proper solution.

гл. ас. д-р Елена Недялкова

Въпроси на експертизата в наказателното производство

Експертизата е един от основните видове способности за доказване и разкриване на обективната истина в наказателното производство. Експертното заключение представлява важна съставна част от доказателствения материал, който следва да бъде релевантен към обстоятелствата, включени в предмета на доказване¹. Експертизата се отличава от останалите способности по това, че често в съдебната практика с назначаването и приемането ѝ се реализира едно ефективно средство за разрешаване на съществени въпроси, респ. за постановяване на законосъобразна, обоснована и справедлива присъда.

Правната регламентация на експертизата като процесуален способ на доказване е визирана в разпоредбите на Глава четиринадесета, Раздел III от НПК.

Експертизата следва да бъде назначена от съда или органа на досъдебното производство винаги, когато за изясняване на някои определени обстоятелства по делото са необходими специални знания из областта на науката, изкуството или техниката (чл. 144, ал. 1 от НПК).

Експертизата се възлага на вещи лица, които са компетентни да изследват и представят експертните си заключения само по определени въпроси, свързани със съответстващата специалност и квалификация (чл. 147 от НПК).

1. Експертът няма право да изгражда преценка относно достоверността на дадени свидетелски показания и още по-малко да обосновава с нея заключението си.

Свидетелят е задължен да изложи под формата на свободен разказ всичко, което му е известно по делото (чл. 120, ал. 1; чл. 139, ал. 3 и ал. 5 от НПК). Когато заяви пред съда, че поддържа своите показания, дадени в досъдебното производство или пред друг съдебен състав, свидетелят следва да бъде разпитан отново лично за изясняване на фактите и обстоятелствата в съдебното заседание, независимо от това, че вече е предоставял доказателствена информация по същото дело. Едва след това той би могъл да потвърди показанията си, изложени пред друг орган, дори и в хода на друго производство. В противен случай съдът ще събере до-

¹ Предметът на доказване е регламентиран в разпоредбата на чл. 102 от НПК.

казателствата неправилно, ще накърни принципите за устност и непосредственост, спазвайки ги формално и така ще допусне съществено процесуално нарушение (Решение № 615 – 1975 г. – II н. о.).

Съдебната практика познава и други примери, в които назначената счетоводна експертиза е съдържала констатации и относно процесуални въпроси, стоящи извън компетентността на съответното вещо лице – напр. извод относно размера на присвоената сума въз основа на свидетелски показания; изследване върху подписите на подсъдимите, положени върху инкриминираните покупко-изплащателни бележки и др.²

Оценката на свидетелските показания, както и на всички други доказателства и доказателствени средства може да бъде право и задължение единствено на ръководно-решаващия по делото държавен орган, а не на вещото лице³. Съдът е органът, компетентен да се произнесе окончателно по въпросите, свързани с извършването, правната квалификация и авторството на престъплението, както и относно причинната връзка с настъпилия противоположен резултат; вида и степента на вината; вида и размера на наказанието⁴. Следователно той носи задължението и главната отговорност да събере по предвидения от НПК ред всички доказателства, които ще изяснят обективно, всестранно и пълно фактите и обстоятелствата по делото (чл. 14, ал. 1 от НПК). Единствено по този начин съдът предизвиква разкриването на обективната истина и би могъл да постанови законосъобразна присъда⁵, обоснована с лично събрани, проверени и оценени доказателствени материали⁶.

В този смисъл е постановено и едно от решенията на ВС, според което не е необходимо назначаването на експертиза, за да бъдат изяснени нарушенията от подсъдимите правила, свързани с упражняването и безопасността на тяхното занятие⁶. Въпросът за вида и естеството на допуснатите нарушения, както и наличието на причинна връзка с осъществените вредоносни последици също е от компетентността само на съда и не би могъл да се поставя на експерт (Решение № 390 – 1988 г. – III н. о.).

² Посоченото изследване може да бъде предмет само на съдебната технико-криминалистична експертиза на документи.

³ Вж. **Чинова, М.** Досъдебното производство по НПК. (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013 г., с. 607.

⁴ Разпоредбата на чл. 6, ал. 1 от НПК изрично постановява, че „правораздаването по наказателни дела се осъществява само от съдилищата, установени с Конституцията на Република България“ (КРБ).

⁵ Макар и в ограничен обхват, допустими са и изключения от принципа на непосредствеността, които следва да бъдат прилагани само в изрично посочените от НПК хипотези.

⁶ В случаите на трудова злополука съдът е длъжен да съобрази установяването на определени служебни нарушения със спазването на действащите подзаконовни нормативни актове – наредби и единни правилници за безопасността на съответния вид труд.

В подкрепа на изложеното следва да се подчертае и изричното изискване на закона, което оправомощава вещото лице да откаже предоставянето на експертно заключение тогава, когато поставените въпроси излизат извън рамките на неговата специалност (чл. 149, ал. 2 от НПК).

Правораздавателната практика включва и други случаи с постановяване на необоснована присъда, въпреки наличието на изготвено и прието експертно заключение. Следва да се има предвид, че при разглеждането на отделно наказателно дело се поставят различни изисквания относно вида и множеството на използваните доказателствени способности в зависимост от характера, сложността и специфичните особености на конкретния казус. Доказването на обвинението по несъмнен начин често се нуждае от представяне на експертно заключение, което трябва да бъде подкрепено, потвърдено и от съответстващи гласни и други доказателствени средства относно определени фактически данни и обстоятелства, независимо от това дали същите са оспорвани или противоречиви (чл. 303, ал. 1 и ал. 2 от НПК).

2. Съдебно-счетоводната експертиза напр. би могла да бъде така изградена, че да представи само един обикновен математичен израз на фактически извършеното, лишен от възможност за необходимия методичен анализ поради голямата продължителност на времето, отминало след извършването на деянието. Сама по себе си експертизата, чийто предмет на изследване е изпълнен единствено с калкулации, придружени от приемо-предавателни протоколи и други документи, не може да послужи като легален доказателствен способ, защото с нея не е установено и проверено фактическото положение. В това отношение дори и провеждането на следствен експеримент не би довело до пълнота на доказателствения материал.

Според практиката на касационния съд изготвената експертиза се явява недостатъчна за доказване на фактически въпроси, чието изясняване изисква депозирането на свидетелски показания, още повече, че заключението на вещото лице няма задължителна сила за съда и органите на досъдебното производство (чл. 154, ал. 1 от НПК). Показанията на свидетелите биха могли да изградят и стабилна доказателствена основа за проверка на приложените към делото инкриминирани документи, факти и обстоятелства. Посоченото становище е правилно постановено, предвид недопустимостта на формалното начало в наказателния процес и задължението на съда за установяване на логично обосновани, верни и точни изводи в мотивите на присъдата (Решение № 607 – 1977 г. – П н. о.).

Въпреки всичко съдебно-счетоводната експертиза е една от най-често изготвяните в наказателното производство и отдавна е утвърдена, доказана, наложителна за съдебната практика. Правната значимост на този вид специфично изследване се обуславя и от факта, че следва да бъде възлагано по широк кръг дела за умишлени престъпления от общ характер⁷.

⁷ Такива напр. са: престъпленията против паричната, кредитната, финансовата, данъчната и осигурителната системи; различните видове присвоявания и документни престъпления; престъпления против собствеността, стопанството и др. от НК.

Високите изискванията към експерт-счетоводителя във всички случаи са свързани с практическата необходимост от специални знания, опит и квалификация в областта на счетоводната отчетност и контрола, за да може ръководно-решаващият орган да бъде компетентно подпомогнат в своите процесуални следствени действия. Правилното решаване на поставените задачи зависи от сектора на икономическия отрасъл, в който следва да бъде извършена експертизата, вида на водената счетоводна отчетност и не на последно място от професионалните и интелектуални възможности на съответното вещо лице, за да успее да избере най-подходящата методика за изследване в конкретния случай⁸. Следователно, ако член от състава на съда притежава необходимите специални знания, придобити дори и по силата на изискуемото счетоводно икономическо образование, съдът е длъжен да назначи съответната експертиза, още повече, че процесуалната му дейност е напълно несъвместима с тази на вещото лице⁹. В този смисъл представянето на съдебно-счетоводното експертно заключение е задължително, с оглед обосноваване и постановяване на присъдата при пълнота на доказателствата (Решение № 243 – 1976 г. – I н. о.).

3. Според нормата на чл. 144, ал. 2, т. 1 от НПК *експертизата е задължителна* във всички случаи, когато съществува съмнение относно *причината на смъртта*. Следователно, експертното заключение следва да бъде представено, респ. изслушано от съда, особено когато в хода на делото е предизвикан и спор относно причината, респ. причинната връзка за настъпилата смърт.

При тази хипотеза съответният компетентен орган е длъжен да назначи *съдебномедицинска експертиза (СМЕ)* поради необходимостта от специални знания в областта на медико-биологичните науки, както и с оглед доказването на оспорената причинна връзка при настъпването на съответния вредоносен резултат¹⁰. Когато в досъдебното наказателно производство е прието писмено заключение по възложената СМЕ, първоинстанционният съд трябва да призове и разпита съответните вещи лица в съдебното заседание. Преди приключването на съдебното следствие съдът постановява прочитането и приемането на приложеното към делото експертно заключение, съобразно неговата значимост за изясняване на обстоятелствата по делото (чл. 282 и чл. 283 от НПК). Посочените съдебно-следствени и други процесуални действия са наложителни поради императивния характер на разпоредбата в чл. 144, ал. 2, т. 1 от НПК и неизпълнението им напълно основателно ще съставлява съществено процесуално нарушение.

⁸ Вж. по-подробно **Цанков, П.** Съдебни експертизи. ВСУ „Черноризец Храбър“, Варна, 2012 г., (Авторски колектив), с. 371 – 386.

⁹ Вж. **Чинова, М.** Досъдебното производство по НПК. (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013 г., с. 607.

¹⁰ СМЕ представлява научнопрактическо изследване, съдържащо заключение по конкретно поставени въпроси от медико-биологичен характер, възникнали в хода на досъдебното и/или съдебно наказателно производство. В тази връзка вж. по-подробно **Павлов, П.** Съдебни експертизи. ВСУ „Черноризец Храбър“, Варна, 2012 г., (Авторски колектив), с. 231, 232.

Новото разглеждане изисква от съда преценка на въпроса за поставяне на допълнителни задачи към експертизата във връзка със заключението относно пряката причина за установената смърт и причинната връзка с настъпилите увреждания, както и по отношение основателността за назначаване на тройна експертиза от различни специалисти (Решение № 492 – 1990 г. – III н. о.).

Предвид теорията, съдебната и медицинска практика трябва да се отбележи, че освен СМЕ не съществуват други подходящи средства за решаване на важните, визирани в закона процесуални въпроси, свързани с причините за смъртта, телесната повреда, вменяемостта, физическото, психическото, здравословното състояние и др. Мащабният обем и сложността на медико-биологичните изследвания, както и значимостта на техните резултати за правилното развитие на наказателното производство биха могли да обосновават назначаването на СМЕ и извън посочените от нормата на чл. 144, ал. 2 от НПК случаи¹¹.

Затова следва да приемем *de lege ferenda*, че при наличието на която и да било хипотеза за задължително назначаване на експертиза е необходимо да се изисква и установяване на евентуална *употреба на алкохол, лекарства, упойващи, наркотични и др. вещества* по отношение на живите, както и на починали лица, свързани с доказателствените обстоятелства по делото¹². Посоченото становище е приложимо с особена сила спрямо доказването на обективните елементи в отделни престъпни състави от НК, каквито са управлението на моторно превозно средство (МПС) с определена концентрация на алкохол в кръвта, както и пияното състояние на дееца (чл. 343б., ал. 1 и ал. 2; чл. 123, ал. 3; чл. 134, ал. 3; чл. 343, ал. 3 и чл. 346, ал. 2, т. 2 от НК)¹³.

¹¹ „Експертизата е задължителна, когато съществува съмнение относно:

1. причината на смъртта;
2. характера на телесната повреда;
3. вменяемостта на обвиняемия;
4. способността на обвиняемия с оглед на неговото физическо и психическо състояние правилно да възприема фактите, които имат значение за делото, и да дава достоверни обяснения за тях;
5. способността на свидетеля с оглед на неговото физическо и психическо състояние правилно да възприема фактите, които имат значение за делото, и да дава достоверни показания за тях.“

¹² В тази връзка следва да бъде назначавана съответната СМЕ на живи лица, респ. СМЕ на човешки трупове и трупни останки и в частност съдебна химическа експертиза за установяване на концентрация на алкохол в кръвта.

Вж. по-подробно **Павлов, П.** Съдебни експертизи. ВСУ „Черноризец Храбър“, Варна, 2012 г., (Авторски колектив), с. 232 – 249; **Йонов, Й.** Съдебни експертизи. ВСУ „Черноризец Храбър“, Варна, 2012 г., (Авторски колектив), с. 317 – 324.

¹³ По повод липсата на легално определение на понятието „пияно състояние“ в разпоредбите на чл. 93 от НК, са приети еднозначни тълкувателни актове, според които во-

4. Въпреки това в съдебната практика все още се срещат някои пороци при формиране на вътрешното убеждение на съда, когато изгражда своите **фактически и правни изводи относно наличието на признака „пияно състояние”** в състава на чл. 343б, ал. 2 от НК.

Конкретната употреба на алкохол или друго упойващо вещество от водачи на МПС се установява чрез химическо изследване по специален ред, регламентиран от съответния подзаконов нормативен акт¹⁴.

Получените резултати от съдебната химическа експертиза задължително се включват в доказателствения материал по делото с оглед съвкупното им разглеждане с останалите доказателства. Така гласните доказателствени средства, установяващи поемането на алкохолни напитки от страна на подсъдимия преди деянието, следва да бъдат подкрепени и съобразени с данните от експертното заключение относно употребения по определено време, вид и количество алкохол, както и с индивидуалната способност на организма на дееца да го елиминира до момента на злополуката. Вместо да спази това наложително правило, въззивният съд изрично е изключил от доказателствената основа данните от химическото изследване, (извършено по реда на съответната Наредба за установяване употребата на алкохол или друго упойващо вещество от водачите на МПС), ползвайки единствено гласните доказателствени средства. Въпреки че НПК допуска установяването на "пияното състояние" с всички доказателствени средства, съставът на въззивната инстанция едва ли е разполагал с необходимите специални научни познания, за да изгради самостоятелно точни фактически и правни изводи. Становището на съда относно съставомерността по посочения обективен признак не би могло да бъде несъмнено и логически обосновано без подкрепата на съответното експертно заключение. Следва да приемем, че след като не е събрал достатъчно доказателства, той не е обсъдил наличните правилно, не е изяснил изцяло делото от фактическата му страна и е съставил необосновано и незаконосъобразно своите изводи. Следователно, въззивният съд е нарушил задължението си за осигуряване разкриването на обективната истина и е ограничил правото на защита на подсъдимия, включваща и оборването на отделни елементи на обвинението, които обуславят по-тежката наказуемост на деянието (чл. 13 и чл. 15 от НПК). При така

дачът на МПС се намира в „пияно състояние” винаги, когато в кръвта му е установена по надлежния ред концентрация на алкохол не по-малко от 0,5 на хиляда (Тълкувателно решение № 2 от 2007 г. на ОСНК на ВКС; Постановление № 1 от 1983 г. на Пленума на ВС).

¹⁴ Действаща към момента е Наредба № 30 от 27.6.2001 г. за реда за установяване употребата на алкохол или друго упойващо вещество от водачите на моторни превозни средства. Същата е издадена от министъра на здравеопазването, министъра на вътрешните работи и министъра на правосъдието на основание чл. 174, ал. 4 от Закона за движението по пътищата (ЗДП) и отменя Наредба № 9 от 1980 г. за реда за установяване употребата на алкохол или друго силно упойващо вещество от водачи на моторни превозни средства.

посочените съществени процесуални нарушения обжалваното въззивно решение подлежи на касационна отмяна (Решение № 557 – 2002 г. – I н. о.).

НПК предвижда и друга хипотеза за задължителност на експертизата, отнасяща се до изясняване *способността на обвиняемия*, респ. подсъдимия с оглед на неговото физическо и психическо състояние *правилно да възприема фактите, които имат значение за делото и да дава достоверни обяснения* по тях. Разпоредбата изрично изисква съществуването на субективния признак „*съмнение*“ от страна на съда или органа на досъдебното производство като достатъчно основание за назначаването на експертиза. (чл. 144, ал. 2, т. 4 от НПК). Съмненията следва да бъдат свързани с нарушения в здравословното състояние, респ. съществуването на психично разстройство, както и с психичните качества на конкретния обект на изследването, за да се назначи задължително *ex officio* съдебна психологична и/или съдебно-психиатрична експертиза (СПЕ)¹⁵. Според Решение на ВКС № 588 – 2004 г. – I н. о. обаче възлагането на експертиза относно способността на подсъдимия правилно да възприема значимите за делото факти и да дава съответните достоверни обяснения е допустимо само когато обективно са установени особености във физическото или психическото му състояние.

Вярно е, че в посоченото съдебно решение не се коментира и оспорва психологическият статус, респ. възможните отклонения в личността на подсъдимото лице, а вероятността за достоверност на неговите обяснения. Въпреки това следва да се отбележи, че подобно обективно установяване и изясняване на особености в психическото състояние би могло да се съдържа именно в конкретното съдебнопсихологично експертно заключение и то най-вече поради необходимостта от специални знания от страна на съда, визирана в разпоредбата на чл. 144, ал. 1 от НПК. Единствено по този начин държавният орган може да преодолее посочено-

¹⁵ Възможно е и успоредното извършване на следните две експертизи: *самостоятелна* съдебно-психологична експертиза (СПсЕ) и *комплексна* СПЕ и СПсЕ.

Посредством СПЕ биха могли да бъдат освидетелствани следните групи участници в наказателното производство:

- обвиняемият, респ. подсъдимият;
- свидетелят, съответно пострадалият, частният обвинител, частният тъжител, гражданският ищец, гражданският ответник, служителят под прикритие;
- поемните лица, както и служителите на Министерството на вътрешните работи (МВР), на военната полиция или на Агенция "Митници", които са присъствали при извършването на оглед, претърсване, изземване, следствен експеримент и разпознаване на лица и предмети по разглежданото дело (аргумент от разпоредбите на чл. 118, ал. 1, т. 1 – т. 3 и чл. 144, ал. 2, т. 3 – т. 5 от НПК).

Най-важното предназначение на СПЕ е свързано с установяване на вменяемостта, респ. способността на конкретния изследван обект да разбира свойството и значението на извършеното, както и да ръководи постъпките си, с оглед вземането на решения относно наказателната отговорност, степента на обществената опасност на деянието и деца и други, засягащи вината обстоятелства.

то от закона съмнение относно психичните качества и способностите на разпитвания участник в процеса да предостави достоверни обяснения или показания.

5. Недопустимо е обаче с експертизата да се конкретизира извод относно наличието и степента на вероятност за достоверността на обясненията на обвиняемия, независимо от това какви психологични беседи и тестове са провеждани в хода на изследването¹⁶. Според правната теория по този начин се отрича възможността за използване на *детектор на лъжата* (синоним на т. нар. „полиграф“), дори само като спомагателно средство при изготвянето на различни експертизи, най-често психологически¹⁷.

Съвсем друг е въпросът дали гласните доказателствени средства действително възпроизвеждат факти и обстоятелства, които отговарят на истината. Безспорно ясно е, че становището относно достоверността на доказателствата е прерогатив единствено на ръководно-решаващия орган, който провежда личния разпит и който следва да оцени поотделно и съвкупно целия доказателствен материал въз основа на свободното си вътрешно убеждение¹⁸.

Сравнително *нова е практиката на ВКС*, която отразява положително използването на различни експериментални психологични методи и средства при изграждането на СПсЕ, включително и чрез провеждане на полиграфско изследване. Известни са случаи, в които съдебнопсихологичният експерт е предлагал на подсъдимия да изясни някои въпроси с помощта на т. нар. полиграф и при наличието на предварително декларираното му желание да се подложи на съответната проверка (Решение № 95 – 2010 г. – I н. о.). Съдебнопсихологичното експертно заключение допуска извършването на полиграфско изследване, наред с получаването на информация чрез специално интервю и други тестове. Изготвянето му се предоставя на назначения компетентен *психолог със специалност „Медицинска психология“* (и по възможност със специална подготовка по съдебна психология), който носи процесуалното качество на вещо лице¹⁹. Прилагането на полиграфския метод се формира като съставна част от психологическото изследване, което трябва да бъде съобразено с изискванията, постановени от разпоредбата на чл. 152, ал. 1 – 3 от НПК²⁰. Само тогава би могло да бъде прието и използвано от съ-

¹⁶ В тази връзка вж. **Чинова, М.** Досъдебното производство по НПК. (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013 г., с. 609.

¹⁷ Вж. по-подробно **Цекков, Ц.** Детекторът на лъжата. Сп. „Съвременен право“, Брой № 3, 1997 г.

¹⁸ По тази причина нито едно от доказателствените средства и способности не може да се ползва с особена сила пред останалите, конкретно установени от НПК.

¹⁹ Относно предметът, обектът, използваните методи и задачите на СПсЕ и СПЕ вж. по-подробно **Стоименова, М.** Съдебни експертизи. ВСУ „Черноризец Храбър“, Варна, 2012 г., (Авторски колектив), с. 334 – 370.

²⁰ Основанието, мястото, задачата, вида и естеството на извършените изследвания, използваните материали и научно-технически средства, както и получените резултати и

да като редовен доказателствен способ, с оглед установяването на достоверност в обясненията на подсъдимия.

Представеният дотук кратък анализ на правната уредба и правораздавателна практика в българските съдилища обхваща съвсем малка част от въпросите, възникващи в хода на досъдебната и съдебна наказателно-процесуална дейност. Правилното разрешаване на проблемите, свързани с експертните изследвания и заключения имат изключителна значимост за доказването в наказателното производство, което налага тяхното по-широко и задълбочено разглеждане.

изводи от експертизата са задължителни реквизити на писменото експертно заключение, което следва да бъде подписано и представено от изготвилото го вещо лице.

Когато по време на провеждането на експертното изследване се открият нови материали от значение за делото, по които не е била поставяна задача, вещото лице е длъжно да ги посочи в заключението си. В този случай, ако ръководно-решаващият орган прецени, че експертното заключение не е достатъчно пълно и ясно, би могъл да назначи допълнителна експертиза по силата на чл. 153 от НПК.

Ключови думи

Тероризъм, терористичен акт, наказателно право на Европейския съюз; международно наказателно право; терористични престъпления.

Key words

Terrorism, Terrorist Act, European Criminal Law, International Criminal law, Terrorist Crimes.

Ralitsa Kostadinova, Ph.D.

Member of the Law Department of New Bulgarian University, e-mail: rkostadinova@nbu.bg.

Senior Assistant Professor and Lecturer in Criminal law

Areas of specialization: Criminal Law, Corruption, Terrorism, National Security, Road Traffic Offences, EU criminal law and co-operation.

Author of a monograph and articles in professional periodicals in Bulgaria and abroad.

Ralitsa Kostadinova, Ph. D.

Criminal Protection Against Terrorism

(Aspects of EU Criminal Law and International Criminal Law)

This paper explores some aspects of the supranational criminal protection against terrorism. It begins with an outline of the traditional approach to the issue, namely from the perspective of the international criminal law, which considers terrorism as a crime of an international character. Special attention is paid to the basic characteristics of the Criminal law of the European Union as the new and most rapidly expanding field of European law. The position of the EU legislature in the area of combating terrorism is examined. Finally, the challenges posed to national criminal law are defined.

гл. ас. д-р Ралица Костадинова

Наказателноправна защита от тероризъм. Някои аспекти на наказателното право на ЕС и международното наказателно право

1. Увод

Тероризмът е сложно социално-правно явление. Неговото осмисляне е свързано с познаването на неговите идеологически, социални, религиозни, етнически и психологически елементи, които са предмет на изследване от съответните научни области. Ето защо и неговото противодействие има разнопосочни измерения. В настоящето изложение ще бъде проследена правната основа за борба с тероризма и в частност разпоредбите, дефиниращи понятието „терористичен акт“.

Дълги години противодействието на глобалната заплаха от явлението тероризъм беше предмет на изследване предимно в международното право. Поради това и наказателноправния анализ на престъпленията, свързани с тероризъм по българското право, винаги е имал за основа положенията, установени в международните договори, по които България е страна. Днес и институциите на Европейския съюз (ЕС) признават заплахата от тероризъм и създават европейско анти-терористично законодателство. За разлика от международните договори, в европейските актове вече се съдържат дефиниции на понятия, свързани с тероризъм, като „терористичен акт“, „терористично престъпление“, „престъпления, свързани с терористични групи“ и „престъпления, свързани с терористична дейност“. Това налага страната ни като пълноправен член на ЕС не само да съобрази националното си законодателство с възприетите основни положения в европейското право, а също и да формира позиция по предложенията, които са в процес на обсъждане. Адекватната позиция по тези въпроси е свързана с познаването на досегашния опит и подходи в противодействието на тероризма. С оглед на това настоящата публикация си поставя за цел да проследи някои аспекти на защита от тероризъм в двата наднационални правопорядъка: нормите на Международното наказателно право (МНП) и Наказателното право на Европейския съюз (НПЕС). Тяхното изясняване има значение за съвременната наказателноправна защита от тероризъм по българското наказателно право, в която са отразени и двата исторически познати подхода: международноправния и този на наказателното право на ЕС.

2. Международноправния подход в борбата с тероризма

1. Ако приемем, че тероризмът е явление с многовековна история, първоначалният подход за неговото противодействие се съдържа в актовете на международното право. Те отразяват желанието на народите за съвместни усилия срещу отделни форми на тероризъм като въздушното пиратство, бомбен тероризъм и други. Ето защо и изследването на въпроса за защитата от тероризъм представлява аналитичен преглед на многобройните международни актове¹, които в своята съвкупност очертават различните проявления на тероризма. Въпреки усилията на държавите, легална дефиниция на тероризма не е установена в международен договор, но пък това дава възможност за обосноваването на теоретични модели.

Тези особености характеризират класическия подход в противодействието на тероризма през 19 и 20 в., при който страните се присъединяват към актове на международни организации като ООН, Съвет на Европа и други, в които се осъждат и забраняват отделни форми на тероризма. Като страни по договорите държавите се задължават да криминализират тези прояви. Ето защо и до началото на 21 в. не е очертано общото понятие за тероризъм, а само отделни престъпни деяния, чрез които биха могли да се преследват и терористични цели.

2. Това положение обяснява и защо в българската правна доктрина изследванията по въпросите на тероризма традиционно се основават международните договори, които уреждат различни проявления на явлението тероризъм. Като такива се сочат “въздушния” тероризъм; престъпленията против лица, ползващи се с международна защита, включително дипломатически агенти; вземането на заложници; “ядрения” тероризъм; “морския” тероризъм; бомбения тероризъм; финансирането на тероризма и др.² Така например възприемането на основните положения на Хагската и Монреалската конвенции налага и криминализирането въздушното пиратство през 70-те години на 20 в.³ Въвеждането на съставите на престъпления с международен характер в българския Наказателен кодекс (НК) насочва интересът на българските пеналисти към международното наказателно право. **Проф. Димитър Михайлов** приема, че тероризмът е социално-правно явление, съществуващо от векове и свързано със социалните деления и противоречия в обществото, както и с установяването на държавата и правото⁴. В този сми-

¹ Вж. Сборниците с текстовете на документи: International Terrorism: Political and Legal Documents. Ed. by Yohan Alexander. Dordrecht/Boston/London. MartinusNijhoff publishers: 1992.

² Подробно вж. Илиева, Ирена. Международноправни проблеми на борбата срещу международния тероризъм, С. : Кронос, 2005; Илиева, Ирена. Регионални конвенции за борба срещу тероризма, С. : Кронос, 2012.

³ Костадинова, Ралица. Престъпления срещу сигурността на гражданската авиация. В: Сборник доклади от годишна университетска научна конференция, том 6, Издателски комплекс на Национален Военен университет, Велико Търново. 2013, с. 76-84.

⁴ Михайлов, Димитър. Наказателноправна защита срещу тероризма. *Правна мисъл*, 1986, № 5, с. 5-16. Текстът е цитиран по Михайлов, Димитър. Наказателноправна за-

съл то застрашава държавата и неговият характер е политически. Поради това и антитерористичната дейност в тоталитарната държава⁵ (1944-1989 г.) се осъществява чрез съответното управление на Държавна сигурност.

3. Тероризмът е престъпление с международен характер, което е предмет на изследване в международното наказателно право⁶. Международните договори не съдържат общовалидно определение за тероризъм. Като възможно обяснение се сочат „характеристиката на обектите, средствата, задачите на терористите, както и различието в законодателствата на отделните държави“⁷. Това дава възможност на учените да запълнят тази празнота чрез теоретични модели.

Проф. Борис Велчев извежда следните отличителни черти на тероризма: политически характер; комплексен обект; засяга стабилността на международните отношения; обичайно се извършва в мирно време; начин и мащаб на извършване, жестокост; предизвиква значителен медиен интерес⁸. Като уточнява, че терористичните престъпления се наказват от съответните съдилища въз основа на нормите на вътрешното наказателно право, той очертава ролята на международното наказателно право в две основни насоки: да гарантира, че държавите оценяват по един и същ начин тероризма и да се ограничат пречките за екстрадиция⁹.

Проф. Румен Марков констатира, че „[у]чението за тероризма в съвременния свят представлява отделна, самостоятелна и комплексна научна област на общественото познание“. Неговият анализ на наказателноправните аспекти на тероризма обхваща, както вътрешното, така и международното наказателно право. Според него „в НК са предвидени разпоредби, които регламентират типичните форми на тероризъм, както и на свързаните с него други международни престъпления“¹⁰. Като такива са посочени престъпленията, описани в чл. 96, 97, 97а от

щита срещу тероризма. В: *Проблеми на наказателното право. Особена част*, С. : Сиела, 2008, с. 41-61. Проф. Михайлов посочва като примери за терористични актове заговорите за убийства на политически дейци през Средновековието и Възраждането; масовия червен и черен терор след Октомврийската революция в Русия; нападенията в Марсилия от 1934; масовите убийства след 1923 г. в България, както и нацистката власт, която се определя като „терористична въоръжена организация“ и „терористичен режим“.

⁵ По-подробно за правните аспекти на този период от развитието на държавата и правото вж. Михайлова, Екатерина. *Тоталитарната държава и право*, С.: Нов български университет, 2016.

⁶ Михайлов, Димитър. *Международно наказателно право*. С. : Сиела, 2003; Велчев. Борис. *Международно наказателно право*, С. : Сиела, 2015.

⁷ Марков, Румен. *Наказателноправни аспекти на съвременния тероризъм*. Съвременно право. 2005, №4, с. 23.

⁸ Велчев. Борис. *Международно наказателно право*, С. : Сиела, 2015, с. 187-188.

⁹ Пак там, с. 191.

¹⁰ Марков, Румен. *Наказателноправни аспекти на съвременния тероризъм*. Съвременно право. 2005, № 4, с. 29.

НК; състави на престъпления, свързани с наркотици; въздушното пиратство, изпирането на пари, трафик на хора и компютърни престъпления и въведената през 2002 г. разпоредба на чл. 108а от НК, обозначена като „тероризъм“.

Новото престъпление тероризъм по чл. 108а от НК е последица от приетите актове на ЕС в тази област и желанието на нашата страна да съобрази националното си наказателно право с тях. Така през 21 в. се очертава един нов подход за противодействие на тероризма – чрез актовете на ЕС.

3. Актове на Европейския съюз за противодействие на тероризма

Защитата от тероризъм в Европейския съюз (ЕС) е предмет на правна уредба в Рамковото решение 2002/475/ПВР на Съвета от 13 юни 2002 г. относно борбата срещу тероризма¹¹ и Рамковото решение 2008/919/ПВР на Съвета от 28 ноември 2008 г. за изменение на Рамково решение 2002/475/ПВР относно борбата срещу тероризма¹². Последвалите ги терористични атаки в различни европейски градове и усложнената среда за сигурност бяха отчени в Работната програма на ЕС за 2016 г. Тя си постави за цел усъвършенстването на мерките в ЕС за борба с тероризма, в това число и в областта на наказателно право на Европейския съюз. Законодателната компетентността на ЕС в областта на наказателното право има своето основание в 83 от Договора за функциониране на Европейския съюз (ДФЕС)¹³. В резултат на това в края на 2015 г. е изготвен проект за Директива за борба с тероризма. Нейното създаване е резултат от дългогодишните усилия на ЕС за противодействие на тероризма, които имат за последица система от актове. Те ще бъдат накратко проследени в следващото изложение.

1. През 70-те години на 20 в. още в рамките на Европейската икономическа общност се наблюдават инициативи в резултат на осъзната необходимост от съгласувани действия между държавите в борбата с престъпността и в частност с тероризма. Така са поставени основите на междуправителствено сътрудничество, изразяващо се в провеждането на разговори на ниво министри на правосъдието и министри на вътрешните работи. Първата среща е осъществена в Люксембург през 1976 г. и поставя началото на т. нар. група ТРЕВИ, която през следващите години продължава своята дейност¹⁴.

След приемането на Договора от Маастрихт през 1992 г. в рамките на т. нар. „Трети стълб“ бе създадена системата на съдебно сътрудничество по наказа-

¹¹ ОВ L 164, 22.6.2002 г., стр. 3.

¹² ОВ L 330, 9.12.2008 г., р. 31.

¹³ В изложението по-нататък са цитирани текстове според Консолидирания текст на Договора за функционирането на Европейския съюз, ОВ С 202, 07/06/2016. Източник: ПИС АПИС.

¹⁴ Така Христов, Христо. Право на Европейския съюз. Наказателноправни въпроси. С. : Сиела, 2012. с. 56-57

телни дела между държавите–членки на ЕС¹⁵. Така противодействието на тероризма се осъществява чрез налагането на мерки по отношение на лицата и групите, финансиращи терористични актове. Настоячива препоръка за тяхното въвеждане се съдържа в Резолюция 1373(2001) на Съвета за сигурност на ООН от септември 2011 г.¹⁶ В последвалата я Резолюция 1377 (2001) се подчертава изрично, че „международните терористични актове противоречат на целите и принципите на Устава на Организацията на обединените нации и че финансирането, планирането и подготвянето на международни терористични актове, както и всички други форми на подпомагане на такива актове също противоречат на [нейните] цели и принципи“¹⁷. Това е възприето от Европейският съюз, който въвежда мерките срещу финансирането на тероризма чрез Обща позиция на Съвета от 27 декември 2001 година за прилагането на специални мерки за борба с тероризма.

2. Обща позиция на Съвета от 27 декември 2001 година за прилагането на специални мерки за борба с тероризма¹⁸.

В нея са предвидени конкретни мерки: замразяване на средствата и другите финансови активи или икономически източници (чл. 3), непредоставяне на средства (чл. 4), както и полицейско и съдебно сътрудничество по чл. 5. Те могат да се прилагат само по отношение на лицата и групите, които са изброени в Приложение на Общата позиция. Този списък подлежи на актуализиране и изменение по решение на Съвета¹⁹. Взимането на решение се предшества от анализ на подроб-

¹⁵ Вж. подробно Коларов, Тодор. Съдебно сътрудничество между държавите членки на Европейския съюз в борбата с трансграничната организирана престъпност. С. : Сиела, 2012.

¹⁶ По въпроса за взаимодействието между актовете на Съвета за сигурност и ЕС вж. Mitsilegas, Valsamis. *EU Criminal Law After Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*. Bloomsbury Publishing, 2016, p. 25.

¹⁷ Вж. Йочева, Катерина. За правната сила на решенията на Съвета за сигурност на ООН. В: Сборник от научна конференция „Актуални проблеми на сигурността“, Национален военен университет „Васил Левски“, 2013.

¹⁸ ОВ L 344, 28/12/2001, с. 93-96.

¹⁹ С такъв характер са решенията на Съвета: Решение 2014/483/ОВППС НА СЪВЕТА от 22 юли 2014 година за актуализиране и изменение на списъка на лицата, групите и образуванията, по отношение на които се прилагат членове 2, 3 и 4 от Обща позиция 2001/931/ОВППС за прилагането на специални мерки за борба с тероризма, и за отмяна на Решение 2014/72/ОВППС; Решение (ОВППС) 2015/521 на Съвета от 26 март 2015 година за актуализиране и изменение на списъка на лицата, групите и образуванията, по отношение на които се прилагат членове 2, 3 и 4 от Обща позиция 2001/931/ОВППС за прилагането на специални мерки за борба с тероризма и за отмяна на Решение 2014/483/ОВППС; Решение (ОВППС) 2015/1334 на Съвета от 31 юли 2015 година за актуализиране на списъка на лицата, групите и образуванията, по отношение на които се прилагат членове 2, 3 и 4 от Обща позиция 2001/931/ОВППС за прилагането на специални мерки за борба с тероризма, и за отмяна на Решение (ОВППС) 2015/521; Решение (ОВППС) 2016/628 на Съвета от 21 април 2016 година за актуали-

на информация, която се разглежда и оценява от работна група. Предвидените мерки сериозно засягат правната сфера на лицата, което изисква ясно дефиниране на основанията, при които е допустима подобна намеса²⁰.

В Обща позиция на Съвета от 27 декември 2001 година за прилагането на специални мерки за борба с тероризма се дава дефиниция на термина „**терористичен акт**“²¹. С този израз се обозначава умишлено деяние от вида на изрично от посочените в чл. 3, което с оглед на особеностите си и начина на извършване сериозно може да увреди дадена държава или международна организация и е криминализирано по националното право, когато е извършено с терористична цел. Съдържанието на чл. 3 дава основание да се обособят субективен и обективен критерии за отграничаването на терористичния акт от други видове посегателства. Така се извеждат три основни характеристики на терористичния акт:

Първо, извършеното деяние от дееца трябва да е криминализирано по националното наказателно законодателство;

Второ, деянието трябва да осъществява вид посегателство, посочено в чл. 3, т.е. деянието да е от естество да:

- застраши живота на лице, което може да доведе до неговата смърт;
- застраши физическата неприкосновеност на дадено лице;
- отвлече или да вземе лица за заложници;
- причини мащабно разрушение на правителствени или обществени сгради/съоръжения, транспортна система, инфраструктурно средство, включително информационна система, недвижна платформа, намираща се на континентал-

зиране и изменение на списъка на лицата, групите и образуванията, по отношение на които се прилагат членове 2, 3 и 4 от Обща позиция 2001/931/ОВППС за прилагането на специални мерки за борба с тероризма, и за изменение на Решение (ОВППС) 2015/2430; Решение (ОВППС) 2016/1136 на Съвета от 12 юли 2016 година за актуализиране на списъка на лицата, групите и образуванията, по отношение на които се прилагат членове 2, 3 и 4 от Обща позиция 2001/931/ОВППС за прилагането на специални мерки за борба с тероризма и за отмяна на Решение (ОВППС) 2015/2430.

²⁰ Първо, указани са субектите, спрямо които могат да се постановят тези мерки, а именно: „лица, участващи в терористични актове“. Под „участващи“ се има предвид, както лицата, които извършват, така и *лицата които възнамеряват да извършат терористичен акт*. Тяжното участие може да е пряко, т. е. да извършват терористичен акт, *но може и да бъде под формата на оказване на помощ, съдействие*. Освен по отношение на физически лица, мерките са приложими и за „групи или образувания, притежавани или контролирани пряко или непряко от такива лица; и лицата, групите и образуванията, действащи от името или под ръководството на такива лица, групи или обекти, включително средствата, получавани или добивани от имуществото, притежавано или контролирано пряко или непряко от такива лица и свързани с тях лица, групи или образувания. (чл. 2).

²¹ В някои преводи на български език на Общата позиция от 2001 г. изразът „terrorist acts“ е преведен и като терористично действие. Така се появяват два термина – *терористичен акт* и *терористично действие*.

ния шелф, обществено място или частна собственост, което може да застраши човешки живот или да причини големи икономически загуби;

- завладяване на самолет, кораби или други средства за обществен транспорт и транспорт на стоки;

- производството, притежаването, придобиването, превозването, доставката или използването на оръжия, експлозивни или на ядрени, биологични или химически вещества, както и изследователската работа и разработването на биологични и химически оръжия;

- разпространението на опасни вещества или причиняването на пожари или наводнения, които представляват заплаха за човешкия живот;

- намесата в или повреждането на снабдяването с вода, енергия или на който и да друг основен природен източник, което представлява заплаха за човешкия живот;

- заплахата за извършването на което и да е от действията, изброени погоре;

- ръководенето на терористична група;

- участието в дейността на терористична група, включително чрез предоставянето на информация или на материални средства, или посредством финансирането на дейността ѝ по какъвто и да е начин, със съзнанието, че това участие допринася за криминалната дейност на групата.“

Трето, деянието се извършва с терористична цел, която е описана алтернативно в чл. 3 от Общата позиция: сериозно заплашване населението; или неправомерно принуждаване на правителство или международна организация да извърши или да се въздържа от извършването на каквото и да е действие; или сериозно да дестабилизира или разруши основните политически, конституционни, икономически или социални структури на дадена страна или международна организация.

3. Рамково решение 2002/475/ПВР на Съвета относно борбата с тероризма.

Следващата важна стъпка в областта на противодействието на тероризма в ЕС е предприета с **Рамково решение 2002/475/ПВР на Съвета относно борбата с тероризма**²². Този акт се оценява като основополагащ за действията на наказателното правосъдие в борбата с тероризма и заедно с изменението чрез Рамково Решение 2008/919/ПВР на Съвета формират правната основа за противодействие на тероризма в ЕС. За разлика от предходния акт, който използва термина „терористичен акт“, Рамковото решение от 2002 г. използва по-широк подход като въвежда няколко групи престъпления, свързани с тероризъм: „терористично престъпление“, „престъпления, свързани с терористични групи“ и „престъпления, свързани с терористична дейност“. Ето защо с основание се приема, че Рамковото решение от 2002 г. създава основата на наказателната политика на ЕС за противодействие на тероризма.

3.1. Терминът „**терористични престъпления**“ е дефиниран в чл. 1 от Рамковото решение, който съдържа обективните и субективните признаци. Това са

²² ОВ L 164, 22.6.2002 г., стр. 3.

умишлени деяния, определени за престъпления в националното право на държавите членки, които поради своя характер или последици могат да нанесат тежки вреди на дадена държава или международна организация, когато са извършени с намерение: силно да се спласи населението, да се принуди правителство или международна организация да извършат или да пропуснат да извършат определено действие, или сериозно да бъдат дестабилизирани или разрушени основните политически, конституционни, икономически или обществени структури на дадена страна или международна организация.

При наличието на така описаната терористична цел като терористични се определят следните групи престъпления: посегателства срещу човешкия живот, които могат да предизвикат смърт; посегателства върху телесната неприкосновеност; отвлечане или вземане на заложници; причиняването на съществени разрушения на правителствени или обществени обекти, транспортни системи, инфраструктура, в това число и автоматични информационни системи и неподвижни платформи на континенталния шелф, обществени места или на частна собственост, които могат да застрашат човешки живот или да причинят значителни стопански щети; отвлечане на самолети, кораби или други транспортни средства за превоз на пътници или стоки; огнестрелни оръжия, взривни вещества, ядрени, биологични и химически оръжия, както и изследвания и разработване на биологични и химически оръжия; замърсяване с опасни вещества, предизвикване на пожари, наводнения и експлозии, които застрашават човешкия живот; смущения или прекъсване на снабдяването с вода, електроенергия или други основни природни ресурси, вследствие от които може да възникне опасност за живота на хората; заплахата за извършване на някое от изброените по-горе деяния.

3.2. Престъпления, свързани с терористични групи.

Рамковото решение от 2002 г. обособява и втора група престъпления, свързани с тероризъм: **престъпления, свързани с терористични групи**. Според чл. 2 този термин обхваща ръководене и участието в терористична група. В хипотезата на участие се има предвид и дейности като предоставянето на информация, набавянето на материални средства, финансирането под всякаква форма на тези действия, при съзнаване на обстоятелството, че такова участие допринася за осъществяване на престъпната дейност на терористичната група. Подобно на предходните актове в ЕС и тук се дефинира основното понятие в антитероризма – „терористична група“.

За целите на рамковото решение „**терористична група**“ се определя като: структурирано трайно сдружение на повече от две лица, които действат съгласувано за извършване на терористични престъпления. Прави впечатление, че от дефиницията е отпаднала характеристиката „създадена за определен срок“, а е допълнена с изискването за „трайно“ сдружение. Сдружението ще има характеристиката „**структурирано**“, когато не е възникнало спонтанно за извършване на дадено деяние и без да е необходимо наличие на формално разпределение на функциите между участниците, продължителност на участието или развита структура. Тук се забелязва по добрата редакция – вместо не се формира случайно- вече е „не е възникнало спонтанно“.

3.3. Престъпления, които са свързани с терористични дейности

По смисъла на чл. 3 от Рамковото решение 2002 г. като престъпления, които са свързани с терористични дейности се определят: квалифицирана кражба с цел да се извърши деянието на терористично престъпление; изнудване с цел да се извърши деянието на терористично престъпление; изготвяне на неистински официални документи с цел да се извърши терористично престъпление или престъпление, свързано с терористична група. През 2008 г. е прието **Рамково решение за изменение на рамковото решение от 2002 г.**, с което се разширява обхвата на тази група посегателства. Тук се имат предвид три нови престъпления, свързани с тероризъм, както и изискването да се криминализират помагачеството и подбудителството към тях. С Рамковото решение от 2008 г. чл. 3 на Рамковото решение от 2002 г. се допълва с нови престъпления, свързани с тероризъм: публично подстрекаване към извършване на терористично престъпление; набиране с цел тероризъм и обучение с цел тероризъм.

В Рамковото решение се уточнява, че под „публично подстрекаване“ се има предвид разпространението или предоставянето по друг начин на обществеността на послание с цел подбуждане към извършване на терористично престъпление, когато това поведение, независимо дали пряко или косвено, призовава към терористични престъпления, създава опасност за извършването на едно или повече такива престъпления. Изпълнителното деяние *recruitment* е познато в нашето наказателно право. То се използва при описването на една от формите на изпълнително деяние на трафика и е подробно изяснено от съдебната практика и доктрината.

При обучението с цел тероризъм престъплението ще е извършено, когато лицето предоставя указания за направата или използването на взривни вещества, огнестрелни или други оръжия, вредни или опасни вещества, или за други специални методи или способности с цел да бъде терористично престъпление със знанието, че предоставените познания са предназначени да послужат за тази цел.

3.4. Наказуемост на помагачество, подбудителство и опит

Освен, че разширява кръга на престъпленията, Рамковото решение от 2008 г. изменя и чл. 4. Така държавите трябва да осигурят наказуемост и на помагачеството, подбудителството и опита към терористични престъпления. Същото е положението по отношение на опита към терористично престъпление.

3.5. Въпросът с наказуемостта на терористичните престъпления е решен в член 5, който задължава всяка държава членка да предприеме необходимите мерки, за да гарантира, че престъпленията, посочени в членове 1—4, са наказуеми с ефективни, съразмерни и възпиращи санкции²³, които могат да доведат до екстеррадиция. Във връзка с престъпленията, свързани с терористични дейности изиск-

²³ По въпроса за наказанията в европейското наказателно право Вж. Митрева, Петя. Наказателноправна компетентност на Европейския съюз в областта на диференциацията на наказанията. В: Европейски перспективи за развитието на наказателното законодателство. Сборник доклади. С. : Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2014, с. 160-172.

ването е да се въведат по-тежко наказуеми състави на съществуващите вече престъпления, когато те се извършват с терористична цел. Според чл. 5, т.2 „Всяка държава членка предприема необходимите мерки за престъпленията по член 1, параграф 1 и за престъпленията по член 4, доколкото те са свързани с терористични дейности, да се предвиди наказание лишаване от свобода, което да е по-тежко от предвиденото по националното право за престъпления, извършени при отсъствие на специалното намерение по член 1, параграф 1, освен ако предвиденото наказание е максимално допустимото по националното право“. В този смисъл е и проекта за изменение на НК от юли 2015, публикуван на сайта на министерство на правосъдието.

Що се касае до същинския терористичен акт то „Всяка държава членка предприема необходимите мерки за престъпленията по член 2 да бъде предвидено наказание лишаване от свобода с максимални срокове не по-малко от 15 години за деянието по член 2, параграф 2, буква а) и не по-малко от 8 години за престъпленията по член 2, параграф 2, буква б). Ако деянието по член 2, параграф 2, буква а) е свързано само с деянието по член 1, параграф 1, буква и), максималният размер на наказанието не може да бъде по-малък от 8 години.“

Следва да се отбележи, че актовете за наказателноправна защита от тероризъм в ЕС предвиждат възможност и за въвеждане на поощрителни норми²⁴. Този подход се съдържа в Член 6, озаглавен „Особени обстоятелства“, според който държавите членки могат да предвидят по-ниски наказания, когато извършителят:

- се откаже от извършване на терористична дейност;
- предоставя на административните или съдебните органи сведения, които те не биха могли да получат по друг начин, и които спомагат: да се предотвратят или ограничат последиците от престъплението; да се установи самоличността и/или да се привлекат към наказателна отговорност другите извършители на престъплението да се съберат доказателства; или да се предотврати извършването на някое от престъпленията, описани в Рамковото решение.

3.6. Наказателноотговорни лица за тероризъм според Рамковото решение от 2008г. са физическите и юридическите лица. Това положение е установено в Член 7, който е озаглавен „Отговорност на юридическите лица, когато терористичното престъпление е извършено в тяхна полза“. В него се формулират следните положения:

Първо, всяка държава членка предприема необходимите мерки, за да бъде предвидена отговорност за юридическите лица за някое от посочените в членове 1—4 престъпления, *извършено в тяхна полза*, от което и да е физическо лице, което действа самостоятелно или като член на орган на съответното юридическо лице и изпълнява ръководни функции въз основа на: представителна власт по отношение на юридическото лице; правомощия за вземане на решения от името на юридическото лице контролни правомощия в юридическото лице.

²⁴ Вж. подробно Марков, Румен. Поощрителните норми в наказателното право на Европейския съюз. *Правна мисъл*, 2013, № 4, с. 55-75.

Второ, всяка държава членка предприема необходимите мерки за установяване на отговорност на юридическото лице, *когато липсата на надзор или контрол от страна на лице по параграф 1 са направили възможно извършването на някое от престъпленията по членове 1—4 от подчинено на тях лице в полза на юридическото лице.*

Трето, Отговорността на юридическите лица по смисъла на параграфи 1 и 2 *не изключва наказателно преследване срещу физически лица, които са извършители, подбудители или помагачи в някое от престъпленията, посочени в членове 1—4.*

Въвеждането на отговорност за юридическите лица изисква и ясно разписване на санкциите, които те могат да понесат. Това е направено в Член 8, според който „в случай на установена отговорност по смисъла на член 7, на всяко юридическо лице ще бъдат наложени ефективни, съразмерни и възпиращи санкции, в това число *наказателни или ненаказателни имуществени санкции*, като могат да бъдат предвидени и други санкции, между които:

- изключване от получаване на обществени ползи и помощи мерки;
- за временна или окончателна забрана за упражняване на търговска дейност;
- поставяне под съдебен надзор;
- прекратяване по съдебен ред временно или окончателно закриване на юридическите лица, които са използвани за извършване на престъплението.

Тези минимални стандарти относно престъпления, свързани с тероризъм, и наказанията за тях трябва да бъдат транспонирани в националните законодателства. Някои от държавите въвеждат тези положения в наказателния си закон, а други в специалното законодателство за борба с тероризма. В това отношение България се придържа към кодификационния подход²⁵.

4. След Договора от Лисабон и наказателното право на ЕС

От 2009 г. с приемането на Договора от Лисабон вече няма съмнение, че ЕС притежава и наказателна компетентност, а Наказателно право на Европейския съюз (НПЕС) има своето правно основание. В чл. 83 от ДФЕС са изброени т. нар. *Euro Crimes*, във връзка с които Съюзът има законодателни правомощия. Областите, в които Съюзът има законодателни правомощия, са тероризъм, трафик на хора и сексуална експлоатация на жени и деца, незаконен трафик на наркотици, незаконен трафик на оръжия, изпирание на пари, корупция, фалшифициране на платежни средства, компютърна престъпност и организирана престъпност (член 83 от ДФЕС). Ясно е указано, че в тези направления чрез директиви ще бъдат установявани минимални правила относно видове престъпления и наказания за тях. На това основание вече са приети актове, уточняващи съдържанието на термини-

²⁵ Гиргинов, Антон. Тероризмът и Наказателния кодекс (въпроси на българското законодателство – *lex ferenda*). De Jure, 2015, Брой 1, с. 9.

те, конкретизиращи видовете престъпления и наказания, които националните законодателства трябва да въведат²⁶. Съвсем закономерно бе въведено и понятието „Наказателно право на Европейския съюз“, а изучаването му като юридическа дисциплина беше въведено в обучението по право²⁷.

Най-актуалният проблем в областта на европейското наказателно право е тероризмът. В края на 2015 г. Европейската комисия изработи проект за Директива за борба с тероризма (по-нататък „Проект за директива“). Тя следва да съобрази трансграничното измерение на терористичната заплаха, използването на интернет, новите комуникационни технологии и социалните мрежи, използвани за терористични цели и другите предизвикателства на XXI век. Както се посочва в обяснителния меморандум към проекта за Директива:

„Съществуващите правила трябва да бъдат осъвременени, като се отчита променящата се заплаха от тероризъм, пред която е изправена Европа. Това включва адекватни наказателноправни разпоредби за справяне с явлението на чуждестранните бойци терористи и рисковете, свързани с пътуванията в трети държави с цел участие в терористични дейности, а също и с нарасналите заплахи от извършители, които остават в Европа.“²⁸

Тези причини са достатъчни, за да бъде обърнато внимание на понятието за тероризъм и неговото противодействие чрез нормите на Наказателното право на Европейския съюз²⁹. Важността на изследваните въпроси има значение и за националното ни наказателно право, което вече е в процес на „европеизация“ (по проф. Пламен Панайотов)³⁰. Защитата от тероризъм в наказателното право на ЕС се осъществява чрез дефиниране на терористичните престъпления и другите ви-

²⁶ Например по въпросите на трафика вж. Владимиров, Румен. Международни и европейски норми относно трафика на хора и тяхното транспониране в българския Наказателен кодекс. В: Европейски перспективи за развитие на наказателното законодателство. С. : УИ Св. Климент Охридски, 2014, с. 62 – 84; Пушкарова, Ива. Трафикът на хора: Проблеми на наказателноправния режим. С. : Сиби, 2012.

²⁷ Заслугата за това е на проф. Пламен Панайотов, който е и автор на първия учебник по дисциплината: Панайтов, Пламен. Наказателното право на Европейския съюз и българското наказателно право, С. : Сиби, 2012.

²⁸ Обяснителен меморандум към проекта за Директива, с. 4.

²⁹ Т. нар. „Европейско наказателно право“ (European Criminal Law) в широк смисъл включва материално наказателно право, процесуално наказателно право, защита на основните права и др. аспекти. В този смисъл вж. Klip, André H. European criminal law, an integrative approach. 2 ed. 2012. В настоящето изложение ще бъдат разгледани само въпросите на материалното наказателно право. Поради това ще бъдат използвани като синоними „Наказателно право на Европейския съюз/Наказателно право на ЕС“ и „Европейско наказателно право“.

³⁰ По въпросите на европеизирането на българското наказателно право вж. Панайтов, Пламен. Наказателното право на Европейския съюз и българското наказателно право, С. : Сиби, 2012, с. 280-354.

дове престъпления, свързани с тях и наказателната отговорност за тях, както и положенията с поощрителен характер. **Проф. Пламен Панайотов** очертава две особености на тази защита. Първо, целта за уеднаквяване на националните законодателства, което се осъществява по линия на дефинирането на „терористичното престъпление“, вкл. и тези свързани с терористични групи; наказуемост и второ, въвеждане на критерии за отграничаване на тероризмът от други сходни форми на престъпна дейност³¹. Актовете на Европейския съюз очертават терористичната дейност чрез посочването на три групи престъпни посегателства: терористични престъпления, участие в терористична група и престъпления, свързани с тероризъм. Според Andre Klip тези посегателства принадлежат към групата на „Престъпления срещу демократичното общество“³². Всички тези въпроси предстоят да бъдат поставени в центъра на научните изследвания в процеса на обсъждане и след приемането на Директивата за борба с тероризма.

4. Заключение

Направеният кратък обзор очерта двата подхода в наднационалното противодействие на тероризма. Първият, който може да се обозначи като класически, е международноправният, който се основава на международните договори между страните в рамките на международна организация. Вторият е настоящият подход, при който наказателното право на Европейския съюз формулира основни положения по въпросите на престъпленията, свързани с тероризъм и наказанията за тях.

³¹ Вж. Панайотов, Пламен. Наказателно право на Европейския съюз и българското наказателно право, С., Сиби, 2012, с. 86-96.

³² Klip, André H. European criminal law, an integrative approach. 2 ed. 2012.pp. 215-2016.

Ключови думи

lex Aquilia, corpore suo, actio in factum, actio utilis, trespass, trespass on the case, mittelbare Schädigungshandlungen,

Key words

Lex aquilia, corpore suo, actio in factum, actio utilis, trespass, trespass on the case, mittelbare Schädigungshandlungen

Silvia

Tsoneva, Ph.D.

Member of the Law Department of New Bulgarian University, e-mail: stsoneva@nbu.bg.

Lecturer in Law of Obligations

Areas of specialization: tort law, comparative law, contract law and financial market law

Author of studies and articles in professional periodicals in Bulgaria and abroad.

Program administrator of NBU Master Program in law since 2005.

Silvia Tsoneva, Ph. D.

Tracing the “Corpore suo” Requirement of the Lex Aquilia in Legal History

This article takes a peculiar element of the lex Aquilia which requires that the wrongdoer must have brought about the harm corpore suo, by his body, by his direct act of force. The article tries to elucidate the interaction of the corpore suo test with the requirements of wrongfulness and fault. A resemblance of the corpore suo test is further traced in the ancient laws of England and contemporary German tort law.

гл. ас. д-р Силвия Цонева

Исторически проекции на изискването за “corpore suo” по смисъла на *lex Aquilia*

Увод

Смята се, че генезисът на деликтната отговорност в европейското право може да се открие в правната уредба на един от основните деликти в Римското право, наречен *damnum iniuria datum*. Специфично изискване за търсене на отговорност за този деликт било вредите да са причинени пряко “corpore suo” от телесното въздействие на дееца върху вещта на пострадалия. Това изискване за непосредственост на увреждането от действията на дееца, което е различно от понятието за преки вреди, изглежда отдавна е изгубило значение и е непознато за съвременното българско деликтно право. Какво се е случило с изискването за пряко причиняване на вредите чрез въздействие върху вещта и познато ли е то на други правни системи?

Настоящата кратка бележка разглежда изискването “corpore suo” по *lex Aquilia* и търси присъствието на подобен критерий в старото английско право и в германското деликтно право.

1. *Damnum iniuria datum*

Като деликт *damnum iniuria datum* е уреден с *lex Aquilia* около 287 г. пр.н.е. и обхващал противоправното (*iniuria*) причиняване (*datum*) на вреди (*damnum*), произтичащи от убиване на роб или животно или от опожаряване, счупване или разрушаване на чужда вещ (*occidere, urere, frangere, rumpere*)¹.

¹ F. H. Lawson, *Notes on the History of Tort in the Civil Law*, Journal of Comparative Legislation and International Law, Third Series, Vol. 22, No. 4(1940), p. 138. В класическото римско право основните видове частноправни нарушения (*delicta privata*), за които бил даден иск за плащане на парична санкция, били *furtum* (кражба), *rapina* (грабеж), *damnum iniuria datum* (противоправно увреждане на чужда вещ) и *iniuria* (посе-

Глава Първа на *Lex Aquilia* се отнасяла до убийство на роб или четириногото животно, а глава Трета – до опожаряване, счупване или разрушаване на чужда вещ. На ищеца по *actio legis Aquiliae* е могло да се присъди най-високата стойност, която вещта имала през последната година или през последните 30 дни преди датата на завеждане на иска². Тъй като съчетавал наказателни и рейперсекуторни (обезщетителни) функции, искът бил от смесен тип (*mixta*)³.

Lex Aquilia давал защита срещу увреждане на чуждо имущество само ако увреждането било осъществено чрез пряко телесно въздействие на дееца върху вещта и само ако имало физическо засягане на вещта (*corpore corpori*)⁴. Тези изисквания, които плътно свързвали действието с резултата, произтичали от текста на *lex Aquilia* и по-специално от използваните глаголи, които както описвали деянието, така сочели и на резултата от него – убие, опожари, повреди⁵.

Цел тук е да обърнем внимание за изискването увреждането физически да произтича от дееца, от тялото му (*corpore suo*)⁶. Убийството, опожаряването, разрушаването трябвало да произлиза от телесните движения на дееца, с участието на тялото му. Това изискване било спазено не само когато деецът извършвал увреждането с ръце, но и когато използвал оръжие или боравел с друга вещ или изпускарал вещ, която в крайна сметка нанасяла увреждането. Изискването е рестриктивно, поради което случаи, при които някой слагал отрова в устата на

гателство над личността). Вж. М. Андреев, Римско частно право, Софи-Р, 1992, с. 392-399.

² Михаил Андреев, *Римско частно право*, Софи-Р, 1992, с. 398.

³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 970.

⁴ Законът изисквал вредите да произтичат от физическо засягане на телесна вещ. Трябвало да има *res corporata* – разрушена, опожарена, повредена вещ. Затова не попадали в обхвата на закона случаи като хвърлена в реката монета или затворено животно, което някой пуснал на свобода, тъй като нито монетата, нито животните физически били пострадали и целостта им не била засегната. Имало имуществена вреда, която се изразявала в загуба на стойност и намаляване на имуществото на техния собственик, но нямало *res corporata*. Нямало *res corporata* и когато вещта била унищожена при използването ѝ съобразно нейното предназначение, макар и без позволение на собственика ѝ – изядена храна, изпито вино. В този случаи по-скоро ставало въпрос за кражба или *iniuria*. Вж. Peter Birks, *The Roman Law of Obligations*, OUP, 2014, p. 197 Трябва да се отбележи, че когато постаралият търпял имуществени вреди, без да има увредена вещ и това било в резултат на умишлено поведение на дееца приложение намирали два други иска *actio doli* и *actio furti*. По тази причина според някои автори *actio in factum* се използвали само при небрежност. Вж. F.H. Lawson, B.S. Markesinis, *Tortious liability for unintentional harm in the common law and the civil law*, Cambridge University Press, 1982.

⁵ В английската литература те се определят като *harm verbs*.

⁶ Михаил Андреев, *Римско частно право*, Софи-Р, 1992, с. 399.

друг се различавали от тези, при които пострадалият сам отпивал от чашата, в което друг преди това бил сложил отрова. Правела се разлика между умишления палеж когато едно лице подпалва чужд имот, и случаят, при който то запалва по някакъв повод огън, а вятърът после го понася и подпалва съседен имот. Вредата трябвало да следва и да се прояви непосредствено след и от действията на дееца. Пряката и непосредствена връзка между поведение и вреда тук е съвсем буквална във времево и пространствено измерение и няма нищо общо със съвременното понятие за преки вреди, с което боравим при определяне границите на отговорността.

Разбирането на изискването на *lex Aquilia* за непосредствено причиняване на увреждането от физическите действия на дееца и телесното му въздействие върху вещта е трудно. Объркването идва от това, че законът търсел критерий в начина на причиняване на увреждането и не правел разлика дали то е извършено умишлено и непредпазливо⁷. Всякаква форма на вина попадала в обхвата на закона. Единственото, което имало значение било дали увреждането произтича от тялото, от физическата деятелност и сила на дееца, т. е. от начина на причиняване⁸.

Римските юристи правели разлика между убиване (*occidere*) и причиняване на смърт (*mortis causam praebere*), между увреждащи действия и създаване на условия за настъпване на вреди. Ако едно лице пререже въжето, което държи лодката към кея, въжето е засегнато (*res cogrupta*) и срязването е *cogroge suo*. Ако лодката се понесе по течението и се удари в скала, поведението на лицето е станало причина за увреждане на лодката, но разрушаването не е станало с физическото участие на ответника⁹. По същия начин, този, който подгони воловете на друг към стръмна скала и те паднат в пропастта, не ги убива пряко, а причинява смъртта им. Този, който даде отрова другиму, го убива (*occidere*), но този, който предпише отрова, която жертвата впоследствие сама изпива, не убива, а създава условия и причинява смърт, тъй като смъртта не идва пряко от собствените му ръце¹⁰.

Там, където вредоносният резултат настъпвал непосредствено от самите действия на извършителя, защита била с *actio directa* и се осъществявала по *lex Aquilia* (*action ex lege Aquilia*). Ако обаче вредата не се проявявала веднага от последните телесни действия на дееца, ако нямало пряк контакт между тялото на дееца и вещта, случаят трябвало да се прецени по-внимателно съобразно конкретните обстоятелствата по него. Преторът бил този, който решавал дали в

⁷ David Ibbetson, *How the Romans Did for Us: Ancient Roots of the Tort of Negligence*, [2003] *University of New South Wales Law Journal*, p. 475.

⁸ Peter Birks, *The Roman Law of Obligations*, OUP, 2014, p. 199.

⁹ *Ibid*, p. 201.

¹⁰ Примерите са дадени от Ulpianus, *On the Edict*, Book XVIII.

дадения случай е справедливо да се даде защита по този закон или деянието да се квалифицира като друг вид деликт, уредено в други закони. При липсата на приложим конкретен законов състав, защитата се давала по силата на *analogia iuris et legis* чрез *actio in factum* и *actio utilis*¹¹.

Появата на тези *actio in factum* и *actio utilis* била свързана с постепенното смекчаване и на двете изисквания за въздействие от тялото върху тялото (*a corpore in corpus*). Можело да се води иск когато увреждането произтичало от ръката на дееца (*a corpora*), макар и да не било *in corpus* и да нямало физическо увреждане на вещта, например ответникът хвърлил пръстена на ищеца в реката. Телесната цялост на пръстена не била засегната, но ищецът губел неговата стойност и функционалност¹². На следващо място, било допуснато да се води иск когато увреждането не било нито *a corpore*, нито *in corpus*, като например случая, когато ответникът развързал роба на ищеца и той избягал. Вреда за ищеца имало, но ответникът нито физически бил преместил роба, нито го бил наранил. Съществува известна неяснота в литературата относно приложното поле на двата иска¹³.

С признаване на отговорност извън хипотезите на *corpore suo* и с разрастване на приложното поле на *actio in factum* и *actio utilis*, фокусът на отговорността се изместил от причинения резултат към поведението на дееца. Това било свързано и с настъпилите промени в изискването увреждането да съставлява *iniuria* и развиващото се понятие за вина.

¹¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 980.

Ulpianus, On the Edict, Book XVIII дава следните примери: ако едно лице блъсне друго и то увреди трето, то пострадалият има право на *actio in factum* срещу този, което е извършил бутането. Ако обаче някой хвърли друг от моста и той почине, без значение дали от удара, от силата на течението или защото не може да плува – отговорността е по *Lex Aquilia*. Ако едно лице държи друго, докато трето нанася ударите и го убива, този, който държи пострадалия отговоря по *actio in factum*, тъй като е създал условия за причиняване на смъртта.

¹² James Gordley in Mauro Bussani, Vernon Valentine Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, 2011, p. 26; Peter Birks, *The Roman Law of Obligations*, OUP, 2014, p. 214.

¹³ Според някои автори *utiles actiones* се давали в случаите, които увреждането не било причинено непосредствено от тялото на дееца, а *actio in factum* когато вредата не била нито *a corpore*, нито *in corpus* Peter Birks, *The Roman Law of Obligations*, OUP, 2014, p. 214. Според други наименованията на исквете в същите хипотези са разменени. James Gordley in Mauro Bussani, Vernon Valentine Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, 2011, p. 26. Според трети автори критерият за използване на *actio utilis* е дру г. Този вид иск се използвал когато уврежданият не бил собственик, а плодopolзвател или заложен кредитор. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 995.

Когато деецът непосредствено въздействал върху вещта и нищо не оправдало тази му постъпка, отговорността му за вредоносния резултат била несъмнена. Поведението на дееца било очевидно и явно противоправно¹⁴. При непрякото причиняване на вредите нямало съмнение в това, че деецът е причинил резултата¹⁵, но резултатът сам по себе си не бил достатъчен за носене на отговорност. Когато деецът само създавал ситуацията, в която настъпила вредата, без физически и телесно да я е причинил, трябвало да се изследва неговото конкретно поведение, за да се определи формата на вината му, както и доколко вредоносният резултат е бил неминуема последица от това поведение или евентуално е можел да не настъпи. Въпросът за начина на причиняване на увреждането се поставял именно във връзка и при изследване на вината¹⁶.

Според *lex Aquilia* вредоносният резултат бил необходимо, но недостатъчно условие, за да е налице *damnum iniuria datum*. Причиняването на вредите трябвало да бъде противоправно, да съставлява *iniuria*¹⁷. Значението, което се влагало в термина *iniuria*, обаче не било еднозначно и се променило с течение на времето¹⁸.

Първоначално, *iniuria* означавала действие, противно на законовата уредба¹⁹. Така се определяли действията, при които има увреждане без право, без основание, без правно оправдание. Оправдани според закона били уврежданията в хипотезите на самоотбрана, крайна необходимост, действия на магистрат или наредени от него действия, съгласие на пострадалия²⁰. В тези случаи нямало неправомерно увреждане, нямало *iniuria*.

След като отговорността се разширила към хипотези на увреждане без пряко въздействие върху вещта, вредоносният резултатът на причиненото зло не бил достатъчен и вниманието се насочило към поведението на дееца. Критерият бил обективен, а именно упражнил ли е ответника грижата на *bonus*

¹⁴ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 991.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ B. Winiger/H. Koziol/B.A. Koch/R. Zimmermann (eds.), *Essential Cases on Natural Causation, Digest of European Tort Law*, vol. 1, Vienna/New York: Springer 2007, p. 10, 29.

¹⁷ В случая *iniuria* е нещо съвсем различно от наименованието на самостоятелния деликт *iniuria*, който давал защита срещу посегателства над личността.

¹⁸ Ulpianus дава три значения – non iure, contra ius и culpa. (D. 9.2.5.1.).

¹⁹ Quézel-Ambrunaz, Christophe, *Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law*, JETL 1/2012, p. 23.

²⁰ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 999.

paterfamilias, действал ли е правилно²¹. По този начин се развило разбирането за вината и се стигнало дотам *damnum iniuria datum* да се разглежда като *damnum culpa datum*²². Това било второто значение, което се влагало в термина *iniuria*.

Двете значения на термина „*iniuria*“ като противоправност и като виновност не били ясно разграничени. По-късно, в Институциите на Юстиниан, противоправност и вина били използвани като самостоятелни понятия. *Iniuria* се приравнила на противоправност, а *culpa* била отделно понятие, несвързано с *iniuria*, което било отъждествено с небрежност²³.

Така към укоримостта и отговорността, основаваща се на резултата, се добавила укоримост към поведението и трайно се установил принципа на виновната отговорност. Това, което ни интересува и трябва да отбележим тук, е че критерият увреждането да произтича от тялото на деца не е елементарно натуралистично изискване, а има своята роля в установяване на отговорността и това ясно се вижда през начина, по който то е преплетено с въпросите на противоправността и вината.

Векове по-късно, трудно може да се намери критерий за начина на причиняване на увреждането сред множеството местни правни системи в Европа. При рецепцията на Римското право уредбата на деликтната отговорност придобила различен вид, което станало под мощното влияние на школата на Естественото право²⁴. Вината била поставена в центъра на отговорността, без да се преминава през разглеждане и свързване с начина на причиняване на увреждането.

2. Английско деликтно право

Разглеждането на английското деликтно право по-долу и търсенето на някакви паралели с римското право изглежда странно като се има предвид утвърденото разбиране, че континенталното право е установено в римскоправната традиция, за разлика от английското право, което следва свой собствен път на самостоятелно развитие без рецепция от римското право. Безспорно е, че европейското *ius commune*²⁵, от което тръгват големите европейски правни кодифи-

²¹ W. Buckland, Arnold McNair, *Roman law and Common Law. A comparison in outline.*, p. 365.

²² Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition.* (1992), p. 1004.

²³ *Ibid*, p. 1005 и p. 1067.

²⁴ F. H. Lawson, *Notes on the History of Tort in the Civil Law*, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 22, No. 4 (1940).

²⁵ В Англия то е известно като *Civil law*.

кации, се основавало на римското и каноничното право. В Европа процесът на преоткриване на забравеното Римското право започва през 12 век. Към този момент обаче Англия вече има своето Общо право (Common Law)²⁶. Оттук произтича и утвърдената представа, че между английското и римското право няма нищо общо. Същевременно, изследователите на историята на правото отбелязват, че в някои области липсва каквото и да било сходство между римското право и Common law, но отбелязват също така, че има и други области, в които близостта е твърде голяма²⁷. Такава област на сходство е именно територията на деликтите, поради което изглежда оправдано чисто исторически да проверим това наблюдение, макар и като разгледаме само разглеждания тук изолиран критерий за начина на причиняване на вредите в областта на деликтната отговорност.

През 12 в. в Англия се утвърдила система на множество отделни видове искове (writs). За да се заведе иск в съда било нужно попълването на специален и конкретен за различните искове формуляр, с който кралят нареждал на съдията да призове ответника на съд и да реши спора²⁸.

Искът, който бил даден за защита срещу провинения и правонарушения, който днес наричаме деликти, се появява през 13 век и се нарича writ of trespass²⁹. Отначало той се давал за защита срещу неправомерни посегателства върху телесната цялост, но постепенно обхванал твърде широк кръг увреждания и така неимоверно се разраснал, че Maitland го определил като „плодовита майка на исковете“³⁰.

Към първоначалния иск за телесно увреждане *de vi et armis* се прибавили множество други – за навлизане в чужда земя, за отнемане на чужди вещи³¹, за клевета, измама, вмешателство в чуждо право на собственост, отвлечане и др.

Общо за всички trespass искове било изискването увреждането да е причинено със сила и оръжие (*vi et armis*). Посегателството освен това трябвало да съставлява нарушение на мира в кралството (*contra pacem regis*).

²⁶ Терминът Общо право датира от 1150-1160 г.

²⁷ W. W. Buckland, Arnold D. McNair, *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, CUP, 2008, Preface xv-xxii, Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 913.

²⁸ Тази система просъществувала до 1873 г. когато се приема Judicature Act (Закон за съдебната система) и се провежда мащабна съдебна реформа, част от което е и премахването на отделните искове (writs).

²⁹ W.W. Buckland, Arnold McNair, *Roman law and Common Law. A comparison in outline*, p. 341.

³⁰ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 908.

³¹ Catherine Elliot, Frances Quinn, *Tort Law*, 7th ed., p. 317.

Изискването за използване на сила и оръжие постепенно получило широко тълкуване, до степен изразът *vi et armis* да се включва чисто формално в текста на исковия формуляр. Изискването започнало да се смята за изпълнено и в случаите на ръкопашен бой без използване на оръжие, а скоро след това тълкувана било смекчено, че непозволеното стъпване в чужд имот и непозволеното докосване на друго лице или негова вещ не поставяли съмнение за *vi et armis* и за нарушаване мира в кралството³². Обхващали се и случаи, при които било достатъчно наличието на някакво физическо действие или усилие – изхвърляне на дървесина в реката, което умъртвило рибата, натрупване на тор до стената, което я подкопало и т. н.

Но смекчаването на изискването за *vi et armis* не било достатъчно. Поставили се много други важни хипотези, при които увреждането настъпвало без използване на сила, била тя действителна или даже предполагаема, и най-вече без пряко, непосредствено причиняване на вредите от физическите действия на дееца. Имало период, през който тези случаи останали без защита. Това положение се променило през 14 век когато на кралските наместници било дадено право да издават *writs of trespass on the case*, при които защита се давала *ad hoc* според конкретните факти, според спецификата на случая, откъдето дошло и името „*on the case*“³³.

Първоначално разликата между исковете *trespass* и *case* била в това, че в първия случай увреждането трябвало да е причинено чрез пряко въздействие на дееца върху пострадалия или неговата вещ, а във втория непряко. И тук, както и в римското право, пряко/непряко се отнасяли до начина на причиняването, а не до причинната връзка между поведението на дееца и вредите. По христоматийния пример на Blackstone³⁴, ако някой хвърли дънер на пътя и удари човек, защитата е чрез *trespass*, но ако дънерът е изхвърлен и някой впоследствие се спъне и удари в него, вредата не е пряко причинена и защитата е чрез *case*³⁵.

Във формулировката на иска за *trespass* не се поставяло изискване за доказване нито на вреди, нито на вина³⁶. Тогава когато увреждането било пряка последица от физическо въздействие на дееца върху пострадалия, вината и неправомерния характер на увреждането изглеждали като даденост и не подлежали на доказване. Ответникът бил този, който трябвало да докаже наличието на обс-

³² Mark Lunney, Ken Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Fourth edition, OUP, p. 4.

³³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 909.

³⁴ Sir William Blackstone (10 July 1723 – 14 February 1780) английски съдия и юрист, автор на Коментари върху Законите на Англия, който се опитва се да представи английското право по подобие на Институциите на Юстиниан.

³⁵ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 909.

³⁶ Mark Lunney, Ken Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Fourth edition, OUP, p. 7.

тоятелства и да наведе аргументи, които да изключат противоположния характер на извършеното от него³⁷. Външно проявената връзка между поведение и увреждане била достатъчна за обвиняване и приписване на последиците на ответника. Когато обаче деецът не причинявал пряко увреждането, а само станал причина или създавал условия то да настъпи, се изисквало много повече. При исковете *on the case* се изисквало доказване и на вина, и на вреди³⁸.

Относно вината ищецът трябвало да докаже, че ответникът не е положил грижата, която разумният и грижлив стопанин би положил в конкретната ситуация. Така, чрез исковете *on the case*, които се занимавали с причиняване на вреди по непряк начин, проблемът за вината започнал да става от първостепенно значение. Дотолкова, че вина започнала да се изисква и в случаите на увреждане по пряк начин при *trespass*, където по правило отговорността била обективна, т. е. без доказване на вина.

Така, в един момент се стигнало до известно колебание кой е решаващия делителен критерий между *trespass* и *case* – начинът на причиняване на вредите (пряк или непряк) или формата на вина (умисъл или небрежност). Това колебание било преодоляно, като се утвърдило разбирането, че *trespass* обхваща хипотези на умишлено причинени вреди, а *case* увреждания, причинени по небрежност, като начинът на причиняване на вредите бил без значение³⁹.

Представеният ракурс на разглеждане на римското наред с английското деликтно право, макар и твърде ограничен по обхват и насочен само към конкретен аспект, показва интересни аспекти от историческото развитие на деликтната отговорност. Изолираното разглеждане на римско и английско право, поради традиционно обявената липса на връзка между тях, би довело до пропускане на повтарящи се опорни точки, начини на разсъждение и подходи на анализирани ситуации, което най-вероятно би довело до незачитане и омаловажаване на някои от изискванията, които исторически са били поставяни пред отговорността. Съвместното им представяне дава възможност да се види удивителното повтаряне на конструкции в двете правни системи и достигането до идентични резултати. Поради краткия поглед към историята на английското и римското деликтно право, и то в лицето само на *damnum iniuria datum*, не могат да се усетят някои прилики между тях като например началното разбиране за простъпките като *delicta*, съответно *wrong*, които били разделени на частни и публични и от които впоследствие произлезли деликтите и престъпленията; нака-

³⁷ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (1992), p. 910.

³⁸ Helmut Koziol (ed.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, ISBN 978-3-7097-0040-2, p. 385.

³⁹ John L. Diamond, Lawrence C. Levine, Anita Bernstein, *Understanding Torts*, Fourth Edition, p. 47; Mark Lunney, Ken Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Fourth edition, OUP, p. 9.

зателният характер на деликтните искове; липсата и в двете системи на общ деликтен състав и наличие на отделни видове деликти. Аспектът на прилика, върху който се акцентира в настоящата бележка, е значението на критерия за начина на причиняване на вредите. Изходната точка е поставянето на изискване за причиняване на вредите по пряк начин чрез въздействие на дееца върху пострадалия или негова вещь *corpore corpore/ vi et armis*. В тези случаи очевидността на вредителството била достатъчна. Въпросът за вината не стоял и отговорността първоначално била обективна. Разширяването на защитата се осъществила чрез появата на други искове като *actio in factum* и съответно *trespass on the case*, чрез което се обхванали хипотези и на причиняване на вреди по непряк начин. Този процес бил свързан с развитие на понятието за вина и тя постепенно започнала да играе водеща роля. В крайната си форма, и в английското и в римското право, деликтната отговорност се утвърдила като отговорност за вина. В римското право делението между *actio Aquilia* и *actio in factum* въз онова на начина на причиняване на вредите и физическото засягане на вещта останало, а въпросът за вината станал самостоятелно изискване. В английското право делението на *trespass* и *case* преминало към нов критерий – вината, в нейните форми на умисъл и небрежност, а въпросът за начина на причиняване на вредите останал в миналото.

3. Германско деликтно право

С не малка изненада трябва да отбележим, че критерият за начина на причиняване на вредите все още е актуален и продължава да вълнува юристите в някои правни системи. Това показва, че проблемите на вътрешното преплитане на начина на причиняване на вредите, вината и противоправността исторически още не са изживяни. Такава дебата могат да се видят в немското деликтно право.

В Германия римското право било силно повлияно от местното обичайно право. Римското и обичайното германско право образували т. нар. *usus modernus Pandectarum*, което действа до 1900 г. когато влиза в сила Германският граждански законник (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). Докато френското право било явно повлияно от идеите на Естественото право, германската пандектна школа се мъчила да бъде по-самостоятелна. Тя не възприела идеята на генералния деликт и ограничила отговорността до нарушаване на определени абсолютни права. Поради това германското право заема междинно място⁴⁰ и се поставя между системите, които признават генералния деликт и системите на множество отделни деликтни състави, каквито са римското и английското деликтно право.

⁴⁰ Конов, Тр. *Подбрани съчинения. Основание на гражданската отговорност*, 2010, стр. 85.

За германското право противоправността е ключов елемент на деликтната отговорност и основен инструмент за регулиране обхвата на отговорността⁴¹. Преди да се изследва въпроса за вината трябва да се установи противоправността в някое от указаните в закона измерения⁴² – нарушено защитено от закона право (§ 823 I); нарушена законова норма за поведение (§ 823 II), умишлено причиняване вреди другиму *contra bonos mores* (§ 826).

Защитените от закона права са живот, телесна цялост, здраве, свобода на личността, собственост „и други права“. Ако се установи засягане на законово защитено право по § 823 I, противоправността се презюмира. Презумпцията за противоправност може да бъде оборена при доказване на някое от обстоятелствата, които изключват противоправността като самоотбрана, крайна необходимост или самопомощ⁴³.

Традиционното и по-старо разбиране за противоправността се основава на увреждането на защитени права като стъпва на вредоносния резултат, на засягането на абсолютни право (*Erfolgsunrecht*)⁴⁴. Според това виждане противоправността и вината имат отделно значение.

Това разбиране обаче е оспорено в края на 50те от учени като Nipperdey, von Caemmerer, Esser и др⁴⁵. Според тях засягането на някое от правата не е достатъчно – неправомерността трябва да се определи спрямо поведението на деца. Шофьорът, който карал с превишена скорост и блъснал човек, действа противоправно, защото нарушава правилото за ограничаване на скоростта, което има за цел да предотврати евентуална катастрофа. Ако шофьорът, карайки със съобразена скорост, сгази друг човек, защото така иска, противоправността идва от злата му воля⁴⁶. Противоправността се установява като се гледат не само засегнатите права, но и вината и причинната връзка⁴⁷.

Според това разбиране, за да е противоправно поведението на нарушителя трябва да не отговаря на стандартите за поведение, установени с конкретна императивна правна норма. Алтернативно трябва да се докаже, че поведението нарушава общочовешката забрана, позната на всяко цивилизовано общество, да

⁴¹ David Howarth, *The General Conditions of Unlawfulness*, in *Towards a European Civil Code* (2011), 845–887; Cees van Dam, *European Tort Law*, OUP, 2013, Second Edition, p. 81-82.

⁴² Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (Installment II of II), 39 *Am. J. of Comp. L.* 343-401 (1991), p. 365.

⁴³ Cees van Dam, *European Tort Law*, OUP, 2013, Second Edition, p. 80.

⁴⁴ Markesinis, B; Unberath, H; *The German Law of Tort: A Comparative Treatise*, 2002, Fourth Edition, Hart Publishing, p. 80.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Bettina Heiderhoff, Grzegorz Żmij, *Tort law in Poland, Germany and Europe*, 2009, p. 4.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 5.

не се вреди другиму. Съдържанието на това задължение се определя от изискването да се положи грижа каквото ситуацията изисква⁴⁸.

Горните две виждания отразяват основното затруднение при противоположността – дали тя да се изведе от вредоносния резултат и да се презюмира при наличие на засегнато защитено право или да се установи отделно, тъй като причиняването на вреди другиму само по себе си не говори за противоположност на поведението⁴⁹. В рамките на първото виждане вината и противоположността имат отделно значение, докато при второто те се преплетени едно в друго.

Като опит да обединят двете виждания, германската съдебна практика и доктрина въвеждат разлика между пряко и непряко увреждане на посочените в § 823 I права. Ако увреждането е настъпило по пряк начин, то противоположността на поведението се презюмира⁵⁰. Ако обаче увреждането е причинено по непряк начин (*mittelbare Schädigungshandlungen*), не може да се направи веднага извод за поведението от резултата. В случая трябва да се прецени дали конкретното поведение нарушава определено задължение на дееца да предпази третите лица от увреждане. Обикновено се дават примери за собственика, който реже клон в края на двора си, който пада върху преминаващ човек и другия случай, при който е ударен човек от паднал прогнил клон⁵¹. Като класически пример за пряко увреждане се сочи случая с медицинската сестра, която инжектирала смъртоносна доза отрова в ръката на пострадалия⁵².

И тук обаче има много неясноти, тъй като съществуват различни виждания относно съдържанието на критерия за пряко и непряко причиняване на увреждането – дали става въпрос за обективна непосредственост на причиняването или за формата на вината – умисъл или небрежност⁵³. При все това е видно търсенето на връзка между начина на причиняване на увреждането, противоположността и вината.

⁴⁸ Markesinis, B; Unberath, H; *The German Law of Tort: A Comparative Treatise*, 2002, Fourth Edition, Hart Publishing, p. 81.

⁴⁹ Bettina Heiderhoff, Grzegorz Żmij, *Tort law in Poland, Germany and Europe*, 2009, p. 3-4.

⁵⁰ Markesinis, B; Unberath, H; *The German Law of Tort: A Comparative Treatise*, 2002, Fourth Edition, Hart Publishing, p. 82 позовава се на становище на Larenz/Canaris.

⁵¹ Cees van Dam, *European Tort Law*, OUP, 2013, Second Edition, p. 80.

⁵² Markesinis, B; Unberath, H; *The German Law of Tort: A Comparative Treatise*, 2002, Fourth Edition, Hart Publishing, p. 82.

⁵³ Bettina Heiderhoff, Grzegorz Żmij, *Tort law in Poland, Germany and Europe*, 2009, p. 6.

Заклучение

Проследяването на проектите в развитието на правната мисъл в различни правни системи може само да обогати науката и да допринесе за по-доброто разбиране на правото. Дори фрагментният преглед на един отделен аспект от римското, английското и германското деликтно право позволява да се видят повторяеми образци на мислене, значимостта на които най-вероятно би била подценена при отделното самостоятелно разглеждане на тези правни системи. Критерият за начина на причиняване на вредите при деликтната отговорност исторически остава до голяма степен пренебрегнат, но особената връзка между него и понятията за вина и противоправност следва да бъде призната и отчетена.

Ключови думи

*Командироване,
предоставяне на услуги,
минимални ставки
на заплащане, приложимо
право, Директива 96/71/ЕО*

Key words

*Posting; Provision of
Services, Minimum Rates of Pay;
Applicable Legislation;
Directive 96/71/EC*

Mihail Iliev, Ph. D.

Some Aspects of Posting within the Provision of Services

Mihail Iliev, Ph.D

*Lecturer in Labour
Law and Social Insurance
Law at the New Bulgarian
University.*

*Expert at the Bulgarian
Ministry of Labour and
Social Policy.*

*Deputy member of
the Social Protection Com-
mittee to the Employment
and Social Affairs Council
(EPSCO) since 2012.*

*Member of the Work-
ing Group on Ageing Issues of
the Social Protection Commit-
tee prepared The 2015 Pen-
sion Adequacy Report: current
and future income adequacy in
old age in the EU.*

*Correspondent of the
Mutual Information System
on Social Protection (MIS-
SOC) of the European
Commission since 2012.*

*Areas of interests:
Bulgarian, European and
International Labour and
Social Security Law.*

*Author of articles in
Labour Law.*

The article deals with some practical problems concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. Five main problems are discussed.

Firstly, the problem with the applicable legislation, in particular – the relation among the Directive 96/71/EC, the Regulation (EC) No 593/2008 and the Rome Convention.

Secondly, the source of minimum rates of pay in the host Member State, in particular – the application of collective agreements and/or arbitration awards declared universally applicable.

Third, the competence of the Member States to determine the minimum working conditions, in particular – the minimum rates of pay.

Fourthly, the components of the minimum rates of pay;

Fifth, the obligation of paying the expenditure actually incurred on account of the posting, such as expenditure on travel, board and lodging.

The European Court of Justice case law in relation to some of the abovementioned problems is also discussed.

In conclusion, certain legislative recommendations aimed at the improvement of the Bulgarian legislation are derived.

д-р Михаил Илиев

Някои аспекти на командироването в рамките на предоставянето на услуги

1. Свободата на предоставяне на услуги, заедно със свободата на движение на хора (в това число на работници и служители), стоки, капитали и правото на установяване, е един от основните принципи, върху които се основава функционирането на единния вътрешен пазар на Европейския съюз. Основен израз на тази свобода е гарантираната от правото на Европейския съюз (ЕС) възможност предприятия, установени на територията на една държава членка¹, да командирова работници и служители за предоставяне на услуги на територията на друга.

Уредбата на командироването в рамките на предоставянето на услуги се съдържа в различни по степен нормативни актове на ЕС и на национално равнище.

Сред основните източници на първичното право на Съюза са Договорът за функциониране на Европейския съюз² (ДФЕС) и Хартата на основните права на Европейския съюз³ (Хартата). Разпоредбата на чл. 56 от ДФЕС забранява ограниченията на свободното предоставяне на услуги в рамките на Съюза по отношение на гражданите на държавите членки, които са се установили в държава членка, различна от тази, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите, а разпоредбата на чл. 15, ал. 2 от Хартата прогласява правото на всеки гражданин на Съюза да предоставя услуги във всички държави членки.

Основен източник на уредба на разглежданата материя във вторичното право на ЕС е Директива 96/71/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16

¹ Понятието „държава членка“ за целите на настоящото изложение включва: държавите-членки на ЕС, страните по Споразумението за Европейско икономическо пространство (Исландия, Лихтенщайн и Норвегия) и Конфедерация Швейцария.

² ОВ С 326 от 26.10.2012 г.

³ ОВ С 326 от 26.10.2012 г.

декември 1996 година относно командироването в рамките на предоставянето на услуги⁴ (Директива 96/71/ЕО). Тя координира законодателствата на държавите членки и въвежда „твърдо ядро“ от задължителни правила за минимална закрила, които трябва да се спазват в приемащата държава членка от работодателите, които командирова работници и служители за временно извършване на работа на територията на държава членка, в която се доставят услугите, независимо от продължителността на командировката⁵.

За да се гарантира прилагането на Директива 96/71/ЕО беше приета Директива 2014/67/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 15 май 2014 г. за осигуряването на изпълнението на Директива 96/71/ЕО относно командироването на работници в рамките на предоставянето на услуги и за изменение на Регламент (ЕС) № 1024/2012 относно административното сътрудничество посредством Информационната система на вътрешния пазар („Регламент за ИСВП“)⁶ (Директива 2014/67/ЕС). Тази директива въвежда мерки за контрол и сътрудничество между държавите членки с цел предотвратяване, избягване и борба със злоупотребата и заобикалянето на приложимите правила от страна на предприятията, които се възползват неправилно или с измамна цел от свободното предоставяне на услуги, предвидено в ДФЕС, и/или от прилагането на Директива 96/71/ЕО. Прилагащата директива следва да бъде транспонирана в националните законодателства на държавите членки до 18 юни 2016 г.⁷, поради което тя ще бъде предмет на настоящото изследване, доколкото това е необходимо за постигане на пълнота на неговото съдържание.

Уредбата на командироването в рамките на предоставянето на услуги във вторичното право на ЕС се съдържа и в Регламент (ЕО) № 593/2008 на Европейския парламент и на Съвета от 17 юни 2008 година относно приложимото право към договорни задължения (Рим I)⁸. В него е предвиден набор от стълкновителни норми, които спомагат за определяне на приложимото право към индивидуалните трудови договори в трансгранични ситуации и задълженията, произтичащи от тях. Регламентът определя общите критерии за привързване на индивидуалните трудови договори към определено законодателство, докато Директива 96/71/ЕО определя задължителните минимални условия на труд, които трябва да бъдат спазвани в приемащата държава членка.

В случаите на командироване в рамките на предоставянето на услуги, освен разпоредбите на посочения регламент, следва да се съблюдават правилата и на други актове на международното частно право и по-специално – Римска кон-

⁴ ОВ L 18 от 21.1.1997 г.

⁵ Вж. т. 13 и 14 от Преамбюла на Директива 96/71/ЕО.

⁶ ОВ L 159 от 28.5.2014 г.

⁷ Вж. чл. 23, §1 от Директива 2014/67/ЕС.

⁸ ОВ L 177 от 4.10.2008 г. и поправка в ОВ L 309 от 24.11.2009 г.

венция от 19 юни 1980 г. за определяне на приложимия по отношение на договорните задължения закон⁹ (Римска конвенция). В нея, подобно на Регламент Рим I, е предвиден набор от стълкновителни норми, които спомагат за определяне на приложимото право към индивидуалните трудови договори и задълженията, произтичащи от тях, в трансгранични ситуации¹⁰.

На национално равнище, основната уредба на командироването в рамките на предоставяне на услуги се съдържа в Кодекса на труда¹¹ (КТ), Наредбата за служебните командировки и специализации в чужбина¹² (НСКСЧ) и Наредбата за условията и реда за командироване на работници или служители от държавите членки или на работници или служители от трети страни в Република България в рамките на предоставяне на услуги¹³ (НУРКРСДЧРСТСРБПУ).

КТ и НСКСЧ уреждат условията на труд в приемащата държава членка, които следва да бъдат осигурени от работодателите, установени в Република България, на командированите работници или служители в рамките на предоставянето на услуги.

НУРКРСДЧРСТСРБПУ урежда условията и реда за командироване на работници или служители от държавите членки или от трети страни, на територията на Република България, за определен срок от работодател със седалище в държава членка или в трета страна, с когото работниците и служителите са в трудово правоотношение през периода на командироването.

2. Уредбата на командироването в рамките на транснационално предоставяне на услуги продължава да поражда спорове и практически проблеми при нейното прилагане. Това се установява и от богатата практиката на Съда на Евро-

⁹ ОВ L 266 от 9.10.1980 г.

¹⁰ Съгласно разпоредбата на чл. 24, §1 от Регламент Рим I регламентът заменя Римската конвенция в държавите членки, с изключение на териториите на държавите членки, които попадат в териториалния обхват на посочената конвенция и за които регламентът не се прилага по силата на член 299 от Договора за създаване на Европейска общност (сегашен чл. 349 от ДФЕС).

В съответствие с членове 1 и 2 от Протокола относно позицията на Обединеното кралство и Ирландия, приложен към Договора за Европейския съюз и Договора за създаване на Европейската общност и в съответствие с членове 1 и 2 от Протокола относно позицията на Дания, приложен към Договора за Европейския съюз и към Договора за създаване на Европейската общност, Обединеното кралство и Дания не вземат участие в приемането на Регламент Рим I, не се обвързват от него и не го прилагат – вж. §45 и 46 от Преамбюла на Регламент Рим I.

¹¹ ДВ, бр. 26 от 1986 г., с посл. изм. и доп.

¹² ДВ, бр. 50 от 2004 г., с посл. изм. и доп.

¹³ ДВ, бр. 68 от 2002, с посл. изм. и доп.

пейския съюз (СЕС)¹⁴, голяма част от която беше създадена след приемането на Директива 96/71/ЕО¹⁵.

Основните практически проблеми могат да бъдат обособени в две групи. *Първо*, проблеми, свързани с определянето на приложимото право и по-специално, до каква степен се прилагат законодателствата на изпращащата и приемащата държава членка към индивидуалните трудовите договори на командированите работници и служители в рамките на трансгранично предоставяне на услуги. *Второ*, проблеми, свързани с определянето на минималните ставки на заплащане. Основните трудности тук са свързани с: а) източниците на минималните ставки на заплащане в приемащата държава членка и по-специално – прилагането на колективни трудови договори и/или арбитражни решения, обявени за общоприложими; б) компетентността на държавите членки за определянето на минималните условия на труд и по-специално – на минималните ставки на заплащане; в) компонентите, които се включват в минималните ставки на заплащане; и г) задължението за заплащане на командировъчни пари (пътни, дневни и квартирни).

Анализът на тези въпроси ще бъде в основата на настоящото изследване. Въз основа на него ще се опитаме да предложим възможни решения за усъвършенстване на българското законодателство *de lege ferenda*.

3. Затруднение в практиката при определянето на приложимото право, може да произтече от обстоятелството, че в трансгранични ситуации и по-специално – при командироване на работници и служители в рамките на предоставянето на услуги, по отношение на трудовото правоотношение на работника или служителя е възможно да се прилагат законодателствата на две и повече държави членки. Това е отчетено при приемането на Директива 96/71/ЕО¹⁶. Всъщност, директивата е замислена да спомогне за преодоляване на тези трудности и да даде отговор на въпроса кога трябва да се прилагат определените от приемащата държава членка стандарти¹⁷. Директивата даде нормативен израз на утвърдилото се по-рано в практиката на СЕС разбиране за широка свобода на държавата членка, в която се предоставят услугите, да разпростре прилагането на нейното трудово законодателство по отношение на командированите работници или служители, при спаз-

¹⁴ Вж. например: C-113/89 *Rush Portuguesa*, EU:C:1990:142; C-43/93 *Vander Elst*, EU:C:1994:310 и други.

¹⁵ Вж. например: C-341/05 *Laval un Partneri*, EU:C:2007:809; C-319/06 *Комисия/Люксембург*, EU:C:2008:350; C-490/04 *Комисия/Германия*, EU:2007:430; C-155/12 *Isbir*, EU:C:2013:711; C-341/02 *Commission/Germany*, EU:C:2005:220 и други.

¹⁶ Вж. т. 6 от Преамбюла на Директива 96/71/ЕО.

¹⁷ Вж. Заключение на генералния адвокат по дело C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry срещу Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, C:2015:86, т. 27.

ване на разпоредбите за свободата на предоставяне на услуги, предвидени в Договора¹⁸.

Във всички случаи, при определяне на приложимото право при командироване в рамките на предоставянето на услуги, разпоредбите на Директива 96/71/ЕО не следва да се разглеждат изолирано от разпоредбите на Регламент Рим I и Римската конвенция. Трите акта съдържат взаимно допълващи се стълкновителни разпоредби, които се прилагат съобразно спецификата на съответния случай.

Разпоредбата на чл. 3, §1 във връзка с §7 от Директива 96/71/ЕО отправя към законодателството на приемащата държава членка, при условие че то е по-благоприятно за командированите работници и служители. Тази стълкновителна норма се прилага само по отношение на условията на труд, предвидени в чл. 3, §1, б. „а“ – „ж“ от Директивата. В тях е предвидено така нареченото „твърдо ядро“ от минимални условия на труд, което следва да бъде осигурено на командированите работници и служители, съобразно законодателството на приемащата държава членка, в случай че това е по-благоприятно за тях. Тези условия обхващат: максимална продължителност на работния ден и минимална продължителност на почивката; минимален платен годишен отпуск; минимални ставки на заплащане, включително ставки за извънреден труд, с изключение на допълнителни професионални пенсионни схеми; условия за предлагане на работници за наемане на работа, в частност от предприятия за временна заетост; здраве, безопасност и хигиена на работното място; защитни мерки по отношение на условията за наемане на работа на бременни жени или родилки, деца и младежи; равно третиране на мъжете и жените и други разпоредби за недискриминация.

За условия, които не са обхванати от посочената разпоредба, като например: професионална квалификация и преквалификация, социално-битово и културно обслужване и други, приложимото право следва да се определя съобразно правилата на Регламент Рим I и Римската конвенция. Тези актове ще следва да се прилагат и в случаите когато се установи, че не е налице действително командироване¹⁹, съобразно правилата и критериите, предвидени в чл. 4 от Директива 2014/67/ЕС. В основата на тези актове при определяне на приложимото право стои идеята за свободата на избора, посочена в чл. 3 от Регламент Рим I и чл. 3 от Римската конвенция. Тази идея е продължена и в разпоредбите на чл. 8, ал. 1 от Рим I и чл. 6, ал. 1 от Римската конвенция по отношение на приложимото право към индивидуалните трудови договори. Избраното от страните право, приложимо към договора, следва да бъде отчетено, доколкото това е възможно. Затова и двата разглеждани акта предвиждат, че този избор не може да води до лишаване на работника или служителя от защитата, предоставяна му от разпоредбите, които не

¹⁸ Вж. C-113/89 *Rush Portuguesa*, EU:C:1990:142, р. 17-18 и C-43/93 *Vander Elst*, EU:C:1994:310, т. 23.

¹⁹ Вж. т. 11 от Директива 2014/67/ЕС.

могат да бъдат отклонени чрез споразумение съгласно правото, което при липса на избор би било приложимо.

Разпоредбите на чл. 8, ал. 1 от Регламент Рим I и чл. 6, ал. 1 от Римската конвенция дават възможност на работодателя и командирания работник или служител да изберат за приложимо право към трудовия договор да бъде законодателството на държава членка, различна от изпращащата и приемащата. В този случай на основание на разпоредбите на чл. 3, §1 във връзка с §7 от Директива 96/71/ЕО във връзка с чл. 8, ал. 1 от Регламент Рим I и чл. 6, ал. 1 от Римската конвенция законодателството на приемащата държава членка следва да се съпостави с това на изпращащата, а това на последната – с избраното за приложимо към трудовия договор законодателство на друга държава членка, за да се избере най-благоприятното за работника или служителя.

Съпоставката на приложимото право следва да бъде направена поотделно за всяко от условията на труд, посочени в чл. 3, §1, б. „а“ – „ж“ от Директива 96/71/ЕО, за да се избере най-благоприятното. Затова е възможно по отношение на някои от условията да се прилага законодателството на приемащата държава членка, а по отношение на други – на изпращащата.

При всички случаи, когато се съблюдава спазването на условията на труд в приемащата държава членка следва да се имат предвид посочените особености, свързани с определянето на приложимото право към трудовите договори на командированите работници и служители и да се държи сметка за всеки от посочените актове, съобразно спецификите на конкретния случай.

4. Затруднение в практиката по прилагането на правилата за командироване в рамките на предоставянето на услуги представлява и определянето на минималните ставки на заплащане.

Директива/96/71/ЕО не съдържа определение на понятието „минимални ставки на заплащане“, като разпоредбата на чл. 3, §1, ал. 2 от нея отправя за тяхното определяне към националното законодателство и/или практика на приемащата държава членка. Източниците, в които се уреждат минималните ставки на заплащане в приемащата държава членка могат да бъдат законови, подзаконовни или административни разпоредби и/или колективни трудови договори или арбитражни решения, които са обявени за общоприложими. По смисъла на директивата общоприложими са колективните трудови договори и арбитражните решения, които трябва да се спазват от всички предприятия в географския район и в рамките на съответната професия или отрасъл²⁰.

²⁰ Вж. чл. 3, §8 от Директива 96/71/ЕО. Практиката на СЕС поставя две изисквания, за да бъдат колективните трудови договори или арбитражни решения общоприложими. *Първо*, държавите членки да са решили това. *Второ*, прилагането на колективните трудови договори и/или арбитражни решения по отношение на предприятията, които командирова работници или служители, следва да осигури равно третиране по отношение на посочените в чл. 3, §1, б. „а“ до „ж“ от Директива 96/71/ЕО условия, между тези предприятия и националните предприятия, заети в съответната професия или отра-

4.1. Първият практически проблем при определянето на минималните ставки на заплащане е свързан с прилагането на клаузите на общоприложими колективни трудови договори и/или разпоредбите на арбитражни решения. Разпоредбата на чл. 3, §1, второ тире от Директива 96/71/ЕО ограничава тяхното действие само по отношение на работите и дейностите, изброени в приложението към Директивата. В него са включени определени работи и дейности, които се отнасят до строителството, ремонта, възстановяването, поддържането, изменението или разрушаването на сгради. Затова, когато в законодателството на приемащата държава членка има определени минимални ставки и едновременно с това, има сключен колективен трудов договор и/или прието арбитражно решение в областта на строителството, което също въвежда минимални ставки, следва да се прилагат минималните ставки, предвидени в колективния трудов договор или арбитражното решение. Минималните ставки в колективни трудови договори и/или арбитражни решения за работи и дейности, извън посочените в приложението към Директивата, могат да се прилагат единствено, когато в законодателството на приемащата държава членка не са уредени минимални ставки на заплащане. Ако в законодателство има предвидени такива, те следва да бъдат прилагани, независимо от предвидените в колективния трудов договор и/или арбитражно решение, дори когато последните са по-благоприятни за работниците и служителите. Това произтича от обстоятелството, че Директива 96/71/ЕО изисква да бъдат осигурени минимални условия на труд, в това число – минимални ставки на заплащане. Затова и ако работодателят е осигурил минималните ставки, предвидени в приемащата държава членка, той е изпълнил изискванията на Директивата. Този извод се споделя и в практиката на СЕС, който приема, че разпоредбата на чл. 3, §7 от Директива 96/71/ЕО не може да се тълкува в смисъл, че позволява на държавите членки да поставят предоставянето на услуги на тяхна територия под условие да се съблюдават условия на труд, които надвишават установените задължителни правила за минимална закрила. По отношение на условията, посочени в чл. 3, §1, б. „а“ – „ж“, Директива 96/71/ЕО изрично определя степента на закрила за работниците и служителите на предприятия, установени в друга държава членка, които са командировани на територията на приемащата държава членка и които последната може да изисква да бъдат осигурени²¹. Предприятията, установени в други държави членки, могат да сключват колективни трудови договори в приемащата държава членка, по-специално – в контекста на ангажиментите, поети към собствените им работници и служители, с условия, които биха могли да бъдат и по-

съл, които се намират в сходна позиция. Равното третиране по смисъла на чл. 3, §8 от Директива 96/71/ЕО се счита, че е налице, когато националните предприятия са субект на същите задължения, по отношение на посочените въпроси, като командированите предприятия, и когато се изисква да изпълняват тези задължения със същия ефект – вж. C-341/05 *Laval un Partneri*, EU:C:2007:809, т. 66.

²¹ Вж. C-341/05 *Laval un Partneri*, EU:C:2007:809, т. 88.

благоприятни. Независимо от това, равнището на закрита на командированите работници и служители, което следва да бъде осигурено на територията на приемащата държава членка е ограничено, по принцип, до това, предвидено в чл. 3, §1, б. „а“ до „ж“ от Директива 96/71/ЕО, освен ако в законодателството на държавата членка по установяване не са предвидени по-благоприятни условия за командированите работници или служители от предвидените в посочената разпоредба²².

4.2. Вторият практически проблем се отнася до компетентността на държавите членки да определят условията на труд, в това число на минималните ставки на заплащане, които следва да бъдат съблюдавани от доставчиците на услуги, установени на територията на друга държава членка, когато командирова работници и служители на тяхна територия.

За изясняването на този въпрос следва да се изхожда от целите, които преследва Директива 96/71/ЕО. С разпоредбата на чл. 3, §1 от нея се целят условия на лоялна конкуренция между националните предприятия в приемащата държава членка и тези, които предоставят услуги транснационално. За това свидетелства изискването последните да осигурят на своите работници и служители, по отношение на ограничен списък от въпроси, редът и условията на работа, предвидени в приемащата държава членка, в закони, подзаконови или административни разпоредби или в колективни трудови договори или арбитражни решения, обявени за общоприложими, които съставляват правила за задължителна минимална закрита. По този начин се възпира възникването на ситуации, при които доставчиците на услуги, прилагайки стандартите на държавата членка по установяване, по отношение на посочените въпроси, биха се възползвали от нелоялна конкуренция спрямо предприятията, установени в приемащата държава членка, когато равнището на закрита в последната е по-високо.

На следващо място, чл. 3, §1 от Директива 96/71/ЕО цели да осигури по отношение на командированите работници и служители прилагането на разпоредби за минимална закрита относно реда и условията на работа по обхванатите въпроси, докато те работят временно на територията на друга държава членка²³.

Държавите членки следва да отчитат с необходимото внимание посочените две цели, когато определят минималните условия на работа и по-специално – минималните ставки на заплащане, приложими по отношение на предприятията, установени в други държави членки, които командирова работници и служители в рамките на предоставянето на услуги на тяхна територия.

По отношение на компетентността на държавите членки за определяне на минималните условия на работа следва да се има предвид, че Директива 96/71/ЕО не хармонизира материалното съдържание на тези национални норми²⁴. Държа-

²² Вж. C-341/05 *Laval un Partneri*, EU:C:2007:809, т. 89.

²³ Вж. C-341/05 *Laval un Partneri*, EU:C:2007:809, т. 74-76.

²⁴ Вж. C-490/04 Комисия/Германия, EU:2007:430, т. 19.

вите членки са свободни да определят тяхното съдържание. От практиката на СЕС могат да бъдат изведени три основни изисквания към държавите членки при упражняване на тази компетентност.

Първо, определянето на минималните условия на работа следва да се извършва в съответствие с правото на ЕС²⁵. Затова компетентността на държавите членки за определянето на тези правила, в това число и на минималните ставки на заплащане, е ограничена до това да не създава пречки пред свободното предоставяне на услуги между държавите членки²⁶. За да бъде изпълнено това изискване, при упражняване на своята компетентност за определяне на съдържанието на нормите за минимална закрила, посочени в чл. 3, §1 от Директива 96/71ЕО и по-специално, минималните ставки на заплащане, приложими към предприятията, установени в друга държава членка, държавите членки следва да гарантират, че тези условия и ставки на заплащане са минимални. Въвеждането на задължения, които биха ограничили това право, като например – за заплащане на нещо различно от най-ниското възнаграждение, предвидено в законодателството или в колективен трудов договор или арбитражно решение на приемащата държава членка, не намира опора в разпоредбите на Директива 96/71/ЕО. Да се застъпи друго становище би означавало да се разреши положение, подобно на изрично забраненото от практиката на СЕС²⁷.

Второ, според постоянната практика на СЕС, член 49 от ДЕО (сегашен чл. 56 ДФЕС) изисква премахването на всяка дискриминация основана на гражданство по отношение на установените в друга държава членка доставчици на услуги, както и премахването на всяко ограничение, дори то да се прилага без да се прави разлика между национални доставчици и доставчици от други държави членки, когато това ограничение може да доведе до забрана, затрудняване или по-слаба привлекателност на дейността на доставчик, установен в друга държава членка, в която той законно предлага аналогични услуги²⁸. Това изискване, изведено от практиката на СЕС, задължава държавите членки да гарантират, че задълженията (условията на работа), се прилагат еднакво и спрямо предприятията, установени в приемащата държава членка, т. е. по недискриминационен начин спрямо предприятията, установени в друга държава членка. Затова държавите членки следва да гарантират, че предвидените минимални изисквания по отношение на доставчиците на услуги не могат да бъдат избегнати, т. е. да се осигурят по-ниски условия на труд, в това число да се заплащат по-ниски ставки, от предприятията, установени в приемащата държава членка, спрямо изискваните ставки за предприятия-

²⁵ Вж. С-490/04 Комисия/Германия, EU:2007:430, т. 19; С-341/05 Laval un Partneri, EU:C:2007:809, т. 60.

²⁶ Вж. С-522/12 Isbir, EU:C:2013:711, т. 37.

²⁷ В този смисъл вж. Заклочение на генералния адвокат по дело С-396/13, EU:C:2014:2236, т. 81.

²⁸ Вж. С-490/04 Комисия/Германия, EU:2007:430, т. 63.

та, установени в друга държава членка. Нарушаването на това изискване би поставило доставчиците на услуги, установени в други държави членки, в по-неблагоприятно положение спрямо предприятията, установени в приемащата държава членка. Допускането на подобно различно третиране би представлявало пречка пред свободното предоставяне на услуги и би довело до ограничаване, затрудняване и по-слаба привлекателност на дейността на доставчик на услуги, установен в друга държава членка – положение, което е недопустимо съгласно практиката на СЕС.

Трето, за да са противопоставими правилата и критериите за определяне и изчисляване на минималните ставки на заплащане, установени в приемащата държава членка, на работодателя, който командирова работници или служители на нейна територия, тези правила трябва да са задължителни и прозрачни. За да бъдат задължителни, те следва да не зависят от волята на работодателя, който командирова работници и служители, а за да отговарят на изискването да са прозрачни, тези правила следва да са достъпни и ясни²⁹. Това налага държавите членки да гарантират, че когато в законодателството или в колективни трудови договори и/или арбитражни решения са предвидени различни минимални ставки на заплащане в зависимост от категоризирането на работниците и служителите, например – съобразно тяхната квалификация, образование, професионален опит, естеството на работа и други, тези критерии, съответно – минимални ставки на заплащане, са: еднакво задължителни за работодателите в приемащата държава членка и работодателите, установени в друга държава членка, като не зависят от волята на работодателя дали да ги прилага или не; ясни и достъпни, което налага тези критерии да са обективни и лесно установими. Ако някое от тези изисквания не е налице, тези критерии не могат да бъдат противопоставени на работодателите, установени в други държави членки, съответно – последните ще са изпълнили изискванията на Директива 96/71/ЕО, ако са заплатили най-ниската (минимална) ставка на заплащане, установена в приемащата държава членка.

Посочените три изисквания от практиката на СЕС следва да бъдат съблюдавани кумулативно от държавите членки при упражняване на тяхната компетентност за определяне на минималните условия на труд и по-специално, минималните ставки на заплащане.

4.3. Третият и може би най-проблемен от практическа гледна точка въпрос, се отнася до определянето на компонентите на минималните ставки на заплащане. Затрудненията възникват най-вече поради липсата на единно понятие за „минимални ставки на заплащане“ на равнището на Съюза.

Разпоредбата на чл. 3, §7, ал. 2 от Директива 96/71/ЕО използва като основен разграничителен критерии за това, дали даден компонент следва да бъде включен или не в минималната ставка на заплащане, обстоятелството, дали той е

²⁹ Вж. C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry* срещу *Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, EU:C:2014:2236, т. 6-7.

заплатен под формата на реално направен от работника или служителя разход във връзка с командироването или не. Съгласно посочената разпоредба „*Специфичните добавки, свързани с командироването, се смятат за част от минималната заплата, освен ако не са изплатени като възстановяване на разходи, които фактически са били направени във връзка с командироването, като например пътни разходи, разходи за храна и квартирни разходи*“. Следва да се припомни, че разпоредбата на чл. 3, §1, ал. 2 от Директива 96/71/ЕО отпраща за определяне на понятието „минимални ставки на заплащане“ към законодателството на приемащата държава членка. Затова, дали даден компонент следва да бъде считан за специфична добавка, свързана с командироването и поради това – да бъде включен в минималната ставка на заплащане, или за реално направен разход от работника или служителя във връзка с командироването и поради това – изключен от нея, също следва да бъде определяно съобразно законодателството на приемащата държава членка.

По отношение на компонентите на минималните ставки на заплащане СЕС вече е приел, че „*добавките и надбавките, които не са признати като компоненти на минималната заплата от законодателството или националната практика на държавата членка, на чиято територия е командирован работникът или служителят, и които променят съотношението между предоставената от работника или служителя работна сила, от една страна, и получената в замяна на това насрещна престация, от друга страна, не биха могли съгласно разпоредбите на Директива 96/71/ЕО да бъдат считани като такива компоненти*“³⁰. Така например е нормално, ако работодателят изисква от работника или служителя полагането на извънреден труд или труд при специфични условия, тази допълнителна престация да бъде компенсирана по отношение на този работник, без посочената компенсация да се взема предвид при изчисляването на минималната заплата³¹. Поради това единствено компонентите на трудовото възнаграждение, които не променят съотношението между предоставената от работника или служителя работна сила, от една страна, и получената от него насрещна престация, от друга страна, могат да се вземат предвид при определянето на минималната заплата по смисъла на Директива 96/71/ЕО³².

Изведените от практиката на СЕС критерии за съотношението между предоставената от работника и служителя работна сила и получената насрещна престация не улесняват достатъчно определянето на това, кои компоненти на възнаг-

³⁰ Вж. C-341/02 Commission/Germany, EU:C:2005:220, р. 39; C-552/12 Isbir, EU:C:2013:711, т. 38; C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry срещу Elektrobudowa Spółka Akcyjna, EU:C:2014:2236, т. 6.

³¹ Вж. C-341/02 Commission/Germany, EU:C:2005:220, р. 40; C-552/12 Isbir, EU:C:2013:711, т. 39.

³² Вж. C-552/12 Isbir, EU:C:2013:711, т. 40.

раждението следва да се включват в минималните ставки на заплащане и кои не³³. Във всеки конкретен случай разрешението следва да се търси на плоскостта на разпоредбата на чл. 3, §7, ал. 2 от Директива 96/71/ЕО, като се отчете спецификата и предназначението на съответния компонент на възнаграждението. Ако той не представлява възстановяване на реално направен от работника или служителя разход във връзка с командироването, а по-скоро с него се цели социалната закрила на работника или служителя, този компонент следва да бъде включен в минималната ставка на заплащане. Така например, ако предвидените в законодателството на приемащата държава членка дневни пари във фиксиран размер се заплащат на всички командировани работници или служители, като компенсация за неудобствата, които те понасят вследствие на командироването, състоящи се в отдалечаването им от обичайното им обкръжение, а не като разход, който реално е бил направен от тях във връзка с командироването, то тези дневни пари следва да се квалифицират като специфични добавки, свързани с командироването и поради това да бъдат включени като част от минималните ставки на заплащане³⁴. Посоченото важи в същата степен и за пътните разходи. Когато те се изплащат на всички командировани работници или служители, които пътуват определен период от време от мястото, където са настанени да живеят до мястото, където се извършва работата, а не като реален разход, който те са направили за пътуване във връзка с командироването, следва да бъдат считани за специфична добавка, свързана с командироването и поради това, следва да бъдат включени в минималните ставки на заплащане³⁵. И обратно, ако са заплатени като реално направен от работника или служителя разход, свързан с командироването, те не следва да бъдат включвани в минималните ставки на заплащане. Що се отнася до квартирните пари, би следвало те да се считат за възстановяване на разход, който реално е направен от работника или служителя във връзка с командироването и поради това, те не могат да бъдат включвани в минималните ставки на заплащане. Според практиката на СЕС редът за поемане на квартирните разходи, избран от страните, е без значение за тяхната квалификация³⁶. Затова и независимо дали работодателят е поел разходите на работниците и служителите без да е било необходимо те първо да са ги направили и след това да са поискали тяхното възстановяване или първо са направили тези разходи и след това са поискали тяхното възстановяване,

³³ Това становище се споделя и в заключението на гнералния адвокат по дело C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry* срещу *Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, EU:C:2014:2236, т. 72 и 73.

³⁴ В този смисъл вж. C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry* срещу *Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, EU:C:2014:2236, т. 7.

³⁵ В този смисъл вж. C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry* срещу *Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, EU:C:2014:2236, т. 7.

³⁶ В този смисъл вж. C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry* срещу *Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, EU:C:2014:2236, т. 8.

това не променя квалификацията на тези разходи като възстановяване на разход, който реално е бил направен във връзка с командироването, и поради това – попада извън минималните ставки на заплащане.

4.4. Четвъртият проблем, на който Директива 96/71/ЕО не предоставя решение е следният: Длъжен ли е работодателят да заплати реално направените разходи – пътни, дневни и квартирни на командированите работници и служителите, след като тези разходи не са част от минималните ставки на заплащане? Разпоредбата на чл. 3, §7, ал. 2 от Директива 96/71/ЕО урежда само как тези добавки се съотнасят към минималните ставки на заплащане, но не посочва дали те следва да бъдат предоставяни на работниците или служителите. Следователно този въпрос следва да бъде решен от всяка държава членка, а при липса на уредба – въпросът следва да бъде разрешен на плоскостта на предназначението на всеки един от компонентите на командировъчните пари (пътни, дневни и квартирни).

С квартирните и дневните пари се цели да се компенсират направените от работника или служителя разходи за настаняване, храна и вътрешен транспорт в рамките на населеното място на командировката, когато те не са осигурени от работодателя. Със заплащането на минималните ставки в приемащата държава членка може да се приеме, че тези компоненти на командировъчните пари не следва да бъдат заплащани отделно. Това следва от обстоятелството, че със заплащане на минималните ставки, установени в приемащата държава членка, се компенсират завишените разходи за храна и подслон на командированите работници или служители. Наред с това, същите минимални ставки се прилагат и по отношение на работници или служители, работещи в предприятия, установени в приемащата държава членка, част от които също е възможно да заплащат наем за жилище. Що се отнася обаче до пътните разходи за придвижване от държавата членка, където е установен доставчикът на услуги, до мястото на командировката в приемащата държава членка, би следвало те винаги да бъдат възстановявани на командированите работници и служители. Това се налага от обстоятелството, че тези разходи, които понякога съставляват значителен размер, ще доведат до обедняване на командированите работници и служители, като ще поставят последните в по-неблагоприятно положение спрямо работниците и служителите в приемащата държава членка, на които не се налага да поемат такива разходи. Въпреки че Директива 96/71/ЕО урежда само как тези специфични разходи, свързани с командироването, се съотнасят към минималните ставки на заплащане, тя не забранява тяхното заплащане от страна на работодателите. При сегашната позитивноправна уредба обаче този въпрос е оставен на преценката на самите работодатели, освен ако е предвидено друго в законодателството на приемащата или изпращащата държава членка.

5. Уредбата на командироването на работници или служители от Република България в други държави-членки на ЕС в рамките на предоставянето на услуги се съдържа в разпоредбите на чл. 121, ал. 3-5 КТ, §1, т. 16 от Допълнителните разпоредби (ДР) на КТ и разпоредбата на чл. 5, ал. 3 НСКСЧ, а това на работници и

служители от държави членки или трети страни в България – в НУРКРСДЧРСТ-СРБРПУ.

Командирането в рамките на предоставянето на услуги е легално определено в §1, т.16 от ДР на КТ. То се различава от общоприетото в българската правна доктрина понятие за командироване като временно едностранно изменение на мястото на работа по трудово правоотношение от страна на работодателя.³⁷

Командирането по смисъла на чл. 121, ал. 3 КТ по своята правна същност представлява изменение на трудовото правоотношение по взаимно съгласие на страните по него. Когато командироването се осъществява при условията на чл. 121, ал. 3 КТ, законът изисква страните да сключат споразумение, с което да уговорят условията на работа за срока на командироване. То представлява споразумение по чл. 119 КТ за изменение на трудовото правоотношение по взаимно съгласие на двете страни. С него се променят, освен мястото на работа, както в случаите на командироване по чл. 121, ал. 1 КТ, още и редица други елементи на трудовото правоотношение, оформящи неговото минимално необходимо договорно съдържание по чл. 66, ал. 1 КТ. В случаите на чл. 121, ал. 4 КТ, когато работниците или служителите са изпратени³⁸ в рамките на предоставянето на услуги от предприятие, което осигурява временно работа, в предприятието ползвател в друга държава членка, посочените условия следва да бъдат уговорени в трудовия договор по чл. 107р, ал. 1 КТ³⁹.

Анализът на източниците, които уреждат командироването в рамките на предоставянето на услуги по българското законодателство, показва разпокъсаност на правната уредба в различни нормативни актове, дори от една и съща степен, каквито са НСКСЧ и НУРКРСДЧРСТСРБРПУ. За преодоляване на този недостатък и съобразявайки очертаните по-горе специфики на командироването на работници и служители в рамките на предоставянето на услуги, би могло да се обмисли създаването на нов подзаконов нормативен акт, който да обедини мате-

³⁷ Вж. в този смисъл: Мръчков, В. Трудово право, 9-о допълнено и преработено издание, С. 2015, с. 309; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I Индивидуално трудово право, С., 2011, с. 134-135.

³⁸ Понятието „изпращане“ няма легална дефиниция в българското законодателство. То обаче се употребява от законодателя на отделни места и в различен смисъл в Кодекса на труда (вж. например: чл. 107р, ал. 1-6, чл. 107с, ал. 1 и 2, чл. 120а, ал. 1, 3 и 5, чл. 121, ал. 4 и други). В разпоредбата на чл. 1, §3, б. „в“ от Директива 96/71/ЕО се използва словосъчетанието „предлагат за наемане на работа“. С него се означава дейността по предоставяне на работници и служители от предприятие, осигуряващо временна работа, на предприятие ползвател. В този смисъл се употребява понятието „изпращане“ и в настоящото изложение.

³⁹ По-подробно за трудовите правоотношения с предприятия, осигуряващи временна работа, вж. Мингов, Е. Особенности на трудовите правоотношения на работниците и служителите с работодател, осигуряващ временна заетост, „Норма“, бр. 2, С., 2012.

рията и да улесни правоприлагането при този специфичен режим на командироване, който се отличава значително от общия режим на командироване по чл. 121, ал. 1 КТ. Аргумент в тази насока е и предстоящото транспониране на разпоредбите на Директива 2014/67/ЕС. Наред с тази обща препоръка и във връзка с изложението дотук, могат да бъдат отправени и следните предложения *de lege ferenda* за усъвършенстване на законодателството.

1. Необходимо е изменение на чл. 121, ал. 4 КТ. Съдържанието на разпоредбите на чл. 121, ал. 3 и 4 КТ се изчерпва с насочване на страните по трудовото правоотношение към уговаряне на минималните условия на работа, каквито са установени за работниците и служителите, изпълняващи същата или сходна работа в приемащата държава членка. Докато за случаите по чл. 121, ал. 3 е посочено, че условията, по които страните следва да постигнат съгласие, се уреждат с акт на Министерския съвет, то подобна препратка не е направена в разпоредбата на чл. 121, ал. 4. По този начин разпоредбата на ал. 4 създава впечатление, че страните следва да уговорят всички условия, които са предвидени в законодателството на приемащата държава членка, а не само предвидените в чл. 3, §1, б. „а“ до „ж“ от Директива 96/71/ЕО. Това налага при последващи изменения и допълнения на Кодекса на труда разпоредбата на чл. 121, ал. 4 да бъде допълнена с идентична препратка като предвидената в ал. 3 или, с оглед на законодателна икономия, да бъде създадена нова ал. 5, която да посочва, че условията по ал. 3 и 4, по които страните следва да постигнат съгласие, се определят с акт на Министерския съвет.

2. Наложително е изменение на разпоредбата на чл. 5, ал. 3 НСКСЧ. Тя урежда условията, по които страните следва да постигнат съгласие в случаите на командироване по чл. 121, ал. 3 КТ. Основният недостатък на посочената разпоредба е, че тя не обхваща случаите на изпращане на работници или служители от предприятия, които осигуряват временна работа, в предприятие ползвател в рамките на предоставянето на услуги. Разпоредбата препраща само към случаите на чл. 121, ал. 3, но не и на ал. 4 КТ. По този начин минималните условия на работа, установени в приемащата държава членка, които следва да бъдат уговорени в трудовия договор по чл. 107р, ал. 1 КТ, следва да се допълват посредством прякото прилагане на Директива 96/71/ЕО. Това налага при последващи изменения и допълнения в разпоредба на чл. 5, ал. 3 НСКСЧ да се направи препратка и към разпоредбата на чл. 121, ал. 4 КТ.

3. Анализът на разпоредбата на чл. 121, ал. 3 КТ оставя впечатление, че когато командироването е с по-кратка продължителност от 30 дни, страните могат да не прилагат всички минимално установените изисквания в приемащата държава членка. Това положение не съответства на разпоредбата на чл. 3, §3 от Директива 96/71/ЕО, която допуска изключение само по отношение на минималните ставки на заплащане и ставките за извънреден труд. Затова би било удачно при последващите изменения и допълнения на КТ законодателят да отстрани това несъответствие, като предвиди, че 30-дневния срок се отнася само до посочените две условия.

4. Основен практически проблем създава прилагането на разпоредбата на чл. 121, ал. 5 КТ, според която „Условията на заплащане в приемащата държава в случаите по ал. 3 и 4 не включват заплащането на пътни, дневни и квартирни пари по българското законодателство“. Затруднението произтича от обсъдената по-горе празнота в Директива 96/71/ЕО по отношение на въпроса: Длъжен ли е работодателят да заплати реално направените разходи – пътни, дневни и квартирни на командированите работници и служители, след като тези разходи не са част от минималните ставки на заплащане? Националното ни законодателство също не дава отговор на този въпрос. Както беше посочено по-горе Директива 96/71/ЕО урежда само как тези добавки се съотнасят към минималните ставки на заплащане, но не посочва дали те следва да бъдат предоставяни на работниците или служителите, който въпрос е компетентност на всяка държава членка. Във връзка с това се явява наложително разпоредбата на чл. 121, ал. 5 КТ да бъде прецизирана в смисъл, че командировъчните пари не са част от минималните ставки на заплащане. Настоящата редакция може да доведе до объркване и погрешно тълкуване, че в случаите на командироване не се дължат командировъчни пари, което може да не съответства на законодателството на приемащата държава членка, когато в него е предвидено изрично такова задължение. Също така с оглед на направения по-горе анализ по отношение на въпроса за дължимостта на командировъчните пари и изложените аргументи за отделните техни компоненти (вж. т.4.4), следва да се предвиди и задължение за работодателите, когато командироваат или изпращат работници и служители в рамките на предоставянето на услуги да възстановяват разходите за пътуване от България до приемащата държава членка и обратно.

5. Приемането на Директива 2014/67/ЕС поражда необходимостта в КТ и НУРКРСДЧРСТСРБПУ да бъдат направени необходимите изменения и допълнения, с които да бъдат въведени нейните изисквания и по-специално: административното сътрудничество между инспекциите по труда на държавите членки; отговорността на подизпълнителите; задължението за създаване на национален уебсайт с условията на труд в България; критериите за определяне на действително командироване и други. Те могат да бъдат предмет на самостоятелно изследване след тяхното приемане.

Използвана литература

1. Мингов, Е. Особенности на трудовите правоотношения на работниците и служителите с работодател, осигуряващ временна заетост, „Норма“, бр. 2, С., 2012;
2. Мръчков, В. Трудово право, 9-о допълнено и преработено издание, С.2015;
3. Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I Индивидуално трудово право, С., 2011.

Решения на Съда на Европейския съюз:

1. C-341/05 Laval un Partneri, EU:C:2007:809
2. C-319/06 Комисия/Люксембург, EU:C:2008:350
3. C-113/89 Rush Portuguesa, EU:C:1990:142
4. C-490/04 Комисия/Германия, EU:2007:430
5. C-43/93 Vander Elst, EU:C:1994:310
6. C-522/12 Isbir, EU:C:2013:711
7. C-341/02 Commission/Germany, EU:C:2005:220
8. C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry срещу Elektrobudowa Spółka Akcyjna, EU:C:2014:2236
9. Заключение на генералния адвокат по дело C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry срещу Elektrobudowa Spółka Akcyjna, EU:C:2014:2236

Ключови думи

*Обществени поръчки,
тръжни манипулации,
разкриване на картели,
манипулиране на възлагането
на обществени поръчки*

Key words

*Public procurement, ten-
der manipulation, detection of
cartels aiming to manipulate
tenders*

Velichko Dobrev

**Disclosure of Bid-Rigging Cartels
Aimed at Limiting Competition by
Manipulating the Procedures
for Public Procurement**

Velichko Dobrev

Ph. D. student

*Member
of the Law Department
of New Bulgarian*

*University
email:
velichko_dobrev@yahoo.com*

*Ph. D. Student
in Civil Law*

In many sectors of the economy, public procurement is crucial for the proper functioning of the overall market competition. Public procurement is particularly threatened by the emergence of cartels in the form of bid rigging. Bid rigging occurs when businesses, instead of competing with each other, agree to offer higher prices or lower quality of goods or services subject to the procedure for procurement or distribute among themselves bids in order to prevent, restrict or distort competition for a specific bid.

Величко Добрев

Разкриване на картели, насочени към ограничаване на конкуренцията чрез манипулиране на процедури за възлагане на обществени поръчки

Конкуренция и обществените поръчки са тясно свързани помежду си, въпреки че представляват различни области на законодателството. Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) има преимуществото да бъде отговорна за прилагането на двата закона, Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК) и Закона за обществени поръчки (ЗОП). Тази комбинация от задачи носи със себе си важни синергии и поставя КЗК в силна позиция да се справя с въпроси, които засягат тръжните манипулации.

В много сектори на икономиката, обществените поръчки са от решаващо значение за доброто функциониране на цялостната конкуренция на пазара. Ако договорите се възлагат без справедлива и прозрачна процедура, няма да има гаранция, че ефективния разход на публични средства е бил постигнат, а ефективните доставчици няма да имат никакъв начин да се конкурират за съответната обществена поръчка. Този прозрачен характер на обществените поръчки също дава възможност на членовете на даден картел за манипулиране на процедура за възлагане на обществена поръчка да следят за съответствието на другата страна с договореностите направени за съответната поръчка. Ето защо обществените поръчки са особено застрашени от появата на картели под формата на тръжни манипулации. Тръжните манипулации са налице когато предприятията, вместо да се конкурират помежду си, се уговарят за предлагане на по-високи цени или по-ниско качество на стоките или услугите, които са обект на процедура за възлагане на обществена поръчка, или разпределят помежду си поръчките, като по този начин предотвратяват, ограничават или нарушават конкуренцията при възлагането им. Настоящата статия ще разгледа видовете тръжни манипулации, както и начините за тяхното предотвратяване и разкриване.

Видове тръжни манипулации

Тръжните манипулации на обществени поръчки могат да съществуват под различни форми. Целта им най-често е възложителят на поръчката да получи поръчаните стоки или услуги на възможно най-висока прогнозна стойност и при икономически най-неизгодни условия. Кандидатите или участниците за съответната об-

ществена поръчка уговарят предварително кой ще представи печеливша оферта, като по този начин предопределят кой ще бъде класиран като победител в процедурата. Крайната цел на всяка тръжна манипулация е да се увеличи цената, на която възложителят ще закупи съответните стоки или услуги, така че да се максимизира стопанската облага на участника, определен за изпълнител по обществената поръчка.

Поведението на картелистите в процедури за възлагане на обществени поръчки може да се изрази под различни форми. Честа практика е така нареченото редуване на поръчки, при което участниците в тръжната манипулация се редуват при печеленето на различни обществени поръчки или се споразумяват да участват само в определени географски райони¹, като за всяка конкретна процедура те предварително се уговарят кой от тях да подаде печелившата оферта и кои от тях да подадат оферти за прикритие². Оферти за прикритие са мними оферти, чието подаване е най-типичната техника на тръжна манипулация. При нея или се подава оферта с ценово предложение, което е по-високо по размер от офертата на кандидата, който съгласно уговорката трябва да спечели поръчката³ или за което се знае че е прекалено високо за да бъде прието от възложителя. Другата хипотеза е да се подаде оферта, която съдържа някакви условия, за които предварително се знае, че са неприемливи за възложителя⁴.

Друга форма на координация са т.нар. споразумения за подизпълнение, при които конкурентните предприятия се съгласяват да не участват в процедурата или да предложат губеща оферта, срещу което получават договор за подизпълнение с участника, който е определен за изпълнител на поръчката. Друга практика е участникът с най-ниско ценово предложение да се съгласи да оттегли офертата си в полза на следващия класиран участник, който е предложил значително по-висока цена. След това победителят в тръжната процедура сключва договор за подизпълнение с оттеглилото най-ниска оферта предприятие. Така двете предприятия успяват да поделят печалбата, придобита в резултат на договорената по-висока цена, която възложителя ще заплати.

Последната форма на тръжна манипулация, която може да наречим сред най-честите, без претенции за изчерпателност е т. нар. тръжно въздържане, което представлява договореност един или няколко от кандидатите за поръчката да се въздържат от подаване на оферти или да оттеглят вече подадени оферти, така че да се предопредели кандидатът, който да спечели поръчката. Най-често съответният кандидат не представя оферта, която да подлежи на разглеждане от възложителя. Тръжни манипулации могат да се наблюдават във всеки съответен пазар,

¹ Решение на ЕК 1999/60/ЕС от 21.10.1998 (IV/35.691/E-4 – Pre-Insulated Pipe Cartel) [1999] ОВ L 24/1.

² Решение на СЕО по дело T-29/92 SPO v Commission [1995] ECR II-289.

³ Решение на ЕК 92/204/ЕЕС от 5.2.1992 (IV/31.572 and 32.571 – Building and construction industry in the Netherlands) [1992] ОВ L 92/1.

⁴ Решение на ЕК 73/109/ЕЕС от 2.1.1973 (IV/26 918 – European sugar industry) [1973] ОВ L140/17.

но са най-чести на пазари с малко участници и на такива, до които достъпът е скъп, труден или бавен, или до който са налице съществени бариери.

Предотвратяване и разкриване на тръжни манипулации

Тръжни манипулации могат да бъдат разкрити чрез анализиране на данни за обществени поръчки, като се търсят сигналizатори за картелно споразумение, като географски модели, разпределение на пазари, идентични цени или ценови паралелизъм, процентни разлики между офертите и отклонения от конкурентни оферти само по някои ценови позиции. Важно е да подчертаем, че всяка обществена поръчка включва информация за участниците, датата на подаване на офертите, вида на продуктова категория (съответния пазар), процедурите за подбор, в които участват предприятията, цените на офертите и географския регион. Тези данни лесно могат да се следят от възложителя и съответно КЗК да бъде уведомена в случай на индикации за съгласуване. Има редица методи разработени за скрининг и за обработването на данните от обществените поръчки. Общото за всички методи е, че те могат да бъдат използвани с много прост набор от данни, без достъп до специфична информацията за предприятието. С други думи, има данни, които няма вероятност да се появят при липса на координация между фирмите. Някои от методите за скрининг са специфично разработени, за да се открие конкретна оферта от типа „оферта за прикритие“ или съгласуваност за регионално подразделение на пазарите. Т. нар. „screening“ е метод за индикации на тайни споразумения в индустрии и пазари чрез използване на икономическата теория и статистически анализ на данни. „Screening“ методите или Методичните пазарни изследвания представляват оценката и разследването на определени данни като част от методично проучване, оценяващо пригодността за определена роля или цел от страна на властите за разкриване на картели. Индикациите са генерирани, ако са налице съществени отклонения от очакваните резултати в данните. Например, може да има аномалии в структурата на наддаване при поръчки или ценови модели на някои пазари. Целта на screening-а може да бъде или да потвърди съществуващо подозрение за тръжна манипулация в определена индустрия или пазар, или да се направи преглед на всички пазари, когато няма предварително подозрение за незаконно поведение, за да се получат данни за възможна картелна дейност. Тоест, screening-а ще открие някои картели и ще подаде сигнали за някои отрасли или пазари, за които няма данни да са картелирани. Особена трудност за националния орган по конкуренция представлява събирането на достатъчно данни за наличието на съгласуваност от страна на кандидатите, имащи за цел или резултат манипулирането на търговете. Затова screening-ът е добра отправна точка в кои пазари може да има нарушения. Прилагането на screening в едно с мерки за противодействие и от страна на самите възложители на обществени поръчки, които са непосредствените потърпевши от тръжните манипулации, както и активно сътрудничество между възложителите и КЗК са инструментите, които могат да бъдат използвани за доказване на този вид нарушение на правото на конкуренцията.

Противодействието срещу манипулиране на процедури за възлагане на обществени поръчки е приоритет както на ЕК, така и на националните органи по конку-

ренция в ЕС, които непрестанно усъвършенстват административния си капацитет в тази област. В качеството си на национален орган по конкуренцията в страната КЗК може да противодейства на тръжните манипулации посредством предоставените ѝ правомощия, които може да упражни в рамките на производството за установяване на нарушение по чл. 15, ал. 1 от ЗЗК и/или чл. 101 от ДФЕС. В заключение ще разгледаме приложението на на гореизброените разпоредби за разкриване при разкриване на картели в практиката на КЗК, свързана с тръжни манипулации.

Решения на КЗК

Разполагайки с правомощия за разкриване и санкциониране на картелите между предприятия, КЗК може да противодейства на тръжните манипулации при възлагане на обществените поръчки. Ще разгледаме два случая, тъй като българският орган за защита на конкуренция до момента е имал само няколко случая на тръжни манипулации. Въпреки това резултатите от тези случаи дават отговор на редица важни въпроси, свързани с действията на КЗК при разглеждането на такъв тип забранено споразумение.

Важно е да се уточни, че и в двата случая е получена информация от възложителите на обществената поръчка. В първия случай⁵, разследване е започнало по искане на Министерството на финансите. В конкретния случай има съмнение за споразумение за манипулиране на тръжната процедура, като ценовите оферти на предприятията, представени в офертата не са само подобни, но са напълно идентични до трета десетичната точка. Това е знак, сочещ ценова идентичност и според КЗК съгласуваност в офертите е единственото възможно обяснение за поведението на фирмите. КЗК счита, че антиконкурентната цел се изразява в това, че оферти на конкурентните предприятия са подравнени и доведени до същите стойности. Концепцията за споразумение в антиitrustовата практика на Съда на ЕС се концентрира върху наличието на съгласуване на волиите на най-малко две страни, без значение от формата, която то е приело. В конкретния случай, въпреки липсата на преки доказателства за съгласуваност, КЗК установява наличието на картел, имащ за цел манипулиране на обществена поръчка. КЗК счита, че постигането на идентичност в ценовите предложения на дружествата по позиция е практически невъзможно без съществуването на обща стратегия, която предварително да определи необходимите стъпки, които всяко дружество следва да предприеме при участието си в тръжната процедура⁶. Въпросното споразумение засяга както конкретните цени, които да послужат за изготвяне на офертата, така и определянето на всяка отделна позиция от ценовите предложения при изготвянето на процедурата. Това, според КЗК, е довело до еднакво оценяване на офертите на всички участници в процедурата без победителя, който представя по ниска оферта само по една от горепосочените позиции. В следствие на това поведение кон-

⁵ Решение на КЗК № 220/2012.

⁶ Решение на КЗК № 220 от 1.3.2012 г.

куренцията между дружествата е напълно елиминирана и заменена от фактическо единодействие. В този случай поведението на предприятията е прието от КЗК за нарушение по цел на правото на конкуренцията и съответно чл. 15 от ЗЗК.

Вторият случай⁷ е образуван по сигнал, предоставен от Министерството на регионалното развитие. Той е породен от поразителни прилики и съвпадения в представената документация на две групи от документи, представени от участниците в тръжната процедура. Въпреки че няма доказателства за пряк или непряк контакт под формата на съгласуваност между страните или обмен на чувствителна информация, КЗК посочва, че подаването на документи с висока степен на сходство от различни кандидати само по себе си повдига основателни съмнения за евентуално наличие на споразумение. Въпреки това, в случаите, когато има само косвени доказателства за паралелно поведение между участниците в даден пазар, без каквито и да било данни за формите на контакт или отношенията между конкурентите, забранено споразумение може да бъде установено от КЗК единствено, когато: „съществуването на такива е единственото възможно обяснение за едновременни пазарни реакции на предприятията.“ В конкретния случай, КЗК счита, че има и други възможни обяснения, като например общи консултанти, общи бланки и т.н. В тази връзка КЗК установява, че не е извършено нарушение по чл. 15 от ЗЗК.

Следва да се посочи, че и двата случая са приключени без разкриването на преки доказателства за тръжна манипулация⁸. Въпреки това, двете дела се различават в подхода, възприет от КЗК. В първия случай няма преки доказателства за манипулиране на процедури за възлагане на обществени поръчки. Въпреки това идентичността в ценовите оферти до третата десетична запетая е ясен индикатор за съгласуваност на самите оферти. Във втория случай има и други възможни обяснения за поведението на предприятията, участващи в търга. Поради гореизложените причини може да се направи предположение, че при разкриване на тръжни манипулации, много често няма да бъдат намерени преки доказателства за съгласуваността между предприятията участващи в търга. А това, на свой ред, би увеличило тежестта на доказване на тръжните манипулации пред съда.

⁷ Решение на КЗК № 984/2013.

⁸ И в двата случая проверка на място не е извършена, въпреки че органът по конкуренция би могъл при претърсване да намери преки доказателства за тръжната манипулация. Въпреки това възможността за проверка на място бе отхвърлена, тъй като в първият случай, информация вече се бе разпространил в медиите и следователно елементът на изненада е премахнат. Във втория случай претърсване е безсмислено, тъй като тръжната процедура е била спряна от министъра на регионалното развитие и страните са уведомени, че процедура е спряна, за да се установи евентуална тръжна манипулация от КЗК.

