

ГОДИШНИК НА ДЕПАРТАМЕНТ „ПРАВО“
НА НОВ БЪЛГАРСКИ УНИВЕРСИТЕТ
2017

YEARBOOK OF THE LAW DEPARTMENT
OF NEW BULGARIAN UNIVERSITY
2017

ГОДИШНИК НА ДЕПАРТАМЕНТ „ПРАВО“
НА НОВ БЪЛГАРСКИ УНИВЕРСИТЕТ
2017
YEARBOOK OF THE LAW DEPARTMENT
OF NEW BULGARIAN UNIVERSITY
2017

**Редакционна колегия
на Годишника**

проф. д-р Екатерина Михайлова	ръководител на департамент „Право“
проф. д-р Благой Видин	ръководител на секция „Публичноправни науки“
проф. д-р Румен Владимиров	ръководител на секция „Наказателноправни науки“
проф. <u>Методи Марков</u> , д. 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 31.12.2017 г.

© Екатерина Матеева, Малина Новкиришка–Стоянова, Никола Манев, Райна Николова, Благой Видин, Екатерина Михайлова, Румен Владимиров, Венцислава Желязкова, Веселина Манева, Деница Топчийска, Ивайло Стайков, Катерина Йочева, Тодор Коларов, Цветалина Петкова, Гинка Симеонова, Деяна Марчева, Елена Недялкова, Петя Неделева, Ралица Костадинова, Силвия Цонева, Димитър Стоянов, Живко Велчев, Милена Рангелова, 2018, автори

© НБУ, 2018, 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.



департамент
ПРАВО

ГОДИШНИК 2017

година шеста

София, 2018 г.



проф. Методи Марков, д. н.
(30.5.1959 г. – 24.6.2018 г.)

Съдържание

Списък на използвани съкращения	7
Екатерина Матеева Правно действие на регистрацията на приложимия имущественообращен режим в централния електронен регистър на имуществените отношения на съпрузите.....	10
Малина Новкиришка–Стоянова Публичноправни аспекти на римската суперфиция	30
Никола Манев Методът на вътрешното убеждение и степенуване на вероятността.....	56
Райна Николова Комуникационните права на детето.....	68
Благой Видин Актуална уредба на европейската система за предоставяне на убежище	118
Екатерина Михайлова Прякото управление – история, въпроси, проблеми (Допустим ли е конституционен референдум?).....	136
Румен Владимиров Проблеми при транспониране на норми от международни договори и от актове на Европейския съюз в българския Наказателен кодекс.....	156
Венцислава Желязкова Тълкувателната дейност на Съда на Европейския Съюз по Регламент (ЕС) 650/2012	170
Веселина Манева Управление на интелектуалната собственост	192
Деница Топчийска Балансът на права и легитимни интереси като основание за обработване на лични данни съгласно Общия регламент на ЕС за защита на личните данни	202
Ивайло Стайков Управленската и нормотворческата власт на работодателя в контекста на забраната за дискриминация в трудовите отношения	214
Катерина Йочева Международноправна уредба на престъпленията против човечеството.....	232
Тодор Коларов Директният ефект на смесените договори на ЕС.....	250
Цветалина Петкова Здравна закрила на детето: анализ на нормативната уредба относно храненето на децата.....	264

Гинка Симеонова	
Статут и правомощия на фонд „Сигурност на енергийната система”.....	294
Деяна Марчева	
Към изобретяването на човешките права.....	310
Елена Недялкова	
Правно положение на вещите лица в наказателното производство.....	332
Елена Недялкова	
Основания за спиране на наказателното производство.....	342
Петя Неделева	
Модел на българско частно висше училище след Освобождението.....	352
Ралица Костадинова	
Предходната съдимост на деца като пречка за прилагане на условно осъждане.....	366
Силвия Цонева	
Договор за финансиране срещу собственост или т. нар. „обърната ипотека”.....	384
Димитър Стоянов	
По някои въпроси на договорната непрехвърлимост на вземанията.....	394
Живко Велчев	
Причиняване на вреди при задържане на лице, извършило престъпление по чл. 12а НК.....	402
Милена Рангелова	
Психическото отношение на деца към отегчаващите обстоятелства и неговото значение за определяне на наказанието.....	416

Contents

List of Abbreviations	7
Ekaterina Mateeva Legal Effects of the Entry of Applicable Marital Property Regime into the Central Electronic Register for Publication of Marital Property Relations.....	10
Malina Novkirishka–Stoyanova Public Aspects of Roman Superficies.....	30
Nikola Manev The Court’s Freedom to Reach its Own Conclusions and Grading of Likelihood	56
Raina Nikolova The Communication Rights of the Child	68
Blagoy Vidin Current Regulation of the European System for Granting Asylum	118
Ekaterina Mihaylova Direct Government – History and Issues (Is a Constitutional Referendum Legitimate?).....	136
Roumen Vladimirov Issues with regard to the Transposition of Provisions of Treaties and of EU Legislation in the Bulgarian Criminal Code.....	156
Ventzislava Zheliaskova The Judgements of the European Court of Justice on Interpreting Regulation (EU) No 650/2012	170
Veselina Maneva Management of Intellectual Property.....	192
Denitza Topchiyska The Balance of Rights and Legitimate Interests as a Legal Ground of Data Processing According to the EU General Data Protection Regulation	202
Ivaylo Staykov Managerial and Regulatory Power of the Employer in the Context of the Prohibition of Discrimination in Labour Relationships.....	214
Katerina Yocheva International Legal Regulation of Crimes Against Humanity	232
Todor Kolarov Direct Effect of EU Mixed Agreements	250
Tsvetalina Petkova Health Protection of the Child: Analysis of the Legislation on Children's Nutrition.....	264

Ginka Simeonova	
Statute and Powers of the Energy System Security Fund	294
Deyana Marcheva	
Towards Inventing Human Rights	310
Elena Nedyalkova	
Legal Status of Expert Witnesses in Criminal Proceedings.....	332
Elena Nedyalkova	
Legal Grounds for Suspension of the Criminal Procedure	342
Petya Nedeleva	
Model of Bulgarian Private Higher School after the Liberation.....	352
Ralitsa Kostadinova	
The Prior Sentencing of the Offender as a Barrier to Apply the Suspended Sentence	366
Silvia Tsoneva	
Equity Release Credit Agreement or So-called "Reverse Mortgage".....	384
Dimitar Stoyanov	
Issues Concerning the Contractual Prohibition of Assignment	394
Zhivko Velchev	
Inflicting Harm in the Course of Detainment of a Person Who Committed an Offence Under Article 12a of the Criminal Code.....	402
Milena Rangelova	
The Psychological Attitude of the Offender to the Aggravating Circumstances and Its Meaning for Defining the Penalty	416

Списък на използвани съкращения

а. д.	административно дело
а. н. д.	административно-наказателно дело
АДФИ	Агенция за държавната финансова инспекция
АЕЦ	атомно-електрическа централа
ал.	алинея
АПК	Административнопроцесуален кодекс
арг.	аргумент
БДС	Български държавен стандарт
БНР	Българско национално радио
БНТ	Българска национална телевизия
бр.	брой
в.	век
ВАП	Върховна административна прокуратура
ВАС	Върховен административен съд
вж.	виж
ВКБООН	Върховен комисар на ООН за бежанците
ВКП	Върховна касационна прокуратура
ВКС	Върховен касационен съд
ВНС	Велико народно събрание
ВСС	Висш съдебен съвет
г.	година
ГАТС	Общо споразумение по търговията с услуги
ГАТТ	Общо споразумение за митата и търговията
ГК	Граждански кодекс
ГМО	генетично модифицирани организми
г. о.	гражданско отделение
ГПК	Граждански процесуален кодекс
гр. д.	гражданско дело
гр.	град
ДВ	Държавен вестник
доп.	допълнен
ДОПК	Данъчно-осигурителен процесуален кодекс
др.	други
ДР	допълнителни разпоредби
ДФЕС	Договор за функционирането на Европейския съюз
ЕГН	Единен граждански номер
ЕК	Европейска комисия
ЕКПЧ	Конвенция за защита на правата на човека и основните свободи
ЕС	Европейски съюз
ЗА	Закон за администрацията
ЗАНН	Закон за административните нарушения и наказания
ЗГМО	Закон за генетично модифицирани организми
ЗГР	Закон за гражданската регистрация
ЗДЗП	Закон за данък върху застрахователните премии
ЗДСл	Закон за държавния служител

ЗДФИ	Закон за държавната финансова инспекция
ЗЕ	Закон за енергетиката
ЗЕВИ	Закон за енергията от възобновяеми източници
ЗЗД	Закон за задълженията и договорите
ЗЗДискр	Закон за защита от дискриминация
ЗЗдр.	Закон за здравето
ЗЗДт	Закон за закрила на детето
ЗЗКИ	Закон за защита на класифицираната информация
ЗЗЛД	Закон за защита на личните данни
ЗИДНК	Закон за изменение и допълнение на НК
ЗКНИП	Закон за кредитите за недвижими имоти на потребители
ЗМГО	Закон за марките и географските означения
ЗНзает	Закон за насърчаване на заетостта
ЗПК	Закон за потребителския кредит
ЗПРПМ	Закон за патентите и регистрацията на полезните модели
ЗПУГДВМС	Закон за пряко участие на гражданите в държавната власт и местното самоуправление
ЗПФ	Закон за публичните финанси
ЗРТ	Закон за радиото и телевизията
ЗС	Закон за собствеността
ЗСВ	Закон за съдебната власт
ЗСП	Закон за Сметната палата
ЗТРРЮЛНЦ	Закон за търговския регистър и регистъра на юридическите лица с нестопанска цел
ЗУО	Закон за условното осъждане
ЗФИ	Закон за филмовата индустрия
ИА ГИТ	Изпълнителна агенция „Главна инспекция по труда”
изм.	изменен
изр.	изречение
ИК	Изборен кодекс
ИС	интелектуална собственост
к. д.	конституционно дело
КЕВР	Комисия за енергийно и водно регулиране
КЗД	Комисия за защита от дискриминация
КМЧП	Кодекс на международното частно право
кн.	книга
Конст., КРБ	Конституция на Република България
КПД	Конвенция за правата на детето
КС	Конституционен съд
КТ	Кодекс на труда
МВР	Министерство на вътрешните работи
МОТ	Международна организация на труда
МС	Министерски съвет
н. а. х. д.	наказателно с административен характер дело
НАП	Национална агенция за приходите
напр.	например
НАТО	Организация на Северноатлантическия договор

НК	Наказателен кодекс
н.о.х.д.	Наказателно с общ характер дело
НПК	Наказателно-процесуален кодекс
НРБ	Народна република България
НС	Народно събрание
НСЛС	Национална следствена служба
обн.	обнародван/а
ОВ	Официален вестник на Европейския съюз
ОНС	Обикновено народно събрание
ООН	Организация на обединените нации
ОС	окръжен съд
отм.	отменен
ПЗР	преходни и заключителни разпоредби
ПМС	постановление на Министерския съвет
ППВС	Постановление на Пленума на Върховния съд
пр. н. е.	преди новата ера
пр. Хр.	преди Христа
предл.	предложение
респ.	респективно
РФ	Руска федерация
с.	страница
с.	село
САЩ	Съединени американски щати
СЕМ	Съвет за електронни медии
СЕС	Съд на ЕС
СЗО	Световна здравна организация
СК	Семеен кодекс
СНС	специализиран наказателен съд
СРС	Софийски районен съд
СССР	Съюз на съветските социалистически републики
СТО	Световна търговска организация
т. е.	тоест
т. н.	така нататък
т. нар.	така наречен
ТЗ	Търговски закон
УНИЦЕФ	Детски фонд на Организацията на обединените нации
ФГВБ	Фонд за гарантиране на вземанията от банките
ФРГ	Федерална република Германия
ЦИК	Централна изборителна комисия
ч.	часа
чл.	член
ЮЛ	юридическо лице
ЮФ	Юридически факултет
Op. cit., цит. съч.	цитираното съчинение

Ключови думи

Имуществено-брачен режим, централен електронен регистър на имуществените отношения на съпрузи, брачен договор, защита на третите лица, условия за вписване.

Key words

Marital Property Regime, Central Electronic Register of Property Relations of Spouses, Matrimonial Contract, Protection of Third Parties, Modalities for Publication.

Ekaterina Mateeva

Legal Effects of the Entry of Applicable Marital Property Regime into the Central Electronic Register for Publication of Marital Property Relations

**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.*

The present article aims to analyse the legal effects of the entry of applicable marital property regime into the Central Electronic Register of Property Relations of Spouses under Art. 19, para 1 of the Family Code (2009). The Register is hosted by the Registry Agency. It has been introduced into the Bulgarian legal system for the first time in 2009. Subject to entry in the Register are the spouses' declarations by which they choose the applicable marital property regime as well as their marriage contracts. The registration procedure takes place ex officio. Every person has a right to access the Register of Property Relations of Spouses and to request extracts from it. The main function of this system of registration is to protect the legal interests of third parties. Should the chosen matrimonial regime, as well as the matrimonial contract, have not been entered into the Register, they cannot be invoked against any third parties (Family Code 2009, Art. 20). If there is no matrimonial regime registered, the matrimonial property regime of the spouses shall automatically be the statutory regime provided by law – marital community property under Art. 21–32 of the Family Code.

Екатерина Матеева

Правно действие на регистрацията на приложимия имущественобрачен режим в централния електронен регистър на имуществените отношения на съпрузите

1. Заместването през 2009 г. на действалия в продължение на четири десетилетия у нас императивен комбиниран имущественобрачен режим (съпругеска общност върху точно определени видове имуществени права и разделност върху останалите съпругески имуществена)¹ от **три оптативни (изборни) режими** (законова общност, законова разделност и договорен режим) по чл. 18, ал. 1 от новия Семейен кодекс (СК)² повдигна за първи път проблема **по какъв начин третите лица, които влизат в правни отношения с единия или и с двамата съпрузи, могат да узнаят кой от трите режима е приложен в случая**, за да могат адекватно да съобразят поведението си с действителното правно положение и така да вземат мерки за опазване на интереса си. De lege lata нуждата от защита на интересите на такива трети лица, които влизат в правни отношения с единия или и с двамата съпрузи, се диктува не само от законово прогласената свобода на избор на имущественобрачен

¹ Вж. чл. 13–14 от отменения (отм.) Семейен кодекс (СК) от 1968 г. Обн., ДВ, бр. 23 от 1968 г., отменен с § 28 от Заключителните разпоредби на СК. Обн., ДВ, бр. 41 от 1985 г.; чл. 19–21 от отм. СК от 1985 г. Обн., ДВ бр. 41 от 1985 г., отм. с § 3 от Преходните и заключителни разпоредби на СК. Обн., ДВ, бр. 47 от 2009 г.

² Обн., ДВ, бр. 47 от 23 юни 2009 г., изменен ДВ, бр. 74 от 15 септември 2009 г., изменен, ДВ, бр. 82 от 16 октомври 2009 г., изменен, ДВ, бр. 98 от 14 декември 2010 г., изменен, ДВ, бр. 100 от 21 декември 2010 г., изменен и допълнен, ДВ, бр. 82 от 26 октомври 2012 г., изменен, ДВ, бр. 68 от 2 август 2013 г., изменен, ДВ, бр. 74 от 20 септември 2016 г., изменен и допълнен, ДВ, бр. 103 от 28 декември 2017 г., в сила от 1 октомври 2009 г.

режим при встъпване в брак³, но и поради принципната възможност на съпрузите по всяко време, докато трае брачната връзка, да изменят по своя воля приложимия в имуществените им отношения режим, включително да определят началния момент на действие на сключения помежду им брачен договор от друга дата, различна от деня на сключването му, стига да не засягат права, придобити от трети лица преди сключването му⁴ (арг. от чл. 18, ал. 4, изр. първо, чл. 37, ал. 3, чл. 40, ал. 1, 2, чл. 41, ал. 1, чл. 42, ал. 1, т. 1, чл. 43, ал. 2, изр. второ и др. СК) – Решение 1137 от 4.7.2017 г. по в. гр. д. 2204/2016 г. на Окръжен съд – Варна. При действащата правна уредба практическото значение на въпроса за осигуряване на публичност относно приложимия в отношенията между двама съпрузи имущественобрачен режим се проявява най-вече в това, че от осведомеността на третите лица, очакващи да придобият дадено имуществено право по сделка с единия или и с двамата съпрузи, зависи доколко тези трети лица ще са в състояние да съобразят поведението си с действителното правно положение.

При уредбата до 2009 г. титулярството на правото – лично на единия съпруг или общо на двамата в бездялова и неделима съпругеска общност, се извеждаше въз основа на една система от нормативно уредени критерии, сред които

³ Аргумент от чл. 9, ал. 2, чл. 10, ал. 2, изречение второ, чл. 18, ал. 2 и чл. 37, ал. 1 СК. Свободата на избор на имущественобрачен режим при встъпване в брак е отнета само в случаите, при които единият или и двамата встъпващи в брак са непълнолетни или ограничено запрети (арг. от чл. 18, ал. 2, предл. второ СК). В тези хипотези, както и когато встъпващите в брак не са се възползвали от законовата възможност да изберат приложим в отношенията им имущественобрачен режим, се прилага законовият режим на общност по чл. 21–32 СК (арг. от чл. 18, ал. 2 СК).

⁴ В доктрината с основание се приема, че възможността за придаване на обратно действие при избор на имущественобрачен режим се отнася само до сключването на брачен договор (чл. 40 СК), но не и за случаите, при които изборът на някой от законовите режими се прави с обща декларация на съпрузите при спазване на чл. 9, ал. 2, изречение първо СК. Така Станева, А., в: Цанкова, Ц., Марков, М., Станева, А., Тодорова, В., Петров, Вес., Балева, Е., Дечева, Б., Мичева, В. (2015). Семейен кодекс. Приложен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. Нормативен текст. София: ИК „Труд и право“, 63. Съдебната практика, изразена в Решение 238 от 16.10.2017 г. по гр. д. 963/2015 г., Г.К., IV г. о. на ВКС, постановено по реда на чл. 290 ГПК, приема, че когато брачният договор се сключва по време на брака, разпоредбата на чл. 40, ал. 1 СК предвижда, че той произвежда действие от деня на сключването му или от друга дата, определена в договора. уговореният начален момент на действие може да предхожда сключването на договора, или страните да му придадат обратно действие, което обаче не може да предхожда сключването на брака. при уговаряне на обратно действие на договора съществено значение има правилото на чл. 40, ал. 2 СК – с договора не могат да се засягат права, придобити от трети лица преди сключването му. Законът изрично предвижда, че вече придобитите от трети лица права се запазват, доколкото придобиването е станало редовно съобразно тогава приложимия имуществен режим. последващата му промяна с обратна сила не може да им се противопостави.

вида на това имуществено право (вещно, върху паричен влог или върху друго благо), момента на неговото придобиване от съпруга (преди или през време на брака), функционалното предназначение на вещта – обект на сделката (за обикновено лично ползване, за упражняване на професия и т. н.), основанието за придобиване на правото от съпруга (чрез наследяване, респ. по дарение, на възмездно правно основание, в производството по изпълнение върху вещи в съпругеска общност⁵ и др.), а в определени случаи – в зависимост от произхода на средствата, вложени за придобиване на правото от съпруга през време на брака (при преобразуване на предбрачно или друго лично имущество по чл. 21 от отм. СК от 1985 г., респ. чл. 23 от действащия СК⁶)⁷.

2. При съществуващата *de lege lata* свобода за избор на имущественобрачен режим обаче установяването на това кой от двамата съпрузи е титуляр на дадено субективно право, изисква въвеждането на нарочен механизъм за осигуряване на публичност относно приложимия имущественобрачен режим във всеки отделен случай. За тази цел разпоредбите на СК от 2009 г. предвиждат два вида мерки, гарантиращи гласност на информацията относно приложимия имущественобрачен режим.

2.1. От една страна, разпоредбата на чл. 10, ал. 2, изр. второ и трето от СК предписва приложимият между съпрузите имущественобрачен режим да бъде отбелязван в акта за сключен граждански брак. Отбелязването се извършва въз основа на представена от встъпващите в брак обща декларация с нотариална заверка на подписите за избрания законов режим⁸, респ. удостоверение от нотариуса относно датата на сключения брачен договор и регистрационния му номер, както и номера под който нотариусът е вписан в регистъра на Нотариалната камара и района му на действие (арг. от чл. 9, ал. 2 СК). Когато не е избран режим на имуществени отношения, в акта се вписва законов режим на общност (арг. от чл. 10, ал. 2, изр. трето СК).

Това отбелязване обаче не е в състояние да осигури необходимата публичност на информацията относно приложимия режим на имуществени отношения между конкретна съпругеска двойка, тъй като съгласно чл. 88, ал. 1 от Закона за гражданската регистрация (ЗГР) от регистрите за гражданско състояние справки могат да искат само лицата, за които се отнасят съставените актове. Ще рече, че третите лица не могат да се осведомят за приложимия имущественобрачен режим без съдействието на съпрузите и при отказ на последните да им съдействат, тази информация остава недостъпна за тях.

⁵ Вж. чл. 389а–389д от отменения ГПК, съответно чл. 502–506 от действащия ГПК.

⁶ За признаването на частичната трансформация на лично имущество при действието на отм. СК от 1968 г., когато тази материя не беше изрично уредена, вж. т. III от тълк. ППВС 5/1972 г. Вж. Матеева, Ек. (2010) Семейно право на Република България. Варна: ВСУ „Черноризец Храбър”, 129–132.

⁷ Вж. в този дух и Станева, А., в: Цанкова, Ц. и др. (2015). Цит. съч., 63.

⁸ Вж. Решение 6054 от 18.10.2016 г. по гр. д. 952/2016 г. на Районен съд – Разлог.

2.2. При това положение водещо практическо значение придобива вторият вид мерки за осигуряване на публичност относно приложимия в отношенията между съпрузите имущественобрачен режим, а именно предписаното от разпоредбите на чл. 10, ал. 2, изречения второ и трето и чл. 19, ал. 1 СК вписване на избрания законов режим, респ. на договорния режим въз основа на сключените от съпрузите брачни договори, в специализирания електронен регистър на имуществените отношения на съпрузите⁹. Регистърът е създаден по образец на съществуващи в други европейски държави специализирани национални регистри на имущественобрачните отношения¹⁰ и се администрира от Агенцията по вписванията. Той представлява единна централизирана електронна база данни, съдържаща информация за вида на приложимия законов режим (имуществена общност или разделност), както и относно наличието на сключен брачен договор. В него се регистрират също промените на режима на имуществените отношения между съпрузите, както и изменението и прекратяването на брачния договор, отбелязани в акта за сключен граждански брак. По отношение на заварените към датата на влизане в сила на СК (1.10.2009 г.) бракове не е предвидено отбелязване на приложимия имущественобрачен режим в акта за брак и в регистъра. Този извод следва от разпоредбата на § 3, ал. 1 от Заключителните разпоредби на Наредба 11, според която за съществуващите към момента на влизане в сила на СК бракове не се представя уведомление по чл. 7, ал. 1. Единствено, ако на основание § 4 от ПЗР на СК съпрузите по такива заварени бракове са се възползвали от възможността да променят приложимия по силата на закона режим на имуществена общност, заменяйки го с режим на разделност¹¹ или със сключен брачен договор¹², само тогава в регистъра

⁹ Вж. по-подробно Ненова, Л. (2009). Семейно право. Книга първа. Нова редакция проф. д-р М. Марков. София: Софи-Р, 247 и сл.; Матеева, Ек. (2010). Семейно право. Цит. съч., 109 и сл.; Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 63 и сл.

¹⁰ Вж. чл. 1333 от испанския ГК; § 1558 и сл. от германския Граждански кодекс (ГК); чл. 162, ал. 4 и чл. 163, ал. 3 от италианския ГК; чл. 1397-2–1397-4 от френския ГК и чл. 1303-1–1303-6 от френския Граждански процесуален кодекс; чл. 1403 от гръцкия ГК и Декрет 411 от 1989 г. на Президента на Гърция относно организацията и воденето на регистъра на имуществени отношения между съпрузи; Глава 9, чл. 1 и Глава 16, чл. 1 от шведския Кодекс на брака; чл. 43 от финландския Закон за брака; чл. 1:116, чл. 1:120 от нидерландския ГК; чл. 47 и сл. от полския СК; § 143а и сл. от чешкия ГК; § 1217, ал. 2 и сл. от ГК на Лихтенщайн; чл. 1711 от португалския ГК и др. За принципа на публичност на избрания от съпрузите имущественобрачен режим вж. Матеева, Ек. (2013). Общ сравнителноправен поглед върху основните типове имущественобрачни режими в съвременността. В: LIBER AMICORUM. Сборник в чест на проф. д-р Огнян Герджиков и проф. д-р Огнян Стамболиев по случай 65 години от рождението им. Матеева, Ек. & Русчев, И. (съставители). София: Феня, 87.

¹¹ Вж. така Решение 5119 от 4.11.2014 г. по гр. д. 9855/2014 г. на Районен съд – Варна, по което е било установено, че съпрузите по заварен брак от действащия СК са преминали към законов имуществен режим на разделност относно имуществените си отношения, произтичащи от брака.

по чл. 19 СК би могло да се открие информация относно вида на приложимия режим на имуществени отношения между съпрузите¹³. Този извод произтича от систематичното тълкуване на разпоредбите на чл. 18, ал. 4 и чл. 9, ал. 2, чл. 10, ал. 2, чл. 19, ал. 3 във връзка с § 4 от ПЗР на СК и намира подкрепа в правилото на § 3, ал. 2 от Заключителните разпоредби на Наредба 11, предвиждащо, че при промяна на режима на имуществените отношения на съществуващи към момента на влизане в сила на СК бракове се представя уведомление по чл. 7, ал. 1 за сключен брак и определения режим на имуществени отношения.

3. Въпросите, свързани с воденето и съхраняването на регистъра, са уредени в Наредба 11 от 16 септември 2009 г. за реда за водене, съхраняване и достъп до регистъра на имуществените отношения на съпрузите¹⁴, приета от министъра на правосъдието на основание чл. 19, ал. 5 СК. В съответствие с чл. 5 от Наредба 11/2009 г. Агенцията по вписванията поддържа структурирани данни с информация за извършените регистрации, като всеки запис съдържа номер и описание на действието на длъжностното лице, момента на извършването му и резултата от действието. Всеки запис осигурява възможност за установяване на извършени промени в него, както и възможност за търсене по съответен период. Благодарение на тази организация на информацията за посочено лице или акт за граждански брак могат да бъдат правени справки относно:

- актуалния регистриран режим на имуществени отношения, избран на съпругеската двойка;

- за посочен период относно регистрираните режими на имуществени отношения, избрани от съпрузите (така ще се установи в определен минал момент

¹² В доктрината и съдебната практика няма съмнение, че незабавното прилагане на разпоредбите на СК от 2009 г. спрямо имуществените отношения между съпрузи по заварени бракове по смисъла на § 4 ПЗР на СК се отнася само до наличните имущества на съпрузите. В този дух в Решение 427 от 3.4.2013 г. по гр. д. 1244/2011 г., Г. К., IV г. о. на ВКС, постановено по реда на чл. 290 ГПК, изрично е изтъкнато, че когато бракът е заварен към момента на влизането в сила на 1.10.2009 г. на СК, отношенията във връзка с паричните влогове, които са ликвидирани (средствата, по които са изтеглени) преди прекратяването на брака при действието на СК от 1985 г., се регламентират от разпоредбата на чл. 19 от отм. СК от 1985 г., а не от чл. 30 от новия СК. За становището на теорията вж. Ненова, Л. (2009). Семейно право. Цит. съч., 139–240.

¹³ Съдебната практика, обективизирана в Решение 390 от 20.12.2016 г. по гр. д. 835/2016 г., Районен съд – Елин Пелин, е имала повод на изтъкне, че според § 4 от ПЗР на СК правилата на този кодекс относно имуществените отношения между съпрузите се прилагат и за имуществова, придобити от съпрузите по заварени бракове. Съпрузите по заварени бракове могат да изберат законов режим на разделност или да сключат брачен договор по реда на този кодекс. Съгласно разпоредбата на чл. 18, ал. 2 СК законовият режим на общност се прилага, когато встъпващите в брак не са избрали режим на имуществените си отношения.

¹⁴ Обн., ДВ, бр. 76 от 25.9.2009 г., в сила от 1 октомври 2009 г., посочвана съкратено като Наредба 11/2009 г.

кой е бил приложимият имущественобрачен режим в отношенията между дадена съпругеска двойка) и

– за всички извършени вписвания относно регистрираните режими на имуществени отношения, действали в отношенията между съпрузите през цялото времетраене на брачната им връзка.

За всеки акт за сключен граждански брак се открива и води отделна партида в електронна форма. Партидата се състои от всички вписани в нея обстоятелства, свързани с данни за:

– акта за сключения граждански брак (дата и място на сключване на брака, номер на акта, дата на съставянето му, име на длъжностното лице по гражданското състояние и т. н.);

– уведомлението по чл. 19, ал. 2 СК и обстоятелствата, до които то се отнася (дали е за сключен брак и за определения имущественобрачен режим или е за промяна в този режим, или е за прекратяване на брака и основанието за прекратяването му и т. н.);

– лични данни за съпрузите (име, ЕГН, респ. личен номер на чужденец, фамилно име, придобито при сключване на брака);

– режима на имуществените отношения между съпрузите (посочва се приложимият законов режим на общност или на разделност, а ако е избран договорен режим се посочват индивидуализиращите данни на брачния договор – номер на договора, том, регистрационен номер, дата, името на нотариуса, номерът, под който той е вписан в регистъра на Нотариалната камара и районът му на действие, както и актовете за изменение, прекратяване, разваляне или унищожаване на брачния договор, ако има такива);

– данни за уведомятеля по чл. 19, ал. 2 СК (кмет, длъжностно лице, изпълняващо функции по гражданското състояние въз основа на заповед за възлагане или друго лице в предвидените от закона случаи по чл. 63–72 ЗГР);

– приложения (отбелязват се данните на заповедта за възлагане на длъжностното лице по гражданско състояние, както и данни за документите, приложени към уведомлението по чл. 19, ал. 2 СК);

– подпис на уведомятеля с данни за имената му и печат на общината/кметството.

По партидата се съхранява електронен образ на уведомлението по чл. 19, ал. 2 СК и приложенията към него документи.

Цялата информация се систематизира и организира хронологично за всяка регистрация, така че да може да се проследи историята на регистрациите.

В случаите, при които едно лице е сключвало граждански брак повече от един път, се осигурява електронна връзка с партидите, открити по съответните актове за граждански брак.

Регистрацията на приложимия имущественобрачен режим в регистъра по чл. 19 СК има вторичен характер, доколкото се извършва служебно въз основа на

уведомление¹⁵ от общината или кметството, в чийто регистър по гражданско състояние се съхранява актът за сключен граждански брак (вж. чл. 19, ал. 2, изр. първо СК и чл. 83–88 ЗГР). Длъжностното лице по гражданско състояние във всеки случай на съставяне или отбелязване на промени в акт за сключен брак незабавно (но не по-късно от края на следващия работен ден след изготвяне или отбелязване на промяната в акта за сключен граждански брак) изпраща уведомлението до териториалното звено на Агенцията по вписванията по седалището на съответния окръжен съд, в района на който се намира общината или кметството. Когато брачният договор е сключен през време на брака, каквато възможност изрично предвижда разпоредбата на чл. 37, ал. 3 СК, за неговото сключване се прави отбелязване в акта за сключване на граждански брак и договърът се регистрира в регистъра на имуществените отношения на съпрузите по реда на чл. 19, ал. 2 СК (арг. от чл. 39, ал. 4 СК). По същия ред се регистрира промяната на законовия имущественобрачен режим, както и изменението, прекратяването или развалянето на брачния договор, респ. обявяването му за недействителен (арг. от чл. 19, ал. 3 във връзка с чл. 18, ал. 4 и чл. 41, 42, 43 СК).

4. Регистърът на имуществените отношения на съпрузите е *публичен* (арг. от чл. 19, ал. 4, изр. първо СК). Сигурността на гражданския оборот налага на третите лица да се осигури надежден достъп до информацията относно приложимия в имуществените отношения между съпрузите режим, тъй като съобразно него се уреждат правата, които всеки от тях притежава върху обектите, с които участва в обмена. Тази гласност се постига именно чрез регистриране на приложимия имущественобрачен режим в достъпния за третите лица регистър, в който те могат да правят справки и да получават удостоверения за вписаните в него обстоятелства (вж. чл. 19, ал. 4 СК). За целта всяко териториално звено на Агенцията по вписванията извършва справки и издава удостоверенията относно вписаните в регистъра обстоятелства. Осигурява се и възможност за извършване на справки в базата данни чрез отдалечен достъп – чрез интернет страницата на регистъра. Справките от регистъра се извършват по номер на акта за сключения граждански брак, по името на съпруг, по ЕГН (респ. личен номер на чужденец) на съпруг или по входящ номер на уведомлението по чл. 19, ал. 2 СК. Справките могат да бъдат устни или писмени – чрез разпечатка на хартиен носител на извършената справка по вписани в регистъра обстоятелства. Неприсъствените справки се правят чрез интернет страницата на регистъра. Удостоверенията от регистъра се издават за посочено лице или за акт за граждански брак и съдържат данни за акта за сключен граждански брак, за съпрузите и за приложимия в отношенията им имущественобрачен режим.

Агенцията по вписванията като юридическо лице носи имуществена отговорност за вредите от неверност на данните, въведени от уведомлението по чл. 19, ал. 2 СК в електронната система на регистъра (арг. от чл. 6, ал. 2 от Наредба 11/2009 г. във връзка с чл. 49 ЗЗД). Грешки при вписване на обстоятелства, допус-

¹⁵ То следва да отговаря на нормативните изисквания за съдържание (реквизити) и форма, предвидени в чл. 7 от Наредба 11/2009 г.

нати при пренасяне на информация в регистъра от подадените уведомления по чл. 19, ал. 2 СК, вкл. при неправилно сканиране и прикачване на уведомления и документи в информационната система на регистъра, се установяват служебно от натоварения служител на Агенцията по вписванията чрез съставяне и подписване на констативен протокол, в който се описва допуснатата грешка с посочване на входящия номер на уведомлението по чл. 19, ал. 2 СК, във връзка с което е допусната грешката. След това грешката се поправя незабавно. Грешки във вписани в регистъра обстоятелства, допуснати поради грешки в уведомлението по чл. 19, ал. 2 СК, се поправят чрез подаване в Агенцията по вписванията на ново уведомление от длъжностното лице по гражданско състояние от съответната община или кметство. Когато грешката бъде установена от друго лице, то подава до Агенцията по вписванията искане по образец за поправка на грешката, която се поправя по описания по-горе ред, в зависимост от това, как и от кого е допусната.

5. Несъмнено, най-важният правен въпрос в разглежданата материя е този за действието на вписването на приложимия имущественообращен режим в акта за сключен граждански брак и в централния електронен регистър по чл. 19 СК. От него зависят частноправните последици от несъответствието между данните относно приложимия имущественообращен режим, отразени в акта за брак и в регистъра.

5.1. В чуждите правни системи, които познават института на публичния регистър на имуществените отношения между съпрузи, са възприети най-разнообразни нормативни решения по разглежданата проблематика.

5.1.1. При част от държавите регистрацията на акта за избор на законов режим, респ. на сключения брачен договор, няма конститутивно действие, но спрямо трети лица съпрузите могат да се позовават на ограничения в разпоредителните си правомощия по отношение на съпружеските имущества само ако актът за избор на имущественообращен режим, респ. сключения помежду им брачен договор, са били вписани в регистъра или са били известни на третото лице при сключване на сделката с единия или и с двамата съпрузи. Решение в този смисъл е възприето в разпоредбата на § 1412, ал. 1 от германския ГК, според която ако съпрузите са изключили или ограничили законовия имущественообращен режим, те могат да черпят възражения от това обстоятелство срещу трето лице по правна сделка, сключена между един от тях и третото лице, само ако брачният договор е бил вписан в брачно-имуществения регистър при компетентния районен съд или е бил известен на третото лице при сключване на правната сделка. Въз основа на тълкуването ѝ немската теория приема, че тази регистрация е предпоставка за проявление на негативната страна на общественото доверие в брачно-имуществения регистър (Güterrechtsregister по § 1558 от германския ГК)¹⁶, изразяваща се в това, че третите добросъвестни лица могат да претендират като ненастъпили правните последици, свързани с подлежащия на вписване избор на имущественообращен режим, респ. брачен договор, докато същият не бъде надлежно отразен в регистъра. Това правило се прилага и при всички хипотези на изменение или прекратяване на приложи-

¹⁶ Cf. Coester-Waltjen, D., Coester, M. (1995). National Report Germany. In: Hamilton, C. & Perry, A. (Editors). Family Law in Europe. London: Butterworths, 1.4.1.1.

мия имущественобрачен режим, включително въз основа на влязло в сила съдебно решение (§ 1412, ал. 2 от германския ГК). Доктрината и практиката в Германия приемат, че отразяването в брачно-имуществения регистър обслужва сигурността на гражданския оборот, като защитната му функция се проявява спрямо тези добросъвестни трети лица, които се доверяват на липсата на вписване на правнорелевантното обстоятелство в регистъра¹⁷.

5.1.2. В други държави обаче на вписването в регистъра на имуществените отношения на съпрузи е придадено конститутивно действие. Така например според семейното право на Дания вписването на брачния договор в този регистър е условие същият да произведе действие в отношенията между съпрузите, както и спрямо третите лица¹⁸. Отразяването в регистъра не е условие за приложимостта само на законовия режим на общност, тъй като приложението му произтича пряко по силата на закона, а не се основава на волята на съпрузите.

5.1.3. Една трета група държави, сред които например Англия, Уелс, Австрия и др., изобщо не познават института на регистъра на имуществените отношения на съпрузи. Според австрийското право всички обстоятелства, свързани със сключването на брака и възникване на брачното правоотношение, се вписват в книгата за браковете (Ehebuch), която се води от длъжностните лица, администриращи общинския регистър по гражданското състояние (Prsonenstandregister)¹⁹. За защитата на сигурността на гражданския оборот срещу рискове от манипулиране на приложимия имущественобрачен режим във вреда на третите лица австрийското имущественобрачно право разчита главно на въведената с § 1 от Закона за нотариалните актове (Notariatsaktsgesetz) форма за действителност на брачните договори и споразуменията за тяхното изменение и допълнение, а именно нотариален акт²⁰. Когато с брачния договор се ограничават или изключват разпоредителните правомощия на някой от съпрузите по отношение на съпружески недвижими имоти, за противопоставимостта на тази уговорка спрямо третите лица е необходимо вписване на брачния договор в имотния регистър (арг. от § 364с от австрийския ГК). Отново за противопоставимост спрямо третите лица – кредитори по търговски сделки, се изисква вписване на брачния договор – този път в търговския регистър, когато търговец прехвърля/предоставя на своя съпруг определени имуществени права (арг. от чл. 6 от Постановление 4 за въвеждане на търговскоправните разпоредби в Австрия, 4. Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich).

¹⁷ Cf. Herberger, M., Martinek, M., Rüssmann, H., Weth, St. (2013). Juris PraxisKommentar. BGB Familienrecht. Band 4. 6. Auflage. Saarbrücken: Juris GmbH, 434–435.

¹⁸ Cf. Nielsen, L. (1995), National Report Denmark. In: Hamilton, C. & Perry, A. (Editors). Family Law in Europe. London: Butterworths, 1.4.1.

¹⁹ Cf. Rechberger, W. (1995), National Report Austria. In: Hamilton, C. & Perry, A. (Editors). Family Law in Europe. London: Butterworths, 4.1.4.

²⁰ Cf. Koziol, H. & Welser, R. (2006). Bürgerliches Recht. Band I: Kletecka, A. (Bearbeiter). Allgemeiner Teil. Sachenrecht. Familienrecht. 13. Auflage. Wien: Manz, 480.

5.1.4. В отделни европейски държави, каквато е например Испания, приложимият имущественобрачен режим подлежи на отразяване в нарочна графа на удостоверението за сключен граждански брак, което се издава на съпрузите в деня на бракосъчетанието, а отделно от това и в регистрите по гражданско състояние (арг. от чл. 1333 от испанския ГК). Тази регистрация е условие за противопоставимост на избрания режим на имуществените отношения спрямо добросъвестните трети лица, които сключват гражданскоправни и търговски сделки с единия или и с двамата съпрузи²¹. Ако брачният договор има за предмет учредяване, прехвърляне, изменение или прекратяване на вещни права върху недвижими имоти, той подлежи на вписване и в имотния регистър (арг. от чл. 1333 от испанския ГК).

5.1.5. В някои национални правни системи кръгът на обстоятелствата, подлежащи на регистрация в публичния регистър на имуществените отношения между съпрузите, е твърде широк и обхваща, освен брачните договори и приложимия законов режим, още и влезли в сила съдебни решения за прекратяване на брака поради развод, за унищожаване на брака, за прогласяването му за нищожен, за обявяване на някой от съпрузите в несъстоятелност в случаите на открито производство по несъстоятелност за него като физическо лице-нетърговец (така в Гърция²²), съдебни решения относно освобождаване на съпруг от дългове, свързани с водене на домакинството (чл. 1:86 от ГК на Нидерландия), относно възлагане управлението на общото съпружеско имущество само на единия от съпрузите (чл. 1:91 от същия закон), относно прекратяване на режима на общност през време на брака (чл. 1:109 във връзка с чл. 1:110 от същия закон) и др.²³.

5.1.6. В други правни системи (Финландия, Швеция и др.) е предвидено, че ако в регистъра на имуществените отношения на съпрузите няма вписан имущественобрачен режим, прилага се *eo ipso* автоматично базисният законов режим. Това правило се опира на разбирането, че доколкото публичният регистър е създаден именно с идеята да бъде меродавният източник на обществено достъпна информация относно приложимия имущественобрачен режим между съпрузите²⁴, то липсата на вписан в него режим означава, че в дадения случай третите лица ще

²¹ Cf. Checarmartinez, M. (1995), National Report Spain. In: Hamilton, C. & Perry, A. (Editors). Family Law in Europe. London: Butterworths, 1.4.2.1.

²² Вж. чл. 1403 и сл. от гръцкия ГК и Декрет 411 от 1989 г. на Президента на Гърция. Moustaira, E. (1995), National Report Greece. In: Hamilton, C. & Perry, A. (Editors). Family Law in Europe. London: Butterworths, 1.4.2.

²³ Cf. de Rooij, M., Schmidt, G., Van het Kaar, B. (1995), National Report The Netherlands. In: Hamilton, C. & Perry, A. (Editors). Family Law in Europe. London: Butterworths, 1.4.1.1.

²⁴ Cf. Gottbberg, E. (1995). National Report Finland. In: Hamilton, C. & Perry, A. (Editors). Family Law in Europe. London: Butterworths, 1.4.2.; Schiratzki, J. National Report Sweden. In: Hamilton, C. & Perry, A. (Editors). Family Law in Europe. London: Butterworths, 1.4.2.3.

следва да се съобразяват с правилата на базисния законов режим, без оглед на действителното правно положение във вътрешните отношения между съпрузите.

5.2. При липсата на изрична уредба у нас относно правното значение на отбелязването на избрания имущественобрачен режим в акта за сключен граждански брак доктрината приема с основание, че пропускът на длъжностното лице по гражданско състояние да впише посочения от съпрузите режим в съответната графа на акта за брак не се отразява върху действителността на брака (арг. от чл. 11, ал. 1 СК), нито поначало пречатства приложението на действително избрания имущественобрачен режим във *вътрешните* отношения между съпрузите²⁵. Така е, защото фактическите състави на избора на законов имущественобрачен режим, респ. на сключването или изменението на брачния договор, не обхващат съответното им отбелязване в акта за брак (арг. от чл. 9, ал. 2, чл. 10, ал. 2, чл. 39 СК). Това отбелязване няма конститутивно действие; правното му значение е само информативно²⁶. Това се приема и в съдебната практика, обективирана в Решение 244 от 4.11.2014 г. по гр. д. 1495/2014 г., Г. К., III г. о. на ВКС, постановено по реда на чл. 290 ГПК. В случаите, когато не е избран режим на имуществени отношения, в акта се отбелязва служебно законов режим на общност (арг. от чл. 10, ал. 2, изр. трето СК). Това разрешение съответства изцяло на принципа, че когато встъпващите в брак не са избрали режим на имуществените си отношения, прилага се *ex lege* законовият режим на общност (арг. от чл. 18, ал. 2 СК).

Що се отнася до правното действие на вторичното вписване на приложимия имущественобрачен режим в регистъра по чл. 19 СК, разпоредбата на чл. 20 СК предвижда, че при сделка между единия или и двамата съпрузи и трето лице, ако няма вписан режим на имуществените отношения в регистъра, се прилага законовият режим на съпругеската имуществена общност по чл. 21 и сл. СК. Тълкуването на тази разпоредба показва, че законът урежда **не** действието на регистрацията на избрания от съпрузите имущественобрачен режим в техните отношения и в отношенията им с третите лица, а само последиците от липсата на такава регистрацията, и то само с оглед защитата на третите лица – нещо, което следва пряко от самото заглавие на разпоредбата на чл. 20 СК. В доктрината няма спор, че целта на регистрацията по чл. 19 СК е да се даде гласност спрямо всички (*erga omnes*) относно вида на приложимия режим на имуществени отношения между съпрузите, така че всяко трето лице да може чрез справка да го узнае и да иска да му се издаде удостоверение относно отразените в регистъра правнозначими обстоятелства²⁷.

²⁵ Вж. в този дух Станева, А. (2011). Брачният договор. Второ допълнено и преработено издание. София: Сиби, 117; Ненова, Л. (2009). Семейно право. Книга първа. Цит. съч., 247–248.

²⁶ Вж. Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 65.

²⁷ Така Ненова, Л. (2009). Семейно право. Книга първа. Цит. съч., 250; Матеева, Ек. (2010). Семейно право. Цит. съч., 111, 112; Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 65. За оповестителното действие на регистрацията в регистъра на имуществените отношения на съпрузи по чл. 19 СК вж. и Топузов, Д. (2016). Нищожност на брачния договор. София: Сиела, 299.

Съдебната практика, изразена в Решение 241 от 23.2.2018 г. по в. гр. д. 3064/2017 г. на VII състав на Окръжен съд – Пловдив, а също и в Решение 244 от 4.11.2014 г. по гр. д. 1495/2014 г., Г. К., III г. о. на ВКС, постановено по реда на чл. 290 ГПК и др. на свой ред приема без колебание, че регистрирането на приложимия имущественобрачен режим в регистъра по чл. 19 СК цели да защити интересите на третите лица, които договарят със съпрузите и има само оповестително (информативно) действие. Изтъква се, че регистрацията на брачния договор в централния електронен регистър не е предпоставка за неговата действителност. Когато има регистриран режим на имуществени отношения в регистъра, в отношенията с третите лица се прилага той, независимо от действителните вътрешни отношения между съпрузите към момента. Ако няма вписан режим, спрямо третите лица на основание чл. 20 СК автоматично се прилага законовият режим на съпругеска имуществена общност, но във вътрешните отношения между съпрузите е приложим избраният от тях режим на имуществени отношения. Този режим просто не може да бъде противопоставен валидно на третите лица.

5.3. Непосредствено след влизане в сила на СК от 2009 г. известни колебания в доктрината възникнаха относно действието на регистрацията на имущественобрачния режим в регистъра по чл. 19 СК *спрямо третите лица*. Дискусията се развива в две насоки. Първата засяга наличието или липсата на конститутивно действие на тази регистрация в отношенията между съпрузите и третите лица, а втората се отнася до персоналният обхват, в чийто рамки се проявява защитното ѝ действие спрямо третите лица, предвидено в чл. 20 СК.

5.3.1. С оглед на първия аспект още през 2009 г. в литературата беше изложено изолираното схващане, че спрямо третите лица вписването в регистъра по чл. 19 СК има конститутивно действие, тъй като за тях се прилага вписаният имущественобрачен режим, независимо от действително избрания от съпрузите²⁸. Съображението е, че въпреки публичния характер на регистъра, не може да се поставя в тежест на третите лица при всяка сделка да правят справки в регистъра по чл. 19 СК, без да има данни, че другата страна се намира в брак²⁹. В същото време не се поставя под съмнение обстоятелството, че във вътрешните отношения между съпрузите отразяването на избрания от тях режим в регистъра по чл. 19 СК няма конститутивно значение³⁰. По същество изложената теза пледира за „относително“ конститутивно действие на вписването на избрания имущественобрачен режим в регистъра по чл. 19 СК спрямо третите лица, което се схваща в теорията в смисъл, че регистрацията е условие на правото

²⁸ Това виждане се поддържа от проф. М. Марков в: Ненова, Л. (2009). Семейно право. Книга първа. Цит. съч., 252.

²⁹ Пак там, 252.

³⁰ Пак там, 251, 252.

(*conditio iuris*), обуславящо действието на акта за избор на имущественобрачен режим спрямо третите лица³¹.

Тезата за конститутивното действие на регистрацията на имущественобрачния режим спрямо третите лица не намери подкрепа нито в доктрината, нито в съдебната практика. Преобладаващото становище по тълкуването на разпоредбата на чл. 20 СК правилно прие, че тази регистрация по чл. 19 СК е предназначена да оповести на третите лица, че съпрузите са избрали вписания имущественобрачен режим като приложим помежду им и по такъв начин да им даде възможност да съобразят поведението си при встъпване в правоотношения с единия или и с двамата съпрузи по повод техни общи или лични имуществени права³². При липса на вписан режим спрямо третите лица *ex lege* се счита приложим законният режим на общност. В същия дух в мотивите на Решение 244 от 4.11.2014 г. по гр. д. 1495/2014 г., Г. К., III г. о. на ВКС, постановено по реда на чл. 290 ГПК се изтъкна изрично, че вписването в регистъра по чл. 19 СК цели да защити интересите на третите лица, които договарят със съпрузите и има само оповестително-информативно действие. Регистрацията на акта за избор на имущественобрачен режим (общата декларация с нотариална заверка на подписите по чл. 9, ал. 2 СК или удостоверението от нотариуса за сключен брачен договор по чл. 9, ал. 2 СК) не е предпоставка за неговата действителност.

5.3.2. Втората насока на теоретичната дискусия относно правните последици от регистрацията по чл. 19 СК засяга въпроса дали нейното защитно действие по чл. 20 СК се проявява спрямо всички трети лица или само по отношение на добросъвестните такива.

Според едното гледище защитата, предоставяна от чл. 20 СК, се отнася за **всички трети лица**, включително и тези, които са знаели за направения от съпрузите избор на имущественобрачен режим, респ. за сключения помежду им брачен договор³³. Изтъква се, че смисълът на нормата на чл. 20 СК е да осигури защита на третите лица във всички случаи, при които регистърът не предоставя информация, понеже в него няма вписан режим на имуществените отношения³⁴. За такива случаи в отношенията между съпрузите и третите лица законът въвеж-

³¹ Така се интерпретира посочената теза в критичен дух от Голева, П. (2010). За регистрацията на избрания имущественобрачен режим. *Съвременно право* (2), 64.

³² Така Станева, А. (2009) в: Цанкова, Ц., Марков, М., Станева, А., Тодорова, В., Коментар на новия Семейен кодекс. С.: Труд и право, 62–65; Матеева, Ек. (2010). Семейно право. Цит. съч., 112; Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 66–67; Голева, П. (2010). За регистрацията на избрания имущественобрачен режим. *Съвременно право* (2), 64; Топузов, Д. (2016). Нищожност на брачния договор. Цит. съч., 299.

³³ Така Ненова, Л. (2009). Семейно право. Книга първа. Цит. съч., 251. В същия дух и Матеева, Ек. (2010). Семейно право. Цит. съч., 112 и Станева, А. (2009) в: Цанкова, Ц., Марков, М., Станева, А., Тодорова, В., Коментар на новия Семейен кодекс. Цит. съч., с. 65.

³⁴ Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 67.

да неборима презумпция за приложимост на законовия режим на общност³⁵. Съображенията за възприемане на това материалноправно правило са изцяло свързани със стремежа да се избегне неяснотата и неопределеността, които биха възникнали за третите лица при отсъствието по една или друга причина на вписан в регистъра по чл. 19 СК режим на имуществени отношения на съпрузите, с които те встъпват в правоотношение. Действието на тази неборима презумпция по чл. 20 СК се изразява в това, че до вписването му в регистъра по чл. 19 СК избраният от съпрузите законов имущественобрачен режим, респ. сключения помежду им брачен договор, не могат да бъдат противопоставени на никое трето лице³⁶. Ако съпрузите са сключили брачен договор или са избрали законов режим на разделност, но по някаква причина приложимият режим не е бил регистриран по реда на чл. 19 СК, презумптивният законов режим на общност ще се прилага в отношенията между съпрузите и третите лица, с които те встъпват в правоотношения, а във вътрешните отношения между съпрузите ще се прилага действително избраният от тях режим³⁷.

Второто гледище поддържа, че защитното действие на регистрирането на избрания от съпрузите имущественобрачен режим в регистъра по чл. 19 СК се проявява **само спрямо третите добросъвестни лица**, но не и по отношение на тези, които при сключване на договори със съпрузи бъдат уведомени от тях или са узнали по друг начин преди сключването на сделката за избрания от съпрузите имущественобрачен режим³⁸. Освен това според посоченото виждане защитното действие на регистрацията е ограничено само до случаите, при които нищо не е вписано в регистъра по чл. 19 СК, защото само тогава ще се прилага режимът на съпрузеската имуществена общност по чл. 20 СК, а това означава, че в останалите случаи, и по-специално при отбелязан в регистъра брачен договор, третите лица остават недостатъчно добре защитени³⁹.

Възгледът, че защитното действие на регистрирането на избрания от съпрузите имущественобрачен режим в регистъра по чл. 19 СК се проявява само спрямо третите добросъвестни лица, не може да бъде споделен, тъй като той се основава на чужди на целите и смисъла на чл. 20 СК аргументи, които са механично пренесени от германското законодателство и доктрина, а също и от уредбата на вписването в търговския регистър по Закона за търговския регистър и регистъра

³⁵ Така Станева, А. (2009) в: Цанкова, Ц., Марков, М., Станева, А., Тодорова, В., Коментар на новия Семейен кодекс. Цит. съч., с. 65; Матеева, Ек. (2010). Семейно право. Цит. съч., 112–113.

³⁶ Матеева, Ек. (2010). Семейно право. Цит. съч., 113; Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 67.

³⁷ Матеева, Ек. (2010). Семейно право. Цит. съч., 113.

³⁸ Това поддържа Голева, П. (2010). За регистрацията на избрания имущественобрачен режим. Цит. съч., 67–68.

³⁹ Пак там, 68.

на юридическите лица с нестопанска цел (ЗТРРЮЛНЦ^{40,41}). Преди всичко, неясно е по силата на каква правна логика точният смисъл на разпоредбата на чл. 20 СК следва да бъде изясняван с аргументи от немската теория и съдебна практика по § 1412, ал. 1 от германския ГК⁴² при положение, че никъде в мотивите към СК от 2009 г. не се указва уредбата на регистъра по чл. 19 СК да е повлияна пряко или косвено от законодателството на Германия⁴³. Безспорното за германската теория и практика положение, че вписването в регистъра на имуществените отношения на съпрузите (Güterrechtsregister) защитава третите добросъвестни лица⁴⁴, се основава на **изрично указание в този смисъл** в разпоредбата на § 1412, ал. 1 от германския ГК, каквото у нас липсва. Нужно е да се отчита, че са налице многобройни и съществени различия между уредбата на имущественообращния регистър в Германия и у нас, засягащи кръга на легитимираните да искат вписването лица, обхвата на подлежащите на регистриране обстоятелства, реда за регистрацията (в Германия производството се образува по искане на съпрузите, докато у нас става служебно) и др. Една от най-важните особености е, че за разлика от германската уредба у нас фактическият състав, при чието наличие се проявява защитното действие по чл. 20 СК спрямо третите лица, е изцяло обективен. *Отсъствието на определението „добросъвестни“* за третите лица, спрямо които се проявява защитното действие на регистрацията според разпоредбата на чл. 20 СК, не е резултат на „пропуск“, както се считат от някои учени⁴⁵, а е израз на последователно проведеното разбиране на българския законодател, че именно **регистърът по чл. 19 СК е меродавният и единствено релевантен източник на информация** относно избрания от съпрузите имущественообращен режим спрямо всички останали правни субекти и че до извършване на регистрацията му избраният от дадена съпрузеска двойка режим не може да бъде противопоставен на третите лица,

⁴⁰ Заглавието изменено – ДВ, бр. 74 от 2016 г., в сила от 1.1.2018 г., обн., ДВ, бр. 34 от 25 от 2006 г., с последно допълнение ДВ, бр. 27 от 2018 г.

⁴¹ Вж. по-подробно аргументите, изложени от Голева, П. (2010). За регистрацията на избрания имущественообращен режим. Цит. съч., 64–67.

⁴² Вж. точка 5.1.1. в текста по-горе.

⁴³ Добре е да се има предвид също, че материята на публичността и регистрирането на имущественообращния режим и на правата на съпрузите върху общите и личните им имущества не се обхваща от регулативното действие на Регламент (ЕС) 2016/1103 на Съвета от 24 юни 2016 година за изпълнение на засиленото сътрудничество в областта на компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на решения по въпроси, свързани с имуществения режим между съпрузи (ОВ L 183/1 от 8.7.2016 г.), в сила от 29 януари 2019 г. (аргумент от чл. 1, § 1 буква „з“). Тази материя е предоставена изцяло на преценката на държавите членки.

⁴⁴ Cf. Palandt, O. (2011). Beck'sche Kurzkommentare. Bürgerliches Gesetzbuch. 70. Auflage. München: C.H.Beck, 1762; Giesen, D. (1994). Familienrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 120–121.

⁴⁵ Голева, П. (2010). За регистрацията на избрания имущественообращен режим. Цит. съч., 67.

макар той да се прилага без друго във вътрешните отношения между съпрузите. Отчитайки, че предоставената за първи път в правната ни история възможност за избор на имущественобрачен режим и неговата промяна от съпрузите чрез свободно преминаване от един към друг вид режим по всяко време са от естество да застрашат сериозно сигурността на гражданския оборот, поради опасност от манипулиране на режима и/или въвеждане в заблуждение на третите лица от страна на единия или двамата съпрузи⁴⁶, нашият законодател е преценил, че третите лица трябва да разполагат с надежден в правно отношение източник на информация и да са сигурни, че ако в него е вписан един имущественобрачен режим, съпрузите няма да могат да противопоставят наличието на друг режим спрямо третото лице, с което влизат в правни отношения⁴⁷. От това разбиране изхожда и съдебната практика, която приема, че вписването в регистъра по чл. 19 СК цели да защити интересите на третите лица, които договарят със съпрузите (посоченото погоре Решение 244 от 4.11.2014 г. по гр. д. 1495/2014 г., Г. К., III г. о. на ВКС, постановено по реда на чл. 290 ГПК). Вижда се, че практиката също не обуславя защитното действие на регистрацията по чл. 19 СК от знанието или незнанието на третите лица за действително приложимия между съпрузите имущественобрачен режим, тъй като самият законодател се абстрахира от този факт. В гражданското право добросъвестността на третите лица, схваната като незнание на определени обстоятелства, има правно значение само в изрично посочените от закона случаи. С оглед на това не биха могли механично да се пренасят към регистрацията по чл. 19 СК тълкувателните изводи от уредбата на действието на вписването в търговския регистър и общественото доверие в него, съответно по чл. 7 и чл. 10 ЗТРРЮЛНЦ. Така е, защото нормите на чл. 7 и чл. 10 ЗТРРЮЛНЦ разпростират изрично приложението си спрямо третите *добросъвестни* лица, а това означава, че уредените в тях фактически състави отдават значение на субективния елемент, изразяващ се в незнание на третото лице за наличието на дадено подлежащо на вписване правнорелевантно обстоятелство към определен момент⁴⁸. Напротив, СК съдържа отделна и самостоятелна уредба на регистъра на съпругеските имуществени отношения, в която липсват аналогични на чл. 7 и чл. 10 ЗТРРЮЛНЦ разпоредби, а също и каквито и да било препращания към уредбата на търговския регистър. Поради това, ако в материята на търговската регистрация третите лица могат да се позовават на подлежащо на вписване обстоятелство, макар вписване-

⁴⁶ Вж. множество примери за това у Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 67–68.

⁴⁷ Така правилно с примери Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 67.

⁴⁸ За действието на вписването в търговския регистър вж. Герджиков, О., Калайджиев, А., Касабова, К., Бузева, Т., Кацарски, А. (2007). Коментар на Търговския закон. Книга първа. Чл. 1–112. Второ основно преработено издание. София: Софи-Р, 95–99; Калайджиев, А. (2015). Търговско право. Обща част. Трето преработено и допълнено издание. София: ИК „Труд и право“, 229–240; Голева, П. (2018). Търговско право. Търговци. Шесто преработено и допълнено издание. София: Нова звезда, 84–89.

то още да не е извършено, освен ако то има конститутивно действие⁴⁹ или е условие на правото за пораждане действието на вписаното обстоятелство⁵⁰, то според българското имущественобрачно право нито третото лице може да се позовава, нито съпрузите могат да противопоставят на третото лице наличието на неписан в регистъра по чл. 19 СК имущественобрачен режим, независимо че същият се прилага действително във вътрешните отношения между съпрузите (чл. 20 СК). Също така в чл. 19 СК липсва правило, аналогично на нормата на чл. 7, ал. 1, изречение второ ЗТРРЮЛНЦ, изключващо възможността до изтичането на 15 дни от вписването то да не може да бъде противопоставено на трети лица, които докажат, че им е било невъзможно да го узнаят. Фактическият състав на защитното действие по чл. 20 СК се абстрахира от знанието на третото лице относно действително прилагания между съпрузите режим на имуществени отношения при сключване на сделката, дори самите съпрузи да са уведомили съответно третото лице, с което договарят⁵¹. Изобщо, всеки опит за прилагане по аналогия на правилата на чл. 7 и чл. 10 ЗТРРЮЛНЦ към защитното действие на вписването на приложимия режим в регистъра на имуществените отношения на съпрузите е недопустим, тъй като липсва подобие между двете хипотези по смисъла на чл. 46, ал. 2 от Закона за нормативните актове. За разлика от уредбата на търговската регистрация семейното ни право изхожда от виждането, че третите лица, когато встъпват в правни отношения с лице със съпружеско качество, могат и следва да разчитат единствено на съдържащата се в регистъра по чл. 19 СК информация относно приложимия имущественобрачен режим, за да не се подлагат на риск от въвеждане в заблуждение от страна на съпрузите или вследствие на грешки при отразяването на действителния режим в регистъра. Това се отнася и за случаите, при които трети лица влизат с единия или и с двамата съпрузи в правоотношения, породени от юридически факти с правоучредително или правопрежвърлително действие по отношение на вещни права върху недвижими имоти⁵² и по този повод проверяват правата на праводателя въз основа вписани актове, с които се

⁴⁹ Вж. например чл. 67 от Търговския закон (ТЗ).

⁵⁰ Вж. например чл. 73б, ал. 2, чл. 140, ал. 3, 4, чл. 231, ал. 3,4, чл. 263ж, ал. 1, чл. 264з, ал. 1 и др. ТЗ

⁵¹ По повод настояването на Голева, П. (2010). За регистрацията на избрания имущественобрачен режим. Цит. съч., 65, да бъде предвидено *de lege ferenda* задължение на съпрузите, сключили помежду си брачен договор и договарящи с трето лице, да му представят този договор, „за да бъде то сигурно, че точно това право, което е предмет на сключвания договор, не е обект на съпружеска имуществена общност”, в литературата се изтъква съвсем основателно, че дори и съпрузите да са показали брачния си договор на третото лице – свой контрагент, последният не може да бъде сигурен, че договарят все още действа или че не е изменен, при положение че липсват данни в регистъра по чл. 19 СК. Вж. в този смисъл Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 68.

⁵² За тази хипотеза вж. също Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 67–68.

признават, учредяват, прехвърлят, изменят или прекратяват вещни права върху недвижимия имот по чл. 112 от Закона за собствеността (ЗС). Възможно е вещноправното положение, произтичащо от вписванията в имотния регистър, да не отговаря на действителните права на съпрузите във вътрешните им имущественобрачни отношения. В коментарната литература⁵³ е посочен случай, при който в регистъра по чл. 19 СК е отбелязан режим на разделност, в имотния регистър е вписан договор за покупка на имота само от единия от съпрузите (този, с когото третото лице преговаря за сключване на прехвърлителен договор относно имота), но междуременно съпрузите са сключили помежду си действителен брачен договор, по силата на който на основание чл. 40, ал. 1 СК възниква съсобственост между съпрузите върху недвижимите имоти, придобити от който и да е от тях през време на брака, без обаче фактът на сключването на този брачен договор да е отразен в регистъра по чл. 19 СК. Не може да има съмнение, че щом е сключен в предвидената от закона форма (чл. 39, ал. 1 СК), този договор е действителен, макар и да не е вписан в имотния регистър при спазване на чл. 39, ал. 3 СК и да не е отразен в регистъра по чл. 19 СК. Той обаче не може да бъде противопоставен на третото лице – приобретател на имота, прехвърлен му от единия от съпрузите, тъй като този брачен договор не е бил регистриран в регистъра по чл. 19 СК към датата на сключване на прехвърлителната сделка в полза на третото лице (арг. от чл. 20 СК). В отношенията си със съпрузите третото лице може и следва да се съобразява само с регистрирания режим – в случая имуществена разделност по чл. 33–36 СК. Брачният договор, щом не е регистриран и вписан, има само относително действие във вътрешните отношения между съпрузите (арг. от чл. 21 ЗЗД). Неучаствалият в разпореждането в полза на третото лице съпруг не може да му противопостави нерегистрирания договорен режим и да основе на него претенция за извършено разпореждане с имот, който отчасти не е собствен на съпруга-прехвърлител. Това е решението и в случай че третото лице е знаело за наличието на брачен договор. Така е, защото разпоредбата на чл. 20 СК не обвързва проявлението на защитното действие на регистрацията от факта на знанието или незнанието у третото лице за наличието на друг нерегистриран, но приложим между съпрузите имущественобрачен режим. С оглед на това не можем да не се съгласим с извода⁵⁴, че ако при тази хипотеза се допусне неучаствалият съпруг да противопостави на третото лице имущественобрачен режим, различен от регистрирания в регистъра по чл. 19 СК, би се стигнало до опасно застрашаване на сигурността на оборота.

В заключение може да се обобщи, че разпоредбата на чл. 20 СК следва да се схваща като израз на принципното положение, че защитното действие на регистрацията се проявява спрямо всички трети лица, не само когато изобщо липсва регистриран режим (в който случай ще се прилага по подразбиране законовият режим на общност), но и ако има вписан режим, различен от действително при-

⁵³ Пак там.

⁵⁴ Вж. също Станева, А., В: Цанкова, Ц. и др. (2015). Семейен кодекс. Цит. съч., 67–68.

ложимия във вътрешните отношения между съпрузите. Така е, защото регистрацията на приложимия имущественобрачен режим в регистъра на имуществените отношения на съпрузите е единственият правен способ за установяване на действителното правно положение от страна на третите лица, които влизат в правни отношения с единия или и с двамата съпрузи. Повелята за гарантиране на сигурността на оборота диктува да се приеме също така, че защитното действие на регистрацията на приложимия имущественобрачен режим в регистъра по чл. 19 СК следва да се проявява не само при правоотношения между третите лица и единия или двамата съпрузи, възникващи от сделки, но и при такива от извъндоговорни източници на облигационни отношения, от актове на публичното право (административни актове, съдебни решения, постановления на съдебни или публични изпълнители) и др.

Ключови думи
Superficies, строителство, публични земи, публична собственост, superficiarius, locatio conductio rei.

Key words
Superficies, Construction, Public Land, Public Property, Superficiarius, Locatio Conductio Rei.

Malina Novkirishka–Stoyanova

Public Aspects of Roman Superficies

**Prof. Malina
Novkirishka, Dr.
Habil.**

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

*Professor of
Private Roman law at
the Law Department of
NBU.*

*Areas of specialization:
private Roman law,
comparative law,
history of Roman law,
ancient legal systems,
Roman law reception
in Europe.*

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

The study of Roman superficies is mainly focused on the private aspects of its regulation. It's also pointed out that the origins of superficies are as a concession of public lands owned by the Roman state, the minicipia or the church, and later are used in private relations. The article presents some of the main aspects of this public regulation. There are also suggestions on the need to overcome the principle "Superficies solo cedit", which is the basis of the modern legal framework, namely in connection with the construction on the public land.

Малина Новкиришка–Стоянова

Публичноправни аспекти на римската суперфиция*

1. Въведение

Настоящата статия е посветена на някои основни моменти в правната регламентация на суперфицията в Древния Рим и по-специално на нейните публичноправни аспекти, които често остават на заден план при по-детайлното изследване на частноправната проблематика. Повод за написването ѝ е вече утвърденото и многократно повтаряно схващане, че съвременното право на строеж е пълно отрицание на римскоправната концепция, че то е резултат на развитието на вулгаризираното римско право и варварското законодателство, и основно е изградено столетия след краха на Римската империя¹.

Принципът на приращението „*Superficies solo cedit*“, присъстващ в съвременните граждански закони и кодификации, се счита за дерогиран при съвремен-

* Статията е написана по проект „Римската административна и екологична практика. Публично имущество, околна среда и здравословни условия на живот, урбанизация, деликти за незаконна дейност на магистратите“ Ref: DER 2015-64317-P (MINECO/FEDER) на Държавната програма за насърчаване на високите постижения в научно-техническите изследвания на Министерството на развитието и конкурентоспособността с ръководители проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке и проф. д-р Кармен Хименес Салседо. (Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D de Excelencia „Experiencia administrativa y medioambiental romana. Bienes públicos, medio ambiente y /salubritas/ urbanismo y delitos por actividad ilícita de los magistrados“, Ref: DER 2015-64317-P (MINECO/FEDER), del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Fomento y Competitividad. Investigadores Principales Profes. Dres. Juan Miguel Alburquerque y Carmen Jiménez Salcedo).

¹ Срв. обобщено по тези въпроси Pugliese, G. Note sulla superficie nel diritto Justiniano. In: Studi giuridici dedicati dei discepoli alla memoria di Gino Segrè. Milano, 1943, p. 122.

ната суперфиция. В класическото римско право обаче той се прилага безусловно при всички форми на строителството върху чужда земя. Една от хипотезите за този консерватизъм в същностната характеристика на правото на собственост при застрояването е именно произходът на уредбата относно публичните земи и по-късното ѝ прилагане по аналогия за частните имоти.

Всъщност в много от съчиненията, посветени на тази проблематика, се изследват предимно частноправните аспекти, съответно проблемите за собствеността и ползването на земята и сградата. Някак изолирано от тях се разглежда регламентацията на строителството, планирането и урбанизацията, кадастъра и имотния регистър, отчуждаването на имоти за публични нужди, изграждането и поддържането на обществени сгради и инфраструктура, предоставяне на публични земи за застрояване от частни лица и пр. Административните актове, без които не може да се осъществи нито един строеж, също се разглеждат отделно, често в теоретичен план или във връзка с административни процедури и административен и съдебен контрол.

В учебните курсове по римско право и в енциклопедиите суперфицията е представяна в частноправната материя и с подчертаване, макар и в различна степен, на липсата на приемственост между римския и съвременния институт². Тя традиционно се разглежда като една от формите на дългосрочните и наследствените поземлени аренди наред с наема на вектигален имот и емфитевзата, както и техните варианти, практикувани в различните части на Римската империя в след-класическия период. Отбелязва се обаче, че първоначално става въпрос за предоставянето на държавни, муниципални или църковни земи на частни лица за застрояване, а по-късно тя се използва и в отношенията само между частни лица³. Априорно се възприема, че от самото начало това е един институт на облигационното право, уреден с класическия договор за наем на вещи (*locatio-conductio rei*), като по целесъобразност – предвид дългосрочния характер на договора и трайното изграждане на постройката, се въвежда и вещноправна защита. Последното почти не се разглежда през призмата на преторската интервенция за закрила на суперфицияря и на третите лица в рамките на защитата на обществения ред и интереси. Така неговото разглеждане в курсовете по римско частно право и присъствието му под названието „суперфиция“ в съвременните граждански кодекси в разделите за вещното право се явява напълно естествено. В курсовете по публично право материята е разглеждана инцидентно, като се набляга на регулирането на строителството и свързаните с това административни дейности.

² Срв. Андреев, М. Цит. съч., с. 193; Paladini, A. *Superficie (diritto romano)*. In: *NNDI*, Vol. 18, Torino, 1971, p. 942.

³ Вж. подробно у Beaudoin, E. *La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. Étude sur le droit romain de propriété*. In: *NRH*, Vol. 18, 1894, p. 157–222, 309–365; Garsonnet, E. *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*. Paris, 1879, p. 172 ss; Hajje, A. *Études sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain (thèse pour le doctorat ès-sciences juridiques)*. Paris; St. Brieune, 1926.

Еволюцията на института в римското право може да се открие в специално посветените на него изследвания, но в тях се разкриват отделни страни на правоотношенията в конкретни исторически периоди, без да проследяват цялостното му развитие от зараждането на принципа за правото на собственост върху приращенията до окончателното кристализирането на вещноправната защита на суперфициаря в Юстиниановата компилация⁴.

В теорията и в повечето съвременни граждански законодателства в Европа и Латинска Америка възприемат латинския термин „superficieo“ (изменен на съответния език) за определяне на института, при който в резултат на строителство върху чужда земя се придобива право на собственост върху постройката. В българската правна доктрина термините „суперфиция“ и „право на строеж“ често се използват като синонимни. В законодателството е утвърден предимно терминът „право на строеж“⁵. В Закона за собствеността са използвани по-описателните изрази за означаване на същото правно явление – „право да се построи сграда върху чужда земя“ и „собственост върху постройка“ – чл. 63 и сл.⁶. Терминът „суперфиция“ се е използвал в по-старото българско законодателство и в по-

⁴ Основно значение имат изследванията на Guérin, L. L. *Du droit de superficie: thèse pour le doctorat*. Paris, 1893; Lucci, A. *Del diritto di superficie*. Bologna, 1894; Berliri, L. V. *Obiezioni al dogma „superficies solo cedit“*. Padova, 1932; Pastori, F. *La superficie nel diritto romano*. Milano, 1962; Sitzia, F. *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*. Milano, 1979, както и студиите и статиите на Buckland, W. *Superficies et Lex contractus*. In: NRHDFE, Paris, 1939, p. 665–671; Albertario, E. *Il pegno della superficie nel Diritto Romano Classico e nel Diritto Giustiniano*. Pavia, 1911; Solazzi, S. *La „superficies“ nel diritto giustiniano*. In: AG, Vol. 146, 1954, p. 1–11.

⁵ Вж. неговото споменаване в най-общ план в чл. 22, ал. 2 от Конституцията на Република България, съответно чл. 21, ал. 1 от Конституцията от 1971 г., и по-детайлната му уредба в редица специални закони – Закон за държавната собственост, Закон за общинската собственост, Закон за собствеността и ползването на земеделските земи, Закон за жилищно-строителните кооперации, Закон за собствеността на гражданите (отм.), Закон за електронните съобщения, Закон за енергетиката, Закон за устройство на територията, реституционните закони и пр. Вж. обзор на законодателството у Панайотова-Чалъкова, Л. *Суперфицията по българското вещно право*. С., 2009.

⁶ В Преходните и заключителните разпоредби на същия закон, респ. на изменителните закони, се използва едновременно с това и терминът „право на строеж“, макар от анализа на разпоредбите да е ясно, че се има предвид същото ограничено вещно право, определено в чл. 63.

изолирани случаи е запазен в някои действащи подзаконови актове, както и в доктрината⁷.

Всъщност подобно развитие на терминологията може да се наблюдава и в римското право. Лексемата „superficies” на латински се превежда буквално като „повърхност”⁸ и избистрянето на правно-техническото понятие е доста продължително и противоречиво. Първоначално употребата на термина е във връзка с нормите относно присъединяването (*accessio*), в случая на движима към недвижима вещь, като се е поставял въпрос за собствеността на присъединени към земята и нейната повърхност (*superficies*) сгради или растения. Двете хипотези на присъединяване си имат самостоятелни наименования – застрояване (*inaedificatio*) и засаждане (*implantatio*)⁹. В автентичните текстове на римските юристи, дори и в тези, които се считат за интерполирани в Дигестите, няма общо и единно понятие за суперфиция, нито терминът се използва еднозначно за означаване на някакво вещно право, а още по-малко – на вещноправен институт. Използвани са и различни съчетания – „*superficiaria insula*” (D. 6.2.12., D. 43.16.1.5.); „*superficiaria praedia*” (D. 10.2.10.); „*superficiarias aedes*” (D. 43.18.2.); „*si conduxit superficiei*” (D. 43.18.1.pr. и 1); „*in cuius solo superficies est*” (D. 43.18.1.4.), „*Si soli possessori superficies evincatur*” (D. 43.18.1.5). В същия смисъл са и по-общите споменавания – напр. в D. 30.86.4. – „*si superficies legata sit*”, както и самото заглавие на титул 18 в книга 43 на Дигестите – *De superficibus*. Подобна е употребата и в неюридическите източници¹⁰.

Предвид на особеностите на строителната дейност в Древността в римското право не могат да се открият термини, специфични за терените, предназначени за строителство. Използват се най-общите лексеми за обозначаване на недвижи-

⁷ Вж. отменените Закон за привилегиите и ипотеките от 1908 г. и Закон за местните данъци и такси от 1951 г., а като синоним на „право на строеж” – в отменените Правилник за прилагане на Закона за планово изграждане на населени места, Наредба 1 от 1.10.1999 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения (респ. в действащата наредба от 2004 г.) и в Наредба 7 от 1995 г. за изработване и поддържане на кадастрални планове в мащаби 1:1000 и 1:500, както и в най-новата Наредба 4 от 2004 г. за условията и реда за присъединяване на потребителите и за ползване на водоснабдителните и канализационните системи и пр. По-новата литература е обобщена в монографията на Панайотова-Чалъкова, Л. Цит. съч.

⁸ Срв. v. „*superficies*”, „*accessio*” у Дворецкий, И. Латинско-русский словарь. М., 1986; BERGER, A. *Encyclopedic dictionary of Roman Law*. Philadelphia, 1953; *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris, 1932; *Dizionario pratico dei termini giuridici*. Piacenza, 1992; Ernout, A. et Meillet, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris, 1959; Forcellini, A. *Totius latinitatis lexicon*. Vol. II. Lipsiae, 1816; *Léxique des termes juridiques*. Paris, 1993; *Oxford Latin Dictionary*. Ed. P. G. W. Glare. Oxford, 1982; *Vocabularium iurisprudentiae romanae*. Berolini, 1887.

⁹ Относно режима на *inaedificatio* вж. обобщението у Musumeci, F. *Inaedificatio*. Milano, 1988.

¹⁰ Срв. у Цицерон – Cic., *Ad Att.* IV.2. – „*superficies aedium*”.

ми имоти – „praedium”, „fundus”, „solum”, „area”, „ager”¹¹. Някои от тях имат значение само за градските имоти, а други се използват и по отношение на земите извън града. С факта на застрояването обаче земята се превръща в градски имот, дори и да се намира извън чертите на града или селото – praedium urbanum¹².

Самота постройка в частноправните отношения обикновено се означава като „domus”¹³, когато се има предвид еднофамилна сграда с принадлежностите ѝ и като „insula”¹⁴, когато се имат предвид характерните за Рим и големите градове на Империята няколкоетажни сгради с отделни жилища в тях или с жилища на обособени етажи, в които живеят различни лица¹⁵. В текстовете, в които става въпрос за строителство на обществени сгради, много рядко се използва терминът „суперфиция”. От една страна това се дължи на обстоятелството, че те се изграждат върху публични земи и самите те са публична собственост по своето предназначение, поставена извън гражданско обръщение, така че въпроси за отделянето, респ. самостоятелните права за постройката и земята, не се поставят. От друга

¹¹ Разграничението на тези термини вж. съответните рубрики у Berger, A. Op. cit., и във *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, cit.

¹² Вж. едно от най-новите изследвания по въпроса Dubouloz, J. *La propriété immobilière à Rome et en Italie (I^e–V^e siècles). Organisation et transmission des praedia urbana*. Roma, 2011, и цитираната там литература. Срв. и Mentxaka, R. *Praedia rustica. Praedia urbana. Consideraciones sobre los criterios distintivos en el derecho romano clásico*. In: RIDA, Vol. 33, 1986, p. 149–178.

¹³ Вж. Pesando, F. *Domus. Edificia privata e società pompeiana fra III e I secolo A.C.* Roma, 1997; Fernandez-Vega, P. A. *La casa romana*. Madrid, 1999; Hales, Sh. *The roman house and social identity*. Cambridge, 2003.

¹⁴ Вж. Guilhembet, J. P. *La densité des domus et des insulae dans les XIV régions de Rome selon les Régionnaires: représentations cartographiques*. In: MEFRA, Vol. 108, 1996, p. 7–26; Hermansen, G. *Domus and insula in the city of Rome*, dissert. In: *Class. med.*, Vol. 9, 1973, p. 333–341. Специално за правните проблеми, свързани с наемането на жилища в инсулите, вж. Van den Bergh, R. *The plight of the poor urban tenant*. In: RIDA, Vol. 50, 2003, p. 443–477; Amirante, L. *Locare habitationem*. In: *Studi in onore di Biondo Biondi*. Vol. I. Milano, 1965, p. 455–465; Rainer, J. M. *Zur insula im römischen Recht*. In: *Iurisprudentia universalis*. Wien, 2002, p. 609–615.

¹⁵ Множество общи сведения относно строителството и архитектурата в Древния Рим, както и относно използваните термини, могат да се открият в големите енциклопедии: Daremberg, C. et Saglio, E. *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*. Paris, 1881–1912, и Smith, W. *A dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London, 1875. Вж. подробно у Gamsey, P. *Urban property investment*. In: *Studies in roman property*. Cambridge, 1976, p. 123–136; Salou, C. *Les lois des bâtiments. Voisinage et habitat urbain dans l'Empire romain. Recherches sur les rapports entre le droit et la construction privée du siècle d'Uguste eu siècle de Justinien*. Beyrouth, 1994; Taylor, R. *Roman builders: A study in architecture process*. Cambridge, 2003; Arias Bonet, J. A. *Capitalismo e suelo urbano. Su reflejo en las fuentes jurídicas romanas*. In: *La città antica come fatto di cultura*. Como, 1983, p. 285–294.

страна обаче, този термин се среща в редица текстове, в които става въпрос за застрояване на публични земи от частни лица със сгради, предназначени за частно ползване – както за жилищни нужди, така и за професионална дейност. Постепенно в правните съчинения терминът въобще престава да се използва за означаване на определена по вид или размер площ или пространство, респ. като синоним на поземлен имот от какъвто и да вид, а остава единствено във връзка с построенията върху земята, което е в неразделно единство с нея¹⁶.

Преди да премина към по-нататъшното разглеждане на проблема, бих искала да направя само едно уточнение. В статията съм възприела обобщаващия термин за публични земи, но такива според римското право са само принадлежащите на *populus romanus*, т. е. само държавните земи, които в епохата на Домината се различават дори от тези под управлението на фиска. Не се считат за публични земи имотите, включени в патримониума на императора като владетел (т. нар. имоти на короната), нито неговото лично имущество, макар и поставено под специален публичен режим. Наред с това категорично се прави разлика между публични и муниципални имоти, а църковните земи, също със специален режим, се считат за частна собственост на отделните църковни организации, но не и свързани с публичната власт. По тази причина статията е концентрирана върху публичноправната уредба на суперфицията, а не върху суперфицията върху публични земи в съвременен смисъл на това понятие. И ако поради необходимост се използват такива изрази, то те следва да се приемат в смисъла на направеното уточнение¹⁷.

2. Принципът „*Superficies solo cedit*”

Проблемите на римската суперфиция като институт, означен с този обобщаващ термин, и свързан с изграждането и ползването на сгради върху чужда земя, са едни от най-сложните както за проследяване с оглед развитието на правната уредба, така и за нейното тълкуване. При по-задълбочен анализ на източниците се наблюдава паралелно развитие на два типа регламентация:

(1) отношения между частни лица, които използват чужд материал или чужд труд за построяване на сграда, която да ползва собственика на земята, този който е извършил строежа или трето лице – най-общо свързани с материята за

¹⁶ Срв. Paladini, A. Op. cit., p. 942; Vogt, H. Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts. Marburg, 1950, p. 3 ss.

¹⁷ Вж. едно от по-новите изследвания по темата на Roselaar, S.T. Public land in the Roman Republic. A social and economic history of *ager publicus* in Italy, 369–89 BC. Oxford, 2010. Срв. и Longo, S. Locare in perpetuum. Le concessioni in godimento di *ager municipalis*. Torino, 2012; Balestri Fumagalli, M. Alcune considerazioni di Antonio Rosmini sull'appartenenza dei beni ecclesiastici nel Tardo impero. In: AARC 9 (1993), 349–363.

accessio – inaedificatio, specificatio, tignum iunctum, habitatio, locatio-conductio rei и пр., при които водещ е частният интерес;

(2) отношения между държавата и частни лица за предоставяне на терени за застрояване и частно ползване, аналогични на другите поземлени концесии в римското право – вектигални и емфитевтни земи, мини и кариери, ползване на морския и речен бряг и пр., при които е налице синхронизиране на публичния интерес с частната полза за постигане на определени социални, икономически и дори политически резултати.

Ако се приеме тезата, застъпвана във всички учебни курсове по римско и съвременно вещно право, че суперфицията започва своето развитие от концедирането на държавни, муниципални, а по-късно и църковни земи, и постепенно преминава в отношенията между частни лица, би следвало да се определи нейният специфичен публичноправен режим. За това обаче сведенията в източниците – юридически и литературни, са твърде малко. В случая не биха могли да се анализират само нормите относно строителната дейност, съществуващи във всяко правноорганизирано общество, което има изграден градски начин на живот, защото те са общи както за сградите, построени на частна земя, така и за тези върху публична земя¹⁸.

От друга страна, още в Закона на Дванадесетте таблици от средата на V в. пр. н. е. е засвидетелствана уредба, която е създадена като обичайно право още преди закона, за построяването на сграда от частно лице с използване на чужд материал. В следващите периоди нормите относно tignum iunctum и inaedificatio имат своето самостоятелно развитие, като при всички положения сградата остава собственост на собственика на земята. Така принципът на приращението в частното право се явява удобен за използване и в публичното право.

Би могло да се приеме че двата режима – публичноправният и частноправният, са се развивали паралелно. С развитието на практиката за концедиране на публични земи на частни лица за застрояване и ползване постепенно започват да се използват вече утвърдените норми на частното право. От своя страна започва да се променя и частноправната уредба, отстъпвайки право на ползване на лицето, застроило чужд имот. Така се дава приоритет на икономическия интерес на застрояването пред абсолютния характер на правото на собственост и се защитават интересите на строителните предприемачи. Независимо дали строежът е върху частни или публични земи, той има определена социална и икономическа значимост и публичната власт предприема мерки за нейното отразяване.

При изследването на запазените сведения в източниците относно суперфицията се очертава едно особено взаимно проникване на два различни режима – от една страна, гарантиране на правата на собственика на земята, вкл. и когато става въпрос за публични земи, а от друга – защита на интересите на лицето, извърши-

¹⁸ В случая се имат предвид нормите относно урбанистиката в Древния Рим, които са предмет на особен интерес в последните години. Вж. най-новото съчинение на Rodríguez-López, R. *Urbanismo y derecho en el imperio de Justiniano (527–565 D.C.)*. Madrid, 2012 и направения там преглед на тази материя в исторически план.

ло строителството и ползващо постройката, както срещу собственика на земята, така и срещу трети лица.

В класическия период нормите на частното право се прилагат съответно и за постройките, изградени върху публични земи, т. е. наблюдава се сливане на публичноправни и частноправни елементи, характерно в съвременните условия за формите на публично-частното партньорство и концесиите.

Изходна позиция за всяко изследване на суперфицията е принципът, развит от римските юристи „*Superficies solo cedit*“¹⁹. В буквален превод това означава, че „повърхността отстъпва на почвата“, което на пръв поглед изглежда безсмислено. Обикновено преводът се редактира в смисъл, че всичко, което се намира на повърхността на земята, следва правото на собственост върху тази земя, респ. собственикът на земята придобива в собственост и всичко, което трайно е свързано с нея. Основният текст, който се цитира както в учебниците, така и в статиите и монографиите относно суперфицията, е от Институциите на Гай:

IGai 2.73. Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.

По отношение на това, което е построено на наша земя от друго, независимо че е построено на негово правно основание, по силата на естественото право се счита за наше, защото това, което е на повърхността, следва статуса на земята.

В текста по специфичния за римската юриспруденция начин е изразено самото правило, като са добавени и съответните обяснения. То е потвърдено и в множество други текстове в Дигестите, в които се разглеждат различни казуси²⁰.

Гай подчертава традицията в правната уредба, като се позовава на естественото право, по силата на което правото на собственост върху земята е всеобхватно и се отнася и за всичко, което се намира върху или под земната повърхност. Подобно изрично отнасяне на принципа към естественото право е налице и у Улпиан:

D. 9.2.50 (Ulpianus libro sexto opinionum) Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas exstruxit, praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam

Ако някой е разрушил чужд дом против волята на неговия собственик и на това място е построил баня, то освен по силата на естественото право, че всичко, което се намира на повърх-

¹⁹ Срв. Pastori, F. Superficie e negozio costitutivo. In: Studi in onore di Biondo Biondi. Vol. II. Milano, 1965, p. 383–410.

²⁰ Аналогични са разпоредбите и в становищата класическите юристи в D. 6.1.23.7.; D. 6.1.49.; D. 8.2.20.2.; D. 9.2.50.; D. 18.1.32.; D. 41.1.7.10., 12, 28, 60; D. 41.3.23. pr. D. 43.18.2.

damni dati nomine actioni subicitur.

ността, принадлежи на собственика на земята, това лице носи отговорност и за причинена вреда.

В случая позоваването на естественото право не е толкова препращане към някаква точно определена правна система, колкото към дълготрайно установената практика и обичай, получили по-късно и правна санкция²¹, като се достига до обобщението, изразено от Гай в коментара му към преторския едикт:

D. 43.18.2. (Gaius libro 25 ad edictum provinciale) Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum. Суперфициарни сгради наричаме тези, които са построени на наета земя: защото собствеността и по цивилното, и по естественото право е на този, който е собственик и на земята.

Лабеон, цитиран от Улпиан²², а също и Целз считат, че това е трайно и неизменно правило:

D. 6.1.49.pr. (Celsus libro 18 digestorum) Solum partem esse aedium existimo nec alioquin subiacere uti mare navibus. Земята се счита като част от сградата и това е различно от морето, което се намира под кораба.

Реално при прилагането на принципа този, който е построил сграда върху чужда земя, не би трябвало да има никакви права върху нея. Това е ясно за случа-

²¹ Срв. най-общо за предписанията на естественото право Maschi, C. A. *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*. Milano, 1937, p. 285 ss. Трябва да се има предвид също, че становището на Гай е изразено в началото на II в., а принципът е установен столетия по-рано. Така Pastori, F. *La superficie*[...], p. 31 ss. твърди, че суперфицията е характерна за цивилното право, което има своите основи в най-древните обичаи, регулиращи римската поземлена собственост. От своя страна Gonzalez, J. *El derecho real de superficie*. Madrid, 1922, p. 15–16 пише, че самият Гай не е особено последователен, тъй като в D. 41.1.7.10. изрично подчертава, че суперфицията е институт на естественото право. По същия начин може да се обясни и становището на Хермогенниан, който поставя режима на сградите към институтите на правото на народите. D. 1.1.5. (*Hermogenianus libro primo iuris epitomarum*) Ex hoc iure gentium introducta bella, discretiae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.

²² Срв. D. 43.17.3.7. (Ulpianus 69 ad ed.) Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse labeo ait, non eum qui in cenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. Plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait labeo videri non ab eo aedes possideri, qui kruptas possideret, sed ab eo, cuius aedes supra kruptas essent [...].

ите на строителство върху имоти – публична собственост, но вероятно е било дискуссионно за строителството върху частни имоти, особено към класическия период, което е основание за разгръщане на богата казуистика. В някои текстове дори изрично е казано, че който строи със свои материали върху чужда земя, прави това с ясното съзнание, че отстъпва материалите на собственика на земята, който придобива и постройката²³. Това е еднакво валидно както за застрояването на публични, така и на частни земи.

Приема се, че по времето на Републиката и в началото на Принципата постепенно се оформя режимът на суперфицията като договор за наем, с което според някои автори се заличава публичноправния ѝ произход. Това обаче не може да се сподели безрезервно, като се има предвид, че предоставянето на публични земи не само за застрояване, но и за ползване като земеделски или за извличане на строителни материали, руди и пр. също има общото название *locationes*²⁴.

За всички концесии и аренды на публични земи е характерен дългият срок на предоставянето им за определен вид ползване. Това е обосновано с установяването на заинтересованост и защита на частните лица, които ползват такива земи. При суперфицията това основание е още по-значимо, тъй като изграждането на каквато и да е постройка е свързано с инвестиция на материали и труд, които могат да са от сериозно значение за суперфициаря. При посегателства не винаги е възможно интервенирането на собственика, докато ползвателят може да осъществи по-ефективна защита. С оглед избягване на посочените затруднения и прилагане на всеобщите принципи за добросъвестност и справедливост постепенно в отношенията между собственика и частното лице-суперфициар започва да се конструира идеята за предоставяне на наследствени и по-стабилни права на суперфициаря, които да граничат с придобиването на построената в трайно и защитено владение. Развитieto към признаване на право на собственост върху сградата в Юстиниановото право се явява напълно естествено, тъй като е в съответствие със следкласическата концепция за собствеността, която в редица случаи се свързва с номиналното запазване на правото за собственика и реалното осъществяване на съдържанието му от трето лице. Това е особено очевидно в режимите на емфитевните имоти и при *ius perpetuum*, където се постановява самостоятелно право, аналогично на правото на собственост, без то номинално да е обявено за такава.

²³ Вж. D. 41.1.7.11. [...] si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur [...].

²⁴ Вж. подробно по тези въпроси монографията на Triscioglio, A. *Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare: sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*. Napoli, 1998 и цитираната там литература.

3. Произход на суперфицията върху публични земи

Във връзка с принципа на приращението се поставят много въпроси за строежа на сгради върху публични земи, които да се ползват в частен интерес. Както вече споменах, според някои автори това е първоначалната форма, от която започва развитието си този институт, като към типичните публичноправни елементи на учредяването се добавя частноправната регламентация на заплащането на цена за предоставеното ползване на земята с цел строителство, за владелческата защита и облигационната защита на суперфициаря, а също и за наследимостта на предоставените права, респ. предотвратяването на отклонения и нарушения на режима. В случая няма нищо различно от другите публични аренды на земеделски земи, пасища, кариери и мини, тъй като те винаги са възмездни и се ползват от правна защита, характерна за публичното имущество.

На първо място е необходимо да се потърси аргументация за предоставянето на публични земи на частни лица и за изключване, респ. ограничаване на ползването им от всички други. Статусът на тези земи е определян или като *agri publici*, или като *res in resunia populi*, като и в двата случая те са извън гражданското обръщение (*res extra commercio*) именно с оглед на всеобщото им предназначение.

Сведения за това се съдържат както в правните, така и в литературните извори. Едни от най-старите сведения са засвидетелствани от Тит Ливий, който споменава повелята на рекса Анк Марций да предостави земи на плебеите, макар това да не е облечено в някаква официална правна форма²⁵.

Пак той отнася към времето на рекса Тарквиний Стари традицията да се изграждат около Форум сгради или да се обособяват помещения (*tabernae*) за търговците и аргентариите²⁶. Тези факти се оспорват, доколкото в тази архаична епоха паричният обмен, респ. дейността на банкерите съвсем не е в такъв разцвет, че да се създават специални сгради за тях, и то в самия център на града. А и от урбанистична гледна точка форумът и градът по онова време съвсем не са имали вида, познат на Тит Ливий повече от седем столетия по-късно.

От друга страна обаче това свидетелства за развитие на практика при ясно установени отношения на собственост (както публична, така и частна) да се строи върху чужда земя. Спорно е обаче коя от двете се развива по-рано. Има основание да се приеме концепцията на Vogt, че по-древен произход има концедирането на публични земи за застрояване и в някои случаи се открива известен паралелизъм с концесиите на публични земеделски земи при заплащане на *vectigal* или *scriptura*²⁷.

Първите по-определени сведения за такова концедиране датират от началото на Републиката. През 456 г. пр. Хр., т. е. преди Закона на Дванадесетте табли-

²⁵ Срв. Liv., I.33.1–2.

²⁶ Срв. Liv., I.35.10 [...] ab eodem rege et circa forum privatae aedificanda divisa sunt loca: porticus tabernaeque factae.

²⁷ Срв. VOGT, H. Op. cit., p. 5 ss.

ци, по предложение на плебейските трибуни Lucius Icilius и Lucius Alienusa консулите Marcus Valerius Maximus Lactuca и Spurius Verginius Tricostus Caeliomontanus внасят за гласуване в центуриатните комиции т. нар. Lex Icilia de Aventino publicando. Това е lex publica, която се отнася до асигнацията на публични земи на хълма Авентин, като се приема, че те се предоставят в собственост на плебеите, но с цел да си построят жилища. Това е и първият закон, с който се създават предпоставки не за асигнация на земеделска земя, а на терен за застрояване и опит за решаване на жилищната криза в Рим, предизвикана от масовото преселване на цели фамилии и родове от съседните племена, както и на латини от селските територии. Така се създава един квартал, в който има компактно плебейско население, обединено в следващите години от борбата за равни права с патрициите²⁸.

Необходимостта от комициален закон е очевидна, защото само с решението на consilium plebis не може да се извърши такъв акт, отнасящ се до правата, които се счита към този момент, че принадлежат само на патрициата²⁹. Все пак ако се следват правилата за назоваване на законите, то той би следвало да носи името на консулите-вносители, а не на плебейския трибун. Вероятно обаче неговата инициатива е била особено значителна и по тази причина и законът е запазен с неговото име, тъй като той и колегата му са избрани повторно за трибуни на следващата година – за да довършат тази реформа.

Това е едно от първите сведения за отстъпление на римската аристокрация и на формиралата се вече около нея клиентска прослойка от окупирането на публични земи за частно ползване – характерно за началото на Републиката³⁰. В условия на изострен конфликт, искания на плебса за достъп до магистратурите и управлението на държавата, отмяна на дълговото робство, помощ за преодоляване на глада поради неблагоприятните години и достъп до публичните земи се поставя началото на една политика, която се формира под натиска на различни социални и икономически предпоставки. Аграрният въпрос, включително и с оглед осигуряването на площ за застрояване с жилища, доминира почти целия републикански период³¹.

²⁸ Вж. Oliviero, G. M. La lex Icilia de Aventino publicando. In: Index, 25 (1997), 521–535.

²⁹ През 471 г. пр. Хр. с Lex Publilia Voleronis се допуска създаването на плебейско народно събрание (consilium plebis) като официален орган, но с решения със задължителен характер само за плебеите, с което се поставя началото на една дългогодишна борба за изравняване на компетентността на патрицианските и плебейските органи на власт и управление.

³⁰ Относно окупацията на публични земи в Ранната Република вж. Capogrossi Colognesi, L. Alcuni problemi di storia romana arcaica – „ager publicus“, „gentes“ e clienti. In: BIDR, 22 (1980), 29–65 ; Serrao, F. Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C. In: Legge e società nella repubblica romana, vol. 1, Napoli, 1981, p. 51–180. Срв. ID. Diritto privato, economia e società di Roma antica, v. III, Napoli 2008, p. 316–317.

³¹ Вж. в този смисъл De Martino, F. Storia della costituzione romana. V. I, Napoli, 1972, p. 219–220.

Lex Icilia de Aventino publicando се приема три десетилетия след опита на консула Spurius Cassius Vecelinus да прокара през комициите закон за разпределяне на земи на плебеите – Lex Cassia agraria и неколкократно подновявания на кампанията за оземляване на плебеите³². Спурий Касий е инициатор на мира със съседните латински племена (Foedus Cassianum), които отстъпват на Рим части от своята територия и той предлага именно тези земи да се разпределят между латините и плебеите. Законът с някои изменения и допълнения е одобрен от Сената, но не преминава успешно през rogatio в комициите. Спурий Касий е обвинен като реставратор на царската власт и по-късно е убит. В хода на дебатите по него консулт Апий Клавдий предлага комисия от 10 сенатора, т. е. видни патриции, които да направят ревизия на публичните земи, да ги изземат от лицата, които незаконно са ги заели (включително и по-богати плебеи) и да ги разпределят, но чрез продажба или аренди за 5 години и с получените пари да се възстановят в държавната хазна разходите за войната със съседните племена³³. Това предложение също не се реализира и борбата за земи се разгаря още повече.

Нагнетяването на конфликта между патриции и плебеи към средата на V в. води несъмнено до повече отстъпки, в резултат на които се приема Lex Icilia, като земята се предоставя на хълма Авентин, който е извън очертаванията на града и носи лошата слава на брата на Ромул – Рем, който настоявал там да се създаде новият град на латините.

Според Дионисий Халикарнаски³⁴ текстът на закона бил гравирани на бронзова таблица и поставен в храма на Диана на Авентинския хълм. Според него става въпрос за три вида земи:

1. законно окупиранни, които оставят в собственост на техните владетци (предимно патриции),

2. незаконно завзети насилствено или тайно земи (също от патриции), които се връщат на държавата и се предоставят на частни лица, при условие че, ако има постройки, новите собственици трябва да обезщетят тези, които са ги направили въз основа на оценка, направена от специална комисия, и

3. публични земи, вероятно и част от иззетите от предходната категория, които се предоставят безвъзмездно на плебеите за застрояване, но то може да се осъществи едва след като се направи асигнацията³⁵.

³² Liv., II. 41. 1-7 ; Dion., VIII. 68–80. Това се счита за първия аграрен закон в Рим. Вж. относно този закон Serrao, Lotte per la terra [...] cit., p. 52 ss ; Gabba, E. La proposta di legge agraria di Spurio Cassio. In: Athenaeum 42 (1964), 29–41 ; Hermon, E. La souveraineté populaire: la loi et l'ager publicus au début de la République. In: IVRA, 51 (2000), p. 55–75.

³³ Capanelli, D. Appunti sulla rogatio agraria di Spurio Cassio. Napoli, 1981, p. 37 ss.

³⁴ Dion., X. 31-32. Сведения за закона има също у Liv., III.31.1 и III.32.7.

Особена полемика в романистиката предизвиква втората категория земи, които от една страна са завзети незаконно, но от друга се предвижда обезщетяване на окупаторите за изградени постройки в тях. Предполага се или прекарно ползване, или по-скоро изселване на патрициите от хълма Авентин с оглед създаване на поселище само от плебеи, но извън укреплението и избягване на конфликти³⁶. Като се има предвид липсата на стриктен режим на окупациите на публични земи в този период, недобросъвестното притежание на земите от втората категория не е специално санкционирано. Предвиденото обезщетение от новите собственици за изградените постройки насочва към хипотезата, изразена от Serrao³⁷, че тези земи са предоставяни на богати плебеи по тяхно искане при условията на възмездност, докато земите от третата категория са били незастроени и са раздавани безвъзмездно на по-бедните, за да си построят жилища.

Въз основа на сведенията от Тит Ливий някои автори приемат, че земите и от първата категория традиционно се запазват не само за патрициите, но и за плебеите, които по времето на рекса Анк Марций получават достъп до *ager publicus*³⁸. Към този момент обаче не може да се говори за право на собственост, а само за частно притежание по силата на изрично позволение на публичната власт в лицето на рекса.

Ливий и Дионисий информират за предимствата, които този закон дава и на двете съсловия. От една страна, патрициите не се лишават от своите притежания и икономическите им интереси не страдат дори при експулсиране от незаконно-заетите земи поради обезщетяване за построените сгради в тях. От друга страна, макар и да е ограничен достъпът на плебеите до обработваемите земи, поне се прави отстъпка да им се предостави земя за построяване на свои домове, в които да се подслонят. Териториалното отделяне на патриции и плебеи (или поне на бедните и по-агресивно настроени слоеве) съдейства за относителното спокойствие и ред в Рим и усещането за силна политическа власт, която се грижи за населението. Това се подкрепя и от безусловното гласуване на закона от центуриат-

³⁵ Още в архаичния период съществуват стриктни правила за земеразделянето, като се обособяват терени с определени граници и размери, които се предоставят на частни лица било в собственост, било под аренда и заплащане на *vectigal*. Вж. Liv., 4.36; Apian., cit., 1.6 et 7; Dion., 4.9; Plut., Tib. Grach., 9. Относно *ager assignatus*, *ager divisus*, *ager datus assignatus* и пр. вж. по-подробно Humbert, G., *Leges agrariae*, in: DA., v. I, p. 156–165; Tibiletti, G., *Il possesso dell'ager publicus e le norme de modo agrorum sino ai Gracchi*. In: *Athenaeum*, 26 (1948), p.173ss., 27 (1948), p. 3 ss.; ID., *Ricerche di storia agraria romana*, 28 (1950), p. 183 ss.

³⁶ Вж. Serrao, *Lotte per la terra* [...], cit., p. 142 s. ; Capogrossi Collognesi, „*Ager publicus*“ e „*ager privatus*“ [...], cit., p. 642 s.

³⁷ Вж. Serrao, *Lotte per la terra* [...], cit., p. 144.

³⁸ Liv., I. 33.1-2. Срв. Oliviero, cit., p. 528 ss.

ните комиции, свикани от консулите, и в присъствието на понтифиците, авгурите и други жреци, благоприятното тълкуване на жертвоприношенията и пр.³⁹

Дионисий разказва как след гласуването на закона започва теглене на жребий, безразборно заграбване на терени по обичайния принцип да се завзема толкова, колкото е възможно да се опази от посегателства на други и бързо да се застрои⁴⁰. Сведенията на автора не са особено достоверни, защото той споменава как бедните се групирани по две или три фамилии и строели къщи на два или три етажа на един терен, което е напълно невъзможно в V в. пр. Хр. В най-общ план обаче се очертава картината на концедиране на публична земя с цел застрояване, като се гарантира частното ползване на постройката, без да се определя придобиване на право на собственост върху земята или сградата.

Serraо предполага също, че още по това време се създава разлика между владението, което води до право на собственост върху земята, и сградите *ex iure*, т. е. по силата на узаконения обичай, докато плебеите придобиват терени *ex lege*, т. е. по силата на специално гласуван закон и само на определени части от публичния поземлен фонд, разпределен за определени лица. Така все още не е уреден достъпа на всички плебеи до публичните земи, което е основание за противопоставяне на двете съсловия чак до II в. пр. Хр., разселване на римляните в колонии и множество неуспешни аграрни реформи⁴¹. Наред с това плебът не е едно хомогенно социално и икономическо съсловие. По-заможните плебеи вероятно са имали същия достъп до публичните земи като патрициите и се предполага, че цитираният закон се е отнасял именно за тях, а не за бедните, които остават да живеят в селските местности⁴².

В тези първи сведения относно предоставянето на публични земи за застрояване все още не може да се определи режимът на суперфицията, доколкото теренът се предоставя в частно владение или частна собственост, а не остава *ager publicus*. Това е и единствената мислима ситуация към този момент на сериозно противопоставяне на двете съсловия и доказана решимост на плебса да придобие еднакви права с патрициите, дори и с угрозата на оттегляне от защитата на Рим срещу враговете⁴³.

Всъщност към този момент борбата за земя се изразява в сблъсък на двете основни позиции: плебеите искат придобиването на публичните земи в собственост, докато патрициите се стремят да запазят фонда на *ager publicus* и да предоставят зе-

³⁹ Dion., X.32.4.

⁴⁰ Dion., X.32.5.

⁴¹ Вж. Serraо, *Diritto privato*[...], cit., v. III, p. 317.

⁴² Вж. Musti, D. *Lotte sociali e storia delle magistrature*. In: *Storia di Roma*, v. I, Roma in Italia, Torino 1988, p. 378 s.

⁴³ Относно сецесиите на плебса в Ранната Република вж. Lanfranchi, TH. *La plebe romaine du début de la République chez Denys d'Halicarnasse*. In: *Les premiers temps de Rome. VIe-IIIe siècle av. J.-C. La fabrique d'une histoire*. Rennes, 2016, 219–232 ; Frezza, P. *Secessioni plebee e rivolte servili nella Roma antica*. In: *SDHI*, 45 (1979), 310–327.

ми под аренда на плебеите, изразяваща се в специфична форма на *vestigal*, близка до поземления данък за ползването на пасищата (*scriptura*). Трябва обаче да се има предвид, че към този момент понятията за собственост и владение все още не са напълно оформени и са твърде различни от времето на Ливий и Дионисий Халикарнаски, поради което сведенията им трябва да се приемат с известни резерви⁴⁴.

Ако не се вземе предвид именно тази архаична представа за притежание, собственост и ползване, може да се стигне до някои странни хипотези. Така например някои автори приемат създаването на специфична съсобственост, подобна на *ergo non cito*, между *populus* и частното лице, завзело терен за застрояване, което обаче не поставя начало на някаква практика и правна уредба, а е инцидентно решение на социален и политически конфликт⁴⁵.

Lex Icilia de Aventino publicando според Тит Ливий е обявен за *lex sacrata*, поставен е в храма на Венера на Авентинския хълм и е част от онези закони, които децемвиралната комисия, съставила Закона на Дванадесетте таблици, не може да отмени⁴⁶.

4. Развитие на суперфицията върху публични земи

По-нататъшното развитие на суперфицията върху публични земи следва общия режим относно *locus publica*. Следвайки установената още по времето на Републиката традиция, Лабеев определя тези земи:

D. 43.8.2.3. (*Ulpianus libro 68 ad edictum*) *Publici loci*⁴⁷ *appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad* Лабеев определя какво се приема да се наричат публични имоти и счита, че това название се отнася до празните

⁴⁴ Относно тези въпроси вж. Андреев, М., Недвижимата собственост в Рим преди Дванадесетте таблици. В: ГСУ ЮФ, 45 (1952.); ID. Съдържание на правото на собственост в най-древното римско прав. В: Правна мисъл, 2 (1972). Срв. и Capogrossi Colognesi, L. „Ager publicus“ e „ager privatus“ dall'eta` arcaica al compromesso patrizio-plebeo. In: Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias, v. 2, Madrid, 1988, 639–650.

⁴⁵ По-подробно по тези въпроси вж. Serrao, F. Lotte per la terra [...], cit, p. 147 ss.

⁴⁶ Liv., III.32.7. Другите закони с такъв характер са свързани с важни придобивки за плебса, предоставени от центуриатните комиции – вж. *Lex sacrata de tribunis plebis de postulazione tribunatus* (494 г. пр. Хр.) и *Lex Icilia de tribunizia potestate* (492 г. пр. Хр.). Срв. Serrao, Lotte per la terra [...], cit., p. 163 ss.

⁴⁷ Буквално изразът трябва да се преведе „публични места“, но се използва съвременна терминология, която има същото смислово значение. Терминът „*locus*“ има много значения, като в правото освен за определяне на местоположение, местност, област, поземлен участък или имение, жилище, обител, означава и позиция, длъжност, звание, произход, правно положение и пр. Вж. Дыдынский, цит. съч., v. *locus*.

areas⁴⁸ et ad insulas⁴⁹ et ad agros⁵⁰ et ad площите, инсулите, земеделските земи, vias publicas itineraque⁵¹ publica pertineat. публичните павирани и обикновени пътища.

Така и Лабеон, и Улпиан възприемат едно изброяване на публичните имоти (*loca publica*), което, ако се следва съвременната правна концепция, би следвало да е изчерпателно. В римската юриспруденция обаче няма подобен принцип и в същия титул има добавяне и на други обекти към това общо обозначаване.

Фрагментът е част от коментара на Улпиан върху преторския едикт и е свързан със забраната да се строи без позволение върху публични земи, въведена със съответния прохибиторен интердикт „*Ne quid in loco publico vel itinere fiat*“ (D. 43.8.).

⁴⁸ В правните текстове терминът „*area*“ няма специално значение и следва общоупотребимата лексика за означаване на открита повърхност, местност, равнина, площадка, място за разходки и пр. незастроена площ или празно място, макар и обградено от сгради – най-често става въпрос за градски или пазарен площад (D. 50.16.211.), както и двор или вътрешна площадка в *domus*, и по-специално и строителна площадка (D. 7.1.34.2 и 71; D. 7.4.5.2. и 10.1.; D. 8.2.10.1.). Вж. Дыдынский, цит. съч., v. „*area*“. Вж. и архитектурното и археологическо съчинение на Giuliani, C. F., Verduchi, P. *L'area centrale del Foro romano*. Firenze, 1987.

⁴⁹ С термина „*insula*“ Дыдынский, цит. съч., v. „*insula*“ Вж. някои аспекти на собствеността на етажи в инсулите у Silveira Marchi, E. C. *La proprietà per piani nel diritto romano*. In: INDEX, 16 (1990), 265–274 и цитираната там литература. Представа за застрояването на Рим с фамилни домове и инсули вж. в изследването на Guilhembet, J.P. *La densité des domus et des insulae dans les XIV régions de Rome selon les regionnaires: représentations cartographiques*. In: MEFRA, 108 (1996), 7–26.

⁵⁰ Терминът „*ager*“ е общ термин за земя, поземлен имот. В правото наред със специфичната му употреба в съчетания – напр. *ager publicus*, *ager privatus*, *ager occupatorius*, *ager arcifinalis*, включително и *ager superficiarius* се запазва основното му значение на незастроен имот, в някои случаи като синоним на *villa*: *locus rure sine aedificio* в I. 211. D. 50, 16. 27.pr., 115 и 211. В много случаи *ager* се явява като синоним на *praedia*. Вж. Дыдынский, цит. съч., v. „*ager*“ и „*praedia*“. Срв. и Dubouloz, J. *La propriété immobilière a Rome et en Italie (Ier-Ve siècles)*. Organisation et transmission des *praedia urbana*. Roma, 2011.

⁵¹ В случая се имат предвид пътищата с обществен характер, а не тези, които са създадени по споразумение или при мълчаливото съгласие на собствениците на съседни имоти и представляват едни от най-древните поземлени селски сервитути наред с прекарването на добитък и на вода (*actus et aquaeductus*). Така *viae* се наричат павираните междуградски пътища, които често прекосяват и една или две провинции, а също и големите улици в градовете, докато *itinea* са коларските пътища и пътеки, по които може да се преминава пеша или на кон, но не и с каруца, а понякога и улиците в селищата. Вж. Ponte Arrebola, V. *La regulación de las vías públicas en el seno del derecho administrativo romano*. In: *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*. Madrid, 2011, 369–376.

Паул изрично посочва това:

D. 43.8.1 (Paulus libro 64 ad edictum) In loco publico praetor prohibet aedificare et interdicitum proponit. Преторът забранява да се строи в публичен имот и дава интердикт [за това].

Забраната за строителство е обоснована с публичния интерес, който следва да гарантира и общото ползване на такива пространства. В случая става въпрос не само за застрояване, но и за всякакви действия, които могат да накърнят спокойното ползване или предназначението на тези имоти.

D. 43.8.2.2. (Ulpianus libro 68 ad edictum) Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdicitum propositum est. Чрез него се опазва както публичната, така и частната полза. Публичните земи са предназначени за ползване от частните лица по силата на правото на цялата общност на града, а не сякаш са собственици, и ние имаме такова право да претендираме за това ползване както и да се противопоставим ако някой ни го забранява. Така ако някой ползва публичен имот, като прави нещо, което уврежда някое частно лице, това може да се забрани с прохибиторния интердикт, който е предоставен за тези случаи.

При съпоставката на двата текста могат да се направят някои изводи. На първо място Паул приема като нарушаване на публичното ползване на loca publica строителството. Улпиан разширява приложното поле на интердикта и за всякакви други дейности, които пречат на спокойното ползване от всеки на такива места. Изрично е подчертано, че въпреки ползването от частни лица те не се считат за тяхна собственост. Тогава може да се постави въпрос за какви частни нужди могат да се ползват тези имоти (Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt) и по-специално празните пространства, наричани aerea.

Фронтин споменава за заплащането на вектигал, т. е. специфичен данък, подобен на арендна цена за ползване на публични земи за ползването на вода от сгради, построени в близост с акведукти, обществени чешми и водоноси⁵². Това не е данък или такса за водоползването, а за ползването на такъв имот, вкл. и за неговото застрояване. В Рим е имало подобно на съвременните сервитутни зони и ивици около съоръженията на инфраструктурата, които са имали ограничите-

⁵² Front., De aq. 118.1-2. Commoda publicae familiae ex aerario dantur, quod impendium exoneratur vectigalium reditu ad ius aquarum pertinentium. Ea constant ex locis aedificiisve quae sunt circa ductus et castella aut munera aut lacus.

лен режим за индивидуално ползване или това е допустимо само в изрично предвидените случаи. Така постепенно в текстовете от времето на Републиката, а най-вече към началото на Принципата се очертава концесионен режим, прилаган както за земеделски земи, така и за градски терени, предоставяни за застрояване.

Именно с оглед запазване статуса на земята и спазване на принципите на неотчуждимост и невъзможност за придобиване по давност на публично имущество се предполага установяването на цитирания по-горе принцип „*Superficies solo cedit*”, който преминава и в частноправните отношения. Той не е въведен в никакъв закон, а е по-скоро правно формулиран въз основа на една вече установена и одобрена от обичая практика или търкуването на съществуващите норми относно ползването на публичните земи⁵³.

Могат да се определят две насоки на това предоставяне на публични земи на частни лица:

1. с оглед изграждане на сгради или помещения, свързани с осъществяването на търговска или производствена дейност
2. за изграждане на жилища.

В първия случай е налице особено съчетаване на частния интерес и публичната полза от такава дейност, което налага и публичния контрол. Типичен пример за това са концесиите на земя на аргентариите, търговците и занаятчиите около Римския форум, които разгледах по-горе. Очевидно едва ли става въпрос за практика в архаичния период, но към епохата, описвана от Тит Ливий и Дионисий Халикарнаски, е известна отколешната традиция в тази насока и такива сгради и помещения съществуват не само в Рим, под портиците на многобройните му форуми, но и в повечето големи градове на Империята.

Изграждането на *tabernae*, в които извършват дейността си римските аргентарии⁵⁴, както и на малки магазинчета около градските площи и на търговските улици (*tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt*) е запазена и по времето на Принципата. За това свидетелствува и становището на Улпиан в коментара му към преторския едикт, който се стреми да запази принципа на присъединяването:

D. 18.1.32. (*Ulpianus libro 44 ad Digesti 18.1.32. (Улпиан в книга 44 Sabinum)* Qui tabernas argentarias vel от коментара към Сабин) Ако някой ceteras quae in solo publico sunt vendit, продаде помещение на аргентарий <non solum, sed ius vendit>, cum istae или друго такова, което се намира

⁵³ Срв. Pastori, F. *La superficie* [...], p. 31 ss.

⁵⁴ Преводът на „*taberna argentaria*” като „банков офис“ би било твърде голямо осъвременяване, макар че същността на дейността, извършвана от римските аргентарии и нумулари, е идентична със съвременната банкова дейност. Става въпрос за всякакви сделки, както и за обмен на валута. По-подробно за банковата дейност в Рим вж. Andreau, J. *La banque et les affaires dans le monde romain (IV^e s. av. J. C.–III^e s. ap. J. C.)*. Paris, 2001.

tabernae publicae sunt, quarum usus ad върху публична земя, <продава не земята, а правото [да се ползва]>, защото тези помещения са публични, макар и ползването им да е от частни лица.

Текстът е изключително интересен. Той насочва за последователното прилагане на принципа на приращението при суперфицията, поддържан ревностно през III в. и очевидно и през VI в. Едва ли този текст е включен в Дигестите като историческа практика, която само трябва да се отбележи. За това говори и предполагаемата интерполация на израза „non solum, sed ius vendit“ от компилаторите на Юстиниан, тъй като в тази епоха съществуват множество правни конструкции, при които резонно се поставя въпрос дали все пак не е отстъпено или продадено правото на собственост – най-вече при *ius perpetuum* и *ius emphyteuticum*⁵⁵, които са наследими и номинално са за вечни времена. В класическия период, когато твори Улпиан, не може да става въпрос за продажба на права, а само за отстъпване на ползването на имотите от частни лица. Подобна е концепцията по отношение на вектигалните аренди, при които се придобива право на собственост върху плодовете, но земята е концедирана само за ползване⁵⁶. Същото и последователно се отстоява относно емфитевното право, с което публичните земи се ползват неограничено, с известен преференциален режим относно рентата и поземлените данъци, с възможност за наследяване или за вечни времена. То не се поражда нито от договор за продажба, нито от договор за наем, а е *tertium ius*, може да се отчуждава към трети лица или да се „връща“ на собственика и „следва земята“, за която е учредено⁵⁷.

Longo счита, че към II в. вече е утвърдена идеята за обособяване на суперфицията като вещно право върху чужда вещ, близко до правото на ползване

⁵⁵ Вж. Garsonnet, E. *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*. Paris, 1879. От по-новите изследвания вж. монографията на LONGO, S. *Locare in perpetuum. Le concessioni in godimento di ager municipalis*. Torino, 2012, в която е посочена и литературата относно другите публични концесии *in perpetuum* върху фискални, императорски и църковни земи. Срв. и Laquerriere-Lacroix, A. *Les droits des particuliers sur les domaines imperiaux. Reflexions a partir du Code Theodosien*. In: *Société, économie, administration dans le Code Theodosien*, Lille, 2012, 311–328; Burdeau, F. *L'administration des fonds patrimoniaux et emphyteutiques au Bas Empire romain*. In: *RI-DA*, 20 (1973), 285–310. По-подробно тези въпроси и по-старата достъпна литература са разгледани в глава III на монографията ми „Дългосрочните поземлени концесии в римското право“, С., 2000. С. 87 и сл.

⁵⁶ Относно интерполацията вж. коментара у Longo, G. *Corso di Diritto Romano. I diritti reali*. Padova, 1962, p. 350 ss. Срв. и Hajje, A. *Etudes sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain (thèse pour le doctorat ès-sciences juridiques)*. Paris; St. Brienne 1926, p. 38; Lucci, A. *Del diritto di superficie*. In: *AG*, Vol. 51, 1893, p. 253 ss.

⁵⁷ Вж. конституцията на император Зенон в *CJ*. 4.66.1.

(usus) и употребата на този термин в цитирания текст не е с лаическо, а с конкретно правно-техническо съдържание⁵⁸. Все пак в класическия период е установено, че т. нар. лични сервитути, към които се причислява правото на ползване, не са били обект на отчуждителни сделки.

При съпоставката на Улпиановия фрагмент със сведенията у Ливий се очертават две хипотези: заинтересованите лица във връзка с търговските им интереси сами строят сгради за свои нужди върху публични земи или такива сгради или помещения са построени от държавата или от други лица, занимаващи се със строителство, придобити са (възмездно чрез заплащане от държавната хазна на строителните работи или безвъзмездно) от държавата по силата на общия принцип за приращението и след това продадени или предоставени възмездно от държавата на заинтересованите лица. Евентуално същият режим се е прилагал и за муниципалните имоти.

Така продажбата в случая би могла да се отнася не до постройката, а да е свързана със заплащане на строителството и вложените материали, ако се следва логиката от цитирания по-горе фрагмент на Гай. Може да се предполага също, че Улпиан има предвид капитализиране на дължимия *solarium*, което може да се разглежда и като цена на правото на ползване на сградата. Това обаче насочва към следкласическия режим на суперфицията, поставен в основата и на съвременния институт, и е твърде спорно дали той се е възприемал от класическите юристи.

Предоставянето на публични земи за строителство на жилища има своите основи още в Ранната Република, както е видно от *Lex Icilia*, разгледана по-горе. Проблемът се поставя при условията на жилищната криза в големите градове на римската държава още по време на Републиката, и най-вече – в началото на Принципата. Обезземляването на селяните, непрекъснатите войни и завоюването на нови провинции, струпването на римски граждани, провинциали, чужденци, роби и освободенци в големите търговски и промишлени центрове, вкл. и в самия град Рим, поставят въпроса за осигуряването на жилищна площ и избягването на социално напрежение⁵⁹. В градовете към този момент съществуват значителни по размер и местоположение свободни терени, които са собственост на римския народ, респ. на римската държава, или на муниципите. Според Ливий и Диодор Сицилийски⁶⁰ дори самият Рим изглежда произволно

⁵⁸ Срв. Longo, G. Op. cit., p. 352.

⁵⁹ Подробно за жилищния въпрос в края на Републиката и началото на Принципата вж. Salvioli, G. *Il capitalismo antico (Storia dell'economia romana)*. Bari, 1929; De Martino, F. *Diritto, economia e società nel mondo romano: Vol. I: Diritto privato. Vol. II: Diritto pubblico. Vol. III: Economia e società*. Napoli, 1995–1997; Serrao, F. *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. Prima parte*. Napoli, 1984; Poète, M. *Introduction à l'urbanisme: l'évolution des villes: la leçon de l'Antiquité*. Paris, 1967; Homo, L. *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité*. Paris, 1971; Néraudau, J.-P. *Urbanisme et métamorphoses de la Rome antique*. Paris, 1983.

⁶⁰ Вж. Liv., Ab. U. C., V. 55; Diod. XIV.116.

разделен на части и хаотично застроен от тези, които са окупирали противоправно части от *ager publicus*. Така между сградите остават свободни пространства, върху които никой не е успял да установи трайно владение. В началото на Принципата някои от тях се запазват с оглед нарастването на града и неговото благоустройство. В случая се имат предвид т. нар. „*area*“ в близост до крепостните стени, храмовете, баните и други публични сгради. Такива пространства са оставяни и с оглед предотвратяването на масирани пожари в онези части на града, в които преобладават дървените постройки и е съсредоточена голяма част от бедното население. Застрояването на терени се явява особено доходно занимание, в което се втурват и лица, свързани с политиката и издействащи разрешения за използване на публични терени за това⁶¹. Свободните за застрояване терени обаче бързо се изчерпват и принципите предприемат административни мерки да се ограничи етажността на сградите с оглед предотвратяване на срутвания и да определи минималният размер жилищна площ, който да се предоставя за обитаване от едно семейство⁶².

Паралелно с урбанизацията в значително по-бърз темп протича процесът на нарастване на градското население. Това поставя пред публичната власт задължението да решава жилищните и социалните проблеми в Рим и в другите големи градове при наличието на правна пречка, издигната от цивилното право: всички свободни терени са със статут на земи извън гражданско обръщение, защото са собственост на римската държава (*agri publici*) или на муниципите (*agri municipales*), а в случаите на близост до крепостните стени и храмовете те са обявени и за свещени (*res sacrae*). Квесторите, респ. кураторите на публичното имущество, не могат по никакъв начин да узаконяват владението на окупантите на такива земи, нито да ги продават. Строителните предприемачи разполагат със свободен капитал, но се въздържат да строят върху публични земи, тъй като не могат да придобият право на собственост върху сградата. Те не са склонни да дарят на държавата новоизградените сгради, нито пък магистратите са в състояние да организират изграждането и стопанисването на такива сгради. Проблемът за преодоляване на принципа „*Superficies solo cedit*“ се поставя за решаване от претора.

Още по времето на Републиката е засвидетелствано и предоставяне и на свободни терени за застрояване със специфичните за Древния Рим сгради на няколко етажа (*insula*), в които са обособени една или няколко стаи като отделни жилища. Римското право не достига до идеята за етажна собственост, нито пък за съсобственост на обитателите на сградата. Единствено допустимо е верти-

⁶¹ Вж. Arias Bonet, J. A. *Capitalismo y suelo urbano: su reflejo en las fuentes jurídicas romanas*. In: *La città antica come fatto di cultura*. Como, 1983, 285–294.

⁶² Срв. Hajje, A. *Études sur les locations à long terme et perpétuelles*. Paris, 1926, p. 35 s., който се позовава на подробното изследване на Dureau de la Malle, M. *Économie politique des Romains*. T. I. Paris, 1840, p. 358 ss.

калното разделение, и то в изолирани хипотези⁶³. Въпреки това обаче се създават различни казуси, в решаването на които са видни затрудненията на юристите да запазят ненакърнимо правилото за собствеността и да защитят интересите на суперфициариите. Така в становището на Лабееон, цитирано от Улпиан в коментара му към преторския едикт, се проявява разграничаването на приземни етажи, надстройки и същинска сграда, която първоначално е построена:

D. 43.17.3.7. (Ulpianus libro 69 ad ed.) Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse labeo ait, non eum qui in cenaculo moretur: **semper enim superficiem solo cedere**. Plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo videri non ab eo aedes possideri, qui kruptas possideret, sed ab eo, cuius aedes supra kruptas essent. Verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit [...]

Дигести, 43.17.3.7. (Улпиан в книга 69 от коментара към преторския едикт) Но ако над сградата, която аз владеея, има етаж, в който друг се намира като собственик, Лабееон счита, че аз мога да използвам интердикта uti possidetis, а не лицето, което се намира на етаж: защото винаги се прилага правилото, че построеното следва собствеността на земята. Обаче ако етажът има собствен вход от улицата, то според Лабееон сградата се владее не от този, който има приземния етаж, а от този, който притежава сградата над приземието. И това се отнася и за този, който има самостоятелен вход от улицата [...]

В римското право не се достига до пълно дерогиране на принципа „superficies solo cedit“, но се счита, че в публичното право за пръв път се прави стъпка в посока на предоставяне на самостоятелни права на суперфициаря по отношение на построената от него сграда⁶⁴. Пътят на обособяването на вещното право в полза на суперфициаря преминава през интердиктната защита, дадена от претора по отношение на публичните имоти, и прилагана и за лицата, които ги ползват⁶⁵. По отношение обаче на тези имоти (и особено тези, които се нами-

⁶³ Вж. подробно у Maschi, C. A. Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio „superficies solo cedit“. In: Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz. Vol. IV. Napoli, 1952, p. 133–170.

⁶⁴ Вж. Pérez Gómez, S. C. Regimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano. Madrid, 1996, p. 153 ss.

⁶⁵ Подробно по този въпрос вж. Pastori, F. Prospettiva storica del diritto di superficie. In: Studi in memoria di G. Donatuti. Milano, 1973, p. 875; id., La superficie, p. 34. Относно преторската защита на публичната собственост срв. Albuquerque, J. M. La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Madrid, 2002.

рат в градовете – т. нар. *locus publicus*⁶⁶, за които е допустимо застрояване), първоначално се прилагат способите за концедиране, характерни за всички недвижимости – собственост на римската държава, без да се търси непременно изграждането на частноправни конструкция⁶⁷. По тази причина втората част на цитирания фрагмент, в която се споменава за самостоятелните права, респ. правната защита на суперфициаря и договорът за наем, се считат за частично интерполирани.

5. Заключение

Ако се приеме, че правната уредба на суперфицията започва да се формира от концесиите на публични земи на частни лица с цел застрояване или концесиите на публични сгради за частно ползване (за жилищни или търговски цели), то развитието на този институт по отношение на имоти – частна собственост, има напълно логично развитие. Първоначално римската юриспруденция не може да приеме отделянето на собствеността на земята от тази на сградата. Самото предоставяне на ползването на сградата за дълъг срок, с възможност за наследяване, при заплащане на публична рента, близка до данъците – всичко това обаче води до преосмисляне на концепцията за приращението и постепенното дерогиране на принципа „*Superficies solo cedit*“. Първите стъпки в тази посока са с предоставянето на самостоятелна владелческа защита на концедента срещу трети лица, а по-късно – и вещен иск, които съществуват паралелно със защитата по договора за аренда (*locatio-conductio*), която обаче е само спрямо собственика на земята. Постепенното оформяне на самостоятелни права в хоризонтала и вертикала за сградите, построени върху публични, муниципални и църковни земи е следващата стъпка в тази насока. Императорските конституции свидетелстват за тази еволюция, който към момента на съставянето на Юстиниановата компилация може да се счете за предшественик на съвременната уредба на този институт и отдалечаването от посочения принцип. Съчетаването на

⁶⁶ De Ruggiero, E. *Lo Stato e le opera pubbliche in Roma antica*. Torino, 1925, p. 147 ss; Biscardi, A. *Sul regime delle locazioni amministrative in diritto romano*. In: *Studi in onore A. Amorth*. Vol. I. Milano, 1982, p. 84 s.

⁶⁷ Срв. концепцията за паралелизма на концесиите на *ager superficiarius* и *ager vectigalis* у Grosso, G. *Schemi giuridici e societā nella storia del diritto privato romano: dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*. G. Giappichelli, 1970, p. 300, както и обобщенията у Perez Gomez, S. C. *Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano*. Madrid, 1996, p. 151 ss. От своя страна Gonzalez, J. *El derecho real de superficie*, p. 45 ss., разглежда разликите между двата режима. Pastori, F. *La superficie* [...], p. 33 подчертава, че докато при арендите на вектигални земи парцелите се предоставят в своя интегритет и в състоянието, в което са към момента на акта на концедиране, то при суперфицията върху публични имоти теренът се предоставя при условие за застрояване и ползване, съответно с осигуряване на необходимия прилежащ терен около построяката и възможност за достъп до нея.

публичните и частните интереси от една страна се изразява със заплащането на рента за правото на ползване на публична земя за частно строителство. Наред с това публичният собственик абдикира от своята позиция, оставяйки изцяло на суперфициаря грижата за съществуването, ползването, поддържането и защитата на построената сграда. При значителната инвестиция в строежа това допълнително правно „натоварване“ не може да бъде привлекателно и да заинтересува строителните предприемачи, ако те не получават стабилни права и гаранции за упражняването им. Така под натиска на обществената полза и частните интереси и следвайки една определена политика на пригаждане на традиционните правни форми към социалните и икономическите изисквания на конкретната епоха, римските юристи постепенно изграждат модела на суперфицията, върху който се изгражда съвременното право.

Ключови думи

Принципи на наказателния процес, правораздавателни решения, вероятност, хипотези, степени на вероятността.

Key words

Principles of Criminal Procedure, Judgments, Likelihood, Hypotheses, Levels of Likelihood.

Nikola Manev

The Court's Freedom to Reach its Own Conclusions and Grading of Likelihood

Prof. Nikola Manev, Dr. Habil.

*Member of the Law Department of New Bulgarian University,
e-mail: nmanev@nbu.bg
Professor of Criminal Procedural Law and Enforcement of Punishments at the Law Department of NBU.*

*Areas of specialization: Criminal Procedural Law.
Author of monographs and articles in professional periodicals in Bulgaria and abroad.*

In criminal proceedings state bodies order their acts on certain grounds. They may constitute a fully-fledged procedural argument, but it may also be a conclusion with a certain degree of likelihood. This likelihood is subject to gradation, including a high level of likelihood or with a certain degree of likelihood. This is important in view of the possibility of ensuring a fair judgment on criminal cases by the court.

Никола Манев

Методът на вътрешното убеждение и степенуване на вероятността

1. Вероятността в основанието на процесуалните актове

Вероятността и неувереността, съмнението съществуват паралелно, във взаимна зависимост, търпят влиянието на едни и същи модифициращи ги фактори, без обаче да загубват своята самостоятелност и разнопосочна значимост. Съмнението се надстройва върху вероятностното знание. Като се има предвид закона, а също данните по делото и правилата на практиката, вероятността формира съответно субективно отношение – например съзнаване на непълната обоснова-ност на извода и чувство за неувереност, съмнение. И колкото и малка да е въз-можността да не е извършено престъпното деяние, да не е извършено от обвиня-емия и да не могат да бъдат събрани достатъчно доказателства за виновност, то има място за колебания, несигурност в сведенията за това, което е станало. В за-висимост от качеството на доказателствената информация съмненията могат да бъдат значителни или незначителни. Така непълнотата в доказателствения мате-риал води до частична обосновааност на извода на органа, а тя от своя страна пре-дизвиква значителни съмнения. С напредване на следствената работа се подобря-ва в количествено и в качествено отношение натрупания доказателствен масив, процесуалният извод става все по-обоснован и оттам – отслабва чувството за не-сигурност и неопределеност, съмненията стават все по-незначителни. Изразена е при това следната зависимост: с увеличаване на доказателствата нараства обос-новаността на заключението на правораздавателния съд и намаляват неговите ко-лебания; обратно – недостатъчността на доказателствата обуславя недостатъч-ност в обосноваването и влече засилване на съмненията. Така нарастването на аб-солютната величина на обективния елемент (фактическите данни) предизвиква стабилизиране на състоянието на обосновааността и намалява интензитета на пре-димно субективния елемент (неувереност, съмнения, колебания). Поради това на практика наличието на съмнение у органа се свързва с необходимостта да се съ-бират и проверяват нови доказателствени елементи, да се трупат все повече аргу-менти в подкрепа на един фактически или правен извод. Всъщност обаче от гно-

сеологическа гледна точка тази нужда се предизвиква от вероятностното по характер знание. Непълнотите и противоречията в него изискват засилване на процесуалната активност на процесуалния орган до пълното им преодоляване.

При намаляване и елиминиране на чувството за съмнение, както и при постигане на достоверност на един или друг извод, ключовата дума следва да бъде „обоснованост“. Не бива да изпадаме в прекален обективизъм, като игнорираме същественото въздействие на субективните фактори при формиране на вътрешно убеждение. Обстоятелството обаче, че фактите по делото подкрепят направеното заключение, ни дава практически достъпна мяра, величина за преценка на най-деликатните въпроси на наказателното производство: осъзнаване вероятността или достоверността на достигнатото знание и формиране на емоционално отношение към това знание в диапазона „съмнение – увереност“. Действащият процесуален орган би трябвало във всеки момент на процесуалното развитие да може да си даде сметка до каква степен е основателна увереността му в правилността на неговата теза. Вътрешното убеждение трябва да бъде съзнателно и да не се основава само на инстинктивно предчувствие за истината, а да бъде резултат на критично отношение към наличния фактически материал¹. В противен случай биха могли да възникнат множество грешки в убеждението на процесуалния орган, които да се пренесат в неговите решения във вид на пороци. Възможно е той да демонстрира твърдо убеждение в правилността на своята констатация, която да му изглежда напълно безспорна, но която в действителност е необоснована. Така неопитният и предубеденият идват бързо до убеждение, проявявайки самонадеяност в стремежа си да докажат пред всички, че са прави. От тази склонност не е предпазен и наказателния съд. И това би довело до приемане за истинно едно фактическо положение. Възможно е също органът да има склонност към прекалена колебливост. Тогава необоснованите съмнения не биха дали възможност да се разбере кога е постигнато вътрешно убеждение, твърдо и непоколебимо и на каква фактическа основа почива то. Понякога субектът смята, че притежава яснота по въпросите *in personam* и *in rem* на събитието на престъплението, без да чувства у себе си формирано вътрешно убеждение, годно да залегне в съответен процесуален акт. Във всички случаи е необходимо той да се обърне към събраните по делото данни, да ги анализира и съпостави с установените фактически обстоятелства и направените правни изводи и тогава да прецени – дали съобразно правилата на логическата непротиворечивост и на практиката други на негово място биха достигнали до същите изводи при наличните предпоставки. Защото, макар по естеството си да представлява вътрешна установка на субекта, вътрешното убеждение се защитава чрез аргумента на фигуриращите по делото доказателства.

В литературата наличието на вътрешно убеждение се свързва главно с достоверността на извода и това не е неправилно². Достоверността на една процесуална теза се достига в края на изследването по наказателни дела и то не защото

¹ Вж. Случевский, В. Учебник русского уголовного процесса. СПб., 1913, с. 379.

² Вж. Бохан, В. Формирование убеждений суда. Минск, 1973, с. 35.

процесуалната форма сочи в кой момент от развитието на производството трябва да се достигне до категорично знание, а защото постигането на такива качество на познанието слага край на познавателната активност на субекта; в резултат на извършеното доказване и съответна логическа обработка на доказателствения материал. Процесуалният орган трябва да бъде в състояние да приеме за достоверна своята констатация, да прояви обоснована увереност в нейната правилност в момента на постановяване на окончателното за фазата решение. Сигурност, увереност обаче би следвало да има и в случаите, когато се постановява решение въз основа на вероятно заключение. Такива например са определенията за вземане на мярка за процесуална принуда, за конституиране на граждански ищец и частен обвинител, за допускане на доказателствени материали. Докато окончателните процесуални актове следва да съдържат истинно фактическо установяване (осъдителна присъда) и изводи на достоверно ниво, то решенията, които ги предхождат, имат по-ограничено предназначение. А именно – да установят обстоятелствата по делото в такава степен, в каквата това е необходимо и достатъчно за хода на делото, за осигуряване на обективно, всестранно и пълно изследване, за съблюдаване на гаранциите за право на защита на гражданите. В тези междинни процесуални решения е изискуемо точното и прецизно установяване на основанията за тяхното приемане. Макар в тях знанието да е непълно, вероятно, то по достоверността на използваните източници на доказателства не следва да има съмнения, въпреки че тяхната оценка не е окончателна от гледна точка на един завършен процес; доказаността на основанията трябва да се опира на достоверен гравивен материал. Това е единственият легитимен според НПК начин да се стигне до достоверен окончателен извод. Достоверността на крайния гносеологически резултат трябва да се гарантира от достоверността на етапите, подстъпите, водещи до него. Поради това при промеждутъчните актове би могло да става дума за основателна увереност в обосноваността на вероятностния извод и достоверността на аргументиращия го доказателствен материал. За целта е необходимо правораздавателният орган да съзнава особеностите на процесуалната ситуация, в която взема решение, а именно: а) не разполага все още с всички необходимо доказателства за доказване виновността на едно лице в извършване на престъпление, съвкупността от доказателствата още не е достатъчна за постигане на достоверно знание; б) съгласно наказателнопроцесуалния закон следва да се извършат редица следствени действия, при което е възможно да се получат нови доказателства, да се установят нови фактически обстоятелства, да се построят нови версии, т. е. процесуалният момент още не е окончателен и доказването като процедура не е завършено; в) за постановяване на съответното решение наличните фактически данни се преценяват като годни за установяване на определени фактически обстоятелства и за обосноваване на процесуални тези, залегнали в правораздавателния акт. Тази обоснована увереност може да бъде наречена предварителна, но тя е задължителна при вземането на каквото и да било решение в процеса³.

³ Вж. Zimmermann. H. Freiheit und Gebundenheit des Staatsanwaltschaft. Munchen, 1988, s.126.

Формирането на вътрешно убеждение има и волеви аспект. В хода на формиране на убеждение – извод на правораздавателния съд имат място редица волеви реакции. Последните са израз на волята на човека и решителността като волева черта и представляват преживяване на решението с целеполагащ елемент. Психическите реакции от този род се разгръщат успоредно с познавателната дейност като я динамизират и стимулират. „Образуването на убеждение – правилно отбелязва И. Фойницкий – е работа не само на ума, но и на волята“⁴. Емоционално-волевата оцветеност е необходима за външно проявление на вътрешното убеждение.

Убеждението е идея, регулираща определено поведение. То е и вътрешна съзнателна подбуда (импулс) за действия и отношения на хората⁵. Чувствата на държавния процесуален орган не са нито източник, нито свидетелство за истината⁶. Истината обаче, която сама по себе си радва, удовлетворява, трябва да се схваща така, както я определя Ф. Волтер: „разум, който се претворява във воля и се превръща в действие“⁷. Убеждението в истинността на постигнатото знание предполага готовност за действие у субекта, но само по себе си означава само това, че са налице редица обективни и субективни предпоставки за успешно обосноваване на действията по наказателно правораздаване. Процесуалният орган е винаги склонен да действа при определени фактически и правни твърдения, когато ги смята за обосновани, истинни. И това е така, дори в случай че субектът се заблуждава, тъй като увереността на грешащия, че той дава правилен отговор, е същата, както и увереността на този, който знае и в знанието си не греша. Ако обаче конкретната процесуална нужда, изискване на закона за постигане на определен резултат и правилата на практиката му подсказват необходимостта да се ръководи от твърдението, в което е убеден, то процесуалният орган е волево насочен да действа по определен начин и да отстоява своето убеждение. Затова е правилно да се твърди, че органът има тогава оформено убеждение, когато е готов да действа в дадени условия съобразно с приетото от него твърдение за истинно. Убеждението установява едно отношение между извода и съответната готовност за процесуална активност. При което знанието формира основата, а увереността в неговите качества – енергетичното обезпечаване на мотивацията за действие съобразно това убеждение. Обоснованата увереност необходимо подтиква към определено поведение⁸. Така терминът „убеждение“ служи и за отбелязване на обстоятелството, че ръководно-решаващия процеса орган е волево го-

⁴ Фойницкий, И. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1910, с. 174.

⁵ Вж. Preikzas, W. Zum Begriffe „Überzeugung“, – Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 1976, 3, s. 290.

⁶ Вж. Строгович, М. О рациональном и эмоциональном в судебном исследовании, – Социалистическое государство и право, 1959, 5, с. 91.

⁷ Волтер, Ф. Философски речник. Варна, 1982, с. 7.

⁸ Вж. Владимиров, Л. Учение об уголовных доказательствах, части Общая и Особенная, СПб., 1910, с. 38.

тов да постъпи съобразно своята съзнателно застъпвана позиция и би могъл с основание да се обозначи като готова за действие мисъл⁹.

2. Място на убеждението и на вероятността в процесуалното познание

Във връзка с всичко гореказано е правилно определянето на вътрешното убеждение като знание, увереност в качествата на това знание и волева готовност за действие, тъй като то най-точно предава диалектиката на познавателните, психологическите и интелектуално-волевите моменти, влизачи в характеристиката на вътрешното убеждение в наказателния процес и определящи неговия облик¹⁰.

И наистина. Без правилно поставяне на въпроса за обосновано (истинно) фактическо установяване не може да се говори изобщо за съмнение или увереност, колебание или определеност. Последните зависят от естеството на натрупаните до даден процесуален момент знания относно релевантните за делото обстоятелства. Субективното оценъчно отношение е насочено към субективно разкритото истинно положение на нещата в обективната реалност и поради това търпи определящото и въздействие. В същото време, в общата схема на процесуалното развитие убеждението на ръководно-решаващия орган не е самоцел, а има за предназначение да мотивира извършването на следствени действия. Само при твърда и непоколебима увереност в истинността, обосноваността на едно или друго фактическо установяване правораздавателният орган може да формира у себе си готовност за извършване на определени действия, да прибави нещо в повече в съдържанието на наказателното съдопроизводство с оглед реализиране на неговата непосредствена задача. Така волевият импулс за активна процесуална работа логически се интегрира в процеса на формиране на вътрешно убеждение у субекта като предметява, дава завършена практическа форма на субективното отношение. Готовността да се действа съобразно констатациите означава извеждане на психологическия акт на одобрение на познавателния процесуален резултат към по-високото ниво на интелектуално-волева активност. Означава също завършеност на механизма на вземане на решение и изходна точка за цялостно реализиране в практиката на онова, което в теорията наричат проблем на субективния фактор в сферата на производството по наказателни дела.

⁹ Вж. Okun, В. Zum Begriff „Überzeugung“, – Zeitschrift für Philosophie, 1974, 7, s. 858.

¹⁰ Вж. Павлов, С. Към въпроса за същността на доказателствата в народно-демократичния наказателен процес, С., 1951, с. 27; също Наказателен процес на НРБ., С., 1979, с. 169; Строгович, М. Материална истина и судебные доказательства, М., 1955, с. 124.

3. Степенуване на вероятността

В резултат на изследване на всички обстоятелства по делото в заключителния стадий на правораздавателното съдебно производство трябва да се изрази окончателното убеждение относно извършеното в хода на производството фактическо установяване. За характера на получения резултат в литературата са изказани редица схващания. Според едни автори това трябва да бъде „висока степен на вероятност“¹¹, за други това е „особено висока степен на вероятност“¹², а според трети – „граничеща със сигурност степен на вероятност“ на извода¹³. Изхождайки от общометодологическите основи на теорията на отражението като материалистическо учение за познанието във връзка с това може да се посочи следното. Наличието на каквато и да било степен на вероятност относно качествата на осъщественото фактическо установяване по делото се явява познавателно-психологически феномен, състояние на непълна обосновааност, което едва ли възплава в себе си „всичко“, което бихме могли да изискваме за едно обективно-истинно знание. При това не вероятността твори събитието, а напротив – събитието предизвиква реализирането на познавателен процес и определяне на отношение към него. Вероятността е само предположително обяснение на изследваното събитие, което има своите логични контратези. С. Павлов пише: „И най-голямата вероятност може при по-нататъшна проверка на фактите да се окаже в разрез с действителността“¹⁴. Правораздавателният орган е изправен пред необходимостта и задължението да даде законосъобразно, обосновано, справедливо и убедително решение на очакваните отговор въпроси по конкретен казус. Негов правен и нравствен дълг е да се доближи възможно най-много до изследваното престъпление, да го опознае и само след това да реши по съвест. Недопустимо е държавният орган от многото грешни пътища, водещи към откриване на истината, да дири относително най-верния, относително най-малко отклоняващ се от истината, предоставящ по-малко шансове за заблуждение¹⁵. За да съди за свойствата на събитието на престъплението и да прави изводи за тях, съдът следва да го опознае такова, каквото е било, да го изследва и да си създаде точна и адекватна представа за него. За тази цел в наказателно-процесуалната ни система е изискуемо да бъде постигната истинност на окончателно постигнатото знание и достоверност на фактическото установяване.

¹¹ Вж. Владимиров, Л. Цит. съч, с. 1–7; Случевский, В. Цит. съч., с. 379; Kern, E. Strafverfahrensrecht. B., 1960, s. 54; Schneider, E. Beweis und Beweiswürdigung. München, 1978, s. 17–18.

¹² Вж. Döhring, H. Die Erforschung, s. 450.

¹³ Вж. Röder, H. Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes. Wien, 1976, s.141; Khne, H. Strafprozesslehre. Kehl am Rhein, 1982, s. 565; Coester-Waltjen, D. Internationales Beweisrecht. Ebelsbach, 1983, s. 277; Zippelius, R. Juristische Methodenlehre. München, 1985, s. 89.

¹⁴ Павлов, С. Основни начала [...], с. 225.

¹⁵ Вж. Спасович, В. Сочинения, том III, СПб, 1890, с. 173.

По-нататък. Дискусията за вероятността се затруднява поради наличието на няколко научно обосновани понятия за вероятност: относителна (статистическа), логическа (индуктивна) и субективна (лична). Предвид теорията на емпиричното познание понятието за вероятност създава едно числово съотношение. Това е съотношение между едно по-малко число от по-голям брой случаи, Става дума за крайно малко число и крайно голямо число. Тяхното съотношение не може да доведе до състоятелни статистически изводи за една, така да се каже, „обща вероятност“¹⁶. За тази цел би било необходимо изследващият субект да разполага с голям брой приключени съдопроизводства, което логически е трудно изпълнимо. Създателите на концепцията за „относителна вероятност“ дефинират една гранична стойност на относителната честота на проявление на правораздавателните актове в един или друг смисъл¹⁷. Недостатък на така разбираното понятие за вероятност е това, че не е ясно как от огромен брой случаи може да се обособи гранична стойност. Предвид на това и самата гранична стойност като понятие също е само вероятна. Reichenbach въвежда известен ред в тази разбираня чрез неговото „индуктивно правило“, съгласно което граничната стойност не може да бъде точно определена и субектът трябва да се задоволи само с приблизителни стойности¹⁸. Тази приблизителност може да се увеличи като стойност чрез увеличаване на броя на изследваните случаи и която е полезна за процесуалната практика в производството по наказателни дела. Понеже човек няма субективната способност да обхване огромния брой приключени наказателни дела, той следва да се задоволи с т. нар. „практическа гранична стойност“¹⁹. А щом придаваме релевантност на практическата стойност, тогава защо се налага да се борави с относителната вероятност като една гранична стойност с определена степен на несигурност от психологическа гледна точка. Например, ако присъди са основани на самопризнания на 1000 обвиняеми лица, но само 800 обяснения са достоверни, то относителната вероятност за следващите присъди в същия смисъл е 0,8. Тогава съдията може въз основа на практическата стойност на доказателствените средства да приеме същата степен на вероятност относно достоверността на самопризнанията, освен ако има други данни по конкретното дело за достоверността на самопризнанията. Особено когато осъдителна присъда се обляга на такива доказателствени материали. Това би означавало прилагане на статистически подход (статистическо проучване) относно достоверността на признанията, но съдията едва ли следва да се обляга на подобни вероятностни стойност, когато извършва фактическо установяване по наказателно дело, не може да се приеме, че има безсъмнена индикация за производството. Дори при вероятност 99, 99% не може да се приеме, че това отговаря на действителното положение на нещата Това обусла-

¹⁶ В този смисъл вж. Carnap R. *Einführung, in die symbolische Logik*, 1968q, Wien, „Springer“ Verlag, s. 34 und Bochenski J-M. *Denkmethode*, 1993, Tübingen „Francke“ Verlag, s. 125 f.

¹⁷ Вж. Carnap R., *Einführung*, s. 35; Essler W-K, *Induktive Logik*, 1970, München, „Alber“ Verlag, s. 62.

¹⁸ Вж. Reichenbach, H. *Wahrscheinlichkeitslehre*, 1935, Leiden, s. 444–451.

¹⁹ Вж. Reichenbach, H. *Wahrscheinlichkeitslehre*, s. 347.

вя невъзможността за прилагане на чисто статистически методи при вземане на решение по наказателно дело и предпоставя необходимостта от съответна предпазливост на магистрата с цел да не се допусне съдебна грешка. Всяка съдебна версия може да се оспори, да бъде заменена с друга такава. Допуснатите при емпиричните изследвания грешки трябва да бъдат изключени въз основа на опита. Съдията трябва да има свободата да реши дали да приеме за състоятелна достоверност на доказателствените средства на 99, 99% или на 00, 01%. Субектът не може да установи вероятността на една процесуална позиция с окончателна сигурност, както и да преодолее възникналите проблеми съобразно възможностите на вероятностната логика.

Логическата вероятност се отнася главно до възможностите за прилагане на индукция и дедукция и чрез нея се показва в каква степен процесуалната хипотеза се подкрепя от едно логическо заключение, за което е предварително известно, че е ясно и добре познато в практиката²⁰. Различно е положението, когато в отделния случай освен относителната честота на проява на вероятността са налице и емпирични данни, които променят степента на вероятност и ѝ придават различно значение на основанието за постановяване на правораздавателни актове. Например, направеният самопризнание обвиняем е бил наблюдаван по време на извършване на деянието в близост на местопрестъплението от очевидци или преди престъплението е съобщил на широк кръг лица за намерението си да извърши престъпно посегателство. Тогава вероятността самопризнанието да е достоверно вече не е 0,8 поради по-добрата информираност и фактическата основа за вземане на решение се е изменила по посока на подобрение. Това води до извод, че вероятностното е вече положение почти сигурно истинно, достоверно. Така е, защото би следвало да е възможно състоятелността на едно виждане, на една процесуална позиция да получи или да не получи потвърждение въз основа на натрупания практически опит. Затова трябва да са налице редица условия, които не могат да се осъществят при провеждане на съдебното разследване на фактическото положение на нещата, защото индуктивното съждение не допуска качествена оценка на различните събрани по делото доказателства (данни, факти, фактически данни). В сравнение с относителната вероятност системата на логическата вероятност притежава едно предимство, което следва да бъде подчертано; като се опира на съвкупността на събрания и проверен по делото фактически материал с доказателствено значение логическата вероятност позволява да се направи състоятелен извод за емпиричната действителност. За това е без значение колко широка е основата на емпиричния опит, т. е. колко голям брой наблюдения и констатации трябва да са налице. Логическата вероятност обаче губи своята ценност и не може да бъде използвана за постановяване на процесуални актове, ако не изясним необходимостта от субективизиране на обективната вероятност и това има връзка не толкова с логически, колкото със статистически подходи за формиране на знанието.

²⁰ Вж. Essle W-K., *Induktive Logik*, 1970, München, „Alber“, s. 65.

Постигането на субективна вероятност в никакъв случай не е въпрос на психологията, пренесена на територията на правораздаването. При нея се приема, че предмет на едно вероятностно съждение е субективната оценка на вероятността на една хипотеза, отнесена към субективния опит на рационално действащия субект²¹. Вероятностното понятие изхожда имплицитно от данни, придобити чрез практически опит на субекта на познанието. Оценката трябва да води до убеденост на съдията в това, което е истина и в това отношение може да се говори за едно вероятностно изчисление, с което се преценява наличието на релевантни факти²². Това изчисление по законите на математическите методи може да се степенува. Степените могат да бъдат като смисъл диаметрално противоположни. Например съжденията „Очевидно, сигурно, вероятно, предполага се виновността на обвиняемия, за сметка на неговата невинност” и „Обвиняемият е по-скоро невинен, отколкото виновен, понеже това е предполагаемо, очевидно, вероятно, сигурно”. В тази рамки на две крайности съдията трябва да се произнесе относно установеността на релевантните по делото обстоятелства по отношение на един престъпен състав. И това е въпрос на субективни възможности на магистрата, върху които могат да окажат въздействие и някои формални правни правила като презумпцията за невинност и принципа „in dubio pro libertate”. Има разлика между институтите на тежестта на доказване и онази познавателна стойност, която се дава от степента на вероятност²³.

Schreiber определя доказателствения материал от гледна точка на неговата надеждност и дефинира стойността на всеки източник на доказателства предвид на вероятността за истинност на информацията, съдържаща се в съответното доказателствено средство. Най-пряк пример за това е значението и стойността на показанията на свидетелите за възпроизвеждане на получени от тях възприятия²⁴. Като използва математически методи, авторът приема за стойност 0 – показанията са с вероятност, граничеща със сигурност за неистинност. Стойност 50 указва, че показанията са напълно недостоверни, те са колкото вероятни, толкова и невероятни. Достоверност 100 означава, че показанията са със вероятност, граничеща със степен на сигурност. Положителна е инициативата да се реализира процеса на оценка на доказателствените материали, той обаче едва ли е напълно състоятелен със значение да бъде използван по наказателни дела. Със средствата на формалната вероятностна логика не могат да се решат проблемите на познанието на действителността; истината е съдържателна по своето естество и поради това не

²¹ В този смисъл Kirsc, W., *Entscheidungsprozesse*, I 1970, Wiesbaden, „Gabler” Verlag, s. 44.

²² Вж. Bolding, *Sachaufklärung*, s. 57 ff, чието виждане е доразвито в немската правна доктрина от Ekelof, *Beweiswürdigung*, s. 289 ff.

²³ Вж. в този смисъл Sax W, *Strafrechtspflege – Grundrechte*, 1959, 3, Berlin, „Duncker u. Humblot” Verlag, s. 837; Schneider, P. *In dubio pro liberjdje*, – In: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, 1960, Karlsruhe s. 263 ff; Ekelof, *Beweiswürdigung*, s. 16.

²⁴ Вж. Schreiber, *Beweiswert*, s. 25 ff.

е възможно да се улови и вкара многообразието на обективната реалност в една изцяло логическа система. „Истинността на логическите факти е независима от действителността“²⁵. Не може да не се признае, че има известна връзка между степените на достоверност и математическата вероятност, но във флагрантни случаи. По наказателни производства с правна и фактическа сложност тази теория е неприложима. Също така не може всичко да се опише с числа. За всички познати теории, касаещи наказателното разследване на факти и обстоятелства, липсва статистическа основа за тяхната безусловна подкрепа. Полезността на математическите способности силно намалява при положение, че следва да се преценяват изрази като „предполага се“, „по-скоро истинно, отколкото неистинно“, „със сигурност“ и т. н. Тези способности не позволяват отчитане на различната тежест на различните доказателства. Това, че едно доказателство може и нищо да не докаже, но във връзка с други доказателствени материали може да добие релевантност за правилното решаване на наказателно дело – да установи престъпен състав или поне отделни негови страни, не се отчита от системата на Schreiber. Последната се стреми да оцени всичко с цифрови и математически способности. Българският наказателен процес неотстъпно борави с изискването за пълна доказаност и достоверна обосновааност за виновността на подсъдимия за постановяване на осъдителна присъда. Това обаче не е неизменен постулат. Ако заключението следва да бъде направено въз основа на 100 по отношение на достоверността на източниците на доказателства, то това и въз основа на личния опит и на натрупаната процесуална практика е под съмнение да се постигне безсъмнена доказаност на 100 и осъждане на привлечения към наказателна отговорност. Не винаги могат да бъдат правилно отразени и разбрани различните общи теории на познанието, преценката на показанията, установяване на причинността, значението на дадените самопризнания не винаги могат да създадат позиция без колебания у правораздавателния съдия.

Предвид на посоченото по-горе за вероятностната система може да се твърди, че тя не е единствено средство за оценка на доказателствените материали, но може да служи за същинската преценка на доказателствения материал. Във връзка с това е задължителното условие съдията да оцени всяко отделно доказателство, независимо от доказателствената съвкупност и да формулира мнение за доказателствената му стойност. Това следва да стане без да се допусне безконтролно отношение на магистрата и като се вземат предвид процесуалните позиции на всички субекти на наказателния процес, при оценка предвид на всички аспекти на изказаните от тях становища. Такава извънсубективна оценка има предимството да е широко представителна, основана на опита и процесуалната практика²⁶. След отчитане на индивидуалната преценка на доказателствата трябва да се определи общата доказателствена стойност, която може да мотивира съдията да провери още веднъж убеждението, което са създали у него доказателствата и

²⁵ Вж. Hassemer, Tatbestand, s. 40.

²⁶ Вж. Sauer, W., Prozessrechtslehre, s. 192.

доказателствените средства. По този начин се осигурява рационална преценка на доказателствата и се осигурява прозрачност на процеса на установяване на обективната истина от съдията. Тава отново обосновава неприложимостта на математическите методи за обясняване на вероятностната система, защото комплексният характер като набор от определени обстоятелства на състав на престъпление осуетява реалното приложение на математическите методи²⁷.

²⁷ Вж. в този смисъл Bohne, A. *Wahrscheinlichkeit*, s. 1379.

Ключови думи

*Дете, защита,
комуникационни права,
Конвенция за
правата на детето,
редакционно съдържание,
търговско слово.*

Key words

*Child, Protection ,
Communication Rights,
Convention on the Rights of
the Child, Editorial Content,
Commercial Speech.*

Raina Nikolova

Communication Rights of the Child

**Prof. Raina Nikolova,
Dr. Habil.**

*Member of the Law
Department of New
Bulgarian University,*

*e-mail:
rnikolova@nbu.bg.*

*Professor
of Administrative Law*

*Areas of specialization:
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 the public law aspects of the exercise of the child's communication rights. It defines two types of communication rights – in a broad sense and in a narrow sense. It presents the current normative framework of the child's communication application in the contemporary society. It comments cases of violations of the legislation.

Райна Николова

Комуникационните права на детето*

Увод

Вгълбени в своето забързано ежедневие, твърде често не забелязваме какво се случва край нас с децата. Забравяме, че и ние сме били деца, и също като тях сме горели от нетърпение да пораснем и да се превърнем в активни граждани, добри родители, успешни професионалисти. Пропускаме, че децата представляват достатъчно значима група от нашето общество, способна да предизвика сериозни трансформации в разбиранията ни за живота. Не защото разполагат с толкова голяма физическа сила, не и защото могат да участват в избори. А защото само един детски поглед, само един детски въпрос биха могли да разрушат цяла старателно изградена, но лъжлива и погрешна концепция, която сме лансирали пред тях, при това с типичната за възрастните самоувереност.

Безспорно е, че съществува обществен интерес от дискусията за държавната политика при осъществяването на закрила на комуникационните права на детето, като се дефинират двете основни групи комуникационни права – в широк и тесен смисъл на това понятие. Настоящото изследване си поставя за задача да изследва правната уредба на комуникационните права на детето в България и нейното практическо приложение. Анализът ни е насочен към оценка на ефективността на националната институционална защита на комуникационните права на детето в тесен смисъл в периода 2008–2018 г.

* Темата е разгледана на 4 април 2018 г. в рамките на общоуниверситетския семинар „Права на човека”, организиран от департаментите „Право”, „Политически науки“ и „Здравеопазване и социална работа“ на НБУ.

1. Комуникационни права на детето

Терминът „комуникация“ произтича от латинската дума *communicare* (общувам) и се определя най-общо като предаване на съобщения или информация от подател до получател; както и като резултат от всеки процес: съобщение, изказване, знак, текст¹. Комуникацията изпълнява няколко основни функции:

- а) информационна,
- б) контролна,
- в) социална и
- г) изразна².

Нейната информационна функция се свързва с разпространението и обmena на съобщения и сведения за нещо. Контролната функция на комуникацията се изразява в извършването на проверка и наблюдение с цел оценка на конкретен процес. Социалната функция на комуникацията разкрива основните връзки, отнасящи се до живота на хората в определена група или в обществото като цяло. Изразната функция на комуникацията намира приложение, когато се изказват мисли и чувства; когато се показват, изявяват настроения чрез поглед, жест, държание. Комуникационният процес може да протече в рамките на междуличностно (персонално) общуване и или на масово (публично) общуване с помощта на различни комуникационни средства – устно, писмено, печатно или по друг начин.

1.1. Комуникационни права на детето в широк смисъл

Комуникационните права на детето в широк смисъл щат всички онези социални отношения, в които то встъпва, общувайки по някакъв начин. Без значение дали става въпрос за междуличностно или масово общуване. Тези права включват един значителен кръг от социални връзки, които се развиват в последователен ред в процеса на човешкото развитие до момента на достигането на лицето на пълнолетие, когато спецификата на правата отпада. Те имат както материалноправен, така и процесуалноправен характер. Това са:

- а) Право на семейни връзки и благоприятна среда

Правото на семейни връзки и свързаната с тях благоприятна среда се отнася до началните моменти на човешкото развитие, когато детето има правото да се научи да говори и да общува вербално с най-близките си в нормална и подходяща среда. Участието в живота на фамилната общност е първата стъпка към упражняването на останалите негови права, които се съдържат структурирано в системата от специфични свободи.

- б) Право на изразяване на мнение, когато възрастните взимат решения, които засягат детето

Правото на изразяване на мнение, когато възрастните взимат решения, които засягат детето, показва възможността детето активно да се включва в комуни-

¹ Chandler, D., Munday R., A Dictionary of Media and Communication. Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 58.

² Rosengren, K. Communication. An Introduction. SAGE Publications, London, 2006, p. 45.

кационния процес, формирайки своя собствена воля, която да бъде зачитана в решаващи за неговото физическо, психическо и нравствено развитие моменти. В началото на своя живот детето разчита на това да бъде научено на нещо – да чува думи и изрази или да вижда жестове и поведение. При изразяването на мнение е налице много по-дейно участие в общуването, защото детето е придобило по-голяма увереност. Откроява се ясно способността му да осъществява своите желания и да постига целите, които си е поставило. Това комуникационно право има особено важно значение за формирането на личността.

в) Право да получава и споделя информация винаги, когато тази информация не му вреди или не вреди на други хора

Детето има основното комуникационно право да получава информация, както и да я споделя. Детето има право да получава не каквато и да е информация, а такава, която не му вреди на него лично или на други хора, като се имат предвид неговите близки. И ако в предходните два случая доминира персоналният характер на общуването в рамките на семейната среда, то при правото да получава информация се намесва институционалната, разбираана като държавна защита на неговите интереси, която има вече публичноправен характер, защото е предназначена да защити не персоналния интерес на конкретното дете, а обществения интерес да закриля определена обществена група.

г) Право да мисли и вярва в каквото желае

Получаването и споделянето на информация подпомага надграждането на възможностите за общуване на човека. Информацията има особено съществена роля при изграждането на представата за околния свят. В най-голяма степен тя въздейства върху възприятието за живота. Ето защо информацията съдейства за упражняването на свободата на мисълта, схващана като свободата на детето да поддържа определен факт или гледна точка, независимо от мненията на останалите членове на обществото.

д) Право да упражнява религията, която желае, без да нарушава това право на други лица

Религията е организирана система от вярвания и мирогледи, които свързват хората с определен порядък на съществуване. Думата „религия“ произлиза от латинската дума „religio“, която означава „уважение към свещеното, почитане на боговете“. Убежденията, както и вярата в определени символи и истории имат за задача да създадат практически правила за начина, по който живее човек. Свободата на мисълта е непосредствено свързана със свободата детето да избере какви да са неговите религиозни вярвания.

е) Право да участва в дейността на организации, без с това да пречи на други лица да упражняват своите права

С увеличаването на възрастта и придобиването на по-голям житейски опит в комуникацията детето достига до възможността да участва в живота на различни общности, като изявява таланта и изразява възгледите си. Детето започва да открива и споделя еднакви ценности с връстници. Това е възможно да се случи във възможно най-ранна възраст. В системата от права възниква и правото на детето да участва в дейността на организации, като разширява кръга от социални връзки и се включва все по-динамично в публичната комуникация.

ж) Право на достоверна информация от медиите

Медиите трябва да доставят информация, която децата да могат да разбират. Вън от всяко съмнение е задължението им да осигуряват точна и обективна информация. Лесният достъп до съдържанието им ги превръща във влиятелен фактор при формирането на мнение. Масовият им характер спомага те да се превърнат в меродавен и автентичен източник на информация за детето. Не винаги това доверие може да бъде оправдано. По тази причина държавата следва да създаде гаранции, доколкото защитава обществения интерес, медиите да не популяризират материали, които могат да навредят вече не на конкретното дете, а на всички деца като специфична група потребители на съдържание.

з) Право на образование

Взаимосвързано с изброените комуникационни права е правото на детето на основно образование. Възпитанието, което започва в семейната среда, следва да получи своето развитие в по-различна обществена система, която предоставя определени знания с цел подготовката на човека да изяви своите способности след навършването на пълнолетие. Комуникационният процес в рамките на образованието заема съществено място в живота на детето. Училището като обществена институция изпълнява не само образователна, но и възпитателна и социална функция. То съдейства детето да придобие познание, да обогати комуникацията си, като общува със своите връстници и учители, да възприеме определено социално поведение.

и) Право свободно да използва езика и обичаите на семейството си

Принадлежността към определена социална единица, каквато е семейството, създава сигурност в държането на подрастващия млад човек. Придържането към обичаите на фамилията дава възможност на детето да поддържа установените родови традиции, да познава своето минало, да уважава своя произход и този на близките си.

к) Право да участва в културни и творчески дейности

Възможността да изразява своя талант и способности в една разнообразна среда от връстници и по-възрастни хора като осъществява културни и творчески дейности е онова комуникационно право на детето в широк смисъл, с което то разполага вследствие на упражняването на останалите материални права, споменати дотук. То е най-висшата и пълноценна форма на общуване и изява на детето. Представянето на неговото дарование, популяризирането по този начин на неговите заложи е пътят към утвърждаването на хармоничната личност.

л) Право на защита на интересите на детето

Изброените по-горе комуникационни права в широк смисъл са с материално-правен характер. Чрез отстояването на всички тях с помощта на многообразни процесуални способности се реализира процесуалното право на защита на интересите на детето.

1.2. Комуникационни права на детето в тесен смисъл

Комуникационните права на детето в тесен смисъл са правата на детето по повод разпространението на медийно съдържание. Те биват два основни вида – активно комуникационно право и пасивно комуникационно право. Активното ко-

муникационно право е това, което детето упражнява като участник в медийното съдържание. Пасивното комуникационно право е правото на детето на благоприятно медийно съдържание в качеството му на потребител на такова съдържание.

1.2.1. Международноправна уредба

Международноправната уредба на комуникационните права на детето в тесен смисъл се съдържа в международните договори с материалноправен характер.

а) Материалноправна уредба

Всеобща декларация за правата на човека на ООН

Всеки човек има право на [...] изразяване; тази свобода включва правото [...] да търси, да получава и да разпространява информация и идеи чрез всички средства и без оглед на държавните граници (член 19 от Всеобщата декларация за правата на човека).

Детето се ползва от това комуникационно свое право наравно с останалите граждани. Като част от една особена група лица обаче, то се подчинява на различен режим, при който среща друг вид обществена подкрепа: „децата се ползват с особени грижи и подпомагане“ (член 25, параграф 2 от Всеобщата декларация за правата на човека). Тази подкрепа се осъществява от цялото общество и от държавата, включително при упражняване на комуникационните права на тази социална група лица.

Конвенция за правата на детето на ООН

Активното комуникационно право на детето е уредено в член 13, параграф 1 от Конвенцията за правата на детето:

Детето има право на свобода на изразяване на мнение:

- свободата да търси,
- свободата да получава и
- свободата да предава информация и идеи от всякакъв вид независимо от границите в устна, писмена, печатна форма или под формата на изкуство, или чрез каквито и да са други информационни средства по избор на детето.

Това право не е абсолютно. То търпи ограничения, които са уредени в параграф 2 на същия член:

Упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение може да подлежи на известни ограничения, но те трябва да бъдат само такива, които са предписани от закона и са необходими:

- а) за зачитане правата или репутацията на другите, или
- б) за защита на националната сигурност или общественения ред, или на общественото здраве и морал.

Спрямо пасивното комуникационно право се поставя изискване държавите – страни по Конвенцията, да признават важната функция, изпълнявана от средствата за масова информация и осигуряват на всяко дете *достъп до информация* и материали от различни национални и международни източници, особено тези,

насочени към подобряване на неговото социално, духовно и морално благосъстояние и физическо и умствено здраве (член 17, параграф 1).

Държавите – страни по Конвенцията трябва да насърчават средствата за масова информация да разпространяват информация и материали от социална и културна полза за детето, като се споразумяват, че образованието на детето трябва да бъде насочено към:

а) развитието на личността на детето, на неговите таланти, умствени и физически способности до най-пълния им потенциал;

б) развитието на зачитането на човешките права и основните свободи и на принципите, провъзгласени в Устава на Организацията на обединените нации;

в) развитието на чувството на уважение към родителите на детето, към неговата собствена културна самоличност, език и ценности, към националните ценности на страната, в която детето живее, на страната, от която то произхожда и на цивилизации, различни от неговата собствена;

г) подготовката на детето за отговорен живот в свободно общество, в духа на разбирателство, мир и толерантност, равенство между половете и дружба между всички народи, етнически, национални и религиозни групи и коренно население;

д) развитието на чувството на уважение към природната среда (член 29).

Държавите – страни по Конвенцията трябва да насърчават международното сътрудничество в *производството, обмена и разпространението* на такава информация и материали от различни културни, национални и международни източници³:

Радио- и телевизионни организации	2012	2013	2014	2015	2016
Радиостанции – бр.	87	83	85	84	84
Общо радиопредавания (часове)	657037	650464	672959	704584	710 281
Детски и младежки радиопредавания	7741 (1%)	6749 (1%)	6654 (0.9%)	6096 (0.86%)	7 164 (1%)
Телевизионни станции – бр.	114	103	112	116	121
Общо телевизионни предавания	732731	716466	773256	731207	783 472
Детски телевизионни предавания	9499 (1%)	21782 (3%)	18882 (2%)	14724 (2%)	12 391 (1.5%)
Младежки телевизионни предавания	3895 (0.05%)	4312 (0.06%)	3657 (0.04%)	3613 (0.05%)	5 739 (0.07%)

Държавите трябва да насърчават *производството и разпространението на детски книги*.

³ По данни на Националния статистически справочник за 2016 г. София, Национален статистически институт, 2016 г., с. 91–92.

В този аспект България се справя със задачата по следния начин:

предназначение	заглавия	тираж	година
Литература за деца и юноши	233	431 000	2014
Художествена литература за деца и юноши	194	347 000	2014
Научнопопулярна литература за деца и юноши	39	85 000	2014
Литература за деца и юноши	144	209 000	2015
Художествена литература за деца и юноши	92	115 000	2015
Научнопопулярна литература за деца и юноши	52	94 000	2015
Литература за деца и юноши	387	413 000	2016
Художествена литература за деца и юноши	260	242 000	2016
Научнопопулярна литература за деца и юноши	127	171 000	2016

Държавите трябва да насърчават средствата за масова информация особено да зачитат *езиковите нужди* на детето, принадлежащо към малцинствена група или към коренното население.

Съществува задължение за институционална защита правата на детето. Държавите трябва да насърчават разработката на подходящи *насоки за защита* на детето от информация и материали, вредни за неговото благосъстояние.

Държавите – страни по Конвенцията, полагат всички усилия за осигуряване признаването на принципа, съгласно който *двамата родители носят обща отговорност* за отглеждането и развитието на детето. Родителите или според случая законните настойници носят първостепенна отговорност за отглеждането и развитието на детето. Висшите интереси на детето са тяхна основна грижа (член 18, параграф 1 от Конвенцията за закрила на детето). Държавата чрез своите институции (Държавната агенция за закрила на детето, Съветът за електронни медии (СЕМ), Изпълнителна агенция „Национален филмов център“) подкрепя родителите в тази насока.

б) Процесуални измерения на комуникационните права на детето

Процесуалните измерения на упражняването на комуникационните права на детето се изразяват в реализирането на защита на закрепените материални права. Международната процесуалноправна защита се предприема, когато са изчерпани националните механизми за защита. Факултативният протокол към Конвенцията за правата на детето за процедура по комуникация (Относно процедура за подаване на жалби до Комитета по правата на детето) урежда този въпрос. Целта на този Протокол е да „укрепи и допълни национални и регионални механизми, които позволяват на децата да подават жалби за нарушаване на правата им“. Намесата на Комитета по правата на детето е налице при нарушаване на човешките права на децата, малтретиране или сплашване в следствие на подаване

на жалби към Комитета или сътрудничество с него на основание на Факултативния протокол относно процедурата за подаване на жалби.

Индивидуални жалби могат да бъдат подадени от или от името на лице или група лица под юрисдикцията на държава – страна по Протокола, които твърдят, че са жертви на нарушения от съответната държава–страна по Протокола на което и да е от правата в Конвенцията (член 5 от Протокола).

Комитетът по правата на детето уведомява съответната държава – страна за всяка жалба, която е подадена до него на основание Протокола възможно най-бързо. Държавата – страна по Протокола подава на Комитета писмени обяснения или изявления, изясняващи предмета на жалбата и вътрешноправното средство за защита, ако има такова, което е можела да предостави. Държавата – страна подава своя отговор възможно най-скоро и в рамките на шест месеца (член 8 от Протокола).

Комитетът разглежда жалби, получени на основание Протокола възможно най-бързо, в контекста на цялата подадена документация, при условие че тази документация е предадена на засегнатите страни. След разглеждане на жалбата, той незабавно предава своето мнение по отношение на жалбата, заедно с препоръките, ако има такива, на засегнатите страни (член 10 от Протокола).

Държавата – страна отдава дължимото внимание на мнението на Комитета, заедно с препоръките, ако има такива и подава писмен отговор до Комитета, включително информация за всички предприети и предвидени действия в съответствие с мнението и препоръките на Комитета. Държавата – страна подава отговор възможно най-бързо и в срок от шест месеца (член 11 от Протокола).

1.2.2. Правото на Европейския съюз

В областта на комуникационните права на детето в рамките на правото на Европейския съюз специално внимание се отделя в Директива 2010/13/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 10 март 2010 година за координирането на някои разпоредби, установени в закони, подзаконови и административни актове на държавите членки, отнасящи се до предоставянето на аудиовизуални медийни услуги (Директива за аудиовизуалните медийни услуги). Отделна норма в нея (член 27) е посветена на закрилата на непълнолетните и малолетните:

1. Държавите членки вземат подходящи мерки, за да гарантират, че предаванията на телевизионните оператори, които се под тяхна юрисдикция, не включват предавания, които биха могли сериозно да увредят физическото, умственото или моралното развитие на непълнолетните, в частност предавания, съдържащи порнография или неоправдано насилие.

2. Мерките, предвидени в параграф 1, се разпростират също върху други предавания, които биха могли да увредят физическото, умственото или моралното развитие на непълнолетни, освен ако е гарантирано, чрез избор на времето на предаването или чрез друга техническа мярка, че непълнолетните, които попадат в обсега на излъчването, обикновено няма да чуят или видят такива предавания.

3. Освен това, когато такива предавания се излъчват в некодирен вид, държавите членки гарантират, че те се предшестват от звуково предупреждение или се идентифицират с визуален знак през цялото време.

Доклад на Европейската аудиовизуална обсерватория показва следните данни, които свидетелстват за значителния интерес към детската тематика в сферата на комуникациите:

В Европа се предлагат **329 детски телевизионни програми** (включително различни езикови версии), които представляват 6% от всички национални и международни телевизионни програми, установени в Европа. Малко над половината от тях са създадени в Обединеното кралство (56%). Други основни държави, под чиято юрисдикция се създават детски програми, са Чешката република (9%), Русия (7%), Нидерландия (6%), Италия (5%) и Германия (5%).

Около 85% от детските телевизионни мрежи в Европа са собственост на частния сектор, като приблизително две от три частни мрежи са с европейски произход.

Средният дневен дял на аудиторията за детски телевизионни програми в Европа достига 5% през 2015 г. Пазари като Румъния (7,5%), Италия (6,4%) и Унгария (6,3%) показват по-високи предпочитания към този вид телевизионни програми.

Осемте детски телевизионни мрежи с произход САЩ, обхващащи над 80% от американските рейтинги за детски програми, са: Disney Channel (27%); Nickelodeon (16%); Cartoon Network (10%); Disney Junior (8%); Boing (8%); Nick Jr. (5%); Boomerang (5%) и Cartoonito (3%).

Първите четири паневропейски телевизионни групи под юрисдикцията на САЩ, обхващащи над 90% от американските рейтинги за детски програми, са: Walt Disney (39%); Time Warner (26%); Viacom (23%) и AMC (4%)⁴.

1.2.3. Националноправна уредба

Националната правна уредба в областта на закрила на правата на детето се съдържа в Конституцията, както и в материалноправните норми и процесуалноправните норми на законодателните актове, които уреждат комуникацията в областта на редакционното съдържание и търговското слово.

а) Материалноправна уредба

Конституцията на Република България урежда активното комуникационно право на детето:

„Чл. 39. (1) Всеки има право да изразява мнение и да го разпространява чрез слово – писмено или устно, чрез звук, изображение или по друг начин.

(2) Това право не може да се използва за накърняване на правата и доброто име на друго и за призоваване към насилствена промяна на конституционно установения ред, към извършване на престъпления, към разпалване на вражда или към насилие над личността.

⁴ Media Ownership: Children’s TV channels in Europe - Who are the key players? European Audiovisual Observatory (Council of Europe), Strasbourg, 2017, p. 9. Докладът е достъпен на адрес: <https://rm.coe.int/media-ownership-children-s-tv-channels-in-europe-july-2017-l-ene-/1680788fd1> [Последен достъп на 1.9.2018 г.].

[...]

Чл. 41. (1) Всеки има право да търси, получава и разпространява информация. Осъществяването на това право не може да бъде насочено срещу правата и доброто име на другите граждани, както и срещу националната сигурност, общественения ред, народното здраве и морала.

(2) Гражданите имат право на информация от държавен орган или учреждение по въпроси, които представляват за тях законен интерес, ако информацията не е държавна или друга защитена от закона тайна или не засяга чужди права⁵.

В контекста на комуникационните права на детето в широк смисъл основният закон предвижда неговите комуникационни права да се упражняват в рамките на два социално регулиращи фактора – семейната среда и държавната подкрепа:

Отглеждането и възпитанието на децата до пълнолетието им е право и задължение на техните родители и се подпомага от държавата (чл. 47, ал. 1).

Всеки има право да се ползва от националните и общочовешките културни ценности, както и да развива своята култура в съответствие с етническата си принадлежност, което се признава и гарантира от закона. Свободата на художественото, научното и техническото творчество се признава и гарантира от закона (чл. 54, ал. 1 и ал. 2).

Тълкувателно решение № 7 от 4.06.1996 г. на Конституционния съд на Република България по к. д. № 1 от 1996 г. въвежда критерия „добри нрави“ при нравственото формиране на подрастващите в областта на комуникацията. Накърняването на добрите нрави е „недопустим от гледище на Конституцията ефект на отделни публикации, предавания и др.“. Освен това според Конституционния съд „публичният морал представлява област, в която са меродавни най-вече националните традиции и култура. Недопустимостта обаче да се накърняват добрите нрави не се свежда само до това да се спазват изискванията за обществено благоприличие, формирани вследствие на традициите на даденото общество. В обществен интерес е например *добрите нрави* (курсивът мой) да бъдат критерий при формирането на подрастващите“. Запазването на добрите нрави, разбирани като критерии за обществено благоприличие, установени в обществото с цел неговото съхраняване, е водещ принцип, тъй като е налице интерес да се поддържа „*нравственият интегритет на обществото* (курсивът мой)⁶“.

⁵ Относно конкуренцията и баланса между свободата на словото, достъпа до информация и защитата на личните данни вж. Матеева, С., Топчийска, Д. Медии и право. Годишник на департамент „Право“ на НБУ за 2013 г. София, НБУ, 2014, ISSN 1314-8087, с. 90–111 и Топчийска, Д. Protecting privacy in social media. – in Rico, L. (ed.) *Controversial Matters in Media Ethics*. Spain, Dykinson S. L., ISBN: 978-84-9085-989-6, pp. 113–128.

⁶ Вж. по подробно в Михайлова, Е. Парламентарният надзор над медиите след 1989 г. Сборник от Национална научнопрактическа конференция: Медиите в България: 25 години по-късно, 2015, с. 60 и сл.

Налице е важен социален и нравствен проблем по повод на комуникацията на непълнолетните, поради което Конституционният съд обръща внимание, че „децата и подрастващите са по-уязвими от възрастните. Техният светоглед е все още неустановен. Обикновено те са лишени от възможност за свободен и разумен избор на радио- и/или телевизионна програма. Те са подложени в най-голяма степен на отрицателните последици от неконтролираното разпространение на информация в съвременния свят. Опазването на тяхното здраве и създаването на нормални условия за психическото, физическото и нравственото им развитие е в интерес на цялото общество и държавата. Затова в отделни хипотези дори са възложени конституционни задължения на държавата и обществото – аргумент от чл. 47, ал. 1 („отглеждането и възпитанието на децата [...] се подпомага от държавата“) и чл. 47, ал. 4 („Децата, останали без грижата на близките си, се намират под особена закрила на държавата и обществото“) от Конституцията. По общ начин този принцип е изразен в чл. 4, ал. 2 от Конституцията – „Република България гарантира живота, достойнството и правата на личността и създава условия за свободно развитие на човека и гражданското общество“⁷.

Наказателен кодекс

Наказателният кодекс въвежда забрана за създаването и разпространението на порнографски материал, като разпоредбата на чл. 159, ал. 1 урежда 8 отделни изпълнителни деяния с предмет порнографски материали, всяко едно от които е съставомерно като отделно престъпление⁸:

„Чл. 159. (1) Който създава, излага, представя, излъчва, предлага, продава, дава под наем или по друг начин разпространява порнографски материал, се наказва с лишаване от свобода до една година и глоба от хиляда до три хиляди лева.

(2) Който разпространява чрез информационна или съобщителна технология или по друг подобен начин порнографски материал, се наказва с лишаване от свобода до две години и глоба от хиляда до три хиляди лева.

(3) Който излага, представя, предлага, продава, дава под наем или по друг начин разпространява порнографски материал на лице, ненавършило 16 години, се наказва с лишаване от свобода до три години и глоба до пет хиляди лева⁹.

(4) За деянието по ал. 1–3 наказанието е лишаване от свобода до шест години и глоба до осем хиляди лева, когато:

1. за създаването на порнографския материал е използвано лице, ненавършило 18-годишна възраст, или лице, което изглежда като такова;

⁷ Решение № 21 от 14.11.1996 г. по к. д. № 19 от 1996 г. на Конституционния съд на Република България, обн., ДВ, бр. 102 от 1996 г.

⁸ Решение № 30 от 22.3.2011 г. по в. н. о. х. д. № 605 от 2010 г. на Окръжен съд – Кюстендил

⁹ Решение № 219 от 16.2.2012 г. по в. н. о. х. д. № 4593 от 2011 г. на Софийски градски съд, Наказателно отделение, XII въззивен състав.

2. за създаването на порнографския материал е използвано лице, което не разбира свойството или значението на извършеното;

3. е извършено от две или повече лица;

4. е извършено повторно.

(5) Когато деянието по ал. 1–4 е извършено по поръчение или в изпълнение на решение на организирана престъпна група, наказанието е лишаване от свобода от две до осем години и глоба до десет хиляди лева, като съдът може да постанови и конфискация на част или на цялото имущество на дееца.

(6) Който държи или набавя за себе си или за друго чрез информационна или съобщителна технология или по друг начин порнографски материал, за създаването на който е използвано лице, ненавършило 18 години, или лице, което изглежда като такова, се наказва с лишаване от свобода до една година и с глоба до две хиляди лева.

(7) Наказанието по ал. 6 се налага и на онзи, който чрез информационна или съобщителна технология съзнателно осъществи достъп до порнографски материал, за създаването на който е използвано лице, ненавършило 18-годишна възраст, или лице, което изглежда като такова.

(8) В случаите по ал. 1 – 7 съдът може да наложи и лишаване от право по чл. 37, ал. 1, т. 6 или 7.

(9) Предметът на престъплението се отнема в полза на държавата, а ако липсва или е отчужден, се присъжда неговата равностойност”.

„Порнографски материал“ е изготвен по какъвто и да е начин, неприличен, неприемлив или несъвместим с обществения морал материал, чието съдържание изобразява реално или симулирано блудствено действие, съвкупление, полово сношение, включително содомия, мастурбация, сексуален садизъм или мазохизъм, както и похотливо показване на половите органи на лице (чл. 93, т. 28 от Наказателния кодекс).

Закон за филмовата индустрия

Законът за филмовата индустрия (ЗФИ) създава към специализирания административен орган Изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Национален филмов център“ експертен орган, който извършва категоризация на филмите. Това е Националната комисия за категоризация на филми към Изпълнителна агенция „Национален филмов център“. Комисията предлага на изпълнителния директор на агенцията категория за всеки филм, подлежащ на разпространение и/или показ на територията на Република България (чл. 11, ал. 3 от ЗФИ).

Националната комисия за категоризация на филми в 7-дневен срок от получаването на редовно оформеното искане определя категория на филма, както следва:

1. категория „А“ – когато филмът е за деца и има възпитателен характер;

2. категория „В“ – когато филмът утвърждава идеалите на хуманизма, популяризира националната и световната култура или по никакъв начин не противоречи на общоприетите морални норми в страната и няма ограничителни препоръки от комисията;

3. категория „С“ – когато филмът съдържа отделни кадри с еротично съдържание или с употреба на алкохол, стимуланти, наркотици или отделни кадри с насилие в тях;

4. категория „D“ – когато филмът съдържа значителен брой кадри с еротично съдържание или с употреба на алкохол, стимуланти, наркотици или значителен брой кадри с насилие в тях;

5. категория „X“ – когато филмът е натуралистично-еротичен (чл. 37, ал. 4 от ЗФИ). Филми, чието съдържание противоречи на общоприетите морални норми, които възхваляват или оневиняват жестокост, насилие или употреба на наркотици, подбуждат към ненавист на основата на расов, полов, религиозен или национален признак, не се категоризират (чл. 37, ал. 5 от ЗФИ). Упражняваният административен контрол на държавата е превантивен.

Във всички обяви и рекламни материали за разпространението и/или показ на филм, както и на опаковката, с която той се разпространява, а също и във визата за разпространение и/или показ се поставят следните надписи в зависимост от категорията, която е получил филмът:

1. при категория „А“ – „Препоръчва се за деца“;
2. при категория „В“ – „Без възрастови ограничения“;
3. при категория „С“ – „Не се препоръчва за деца под 12-годишна възраст“;
4. при категория „D“ – „Забранен за лица под 16-годишна възраст“;
5. при категория „X“ – „Забранен за лица под 18-годишна възраст“ (чл. 41, ал. 3 от ЗФИ). При показ на филми категория „С“ в киносалона не се допускат лица под 12-годишна възраст, освен с пълнолетен придружител (чл. 41, ал. 4 от ЗФИ). При показ на филми категория „D“ в киносалона не се допускат лица под 16-годишна възраст (чл. 41, ал. 5 от ЗФИ). Показът на филми категория „X“ може да се осъществява, при условие че киносалонът е специализиран само за показ на филми с категория „X“ и в него не се допускат лица под 18-годишна възраст чл. 41, ал. 6 от ЗФИ). Забранява се продажбата и отдаването под наем на носители, съдържащи филми категория „D“, на лица под 16-годишна възраст и категория „X“ – на лица под 18-годишна възраст (чл. 41, ал. 7 от ЗФИ).

Като допълнителна мярка на административна принуда законодателят въвежда административно-наказателната отговорност в чл. 47, ал. 1 и ал. 2 от ЗФИ:

Който разпространява или осъществява показ на филми, за които няма виза за разпространение и/или показ или в нарушение на чл. 40 и 41, ако деянието не съставлява престъпление, се наказва с глоба в размер от 5000 до 15 000 лв., а когато нарушението е извършено от юридически лица или еднолични търговци – с имуществена санкция в същия размер.

При повторно нарушение по ал. 1 глобата или имуществената санкция е в размер от 10 000 до 30 000 лв.

Закон за радиото и телевизията

При осъществяването на своята дейност доставчиците на медийни услуги се ръководят от няколко основни принципа на редакционното съдържание. Те са заложиени в чл. 10 от Закона за радиото и телевизията (ЗРТ).

Първите два принципа гарантират комуникационните права на децата:

1. гарантиране на правото на свободно изразяване на мнение и
2. гарантиране на правото на информация.

Първият от тях е развит подробно в чл. 11, ал. 1 от ЗРТ: „Всяко мнение може да бъде изразявано свободно в медийните услуги“. В допълнение на това в чл. 10, т. 7 от ЗРТ се предоставя възможност за упражняване на право на отговор на децата: „гарантиране на правото на отговор в програмите“. То е дефинирано в чл. 18, ал. 1 от ЗРТ: „Лица и държавни и общински органи, засегнати в линейни медийни услуги, в които не са участвали лично или чрез свой представител, имат право на отговор“.

Една разпоредба в чл. 10 (т. 6) от ЗРТ намира по-детайлна уредба в чл. 17 от ЗРТ: „недопускане на предавания, които противоречат на добрите нрави, особено ако съдържат порнография, възхваляват или оневиняват жестокост или насилие или подбуждат към ненавист въз основа на расов, полов, религиозен или национален признак [...]“¹⁰. Задължението на операторите по чл. 17 от ЗРТ да не излъчват вредни по съдържание за децата предавания е конкретен израз на общия принцип, въведен в чл. 10, ал. 1, т. 6 от ЗРТ, за недопускане на предавания, които противоречат на добрите нрави, както и на общото задължение на държавата по чл. 1, ал. 2 от Закона за закрила на детето да „защитава и гарантира основните права на детето във всички сфери на обществения живот за всички групи деца съобразно възрастта, социалния статус, физическото, здравословно и психическо състояние“¹⁰.

Понятието „добрите нрави“ е очертано като родово, а добавката относно порнографията, насилието и жестокостта и подбуждането на ненавист са само някои от признаците на противоречие с добрите нрави, за които трябва се следи особено внимателно¹¹. Въпреки че посоченото изброяване не е изчерпателно, същото дава ориентир относно това в кои области може да се търси безспорна възможност от накарняване на добрите нрави:

- в сферата на сексуалните отношения;
- правото на неприкосновеност на личността;
- цивилизовано отношение към себеподобните и животните;
- различни форми на дискриминация и ксенофобия.

Именно заради липсата на легална дефиниция на „добрите нрави“ и опасността от превратна субективна преценка, давайки подобно примерно алтернативно уточнение, законодателят е подпомогнал както доставчиците на медийни услуги, така и надзорния орган относно контрола при спазване на посочения принцип¹². Ограничението се отнася за всички предавания, излъчвани от достав-

¹⁰ Решение № 8232 от 21.12.2016 г. по адм. д. № 8677 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

¹¹ Решение № 3981 от 13.6.2013 г. по адм. д. № 2063 от 2013 г. на Административен съд – София – град.

¹² Решение от 14.1.2013 г. по адм. д. № 7061 от 2012 г. на СРС, Наказателно отделение, 7 състав.

чиците на медийни услуги, с оглед на което е без значение от кого са създадени – дали от медията или от независим продуцент¹³. Жанровите особености на предаването не освобождават от административно-наказателна отговорност. Трябва да се има предвид, че развлекателният характер на предаването (talk show) не представлява обстоятелство, което изключва задължението на оператора да се съобразява с принципите по чл. 10 от ЗРТ при осъществяването на дейността си¹⁴.

В чл. 17, ал. 2 се предвижда забрана доставчиците на медийни услуги да предоставят за разпространение предавания, които са неблагоприятни или създават опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата. Мотивите за подобно законодателно решение са, че е неприемливо зрителският интерес, съответно приходите на телевизията, да се осигуряват чрез пошлостта, за което крайната цена се плаща от обществото¹⁵. Обикновено децата са лишени от възможност за свободен и разумен избор на радио- или телевизионна програма, като именно те са подложени в най-голяма степен на отрицателните последици от неконтролираното разпространение на информация¹⁶. Разпоредбата на този законов текст цели защитата на децата преди да е настъпило увреждане на тяхното умствено, физическо или морално развитие. Съставомерността на това нарушение не предполага настъпването на вредоносни последици – достатъчно е създаването на предпоставки за такова увреждане – предаването, излъчено от медията в най-гледаното телевизионно време, да е застрашило с увреждане физическото, умственото или моралното развитие на децата¹⁷. Изключително много са житейските хипотези, които могат да бъдат преценявани конкретно, както от гледна точка на съдържание на предаването, така и от гледна точка на спецификата на детската аудитория. Факт е, че децата са специфична уязвима аудитория, която чрез присъщото си любопитство и оставени без родителски надзор (във време, което съвпада с работното време на родителите) би могла да се поддаде на безконтролно възприемане на предлагашите ѝ се предавания. Децата са по-уязвимата аудитория поради неустановения си светоглед и невъзможността да правят разлика между различните жанрове и техните „завоа-

¹³ Решение № 2084 от 2.5.2011 г. по адм. д. № 6114 от 2010 г. на Административен съд – София – град.

¹⁴ Решение № 1495 от 15.5.2010 г. по адм. д. № 6927 от 2009 г. на Административен съд – София – град.

¹⁵ Решение № 1027 от 27.2.2012 г. по адм. д. № 9289 от 2011 г. на Административен съд – София – град.

¹⁶ Решение № 2647 от 29.7.2010 г. по адм. д. № 2994 от 2010 г. на Административен съд – София – град.

¹⁷ Решение № 2162 от 5.5.2011 г. по адм. д. № 973 от 2011 г. на Административен съд – София – град.

лирани“ или директни внушения¹⁸. Такива кадри съдебната практика оценява по следния начин:

– Сюжетът на видеоклипа пресъздавал любовна история между мъж и жена, в която мъжът изневерява на жената. Клипът съдържа кадри, които показват жена по бельо, в близък план с детайли от женското тяло, мъж и жена в интимни пози, женски обувки, връзване на ръце, изсипване на бели перли в устата на момиче, разкъсване на бельото и. Следват сцени, в които мъжът се облича – закопчава ризата си, връзва обувката си, поставя крак между краката на полугола жена. Разбирайки за изневерата, изпълнителката на песента решава да си отмъсти. Заедно с другата жена, връзват мъжа за дъска. С нож е пробита вързана над главата му туба и върху него се излива течност. Следват кадри на изпепелена ръка, а изпълнителката танцува върху праха¹⁹.

– Ролята на медиите при формирането на общественото мнение и особено при формирането на морални ценности у подрастващите е огромна. Поради тази причина са неприемливи предавания, които противоречат на добрите нрави, на националните традиции и култура. Електронните медии следва да се съобразяват с правилата за благоприличие и да си осигуряват зрителски интерес с приемливи за обществото телевизионни формати. Не може като нормално и морално поведение да се приеме показването на гениталиите на другите участници в предаването и на зрителите на предаването²⁰.

– Административно наказание се налага заради липса на преценка от страна на доставчика на медийни услуги, като музикалният редактор на предаването е избрал песента „Видимо доволни“ и я допуснал за излъчване малко преди 21:00 ч. в часови пояс, който предполага широка в случая слушаемост от широка аудитория, включително и от деца²¹.

– Друг пример за нарушение на принципа за закрила на децата от вредно редакционно съдържание е възпроизведен разговор между водещите на предаване и слушателка относно сексуалността, различни сексуални практики, табута и предпочитания. Отговорност на медията е съдържанието на предаването да държи мяра за нормите на обществено благоприличие, да уважава човешкото достойнство, доброто име и авторитет на слушателите, да спомага за формиране на моралните ценности, а не да предоставя на аудиторията съдържание, с което по вулгарен начин се коментират въпроси, свързани с интимността. С оглед характера на предаването (предаване с развлекателен характер, целящо удовлетворяване

¹⁸ Решение от 8.11.2013 г. по адм. д. № 13773 от 2012 г. на СРС, Наказателно отделение, 100 състав.

¹⁹ Решение № 2355 от 7.4.2017 г. по адм. д. № 1598 от 2017 г. на Административен съд – София – град.

²⁰ Решение № 1721 от 16.3.2017 г. по адм. д. № 11577 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

²¹ Решение от 14.7.2016 г. по н.а.х.д. № 21588 от 2014 г. на СРС, Наказателно отделение, 93 състав.

на слушателски желания за музикални поздрав) и времето на неговото излъчване (между 17:00 ч. и 20:00 ч.) може да се направи заключение, че същото е с интензивност да засегне нравствения интегритет на обществото. Нито слушателите, които са се включили да поръчат музикален поздрав, нито останалите слушатели на предаването, включително малолетни и непълнолетни предвид времето на неговото излъчване, следва да бъде допуснато да стават свидетели на неуместното и зле реализирано иронично или самоиронично говорене на водещите. И когато се извършва преценка дали едно или друго поведение засяга добрите нрави, следва да се държи сметка и за времето, мястото и начина на неговото проявление, възможната аудитория, в случая и малолетни лица, чиято склонност към копиране на негативни модели е по-развита, а наред с това интензивността на въздействие върху тази група е съществено по-голяма²².

– По време на предаване са излъчени неколкократно кадрите: снимка на пистолет, снимка на труп на мъж и труп на жена върху него, снимка на труп на дете върху диван, семейни фотографии на убитото семейство и на гробовете. Кадрите не заемат целия екран, черно-бели са и са обозначени с червена точка с цифра 18 в долния десен ъгъл. съдържащият се в предаването аудио-визуален материал не е подходящ за възприемане от малолетни и непълнолетни, тъй като предполага възможно възникване на опасни последици, изразяващи се в смущения и/или увреждания по отношение на оптималното психологическо, нравствено и социално развитие на детската личност²³.

– В друг случай двама от участниците в телевизионното предаване си разменят ругатни и обидни квалификации, които съдържат елементи в противоречие с добрите нрави. Така излъченото телевизионно предаване поражда отрицателно въздействие върху установените морални норми, което е в драстично противоречие с тях, скандализира обществото и се възприема негативно от същото това общество²⁴.

– Използваните похвати за изразяване идеите на авторите на предаването с маскирани нецензурни изрази и жестове са допустими с оглед преследваната обществено полезна цел и не подлежат на контрол и репресия, нито увреждат добрите нрави и обществения морал, защото макар покриването на част от нецензурните изрази със звуков сигнал не е напълно като са оставени на места чуваеми по един или два звука от думата, това не представлява такова тежко нарушение на добрите нрави, като демонстрация на прояви на жестокост или порнография, още повече, че самите думи не са чуваеми изцяло, дори в някои лица от аудиторията

²² Решение № 6093 от 6.10.2016 г. по адм. д. № 6798 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

²³ Решение от 17.7.2015 г. по адм. д. № 2739 от 2013 г. на СРС, Наказателно отделение, 110 състав.

²⁴ Решение от 15.1.2016 г. по адм. д. № 2690 от 2015 г. на СРС, Наказателно отделение, 6 състав.

да се пораздат представи за характера на употребения израз”²⁵. Добрите нрави могат да бъдат счети като обективно съществуващо понятие. Разбирането за тях, макар да е разтегливо, почива на общоприети ценности. За да бъдат нарушени, трябва думите или действията в предаването да бъдат ясни, цялостни, недвусмислено да изразяват вулгарен смисъл, да имат директен неприличен характер, а не съдържанието и смисъла им да се установяват след тълкуване на други фрази или изречения или действия²⁶.

– За скандализиращ факт се възприема това, че млада жена публично и неясно с каква цел сваля своето бельо пред много мъже, че мъж с мобилен телефон снима между нейните крака, а друг мъж целува сваленото от нея бельо. Показаните кадри са от платформата „YouTube“ и се определят като неподходящи за излъчване в телевизионен ефир, тъй като противоречат на добрите нрави. Подобно поведение не може да се приеме за нормално и обичайно, а още по-малко да бъде показано в телевизионен ефир дори и с развлекателна цел. Телевизията представлява важен фактор в съвременното общество. Тя създава ценности, формира съзнания, особено у подрастващите. Много от тях формират своето поведение именно чрез копиране на любими телевизионни герои. Ето защо доставчиците на медийни услуги следва да бъдат особено отговорни при излъчването на предавания с подобно съдържание. Нищо не оправдава тяхното излъчване в сутрешен блок на телевизия с национален обхват и голяма зрителска аудитория²⁷.

– В предаване, в което говореното на водещия е иронично и самоиронично, част от употребените от него вулгарни изрази „fuck off“ и „fuck you“ са цитирани и коментирани по повод образувано съдебно производство за обида. Изразите „мръсни селяндури, гадни“, „тия мръсници, мама им“ и „малки нещастници“ не са използвани като обидно и пренебрежително отношение към аудиторията, както приема районният съд, а са използвани за да се изрази отношение съответно към определено тип битово поведение и към подготвяни по отношение на учениците планове за въвеждане на военно обучение в училищата. Друга част от изразите – „възможно е да ваят и лайна“, „доста акано време“ дори да не са в съответствие с добрия вкус не са от интензивност да засегнат нравствения интегритет на обществото²⁸.

– При предварителната подготовка на предаването водещият е подбрал въпроси, които, макар и да нямат открито порнографско съдържание, предизвикват с пошлостта си негативни емоции у възрастната публика и действат демора-

²⁵ Решение от 5.1.2016 г. по адм. д. № 212 от 2015 г. на СРС, Наказателно отделение, 109 състав.

²⁶ Решение от 22.5.2015 г. по адм. д. № 211 от 2015 г. на СРС, Наказателно отделение, 108 състав.

²⁷ Решение от 8.4.2015 г. по адм. д. № 2527 от 2014 г. на СРС, Наказателно отделение, 10 състав.

²⁸ Решение № 1252 от 4.3.2015 г. по адм. д. № 9116 от 2014 г. на Административен съд – София – град, 13 касационен състав.

лизиращо върху подрастващите. Когато истината е пошла, тя не е обществена ценност²⁹.

– Видеоклипът е рап песен³⁰, чието съдържание е с вулгарно и цинично звучене, със стремеж към създаване на възбудено състояние в резултат на употреба на наркотици, алкохол и секс, с прокламиране на битие, което е санкционирано от закона и общовъзприетите морални норми за етика и социално общуване. Употребена е лексика, характеризирана с просторечие, контрапункт на правилата за приличие. С творческите си идеи авторите на песента са пренебрегнали елементарни изисквания за педагогическо въздействие при формирането на детската психика и предпазването на подрастващите от ранна, с негативна насоченост акселерация. Целяната по-голяма експресивност на израза чрез употребата на непрофесионален жаргон не е елиминирала вулгаризацията на фразата и булевардния изказ. Така предаването е създавало неблагоприятни условия и е създавало опасност от увреждане на физическото и нравственото развитие на децата. Не може да се говори за ирония в авторовите послания, защото същите не са насочени към осмиване на асоциално битие. Не става въпрос и за сатира, тъй като не е експонирано разобличаване на социални и човешки пороци. Правнонесериозно е да се приеме, че е с шеговито, закачливо и забавно съдържание, съответно на съвременните младежки тенденции за социално общуване. Навлизането на нови идеи в културата е естествен процес, който обаче, включително в разглеждания казус, не следва да създава дори предпоставки за застрашаване на детската психика³¹. Текстът на песента не представлява и някаква културна ценност от гледна точка на т.н. хип-хоп култура, тъй като поетичните внушения в нея не са постигнати с изразните средства на тази култура (бърза жаргонна реч, оформена в рими), а прецизно чрез вулгаризми³².

– Децата поради все още неизградената си и лабилна психика са изключително податливи на стимули от средата, в която живеят. Детската психика в момент на изграждане е обектът на защита по чл. 17, ал. 2 от ЗРТ. Законодателят е въздигнал във висша ценност физическото, умственото и моралното развитие на децата. За да е налице нарушение по този текст не е необходимо да има установе-

²⁹ Решение № 1027 от 27.2.2012 г. по адм. д. № 9289 от 2011 г. на Административен съд – София – град.

³⁰ R.A.P. като акроним на Rhithm and Poetry е част от хип-хоп културата, зародила се през 60-те години на XX в. в Карибския басейн, описва бърза и жаргонна реч, представлява смесване на термини от улицата, училището и поезията, като използваният хип-хоп сленг е жаргон, взаимстващ различни езикови особености на отделните общности. Често са използвани и неологизми.

³¹ Решение № 1117 от 28.10.2011 г. по а. н. д. № 1183 от 2011 г. на Районен съд – Велико Търново, Наказателна колегия, 7 състав.

³² Решение от 2.2.2012 г. по к. а. н. д. № 10398 от 2011 г. на Административен съд – Велико Търново.

но реално неблагоприятно въздействие върху физическото, умственото и моралното развитие на децата, а е достатъчно да е налице дори само такава опасност³³.

– Моралът се гради въз основа на житейския опит и мъдрост. Съдът не смята, че е трудно да се извлекат универсалните ценности, тези, които са производни на човешките права и в които намира израз балансът между индивидуални и обществени права, а именно тези, които отразяват общоприетите представи за добро и зло. С излъчване на реплики са били разпространяването конкретни случаи на жестоко отношение и унижаване на човешкото достойнство на конкретна личност. Излъчването на тези реплики е нарушило добрите нрави, като са се коментирали подробности на случаи на унижително и жестоко отношение спрямо личността на конкретно лице. Излъчването им е накърнило честта и достойнството на лицето, подложено на изследване с полиграф. Не може да се сподели твърдението, че всъщност предаването има за цел да представи на обсъждане важни обществени въпроси, като тези дали може да бъде излъган полиграф, дали може да бъде осъден невинен човек и какво отражение има жестокото и унижително отношение в детството към човешкото развитие. Всички тези въпроси биха могли да бъдат обсъдени и без обсаждане на подробни жестоки и унижителни разкази от живота на конкретната личност, които накърняват честта и достойнството му. В търсене на сензационност са надхвърлени границите на допустимото с оглед не накърняване на добрите нрави и честта и достойнството на личността³⁴.

– В рамките на популярно телевизионно шоу са използвани множество нецензурни изрази. Не може да се отрече, че ценностната система на българското общество изключва употребата на псувни и нецензурни думи и ги възприема като аморални. Въведените законови изисквания почиват и на разбирането на законодателя, което се покрива с общественото мнение, че медиите са тези, които освен да осъществяват търговска дейност и да осигуряват развлечение, следва да съдействат и за изграждане на ценностна система, оформяне на представи за добро и зло, морално и неморално, красиво и грозно. От друга страна, моментът в който е излъчено предаването – в навечерието на Нова година, когато много български семейства, включително с деца, са пред екраните, обуславя податливостта на аудиторията на внушенията, които се излъчват, и особено от предаване като „Шоуто на Слави“, което е сред популярните в страната. Вярно е, че образите на героите са сатирични, като целта им е да иронизират посочените в песента и скеча модели на поведение. Въпросът е обаче къде свършва иронията и къде започва популяризирането на поведение, което е противоречащо на добрите нрави. Излъченото рефлектира директно върху ценностната система и моралната сфера на обществото и особено на по-младата публика и децата³⁵.

³³ Решение № 1190 от 15.11.2011 г. по а. н. д. № 1194 от 2011 г. на Районен съд – Велико Търново, 4 състав.

³⁴ Решение от 4.8.2011 г. по адм. д. № 4086 от 2010 г. на СРС, Наказателно отделение, 16 състав.

³⁵ Решение № 179 от 12.1.2011 г. по адм. д. № 7052 от 2010 г. на Административен съд – София – град.

– Употребата на думи и изрази, съставляващи обществена опасност, доколкото аудиторията на цялата страна е многобройна и същата се състои и от деца, неукрепнали физически, психически, социално, е причина за налагане на административно наказание³⁶.

– Видеоматериал, който е разпространен първо в интернет и после по телевизионна програма, за пострадало дете от химическа атака, излъчен след 8:30 ч. има следното съдържание: пострадало бебе, което лежи на хирургическа маса, и лекар, извършващ медицинска манипулация, представляваща поставяне на инжекция в сърдечната област. Детето лежи неподвижно. В кадрите се виждат и други медицински пособия, виждат се движенията на игла в тялото на детето³⁷. Видеоматериалът показва медицинска манипулация, която не е подходяща за деца.

– Кокаиновият храст, чиито листа са използвани в предаването, е включен в списъка на растенията с наркотични вещества по чл. 3, т. 1 от Наредбата за реда за класифициране на растенията и веществата като наркотични. Употребата на такива вещества е забранена освен в изрично посочени случаи съгласно законодателството на Република България. Независимо че в конкретния случай става въпрос за инцидентна употреба на минимално количество от това растение, то показването му в ефир и обяснението единствено за благоприятното въздействие на листата от кока и чая от кока върху човешкия организъм (без дори да се посочат възможните последици от продължителна употреба, съпоставено с утвърждаващо-стимулиращи фрази: „Много приятен, много приятно чайче“ и пр.) е недопустимо за часови пояс (между 10:00 и 10:30 ч.), в който е възможно, но и много вероятно сред зрителите да има и деца. По този начин излъченото съдържание е неблагоприятно и създава опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата, доколкото по никакъв начин не става ясно, че всъщност става въпрос за употреба на забранено в България растение. Тук е мястото да се отбележи, а и във връзка с основното възражение на жалбоподателя, че наличието на пазара на легални продукти, съдържащи екстракти от листа на кока, няма връзка със спецификите в дейността на радио и телевизионните предавания, включваща елемент на публичност и популяризиране, налагащи и специфична регламентация на съдържанието. Показаното е застрашило обществените отношения, свързани със законните интереси на потенциално неограничен брой малолетни и непълнолетни зрители, като се касае не за инцидентно внушение, а за последователно и систематично изложение за определен отрязък от време в хода на цялото предаване, поради което следва да се приеме, че обществената опасност на този пропуск се отличава с достатъчен интензитет³⁸.

³⁶ Решение № 7295 от 4.12.2017 г. по адм. д. № 3389 от 2017 г. на Административен съд – София – град.

³⁷ Решение № 279879 от 28.11.2017 г. по а. н. д. № 16128 от 2017 г. на СРС, Наказателно отделение, 104 състав.

³⁸ Решение № 220570 от 25.9.2017 г. по а. н. д. № 9056 от 2017 г. на СРС, Наказателно отделение, 11 състав.

– Незабавно след въвеждащите думи на водещия в 20:34 ч. били показани кадри от къщата на риалити формат. На тези кадри се наблюдавало как един от участниците сваля гащите си, заявява, че извън къщата му викат „Т. кожата“ или „Т. гюдерийката“. Впоследствие бръкнал в гащите си и започнал да опипва половия си орган пред камерата. След това свалил бельото си и повдигнал блузата, за да може половият му орган да бъде видян на камерата. Кадрите, показващи половия му орган, били замъглени, а това се случило в хода на диалог между живеещите в къщата. Тези действия били обсъдени впоследствие и в студиото на предаването, където почти всички без изключение от поканените гости осъдили поведението на участника, заклеймили действията му като гротеска и че поведението му е в резултат на морална деградация, че са отвратени и потресени, че не осъзнава последиците от действията си, като коментират и обстоятелството, че тези действия очевидно се харесват на зрителите, чиито вкусове също са осъдени. Предаването съдържа сцени, които предизвикват негативни емоции и огромно възмущение от показаното у възрастната аудитория. Обстоятелството, че са използвани техники за замъгляването на части от тялото на участника по никакъв начин не пречи на зрителите да разберат, че е разголил гениталиите си и, без да се притеснява да стои пред останалите обитатели на къщата, ги е показал и пред камерите³⁹.

– В часовия пояс от 19:55 до 20:55 ч. без идентификация за препоръчителен родителски контрол са показани сцени с открито сексуален характер – демонстративно разголване и предизвикателни движения на голите до кръста жени, търсено фокусиране върху голите им гърди, многократно приближаване на камерата, показвайки в едър план бюстовете със залепени лепенки върху зърната на дамите, коментари и възгласи на останалите съквартиранти, които аплодират поведението им. Това представлява нарушение на принципа за закрила от неблагоприятно съдържание⁴⁰.

– Анимационен филм, излъчен в часовия пояс от 8:48 ч. до 11:16 ч., независимо от възможните различни проявни форми на взаимодействие между родените елементи и преживелищните фактори (в която категория се включва и възприемането на филма) в човешкия психичен апарат като цялостно внушение и в отделните му части аудио-визуалният материал определено не е подходящ за възприемане от малолетни и непълнолетни, тъй като разкрива социално неприемливи модели на поведение (употребен език, налагане на справедливост чрез физическа саморазправа, неравноправно и унизително отношение към жените, възможността за получаване на изкривена информация относно сексуалното поведение и неуместност на отношението към социално значимо заболяване). Въпреки невъзможността да се отмери еднаква вреда за всички деца, гледали филма, той показва действия и сцени, на които те биха могли да бъдат свидетели в реалния

³⁹ Решение № 1721 от 16.3.2017 г. по адм. д. № 11577 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

⁴⁰ Решение № 1656 от 15.3.2017 г. по адм. д. № 11578 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

живот, но за голяма част от тях не се препоръчва да се представят като поведенчески модели с оглед съществуващите социално-културни норми⁴¹.

– От 19:30 ч. до 20:00 ч. е предоставен за разпространение епизод на предаването „Национална лотария“. В това издание на предаването били включени разкази на четирима от участниците, които били спечелили парични суми и лек автомобил. В три от представените общо четири истории в предаването „Национална лотария“ присъствали деца. Децата се включвали с кратки реплики, като: Казвам се Х. [...] 40 000 лева са много пари [...]“. В 20:01:02 малката Х. казала: „Леля ми купи къща за кукли, а на Д. – кран“. Камерата показала скъпите играчки и щастливите деца, които играели с тях. В излъчения епизод от „Национална лотария“ децата изразяват мнение, че игрите на случайността са подходящо средство за бързо реализиране на желания и отправяли директен призив за участие в тях. Въведените законови изисквания почиват на разбирането на законодателя, което се покрива с общественото мнение, че медиите са тези, които освен да осъществяват търговска дейност и да осигуряват развлечение, следва да съдействат и за изграждане на ценностната система, оформяне на представи за добро и зло, морално и неморално, красиво и грозно, включително и у детската аудитория, при която предвид на особеностите на възрастта личността е все още неукрепнала, без изграден светоглед, лесно податлива на външни внушения и влияния⁴².

– В изданието на „Удави водещия“ между водещия и ко-водещия персонаж – „Свиня“ (кукла) въпреки краткото времетраене на разговора са използвани цинични и вулгарни думи и изрази, нарушаващи установените правила за човешко поведение, унижаващи човешкото достойнство, незачитащи правата на хората с хетеросексуална ориентация, а най-вече застрашаващи формиращото се съзнание и развитие на подрастващите. Използваното специално обръщение „мили дечица“, и разполагането на съдържанието на предаването в този часови пояс (преди 23 ч.), а също като се има предвид, че един от персонажите в предаването е кукла, предполага необезпокояван достъп до програмата на деца и интерес именно на детската аудитория към конкретното предаване⁴³.

– В неделен ден във времевия интервал от 15:30 ч. до 17:50 ч. е излъчен филм, за който има издадена виза с разпространение от Национален филмов център, с която същият е категоризиран като „забранен за лица под 16 години“. По време на излъчването му това е обозначено чрез графична и звукова сигнализация – поставена е червена точка и надпис „Препоръчителен родителски контрол. Внимание! Филмът не се препоръчва за лица под 16 години“. Действието се развива в нощен Лондон, в мрачни затворени помещения, в сиво-синкави тонове.

⁴¹ Решение № 560 от 30.1.2017 г. по адм. д. № 6432 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

⁴² Решение № 10854 от 12.12.2016 г. по а. н. д. № 213 от 2015 г. на СРС, Наказателно отделение, 94 състав.

⁴³ Решение № 2154 от 30.3.2015 г. по адм. д. № 10073 от 2014 г. на Административен съд – София – град.

Въпреки че е мюзикъл, има голям брой сцени, визуализиращи насилствени действия, извършвани от главния герой върху множество жертви, както и представяне на канибализъм. Съдържащият се във филма аудио-визуален материал не е подходящ за възприемане от малолетни и непълнолетни, тъй като предполага възможно възникване на опасни последици, изразяващи се в смущения и/или увреждания по отношение на оптималното психологическо, нравствено и социално развитие на детската личност⁴⁴. Безспорно излъченият филм представлява творчески продукт, в който са използвани специфични художествени похвати, техники и изразни средства, характерни за този вид дейност. Тези похвати не са съобразени с особеностите на психо-емоционално развитие на децата, което преминава през различни етапи. Излъченият филм в действителност съдържа кадри и сцени, които могат да доведат до увреждане на психическото, нравствено или социално развитие на децата. Застрашава психическото (емоционално-волево) развитие, тъй като кадрите на насилие могат да причинят различни форми на стресова реакция у децата. Засяга моралното развитие на малолетните и непълнолетните, които се намират в етап на изграждане и характерово структуриране и често се подават на влияние от неприемливи за обществото примери за поведение. Създава опасност и за социалното им развитие, тъй като нарушенията в емоционално-волево отношение водят до затруднения в социалната адаптация на индивида⁴⁵.

– Макар филмът да е излъчен в делничен и учебен ден, като се предполага, че конкретният часови пояс в конкретния ден не е привлякъл детска аудитория, е отчетена потенциална опасност от буквално възприемане на сцени от филма „Кечистът“, които били наситени с насилие. Необходими са правила, които да защитават физическото, умственото и нравственото развитие на непълнолетните лица, както и човешкото достойнство във всички аудиовизуални медийни услуги и в аудиовизуалните търговски съобщения и фактът, че филмът е съпроводен с надпис, че не се препоръчва на лица под 16 години, не изключва възможността той да създаде опасност от увреждане, не е гаранция за липсата на детска аудитория в този времеви пояс⁴⁶.

– Разпространението на игрален филм „Преследвани“, съдържащ в хронологична последователност кадри с участието на младежи на сцени на насилие и жестокост. Това би довело до застрашаване физическата неприкосновеност на децата, тъй като тези сцени на жестокост биха били обект на подражание от подрастващите, при които много лесно се възприема примера за подражание и лесно биха могли да бъдат манипулирани. Тези сцени биха оказали неблагоприятно въздейст-

⁴⁴ Решение № 2053 от 26.3.2015 г. по адм. д. № 10070 от 2014 г. на Административен съд – София – град.

⁴⁵ Решение от 16.7.2014 г. по адм. д. № 6385 от 2013 г. на СРС, Наказателно отделение, 110 състав.

⁴⁶ Решение № 6173 от 20.10.2014 г. по адм. д. № 3550 от 2014 г. на Административен съд – София – град.

вие при оформяне на крехката все още детска психика и биха нанесли сериозни вреди при изграждането им като личности в обществото⁴⁷.

– Излъчена сцена на секс между мъж и жена, като сексуалният акт е показан в едър план на цял екран в сериал, необозначен с надпис за препоръчителен родителски контрол или ограничение на възрастта на децата, можещи да гледат сериала, е причина да бъде понесена санкция⁴⁸.

– Излъчените на екрана кадри и диалог са от естество да повлияят негативно върху подрастващите, като им създадат грешна представа за сексуалността, като внушават, че подчертаната сексуалност, излагането на показ и специалното отношение към фалоса и ануса са подходящ модел за разбиране и поведение. Въпреки че по време на предаването е поставен визуален знак (червена точка с посочена възрастова група 18 г., за които същото не е подходящо), то е излъчено между 9:19 ч. и 11:28 ч., поради което и не попада в изключението на закона. Това е часови пояс, в който независимо от поставения върху екрана знак по-голяма част от родителите са на работа и децата имат възможност да гледат телевизионни програми без всякакъв родителски контрол⁴⁹.

– Сюжетът на излъчения в часови пояс 14:00 – 16:00 ч. филм и съдържащите се в него сексуални сцени, както и сцени на изразена жестокост и насилие към човешки същества, пораждаат предпоставки за увреждане (т. е. застрашаване) на физическото или психическото и морално развитие на децата⁵⁰.

– Независимо от твърдените високи художествени стойности на филма и международното му признание, от фактическото описание на съдържащите се в него сцени става ясно, че филмът съдържа сцени на открито физическо, и в частност сексуално насилие, които променят нагласата на четящия описанието. Значително по-силно въздействие върху психиката на човек би имало директното аудиовизуално възприятие на описаните сцени. Нещо повече, самата медия изтъква, че филмът е един от най-провокативните филми през последните години. След като филмът е провокация за съзнанието на възрастния зрител, то в още по-голяма степен филмът би се отразил противоречиво и съответно непредвидимо неблагоприятно върху неукрепналата психика на подрастващите. Именно с цел превенция на подобно нежелано въздействие законодателят е ограничил излъчването на подобен род филми⁵¹.

⁴⁷ Решение № 675 от 17.3.2011 г. по а. н. д. № 5022 от 2010 г. на Районен съд – Варна, 7 състав.

⁴⁸ Решение № 949 от 15.4.2010 г. по адм. д. № 7176 от 2009 г. на Административен съд – София – град.

⁴⁹ Решение № 8152 от 19.12.2013 г. по адм. д. № 5121 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

⁵⁰ Решение № 5537 от 15.8.2013 г. по адм. д. № 7277 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

⁵¹ Решение № 4965 от 7.11.2011 г. по адм. д. № 4174 от 2011 г. на Административен съд – София – град.

– В интервала от 21:01 ч. до 21:52 ч. е излъчен епизод от сериала „Гангстерска война“ с подзаглавие „Добрият, лошият и грозният“, в който се съдържа сцена на секс между мъж и жена, като сексуалният акт е показан в едър план на цял екран. Сериалът не е обозначен с надпис за препоръчителен родителски контрол или ограничение на възрастта на децата, можещи да гледат сериала⁵².

– Според доставчика на медийни услуги филмът „Изкупление“ е създаден с образователна цел – да се предпази младежта от извършване на престъпления чрез показването на сцени от затвора. Изискването за обозначаване е без оглед на това с каква цел е създаден продуктът. А дали сцените, които подробно са описани в акта за нарушение и в наказателното постановление, и които са насочващи към увреждане на физическото, моралното или умственото развитие на подрастващите – могат да имат превантивно и възпиращо въздействие по отношение на тези лица – е извод, който не може да направи нито създателят на продукта, нито разпространителят му. Преди всички тях – законодателят е направил преценка с вменяването на императивното задължение на разпространителите да обозначат съответното предаване, когато се излъчва в определен часови пояс. Въпрос за преценка не са качествата на излъчения филм, които безспорно са били оценени още през 2000 г., както не е предмет на преценка дали конкретно този филм е намалил престъпността в страната или в целия свят. Относимите факти са само има ли сцени, които са насочени към увреждане на физическото, моралното или умственото развитие на подрастващите и дали има обозначаване, както изисква законът⁵³.

– Една от основните мерки в защита на непълнолетните лица е чрез избор на времето на предаването. Проследяването на диалога на водещия в часовия пояс 12:30 – 13:30 ч. с екранните герои и участници в предаването не навежда на принципно обсъждане в ефир на темата за секса. Някои реплики на героите са цинични, вулгарни и арогантни, назоваващи по първичен начин термини, които трябва да бъдат поднесени с особено внимание на децата, като част от темата за секса. Езикът на героите, съчетан с неприличните им жестове (обяснението на бай Шиле за „О-точката“ при овцете) не само потенциално, но и реално може да доведе до всяка една от проявите форми на физическото, психическото, нравственото или социалното увреждане на децата с оглед спецификата на аудиторията, която не може да направи разлика между различните жанрове и във връзка с това е потенциална възможността от буквално възприемане на реплики и жестове. Именно защото се касае за особено популярно предаване, с популярен водещ и екранни герои, децата са склонни към подражание и многократно пресъздаване и обсъждане на темата, по начин, който не съответства на физическото, психическото и нравственото им развитие, може да се отрази негативно на всеки един ас-

⁵² Решение № 949 от 15.4.2010 г. по адм. д. № 7176 от 2009 г. на Административен съд – София – град.

⁵³ Решение № 2534 от 26.5.2011 г. по адм. д. № 478 от 2011 г. на Административен съд – София – град.

пект от това развитие⁵⁴. Вярно е, че образите на героите са сатирични, като целта им е да иронизират посочените в песента и скеча модели на поведение. Въпросът е обаче къде свършва иронията и къде започва популяризирането на поведение, което е противоречащо на добрите нрави. Излъченото рефлектира директно върху ценностната система и моралната сфера на обществото и особено на по-младата публика и децата⁵⁵. Сексуалната тематика е много деликатна и тя следва да бъде поднесена внимателно спрямо децата. Последните обаче не са целева аудитория на предаването в часовия пояс 22:30 – 23:30 ч. и при липсата на употребени цинични или вулгарни жаргонни недвусмислени изрази или действия на сексуална тематика не е налице опасност от засягане нравственото развитие на децата⁵⁶. Следователно забраната за излъчване на подобна информация не се отнася до нейното съдържание, за да бъде квалифицирано като цензура, а до нейното почасово излъчване. С оглед на обстоятелството, че се касае до защита на здравето и създаването на нормални условия за психическото, физическото и нравственото развитие на децата, което представлява висша ценност, подобно ограничаване е напълно приемливо. То не лишава радио- и телевизионните организации от правото да излъчват съответната информация, нито слушателите и зрителите да я получават в останалите часове от денонощието⁵⁷.

– В предаването „Бягство към победата“ в периода от 22:39 ч. до 23:07 ч. са излъчени кадри, в които участниците се състезават да колят, скубят, пърлят и попарват с вряща вода кокошки. На екрана се появява предупредителен надпис. Кадрите на заколване на кокошките са разфокусирани или скрити, но репликите и писъците на участниците разкриват съдържанието им и имат силно емоционално въздействие. Показани са обезглавени кокошки, които още мърдат. Надпреварата в колене на кокошки и показване на конвулсиращите им трупове има изключително негативно въздействие и върху възрастната публика, камо ли върху подрастващите, и няма нищо общо със спортния устрем. Нарушението е на формалното извършване и не се изисква съставомерен резултат⁵⁸.

Разпоредбите на чл. 17, ал. 2 от ЗРТ, които засягат децата, не се отнасят до:

1. предавания в кодиран вид,
2. предавания, които се разпространяват в програми между 23:00 и 6:00 ч. и са ясно обозначени чрез предхождащ ги аудио- и/или аудио-визуален знак или се

⁵⁴ Решение № 2396 от 11.4.2013 г. по адм. д. № 1789 от 2013 г. на Административен съд – София – град.

⁵⁵ Решение № 179 от 12.1.2011 г. по адм. д. № 7052 от 2010 г. на Административен съд – София – град.

⁵⁶ Решение от 7.1.2013 г. по адм. д. № 11618 от 2012 г. на СРС, Наказателно отделение, 7 състав.

⁵⁷ Решение от 17.4.2012 г. по адм. д. № 15463 от 2010 г. на СРС, Наказателно отделение, 101 състав.

⁵⁸ Решение № 1285 от 4.5.2010 г. по адм. д. № 1512/2010 г. на Административен съд – София – град.

идентифицират с визуален знак през цялото време, което не изключва отговорността на доставчиците на медийни услуги за спазването на принципите на чл. 10 през цялото времетраене на програмата чл. (17, ал. 3 от ЗРТ). В часовата зона от 6:00 ч. до 23:00 ч. законната забрана за излъчване на програми, чието съдържание може да увреди децата, не е обвързана с условия, а в часовата зона от 23:00 ч. до 6:00 ч. е в зависимост от маркирането и спазването на принципите по чл. 10 от ЗРТ⁵⁹. Това важи и за търговските съобщения. Излъчените реклами на еротични секс-телефони за времето от 13:23 ч. до 13:24 ч. е нарушение на нормите на чл. 17, ал. 2 във връзка с чл. 17, ал. 3 от ЗРТ, тъй като е допуснато създаване и предоставяне за разпространение на програма, насочена към увреждане на физическото, умственото и моралното развитие на малолетните и непълнолетните⁶⁰. По идентичен начин съдебната практика се произнася при разпространението на същите реклами непосредствено след детското предаване от 9:56 ч. до 9:58 ч.⁶¹.

Обстоятелството, че телевизионната програма се разпространява чрез кабелни оператори, а не ефирно, и е предназначена за излъчване преди всичко на филмово съдържание, не означава, че същата е изключена от общото правило на чл. 17, ал. 2 ЗРТ. Същата е общодостъпна и не попада в изключението на чл. 17, ал. 3, т. 1 ЗРТ, поради което съдържанието ѝ следва да е съобразено с изискванията на закона. Отговорността на доставчика не се изключва от поставянето на предупредително означение в началото на излъчването, с което се препоръчва осъществяването на родителски контрол относно възприемането на филма, доколкото последното също не е сред основанията, предвидени в чл. 17, ал. 3 ЗРТ, като дерогиращи забраната на предходната алинея, доколкото адресат на задължението са не родителите, а доставчиците на медийно съдържание⁶².

Доставчиците на медийни услуги са длъжни да спазват правата на децата, уредени в Закона за закрила на детето и в други нормативни актове, и да не допускат участие на деца в предавания, които са неблагоприятни или създават опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата съгласно критериите, приети по реда на чл. 32, ал. 5 (чл. 17а от ЗРТ).

Съветът за електронни медии и Държавната агенция за закрила на детето разработват *критерии* за оценка на съдържание, което е неблагоприятно или създава опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата, в съответствие с които се приема споразумението

⁵⁹ Решение № 8232 от 21.12.2016 г. по адм. д. № 8677 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

⁶⁰ Решение от 13.2.2008 г. по адм. д. № 7050 от 2008 г. на Административен съд – София – град.

⁶¹ Решение от 17.11.2008 г. по адм. д. № 5350 от 2008 г. на Административен съд – София – град.

⁶² Решение № 281199 от 29.11.2017 г. по а. н. д. № 598 от 2017 г. на СРС, Наказателно отделение, 131 състав.

по ал. 6. Критериите се приемат, изменят и допълват от Съвета за електронни медии, съгласувано с Държавната агенция за закрила на детето (чл. 32, ал. 5 от ЗРТ).

Решението, с което са приети критериите, е „вътрешноведомствен акт, който СЕМ следва да прилага при осъществяване на контролните му функции. Обстоятелството, че доставчиците на медийни услуги също следва да се съобразяват с него в дейността си, не променя естеството му на вътрешнослужебен акт и не придава на волеизявлението на СЕМ нормативен характер. Изработването и приемането на критерии за оценка на медийно съдържание не може да бъде отнесено към нормотворческата компетентност. Критериите не създават правни норми, не дописват закона и не излизат от неговата рамка. С тях не се създават нови ограничения, задължения или забрани, които не са регламентирани от закона, нито такива извън компетентността на органа. Критериите само конкретизират и поясняват съдържанието на чл. 17а и чл. 17, ал. 2 ЗРТ. [...] Критериите по своята същност представляват показателите, по които ще се оценява съответствието на програмата или нейните елементи с нормите на чл. 17, ал. 2 и чл. 17а ЗРТ. В действителност те следва да улеснят и подпомогнат както регулаторния орган при контрола за изпълнението на чл. 17, ал. 2 и чл. 17а ЗРТ, така и медийните доставчици при изпълнението на задълженията им, произтичащи от същите законови разпоредби, като осигурят постигане на заложените в закона цели. Във връзка с това следва да се посочи, че при санкциониране на доставчик на медийна услуга за нарушение на чл. 17, ал. 2 или чл. 17а ЗРТ във връзка с Критериите по чл. 32, ал. 5 ЗРТ, то същият има възможност за съдебна защита срещу наложената му санкция⁶³. Целеният резултат е в административния акт не да бъдат възпроизведени буквално и да бъдат систематизирани всички относими към въпроса правни норми, а да се създадат критерии за оценка на медийно съдържание на плоскостта на защитата на правата и интересите на децата⁶⁴. Самите критерии са с обективен характер и са свързани с външните видими признаци на медийното съдържание⁶⁵.

КРИТЕРИИ за оценка при участие на деца в предавания, създавани от доставчици на медийни услуги, с изключение на кинематографични произведения, филми и сериали

Доставчиците на медийни услуги:

1. Спазват правото на личен живот на детето.
2. Не разгласяват сведения и данни за дете, участник в предаване, по смисъла на Закона за защита личните данни, без писмено съгласие на неговите родители или законни представители освен в случаите по чл. 7, ал. 1 от Закона за закрила на детето. В случая, когато детето е непълнолетно – навършило 14 години, се взема и неговото съгласие за разгласяване на сведения и данни.

⁶³ Решение № 10213 от 11.7.2012 г. по адм. д. № 16183 от 2011 г. на ВАС, VII отделение.

⁶⁴ Решение от 14.7.2016 г. по н.а.х.д. № 21588 от 2014 г. на СРС, Наказателно отделение, 93 състав.

⁶⁵ Решение № 281199 от 29.11.2017 г. по а. н. д. № 598 от 2017 г. на СРС, Наказателно отделение, 131 състав.

3. Не разгласяват сведения и данни за детето без писмено становище на органа за закрила, предприел мярката – съответната Дирекция „Социално подпомагане“, в случаите, когато спрямо дете, участник в предаване е предприета мярка за закрила.

4. Информират и консултират по подходящ начин родителите, настойниците, попечителите или другите лица, които полагат грижи за дете, за съдържанието на предаването, в което участва детето, за останалите участници и за друга относима информация.

5. Предоставят по достъпен и разбираем начин за детето, участващо в предаването, информация относно съдържанието и правилата за поведение по време на участие в предаването и възможните последици от неспазването им.

6. Осигуряват на детето по всяко време условия за осъществяване на контакти с неговото семейство, роднини, попечител, настойник или другите лица, които полагат грижи за дете, в случаите, в които детето е откъснато от обичайната среда на живот.

7. Осигуряват здравословна и безопасна среда за детето при участието на дете в предаване.

8. Осигуряват възможност на детето да напуска мястото на участие, като при необходимост осигуряват пълнолетен придружител, когато детето е откъснато от обичайната среда на живот.

9. Изискват присъствието на придружител – на родител, настойник, попечител или другите лица, които полагат грижи за дете, който е задължен да не оставя без надзор и грижа децата до 12-годишна възраст, ако с това се създава опасност за тяхното физическо, психическо, нравствено и/или социално развитие. Не възпрепятстват – след съгласуване с родител, настойник, попечител или другите лица, които полагат грижи за дете, пълнолетен придружител на дете на възраст от 12 до 18-годишна възраст, ако това е в интерес на детето.

10. Не възпрепятстват трайно участието в образователния процес на участващото в предаване дете.

11. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, които съдържат 3 порнография, или разголяване на човешкото тяло на самото дете или на други участващи лица.

12. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, които подбуждат към ненавист въз основа на расов, етнически, полов, религиозен или национален признак; или толерират ограничения на права или привилегии, основани на раса, народност, етническа принадлежност, пол, произход, имуществено състояние, религия, образование, убеждения, или наличие на увреждане.

13. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, в които безпричинно се използват думи и изрази от самото дете или от страна на други участници, които биха могли да създадат опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното му развитие.

14. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, в които детето безпричинно е поставено в опасни ситуации или занимаващо се с дейности, вредни за него самото или за други хора, нито го насърчава да се занимава с потенциално опасни дейности или поведение.

15. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, които толерират заплахата за живота и здравето на човека.

16. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, в които в присъствието на дете има проява, или детето проявява безпричинно жестокост към животни.

17. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, които подбуждат към употреба на оръжие.

18. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, които подбуждат към агресивни модели на поведение и/или противообществено поведение, които поощряват или одобряват актове на физическо насилие от деца върху деца или върху други участващи пълнолетни лица, или от участващи пълнолетни лица върху деца.

19. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, които провокират или толерират замърсяване на околната среда.

20. Не допускат участие на дете в реклама на хазартни игри.

21. Не допускат участие на дете в реклами или други форми на търговски съобщения за генетично модифицирани храни.

22. Не допускат участието на дете в търговски съобщения, придружаващи или включени в детски предавания за храни и напитки, съдържащи хранителни съставки и вещества с хранителен или физиологичен ефект, по-специално съдържащи мазнини, трансмастни киселини, сол/натрий и захар, чийто прекомерен прием в хранителния режим не е препоръчителен.

23. Не допускат участието на дете в предаване или форми на търговски съобщения, които провокират неоправдано ограничаване приема на едни или други храни, което може да доведе до подражателско поведение и негативно въздействие върху здравето на детето, или да провокира появата на заболявания.

24. Не допускат участието на дете в аудио-визуални предавания, радиопредавания, различни форми на търговски съобщения и други елементи от програмното съдържание, които подбуждат към употреба на наркотични вещества или представят тяхната употреба в положителна светлина.

КРИТЕРИИ за оценка на съдържание, което създава опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на деца, в качеството им на потребители на медийни услуги

25. Доставчиците на медийни услуги са длъжни да не допускат създаване или предоставяне за разпространение на предавания в нарушение на принципите

на чл. 10 от Закона за радиото и телевизията и предавания, които са неблагоприятни или създават опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата.

26. Разпоредбите, които засягат децата, не се отнасят до предавания, които се разпространяват в програмите на доставчиците на медийни услуги между 23:00 и 06:00 ч. и са ясно обозначени чрез предхождащ ги аудио- и/или аудио-визуален знак или се идентифицират с визуален знак, което не изключва отговорността на доставчиците на медийни услуги за спазването на принципите на чл. 10 от Закона за радиото и телевизията през цялото времетраене на програмата⁶⁶.

26.1. Кинематографични произведения, филми и сериали, и други аудиовизуални произведения, които не се препоръчват за деца под 12-годишна възраст, могат да се разпространяват през цялото времетраене на програмите на доставчиците на медийни услуги при условие, че се обозначават чрез предхождащ ги аудио- и/или аудио-визуален знак или се идентифицират с визуален предупредителен знак (пиктограма), който се появява след началото на предаването, както и след всяко прекъсване и престоюва на екран не по-малко от 60 секунди.

26.2. Кинематографични произведения, филми и сериали, и други аудиовизуални произведения, които не се препоръчват за деца под 14-годишна възраст, се разпространяват в програмите на доставчиците на медийни услуги между 21:00 и 6:00 ч. и са ясно обозначени чрез предхождащ ги аудио- и/или аудио-визуален знак или се идентифицират с визуален предупредителен знак (пиктограма), който се появява след началото на предаването, както и след всяко прекъсване и престоюва на екран не по-малко от 60 секунди.

26.3. Кинематографични произведения, филми и сериали, и други аудиовизуални произведения, които не се препоръчват за деца под 16-годишна възраст, се разпространяват в програмите на доставчиците на медийни услуги между 22:00 и 6:00 ч. и са ясно обозначени чрез предхождащ ги аудио- и/или аудио-визуален знак или се идентифицират с визуален предупредителен знак (пиктограма), който се появява след началото на предаването, както и след всяко прекъсване и престоюва на екран не по-малко от 60 секунди.

26.4. Кинематографични произведения, филми и сериали, и други аудиовизуални произведения, които не се препоръчват за лица под 18-годишна възраст, се разпространяват в програмите на доставчиците на медийни услуги между 23:00 и 6:00 ч. и са ясно обозначени чрез предхождащ ги аудио- и/или аудио-визуален знак или се идентифицират с визуален предупредителен знак (пиктограма), който се появява след началото на предаването, както и след всяко прекъсване и престоюва на екран не по-малко от 60 секунди.

27. Елементи от програмното съдържание на доставчиците на медийни услуги, които могат да въздействат неблагоприятно или да създадат опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие

⁶⁶ Под натиска на телевизионните компании Съветът за електронни медии извършва промени на критериите, отразени в Решение № РД-05-109/28.9.2017 г., в опит да балансира противоречието в чл. 17, ал. 3, т. 2 от ЗРТ.

на децата, следва да бъдат разполагани в програмни пояси, които се предполага, че не привличат детската аудитория:

– Сцени на разчленени заек и птица, части от човешко тяло, мъртво човешко тяло, както и сцени, сочещи на упражнено насилие – актьорите са с видими наранявания и кръв по лицата и ръцете си, разговори за причинени наранявания и смърт, са обстоятелства, които не са сред действията, на които децата обичайно стават свидетели. Съгласно критериите програмно съдържание, което може да въздейства по неблагоприятен начин върху децата, следва да се излъчва в часове, които се предполага, че не привличат детска аудитория, което не може да се твърди, че е спазено в настоящия случай, доколкото периода от 18:45 ч. до 20:47 ч., при това в неделен ден, в който децата обичайно не са ангажирани с училищни и други занимания, не може да се изключи от часовите пояси, които привличат детска аудитория⁶⁷.

– От 17:45 ч. до 17:48 ч. е разпространен музикален видеоклип „Върнах ти го“. Сюжетът му представя любовна история между мъж и жена, в която мъжът изневерява на жената. Разбирайки за изневярата, тя решава да му отмъсти. Клипът съдържа кадри, които показват жена по бельо, в близък план с детайли от женското тяло, мъж и жена в близки пози, женски обувки, връзване на ръце, изсипване на бели перли в устата на момиче, разкъсване на бельото ѝ, мъжка ръка, между пръстите на която се размазва течност. Следват сцени, в които мъжът се облича – закопчава ризата си, връзва обувката си, поставя крак между краката на полугола жена. Разбирайки за изневярата, изпълнителката на песента решава да си отмъсти. Заедно с другата жена, връзват мъжа за дъска. С нож е пробита вързана над главата му туба и върху него се излива течност. Следват кадри на изпепелена ръка, а изпълнителката танцува върху прахта⁶⁸.

– От 20:58 до 22:49 ч. е излъчен филмът на ужасите „Земята на мъртвите“, като жанрът на филма е „фентъзи“ и сцените са нереални и бутафорни. Моментът на излъчване на филма попада в програмен пояс, който привлича детска аудитория, което е нарушение на Критериите, като е без значение поставянето на знак за препоръчителен родителски контрол и пиктограма 16. Родителският контрол или неговата липса също по никакъв начин не освобождават доставчиците от задълженията, предвидени в ЗРТ. Възможността филм, в чиито кадри се представя такава висока степен на насилие и натурализъм, да бъде гледан дори от едно дете, което по някаква причина е било оставено без родителски надзор, е достатъчна заплаха за неговата психика. В 21:00 ч. не само петнадесетгодишните, но и голяма част от по-малките деца не спят. Дори и децата да са в състояние да осъзнаят, че филмът не представя реална ситуация, а е фантастичен, това не променя обстоятелството, че той може силно да ги уплаши. Възниква съмнение и относно

⁶⁷ Решение № 281199 от 29.11.2017 г. по а. н. д. № 598 от 2017 г. на СРС, Наказателно отделение, 131 състав.

⁶⁸ Решение № 11389 от 23.12.2016 г. по а. н. д. № 12927 от 2016 г. на СРС, Наказателно отделение, 104 състав.

застрашаването на психологическото състояние на възрастните, които случайно попаднат на подобен филм в посочения часови пояс⁶⁹.

28. С оглед на защитата на децата от съдържание, което създава опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата, при предоставянето за разпространение на аудио-визуални произведения/филми, доставчиците на медийни услуги имат предвид категоризацията на филми съгласно чл. 37, ал. 4 от Закона за филмовата индустрия, която се осъществява от Националната комисия за категоризацията на филми и възрастовите ограничения, ако има такива.

- при категория „А“ – „Препоръчва се за деца“;
- при категория „В“ – „Без възрастови ограничения“;
- при категория „С“ – „Не се препоръчва за деца под 12-годишна възраст“;
- при категория „D“ – „Забранен за лица под 16-годишна възраст“;
- при категория „X“ – „Забранен за лица под 18-годишна възраст“.

29. Доставчиците на медийни услуги не допускат предоставяне за разпространение на предаване или форми на търговски съобщения, с изключение на филми, сериали и други кинематографични произведения, насочени към деца или в които има участие на дете, или има дете, което употребява алкохолни напитки, и не се насърчава прекомерната употреба на такива напитки.

30. Доставчиците на медийни услуги не допускат предоставяне за разпространение на предаване или форми на търговски съобщения, с изключение на филми или сериали, за цигари и други тютюневи изделия, насочени към деца, или в които има участие на дете, или има дете, което употребява цигари или други тютюневи изделия.

31. Доставчиците на медийни услуги не допускат предоставяне за разпространение на търговски съобщения – с участието на дете или насочени към деца – за лекарствени продукти или лечение, които се отпускат или назначават само по лекарско предписание, с изключение на случаите по чл. 248 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина.

32. Доставчиците на медийни услуги не допускат предоставяне за разпространение на търговски съобщения – с участието на дете или насочени към деца – за наркотични вещества. Не допускат и предавания, с изключение на филми или сериали, в които се показват изображения, представляващи или наподобяващи наркотични вещества, и които представят в благоприятна светлина поведение, чието подражание може да създаде опасност за живота и здравето на детето.

33. Създаващи опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата са предавания или други елементи от програмата, които съдържат порнография или сцени с открито сексуален характер, които съдържат актове на необосновано насилие срещу хора и/или животни:

Кадри на необосновано насилие срещу хора нарушават установените правила за човешко поведение и застрашават формиращото се съзнание и развитие

⁶⁹ Решение № 6175 от 20.10.2014 г. по адм. д. № 3566 от 2014 г. на Административен съд – София – град.

на подрастващите. Показването на сцени с мъртви и разчленени човешки тела в часовия пояс в ранния следобед предполага необезпокояван достъп до програмата на деца и интерес именно на детската аудитория към конкретното предаване⁷⁰.

34. Създаващи опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата са части от програмното съдържание или от предавания, които подтикват към престъпно и/или противообществено поведение.

35. Създаващи опасност от увреждане на физическото, психическото, нравственото и/или социалното развитие на децата са действия или сцени, на които децата обичайно не могат да станат свидетели – шокиращи кадри от местопрестъпления, от мъртви или разчленени човешки тела, на жертви на насилие, от медицински манипулации и др.:

– Кадри на необосновано насилие срещу хора нарушават установените правила за човешко поведение и застрашават формиращото се съзнание и развитие на подрастващите. Показването на сцени с мъртви и разчленени човешки тела в часовия пояс в ранния следобед предполага необезпокояван достъп до програмата на деца и интерес именно на детската аудитория към конкретното предаване⁷¹.

36. Упражняването на правото на аудиторията да бъде информирана за деца, които са заподозрени или обвиняеми в наказателни производства, както и спрямо осъдени деца, трябва да е съобразено с вредния ефект, който разкриването на информацията би имал за тях.

37. При отразяването на събития, свързани със злоупотреби с деца, малтретиране на деца или семейни проблеми, доставчиците на медийни услуги трябва да зачитат неприкосновеността на личния живот на децата, които са жертви на насилие или на семейни проблеми.

38. Доставчиците на медийни услуги не допускат представянето на хазартни игри като подходящо средство за лесно придобиване на пари, което може да доведе до пристрастяване, и да подведе детската аудитория.

Съветът за електронни медии, доставчиците на медийни услуги и Държавната агенция за закрила на детето сключват ежегодно в срок до 31 март споразумение за защита на децата от съдържание, което е неблагоприятно или създава опасност от увреждане на тяхното физическо, психическо, нравствено и/или социално развитие. Споразумението се публикува на интернет страниците на Съвета за електронни медии и на Държавната агенция за закрила на детето (чл. 32, ал. 6 от ЗРТ).

Друг правен механизъм за прилагането на принципа за закрила на децата от неблагоприятно редакционно съдържание е предвиден в чл. 33, т. 2 от ЗРТ. За да осигури спазването на това изискване, държавата е предоставила на регулаторния си орган правомощието да дава задължителни указания тогава, когато ед-

⁷⁰ Решение № 7295 от 4.12.2017 г. по адм. д. № 3389 от 2017 г. на Административен съд – София – град.

⁷¹ Решение № 7295 от 4.12.2017 г. по адм. д. № 3389 от 2017 г. на Административен съд – София – град.

но такова предаване се излъчва във време, когато е много вероятно да бъде гледано от деца⁷². Съветът за електронни медии осъществява надзор върху дейността на доставчиците на медийни услуги само относно спазването на изискванията на чл. 17, ал. 2 и чл. 17а, както и на критериите по чл. 32, ал. 5 и споразумението по чл. 32, ал. 6. Указанията на СЕМ представляват две страни на едно и също нещо и с тях не се извършва цензура. Защото те са едновременно указания за спазване на забраната по отношение на децата, визирана в чл. 17, ал. 2 от ЗРТ, и в същото това време са указания за допустимост разпространяването на такива предавания (увреждащи децата) в часовия пояс от 23:00 ч. до 6:00 ч. на основание изключенията в чл. 17, ал. 3 от ЗРТ⁷³.

Търговско слово

Чл. 75, ал. 9 от ЗРТ: Търговските съобщения не трябва да:

„1. създават опасност за физическа или морална вреда на децата“.

От 20:29:49 ч. до 20:30:45 ч. е излъчено следното търговско съобщение: Текст: Женски глас зад кадър: „За първи път във Видин – Наргиле бар „Люас“. Великолепно съчетание от уют, въображение и релакс за сетивата в компанията на ароматни наргилета ще направят всеки миг незабравим, а желанието – неустоймо. Наргиле бар „Люас“ – екзотични наргилета с уникални аромати, шотове, шейкове, коктейли, композирани с вкус за вашето специално парти, забавление или релакс. Очакваме ви във Видин, комплекс „Съединение“ 12 от осем до два часа след полунощ. Петък и събота – от осем до четири сутринта. Телефон за резервации: 0896 754154. Наргиле бар „Люас“! Картина: 20:29:49 – в долен ляв ъгъл на екрана – емблема NARGILE BAR, която периодически се окрупнява на целия екран; общ план вход с оскъдно осветление и светеща емблема NARGILE BAR и влизаща в заведението фигура, интериор на питейно заведение – ниски маси с насядали хора, бар, барман, наливащ напитки, седящи пред бара момичета, детайли от декорации; наргиле и стъклени бутилки на ниска маса и седящ мъж с цигара в лявата ръка; профил на млада жена, която пуши с наргиле; 4 млади жени седят около наргиле върху ниска маса; млад мъж подготвя наргиле за пушене. 20:30:11 – младежи пият шотове на екс, а сред тях се вижда момче на видима възраст около 9–11 години, също седнало пред маса с наргиле. 20:30:14 – редица от стъклени чаши с жълта течност (наподобяваща плодов сок) – вижда се гърлото на стъклена бутилка с тъмно кафява напитка, от която са долива в чашите, барман, който долива в кръгла чаша от същата бутилка; общ план на бара с двама бармани и седящи клиентки на столчетата отпред, млади жени седят около ниска масичка с наргиле. 20:30:22 – метална конструкция на тента пред стена с прозоречни ниши, на които са окачени постери на Наргиле бар „Люас“, входът на заведението през деня; 20:30:25 – интериор на заведението – две млади жени танцуват, общ план на заведението с дискретна светлина, група млади жени, седнали около наргиле на ниска маса; 20:30:36 – общ план на входа на заведението през деня; 20:30:38 – инте-

⁷² Решение № 10053 от 20.7.2010 г. по адм. д. № 16625 от 2009 г. на ВАС, VII отделение.

⁷³ Решение № 118 от 5.1.2011 г. по адм. д. № 12413 от 2010 г. на ВАС, Петчленен състав.

риор на заведението – млади танцуващи жени; 20:30:41 – близък план на млада жена, която пуши с наргиле и издишва облак дим, който се разстила по екрана. Надпис: гр. Видин, ж. к. „Съединение“ 12, за резервации 0896/754154.

– Съветът за електронни медии констатира, че така описаното търговско съобщение е излъчено в часови пояс, когато детската аудитория е активна. В рекламата на нощното заведение се акцентира върху тютюнопушенето посредством наргиле, върху консумацията на различни напитки, включително и алкохолни, като възможност за незабравимо преживяване. Представянето по описания начин на възможността да прекараш свободното време, както и личните си празници, още повече включвайки кадри на младежи, пиещи шотове, сред които е и дете, създават опасност от физическо и морално увреждане на децата. Не приема извода на наказващия орган, че в процесното рекламно съобщение се рекламира нощно заведение. Съдът приема, че визираното в клипа работно време – от осем до два часа след полунощ, а петък и събота – от осем до четири сутринта налага извода, че заведението е денонощно, поради което няма законова забрана заведението да се посещава от деца през деня. В рекламното съобщение не се рекламира пряко употребата на алкохолни напитки, цигари и тютюневи изделия, а заснетото дете не употребява нито алкохол, нито цигари, поради което не може да се обоснове извода на наказващия орган, че в излъчената реклама на „нощното заведение“ се акцентира върху тютюнопушенето посредством наргиле и върху консумацията на различни напитки, включително и алкохолни. Във връзка с това не може да не се отчете обстоятелството, че пушенето на наргиле към момента на извършване на деянието не е приравнено на тютюнопушене и извършването на дейност като дейността на процесното заведение не е забранена от закона. Не се приема твърдението на СЕМ, че макар да няма пряко нарушени разпоредби на специалните закони, свързани със защитата на общественото здраве и в частност здравето на децата, рекламата цели да популяризира нощно заведение, в което се употребяват продукти, забранени за деца. Видно от рекламния клип е, че се рекламира дейността на търговски обект с посоченото по-горе работно време и конкретно местоположение, като контролът върху дейността на заведението се явява извън предмета на ЗРТ⁷⁴.

– В часовия пояс от 11:39 ч. до 11:45 ч. детски анимационен филм е прекъснат с излъчване на обозначен рекламен блок, съдържащ реклама на интернет сайт. СЕМ установява въз основа на писмо от Държавната комисия по хазарта, че посочената реклама представлява пряко рекламиране на хазартната игра „Покер“ за лица над 18 години, създаващо опасност за морална вреда на децата⁷⁵. Текст на рекламно съобщение недвусмислено указва, че същото популяризира игра, провеждана в казино и съдържаща в наименованието си „покер“. Съобщението е из-

⁷⁴ Решение № 344 от 28.12.2017 г. по к. а. н. д. № 316 от 2017 г. на Административен съд – Видин.

⁷⁵ Решение № 3410 от 20.5.2013 г. по адм. д. № 8888 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

лъчено във времето между 13:00 ч. и 14:00 ч., когато може да бъде възприето от детска аудитория, а посланието цели да ангажира внимание към забавление под формата на хазартна игра⁷⁶.

– На фона на витрина на букмейкърски пункт на „Е.“ бил поставен надпис „Заплата 2000 лева. Без да работи“. Вътре в пункта се провеждал разговор: „– Защо кандидатствате за тази позиция? Отговор: – Защото цяла година ще получавам заплата 2000 лева на месец, без да работя!“. В следващият кадър следвало изображение на фиш на Лото „Джакпот“ с печат „Одобен“ и глас: „– Кандидатства се в букмейкърските пунктове чрез участие в Лото „Джакпот“ или другите игри на „Е.“, както и надпис: „Е. – Игри на късмета“⁷⁷. В търговското съобщение се популяризира получаване на доход без полагане на труд и призив за участие в хазартни игри. От гледна точка на закона деца са всички лица, ненавършили пълнолетие. Скритото внушение за хазартните игри като източник на постоянен доход (заплата) трудно може да се разбере от малолетните деца, но то е съвсем явно за непълнолетните подрастващи деца на възраст от 14 до 18 години. Децата възприемат директно внушението, че едно лице може да получи месечно по 2000 лева без да се труди, за разлика от родителите им например, които се трудят, а получават по-малко. Това възприятие провокира у децата логичен въпрос за смисъла на труда. На фона на повишаващата се комерсиализация на ценностната система на младите хора; техният неформиран светоглед и възможността лесно да бъдат убедени в това човек да осигурява доходите си чрез участие в хазартни игри, без да полага труд, звучи привлекателно и създава усещане за сигурност и регулярност на прихода, при това без полагане труд и само чрез участие в хазартни игри⁷⁸. В никое общество не е морално децата да се възпитават, че могат да получават високи постоянни доходи чрез хазарт. Децата трябва да знаят, че трудът има цена и да уважават родителите си за труда им, а не да им се внушава, че е безсмислено да се полага труд, след като има и друг начин за постоянен доход⁷⁹. Излъчената реклама създава опасност от морална вреда за децата, особено във възрастта между 14 и 18 години⁸⁰.

По възникналия казус има и друго мнение. Според записаното в Българския тълковен речник думата *морал* означава система от правила за нравствено по-

⁷⁶ Решение № 779 от 6.2.2013 г. по адм. д. № 5330 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

⁷⁷ Решение № 4987 от 10.9.2012 г. по адм. д. № 4994 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

⁷⁸ Решение № 3699 от 29.6.2012 г. по адм. д. № 3758 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

⁷⁹ Решение № 6334 от 26.11.2012 г. по адм. д. № 4662 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

⁸⁰ Решение № 6634 от 5.12.2012 г. по адм. д. № 9308 от 2012 г. на Административен съд – София – град. Решение № 4987 от 10.9.2012 г. по адм. д. № 4994 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

ведение в обществото. При това такива неписани, незадължителни, нравствени правила има във всяка сфера на обществения живот и във всяка сфера на човешката дейност. „Моралът“ е философско-етична категория, която няма легална правна дефиниция, а се свързва с разбирането за нравственост. Моралът представлява приети за установени като общозначими и общовалидни духовни ценности, норми и правила за поведение, като различните общества, различните нации, различните социални групи и всеки отделен човек има своя рамка на разбирането на морал. В хипотезата на посочената правна норма, под която е подведено като нарушение излъченото съобщение, законодателят без да посочва конкретни морални норми, е използвал общата формулировка „морална вреда“, от което възниква задължението за съответния компетентен орган да бъде отразено – съответно в акта за установяване на административно нарушение и в наказателното постановление, коя именно морална норма е нарушена. Когато това задължение не е изпълнено, е налице липса на необходимото пълно описание на твърдяното нарушение, поради което и е налице и неяснота в какво точно се състои „опасността за морала“, което представлява нарушение и на императивните разпоредби на чл. 42 и чл. 57 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН). Недопустимо е съдържанието, същността на твърдяното нарушение, да се извежда по предположение или по подразбиране⁸¹. Извършвайки преценка, че така описаните факти, чрез внушението си за получаване на възнаграждение без полагане на труд, създават опасност за морална вреда при децата, председателят на СЕМ е извършил преценката, че да не се полага труд е неморално и противоречи на обществените разбирания за нравственост и етика, респ. – че неполагането на труд противоречи на устойчивите обичаи и традиции на нашето общество. Това разбиране е тесногръдо. В сега действащата нормативна уредба гражданите нямат задължение за полагане на труд. Не съществува и съответното на това задължение държавата да осигури възможност за полагането му (съвсем друго е било положението по време на действието на Конституцията на Народна република България (отменена на 13.7.1991 г). Обратно – ако се приеме, че получаването на доходи без труд противоречи на обществените разбирания за нравственост, то това означава да се приеме, че всички граждани, които не полагат труд – пенсионери, безработни, както и такива, които поради липсата на финансови проблеми не изпитват необходимост да работят – са аморални личности и с поведението си създават опасност от морална вреда у децата⁸². В действителност пределът на разграничаване следва да бъде наличието на пряка и непряка реклама на „игрите на късмета“. Внушението, направено в излъчената реклама, е косвено и по начин, който трудно би бил разбран от децата⁸³. Предвид особеностите на пси-

⁸¹ Решение от 11.8.2011 г. по адм. д. № 9047 от 2011 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 20 състав.

⁸² Решение от 23.3.2012 г. по адм. д. № 10514 от 2011 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 112 състав.

⁸³ Решение № 3699 от 29.6.2012 г. по адм. д. № 3758 от 2012 г. на Административен съд – София – град.

хиката им, те възприемат чутото и видяното по един сравнително елементарен начин, без да могат да съзрат и осмислят подтекста на предаването. В случая рекламата и „подтика“ да се участва в хазартните игри, организирани от „Е.“ е направено по начин, при който се говори за „заплата от 2000 лева“, за „кандидатстване за позиция“, а не директно за участие в хазартната игра, чрез която участникът, разчитайки единствено на късмета си, ще се обогатява ежемесечно с печалба от 2000 лв. Тази особеност на рекламата сочи на търсен на друго ниво ефект, който не може да се прояви при личности с елементарно и първично мислене (почти всички „деца“ и част от възрастните хора), а само при такива с житейски опит, довел до развитие на аналитични способности. За да се разбере така поднесената реклама, трябва да се възприемат данните от нея, да се осмислят те и чрез свързването на всички участващи в рекламата елементи се стигне до извод, че тя всъщност приканва към участие в „игрите на късмета“, а не към кандидатстване и започване на „нова работа“⁸⁴. Няма спор и никакво съмнение или възможност за двусмислие, че при която и да е игра участниците в нея не полагат труд, в смисъла на трудова дейност, на работа, срещу която да получат съответно възнаграждение, и че ако дадена игра предвижда някаква награда, някаква премия (в това число и в пари), то условието участник да очаква да спечели същата, е единствено участието му в играта и съответно късмета (тъй като също така е известно, че награда в игри, ако те предвиждат такава, не се получава от всички участници, а само от някой/някои, при определени в играта условия за това, и/или при късмет, шанс на участника), което изключва каквато и да е гаранция за печалба, за победа, а се отнася към принципа за случайността. Посоченото естествено е валидно и за хазартните игри, които са позволени от закона и при които доходите от тях се получават без полагане на труд. Освен това не може да се твърди, че словесни форми, като използваната в рекламата – „търсим“ може да бъде приета за пряк призив за участие в посочената игра, още повече, че в рекламата е направено обявяване на мястото, реда, начина за участие, условията за провеждане на играта, поради което участието в такава игра не следва да е възможно деца, които са във възраст, в която се формират такива морални категории като възпитателното значение на труда и трудът като добродетел⁸⁵.

2. убеждават пряко децата да закупят или да вземат под наем продукт или услуга, използвайки тяхната неопитност или доверчивост;

3. насърчават децата пряко да убедят родителите си или други лица да закупят рекламираните стоки или услуги;

4. злоупотребяват със специалното доверие, което децата имат в своите родители, учители или други лица;

5. показват безпричинно децата в опасни ситуации.

⁸⁴ Решение № 688 от 13.2.2012 г. по адм. д. № 8031 от 2011 г. на Административен съд – София – град.

⁸⁵ Решение от 11.8.2011 г. по адм. д. № 9047 от 2011 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 20 състав.

Не се допуска разпространяването на търговски съобщения, съдържащи порнография или подтикващи към насилие и незачитане на човешкото достойнство, както и към поведение, което нарушава обществения ред и общоприетите морални норми. Не се допускат търговски съобщения с еротично съдържание с участие на деца или предназначени за тях (чл. 77 от ЗРТ).

Позиционирането на продукти е друг административноправен институт. То се забранява в детски предавания (чл. 83, ал. 2 от ЗРТ).

Детски предавания могат да бъдат прекъсвани от спот за реклама и/или телевизионен пазар по веднъж за всеки период с програмирана продължителност от най-малко 30 минути, при условие че определената продължителност на предаването е по-голяма от 30 минути (чл. 86, ал. 3 от ЗРТ).

За да осигури спазването на това изискване държавата, в разпоредбата на чл. 126, ал. 4 ЗРТ, е предоставила на регулаторния си орган правомощието да налага административни наказания за нарушение на разпоредбите, свързани с охрана на един от основните принципи при осъществяване на медийните услуги – защита на непълнолетните лица⁸⁶: „За нарушение на разпоредбите на чл. 17, ал. 2 относно децата, чл. 17а, чл. 19, ал. 1, чл. 75, ал. 7 и 9 и чл. 77 на доставчиците на медийни услуги се налага имуществена санкция в размер от 15 000 до 30 000 лв.“. Нормата има отпращащ характер, което означава, че задължение на административно-наказващият орган е да посочи коя именно разпоредба от изброените е нарушена и въз основа на какви обстоятелства се претендира това⁸⁷. При повторно нарушение по ал. 4 и 5 имуществената санкция е в двоен размер (чл. 126, ал. 6 от ЗРТ).

Закон за здравето

Законът за здравето (ЗЗдр.) въвежда норми в защита на децата от неблагоприятно търговско слово. Непряката реклама на спиртни напитки и рекламата на вино и бира не може:

1. да е насочена към лица под 18-годишна възраст, както и да се излъчва в предавания или да се публикува в печатни издания, предназначени за тях,
2. да използва лица под 18-годишна възраст като участници,
3. да свързва употребата на алкохолни напитки със спортни и физически постижения или с управление на превозни средства,
4. да съдържа неверни твърдения относно полза за здравето, социално или сексуално благополучие или да представя въздържанието или умереността в отрицателна светлина (чл. 55, ал. 2 от ЗЗдр.)⁸⁸.

⁸⁶ Решение № 2499 от 14.4.2016 г. по адм. д. № 10067 от 2015 г. на Административен съд – София – град.

⁸⁷ Решение от 8.2.2012 г. по к. а. н. д. № 10003 от 2012 г. на Административен съд – Велико Търново.

⁸⁸ Петкова, Цв. (2017). Здравна закрила на детето: анализ на нормативната уредба относно храненето на децата, с. 264 от настоящия Годишник.

Непряка реклама е всяка форма на търговско послание, съобщение, препоръка или действие, която използва наименование или марка на алкохолна напитка, както и фирма или марка на производител на алкохолни напитки върху продукти и стоки, които не са алкохолни напитки (§1, т. 20 от Допълнителната разпоредба на ЗЗдр.). Радио- и телевизионни оператори, които в нарушение на чл. 55, ал. 2 излъчват реклама на спиртни напитки, се наказват по реда на Закона за радиото и телевизията (чл. 218, ал. 8 от ЗЗдр.).

Не се допуска реклама за населението, в която информацията е насочена изключително или главно към вниманието на деца (чл. 6, ал. 1, т. 5 от Наредба № 1 от 25.1.2012 г. за изискванията към рекламата на лекарствените продукти).

Закон за хазарта

Забранява се пряката реклама на хазартни игри, включително рекламата на такива игри, насочена към малолетни и непълнолетни лица, както и изпращането на непотърсени електронни съобщения на неограничен брой лица, в които се съдържа информация за хазартна игра (чл. 10, ал. 1 от Закона за хазарта). На организатор на хазартни игри, който наруши това ограничение, се налага имуществена санкция в размер от 3000 до 5000 лв. (чл. 105, ал. 3 от Закона за хазарта).

Закон за тютюна, тютюневите и свързаните с тях изделия

Търговското слово обхваща и още един аспект на забрана, която има за цел закрила на децата. Тя е предвидена в Закона за тютюна, тютюневите и свързаните с тях изделия. Забранява се рекламирането на тютюн, тютюневи и свързани с тях изделия, с изключение на:

[...]

2. използването на търговска марка, когато в рекламата не участват лица под 18 години и тя не е предназначена или насочена към тях чрез други външни признаци на рекламната визия с конкретна или специална отличителност, която да е разпознаваема предимно или само от лица под 18 години;

3. места или мероприятия, на които достъпът на лица под 18 години е забранен (чл. 35, ал. 1, т. 2 и 3).

Закон за закрила на детето

Общата рамка на закрила на децата, изразяваща се както в предпазване от вредно съдържание, така и в подкрепа при упражняване на активното комуникационно право на изразяване, е включена в Закона за закрила на детето (ЗЗДт): Държавата защитава и гарантира основните права на детето във всички сфери на обществения живот за всички групи деца съобразно възрастта, социалния статус, физическото, здравословно и психическо състояние, като осигурява на всички подходяща икономическа, социална и културна среда, образование, свобода на възгледите и сигурност (чл. 1, ал. 2).

Активното комуникационно право на изразяване на детето е гарантирано чрез нормата на чл. 4, ал. 1, т. 9 от ЗЗДт, в която се посочва, че упражняването на това право се обезпечава чрез информирание за правата и задълженията на децата

и родителите. Всяко дете има право свободно да изразява мнение по всички въпроси от негов интерес. То може да търси съдействие от органите и лицата, на които е възложена закрилата му по закона (чл. 12 от ЗЗДт). Детето има право да бъде информирано и консултирано от органа за закрила на детето и *без знанието на родителите* му или на лицата, които полагат грижи за отглеждането и възпитанието му, ако това е необходимо с оглед защита по най-добър начин на неговите интереси и уведомяването им би засегнало тези интереси (чл. 13 от ЗЗДт).

Родителите, настойниците, попечителите или другите лица, които полагат грижи за детето, имат конкретни права и задължения. Те са длъжни да не допускат участието на деца в предавания по смисъла на Закона за радиото и телевизията, които са неблагоприятни или създават опасност от увреждане на тяхното физическо, психическо, нравствено и/или социално развитие (чл. 8, ал. 10 от ЗЗДт).

Закрилата на личността на детето е един от основните принципи, залегнали в закона (чл. 11а):

Сведения и данни за дете *не се разглашават без съгласието* на неговите родители или законни представители освен в случаите по чл. 7, ал. 1 (на дирекция „Социално подпомагане“, Държавната агенция за закрила на детето или Министерството на вътрешните работи). Законът не предвижда нарочна форма на съгласието, поради което същото може да бъде дадено не само в писмена, но и в устна форма, като без съмнение с оглед на доказуемост писмената форма е за предпочитане. Предвид охраняваните интереси от разпоредбите на ЗЗДт, както и от редакцията на самата разпоредба, се налага извод за това, че съгласието при всички случаи трябва да е *изрично дадено*, а не да се извежда от предприетите или не предприетите действия от родителите на детето – непротивопоставяне при вземане на интервю от тях, които действия в случая дори не покриват дефиницията за конклюдентни такива – действия, които несъмнено изразяват желание за настъпване на конкретни правни последици. Действията на родителите на дете, изразили се в даване на интервю по случая, излагайки собствената им гледна точка по случая, както и действията по непротивопоставяне на вземането на интервю от тях, не могат да бъдат приети като израз на несъмнено изразяване на желание за излъчване на тези интервюта и то в съвкупност с други интервюта, в които се разпространяват конкретни сведения за тяхното дете⁸⁹. За устно съгласие от страна на родителите не са налице ограничения в процесуалните способности и доказателствени средства⁹⁰. Липсата на дадено съгласие е отрицателен факт и ако той е неверен, не органът, а нарушителят е този, който следва да доказва наличието на съгласие⁹¹. Забраната се отнася до всички видове медии – печатни, онлайн, радио и телевизия.

⁸⁹ Решение № 145710 от 14.6.2017 г. по а. н. д. № 1519 от 2017 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 129 състав.

⁹⁰ Решение № 3298 от 14.5.2016 г. по адм. д. № 450 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

⁹¹ Решение № 458 от 11.3.2015 г. по к. н. а. х. д. № 160 от 2015 г. на Административен съд – Бургас.

По-долу са изброени случаи на нарушения на въведеното през 2009 г. правило:

– Във вестника е публикувана статия, наречена „Изпили с ученичката бутилка водка за час и половина“, в която статия били посочени данни и сведения за личността на ученичката И. Б., към онзи момент 16-годишна. Данните включвали личното ѝ име и съкращение на фамилията, информация за семейството – по-конкретно месторабота на майката, както и подробности за осъществено сексуално насилие спрямо детето и мястото на извършването му. За издаването на тази статия и разкриването на описаните данни не е искано и получавано съгласие от родителите и законни настойници на детето, нито от самото него, с оглед навършените 14 години. След като узнали за съдържанието на тази статия, родителите сигнализирали АСП Дирекция „Социално подпомагане“ П.⁹²

– В централна емисия новини от 19:00 ч. е излъчен репортаж относно осъществен акт на физическо насилие между деца в Обединено детско заведение № 8, включващ интервю с директора на детското заведение, в което същата споменава името на детето М. като извършител на акта на физическо насилие спрямо друго дете, посещаващо същото детско заведение. От самия репортаж става ясно, че детето М. посещава яслена група в посоченото детско заведение. По време на същия репортаж е излъчено и интервю с бащата на детето М., в което бащата излага своя версия във връзка с коментирания случай, като под образа му е изписано неговото име. Интервютата са направени в помещенията на детското заведение – Обединено детско заведение № 8, което детето М. е посещавало. След излъчване на този репортаж майката на детето М. подала жалба до ДАЗД с оплакване за разпространяване на данни и сведения относно детето ѝ без да е получено съгласие на родителите⁹³.

– В телевизионен репортаж не е споменато личното име на детето, но са отразени родното място на детето, неговата възраст – 14 години, кварталът, където е станал инцидентът, показването на неговия дядо и имената му. Това са все признаци, по които детето би могло да бъде идентифицирано⁹⁴.

В случаите, когато спрямо дете е предприета мярка за закрила, не могат да бъдат разгласявани сведения и данни за детето без писмено становище на органа за закрила, предприел мярката:

– Спрямо дете на 8 години, от с. К., община К. Дирекция социално подпомагане – К. била започнала от 3.10.2014 г. работа за прилагане на мярка за закрила в семейна среда спрямо детето във връзка със сигнал за сексуално посегателство спрямо нея. Несъмнено в процесното предаване, излъчено на 12.10.2014 г., са разгласени данни за детето – показано е лицето му, посочено е, че е било жертва на сексуално насилие в селото в което живее – с. Калояновци, община К. Съоб-

⁹² Решение № 6676 от 15.11.2017 г. по адм. д. № 9293 от 2017 г. на Административен съд – София – град.

⁹³ Решение № 6023 от 25.10.2017 г. по адм. д. № 9497 от 2017 г. на Административен съд – София – град.

⁹⁴ Решение № 247607 от 24.10.2017 г. по а. н. д. № 7997 от 2017 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 100 състав.

щено е името му – без значение, че от водещия е споменато погрешно, както и погрешно е посочено в надписите име – грешката е за една буква и не е съществена, предвид посочване на другите данни за него и лицето му т. е. възможно е то да бъде идентифицирано. Доколкото преди излъчване на предаването не е изискано становище от Дирекция „Социално подпомагане” – К., то е нарушена забраната на чл. 11а, ал. 2 от закона⁹⁵.

– Разгласяване на сведения и данни за дете в нарушение на регламентираните за това императивни изисквания накърнява основните принципи, върху които се основава закрилата на основните права на децата във всички сфери на обществения живот и необходимостта да бъде гарантирана тяхната сигурност, включително в контекста на нуждата от изграждане на техния мироглед. С извършеното правонарушение сериозно са били застрашени обществените отношения, свързани с интересите на непълнолетните деца. Става въпрос за публикувана във вестник подробна информация за дете във връзка с извършено спрямо него тежко сексуално посегателство, което не съставлява сведение от рутинен, битов характер и поради това отличава случая като нарушение с достатъчно висок интензитет. Не без значение се явява и обстоятелството, че санкционираното лице притежава търговско качество и упражнява дейност в областта на медийните услуги – издател на вестник, поради което необходимостта от съобразяване на допустимия обем от информация, предлагана на гражданите – читатели и реда за нейното получаване не се явява изолиран случай, а съблюдаването на нормативната уредба следва да бъде ежедневна практика⁹⁶.

– В публикувана статия на информационна агенция със заглавие „Страшните истории в дома на ужасите са на М. от П.“ са посочени сведения и данни за децата С., Г. и З., специализираната институция, в която са настанени, данни, че са осиновени, както и име и възраст на детето М., личната история на детето и нейното местоживееене – П. За разкриване на данни за тези лица собственикът на сайта не е поискал, нито получил съгласие на родителите на четирите деца, както и писменото становище на Дирекция „Социално подпомагане“ – органът, приел спрямо детето М. мярка за закрила⁹⁷.

Когато детето е навършило 14 години, се взема и неговото съгласие за разгласяване на сведения и данни (ал. 3):

– Личното достойнство и психическата неприкосновеност на детето могат да са засегнати с начина, по който е създаден репортажът, излъчен на живо – със заснемането му в болничната стая, показвайки голата му глава и превързаната му ръка, и със задаването на въпроси, свързани със социалното му положение на

⁹⁵ Решение от 10.7.2015 г. по адм. д. № 4601 от 2015 г. на СРС, Наказателно отделение, 108 състав.

⁹⁶ Решение № 160328 от 30.6.2017 г. по а. н. д. № 10854 от 2016 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 2 състав.

⁹⁷ Решение № 3298 от 14.5.2016 г. по адм. д. № 450 от 2016 г. на Административен съд – София – град.

изоставено дете в негово присъствие. Несъмнено разпространението на информация за тежкото положение, в което се е намирал и необходимостта от конкретни мерки за закрила, са от полза за развитието на обществото, което трябва да реагира адекватно на нуждите на детето, включително да знае по какъв начин може да ангажира вниманието на отговорните държавни институции. Тази значима тема за баланса между личния и семеен живот и държавната закрила на децата следва и може да се обсъжда без да се разкриват лични данни за конкретното дете, което е станало с разпространението на предаването по обществената телевизия пред неограничен кръг зрители⁹⁸.

– Съгласно §1, т.2 от ДР на ЗЗДт – „сведения и данни за личността на дете“ е всяка информация за детето по смисъла на Закона за защита на личните данни (ЗЗЛД). От своя страна ЗЗЛД регламентира като „лични данни“ всяка информация, отнасяща се до физическо лице, което е идентифицирано или може да бъде идентифицирано пряко или непряко чрез идентификационен номер или чрез един или повече специфични признаци. Специфичните признаци са свързани с физическа, физиологична, генетична, психическа, психологическа, икономическа, културна, социална или друга идентичност на лицето. Чрез публикуването на статията на електронната страница на вестник „Труд“ са разгласени данни по смисъла на чл. 2 от ЗЗЛД и то пряко отнасящи се за непълнолетно лице – а именно неговото лично име, името и фамилията на неговата майка, информация за личната история на семейството, а именно предишна месторабота на майката и подробности за осъщественото спрямо детето сексуално насилие – място на осъществяването му (хотел), способът за приваждането му в безпомощно състояние (употреба на 300 грама концентриран алкохол). Посочените данни, доколкото са в състояние да идентифицират детето, за което се отнасят, се вметват напълно в хипотезата на „лични данни“ по смисъла на посочените правни норми. За разгласяването на цитираните сведения е било необходимо получаване на съгласието на родителите на детето, а с оглед обстоятелството, че последното е навършило 14 години (видно от посоченото ЕГН в декларацията, попълнена от детето) и това на самото дете. Нито родителите на детето, нито самото дете са дали съгласие за разгласяване на горепосочените данни. Данните са разгласени чрез електронната страница на вестник⁹⁹.

Който в нарушение на разпоредбите на чл. 11а разпространява сведения и данни за личността на дете, се наказва с глоба от 1000 до 3000 лв., съответно с имуществена санкция от 3000 до 5000 лв., а при повторно нарушение – с глоба от 3000 до 5000 лв., съответно с имуществена санкция от 5000 до 10 000 лв., ако не подлежи на по-тежко административно наказание по специален закон или деянието не съставлява престъпление (чл. 45, ал. 12 от ЗЗДт). Нормата на чл. 11а от ЗЗДт е *специална* по отношение на чл. 17, ал. 2, вр. чл. 10, ал. 1, т. 4 от ЗРТ с оглед особения *конкретен*

⁹⁸ Решение № 266368 от 13.11.2017 г. по а. н. д. № 6010 от 2017 г. на СРС, Наказателно отделение, 132 състав.

⁹⁹ Решение № 11082 от 15.12.2016 г. по а. н. д. № 14829 от 2016 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 130 състав.

обект на закрила – личната неприкосновеност на дете, поради което не следва да се прилага общият закон за регулиране на дейността на медиите. Затова при съобразяване на принципа *ne bis in idem* следва да се приложи специалният закон и да се отмени наказателното постановление по ЗРТ, издадено на основание общото задължение за незасягане на неприкосновеността на личността¹⁰⁰.

Родител, настойник, попечител или друго лице, което полага грижи за дете, което в нарушение на чл. 8, ал. 10 допусне участието на дете в предаване по смисъла на Закона за радиото и телевизията и с това създаде опасност за неговото физическо, психическо, нравствено и/или социално развитие, се наказва с глоба от 1000 до 2000 лв., а при повторно нарушение – с глоба от 2000 до 5000 лв., ако не подлежи на по-тежко административно наказание по специален закон или деянието не съставлява престъпление (чл. 45, ал. 15 от ЗЗДт).

Нарушенията се установяват с акт от служител от Главна дирекция „Контрол по правата на детето“ към Държавната агенция за закрила на детето, а наказателното постановление се издава от председателя на Държавната агенция за закрила на детето или от оправомощено от него длъжностно лице (чл. 46, ал. 2 от ЗЗДт).

б) Процесуални измерения на комуникационните права на детето

В разпоредбата на чл. 41, ал. 2 от Конституцията на Република България се съдържа изключение от неприкосновеното човешко право на информация (чл. 10, т. 1, изр. 2, предл. 2, алт. 1 от ЕКПЧ) – информацията да не е защитена от закона тайна или да не засяга чужди права. Фактът на ненавършено пълнолетие на две деца ги поставя в приложното поле именно на това изключение по силата на чл. 11а, ал. 1 и ал. 2 от ЗЗДт (*lex specialis*) като субекти на особена държавна закрила, особено в хипотезата на извършител и жертва на извършено престъпление (неслучайна във връзка с това е и формулировката на чл. 263, ал. 3 и чл. 391, ал. 1 от НПК):

Малолетен или непълнолетен свидетел – пострадал от престъпление, може да бъде разпитан при закрити врати (чл. 263, ал. 3 от НПК).

Съдебното заседание по дела срещу непълнолетни се води при закрити врати, освен ако съдът намери, че е в обществен интерес делото да се разгледа в публично заседание (чл. 391, ал. 1 от НПК).

Самата ЕКПЧ предвижда в разпоредбата на член 10, ал. 2 редица изключения от общото право на информираност¹⁰¹.

в) Национална стратегия за детето (2008 – 2018 г.)

Медиите от посредник на културните влияния се превърнаха във фактор за личностното развитие на съвременното дете.

¹⁰⁰ Решение № 266368 от 13.11.2017 г. по а. н. д. № 6010 от 2017 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 132 състав.

¹⁰¹ Решение от 24.11.2014 г. по н. а. х. д. № 14000 от 2014 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 11 състав.

Ето защо е необходимо:

1. Общественият медиум да предвидят поне една четвърт от програмата им да е за деца и в подходящо за децата време.
2. Общественият медиум да разработят специализирани образователни и развлекателни програми както за деца, така и за семейства и родителите им.
3. Да се създадат програми и конкурси, стимулиращи детското творчество и развитието на способностите на децата.
4. Да се стимулират в тази насока и медиите.
5. Още в средата на срока на стратегията да се осигури достъп до интернет на всяко българско дете в училище, културните центрове и институции.
6. Да се създаде по-добра система за контрол на съдържанието на достъпната на децата информация в интернет, за да не затормозява тя личностното им развитие.
7. Медиите да спазват посочените в етичния им кодекс правила за отразяване на информацията за деца с цел опазване на тяхното достойнство и чест.
8. Да се разработи нормативна рамка за контрол на въздействието на рекламата върху децата, за да не уврежда тя психическото им развитие и физическото им здраве.

г) Детското съдържание – една програмна недостатъчност в България

На 1.6.2014 г. „Лека нощ, деца“ (24.4.1961 г.) отпада от програмната схема на „Канал 1“ поради нисък рейтинг.

През 2013 г. кандидатът за генерален директор на БНТ Вяра Анкова залага в концепцията си за развитието на обществената медия създаването на детска телевизионна програма, ако *бюджетът* позволява това. В програмната схема на БНТ1 дълго време фигурираше само „Лека нощ, деца“.

„Шоуто на Слави“ организира песенен конкурс за деца през 2014 г. През ноември 2014 г. талантилата Крисия Тодорова заедно с братята Ибрахим и Хасан зае второто място на песенния детски конкурс „Евровизия“ в изпълнение на песента „Планетата на децата“ и след отказ на Италия домакин на конкурса през 2015 г. стана България – БНТ.

Към настоящия момент БНТ1 разпространява детските предавания „Бърколино“, „Лека нощ, деца“ и „Милион и две усмивки“.

„Детското БНР“ включва специализирано съдържание онлайн (<http://player.bnr.bg>).

д) Участието на деца в предавания

Заключения на работна група на EPRA (Европейската платформа на регулаторните органи) през май 2016 г. относно участието на деца в риалити предавания:

Риалити телевизията става все по-малко и по-малко реална и все повече и повече сценарно оформена.

Пазарът се пренасити от предавания, които бяха изключително популярни в един момент – Big Brother и подобни формати, които постепенно изчезват, отчасти и поради това, че публиката свикна с първоначалното шокиращо съдържание.

Риалити предаванията стават все по-виртуални, като участниците в тях разширяват своя „виртуален живот“ в социалните медии.

Съществуват добри практики, като например Ръководството на британския регулатор OFCOM за правилата относно участието на лица под 18 години в програмите и Насоките за идентифициране на риалити предавания, създадени от германските медийни органи заедно с Асоциацията на търговските радио- и телевизионни оператори.

Заклучение

В заключение на изложеното по-горе можем да констатираме, че упражняването и зачитането на комуникационните права на детето е комплексен обществен проблем. Ето защо, трябва да се предприемат мерки на ниво правоприлагане, които да гарантират спазването на нормативната уредба в тази сфера. Те могат да бъдат определени по следния начин:

В Националната стратегия за детето (2008–2018 г.) отсъстват адекватни мерки, свързани със закрилата на подрастващите от неблагоприятно съдържание.

Наложително е Националната програма за закрила на детето да направи разграничение между отделните групи подрастващи с оглед на тяхното физическо и психическо развитие (до 3 г.; 3–10 г.; 10–14 г.; 14–18 г.) с цел определянето на критерии за прилагането на стандарти при упражняването на комуникационните права за всяка възрастова категория лица.

Съществува необходимост да се обърне сериозно внимание на дигиталната медийна грамотност.

Държавната агенция за закрила на детето трябва да е водещата институция, която да работи за създаването на добри медийни практики относно упражняването на активното комуникационно право на детето.

БНР и БНТ трябва да бъдат законово задължени да разпространяват съдържание, предназначено за децата и младежите. БНТ – чрез отделна програма.

Бюджетното финансиране на БНР и БНТ в областта на детското и младежкото програмиране трябва да се увеличи.

Ключови думи
*Бежанци, убежище,
Европейски съюз,
европейска система.*

Key words
*Refugees, Asylum,
European Union,
European System.*

Blagoy Vidin
**Current Regulation
of the European System
for Granting Asylum**

**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 Sec-
tion. Former Chair of
the Law Department of
New Bulgarian University
(2012–2017).*

In the article under particular consideration is the current situation of the European asylum system. It represents a central part of the EU activities and is under constant development. It is envisaged that substantial amendments are to be made therein.

The forthcoming steps in the ongoing reform of the Common European Asylum System are in implementation of the European Agenda on Migration. In the article are presented the basic legislative acts currently in force in this area as well as some of the most important new legislative proposals.

Благой Видин

Актуална уредба на европейската система за предоставяне на убежище

Европейската система за предоставяне на убежище

Процесът на развитие и постепенно формулиране на общностна политика по въпросите на миграцията и убежището на европейско ниво води началото си от началото на 80-те години на XX в. Той се развива като междуправителствено сътрудничество по въпросите на убежището.

С Договора от Амстердам държавите членки за пръв път в историята на Европейската общност и Европейския съюз постигат съгласие по необходимостта от установяване на общи стандарти в областта на убежището, опиращи се на солидарността и споделената отговорност.

В Заключенията на Европейския съвет в Тампере се подчертава, че държавите – членки на ЕС безусловно признават правото на търсене на убежище и заявяват, че ще работят за изграждане на обща европейска система на убежището при пълно зачитане на Женевската конвенция от 28 юли 1951 г. за статута на бежанците¹ (наричана по-нататък „Женевската конвенция от 1951 г.“). Намерението е за въвеждане на общи политики по миграцията и убежището, които да предоставят на лицата, търсещи закрила в Европейския съюз или достъп до неговата територия, ефективни гаранции, като същевременно се вземат мерки за борба с нелегалната миграция. В Тампере се изяснява още един важен въпрос – ЕС обвързва действията си с Женевската конвенция от 1951 г. и напомня, че трябва да се предприемат съвместни хуманитарни дейности и дейности за интегрирането на гражданите на трети страни, пребиваващи легално със статут на бежанци.

¹ Приета на 28 юли 1951 г. от Конференция на пълномощниците на ООН по статута на бежанците и лица без гражданство. Ратифицирана със закон на Народното събрание от 22 април 1992 г.; допълнена със закон на Народното събрание от 1 април 1993 г. В сила за Република България от 10 август 1993 г. Обн., ДВ, бр. 88 от 15 октомври 1993 г.

Общата политика относно имиграцията и убежището следва да се изгради на основата на няколко елемента:

а) сътрудничество със страните по произход – сътрудничеството трябва да се осъществява при отчитане на ситуацията в тези държави и при съобразяване с глобалните подходи спрямо миграцията,

б) въвеждане на обща европейска система за убежището – по този пункт Европейският съвет възприема двустепенен подход. В краткосрочен план за изпълнение на целите, заложен в Договора от Амстердам в частта за убежището, се предвижда разработването и приемането на минимални стандарти в областите, посочени в чл. 63 ДЕО. В дългосрочен план вече се визира приемането на общностни правила и мерки, надхвърлящи минималните нива на хармонизиране, като стратегическата цел се изразява в изграждане на обща процедура за предоставяне на убежище и единен статут на бежанец, който да се признава на цялата територия на ЕС,

в) справедливо третиране на гражданите на трети страни – именно във връзка с този елемент Съветът подчертава необходимостта от сближаване на националните законодателства по условията за приемане и престой на територията на ЕС на граждани на трети държави и

г) ефективно управление на миграционните потоци.

Важно събитие е приемането на Хартата на основните права на ЕС през декември 2000 г.² Член 18 от нея гласи, че правото на убежище следва да бъде гарантирано при надлежно спазване на Женевската конвенция от 1951 г. и Протокола от 31 януари 1967 г. относно статута на бежанците и в съответствие с Договора за създаване на Европейската общност.

Член 78 от Договора за функционирането на Европейския съюз³ (наричан по-нататък „ДФЕС“) просто потвърждава, че Съюзът развива обща политика в областта на убежището, субсидиарната закрила и временната закрила, като по същество това са съответно членове 63 и 64 от ДЕО.

Съществуващата обща политика се осъществява чрез критерии и механизми за определяне на държава членка, компетентна за разглеждане на молба, общи процедури за предоставяне или отнемане на статута на бежанец или на субсидиарна закрила и временна закрила. Извън изброеното в член 78 ДФЕС остава новосъздадената през 2011 г. Европейска служба за подкрепа в областта на убежището⁴.

Критериите и механизмите за определяне на държава членка, компетентна за разглеждане на молба за убежище са уредени в поредица от регламенти. Първоначалните регламенти са Регламент (ЕО) 2725/2000 на Съвета от 11 де-

² С влизането в сила на Договора от Лисабон през 2009 г. Хартата има същата юридическа сила като Договорите. Вж. последния консолидиран текст на Хартата в ОВ С 202, 7.6.2016 г., с. 389.

³ Вж. последния консолидиран текст на ДФЕС в ОВ С 202, 7.6.2016 г., с. 47.

⁴ <https://www.easo.europa.eu/> [Последен достъп на 1.9.2018 г.].

кември 2000 година за създаване на система „Евродак“ за сравняване на дактилоскопични отпечатащи с оглед ефективното прилагане на Дъблинската конвенция⁵, Регламент (ЕО) 407/2002 на Съвета от 28 февруари 2002 г. за определяне на някои условия за прилагането на Регламент (ЕО) 2725/2000⁶ и Регламент (ЕО) 343/2003 на Съвета от 18 февруари 2003 година за установяване на критерии и механизми за определяне на държава членка, компетентна за разглеждането на молба за убежище, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета страна⁷. Те са отменени с нови регламенти от 2013 г. след няколко съществени изменения.

Регламент (ЕО) 1560/2003 на Комисията от 2 септември 2003 година за определяне условията за прилагане на Регламент (ЕО) 343/2003 на Съвета⁸ се прилага, като се отменят само три негови члена и един параграф от четвърти член. Това е така, защото подробните правила за прилагането на регламент 343/2003 на Съвета препращат към Регламент 1560/2003 на Комисията.

Регламент (ЕС) 604/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година за установяване на критерии и механизми за определяне на държавата членка, компетентна за разглеждането на молба за международна закрила, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета държава или от лице без гражданство⁹ е основният акт в тази област на Евро-

⁵ ОВ L 316, 15.12.2000 г., с. 1–10, Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 3, с. 62–71.

⁶ Регламент (ЕО) 407/2002 на Съвета от 28 февруари 2002 година за определяне на някои условия за прилагането на Регламент (ЕО) 2725/2000 относно създаването на системата „Евродак“ за сравняване на дактилоскопични отпечатащи с оглед ефективното прилагане на Дъблинската конвенция, ОВ L 62, 5.3.2002 г., с. 1–5, Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 3, с. 208–212.

⁷ ОВ L 50, 25.2.2003 г., с. 1–10, Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 6, с. 56–65.

⁸ Регламент (ЕО) 1560/2003 на Комисията от 2 септември 2003 година за определяне условията за прилагане на Регламент (ЕО) 343/2003 на Съвета за установяване на критерии и механизми за определяне на държавата членка, която е компетентна за разглеждането на молба за убежище, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета страна, ОВ L 222, 5.9.2003 г., с. 3–23, Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 6, с. 140–160.

⁹ ОВ L 180, 29.6.2013 г., с. 31–59.

пейския съюз. Системата „Евродак“, уредена с Регламент (ЕС) 603/2013¹⁰, е средство за изпълнение на Регламент 604/2013 и допълва действието на основния регламент. Допълващо действие има и Визовата информационна система (ВИС)¹¹.

Директива 2013/33/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година за определяне на стандарти относно приемането на кандидати за международна закрила¹² се прилага по отношение на процедурата за определянето на компетентната държава членка съгласно регламента при спазване на ограниченията в прилагането на посочената директива.

Директива 2013/32/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година относно общите процедури за предоставяне и отнемане на международна закрила¹³ се прилага в допълнение на регламента и без да засяга разпоредбите относно процедурните гаранции, уредени в регламента и при спазване на ограниченията в прилагането на посочената директива.

Новост в уредбата е наименованието „международна закрила“ и под нея се разбира искането, отправено от чужденец, който иска да получи статут на бежанец или на субсидиарна закрила.

Общ принцип е молбата за закрила да се разглежда от една-единствена държава. Тази държава се определя по критерии, подредени в йерархия и критериите се прилагат в тази йерархична последователност. Това правило има две изключения. Първо, ако според критериите държава не може да се определи, компетентна е първата държава членка, в която е представена молбата. Второ, ако за посочената като компетентна държава членка са налице основателни опасения, че съществуват системни недостатъци в процедурата по предоставяне на убежище и на условията за приемане на кандидати, което създава риск от нечовешко или унижително отношение по смисъла на член 4 от Хартата на ос-

¹⁰ Регламент (ЕС) 603/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година за създаване на система Евродак за сравняване на дактилоскопични отпечатащи с оглед ефективното прилагане на Регламент (ЕС) 604/2013 за установяване на критерии и механизми за определяне на държавата-членка, компетентна за разглеждането на молба за международна закрила, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета държава или от лице без гражданство и за искане на сравнения с данните в Евродак от правоприлагащите органи на държавите членки и Европол за целите на правоприлагането и за изменение на Регламент (ЕС) 1077/2011 за създаване на Европейска агенция за оперативното управление на широкомащабни информационни системи в областта на свободата, сигурността и правосъдието, ОВ L 180, 29.6.2013 г., с. 1–30.

¹¹ Която започва да действа от 11 октомври 2011 г. ВИС е създадена с Решение 2004/512/ЕО на Съвета (ОВ L 213, 15.6.2004 г., с. 5–7, Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 7, с. 28–30) и с Регламент (ЕО) № 767/2008 (ОВ L 218, 13.8.2008 г., с. 60–81).

¹² ОВ L 180, 29.6.2013 г., с. 96–116.

¹³ ОВ L 180, 29.6.2013 г., с. 60–95.

новните права на Европейския съюз, определящата държава членка продължава да разглежда критериите, предвидени в глава III, за да установи дали друга държава членка може да бъде посочена за компетентна. Кандидатът за закрила се информира за критериите, за предстоящото интервю, възможността за обжалване и другите му права. Информацията се предоставя писмено, а при нужда и устно. Специални гаранции се предвиждат за ненавършилите пълнолетие. Те се изразяват в назначаването на представител с необходимия опит и квалификация и придаване на първостепенно значение на висшия интерес на детето.

При незаконно влизане в държава членка от трета държава, установено с преки или косвени доказателства, компетентна за разглеждане на молбата е държавата членка. Нейната компетентност отпада 12 месеца след незаконното пресичане на границата. Ако кандидатът е живял в различни държави членки за периоди не по-малки от пет месеца, компетентна е държавата членка на последното пребиваване. В случаите, когато кандидатът е лице, зависимо от други поради бременност или с новородено дете, тежко заболяване, недъг или старост и тази зависимост е по отношение на негово дете, брат, сестра или родител, държавите членки като правило ги събират заедно. Събирането се изпълнява при условията, че тези родствени връзки са съществували и в държавата на произход и посочените по-горе лица изразят съгласието си в писмена форма.

Задълженията, които компетентната държава поема, с прекратяват, когато друга държава членка издаде документ за пребиваване на кандидати по този начин е приела отговорност за него или когато кандидатът е напуснал нейната територия за повече от три месеца.

Процедурата за определяне на компетентната държава започва веднага след като за първи път молба бива подадена пред държава членка. Подаване се счита че има, когато формулярът за молба е получен от компетентните органи. Ако изявлението е устно, се изготвя доклад и получаването на доклада от същите компетентни органи се счита за подаване на молба. Времето между устното изявление и изготвянето на доклада трябва да е възможно най-кратко.

Когато между държавите има съгласие относно поемане на отговорност или обратно приемане на лице, търсещо закрила, последното се уведомява за това, че неговата молба няма да се разглежда повече в първата държава. Ако то се представлява от правен съветник или консултант, може да се уведоми само представителя. В случай че няма такива представители, лицето се уведомява като в уведомяването се включва информация за средствата за правна защита и сроковете за нея. Уведомяването е на език, който лицето разбира или поне основателно се предполага, че разбира. В случай че лицето подаде жалба или искане за преразглеждане на решението, му се предоставя правото да остане в държавата до произнасяне, като прехвърлянето се спира. Държавите могат да предвидят в своето право, че техните органи могат и служебно да спират изпълнението на решение за прехвърляне.

Когато съществува значителен риск от укриване, лицето може да се задържи. Задържането не може да се основава единствено на обстоятелството, че е започната процедура за предаване. Задържането е за възможно най-кратък

срок, като в случаите на задържане се предвиждат изрично по-кратки срокове за изпълнение на процедурата. В случай че не спазят сроковете, задържането на лицето не може да продължава.

Прехвърляне може да се извърши по три начина: на доброволна основа, контролирано или с ескорт, като във всички случаи трябва да е по хуманен начин и при зачитане на основните права и достойнството на извежданото лице.

За да се осигурят еднакви условия за прилагането на регламента, е предвидено да се изработят обща информационна брошура относно Дъблин/Евродак, специална брошура за непридружени ненавършили пълнолетие, стандартен формуляр за обмен на информация от значение за непридружени ненавършили пълнолетие, стандартен формуляр за обмен на данни преди прехвърлянето, единни условия за консултация и обмен на информация от значение относно ненавършили пълнолетие и зависими лица, единни условия относно подготовката и предаването на искания за поемане на отговорност или за обратно приемане, единни условия за консултация и обмен на информация относно прехвърлянията. Много важни са приложените два списъка с относими преки и косвени доказателства с изисквания за тяхното периодично преработване. Въвеждат се образци за временно удостоверение (*laissez-passer*) и общ здравен сертификат.

Регламент (ЕС) 603/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година за създаване на система „Евродак“ за сравняване на дактилоскопични отпечатъци същевременно изменя регламента, с който се създава Европейската агенция, управляваща системата, и отменя Регламент (ЕО) 2725/2000 и Регламент (ЕО) 407/2002. С регламента се уреждат условията и реда, необходими да се установи самоличността на лицата, подали молба за международна закрила, както и на лицата, които са задържани за неправомерно преминаване на външните граници на Съюза. Регламентът се прилага, когато държава членка проверява дали гражданин на трета държава или апатрид, намиращ се незаконно на нейна територия, е подал молба за получаване на международна закрила в друга държава членка.

Системата „Евродак“ се управлява от Европейската агенция за оперативното управление на широкомащабни информационни системи в областта на свободата, сигурността и правосъдието, създадена с Регламент (ЕС) 1077/2011 на Европейския парламент и на Съвета¹⁴. Агенцията работи от 1 декември 2012 г.¹⁵.

¹⁴ Регламент (ЕС) 1077/2011 на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2011 година за създаване на Европейска агенция за оперативното управление на широкомащабни информационни системи в областта на свободата, сигурността и правосъдието, ОВ L 286, 1.11.2011 г., с. 1–17.

¹⁵ Подробно за еволюцията и правната същност на агенциите на ЕС вж. в Йочева, К. „Агенциите на Европейския съюз“ в Юбилеен сборник (15 г.) на Департамент „Право“, НБУ и Феня, 2006 г., с. 346–383.

Основата на Евродак е централната компютърна база данни за дактилоскопични отпечатъци. Редът за снемане на отпечатъци се определя съгласно националната практика на държавите членки. Отпечатъците се снемат от всички пръсти на всяко лице на възраст минимум 14 години, подало молба за международна закрила, и във възможно най-кратък срок, но не по-късно от 72 часа след подаването на неговата молба за международна закрила се предават от държавата, в която е подадена молбата. Регистрират се само данните, изброени изчерпателно в регламента, като от данните, отнасящи се непосредствено до личността на лицето, се регистрират единствено данните за дактилоскопичните отпечатъци и неговия пол.

Срокът за съхранение на данните е 10 години с автоматично заличаване на данните след този срок. Данните се заличават предсрочно, ако лицето получи гражданство на държава членка. Предвидени са различни срокове за граждани на трети държави и лица без гражданство, задържани при преминаване на външна граница, както и за същите категории лица, но пребиваващи незаконно на територията на държава членка. Държавата членка по произход е единствената, която има право да променя данните, които е предала на централната система, като ги поправя или допълва, или да ги заличава, освен случаите на предвидените автоматични заличавания. Достъп до данните имат само органите, определени от всяка държава членка. При това определяне се посочва точният отговорен отдел на органа. Консолидиран списък на органите се публикува в Официален вестник на Европейския съюз и се актуализира ежегодно при наличие на промени. Нито една държава няма право да извършва търсения в данните, предадени от друга държава членка, нито да получава такива данни, с изключение на тези, които са резултат от поисканото сравняване.

Действащият регламент прави едно много съществено нововъведение. То е свързано с въвеждането на по-широк достъп до данните на Евродак за нуждите на правоприлагането. За целите на регламента правоприлагане означава предотвратяването, разкриването или разследването на терористични или други тежки престъпления. Данните на Евродак се използват за целите на предотвратяването, разкриването или разследването на тероризма, както е посочено в рамковите решения от 13 юни 2002 г. относно борбата срещу тероризма или други тежки престъпления, европейската заповед за арест и процедурите за предаване между държавите членки. При условията, предвидени в регламента, данните в Евродак стават достъпни за сравняване от определените органи на държавите членки и на Европейската полицейска служба (Европол).

След приемането на Регламент (ЕС) 604/2013 на Европейския парламент и на Съвета, с който се преработва Регламент (ЕО) 343/2003 на Съвета, става очевидно, че за неговото ефективното прилагане трябва да бъдат приети редица допълнителни актове. По-специално това се отнася до изменение на правилата относно предаването и обработването на искания за поемане на отговорност и обратно приемане, исканията за информация, сътрудничеството за събиране на членовете на семейството и други роднини в случай на непридружени малолетни и непълнолетни лица и други зависими лица, както и извършването на прехвърляния. Ето защо се приема Регламент за изпълнение (ЕС)

118/2014 на Комисията от 30 януари 2014 година за изменение на Регламент (ЕО) 1560/2003 за определяне условията за прилагане на Регламент (ЕО) 343/2003 на Съвета за установяване на критерии и механизми за определяне на държавата членка, компетентна за разглеждането на молба за убежище, подадена в една от държавите членки от гражданин на трета страна¹⁶.

Регламентът за изпълнение е придружен от приложения. В тях се съдържа описание на предвидените в Регламент (ЕС) 604/2013 преки и косвени доказателства, информация за непридружени деца, които са подали молба за международна закрила съгласно член 4 от Регламент (ЕС) 604/2013, информация за граждани на трети държави или лица без гражданство, заловени във връзка с незаконно преминаване на външна граница съгласно член 29, параграф 3 от Регламент (ЕС) 603/2013, информация за граждани на трети държави или лица без гражданство, открити да пребивават незаконно на територията на държава членка, съгласно член 29, параграф 3 от Регламент (ЕС) 603/2013.

Предметът на Директива 2013/32/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година относно общите процедури за предоставяне и отнемане на международна закрила (преработен текст) е достатъчно ясно даден в нейното наименование. Целта на приемането на директивата е да се определят общи процедури за предоставяне или отнемане на международна закрила съгласно Директива 2011/95/ЕС. С въвеждането ѝ Директива 2005/85/ЕО на Съвета от 1 декември 2005 г. за минимални норми на процедурата за предоставяне или отнемане на статут на бежанец¹⁷ в държавите членки се отменя за държавите членки, обвързани от нея, считано от 21 юли 2015 г. Това се налага поради необходимостта да се правят съществени изменения в Директива 2005/85/ЕО на Съвета от 1 декември 2005 г. за минимални норми на процедурата за предоставяне или отнемане на статут на бежанец. Новата директива представлява преработен текст с оглед постигане на яснота. С нея се прави по-нататъшно разработване на нормите за процедурите за предоставяне и отнемане на международна закрила в държавите членки като част от мерките за създаване на обща процедура за убежище в Съюза. Транспонирането на директивата в националното право на държавите членки се ограничава до разпоредбите, които представляват изменение по същество в сравнение с Директива 2005/85/ЕО. Задължението за транспониране на разпоредбите, които не са изменени, продължава да действа. Великобритания, Ирландия и Дания не са участвали в приемането на директивата и не са обвързани от нея, нито от нейното прилагане.

Директива 2013/32/ЕС се прилага за всяка молба за международна закрила, която е подадена на територията на държави членки, включително на граница, в териториални води или в транзитна зона, както и по отношение на отнемането на международна закрила. Изискванията на директивата са въведе-

¹⁶ ОВ L 39, 8.2.2014 г., с. 1–43.

¹⁷ ОВ L 326, 13.12.2005 г., с. 13.

ни в Закона за убежището и бежанците със Закон за изменение и допълнение, обнародван в ДВ бр. 101/2015. Директивата не се прилага за молби за дипломатическо или териториално убежище, които са подадени в представителства на държавите членки.

В рамките на директивата държавите членки запазват значителна самостоятелност в своите действия. Тази самостоятелност има следните предели – те могат да въвеждат или запазят по-благоприятни разпоредби за лицата от трети страни или лицата без гражданство, които търсят международна закрила, основано на факта, че съответното лице се нуждае от международна закрила по смисъла на Директива 2011/95/ЕС¹⁸. Могат да дават приоритет на дадена молба, като я разглеждат преди други, подадени преди това молби. Когато съществува вероятност дадена молба да е неоснователна или когато са налице сериозни опасения за националната сигурност или обществения ред, държавите членки следва да са в състояние да ускорят процедурата по разглеждане, поспециално чрез въвеждане на по-кратки срокове за определени части на процедурата. Могат да разширяват понятието обществен ред, като включват в него осъждане за извършване на тежко престъпление и като цяло съгласно чл. 72 ДФЕС директивата не засяга упражняването на отговорностите на държавите членки относно поддържането на обществения ред и опазването на вътрешната сигурност. Държавите членки могат да решат да прилагат настоящата директива при процедурите за разглеждане на всички видове закрила, които попадат извън обхвата на Директива 2011/95/ЕС и които могат да съществуват в националното право.

В своя член 9 директивата урежда правото на кандидатите за закрила да останат в държавата членка до разглеждането на молбата. Оставането е единствено за целите на процедурата, докато решаващият орган се произнесе. Времето, за което е оставено в държавата лицето, кандидат за закрила, не се разглежда като даващо право на пребиваване. От това право не могат да се ползват лица, които са подали последваща молба, посочена в член 41 на директивата. Правото на оставане в страната не се прилага и когато компетентните власти предадат или екстрадират въпросното лице било към друга държава членка поради задължения, произтичащи от европейска заповед за арест или по други причини, било към трета страна, било към международни наказателни съдилища. Екстрадирането към трета държава е възможно само ако компетентните органи са уверени, че решението за екстрадиране няма да доведе до пряко или непряко връщане в нарушение на международните задължения и задълженията спрямо Съюза на държавата членка, чиито органи извършват екстрадицията.

¹⁸ Директива 2011/95/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 13 декември 2011 година относно стандарти за определянето на граждани на трети държави или лица без гражданство като лица, на които е предоставена международна закрила, за единния статут на бежанците или на лицата, които отговарят на условията за субсидиарна закрила, както и за съдържанието на предоставената закрила, ОВ L 337, 20.12.2011 г., с. 9–26.

Директивата предвижда конкретни задължения за държавите членки, с които се гарантира специалната роля на Върховния комисар за бежанците на ООН (ВКБООН). Той има достъп до кандидатите, включително до тези, които са задържани или се намират на границата и в транзитните зони, има право на достъп до информацията, свързана с индивидуални молби за международна закрила, хода на процедурата и взетите решения, при условие че кандидатът даде своето съгласие. В изпълнение на контролните си правомощия по силата на Женевската конвенция от 1951 г. дава становище на всеки компетентен национален орган по индивидуални молби за международна закрила на всеки етап от хода на процедурата. Тези права могат да се делегират и на организация, която действа от името на ВКБООН на територията на държава членка в съответствие със сключено споразумение с тази държава.

В членове от 31 до 39 Директивата предвижда няколко вида процедури, които доста условно могат да се разделят по следния начин.

Първа и основна е процедурата, предвидена в член 31. Тя приключва в срок от 6 месеца от подаването на молбата.

Втората може да бъде наречена удължена. При нея държавите членки могат да удължат шестмесечния срок, установен като общо правило, за допълнителен период, който не надвишава девет месеца, когато индивидуалният случай включва въпроси с фактическа или правна сложност. Удължава се процедурата и когато голям брой лица едновременно подадат молба за международна закрила, което практически затруднява приключването на процедурата в срок от шест месеца. Затруднения може да създаде с поведението си и кандидатът, който не е спазил задълженията си и така забавянето е по негова вина. По изключение държавите членки могат да надвишат посочените по-горе срокове с най-много три месеца, когато това е необходимо, за да се осигури точно и пълно разглеждане на молбата за международна закрила.

Третата може да бъде определена като отложена. Приключването на процедурата по разглеждане може да бъде отложено, ако с основание не може да се очаква от решаващия орган да вземе решение в сроковете, установени в параграф 3, поради несигурна обстановка в страната на произход, за която се предполага, че е временна. В този случай държавата членка преценява положението в посочената страна на произход най-малко на всеки шест месеца, като информира кандидата за мотивите за отлагането.

Каквато и процедура да бъде приложена, държавите трябва да приключат в срок от 21 месеца от подаването на молбата. В случай че след изтичане на шест месеца от подаването на молбата не е взето решение, кандидатът трябва да бъде информиран за забавянето и ако е отправил искане, да бъде информиран относно причините за забавянето и срока, в който се очаква решение по неговата молба.

Държавите членки могат да предвидят десет хипотези, при които се прилага ускорена процедура. Част от тях се отнасят до факти, които правят молбата за закрила очевидно неоснователна. Тук са случаите, когато кандидатът идва от сигурна страна на произход, повдигнал е въпроси, които нямат отношение към разглеждането, подава молба единствено с цел да забави или да затрудни

изпълнението на неговото репатриране или е внесъл последваща молба за международна закрила, която не е допустима.

Друга част са свързани с поведение на лицето, с които съзнателно се пречи на процедурата. Тук се отнасят случаите, когато кандидатът е предоставил невярна информация или документи или е скрил информация или документи по отношение на своята самоличност и/или националност, когато има вероятност кандидатът злонамерено да е пристъпил към унищожаване или подправяне на лични или пътни документи, представил е очевидно непоследователна и противоречаща, очевидно невярна или недостоверна информация, отказва да спазва задължението да даде пръстови отпечатъци в съответствие с Регламент (ЕС) 603/2013, влязъл е незаконно или е удължил незаконно своя престой на територията на държавата членка и без уважителна причина не се е явил пред органите или не е подал молба за международна закрила възможно най-скоро.

Най-накрая, ускорената процедура се прилага при наличие на сериозни причини, поради които да се смята, че кандидатът представлява опасност за националната сигурност или обществения ред на държавата членка.

От държавите членки не се изисква да разглеждат дали кандидатът отговаря на условията за международна закрила в съответствие с Директива 2011/95/ЕС, когато молбата е недопустима. Член 33 изчерпателно изброява случаите, когато една молба може да се приеме за недопустима. Това са случаите, когато друга държава членка е предоставила международна закрила, или трета държава се счита за първа страна на убежище за кандидата, или молбата е последваща молба, когато не са се появили или не са били представени от кандидата нови елементи или факти, или лице на издръжка на кандидата е подало молба, след като се е съгласило, че неговият случай е част от молбата, която е подадена от негово име, и когато не са налице обстоятелства, които да оправдават отделна молба.

Директивата използва понятие за сигурна трета европейска страна. Определянето на една държава като такава има важни последици. Държавите членки могат да предвидят, че не разглеждат или не разглеждат в пълен обем молба за международна закрила, когато компетентният орган е установил въз основа на факти, че кандидатът се опитва да влезе или е влязъл нелегално на нейна територия от такава трета сигурна европейска страна. Една страна се счита за сигурна трета страна, ако е ратифицирала Женевската конвенция от 1951 г. без географски ограничения, прилага процедура за убежище по закон, страна е по Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи и спазва нейните норми за ефикасна защита. Държавите членки информират редовно Комисията за трети страни, които се приемат от тях за трета сигурна европейска страна.

Общото правило се прилага, като на кандидата се дава възможност да оспори прилагането на европейска сигурна трета страна на основание, че страната не е сигурна при неговите конкретни обстоятелства. Също така държавите членки, при спазване на принципа на забрана за връщане, могат да

предвидят изключения по хуманитарни или политически причини или по причини, свързани с международното публично право.

Когато се прилага решение, което се основава единствено на трета сигурна европейска страна, държавите членки информират кандидата и предоставят документ, с който информират властите на третата страна, че неговата молба не е била разгледана по същество. Възможно е сигурната трета страна да не приеме обратно кандидата. Тогава на него му се предоставя достъп до процедура по общия ред.

Конфликтите на териториите на несъществуващата вече Югославия доведоха до появата в Европа на забравено – от времето на края на Втората световна война явление – масови бежански потоци. Реакция на това е приемането на Директива 2001/55/ЕО на Съвета от 20 юли 2001 година относно минималните стандарти за предоставяне на временна закрила в случай на масово навлизане на разселени лица и за мерките за поддържане на баланса между държавите членки в полагането на усилия за прием на такива лица и понасяне на последиците от този прием¹⁹. Целите на директивата са две и са отразени в наименованието.

Временната закрила се разбира като изключителна мярка. Тя представлява бърза и опростена процедура, с която се цели предоставяне на незабавна, но и ограничена във времето закрила в случай на масово навлизане или заплаха от масово навлизане на разселени лица от трети страни, които не могат да се завърнат в страната си по произход. Разселените лица са лица, които не са граждани на ЕС и които поради преобладаваща ситуация в тяхната държава на произход са напуснали тази държава и не могат да се завърнат продължително време. Ситуацията може да включва въоръжен конфликт, както и систематично общо насилие, нарушаващо правата на човека. Масовото навлизане е налице, когато голям брой лица идват на територия на ЕС от определен регион или държава, без значение дали тяхното пристигане е спонтанно или подпомогнато – например чрез програма за евакуация.

Временната закрила във всички свои фази – възникване, прилагане и прекратяване, се консултира със Службата на Върховния комисар за бежанците на ООН, както и други международни организации.

Въвеждането на временна закрила започва с искане на държава членка до Европейската комисия за предложение пред Съвета на ЕС. Комисията прави предложение пред Съвета, като решението се взема с квалифицирано мнозинство. Европейският парламент се информира за решението на Съвета.

Всяка държава членка посочва броя на лицата, които има възможност да приеме. Тези данни се посочват в решението на Съвета, като и след приемане на решението може да се даде информация за допълнителен прием. Срокът на временна закрила е една година, освен ако тя не е прекратена с решение на Съвета, взето по същия ред както и за нейното въвеждане. Задължението на дър-

¹⁹ ОВ L 212, 7.8.2001 г., с. 12–23, Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 3, с. 179–188.

жавите членки представлява минимален стандарт, което означава че те могат да установяват и по-благоприятни условия за приетите лица.

Лицата, приети при условията на временната закрила, трябва да получат разрешение за пребиваване за срока на закрилата, лични документи или други заместващи ги удостоверения, да получат необходимите визи, в това число и транзитни. Визите са безплатни или се издават на минимална цена. Лицата, ползващи се от временна закрила, получават в писмена форма на разбираем за тях език разпоредбите, които се отнасят до тях. Освен това техните личните данни се регистрират.

Получилите временна закрила не могат да напускат територията на страната. При опит да влязат без разрешение на територията на друга държава се връщат, но с двустранно споразумение това общо правило може да не се прилага.

В срока на предоставената временна закрила се разрешава и достъп до пазара на труда при спазване на националните разпоредби относно съответните професии. Предоставя се и достъп до образование за възрастни, професионално обучение и придобиване на практически опит. При това не се разглежда като неравно третиране предимството, което могат да имат гражданите на ЕС и Европейското икономическо пространство, както и законно пребиваващите граждани на трети държави пред лицата с предоставена временна закрила.

Лицата, ползващи временна закрила, имат достъп до жилищно настаняване, имат право да получават помощи, например като средства за съществуване и медицинско обслужване. Последното обхваща минимално изискваното при спешни случаи и дейности от първа необходимост в случаи на болест. Във всички случаи се осигурява медицинско и друго обслужване на лицата, придружаващи непълнолетни, както и на преживелите сериозни форми на физически, психологическо или сексуално насилие. На лицата под 18 години се предоставя достъп като на собствените граждани до образователната система.

Държавите членки са задължени да събират членовете на семейства, които са получили временна закрила, но са в различни държави. Това събиране става на територията на държава, където се намира лице с временна закрила, което желае членовете на неговото семейство да се присъединят към него. Семейството включва брачния партньор или постоянен партньор, ако това е уредено от съответната държава, и техните непълнолетни деца, включително осиновените, ако те не са в брачни отношения. Като част от семейството се приемат и близки роднини, които са били част от домакинството и са в значителна степен зависими от лицето, към което те се присъединяват.

В случаи на непридружени непълнолетни задължително се осигурява настаняване при възрастни роднини, в семейства за отглеждане, в приемни центрове със специални подходящи условия или на последно място – при лицето, което се грижело за детето по време на изселването.

В срока на временната закрила лицата имат възможност по всяко време да подадат молба за убежище. Отговорна за разглеждането на молбата е държавата, приела лицето на своя територия. Статутът на временна закрила не е преюдициален по отношение на убежището. Това означава, че установените

факти и решението за временна закрила не са безспорни и задължителни при разглеждане на молбата за убежище. Държавите имат право да установят, че статутът на временна закрила не може да се прилага едновременно със статут на търсещ закрила.

След като изтече срокът на временната закрила се прилагат общите разпоредби на националното право, отнасящи се до чужденците. При връщане на първо място се прилага доброволното завръщане, подпомогнато от програма за доброволно връщане. В случай на принудително връщане то се изпълнява при стриктно зачитане на човешкото достойнство. Връщането може да се отложи поради здравословни проблеми или за да се даде възможност на децата да завършат текущия учебен период.

Предвижда се всички мерки по директивата да се подпомагат от Европейския бежански фонд. Тези функции се изпълняват от създадения с Регламент (ЕС) 516/2014 на Европейския парламент и на Съвета от 16 април 2014 година фонд „Убежище, миграция и интеграция“²⁰.

От системата на временната закрила могат да се изключват лица въз основа на личното им поведение. Това са случаите, когато са налице сериозни основания да се счита, че лицето е извършило престъпление срещу мира, военно престъпление или престъпление срещу човечеството или е виновно за действия, противоречащи на целите и принципите на Организацията на обединените нации. Тук се отнася и случаят на извършване на сериозно неполитическо престъпление. Жестоки действия, макар и извършени с политическа цел, могат да бъдат отнесени към тези престъпления. Това се отнася както за участниците в извършването на престъплението, така и за подстрекателите към извършване на престъплението.

Изключване от временна закрила е възможно и когато са налице достатъчно основания да се смята, че лицето е заплахата за сигурността на приемащата държава членка или поради извършване на престъпление представлява заплахата за обществото в нея.

В своя план за политика в областта на убежището, приет през юни 2008 г., Европейската комисия заявява намерението си да направи законодателно предложение за създаване на Европейска служба за подкрепа в областта на убежището. Малко по-късно с Европейския пакт за миграцията и убежището, приет през септември 2008 г., Европейският съвет постига съгласие през 2009 г. да бъде създадена Европейска служба за подкрепа. Тя е създадена с Регламент (ЕС) 439/2010 на Европейския парламент и на Съвета от 19 май 2010 го-

²⁰ Регламент (ЕС) 516/2014 на Европейския парламент и на Съвета от 16 април 2014 година за създаване на фонд „Убежище, миграция и интеграция“ и за изменение на Решение 2008/381/ЕО на Съвета и отмяна на решения 573/2007/ЕО и 575/2007/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и на Решение 2007/435/ЕО на Съвета, ОВ L 150, 20.5.2014 г., с. 168–194.

дина²¹. Дания не е обвързана с регламента. Структурата на Службата се състои от управителен съвет, изпълнителен директор и персонал.

Управителният съвет е органът за планиране и надзор върху Службата. Всяка държава членка има един член в съвета, Европейската комисия – двама, ВКБООН назначава един член без право на глас. Мандатът е три години и може да бъде подновяван. Управителният съвет заседава поне два пъти годишно. Назначава и освобождава изпълнителния директор. Обслужва се от секретариат. Управителният съвет може да създава изпълнителен комитет, който се състои от осем членове, като един член е представител на Европейската комисия. Комитетът подготвя работата на Управителния съвет и дори може да взема временни решения от негово име.

Изпълнителният директор се назначава за срок от пет години след конкурс. Възможно е еднократно удължаване на мандата от Управителния съвет с не повече от три години. Изпълнителният директор представлява Службата, отговаря за управлението ѝ и изпълнението на поставените задачи.

Бюджета на Службата се състои от вноса на ЕС, която е предвидена в общия бюджет, доброволни вноски от държавите членки и вноски на асоциирани държави.

Европейската служба не замества ВКБООН и международните организации, които работят в областта на убежището. Изрично се признава тяхната роля и компетентност и те участват в работата ѝ. Замисълът е тя да бъде европейски център за експертни знания в областта на убежището, като не разполага с преки или косвени правомощия във връзка с вземането на решения от органите на държавите членки в областта на убежището по конкретни молби за международна закрила. Задачите на Службата са да събира информация за държавите на произход, да създава и разработва курсове за обучение на националните администрации, да информира за добри практики. В случаи на внезапно пристигане на голям брой лица от трети държави, Службата подпомага действията на ЕС с информация, екипи за приемане и инфраструктура. Държавите, подложени по този начин на особен натиск, отправят искане за разполагане на екип за подкрепа. Изготвят се списъци на резерв от експерти, включително устни преводачи, като държавите членки подпомагат Службата за съставянето на списъка.

Когато постъпи молба от държава членка, изпълнителният директор на Службата взема решение за разполагане на екипи за подкрепа не по-късно от пет работни дни от датата на получаване на искането. Молещата държава и изпълнителният директор договарят оперативен план, който съдържа подробни условия за разполагане на екипите. Членовете на екипите се разглеждат като длъжностни лица на приемащата държава членка по отношение на престъпле-

²¹ Регламент (ЕС) 439/2010 на Европейския парламент и на Съвета от 19 май 2010 година за създаване на Европейска служба за подкрепа в областта на убежището, ОВ L 132, 29.5.2010 г., с. 11–28.

ния, извършени както от тях, така и срещу тях. Службата покрива разходите на експертите, предоставени от държавите.

Фонд „Убежище, миграция и интеграция“ е създаден с Регламент (ЕС) 516/2014 на Европейския парламент и на Съвета от 16 април 2014 година, но се прилага от 1 януари 2014 г. с обратно действие. Фондът е израз на солидарност чрез предоставяне на финансова помощ на държавите членки. Фондът допълва и подпомага дейностите, предприемани от Европейската служба за подкрепа в областта на убежището. Освен основната засега дейност в областта на убежището Фондът има и задача да работи в областта на интегриране на лица от трети държави в европейските общества. Дейностите по интеграция са допълващи на финансирането от Европейския социален фонд. Фондът също така подпомага дейностите, предприемани от Европейската агенция за управление на оперативното сътрудничество по външните граници на държавите-членки на Европейския съюз, създадена с Регламент (ЕО) 2007/2004 на Съвета²². По-специално това се отнася до организацията на съвместни операции на държавите членки по връщане, както и на получаването на пътни документи и извеждането на граждани на трети държави, незаконно пребиваващи на териториите на държавите членки.

Средствата от Фонда се отпускат пропорционално на носената от всяка държава членка отговорност по управлението на миграционните потоци. За островни държави, поели несъразмерни за тях тежести – Кипър и Малта, минималните суми се повишават. Част от наличните средства по Фонда се отпускат за изпълнението на програмата на Съюза за презаселване и за прехвърлянето на лица, на които е предоставена международна закрила, от една държава членка в друга. В програмата на Съюза за презаселване Фондът предоставя целенасочена помощ под формата на финансови стимули (еднократни суми) за всяко презаселено лице. Целта е да се ограничи натиска върху държавите членки, които приемат по-голям брой лица, търсещи убежище, и лица, на които е предоставена международна закрила. Фондът също така предвижда финансова помощ за дейностите на Европейската мрежа за миграцията, създадена с Решение 2008/381/ЕО на Съвета²³, в съответствие с нейните цели и задачи.

Развитието на общата европейска система за убежище продължава. Нещо повече – в дейността на ЕС тя излиза на преден план. По същество става дума за възстановяване на контрола върху миграцията. Като се има предвид предполагаемото развитие на положението в Африка и Близкия изток, се очаква увеличаване на преместването на хора в посока на държавите от ЕС. Следващите стъпки в реформата на общата европейска система за убежище са в изпълнение

²² Регламент (ЕО) 2007/2004 на Съвета от 26 октомври 2004 година за създаване на Европейска агенция за управление на оперативното сътрудничество по външните граници на държавите-членки на Европейския съюз, ОВ L 349, 25.11.2004 г., с. 1–11, Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 7, с. 71–81.

²³ 2008/381/ЕО: Решение на Съвета от 14 май 2008 година за създаване на Европейска мрежа за миграцията, ОВ L 131, 21.5.2008 г., с. 7–12.

на Европейската програма за миграция. По-конкретно са подготвени законодателни предложения. По-важните от тях са предложение за регламент на Европейския парламент и на Съвета за определяне на обща процедура за международна закрила в Съюза и за отмяна на Директива 2013/32 ЕС, предложение за директива на Европейския парламент и на Съвета за определяне на стандарти относно приемането на кандидати за международна закрила (преработен текст), предложение за регламент на Европейския парламент и на Съвета относно стандартите, чрез които граждани на трети страни или лица без гражданство се определят като ползватели на международна закрила, относно уеднаквения статут на бежанците или на лицата, имащи право на субсидиарна закрила и относно съдържанието на предоставената закрила и за изменение на Директива 2003/109/ЕО на Съвета от 25 ноември 2003 относно статута на дългосрочно пребиваващи граждани от трети страни, предложение за регламент на Европейския парламент и на Съвета за установяване на критерии и механизми за определяне на държавата членка, компетентна за разглеждането на молба за международна закрила, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета страна или от лице без гражданство (преработен текст), предложение за регламент на Европейския парламент и на Съвета за създаване на система Евродак за сравняване на дактилоскопични отпечатъци с оглед ефективното прилагане на Регламент (ЕС) 604/2013 за установяване на критерии и механизми за определяне на държавата членка, компетентна за разглеждане на молба за международна закрила, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета държава или от лице без гражданство и за искане за сравнения с данните в Евродак от правоприлагащите органи на държавите членки за целите на правоприлагането (преработен текст).

Ключови думи

Пряко управление, референдум, конституция, закон, Народно събрание, конституционен референдум, законодателна инициатива на гражданите.

Key words

Direct Government, Referendum, Constitution, Act, National Assembly, Constitutional Referendum, Citizens' Legislative Initiative.

**Prof. Ekaterina Mihaylova,
Ph. D.**

*Chair of the Law
Department of New
Bulgarian University since
2017.*

*e-mail:
ekmihaylova@nbu.bg*

*Professor in History
of Bulgarian State and Law.*

*Areas of specializa-
tion: Parliamentarism
and rule of law in Bulgaria,
Political governance mod-
els, Constitutional law.*

*Member of the 36,
37, 38, 39, 40, 41st National
Assembly of the Republic of
Bulgaria. Vice President of
the 40 & 41 National
Assembly.*

*Member of
the Commission on Pardons
to the Head of State.*

*Author of mono-
graphs and articles in pro-
fessional periodicals. Publi-
cations and interviews in
print and electronic media
on constitution, government
agencies and others.*

Ekaterina Mihaylova

Direct Government – History and Issues (Is a Constitutional Referendum Legitimate?)

Under consideration in the present article is the legal regulation concerning the holding of national referendums under the implementation of the fourth so far in force Bulgarian Constitution, respective legislation and the practice related thereto. Under particular analysis are provisions of the currently in force Direct Citizen Participation in State and Local Government Act and some of the issues, stemming from both the relevant Act and the Constitution are also pointed out. The author justifies the possibility for a constitutional referendum as well as for a citizens' legislative initiative to be held by formulating proposals for the respective legislative and constitutional amendments to be made.

Екатерина Михайлова

Прякото управление – история, въпроси, проблеми (Допустим ли е конституционен референдум?)

Възможностите на гражданите на България за участие в управлението на страната си чрез формите на пряката демокрация е в актуалния дневен ред през последните години. Почти всеки нов политически проект съдържа заявка за провеждането на референдум по определени въпроси. Най-често такива се предлагат по конституционни въпроси – намаляване на броя на народните представители, промяна на формата на държавно управление, промяна на средствата за упражняването на държавната власт и др. Една от последните лансирани идеи е да се проведе референдум за излизането на България от НАТО.

Горното, както и участието ми в изработването на становище по повдигнат пред Конституционния съд (КС) въпрос относно конституционността на поставени въпроси за провеждането на национален референдум, ме провокира да се спра на темата за прякото управление, а оттам и относно възможността за провеждането на конституционен референдум.

Знайно е, че пряката демокрация е по-старата форма на управление и създаване на правила. Свързваме произхода ѝ с атинската демокрация, където всеки имащ право на глас е можел да участва във вземането на решението. Елинската държава е самозадоволяваща се, независим, опираща се на собствени закони съюз на граждани. Съюзът е едновременно и политически, и религиозен, чийто върховен принцип на управлението е законността.

Какво всъщност е прякото управление или пряката демокрация? Предимството на тази форма на политическа организация на обществото е, че при нея всеки един гражданин има равно участие при вземането на решението – така в пълна степен се получава самоуправление на населението. Това прави тази форма по-демократична от представителната форма на управление. Не на последно място следва да се отбележи, че при пряката демокрация се осъществява в пълна степен народният суверенитет.

Споровете за и против упражняването на прякото управление съвсем не са нови. Известни са позициите на Монтескьо и Русо, както и обосновката на

Джон Стюарт Мил за предимствата на представителното управление. Едно от най-добрите обобщения ни е дал Робърт Дал, според който: „Ако нашата цел е да установим демократична система на управление, която осигурява максимални възможности на гражданите да участват във вземането на политически решения, тогава предимствата категорично са на страната на пряката демокрация в малка политическа система. Ако обаче целта ни е да установим демократична система на управление, която да осигурява максимални възможности за ефективно решаване на най-важните проблеми на гражданите, предимствата често са на страната на голямата политическа единица [...] Дилемата е участие на гражданите или ефективност на системата“¹.

За да приемем, че пряката демокрация е форма на управление, не е достатъчно тя да е предвидена като правна възможност в законодателството на страната. Изисква се и чрез нейните форми да се осъществява държавната власт или да се формират решенията ѝ, което да се практикува сравнително често. Затова тя се явява по-скоро като съпътстваща представителната демокрация.

Пряката демокрация се явява неприложима в много аспекти на съвременното устройство и управление на модерната държава като съставяне на правителство, назначение на определени позиции във всяка една от властите и т. н. Междудържавното интегриране и приемане действието на наднационалното право затрудняват също прилагането ѝ².

Причините, които правят пряката демокрация неприложима като единствена форма на управление, са изискванията за ежедневна реакция; за компетентност и експертиза, за вземане на непопулярни решения. Рисковете при използването на пряката демокрация са още, че гражданите често гласуват според отношението си към управлението или определени проблеми свързани с него, а не по поставения за гласуване въпрос.

Освен това при вземането на решения чрез пряка демокрация се игнорира позицията на малцинството. По този начин може да се унищожи политическият плурализъм или да се вземат недемократични решения. Тази форма лишава гражданите и от възможността да изразят нюансирано становище – за тях изборът е сведен до „да“ или „не“.

В България формите на прякото управление не се били често използвани, поради което няма и изградени традиции и опит.

Търновската конституция не предвижда в разпоредбите си провеждането на референдум. Това е съвсем естествено при приетата форма на управление на държавата – конституционна монархия. При действието ѝ обаче е проведен референдум през 1922 г. по Закона за допитване до народа за виновността на министрите от кабинетите на Иван Евстатиев Гешов, на д-р Стоян Данев и на

¹ Дал, Р. За демокрацията, С. 1999, 111–112.

² За резултата от проведените референдуми във Франция и Нидерландия за създаването на конституционния договор на Европейския съюз вж. в Попов, С. Европа: Време е за размисъл, Публичен процес, втори том, С. 2015, 135 и сл.

Александър Малинов за обявените и водени войни и за последвалите ги национални катастрофи през 1913 г. и 1918 г. През 1923 г. на основание допитването те са предадени на Държавен съд. След идването на власт на Народния съговор и Военния съюз министрите са пуснати на свобода преди да им бъде предявен обвинителен акт.

Вторият, и най-известен в нашата история референдум също е произведен при действието на Конституцията от 1879 г. След промените, които настъпват в страната през 1944 г., управлението на Отечествения фронт под ръководството на Георги Димитров решава да се пристъпи към промяна на формата на управление от монархия към република.

През 1946 г. е приет Закон за допитване до народа за премахване на монархията и провъзгласяване на народна република и за свикване на Велико народно събрание³. Приема се и Закон за реда, по който ще се произведе допитването до народа и избирането на народни представители за Велико народно събрание⁴.

На 14 септември 1946 г. общото събрание на Върховния касационен съд обявява, че при произведеното на 8 септември 1946 г. допитване до народа за премахване на Монархията и провъзгласяване на Народна република в цялата страна е получен резултат в полза на републиката. Следва приемането на Декларация на тържествено заседание на 26-то ОНС⁵. Дали проведенният референдум е бил съобразен с действащата към онзи момент конституция ще стане предмет на разглеждане през 1999 г., когато Конституционният съд (КС) на Република България ще бъде сезиран да се произнесе по този въпрос. Искането се отклонява от КС с мотивите, че законът, по който е проведено допитването, има еднократно действие и се е изчерпал ефектът му⁶.

В следващата българска конституция от 1947 г., която конституционно провъзгласява България за народна република, са създадени текстове за пряката демокрация⁷. В чл. 2, ал. 2 се посочва, че народът осъществява властта си чрез представители или „чрез допитване до народа”. Народното събрание (НС) е ор-

³ ДВ, бр. 174, 2.8.1946 г.

⁴ Пак там.

⁵ Стенографски дневник, 26 ОНС, 96-то тържествено заседание, 15 септември 1946 г., Декларация на 26 ОНС: „Днес 15 септември 1946 година XXVI Обикновено народно събрание, като взема акт от волята на българския народ, изразена с рядко единодушие при народното гласуване на 8 септември 1946 г. и съгласно чл. 5 от Закона за допитване до народа за премахване на монархията и пр. провъзгласява България за народна република“. http://www.parliament.bg/pub/StenD/2013071710370615091946_96.pdf [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с последен достъп на 1.9.2018 г.].

⁶ Определение 1 на КС от 19.1.1999 г. по к. д. 37 от 1998 г., ДВ, бр. 7 от 26.1.1999 г.

⁷ В българската правна литература е обоснован фасадният характер на Конституцията от 1947 г., Вж. Марчева, Д. Конституция без конституционализъм, В: сб. „Конституция и държавност“, изд. на ВТУ „Св. Св. Кирил и Методий“ (под печат), 2018.

ганът, който взема решение и насрочва допитване до народа (чл. 14). Въз основа на тези текстове се провежда и следващият в историята ни национален референдум, а именно този, който е по повод приемането на Конституцията от 1971 г. Подготвеният проект за закон е подложен на всенародно обсъждане. Окончателният текст се подготвя от Петото обикновено събрание през 1971 г. и се взема решение за провеждане на референдум.

Референдумът е проведен на 16 май 1971 г. и Конституцията бива одобрена при участие на 99,70% от гласоподавателите, от които 99,66% са дали вот „за“ новия основен закон. Резултатите са обявени на тържествено заседание на (5) 31 НС на 18 май 1971 г.⁸

След събитията от 1989 г. при преговорите на Кръглата маса се постига съгласие новата конституция на страната да се приеме чрез провеждането на референдум. Това не се случва и е един от поводите впоследствие опозицията да напусне Народното събрание по време на приемането на новия ни основен закон.

На 28 май 1991 г. Седмото Велико народно събрание (ВНС) на основание чл. 78, т. 3 от Конституцията приема решение да се извърши народно допитване за формата на държавното управление – република или монархия и предлага на Председателя (Президента) да определи националният референдум да се проведе на 6 юли 1991 г.⁹

На 5 юни 1991 г. ВНС се отказва от произвеждане на референдума с мотивите, че никой не поставя под въпрос формата на държавно управление на България да е република, каквато е и към момента¹⁰.

В Конституцията от 1991 г. правната регламентация на пряката демокрация е скромно описана. С това тя не се отличава много от предшестващите я основни закони. В чл. 1, ал. 2 е заложен принципът, че цялата държавна власт произтича от народа, като се осъществява от него „непосредствено и чрез органите, предвидени в тази Конституция“¹¹. Думата „непосредствено“ е изведена пред другата форма на държавната власт – чрез представителство. Регламентация за произвеждането на референдум намираме и в чл. 10 от Конституцията, където се посочва, че „националните и местни референдуми се произвеждат въз основа на общо, равно и пряко избиращо право“. Националните референдуми се свикват с решение на Народното събрание (чл. 48, ал. 1, т. 5), а местните – с решение на общинските съвети. Както вече е констатирано в правната литература, в Конституцията липсва разпоредба, която да указва необходимостта от

⁸ Стенографски дневник, (5)31 НС, тържествено заседание, 18 май 1971 г.
<http://www.parliament.bg/pub/StenD/20130108014643tyrjestveno%20zasedanie.pdf>

⁹ Стенографски дневник, 7 ВНС, 139з., 28 май 1991 г.,
http://www.parliament.bg/pub/StenD/2013032903585828051991_139.pdf

¹⁰ Стенографски дневник, 7 ВНС, 144з., 5 юни 1991 г.
http://www.parliament.bg/pub/StenD/2013040103594605061991_144.pdf

¹¹ ДВ, бр. 56 от 13 юли 1991 г.

създаването на законова уредба относно референдумите, както и такава, която да задава конституционните последици при нарушаването на законите уредби¹².

Първият закон за прякото управление при действието на настоящата Конституция се приема през 1996 г. и това е Законът за допитване до народа¹³, който се прилага до 2009 г. Законът допуска инициативата за свикване на референдум да се осъществява само чрез органи на представителната демокрация, а именно не по-малко от една четвърт от общия брой на народните представители, Министерския съвет, Президента на републиката. Според закона гражданите нямат правна възможност да инициират референдум. Това е и една от причините при действието на този закон да не се проведе нито един национален референдум.

Най-известната инициатива за свикването на референдум при действието на този закон е свързана със съдбата на 3-ти и 4-ти блок на АЕЦ „Козлодуй“, която стартира с подписка на гражданите, но тя не бива предмет на вземане на решение на НС¹⁴.

През 2009 г. Народното събрание приема нов закон за прякото управление, а именно Закон за пряко участие на гражданите в държавната власт и местното самоуправление (ЗПУГДВМС)¹⁵. Самото заглавие подсказва, че законът има претенция чрез него да се влияе на управлението на страната.

Три са основните въпроси, които са засегнати в закона – кой може да стартира процедурата, кръгът от теми, които могат да се подложат на допитване, с какво мнозинство се взема решението от референдума или други форми на граждански инициативи и последствията от проведеното допитване.

Според закона формите на прякото участие са референдум, гражданска инициатива, европейска гражданска инициатива по смисъла на чл. 2, т. 1 от Рег-

¹² Пенев, П. Нормативни и практически очертания на българското конституционно право. Проблеми и перспективи, С. 2013, с. 220.

¹³ ДВ, бр. 100 от 22.11.1996 г. С него се отменя действащият дотогава Закон за допитването до народа, ДВ, бр. 28 от 8.4.1983 г.

¹⁴ Част от преговорите с ЕС включват поемането на ангажимент от страна на България да предприеме затварянето на двата блока с оглед сигурността на централата. Въз основа на разгорели се политически страсти през 2002 г. е събрана подписка, в която са поставили подписите си с искане за референдум относно АЕЦ „Козлодуй“ над 500 000 български граждани. Някоя от посочените в закона институции, които имат право да стартират процедура за допускане на референдум не предприема действие. Едва през 2004 г. 68 народни представители внасят искане за провеждане на референдум относно съдбата на двата блока. Въпросът не бива поставен за разглеждане от пленарния състав на парламента.

¹⁵ ДВ, бр. 44 от 12.6.2009 г.

ламент (ЕС) 211/2011¹⁶ и общо събрание на населението. Предвидено е референдум да се произвежда на национално и местно ниво. Гражданската инициатива може да се провежда на национално, европейско и местно ниво, а общото събрание на населението – на местно ниво.

В този закон е предвидено, че правото на инициатива за провеждането на национален референдум принадлежи не само на институциите на българската държава, но и на гражданите – една пета от народните представители, Президента на Републиката, Министерския съвет, една пета от общинските съвети в страната, подписка с не по-малко от 200 000 подписа от граждани, имащи изборителни права. В случай че бъдат събрани повече от 500 000 подписа от граждани с изборителни права, то Народното събрание трябва да приеме решението за произвеждане на референдум, за разлика от първата хипотеза, в която се дава право на преценка на парламента.

Като следствие от закона е създаден публичен регистър на интернет страницата на Народното събрание, в който се вписват направените инициативи¹⁷. Така всеки гражданин или институция може да получи информация¹⁸ какви инициативи са подети, както и да знае съдбата им.

Кои са въпросите, по които може да се проведе национален референдум?

ЗПУГДВМС в чл. 9 подхожда по следния начин – подлежат на пряко решаване от гражданите въпроси с национално значение от компетентността на Народното събрание – т. е. теми, които са основно в полето на законодателната функция на парламента. Изключени от тази възможност са въпросите от компетентността на ВНС, за размера на данъците, таксите и трудовите и осигурителните плащания и вноски¹⁹, на държавния бюджет, правилата на вътрешната организация и дейност на Народното събрание, както и въпроси, свързани с конституиране и действие на органи на държавната власт (по чл. 84, т. 4, 6, 7, 8, 10, 12, 16 и 17, чл. 91, 91а, чл. 103, ал. 2, чл. 130, ал. 3, чл. 132а и чл. 147, ал. 1 от Конституцията). Освен това не могат да се подлагат на референдум в тяхната цялост кодекси и закони, които уреждат изцяло материята в дадена област.

¹⁶ Вж. по подобно по въпроса за европейската гражданска инициатива Йочева, К. Европейската гражданска инициатива, Годишник на департамент „Право“ на НБУ, 2016, с. 223 и сл.

¹⁷ <http://parliament.bg/referendum/>

¹⁸ За рекламната функция на информацията в политиката при провеждането на референдуми вж. по-подробно в Николова, Р. Административноправна същност на информацията, С., Дружество „Европейско право“, 2016, с. 67–71.

¹⁹ Симеонова, Г. Права на данъкоплатците при изпълнението на основното им конституционно задължение за заплащане на данък в сборник „25 години Конституция на РБ в перспективата на върховенството на правото, демокрацията и защитата на основните права?“, Национална конференция – Народно събрание, СУ „Св. Климент Охридски“, Нов български университет, 2016, 131–139.

И още – не подлежат на референдум въпроси, уредени във вече сключени от Република България международни договори. На референдум може да се подложи въпрос относно сключен международен договор само преди ратификацията му. Това решение според мен е правилно и от гледна точка на правото, и от гледна точка на управлението. България би генерирала несигурност в поведението си в международните отношения, ако действащ международен договор, ратифициран, обнародван и влязъл в сила бъде подложен на референдум. Поради това идеята, развита и във внесен законопроект²⁰, за провеждането на референдум за излизането на страната ни от НАТО или ЕС, е недопустима според сега действащите разпоредби на ЗПУГДВМС. Нещо повече, смятам, че посоченият законопроект влиза в противоречие с разпоредбата на чл. 5, ал. 4 от Конституцията, според която международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната и като такива имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат.

В ЗПУГДВМС се приема, че при произвеждането на национален референдум може да се гласува по един или по няколко въпроса (чл. 9, ал. 5). Тази правна конструкция създава проблем, който се прояви при проведения национален референдум на 6 ноември 2016 г., на който бяха поставени за гласуване три въпроса.

Проблемите с възможността да се гласува на референдум по няколко въпроса са поне два. Първият е, че информационната кампания е по всички поставени за гласуване въпроси, което води до недостатъчно добро запознаване или до смесване на проблематиката по поставените въпроси. Вторият е, че според чл. 23, ал. 1 от закона се приема, че предложението, предмет на референдума, е прието, ако в гласуването са участвали не по-малко от участвалите в последните избори за Народно събрание и ако с „да“ са гласували повече от половината от участвалите в референдума избиратели. Видно от данните за посочения по-горе проведен референдум, според решението на Централната избирателна комисия (ЦИК) отчитането на броя на участвалите в гласуването в националния референдум се прави по един избирателен списък, т. е. броят на участвалите в гласуването е еднакъв за всеки от зададените въпроси на референдума. В същото време, видно пак от решението на ЦИК, подадените гласове за всеки от въпросите е различен²¹. Следователно независимо от това, че едно лице не е участвало в гласуването за някой от въпросите, то е преброено като участник в гласуването на референдума.

Следва да се има предвид, че чл. 23, ал. 1 дава първият и най-важен отговор при произвеждането на референдум – дали направеното предложение е прието. Това, и практиката, която имаме вече при прилагането на тази разпоредба, ми дава основанията да предложа да се извърши промяна в закона, спо-

²⁰ <http://www.parliament.bg/bg/bills/ID/78143>

²¹ http://parliament.bg/referendum/pub/Reshenie_CIK.pdf

ред която да не се допуска провеждането на национален референдум по повече от един въпрос. Ако бъде прието такова изменение, ще се постигне резултат, при който ще имаме точно и коректно отчитане на участвалите в гласуването за референдума, което има отношение дали той е приет или не. Освен това ще се постигне по-висока степен на информираност на гласоподавателите, което е от съществено значение за легитимността на допитването.

Разпоредбите на чл. 9, ал. 6 и ал. 7 от ЗПУГДВМС също повдигат въпроса дали всеки от поставените за допитване въпроси може да намери своето правно приложение. Според нормите на закона решението, прието с национален референдум, не подлежи на последващо одобрение от Народното събрание. В този случай парламентът трябва да приеме акт, когато това е необходимо, за изпълнение на решението. Ако обаче в срок до три месеца след обявяване на резултата от референдума, НС не приведе свой акт в съответствие с изразената от гласоподавателите воля, то този акт, посочва законът, не се прилага в частта, която противоречи на решението на референдума. Смятам, че тази законова уредба създава проблеми, а в определени хипотези и невъзможност да бъде приложена.

За да обоснова тезата си, че не във всеки случай въпросът на референдума може да произведе правно действие, ще дам наново пример с проведения референдум на 6 ноември 2016 г. Първият въпрос поставен на гласуване е „Подкрепяте ли народните представители да се избират с мажоритарна избирателна система с абсолютно мнозинство в два тура?“²². Ако при проведения референдум резултатът беше, че решението е прието, и ако НС не приеме акт за изпълнението на решението (в случая трябва да се приеме изменение в Избирателния кодекс), то поставя се въпросът – как ще се прилага волята на гласоподавателите според чл. 9, ал. 7 от ЗПУГДВМС, а именно хипотезата, че законът, не се прилага в частта, която противоречи на решението на референдума. Елементарната логика ни навежда на мисълта, че не може директно да се приложи зададеният въпрос, т. е. – невъзможно е прилагането на въпроса без промяна в законодателството. Следователно и в тази си част ЗПУГДВМС следва да претърпи изменение.

Всъщност законодателят не отговаря и на въпроса кой ще констатира, че законът противоречи на решението от референдума. Ако идеята е това да е парламентът, то той очаквано би предприел необходимите действия. Ако обаче не го е направил, както посочва законът, противоречието трябва да бъде констатирано от конституционно предвиден орган – Конституционен съд, президент... Самото констатиране на противоречието не е достатъчно, за да бъде то преодоляно, тъй като самият въпрос на проведен референдум може да се явява неприложимо право. Решението на този въпрос е промяна в ЗПУГДВМС, като решаването му е свързано според мен, което се споделя и от други автори, и с изменения в основния ни закон²².

²² Певев, П. Нормативни и практически очертания на българското конституционно правосъдие. Проблеми и перспективи, С. 2013, с. 222.

Кои са първите проведени референдуми в България по сега действащия закон?

Първият от тях е свързан с поставянето на въпрос в областта на енергетиката по тема, актуална и към днешния ден. На 27 юли 2012 г. 543 369 граждани, т. е. повече от изискуемите 500 хиляди граждани, внасят подписка за произвеждане на национален референдум с въпрос: „Да се развива ли атомната енергетика в България чрез изграждане на ядрена централа на площадка „Белене“? Малко по-късно, на 17 октомври 2012 г., 76 народни представители внасят в НС предложение за свикване на национален референдум с въпрос: „Да се развива ли ядрената енергетика в Република България чрез изграждане на нова ядрена електроцентрала?“. И двата поставени въпроса отговарят на законовите изисквания.

Междувременно правителството взема решение за прекратяване изграждането на ядрена централа на площадка „Белене“. На 29 март 2012 г. НС приема Решение за прекратяване изграждането на ядрена централа на площадка „Белене“. Внесеното искане за провеждане на референдум поставя въпроса, доколко то отговаря на конституционните изисквания и на закона, тъй като е свързано с бюджетни въпроси, инвестиции и управленски решения на изпълнителната власт. Намирам, че тези въпроси би трябвало да се избягват за решаване чрез допитване до гражданите.

Парламентът на България решава да обедини двете предложения за провеждане на референдум, тъй като темите се припокриват. И така, на 24 октомври 2012 г. НС приема Решение за произвеждане на национален референдум с въпрос: „Да се развива ли ядрената енергетика в Република България чрез изграждане на нова ядрена електроцентрала?“²³.

Референдумът е насрочен и проведен на 27 януари 2013 г. В резултат на проведеното гласуване ЦИК приема, че е налице хипотезата на чл. 23, ал. 3 от закона, тъй като гласувалите надхвърлят 20 % от гражданите с избирателни права, като с „да“ са отговорили повече от половината участвали в референдума. Въпросът, предмет на референдума, се връща за решаване от парламента, който се произнася на 27 февруари 2013 г.²⁴.

²³ Стенографски дневник, 41 НС, 401з., 24.10.2012 г.
<http://www.parliament.bg/bg/plenaryst/ns/7/ID/2818>

²⁴ <http://www.parliament.bg/bg/plenaryst/ns/7/ID/3215>
Решение:

С провеждане на референдума от 27 януари 2013 г. българската демокрация направи нова крачка напред. Резултатът показва, че:

- огромна част от българските граждани не приемат строителството на нова ядрена електроцентрала в Белене,
- мнозинството от хората не се съгласиха да поемат отговорността на държавните институции – парламент и правителство, при решаването на въпроса за посоката на развитие на ядрената енергетика в България,

След провеждането на този референдум за мен се очертават следните проблеми:

Зададеният въпрос съдържа по същество два въпроса, на които трябва да се даде един отговор. Единият въпрос е за развитието на ядрената енергетика въобще, а вторият – дали да се изгражда нова ядрена електроцентрала;

Информационната кампания, проведена от инициативните комитети, не достига в достатъчна степен до гражданите поради късия срок за просвещаване по темата;

Поставеният въпрос изисква висока експертиза и компетентност, поради което трудно може да се формира решението на избирателя как да гласува;

Липсата на контрол върху средствата, които се ползват за информационната кампания, води до неравнопоставеност на участниците, които агитират в полза на едната или другата теза.

Посочените дефекти не се явяват правни проблеми, но показват недобро прилагане на правните норми, което следва да се избягва при провеждането на други граждански инициативи.

Следващите национални референдуми, които се провеждат, засягат основно въпроси, свързани с политическите права на гражданите. Относно някои от тях има произнасяне на Конституционния съд.

Първото предложение за провеждането на референдум е внесено в НС на 30 януари 2014 г. от президента на Република България Росен Плевнелиев²⁵. Въпросите, които се поставят за гласуване, са:

1. Подкрепяте ли част от народните представители да се избират мажоритарно?
2. Подкрепяте ли въвеждането на задължително гласуване на изборите и националните референдуми?

– Народното събрание трябва да се произнесе за темата на референдума в тримесечен срок.

За изпълнение на това изискване на закона Народното събрание на Република България приема следното

РЕШЕНИЕ:

1. Подкрепя решението на правителството за спиране на проекта за строителство на нова ядрена електроцентрала на площадката „Белене“ и настоява за окончателното му прекратяване.
2. Настоява за ускоряване на процедурите по удължаване срока на експлоатация на V и VI блок на АЕЦ „Козлодуй“.
3. Препоръчва на правителството да обяви открит международен търг за строителство на нова ядрена мощност от поколение 3+ на площадка „Козлодуй“.

Решението е прието от 41-ото Народно събрание на 27 февруари 2013 г. и е подпечатано с официалния печат на Народното събрание.

²⁵ <http://parliament.bg/referendum/?page=reg&lng=>

3. Подкрепяте ли да може да се гласува и дистанционно по електронен път при произвеждане на изборите и референдумите?

На 10 март 2014 г. в НС е внесено искане за провеждане на национален референдум по въпросите, поставени от президента, но самото предложение е направено от името на инициативен комитет, който е събрал 570 029 броя подписа на български граждани²⁶. След направена проверка от главна дирекция „ГРАО“ при министерството на регионалното развитие се констатира, че броят на коректно вписаните данни в подписката отговаря на 463 326 души²⁷, т. е. броят им е под изискуемите 500 000 заявили се граждани с избирателни права.

Възраженията по същество на заявените въпроси за референдум са, че: въпросите са твърде общи; референдумът е противоконституционен, тъй като в Конституцията изборите са определени като право; КС е обявил електронното гласуване за противоконституционно според решение 4 по к. д. 4 от 2011 г.

Относно първото възражение, че зададените въпроси са твърде общи, следва да се има предвид, че по принцип при провеждането на национален референдум е нормално въпросът да е формулиран общо. Това се прави с цел да е лесно разбираем, а не да преследва решаването на конкретен проблем.

Споделям възраженията за противоконституционност на въпроса, който предлага въвеждането на задължително гласуване. В българската конституция избирателното право е регламентирано като субективно право на гражданина и обществена функция, а не като задължение.

Привържениците на задължителното гласуване подкрепят тезата си, че независимо от текстовете в Конституцията – чл. 26, ал. 1 и чл. 42, ал. 1²⁸, може правото да се приеме и като задължение. В подкрепа на своите твърдения, извън политическите аргументи, сочат решение 5 от 2000 г. по к. д. 4 от 2000 г., според което правото на обществено осигуряване се възприема и като задължение²⁹.

Всъщност целият дебат, който се води около този въпрос – за или против задължителното гласуване, намира своето решение чрез произнасяне на КС, но едва през 2017 г., т. е. две години след внасянето на искането за провеждане на референдум пред НС. Отговорът се получава след като през 2016 г. КС е сезиран относно приети законови разпоредби в Изборния кодекс (ИК), според които гласуването е задължително, както и че лицата, които не са упражнили избира-

²⁶ Пак там.

²⁷ <http://parliament.bg/referendum/pub/protokol15.pdf>

²⁸ Чл. 26. (1) Гражданите на Република България, където и да се намират, имат всички права и задължения по тази Конституция.

Чл. 42. (1) Гражданите, навършили 18 години, с изключение на поставените под заповест и изтърпяващите наказание лишаване от свобода, имат право да избират държавни и местни органи и да участват в допитвания до народа.

²⁹ Решение 5 от 29.6.2000 г. на КС на РБ по к. д. 4/2000 г.

телното си право без уважителни причини в два поредни избора от един и същ вид, се заличават от изборителния списък за следващите избори. Според решението на КС „изборителното право на гражданите се характеризира като политическо по съдържание, *основно субективно право*“ (курсивът мой). И още от решението на КС: „самото упражняване на изборителното право е израз и изява на свободна воля и свободен избор на поведение. Това е несъвместимо с принудата да бъде заставен носителят на изборителното право чрез заплахата от санкция да изрази възгледите си, включително и политическите, и не повишава легитимността на избрания държавен орган [...]“³⁰.

С това решение на КС се слага край на спора за това може ли да има задължително гласуване. Затова впоследствие парламентът променя разпоредбите в ИК, формулирайки изборителното право като субективно право на гражданите.

Дискусията има и относно конституционносъобразността и на третия поставен въпрос – за въвеждането на електронно гласуване. Аргументи се черпят от решение 4 от 2011 г. по к. д. 4 от 2011 г.³¹. Това решение на КС обаче е за конкретна правна уредба в ИК, за която съдът се е произнесъл, че е юридически неprecизна. Следва да се отбележи, че решението на КС не обявява по принцип електронното или дистанционното гласуване за противоречащо на Конституцията.

Двете инициативи – на президента и на гражданите, за провеждането на референдум по горе описаните три въпроса, не се състоят, тъй като 42-то НС не взема решение за насрочването на допитване. Това дава основание на президента Росен Плевнелиев да внесе на 8 юни 2015 г. ново предложение, този път пред 43-то НС, с искане да се проведе национален референдум със същите въпроси³².

Народното събрание с Решение допуска само един от въпросите, а именно: „Подкрепяте ли да може да се гласува и дистанционно по електронен път при произвеждане на изборите и референдумите?“. Първите два въпроса, поставени на гласуване, не получават необходимата подкрепа от народните представители³³. Референдумът е проведен на 25 октомври 2015 г., като участвалите в гласуването са 2 709 210 граждани, т. е. по-малко от броя на участвалите в пос-

³⁰ Решение 3, 23.2.2017 г. на КС на РБ по к. д. 11/2016 г.

³¹ Решение 4 от 4.5. 2011 г. по к. д. 4 от 2011 г. КС приема, че формулираният текст в ИК създава рискове при преноса и съхраняването на информацията по електронен път, както и че липсват гаранции за доброволността и автентичността на волеизявлението на гласувачия.

³² <http://parliament.bg/referendum/?page=reg&lng=>

³³ Стенографски протокол, 9 извънредно заседание, 28 юли 2015 г.
<http://www.parliament.bg/bg/plenaryst/ns/51/ID/5422>

Народните представители влизат в спорове – каква точно мажоритарна система, при какви условия, какъв ще е ефектът и т. н. Спорът е и дали е допустимо задължителното гласуване. Постигат съгласие само за дистанционното електронно гласуване.

ледните избори за народни представители. В резултат на това, на основата на чл. 23, ал. 3 във връзка с чл. 52 от ЗПУГДВМС, НС се произнася с решение за вземане на мерки за изпълнение на предложението, предмет на референдума, а именно, да се направят изменения в ИК, за да се създадат възможности и процедури за дистанционно електронно гласуване³⁴. Впоследствие НС извършва изменения в ИК, според които след 1 януари 2018 г. трябва да се създаде възможност за експериментално дистанционно електронно гласуване (§ 145 от Преходни и заключителни разпоредби на ИК).

Следващата мащабна инициатива за провеждане на допитване до гражданите наново е свързана с поставянето на въпроси за промяна в политическата система. На 8 февруари 2016 г. е внесена подписка в НС при 572 650 установени коректно подписа със следните въпроси за гласуване:

1. Подкрепяте ли народните представители да се избират с мажоритарна избирателна система с абсолютно мнозинство в два тура?,
2. Подкрепяте ли броят на народните представители да бъде намален на 120?,
3. Подкрепяте ли въвеждането на задължително гласуване на изборите и референдумите?,
4. Подкрепяте ли да може да се гласува и дистанционно по електронен път при произвеждане на изборите и референдумите?,
5. Подкрепяте ли годишната държавна субсидия, отпускана за финансиране на политическите партии и коалициите, да бъде един лев за един получен действителен глас на последните парламентарни избори? и
6. Подкрепяте ли директорите на областните дирекции на Министерството на вътрешните работи и началниците на районните управления в областните

³⁴ Стенографски протокол, 150з., 21.1.2016 г.
<http://www.parliament.bg/bg/plenaryst/ns/51/ID/5478>

1. Подкрепя възможността да се гласува и дистанционно по електронен път при произвеждане на изборите и референдумите и при разписани законови гаранции за тайната на вота, гражданския контрол върху изборния процес и сигурността на информационните системи.

2. В срок до 29 февруари 2016 г. Комисията по правни въпроси да обсъди на първо гласуване всички постъпили и новопостъпили законопроекти, касаещи Изборния кодекс, включително законопроекти, предвиждащи въвеждането и на дистанционно гласуване по електронен път, както и да разгледа и анализира всички възможности и процедури за дистанционно електронно гласуване в приложните системи на европейското законодателство.

3. До края на месец април 2016 г. Комисията по правни въпроси да внесе доклад за второ гласуване на приетите на първо гласуване законопроекти, касаещи Изборния кодекс.

НС приема дистанционно електронно гласуване да се проведе на парламентарните избори през 2018 г.

дирекции на Министерството на вътрешните работи да се избират с мажоритарна избирателна система с абсолютно мнозинство в два тура³⁵?

Подписката е иницирана от водещите на популярно телевизионно предаване, поради което НС решава да не взема отношение по същността на поставените въпроси и приема решение, с което допуска да се произведе референдум и по шестте въпроса, поставени в подписката³⁶.

Впоследствие КС е сезиран от президента на Републиката с искане да се установи противоконституционност на решението за произвеждане на национален референдум, прието от 43-то Народно събрание на 12.5.2016 г. (ДВ, бр. 37 от 2016 г.) в частта по точки 2, 4 и 6, с които са приети въпросите, както следва: по т. 2: „Подкрепяте ли броят на народните представители да бъде намален на 120?“, по т. 4: „Подкрепяте ли да може да се гласува и дистанционно по електронен път при провеждане на изборите и референдумите?“ и по т. 6: „Подкрепяте ли директорите на областните дирекции на Министерството на вътрешните работи и началниците на районните управления в областните дирекции на Министерството на вътрешните работи да се избират с мажоритарна избирателна система с абсолютно мнозинство в два тура?“³⁷.

КС с решение 9 по к. д. 8 от 2016 г. се произнася, че решението на НС е противоречащо на основния закон. Първият въпрос, а именно: „Подкрепяте ли броят на народните представители да бъде намален на 120?“ повдига въпросът не само за това дали е съобразен с Конституцията, но и дали въобще нашата конституция допуска провеждането на конституционен референдум и ако отговорът е да – какви са последиците и как се реализират те. Въпросът, предложен за провеждането на референдум, е с предмет, отнасящ се до промяна на текста на чл. 63 от Конституцията.

Всъщност поставянето на този въпрос ни отправя към мотивите на решение 3 от 2003 г. по к. д. 22 от 2002 г. на КС, според което промяна на формата на държавно управление ще има при промяна на броя на народните представители или на някой друг основен конституционен орган³⁸. Съгласно чл. 158, т. 3 от Конституцията промяната на формата на държавно управление се извършва само и единствено от ВНС.

Следователно конституционна промяна на броя на народните представители, според мотивите на решение 3 от 2003 г., може да бъде извършена само от ВНС. Искам да отбележа, че този извод се прави на основание мотивите, а не на диспозитива на решението. Въсъщност задължителното нормативно тълкуване на Конституцията по чл. 149, ал. 1, т. 1 е относимо за диспозитива, то има абсолютно задължителен характер, докато мотивите могат да бъдат променени и

³⁵ <http://parliament.bg/referendum/?page=reg&lng=>

³⁶ http://parliament.bg/referendum/pub/reshenie_13052016.pdf

³⁷ <http://constcourt.bg/bg/Cases/Details/515>

³⁸ <http://constcourt.bg/bg/Acts/GetHtmlContent/4bc826fe-aa52-4590-8c0e-3ab698cd272a>

осъвременявани, като по този начин се развива конституционализмът. В мотивите на решение 3 от 2003 г. темата за намаляването на броя на депутатите е развита казуистично наред с други примери. От друга страна, в определението на КС по к. д. 19 от 1993 г. от 3.12.1993 г. се приема, че е допустимо тълкуване на конституционен текст, при който има изразено по-рано становище, съдържащо се в мотивите на решение, с което съдът се е произнесъл по оспорената конституционосъобразност на закон, ако след това КС е сезиран да формулира становище в самостоятелен тълкувателен диспозитив относно разпоредба на закон³⁹. Тоест при едно бъдещо искане за тълкуване на разпоредбата на чл. 63 или при евентуална негова промяна, няма пречка КС да се произнесе по различен начин от този, по който се е произнесъл в мотивите си по решение 3 от 2003 г.

Смятам, че след като според чл. 1, ал. 2 и 3 от Конституцията цялата власт произтича от народа и че осъществяването на народния суверенитет не може да бъде присвояван от никоя държавна институция, то напълно допустимо би било народът да може да е и конституционен законодател. Липсата на законови конституционни разпоредби за реализацията на подобна законодателна дейност създават на практика непреодолими трудности. Предвиденият в Конституцията в глава девета ред не предвижда процедури, които да последват след провеждането на приет по определен конституционен въпрос референдум.

Конституционен референдум е допустим в не малко държави, но при тях са разработени детайлно норми както в конституцията, така и в закон. Нещо повече, по определени конституционни въпроси, в някои страни, задължително се провежда допитване до народа⁴⁰.

Споделям разбирането, което застъпват и други изследователи на темата, че е напълно допустимо провеждането на конституционен референдум, като в тази посока би трябвало да се направят промени на основния ни закон⁴¹. Още аргументи в подкрепа на тази теза черпя и от разпоредбите на ЗПУГДВМС, в който е направен опит да се запълни празнотата в конституционната уредба, като ограничението за провеждането на референдум се простира само до въпроси от компетентността на Великото народно събрание – чл. 9, ал. 2, т. 1 ЗПУГДВМС. Така законът повдига темата за конституционния референдум, тъй

³⁹ <http://constcourt.bg/bg/Cases/Details/176>

⁴⁰ Така например в Швейцария: извършване на промени във федералната конституция; присъединяване към организации за колективна сигурност; присъединяване към супранационални общности; приемане на някои видове федерални закони. Германия – провеждане на референдум при приемане на нова конституция. Литва – при: изменение на конституционни разпоредби, касаещи принципите за демократичната и независима държава, както и норми относно държавното устройство; изменение в начина за промяна на Конституцията; ратификация на договор за участие на Република Литва в международни организации.

⁴¹ Божинова, Д. Хората решават. Референдуми, инициативи и отзоваване в САЩ, С. 2014, с. 81.

като при отменения Закон за допитване до народа от 1996 г. е съществувала забрана за провеждането на референдум въобще по въпроси за допълнение и изменение на Конституцията (чл. 5, т. 1).

Въпреки че действащият закон допуска провеждането по определени въпроси на конституционен референдум, и при него остава неясно как ще се приложат нормите на ЗПУГДВМС в хипотезата на чл. 9, ал. 6 и ал. 7, т. е. ако НС не предприеме действия, с които да се съобрази с референдума. Абсурдността на тази правна конструкция навежда на извода, че по силата на ЗПУГДВМС в резултат на проведен референдум по конституционен въпрос, ще се окаже, че разпоредби на Конституцията няма да се прилагат в частта, която противоречи на решението на референдума. Явно е, че този текст от закона е неприложим при провеждането на евентуален конституционен референдум. Остава без отговор въпросът – кой ще констатира, че решението при проведен референдум противоречи на норма на Конституцията⁴². Логиката ни води към извод, че това трябва да е Конституционният съд, тъй като той се произнася относно конституционносъобразността на законите и решенията на НС, указите на президента и др. Правомощие на КС да се произнася по въпрос дали решението на проведен референдум противоречи на норма на Конституцията обаче не е предоставено. А самата Конституция посочва, че със закон не могат да се дават или отнемат правомощия на Конституционния съд – чл. 149, ал. 2.

Остава и без отговор на този етап какво следва от приет на референдум въпрос – променя ли се Конституцията или не? Очакването, че народните представители непременно ще се съобразят с волята на гласоподавателите по определена тема и ще предприемат предвидените в Конституция действия за нейното изменение, не генерира правна сигурност и предвидимост.

Конституцията ни е заложила особен, сложен ред, за изменението и допълнението на Конституцията – законодателната инициатива принадлежи на една четвърт от народните представители и на президента – чл. 154, ал. 1, Народното събрание приема закон за изменение или допълнение на Конституцията с квалифицирано мнозинство от всички народни представители на три гласувания – чл. 155 и т. н. Предвидени са и задължителни срокове. Още по-тежък е редът при хипотезите за свикване на ВНС. Всичките тези решения класифицират Конституцията ни като твърда, или в най-добрия случай – като негъвкава. Разбира се, това е направено с цел трайност и устойчивост на конституционните норми. Именно по тази причина, сложният ред за промяна на Конституцията, изискването за висока степен на съгласие на политическите субекти в парла-

⁴² ЗПУГДВМС предвижда проверка за конституционносъобразност на решението на НС да може да се отнесе пред КС преди провеждането на референдум. Това е логично тъй като Конституцията позволява проверка на решенията на НС. След провеждането на референдум, при който по зададения въпрос се е получил вот, с който се приема въпросът, решението се изнася вече извън институциите – това е решение, при което е упражнена държавната власт непосредствено – чл. 1, ал. 2 от Конституцията.

мента за промяната и, водят до констатацията, че не следва да бъде оставено без правно решение последицата от приет въпрос по конституционен референдум.

В бъдеще трябва да се регламентира на конституционно ниво провеждането на конституционен референдум. Уреждането на въпроса само в закон води до риск да се променя законът според настроенията и желанията на различните парламентарни мнозинства. Конституцията, като основен закон и обществен договор, би следвало да уреди на конституционно ниво провеждането на конституционен референдум като посочи темите, процедурите, сроковете и ефектът от резултата при провеждането му. По този начин, от една страна, ще се даде възможност на суверена да може пряко да се произнесе по най-важните въпроси – начинът на организация на държавната власт и за своите права, а от друга страна, няма да се допуска риск от провеждането на допитване по въпроси, които могат да дебалансира, а дори и да подкопаят, основите за нормалното и демократично функциониране на държавната власт.

Конституционният референдум естествено поставя въпросът, не рядко дискутиран не само сред юристи, а именно – народният суверенитет има ли примат пред другите конституционни принципи или трябва да бъде разглеждан заедно и в партньорство с останалите начала, заложиени в конституцията. В българската правна доктрина има застъпници на тезата, че суверенът винаги е свободен непосредствено да упражни учредителната власт, като отмени или измени конституцията без ограничения⁴³.

Напълно се присъединявам към мотивите на решение 9 по к. д. 8 от 2016 г. на КС, според което суверенитетът на народа като основополагащ принцип на конституционния ред „не действа извън и независимо от останалите основни начала, а формира заедно с тях единен комплекс. Взаимодействието на народния суверенитет, разделението на властите и правовата държава е в основата на едно демократично управление, ограничено на основата на съгласието на управляваните като носител на суверенитета“. Тази теза е и преобладаващата в правната теория, а именно, че демократичното конституционно управление изисква конституционните принципи да не се разглеждат изолирано един от друг, да не се поставят в йерархична съподчиненост, а да бъдат поставени и упражнявани балансирано и при взаимодействие помежду им⁴⁴.

Следователно – конституционен референдум е допустим, но конституционно трябва да бъдат очертани кръгът от теми и да се уредят процедурите, свързани с провеждането му и последиците. При един бъдещ преглед на Конституцията, ако се постигне съгласие за нейно изменение в посока създаване на

⁴³ Киров, В. За прякото управление, референдума и плебисцита, С. 1997, Съвременно право, 6, с. 50.

⁴⁴ Владикин, Л. Общо учение за държавата, С., 1992, с. 324 и сл., с. 348; Танчев, Е. Въведение в конституционното право, С. 2003, с. 255 и сл., Белов, М. Пряка демокрация, С. 2009, с. 450 и сл. и др., Топчийска, Д. Върховенство на правото. Теоретични аспекти, С. 2016, с. 71 и сл.

повече възможности за прилагане на прякото управление, би могло да се направи такава промяна. Тя трябва да е съпътствана с предвиждането на механизми, посредством конституционно предвидени процедури, които да водят до реализацията, при положителен резултат, на конституционния референдум.

Съвсем естествено, във връзка с поставения по-горе въпрос, идва и предложението ми за предвиждане на регламентация, с цел разширяване и включване на гражданите в по-висока степен като участници в управлението, на законодателната инициатива. Основна характеристика на тази форма е, че гражданите могат, при определени условия, да предлагат на държавните органи идеи за изменение на законодателството, като това се реализира посредством подготвени законопроекти. При една такава възможност гражданите ще имат яснота точно за какво подават своя глас. Такива практики съществуват в Швейцария, ФРГ и САЩ, като в Германия тя е допустима на провинциално ниво, а в САЩ – на щатско ниво.

Тъй като това е непозната за България практика, искам да отбележа, че при законодателната инициатива на гражданите се съчетават, от една страна, възможностите за пряко участие на гражданите в държавната власт, а от друга, компетентността и експертизата, тъй като се подлага на гласуване изцяло изработен законопроект. Такъв проект на закон следва да се предложи заедно с подготвени мотиви към него, оценка на въздействие, становище на пряко заинтересованите страни и т. н. Това означава, че предложението ще се предхожда от един сложен подготвителен процес за законодателното решение. Така законодателната инициатива на гражданите ще може да отговаря на изискванията за прозрачност и координиране на законодателния процес, както и на изискванията в Закона за нормативните актове, които поставят условието при изработването на проект на нормативен акт да се спазват принципите на необходимост, обосноваване, предвидимост, откритост, съгласуваност, субсидиарност, пропорционалност и стабилност⁴⁵.

Законодателната инициатива на гражданите, особено ако се отнася до конституционен референдум, би следвала да отговаря и на изискванията, зложени в Междуинституционално споразумение между Европейския парламент, Съвета на Европейския съюз и Европейската комисия за по-добро законотворчество – 13 април 2016 г.⁴⁶

В заключение – предвиждането на възможност за конституционен референдум и на законодателна инициатива на гражданите не само ще разшири възможността за влияние на гражданите в управлението на страната, но и ще въведе изискване към тези, които предлагат идеи, да го правят отговорно и компе-

⁴⁵ Чл. 26 от Закона за нормативните актове, обн., ДВ, бр. 27 от 3.4.1973 г., изм. и доп., бр. 65 от 21.7.1995 г., доп., бр. 55 от 17.6.2003 г., в сила от 18.12.2003 г., изм. и доп., бр. 46 от 12.6.2007 г., бр. 34 от 3.5.2016 г., в сила от 4.11.2016 г.

⁴⁶ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=BG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=BG)

тентно. По този начин ще се повиши качеството на демокрация в страната и ще се даде възможност на българските граждани да не се чувстват изолирани от упражняването на държавната власт. В същото време въвеждането на конституционния референдум и законодателната инициатива на гражданите ще поставят условия за отговорно отношение към инициативите, тъй като те не биха могли да са само набор от идеи, понякога противоречащи си една с друга, а осмислен, обоснован и аргументиран процес.

Обобщавайки направените предложения в статията, мога да ги сведа до четири конкретни решения:

- национален референдум да се провежда само по един въпрос,
- регламентиране на хипотезата, при която парламентът не е взел решение и предприел действия след проведен референдум – кой е органът който се произнася и как,
- регламентиране на провеждането на конституционен референдум и процедурите, свързани с него и
- регламентиране на законодателна инициатива на гражданите.

Ключови думи

Транспониране на норми, Директива за пазарна злоупотреба, престъплението злоупотреба с вътрешна информация, недостатъци при транспониране на престъплението.

Key words

Transposition of Provisions, Directive on Market Abuse, the Abuse with Inside Information Crime, Defects in the Transposition of the Crime.

Prof. Roumen Vladimirov, Ph. D.

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

Professor of Criminal Law and International Criminal Law at the Law Department of NBU.

Areas of specialization: criminal law, international criminal law and comparative law.

*Author of monographs and articles in professional periodicals in Bulgaria and abroad
Chief of Criminal Law Section.*

Former Chair of the Law Department of New Bulgarian University (2001–2012).

Roumen Vladimirov

Issues with regard to the Transposition of Provisions of Treaties and of EU Legislation in the Bulgarian Criminal Code

In the paper there is above all a general review and analysis of the process of transposition. Under special emphasis are both its positive aspects and its defects. Further on in a critical perspective under consideration is the issue of the shortcomings with regard to the transposition of Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive). Under particular consideration is the transposition of the crime under Article 3 of the Directive (the so-called "abuse with inside information") in Article 260a of the Bulgarian Criminal Code and the defects effected in this regard.

Румен Владимиров

Проблеми при транспониране на норми от международни договори и от актове на ЕС в българския Наказателен кодекс

I. Общи положения

1. Приобщаването на норми от международни договори, по които Република България е страна, в българското законодателство, включително и в наказателното, се извършва от десетилетия. Във връзка с това към многобройните съществени достойнства на действащия от 1968 г. и до днес Наказателен Кодекс (НК), може да се отнесе включването от момента на неговото приемане на престъпленията против мира и човечеството в глава четиринадесета на особената част. Източник на тези норми беше чл. 6 от Устава на международния военен трибунал от 1945 г. По късно в НК са формулирани и други разпоредби¹ и видове престъпления, чиито състави са формулирани в международни договори, по които България е страна. Например във връзка с произтичащите от Монреалската конвенция от 1971 г. задължения, в чл. 341а и 341б бяха криминализирани деяния, които засягат сигурността на международната гражданска авиация. Съдържащите се понастоящем в НК многобройни състави на т. нар. престъпления с международен характер, са производни от онези разпоредби, които са били предвидени в съответните международни договори²³.

¹ Например въз основа на ратифицираната през 1968 г. и влязла в сила у нас „Конвенция за неприлагане на давност спрямо военните престъпления и престъпленията против човечеството“, още в проекта на действащия НК беше създадена специална норма (чл. 79, ал. 2 НК) за изключване на давността спрямо тези престъпления.

² Например въз основа на Международната конвенция за борба срещу вземането на заложници се създадоха престъпленията по чл. 97а и 143а НК; Единната конвенция по упойващите вещества и последващите международни актове в тази област обусловиха съществуването на наркопрестъпленията в чл. 354а, чл. 354б и чл. 354в НК; Конвенцията относно изпиране, издирване, изземване и конфискация на облагите от престъпление е основа на престъплението изпиране на пари – чл. 253 и сл., и др.

Повече от 30 години след приемането на НК произтичащите за България задължения за транспониране на норми от влезли в сила международни договори нямат конституционна опора. Такава е създадена с приемане на действащата у нас Конституция от 1991 г. (КРБ). В нейния чл. 5, ал. 4 се постановява, че: „Международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната. Те имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат“. Във връзка с това се поставя въпросът може ли международните норми да бъдат използвани пряко и директно в българското право? Защото съгласно редакцията на текста на конституционната разпоредба се оказва, че е допустимо тълкуване относно възможността за пряко и директно практическо прилагане на тези международни норми, признати за част от вътрешното право.

Бързото решаване на поставения въпрос се оказва изключително важно и логично около година след влизане в сила на КРБ Конституционният съд (КС) се произнесе категорично относно приложимостта на международните наказателни норми от българската съдебна практика. По предявен иск КС е приел, че цитираният принцип на чл. 5, ал. 4 КРБ се прилага в наказателното право само ако става дума за престъпления, визирани в международните договори, които и доколкото не са обявени за такива в НК. Тогава предимството на международните наказателни норми се изразява или в поясняване смисловото съдържание на съществуващите в НК състави на престъпления или части от тях или „[...] ако създават задължения за промяна на законодателството“⁴.

Следователно КС е отговорил отрицателно на въпроса дали е възможно нашата съдебна практика да прилага пряко и директно норми от международен договор, в които са очертани състави на престъпления, непредвидени в българския НК. Такова прилагане на наказателни съставомерни норми от международни договори е допустимо от националните съд и прокуратурата, но **опосредено и индиректно**, т. е. единствено и само когато международните престъпления са транспонирани (въведени по установения ред) в НК, като именно по този начин вече са станали част от вътрешното ни наказателно право⁵.

Както се спомена по-горе, процесът за въвеждане състави на международни престъпления е започнал преди близо половин век и продължава и до днес. От създаването на проекта на действащия НК (1968 г.) и след това през 50-годишния период на използването на кодекса са извършвани десетки отделни изменения и допълнения в тази насока. Многобройните промени са обусловени от редица политически и социално-икономически явления, настъпили в България, Европа и света. Измежду тях следва да се открият: Смяната на обществено-политическия и икономически модел на развитие в държавата след 1989 г., приемането на Репуб-

³ Вж по-подробно Велчев, Б. Международно наказателно право, изд. Сиела, София 2015 г., с. 185–230.

⁴ Вж. Решение 7 от 2.8.1992 г. на КС на РБ по к. д. 6/92 г.

⁵ Вж. Велчев, Б. цит. съч., с. 78.

лика България в международните организации НАТО и Европейски съюз (ЕС), съответно през 2004 г. и 2007 г., както и засилване сътрудничеството на България с другите държави, както и с редица други универсални, регионални, многостранни и двустранни международни организации.

Подробният анализ и детайлизираната оценка на огромната наказателно-законодателна дейност, включително и за транспониране в българския НК на съставите на престъпленията, формулирани в международни договори и в директиви на ЕС, безусловно изисква да се направи задълбочено монографично изследване⁶. Все пак и в рамките на настоящата статия може да се обърне внимание върху някои страни от развитието на този процес през изминалите 50 години. Целенасочената проверка и анализ на въведените норми показва, че наред с безспорните законодателни постижения, внимание и критика заслужават и някои допуснати слабости и проблеми, свързани с намиране на подходящо систематично място на транспонираните норми, както и най-вече на тяхната юридическа редакция, която следва да бъде относително адекватна на българската законодателна традиция.

2. При общия преглед по повод въвеждането на международни и европейски наказателни норми в българския НК може да се направи генерална заключителна оценка, че като цяло този процес се осъществява сравнително успешно. Това най-вече се забелязва при проучване на транспонирани норми, произхождащи от универсални източници, каквито са например конвенциите на ООН. Приобщаването на такива разпоредби ще продължи и за в бъдеще и създадената добра законодателна практика най-вероятно ще се запази.

Известно е, че от 1.1.2007 г. Република България е приета и стана редовен член на ЕС. Тази европейска регионална структура възникна от началото на 50-те години на миналия век и постоянно се развиваше и обогатяваше както в сферите на интеграцията и нейната степен, така и с оглед нейното разширяване чрез приобщаване на нови държави членки. Качествено нов етап в развитието на ЕС се създаде с Договора от Лисабон, влязъл в сила на 1.12.2009 г., който предвиди интеграцията между държавите в рамките на Съюза да се развива на наднационално равнище (по т. нар. тристълбова структура) вместо на основата на дотогавашното междуправителствено равнище⁷.

Като сериозна и важна последица от приемането на Република България за пълноправен член на ЕС може да се открие възникналото задължение за перманентно привеждане на вътрешното право (в това число и наказателното) в съответствие с принципите и нормите на правото на Съюза. По такъв начин на практика се въвежда, реализира и задълбочава интеграцията между държавите в рамките на ЕС. За целта източниците на наказателното и на другите отрасли на правото на Съюза (което само по себе си има автономен характер), следва да се при-

⁶ Вж. относно процеса на европеизиране на българското наказателно право цялостното монографично изследване на Панайотов, П. Наказателното право на Европейския съюз и българското наказателно право, изд. Сиби, София 2012 г.

⁷ Вж. Панайотов, П. цит. съч., с. 11 и сл.

емат и за източници на националното право, в това число и на наказателното. Това означава, че се поражда задължение в действащия НК да се въвеждат своевременно принципи, разпоредби, понятия, съчетания и други елементи от правото на ЕС, които, най-общо казано, имат отношение към противодействието на престъпленията⁸.

Известно е, че нормите на ЕС имат директен ефект, при което за съдържащите се в актовете (назовани Директиви, както и т. нар. Рамкови решения) наказателноправни норми има определени изисквания към държавите членки. На първо място, те са обвързани със срок (от приблизително около две или повече години) за тяхното въвеждане в националните НК. При неспазване на срока държавата членка е заплашена със санкции, налагани от Съда на ЕС. На второ място, въвеждането на съответната Директива или Рамково решение в НК се извършва чрез транспониране на европейските норми. За българското наказателно право това означава, че съгласно КРБ следва да се извърши адекватно изразяване съдържанието на тези норми чрез приемане на съответен ЗИДНК и неговото влизане в сила след обнародване в ДВ.

Когато се сравняват наказателноправните норми от европейските източници и съответните на тях въведени в НК норми, може да се направят различни заключения и оценки. Би могло да се обобщи, че немалка част от транспониранияте норми възпроизвеждат равнозначно и смисъла, и съдържанието на европейските наказателни норми. Така те поначало се оказват разположени на подходящото систематическо място в НК и по правило се оказват напълно годни да бъдат прилагани от компетентните правосъдни органи.

3. За съжаление, в действащия НК има и немалка част транспонирани наказателни норми, към които може да се отправят сериозни критични бележки, най-вече за неподходящо систематическо място и за липса на добра редакция, на точни и ясни разпоредби, които безпроблемно биха се прилагали в практиката. В подкрепа на посоченото може да се спомене например погрешното очертаване в общата част на НК и редакционно непрецизната формулировка на чл. 16а, ал. 1 НК (ДВ, бр. 84 от 2013 г.). С тази разпоредба беше изключена вината?! (вместо наказателната отговорност) на пострадал от трафик на хора за участие в престъпна дейност, когато е бил принуден за това като пряка последица от факта на трафика⁹. Подобни недостатъци може да се констатират и в разпоредбата на чл. 16а, ал. 2 НК, както и при транспониране на норми относно защита от сексуални

⁸ Вж. подробно за европеизирането на българското наказателно право Панайотов, П. цит. съч., с. 280–354 и цитираната литература, източници и съдебна практика.

⁹ Вж. Владимирова, Р. Международни и европейски норми относно трафика на хора и тяхното транспониране в българския НК, публ. В Сб. Европейски перспективи за развитие на наказателното законодателство, Унив. изд. „Св. Климент Охридски“, София, с. 62–84.

¹⁰ Макар че в чл. 16а НК беше направена известна редакционна корекция през 2015 г. (ДВ, бр. 74), като цяло нещата не бяха съществено променени.

посегателства на деца (чл. 155а, и чл. 155б НК), при престъплението порнография (чл. 159, ал. 4, т. 1 и ал. 6 НК), при престъплението по чл. 251, ал. 1 НК, в състава на което ненужно е посочено, че границата на страната ни е „външна граница на ЕС“ и др.

На въпроса за причините, които са довели до незадоволителните резултати при транспониране на наказателни норми от Директиви и Рамкови решения на ЕС, не може да се отговори конкретно и еднозначно. Защото, първо, става дума за европейски актове, които са задължителни за членуващите държави, а тяхното качество не винаги е перфектно. На второ място, трябва да се отчете обстоятелството, че всяка държава трябва да направи внимателен и задълбочен експертен прочит на съответния акт и въз основа на действащото си вътрешно наказателно законодателство, да въведе творчески съответните норми при спазване на изискванията на създадената и утвърдена законодателна техника.

В последна сметка проблемът за приобщаване на нормите на Съюза в националното законодателство се преобразува в експертен. Това ще рече, че въз основа на експертно изготвения проект на Директива или Рамково решение, Европейският парламент приема съответния акт, като визираните в него престъпления и други норми, се приобщават по-късно в националния НК. Тоест българските експерти, призвани да подпомагат Народното събрание, в духа и традициите за усъвършенстване на НК, следва да изготвят или да подкрепят такъв ЗИДНК, който да отразява същността на европейските норми максимално точно, кратко и икономично. Задачата никак не е маловажна, защото не винаги нормите от актовете на ЕС (както и повечето норми от международноправен характер) са достатъчно конкретни и ясни и понякога съдържат ненужни отклонения или пояснения. Ето защо, ако се установят подобни излишни елементи или други несъвършенства в предстоящите за транспониране норми, то в изготвения проект на ЗИДНК следва да бъдат отстранени или максимално да бъдат редуцирани. По този начин, чрез експертния национален вътрешен филтър, нововъведените европейски норми биха се прилагали успешно от съдебната практика.

Поредният сериозен пример за непрофесионално транспониране на норми от директиви на ЕС в НК се съдържа в последния ЗИДНК от края на 2017 г. (ДВ, бр. 101 от 19.12.). С него в националното наказателно законодателство се приеха немалко на брой и важни промени. Съществен момент представлява въвеждане на разпоредби, продиктувани от изискванията на три европейски директиви. Това са: Директива 2013/40/ЕС на Европейския парламент и на Съвета; Директива 2014/62/ЕС и Директива 2014/57/ЕС.

Последната от споменатите директиви се отнася до наказателноправните санкции за пазарна злоупотреба (Директива за пазарната злоупотреба). В нейните членове 3, 4 и 5 са очертани три вида престъпления по познатия подробен и обстоятелствен начин на нормиране, използван поначало в европейските актове. Трябва да се отбележи, че в рамките на общността се криминализира дейност, свързана с важна и сложна финансова материя. Сама по себе си „пазарната злоупотреба“ вреди на целостта на финансовите пазари и разколебава доверието на обществеността.

Инкриминирането на най-тежките форми на пазарна злоупотреба поставя ясни прагове за видовете поведение, които се считат за особено неприемливи. Защото „действията, свързани със злоупотреба с вътрешна информация, нейното незаконно разкриване и манипулирането на пазара от лице, работещо във финансовия сектор или в надзорен или регулативен орган, засяга в голяма степен целостта на пазара, стойността на финансовия инструмент и им причиняват значителни вреди“¹¹.

Във връзка с изисквания на Директивата на ЕС в Глава седма на Особената част на НК за престъпленията против финансовата, данъчната и осигурителната системи се създадоха три нови престъпления (чл. 260а, чл. 260б и чл. 260в НК) за противодействие срещу т. нар. пазарна злоупотреба. Именно правната уредба на първото от новите видове престъпления, т. нар. „злоупотреба с вътрешна информация“ ще бъде предмет на критичен анализ от гледна точка на критериите на законодателната техника. Нормите на другите две транспонирани престъпления „незаконно разкриване на вътрешна информация“ и „манипулиране на пазара“ също не са прецизно формулирани, но като цяло критичните бележки относно тяхното формулиране в НК са по-малко на брой и не толкова съществени.

II. Нормативна уредба на престъплението „злоупотреба с вътрешна информация“ – чл. 260а НК

1. Основният състав на ал. 1 е очертан по следния начин:

„(1) Който придобие или се разпореди за собствена сметка или за сметка на трето лице, пряко или косвено, с финансови инструменти, като противозаконно използва вътрешна информация, отнасяща се до тях, и от това са настъпили значителни вредни последици, когато е извършено от лице, което разполага с вътрешна информация, поради това че:

1. е член на административния, управителния или надзорния орган на емитента или участник на пазара на квоти за емисии, или

2. има дялово участие в капитала на емитент или участник на пазара на квоти за емисии или

3. има достъп до информацията чрез изпълнението на дейност, професия или служебни задължения,

се наказва за злоупотреба с вътрешна информация с лишаване от свобода до четири години и с глоба от хиляда до три хиляди лева, като съдът може да постанови лишаване от право по чл. 37, ал. 1, т. 6 и 7“.

Прави впечатление, че цитираният многословен основен състав на чл. 260а, ал. 1 НК съдържа не малко недостатъци. Той е така конструиран, че и теоретичният анализатор и правоприложителят биха били сериозно озадачени и затруднени да се ориентират за естеството на посегателството. Затрудненията се пораждат по повод отговора на въпроси като: кой всъщност е субектът на престъп-

¹¹ Вж. Мотиви към проекта на Закон за изменение и допълнение на Наказателния кодекс, с. 3.

лението, в какво точно се изразява изпълнителното деяние, както и за същността и необходимостта от наличие на някои от другите описани в състава обективни признаци.

а) От съдържанието на текста е видно, че субектът е общ, посочен в началото на разпоредбата с възприетият в НК термин „който“. Неговото изпълнително деяние се осъществява във формата на действие, което е очертано алтернативно в два варианта – придобиване и разпореждане с предмета. Последният е представен в множествено число като „финансови инструменти“. Посочен е и начинът за придобиване или разпореждане с финансовите инструменти – „[...] като противозаконно използва вътрешна информация, отнасяща се до тях“. В тази форма престъплението е резултатно и то от категорията на увреждащите. Необходимо е вследствие на извършеното деяние да са настъпили „значителни вредни последици“. Дотук „сюжетът“ на престъплението ни представя, че всеки, който придобие или се разпорежи с финансови инструменти чрез противозаконно използване на вътрешна информация и от това са настъпили значителни вредни последици, следва да се наказва.

б) В същото време в основния състав на чл. 260а, ал. 1 НК наред с общия субект е включен и още един субект, който от изложените признаци се оказва вече, че е особен. Споменатото по-горе, извършено от всеки наказателноотговорен деяние, от което са настъпили значителни вредни последици вече ще се наказва, „[...] когато е извършено от лице, което разполага с вътрешна информация, поради това че [...]“, съгл. т. 1, 2 и 3 работи във финансовия сектор или в надзорен или регулативен орган или е участник на пазара на квоти за емисии.

По принцип в един състав да се сочат различни признаци относно субекта на престъплението и освен общ, той да се определя и като специален е нон сенс. Такава конфигурация е нещо непознато (ненормално) нито за българското наказателно законодателство, нито съответства на правилата на законодателна техника. В случая възниква въпросът: кой всъщност е меродавният субект – общият или специалният? От гледна точка на съотношението между общото и специалното понятие, би трябвало да се предпочете специалното понятие за субекта. Този субект наистина може да придобие или да се разпорежи с финансови инструменти въз основа на разполаганата вътрешна информация, която използва противозаконно. Така обаче обхватът на състава сериозно се ограничава, а едва ли това е идеята на Директивата и на НК. Защото и общият субект може да извърши същото деяние и да причини същите значителни вредни последици, без да е разполагал със съответната вътрешна информация, поради обстоятелствата посочени в т. 1, 2 и 3 на състава. Възможно е съответната вътрешна информация да е попаднала у него по друг начин, като по-съществено е, че тя противозаконно (т. е. без правно основание) е била използвана.

в) В последна сметка може да се приеме, че меродавният субект на престъплението „злоупотреба с вътрешна информация“ е всяко наказателно отговорно лице, очертано с термина „който“. При това положение в основния състав по чл. 260а, ал. 1 НК може да се направят предложения за съкращаване чрез опростяване на признаци или чрез разделяне и обособяване на две отделни и самостоятелни престъпления. Когато обаче се вникне в същността на поведението на специ-

алния субект, който и доколкото е предоставил вътрешната информация на дееца, може да се помисли спрямо него да се приложи действащия чл. 284 НК за разгласяване на служебна тайна. И названието на престъплението „злоупотреба с вътрешна информация“ и факта, че деецът („който“) е разполагал с нея, показват, че тя му е съобщена (разгласена) от специалния субект, който може да бъде длъжностно лице (най-вероятно) или макар и недлъжностно, но на него във връзка с работата да е станала известна съответната информация.

аа) Във връзка с предложението за съкращаване на състава, на първо място, следва да се отчита, че използваните три обективни съчетания, а именно: **„за собствена сметка или за сметка на трето лице“**, **„пряко или косвено“**, **както и „отнасяща се до тях“** нищо съществено не казват и в този смисъл са напълно излишни. Все пак първото съчетание наподобява на традиционно използван в НК вариант на специалната користна цел „да набави за себе си или за друго облага“. Така че, ако не се стигне до цялостно заличаване на съчетанието „за собствена сметка или за сметка на трето лице“, то поне е резонно да използва утвърдената законодателна практика за „цел да се набави за себе си или за друго облага“.

Що се отнася до алтернативата „пряко или косвено“, макар че не е съвсем непозната и се среща по изключение в някои състави на НК¹², нейното запазване в случая би представлявало ненужно натоварване на състава. Защото алтернативните форми на изпълнителното деяние „придобие“ и „се разпореди“ не ограничават начините за тяхното осъществяване. Иначе казано, придобиването или разпореждането с финансови инструменти предполагат това да е станало както „пряко“, така и „косвено“ (непряко). Очевидно тези особености имат значение за конкретното проявление на причинната връзка, но това е проблем на установяване от съда, което не налага думите „пряко или косвено“ да присъстват в състава.

Същото, за проявена излишност и разточителност, може да се отбележи и за комбинацията „отнасяща се до тях“, която пояснява подразбиращи се обстоятелства относно информацията за предмета – финансовите инструменти. В случая цитираният израз се оказва не само излишен, но и неблагоприятен. В най-добрия случай той може да се прередактира. В последна сметка не бива да се забравя, че всеки състав е съвкупност от съществените, необходимите и достатъчните признаци, а в случая споменатите три съчетания не отговарят на нито едно от посочените изисквания за очертаване основния състав на престъплението по чл. 260а, ал. 1 НК.

Като се има предвид посоченото по-горе, чл. 260а, ал. 1 НК може да придобие следната редакция: „Който придобие или се разпореди с финансови инструменти, като противозаконно използва вътрешна информация (за тях) и от това са настъпили значителни вредни последици, се наказва [...]“.

бб) На второ място, в действащия чл. 260а, ал. 1 НК има допълнителни признаци, че деянието е извършено от лице, което разполага с вътрешната информация относно финансовите инструменти поради участието в орган на емитента или в пазара за квоти и емисии, има дялово участие в тях или има професи-

¹² Вж. напр. чл. 108, ал. 1 и чл. 408 НК.

онален достъп до информацията. В случая и този специален субект е посочен, че извършва деянието – „придобие или се разпореди“, защото въз основа на изтъкнатите по-горе основания разполага с вътрешна информация. С такава обаче разполага и общия субект („който“), което е предпоставка да я използва и да извърши същото престъпно деяние. Следователно по отношение на изпълнителното деяние и общият, и специалният субект са равнопоставени. Единствената разлика между тях се заключава във факта, че общият субект използва противозаконно вътрешната информация, без предварително да е разполагал с нея, докато специалният субект я използва след като предварително е разполагал с нея. Тази незначителна за състава подробност е невероятно преекспонирана в чл. 3 от Директивата и е безкритично възпроизведена в чл. 260а, ал. 1 НК. Нашият законодател изобщо не е съобразил, че така формулирана разпоредбата довежда до възникване на теоретичен проблем, а оттук и до сериозни трудности, свързани с бъдещото правоприлагане.

Във връзка с това преекспониране на споменатия по-горе незначителен факт и потвърждаване, че става дума за ненужна казуистика, е предвиждането на нов състав в ал. 2 на чл. 260а НК. Неговото цитиране с вече критикуваните съчетания от излишни признаци е показателно и не се нуждае от коментар за ненужно транспониране на кухи и формално нелогични текстове в НК. Съдържанието на нормата гласи: „Наказанието по ал. 1 се налага и на онзи, който придобие или се разпореди за собствена сметка и за сметка на трето лице, пряко или косвено с финансови инструменти, като противозаконно използва вътрешна информация, отнасяща се до тях, придобита извън случаите по ал. 1, за която знае, че е вътрешна, и от това деяние са настъпили значителни вредни последици“. Понеже тази норма не посочва нищо важно и значимо за същността на посегателството, тя трябва да бъде отменена *de lege ferenda*¹³.

2. Не може да се оцени като сполучлива и следващата ал. 3 на чл. 260а, ал. 3 НК. В нея е очертан друг състав на престъплението, който може да бъде повод за разсъждения за степента на обществената опасност на деянието, както и за възможността да се използват други правни или организационни мерки срещу неговото неизвършване или за противодействие. В състава се визират две обективни предпоставки, при наличието на които може да се осъществи изпълнителното деяние и да настъпят общественоопасните последици. Става дума за това, че първо деецът по съответния ред трябва да е подал нареждане за финансов инструмент и второ, след това той трябва да е получил информация за този инструмент. Въз основа на получената информация деецът извършва инкриминираното деяние – отменя или изменя подаденото нареждане и от това трябва да са настъпили значителни вредни последици.

По повод на тази хипотеза може да се помисли дали не съществуват резерви за усъвършенстване. Например за извършеното деяние да се предвиди административнонаказателна отговорност, или да се създадат правила и норми (извън

¹³ В подкрепа на това предложение е и обстоятелството, че в случая на ал. 2 предвиденото наказание е абсолютно същото като това по ал. 1 на чл. 260а НК.

НК) за ограничаване възможността за последваща промяна в подаденото нареждане и др. Ако обаче нещата останат по този начин, трябва да се отбележи, че най-уязвимата точка, не само от доказателствено естество, се отнася до предпоставката относно получената вътрешна информация. В състава няма указания нито за нейния източник, нито за обстоятелствата във връзка с нейното получаване, както и дали субектът има някакъв принос за добиване на вътрешната информация. Защото ако информацията е узната от медиите или „случайно“, вследствие на нейното „изтичане“, се оказва неоправдано да се наказва лицето, на което е дадена възможност да отменя или изменя подаденото вече нареждане за финансов инструмент, следвайки своя финансов интерес.

3. В известна степен подобен състав на разгледания в предходната точка, е предвиден и в ал. 4 на чл. 260а НК. Както в алинея 3 и тук са необходими две предпоставки в кумулативна връзка. Първата се заключава в това деецът да е подал нареждане или оферта при продажби на търг на квоти и емисии или на други основани на тях тръжни продукти. Втората предпоставка е идентична на посочената в ал. 3 а именно, впоследствие деецът трябва да е получил (при неизвестно какви обстоятелства?!) вътрешна информация, която се отнася до подаденото от него нареждане или оферта. При кумулативното наличие на тези две предпоставки, изпълнителното деяние съвпада с това на предходната алинея, т. е. въз основа на получената вътрешна информация деецът изменя или отменя нареждането или офертата и от това са настъпили значителни вредни последици.

Наред със съображенията от предходната точка към състава по ал. 4 може да се отправят и други критични бележки. Първо, отново се използва ненужното съчетание „за собствена сметка или за сметка на трета страна“. Само че този израз не се свързва с изпълнителното деяние (както е при съставите на чл. 260а, ал. 1 и ал. 2 НК), а с алтернативния елемент от първата предпоставка, т. е. във връзка с подадената оферта. При това вместо визираната в първите две алинеи цел да се възпроизведе изцяло и специално, че деянието може да бъде извършено и „[...] за сметка на трето лице“, в разглеждания състав тя вече е обозначена като „[...] за сметка на трета страна“. Иначе казано, без да се съобразява, че редакционно целта вече е формулирана по определен начин, в ал. 4, тя терминологично се променя с друг термин („страна“), който нищо различно не посочва, но освен това е и неподходящ. Защото терминът „лице“ (употребен в съставите на ал. 1 и ал. 2) и терминът „страна“ са съотносими, при което вторият е по тесен, тъй като има само процесуално съдържание.

Второ, може да се твърди, че е **съвършено излишно** в състава на ал. 4 да се конкретизира въз основа на кои точно актове на кои точно органи на ЕС с техните времеви периоди на приемане и отнасящи се до сродна тематика се провеждат тръжните процедури. Посочено е, че те „[...] се провеждат съгласно Регламент (ЕС) 1031/2010 на Комисията от 12 ноември 2010 година относно графика, управлението и други аспекти на търга на квоти за емисии на парникови газове съгласно Директива 2003/87/ЕО на Европейския парламент и на Съвета за установяване на схема на търговия с квоти за емисии на парникови газове в рамките на Общността (ОВ, L 302/1 от 18 ноември 2010 г.) [...]“. Всичко цитирано не само е ненужна информация, която не съответства на изискванията за законова икономия

при формулиране съставите на престъпленията в НК, но като цяло няма връзка с характеристиката на посегателството. Единствено рационално и полезно нещо представлява факта, че деянието има отношение към въпросите за емисиите за парни газове. Следователно, ако не може да се мине без информация от цитирания по-горе текст, то в него би могло да се направи значително съкращение. Например достатъчно би било да се каже, че съответните търгове „[...]“ се провеждат според изискванията на ЕС относно търговията с квоти и емисии на парникови газове [...]“.

4. Следващата ал. 5 на чл. 260а НК, с която се въвежда самостоятелна наказателна отговорност за подбуждане към някое от деянията по предходните разпоредби, е като че ли най-неуязвима за сериозна критика (с изключение на ненужната обстоятелственост в текста). Може би този извод се дължи на факта, че съставът е конструиран по утвърдения в НК модел за такъв вид криминализация. Затова тук само ще бъде възпроизведена самата разпоредба, която гласи: „Който въз основа на вътрешна информация подбужда друго лице да придобие или да се разпорежи с финансови инструменти, да измени или да отмени нареждане за финансов инструмент, за който се отнася вътрешната информация, се наказва [...]“.

5. Последният състав на престъплението „злоупотреба с вътрешна информация“, е очертан в ал. 6 на чл. 260а НК. Съдържанието на разпоредбата е изразено по крайно неприемлив начин и то не защото при престъпление в съучастие с подбудител, по правило склоненото лице създава факта на своето склоняване¹⁴. Това обяснява и защо обстоятелството, че деецът знае че е бил склонен, изобщо не се среща в съставите на действащия НК. Защото фактът на знанието (или на незнанието) от извършителя, че е склонен от друг, изобщо не променя качествено обществената опасност на бъдещото престъпление, като може да има значение при индивидуализацията на наказанието от съда.

В споменатата ал. 6 обаче има и нещо повече, има и друго допълнително и конкретно изискване в рамките на знанието на дееца, че е бил склонен от друг. Тези рамки на знанието трябва да включват и представи у склоненото лице, че подбудителят е извършил неговото склоняване именно въз основа на вътрешната информация, която е имал. Съгласно текста: „Наказанието по ал. 5 се налага и на онзи, който знае, че е бил склонен въз основа на вътрешна информация и подаде, измени или отмени нареждане за финансов инструмент, за който се отнася информацията, и от това са настъпили значителни вредни последици“.

В последна сметка се оказва, че наказателната отговорност на дееца ще възникне и ще се реализира при предпоставка, свързана с неговите психически преживявания. В случая не става дума, че тяхното доказване е невъзможно или би било силно затруднено. По-важно е, че от материалноправна гледна точка споменатите знания и представи не влияят и не могат да влияят върху обществената опасност на извършеното престъпление. Още повече, че в предходните състави (ал. 3 и ал. 4) се предвижда самостоятелна отговорност за подаване или отменяне

¹⁴ Вж. повече за естеството на субективната връзка при съучастие Владимиров, Р. Съучастие при усложнена престъпна дейност, изд. Нова звезда, 1996 г., с. 18–22.

нареждане за финансов инструмент при получаване за него на вътрешна информация (т. е. у дееца е имало знание за нея). При това положение се оказва, че въпросната ал. 6 на чл. 260а НК става напълно излишна и трябва да се отмени *de lege ferenda*.

6. В предпоследната ал. 7 на същия член е предвидена повишена наказателна отговорност при наличие на някои от използваните в НК три квалифициращи обстоятелства, а именно: „Ако деянието по ал. 1–6 е извършено: 1. от две или повече лица, сговорили се предварително; 2. от лице, което действа по поръчение или в изпълнение на решение на организирана престъпна група; 3. повторно [...]“¹⁵. В теорията и съдебната практика същността и особеностите на всяко от тези обстоятелства са достатъчно пълно и подробно анализирани и специално внимание тук няма да се отделя.

В заключение обаче по повод транспонирането на норми от европейски директиви и в частност по повод създаването в НК на новия чл. 260а за злоупотреба с вътрешна информация, може да се обособят два проблема, които, макар и кратко представени, се нуждаят от специално внимание.

Първият се отнася до разпоредбата на последната ал. 8, в която по познатия в нашия закон начин е предвидено, че: „В случаите по ал. 1–7 предметът на престъплението се отнема в полза на държавата, а когато липсва или е отчужден, се присъжда неговата равностойност“. Известно е, че съгласно чл. 53, ал. 1, б. „б“ в полза на държавата се отнема предметът, когато е вещ и когато тази вещ принадлежи на дееца¹⁵. Без да се прави подробно изложение във връзка с наличието на цитираната разпоредба, достатъчно ще бъде само да се поставят три въпроса. Единият е по същество и гласи: Кой в тези случаи е предметът за отнемане и дали това не е изписаната дори и в названието на престъплението – вътрешна информация? Другият въпрос логично следва от чл. 53 НК за това дали тази вътрешна информация (която очевидно не е вещ) принадлежи на дееца? Последният трети въпрос, който се основава на предходните два, е, трябва ли и ако да, какво трябва да се отнеме в полза на държавата – предметът (вътрешната информация) или придобитото чрез престъплението съгласно чл. 53, ал. 2, б. „б“ НК?

Вторият проблем се поражда след проследяване на предвидените наказания в нормите на чл. 260а НК. По основния състав на ал. 1 за злоупотреба с вътрешна информация деецът се наказва с „[...] лишаване от свобода до четири години и с глоба от хиляда до три хиляди лева, като съдът може да постанови лишаване от право по чл. 37, ал. 1, т. 6 и 7“. Прави впечатление, че за всяко от извършените деяния, визирани в следващите ал. 2, 3 и 4 се предвижда абсолютно същото наказание, без да се държи сметка за различието в степента на обществена опасност на посегателствата. От друга страна, единственото наказание от четири години лишаване от свобода се предвижда за деянията в ал. 5 и 6. По този повод може да се възрази, защото ал. 5 се отнася само до подбуждане на друго лице към

¹⁵ Вж. Стойнов, Ал. Наказателно право, обща част, изд. Сиела, 1999 г., с. 383–385. Също Гиргинов, А. Наказателно право на Република България, обща част, изд. Софи-Р, 2002 г., с. 261–262.

извършване на някое от деянията от предходните алинеи, за които основното наказание е също четири години лишаване от свобода. А това наказание от четири години лишаване от свобода е еднакво с наказанието в ал. 6 въпреки очевидното различие в степента на обществена опасност на двата вида поведение. Различието е твърде голямо и се подчертава от факта, че първото (по ал. 5) е безрезултатно, а второто (ал. 6) – резултатно увреждащо, свързано с настъпването на „значителни вредни последици“. Ето защо, предвид на посоченото, може с основание да се обобщи, че не само по повод на изграждането на съставите, но и по повод на предвидените наказания, са пренебрегнати съществуващите принципи и критерии, включително и на чл. 35, ал. 3 НК за съответствие на наказанието с престъплението.

7. Накрая може бланкетно да се обобщи, че процесът на транспониране на норми в НК с оглед на постигнатите напоследък резултати **не показва възходящо развитие**. Нищо не оправдава законодателя за подценяване на този вид наказателна материя, която по понятни причини се оказва изключително важна за защитата на интересите на ЕС, но и изключително важна за Република България като член на този съюз.

Ключови думи

Наследяване с международен елемент съгласно Регламент (ЕС) № 650/2012, универсално действие на правото, определен по Регламента, вещи права и приложимо право към наследяването, семейни правоотношения и наследяване, действие на национално удостоверение за наследство.

Key words

Transnational Succession as per Regulation (EU) No 650/2012, Universal Application of the Law Specified by the Regulation, Rights in rem and Applicable Law on Succession, Matrimonial Matters and Succession, Force of the National Certificate on Succession.

Assoc. Prof. Ventzislava Zheliaskova, Ph. D.

Member of the Law Department of New Bulgarian University.

Areas of Specialization: Private International Law, Conflict of Jurisdictions, Recognition and Enforcement of foreign court judgements and arbitration awards.

Author of monographs and articles in professional periodicals.

Ventzislava Zheliaskova

Judgements of the European Court of Justice on Interpreting Regulation (EU) No 650/2012

Regulation (EU) No 650/2012 helps to eliminate obstacles to the free movement of persons within the EU. It is a complex instrument on the regulation of jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of national court decisions and authentic documents. The assertion of rights in the context of a succession having cross-border implications is of great practical importance having in mind the movement of persons nowadays. Due to the great and sometimes substantial differences in national laws of the EU Member States the interpretation by the ECJ of the rules of the Regulation is of extreme importance for the uniform application of that Act by the national courts of the Member States. The article deals with the interpretation by the ECJ of the areas to which the Regulation applies, the acceptance and enforceability of national instruments in matters of succession. The issues commented in the article trace the interference of the Regulation on succession with other instruments of EU law on family matters.

Венцислава Желязкова

Тълкувателната дейност на Съда на Европейския съюз по Регламент (ЕС) 650/2012

Необходимостта от създаване на единен инструмент в областта на наследяването в рамките на Европейския съюз (ЕС) е разисквана в продължителен период от време. Тази идея за първи път намира израз в Програмата за мерките за осигуряване на принципа на взаимно признаване на съдебните решения, постановени от съдилищата на държавите членки в областта на гражданските и търговските отношения. През 2002 г. е публикуван Докладът на Лагард и Дьорнер за необходимостта от хармонизация на наследственото право в рамките на Европейския съюз. Контурите на проекта са по-ясно дефинирани в „Програмата от Хага“ от 2004 г., в която е подчертано, че следва да бъде приет инструмент в областта на наследяването, в който да бъде уредено приложимото право, компетентността и взаимното признаване и изпълнение на решения в областта на наследяването, както и европейското удостоверение за наследство. Зелената книга на Комисията, съдържаща обстойно сравнителноправно изследване на правната регламентация на наследяването в законодателството на различните държави членки е публикувана през 2005 г., а предложението за Регламент – на 14 октомври 2009 г. Проектът е предмет на обсъждане, дискусии и анализи от правната общност, от практики и авторитетни научни институции (напр. анализ на института „Макс Планк“ – Хамбург, публикуван през 2010 г.). Регламентът следваше да бъде приет

от Европейския парламент и от Съвета на ЕС с квалифицирано мнозинство по обикновената законодателна процедура. Политическо съгласие е постигнато през март 2012 г. и комплексният Регламент (ЕС) 650/2012 относно компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на решения и приемането и изпълнението на автентични актове в областта на наследяването и относно създаването на европейско удостоверение за наследство беше приет през месец март 2012 г., публикуван в Официален вестник на 27 юли 2012 г., като влезе в сила на 16 август 2012 г. Регламентът започва да се прилага от 0:00 ч. на 17 август 2015 г. Тази предистория на създаването на Регламента показва, че той е резултат на доста продължителни усилия за постигане на решения, които да „примиряват“, доколкото е възможно, различията в международното частно право на държавите членки в областта на наследяването. В рамките на сътрудничеството в областта на международните граждански отношения достигането на общи решения в семейните и наследствените правоотношения се оказва една от най-трудните задачи. При наследяването различията са в самата същност на материята: от определяне на бенефициерите на наследствената маса (кръга на наследниците) и техните дялове до разнообразието на актовете, свързани с наследяването, видовете завещания, договори за наследство, съществуването или не на запазена част, управлението на наследството и редица други. Обстоятелството, че Великобритания, Ирландия и Дания се възползваха от тяхната opt out възможност, още веднъж доказва, че създаването на уеднаквено международно частно право е трудна и не винаги постижима задача. От друга страна, независимо че уеднаквеното международно частно право има за цел да опрости правилата и да улесни гражданите чрез създаване на общи разпоредби, които дават възможност за лесно определяне на компетентния орган и приложимото право към наследственото правоотношение, в процеса на прилагане възникват трудности и неясноти при тълкуването на стълкновителните разпоредби.

1. Макар Регламент (ЕС) 650/2012 (наричан по-долу и „Регламента“) да не ограничава изрично своето приложно поле по отношение на наследяване с международен елемент, очевидно е, че неговите текстове не се отнасят до чисто вътрешни наследявания и това обстоятелство е видно от съображение 7, в което се посочва, че целта на Регламента е да улесни упражняването на правата на гражданите в европейското пространство в областта на наследяването с трансгранични последици. Относно определяне на международния елемент бихме могли да се позовем и на другите инструменти на ЕС в областта на международното частно право: по делото Owusu C-281/02 Съдът на ЕС приема, че международният елемент в съдържанието на правоотношението (оттам и международният характер на делото) не е необходимо да е свързан с държава членка. Въпросът за определяне на приложимото право – предмет на част от нормите на Регламента, предполага съществуване на правоотношение с международен елемент. Международният елемент може да се прояви в различното гражданство или в различното обичайно местопребиваване на субектите по наследственото правоотношение, в различие между гражданството и обичайното местопребиваване на наследодателя, в местонахождение на елементите от наследственото имущество в държава, различна от тази, в която е обичайното местопребиваване на субектите на правоот-

ношението. Като се имат предвид разпоредбите на член 10 от Регламента, международният елемент може да се изрази и в различното местопребиваване на наследодателя в предишен момент и към момента на смъртта. В редица случаи отделните елементи на наследството могат да засегнат трети държави (държави, които не са членки на ЕС, както и държавите членки, спрямо които Регламентът не се прилага).

Във всички случаи, в които Регламентът използва израза „държава членка“, следва да се имат предвид държавите – членки на ЕС без Великобритания, Ирландия и Дания независимо от обстоятелството, че в Регламента не се съдържа изрична разпоредба, т. е. понятието „трети държави“ включва както тези държави, които не са членки на ЕС, така и държавите, необвързани от Регламента (член 10 относно субсидиарната компетентност, член 34 относно препращането и др.). Нормите за компетентност и приложимо право се прилагат от органите на държавите, обвързани от Регламента, но това не означава, че в определени случаи не би могло да се вземе предвид и правото на трета държава. Само в отношенията между държавите членки, обвързани от Регламента, се прилагат разпоредбите на гл. IV относно признаване и изпълнение на решения, гл. V относно автентичните актове, гл. VI относно европейското удостоверение за наследство, членове 17 и 18 относно възражението за висящ процес. Националните норми на международното частно право към наследяването във всяка една държава членка не се прилагат, тъй като са заместени от тези на Регламента. Все пак, по силата на член 75 от Регламента държавите страни по Хагската конвенция от 1961 г. относно съгласуването на закони в областта на формата на завещателните разпореждания, по която Хагска конвенция България не е държава съдоговорителка, продължават да прилагат нормите на конвенцията вместо тези, предвидени в Регламента.

Разпоредбите относно приложимото право имат универсално действие – член 20 от Регламента: правоприлагащият орган на държава членка по силата на отпращащите норми на Регламента може да приложи и правото на трета държава, необвързана от Регламента (най-често при избор от наследодателя на правото на държавата, чийто гражданин е бил към момента на избора или към момента на смъртта си, както и в някои случаи при определяне на материалноправната действителност на разпореждания с имущество в случай на смърт и при договорите за наследство). Тук би следвало да се обърне внимание на още една особеност на Регламента, която е свързана с компетентността на съдилищата на държавите членки по наследствени дела с международен елемент: първо, не е необходимо международният елемент да е свързан с държава членка; докато при другите регламенти относно компетентността по международни граждански и търговски дела (Регламент „Брюксел Ia“, „Брюксел IIa“) националните правила на държавите относно компетентността биха били приложими, ако ответникът/съпругът няма обичайно местопребиваване/не е гражданин на държава членка, то при Регламент (ЕС) 650/2012 националните правила относно компетентността по международни наследствени дела са напълно изместени: дори когато наследодателят няма обичайно местопребиваване в държава членка, приложими са правилата на членове 10 и 11 от Регламента. Изборът по членове 5–9 от Регламента също предполага избор на съд на държава членка. При отказа от наследство по член 13 от Регла-

мента компетентен е органът на държавата членка по обичайното местопребиване на лицето, което съгласно приложимото към наследяването право може да направи такова изявление.

Регламентът е амбициозен нормативен акт. Той съдържа 83 съображения, с които се цели да бъдат изяснени основните идеи и причините за приемането на нормативните решения, макар самите съображения да нямат нормативен характер. В процеса на правоприлагане от компетентните органи на държавите членки неминуемо възникват ситуации, които поставят съществени въпроси относно обхвата на нормите на Регламента, при което се налага тълкуването на разпоредбите от Съда на ЕС с оглед тяхното еднакво прилагане от органите на всички държави членки (член 267 от ДФЕС). Изрично следва да се подчертае, че тълкуването на термините, институтите и понятията в Регламента са предмет на автономна квалификация от Съда на ЕС, която квалификация е независима от националното право на държавите членки.

Във връзка с прилагане на Регламент (ЕС) 650/2012 г. е приет и Регламент за изпълнението (ЕС) 1329/2014 на Комисията за изготвяне на формулярите, посочени в Регламент (ЕС) 650/2012 г.

Към настоящия момент Съдът на ЕС е постановил три решения с предмет тълкуване на разпоредби на Регламент (ЕС) 650/2012 г., като са висящи още две дела: дело C-658/2017 WB образувано по преюдициално запитване, отправено от полски съд и дело C-102/18 Birsch, образувано по преюдициално запитване на немски съд. Освен това, макар и косвено, Съдът на ЕС е имал възможност да съотнесе нормите на Регламент (ЕС) 650/2012, произнасяйки се по преюдициални запитвания относно обхвата на Регламент (ЕО) 2201/2003 относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по брачни дела и дела, свързани с родителската отговорност.

Различието в националните разпоредби във връзка с наследяването както и съществуването на специфични национални институти в областта на наследствените правоотношения са основанията за отправяне на преюдициалните запитвания от националните съдилища на държавите членки.

1. Относно разграничението на приложното поле на Регламент (ЕС) 650/2012 и Регламент (ЕО) 2201/2003 относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по брачни дела и делата, свързани с родителската отговорност, Съдът се е произнесъл с Решения по дело C-404/14 Matousova, дело C-294/2015 Mikolajczyk и дело C-565/2016 Saponog. Макар и свързани с правоотношения, които са се развили преди започване прилагането на Регламент (ЕС) 650/2012, постановените решения имат значение за определяне приложното поле на всеки един от нормативните актове.

Практиката на Съда на ЕС по тълкуването на понятията и институтите в актовете на ЕС относно частните правоотношения с международен елемент се налага да бъде изследвана комплексно, а не само и единствено по отношение на отделния нормативен акт. Така например имуществените отношения между съпрузи са изключени от обхвата на Регламент „Брюксел I“ относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (съответно „Брюксел Ia“), при което от значение е практиката на Съда на ЕС

относно приложното поле на този регламент във връзка с предвиденото изключение. Както напълно основателно приема Генералният адвокат Szpunar в Заключение си по дело C-558/16 Mankompf, няма причини да се приеме различно тълкуване на един и същ институт (понятие при прилагане на нормите относно приложимото право и тези относно компетентността по дела с международен елемент (т. 87–90 от Заключение). Следователно, тълкувайки един и същ институт от международното частно право на ЕС, следва да прилагаме практиката на Съда на ЕС, независимо дали решението е постановено по преюдициални запитвания във връзка с регламентите, уреждащи компетентността на съдилищата на държавите членки или на тези, уреждащи приложимото право. В този смисъл Генералният адвокат Szpunar посочва, че „[...] изключването на „въпросите, свързани с режими на [имуществени отношения между съпрузите]“, в член 1, параграф 2 буква г) от Регламент № 650/2012 трябва да се разбира по начин, съответстващ на практиката на Съда [на ЕС] относно изключването на „имуществените права[,] произтичащи от брачни правоотношения“, от приложното поле от Брюкселската конвенция [...]“ (т. 89), още повече, че материалното приложно поле на Регламент (ЕС) 650/2012 така, както е определено в членове 1 и 2 се отнася както за компетентността, така и за приложимото право.

Основните въпроси, които се поставят при прилагането на всеки един акт на ЕС в областта на международното частно право, са свързани с обхвата и приложното поле на съответния инструмент, най-вече при гранични хипотези. Регламент (ЕС) 650/2012 се прилага при наследяване в случай на смърт, като от обхвата му са изключени публичноправните въпроси, както и тези, посочени в членове 1 и 2 от Регламента, включително семейните отношения и отношенията, които съгласно приложимото към тях право имат сходни последици. Регламент (ЕС) 650/2012 не се прилага нито относно действителността на брака, нито относно прекратяването му. Регламент (ЕО) 2201/2003 („Брюксел Па“), от своя страна, урежда компетентността на съдилищата на държавите членки по развода и унищожаването на брака. Определени наследствени права обаче предполагат съществуването на брачни връзки между наследодателя и бенефициерите на наследственото имущество (например качеството наследник). Определянето на правната връзка между наследодателя и бенефициерите (наследниците) е преюдициален въпрос от гледна точка на наследственото правоотношение.

Преюдициалните въпроси повдигат сериозни проблеми в областта на международното частно право, както във връзка с конфликта на юрисдикции, така и при определяне на приложимото право. Разрешаването на преюдициалния въпрос е необходима предпоставка за разглеждане и решаване на главния иск, като в същото време преюдициалното правоотношение не влиза в обхвата на нормативния акт, който урежда основния предмет на делото. Например като преюдициален въпрос в областта на наследяването може да бъде поставен действителността на брака с оглед правата на преживелия съпруг или действителността на осиновяването. Трудности възникват и при разграничението между решението на преюдициалните въпроси и конфликта на квалификации. Така например какво се разбира под „брак“ в държавата на сезирания съд, като се има предвид и разпоредбата на член 13 от Регламент (ЕС) 1259/2010 г. относно осъществяването на засилено

сътрудничество в областта на приложимото право при развод и законна раздяла (Регламент „Рим III“), според която съдът на държава членка (участник в засиленото сътрудничество) не е длъжна да приеме един брак за действителен за целите на производство по развод (например при хомосексуалния брак възникват ли съпругески отношения, които да предоставят права на преживелия съпруг съобразно приложимото право към наследяването). При липса на автономно определение в нормативния акт, съображение 10 от Регламент „Рим III“ предвижда прилагане на съгласителните норми, приложими в съответната държава членка.

Във връзка с преюдициалните въпроси в теорията на международното частно право са известни две решения. Според първото, приложимото право към преюдициалното правоотношение се определя от международното частно право, по което се определя и приложимото право към главното правоотношение – например приложимото право при наследяване с международен елемент (при липса на избор) е правото на държавата по обичайното местопребиваване на наследодателя към момента на неговата смърт; ако преюдициалният въпрос е относно действителността на брака, то приложимото право към условията за сключване на брака ще се определи от международното частно право на държавата по последното обичайно местопребиваване на наследодателя; ако въпросът се поставя във връзка с издръжката на съпруга, то при тази теза действителността на брака ще се определя съгласно международното частно право на държавата по обичайното местопребиваване на кредитора (Регламент (ЕО) 4/2009 относно компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на съдебни решения и сътрудничество по въпроси, свързани със задължението за издръжка). Другата теза е т. нар. „автономно привързване“, което означава приложимото право към преюдициалното правоотношение да бъде определено от международното частно право на сезирания съд, независимо от критерия за определяне на приложимото право към основния въпрос; в този случай съдът се отнася към преюдициалния въпрос по същия начин както към главния. При втората теза по един и същ начин ще бъде определено приложимото право преюдициалния въпрос, независимо от това кой е главният предмет на делото. Макар нормите на европейското международно частно право да не дават изрично решение на проблема, а се задоволяват само с изключване на дадена материя от приложното поле на съответния акт, мисля, че основната теза, която се поддържа, е именно тази за „автономното привързване“ на преюдициалното правоотношение. В подкрепа на тази теза е и приемането на Регламент (ЕС) 2016/1191 за насърчване на свободното движение на граждани чрез опростяване на изискванията за представяне на някои официални документи в ЕС и за изменение на Регламент (ЕС) 1024/2012 г., с който на практика се признават в другите държави членки юридическите ситуации в областта на гражданското състояние на лицата въз основа на официалните документи, издадени в държава членка. Така, за да се преценят правата на преживелия съпруг, няма да се налага съответният орган да преценява действителността на брака, а би следвало да го счете за действителен въз основа на официалния (публичен) чуждестранен документ.

Гореизложеното относно преюдициалните въпроси засяга приложимото право и взаимното признаване на юридическите ситуации. Правоотношението,

което е преюдициално спрямо наследственото правоотношение от материално-правна гледна точка, може да бъде както предмет на отделен процес, така и да възникне в хода на дело, което има за предмет наследствени права. И тогава ще се постави въпросът за компетентността на сезирания съд с оглед различното приложно поле на европейските инструменти относно компетентността по граждански дела. Ако преюдициалният въпрос за съществуването на семейната връзка е повдигнат като преюдициален в производство, чийто предмет са наследствени правоотношения, компетентността на съда ще се обоснове на разпоредбите на Регламент (ЕС) 650/2012 и приложимото право към преюдициалните въпроси ще се определя от националното международно частно право на сезирания съд.

2. По-сложният въпрос относно компетентността възниква когато правният интерес на ищеца от предявения иск е обоснован от неговите наследствени права, докато предмет на делото не е наследствено правоотношение. Както беше посочено и по-горе, както в областта на компетентността, така и при определяне на приложимото право, преюдициалните въпроси и квалификацията взаимно се преплитат. С преюдициалното запитване по дело C-294/2015 *Mikołajczyk* на Съда на ЕС се е наложило да разграничи компетентността по брачни дела, уредена в Регламент (ЕО) 2201/2003 относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по брачни дела и делата свързани с родителската отговорност („Брюксел Па“) и тази по наследствени дела по Регламент (ЕС) 650/2012. Висящото дело пред националния полски съд е образувано по иск за унищожаване на брак, предявен след смъртта на единия съпруг от трето лице, чийто правен интерес е свързан с качеството на наследник. Съдът на ЕС в решението си от 13 октомври 2016 г. постановява, че исковете за унищожаване на брак, предявени от трето лице след смъртта на единия от съпрузите, попадат в обхвата на Регламент (ЕО) 2201/2003 („Брюксел Па“) относно компетентността на съдилищата на държавите членки по брачни дела, като при прилагане на член 3 от Регламент (ЕО) 2201/2003 компетентността на съда не може да бъде обоснована на обичайното местопребиваване на ищеца, ако той не е съпруг. Като се позовава на общите принципи и цялостното съдържание на правната уредба, Съдът на ЕС посочва, че Регламент (ЕО) 2201/2003 в обхвата си не провежда разграничение според това в кой момент спрямо смъртта на единия от съпрузите е предявен искът за унищожаване на брака и кой е носителят на правото да предяви такъв иск. След като делата за унищожаване на брак, предявени след смъртта на единия съпруг, не са посочени сред изключенията, то тези искове попадат в обхвата на Регламент (ЕО) 2201/2003, независимо от това, че правният интерес на третото лице е свързан с установяване на качеството „наследник“. След като Регламент (ЕС) 650/2012 изрично изключва от своя обхват семейните отношения, независимо от обстоятелството, че искът за унищожаване се отнася до вече прекратен брак поради смъртта на единия от съпрузите, това не е основание този иск да не бъде обхванат от Регламент (ЕО) 2201/2003. Що се отнася до наличието на правен интерес, то той следва да се преценява съгласно националното право на сезирания съд. Така Съдът на ЕС се стреми да прокара разграничението в обхвата на действие на Регламент (ЕО) 2201/2003 относно компетентността по брачни дела и Регламент (ЕС)

650/2012 при наличие на определена връзка между правоотношенията (което е неизбежно с оглед характера на семейните и наследствените правоотношения).

Въпросът, който е поставен с преюдициалното запитване от чешкия съд по дело C-404/14 *Matousova*, е свързан с висящо производство за одобряване на договор за делба на вече открито наследство от съд по настойничество поради това, че наследници са ненавършили пълнолетие деца: съмненията на националния съд са дали мярката за одобряване на делбата от съда по настойничеството и попечителството следва ли да се квалифицира като мярка, свързана с упражняване на родителската отговорност и попадаща в обхвата на Регламент (ЕО) 2201/2003 относно компетентността по дела, свързани с родителската отговорност, или следва да бъде квалифицирана като мярка, свързана с наследяването и попадаща в обхвата на Регламент (ЕС) 650/2012. Както се подчертава в Решението на Съда на ЕС от 6 октомври 2015 г. (т. 34), тълкуването относно приложното поле на Регламент (ЕО) 2201/2003 и Регламент (ЕС) 650/2012 г. цели да се избегне всяко припокриване между правилата, които тези текстове установяват, както и да се избегне всяка празнота в правото. Съдът приема, че действията на съда по настойничеството, включително и одобряване на договора за делба на наследство, са мерки, които се отнасят пряко до дееспособността на физическото лице и поради естеството си се вписва в защитата на ненавършилите пълнолетие деца. Фактът, че одобрението е било поискано в рамките на производство във връзка с наследството, не означава, че следва да се приеме, че тази мярка се отнася до наследственото право. Необходимостта да се получи одобрение от съда е последица от състоянието на дееспособността на ненавършилите пълнолетие деца и е мярка за защита на детето. Съдът приема, че обхватът на Регламент (ЕС) 650/2012 г. е изрично и ясно определен, още повече като се има предвид съображение 9 от същия регламент. Въпросите относно способността, които попадат в обхвата на Регламент (ЕС) 650/2012 г., съответно определеното от него приложимо право, са единствено аспектите, свързани със способността за наследяване (член 23, параграф 2, б. в) и способността на лицето, направило разпореждане с имущество в случай на смърт (член 26, параграф 1, б. а). Както основателно се посочва в Заключението на Генералния адвокат Kokott, при определяне на материалния обхват на Регламент (ЕС) 650/2012 г. (изключване на семейните правоотношения и тези, свързани с родителската отговорност) от полза е и Обяснителният доклад на проф. Лагард по Хагската конвенция от 1996 г. относно компетентността, приложимото право, признаването, изпълнението и сътрудничеството във връзка с родителската отговорност и мерките за закрила на децата, чийто материален обхват съвпада с този на Регламент (ЕО) 2201/2003 („Брюксел Па“). В Доклада се подчертава, че макар правната уредба на наследяването да предвижда участието на законен представител на детето наследник, този представител трябва да бъде назначен в приложение на правилата на Конвенцията, защото този случай попада в обхвата на родителската отговорност.

Като се има предвид тълкуването на Съда на ЕС, компетентността на съда да даде разрешение за извършване на сделки във връзка с наследството, придобито от дете (разрешение, което е необходимо по българското материално право съгласно чл. 130, ал. 3 СК) при дела с международен елемент ще се определя по обичайното

местопребиваване на детето. Що се отнася до приложимото право, то също ще бъде правото на държавата по обичайното местопребиваване на детето във връзка с действащата Конвенция за компетентността, приложимото право, признаването, изпълнението и сътрудничеството във връзка с родителската отговорност и мерките за закрила на децата, по която България е държава съдоговорителка.

При очертаване на приложното поле на Регламент (ЕС) 650/2012 и по-скоро на тези правоотношения, които са изключени от обхвата му, заслужава да се обърне внимание на Решение на Съда на ЕС по дело C-565/2016 Saronoro. Предмет на делото е отказ от наследство от непълнолетен наследодател чрез неговите родители. Съдът на ЕС в решението си от 19 април 2018 г. приема, че молбата, подадена от родителите от името на тяхното ненавършило пълнолетие дете за разрешение да се откаже от наследство, е свързана с гражданското състояние и дееспособността на лицето и не се отнася до наследственото право (т. 18 от Решението). Като се позовава и на вече разглежданото Решение по дело C-404/2014 Matousova, Съдът на ЕС определено следва вече възприетата линия за изключване изцяло на отношенията родители – деца от тези по наследяването, независимо че последните се разглеждат във връзка с наследяване.

От становището на Съда на ЕС, изразено в посочените по-горе решения, е видно, че Съдът на ЕС се придържа към тезата, че дори и когато семейните правоотношения са свързани с наследяването, не само приложимото право, но и компетентността ще се определят в съответствие с нормативните актове, приложими за семейните правоотношения. По този начин се парира forum shopping и се осуетява възможността за заобикаляне на приложимото право към преюдициалните правоотношения, чрез което заобикаляне би могло да се влияе върху наследствените права. Така изборът на съд от наследниците по реда на членове 5 и 6 от Регламент (ЕС) 650/2012 трудно би повлиял на решаването на преюдициалните въпроси. Разбира се, остават твърде много нерешени области за приложимото право към семейните правоотношения в международното частно право на ЕС, което може да доведе до определяне по различни критерии на приложимото право към даден род правоотношения: така например приложимото право към произхода, към припознаването, качеството съпруг или партньор при фактическо/регистрирано съжителство и т. н.

Отново подчертавам, че в посочените решения на Съда на ЕС става дума за правоспособността, дееспособността на лицето да приеме или се откаже от наследство – изключението, предвидено в член 1, параграф 2 от Регламент (ЕС) 650/2012, докато способността за наследяване и определяне на бенефициерите попада в обхвата на Регламент (ЕС) 650/2012 (член 23).

Тук бих искала да отбележа и твърде деликатните въпроси за семейните имуществени отношения. Наследствената маса при смърт на съпруг/съпруга зависи до голяма степен от режима на имуществените отношения между съпрузите, приложимото право към които се определя от международното частно право на сезирания съд. Въпросите, свързани с режима на съпругеските имуществени отношения са изключени изцяло от обхвата на Регламент (ЕС) 650/2012 (член 1, параграф 2, б. г). Към изключенията се отнасят и брачните договори (съображение 12). Следователно компетентността на съда по спор относно съдържанието и ха-

рактера на съпругеските имуществените отношения, макар и пряко свързан с наследяването (особено като имаме предвид посоченото Решение на Съда на ЕС по дело C-294/2015 *Mikolajczyk*) няма да се определя по реда на Регламент (ЕС) 650/2012. Понастоящем иск с предмет имуществени отношения между съпрузи би могъл да бъде съединен с иск за наследство само ако българският съд като съд на държавата по обичайното местопребиваване на наследодателя към момента на неговата смърт е такъв и по обичайното местопребиваване или гражданството на единия от съпрузите съгласно чл. 8 във връзка с чл. 7 от Кодекса на международното частно право (КМЧП).

След 29 януари 2019 г. в държавите членки започва да се прилага Регламент (ЕС) 2016/1103 на Съвета за изпълнение на засилено сътрудничество в областта на компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на решения по въпросите, свързани с имуществения режим между съпрузи и Регламент (ЕС) 2016/1104 на Съвета за изпълнение на засилено сътрудничество по същите въпроси в областта на имуществените последици на регистрираните партньорства. В член 4 и на двата регламента относно имуществените отношения между съпрузи и лица с регистрирано партньорство се съдържа изрична норма, според която, когато съд на държава членка е сезиран с въпроси, свързани с наследяване на съпруг съгласно Регламент (ЕС) 650/2012, съдилищата на тази държава са компетентни да се произнасят и по въпросите, свързани с имуществения режим между съпрузите, възникващи във връзка с въпросното дело по наследяване.

В случай че преди 29 януари 2019 г. е сезиран български правоприлагащ орган, приложимото право към имуществените отношения ще бъде определено съгласно чл. 79 КМЧП, ако страните не са избрали приложимо право по силата на чл. 80 КМЧП. С Определение по дело C-67/17 *Илиев* по повод преюдициално запитване от Районен съд – Варна, Съдът на ЕС приема, че след развод спорът за делба на имущество, придобито по време на брака е в обхвата на имуществени правоотношения между съпрузи, произтичащи пряко от брачното правоотношение или от неговото прекратяване. При промяна на обичайното местопребиваване или на гражданството на съпрузите и при липса на изрична темпорална привръзка, мисля, че приложимото право към имуществените отношения ще бъде определено към момента на прекратяване на съпругеската имуществена общност. Прилагането на националното международно частно право към имуществените отношения между съпрузите няма да бъде изцяло изместено от посочените по-горе регламенти за приложимо право към имуществения режим между съпрузи или регистрирани партньори. Съгласно член 69 от всеки един от регламентите за имуществените отношения, разпоредбите за приложимото право се прилагат само за съпрузите, сключили брак след 29 януари 2019 г. или регистрирали своите партньорства след тази дата. От обхвата на посочените по-горе регламенти са изключени въпросите във връзка с наследяване на съпруг. При всички случаи ще съществуват проблеми за еднаквото прилагане на актовете на ЕС във връзка с квалификацията, което ще наложи тълкувателна дейност на Съда на ЕС, тъй като различните правни системи по различен начин квалифицират правата на преживелия съпруг – те се намират на границата на семейното и наследственото право. При всички случаи квалификацията при прилагане на нормите на регламентите

ще следва да се извършва по автономни критерии с цел тяхното еднакво прилагане. Прилагането на различни правни системи към имуществените отношения между съпрузите и към наследяването може да доведе до неблагоприятни резултати: или прекалено голяма защита или липса на такава.

3. Първото решение, с което се дава тълкуване на конкретни разпоредби на Регламент (ЕС) 650/2012, а не само разграничение на приложното поле, е Решението на Съда на ЕС по дело C-218/2016 Kubicka, постановено на 12 октомври 2017 г. Преюдициалното запитване, отправено до Съда на ЕС, е за тълкуване на изключенията, предвидени в член 1, параграф 2, букви к) и л). Съгласно тези текстове от обхвата на Регламент (ЕС) 650/2012 са изключени въпросите относно естеството на вещните права, както и вписванията в регистър на права върху недвижими имоти или движима собственост. Съгласно член 31 от Регламента, когато дадено лице се позове на вещно право, което притежава съгласно приложимото право към наследяването, а правото на държавата членка, в която става позоваването, не познава въпросното вещно право, последното, доколкото е възможно, се адаптира към най-близкото равностойно вещно право съгласно законодателството на тази държава.

Както се посочва в Заключението на Генералния адвокат Bot по дело C-218/2016 Kubicka, предмет на делото е „изключително деликатният въпрос за границата между обхвата на приложимото право към наследяването и приложимото към вещта право“. По своята същност наследяването има за последица прехвърляне на права, включително и вещни права върху недвижими имоти. В рамките на ЕС в нито един момент не е имало идея за хармонизиране на международното частно право относно вещните права върху недвижими имоти; различията в националните законодателства на държавите са твърде съществени в тази област. Независимо от това, почти във всички национални законодателства е приета привръзката *lex rei sitae* като приложим закон относно вида и обема на вещните права, които се придобиват върху движими и недвижими вещи. Прилагането на този критерий за определяне на приложимото право особено ревностно се поддържа относно недвижимите имоти и това се потвърждава от обстоятелството, че до приемането на Регламент (ЕС) 650/2012 приложимото право към наследяването на недвижими имоти в редица държави беше правото на държавата по местонахождението на недвижимия имот (в този смисъл и чл. 89, ал. 2 на българския КМЧП; такава е привръзката към наследяването на недвижими имоти във Великобритания). Вещноправният режим включва редица отделни моменти: възникване на вещните права, прехвърлянето на вещни права, видовете вещни права, съдържанието на вещните права, действието на вещните права по отношение на лицата – *inter partes* или *erga omnes*. Въпросът който се поставя кой от тези елементи на вещноправния статут попада в изключението на член 1, параграф 2, буква к) от Регламент (ЕС) 650/2012, т. е. как следва да се квалифицира използваното понятие „естество на вещните права“ и оттам по отношение на кои елементи няма да се прилагат разпоредбите на Регламент (ЕС) 650/2012. Придобиването на вещни права може да стане с различни способности – чрез сделка, давностно владение, както и чрез такива способности, които са присъщи на други правни сфери, включително и наследяване. Регламентът урежда приложимото право именно при придобиване на права по пътя на наследяването, включително и придобиване на

вещни права върху недвижими имоти. Съгласно член 23, параграф 2, б. д) от Регламента в обхвата му се включва прехвърлянето на наследниците и според случая – на заветниците, на активите, правата и задълженията, съставляващи наследството. Това се потвърждава и от съображение 15, според което Регламентът следва да даде възможност за създаване или прехвърляне чрез наследяване на право върху недвижима или движима собственост, както е предвидено в приложимото към наследяването право. Следвайки логиката на разпоредбите, приложимото право към наследяването, определено по силата на Регламента, би следвало да урежда и начините на прехвърляне на вещни права при наследяване по закон или завещание.

Предмет на националното производство, във връзка с което е направено преюдициалното запитване по дело C-218/2016 Kubicka, е отказът на полски нотариус да състави нотариално завещание съгласно полското право, с което завещателят, който има обичайно местопребиваване в Германия, завещава на своя съпруг своята идеална част от имот, намиращ се в Германия (т. нар. виндикационен завет, който по материалноправни предпоставки не се различава от завета, извършван в нотариална форма съгласно чл. 24 във връзка с чл. 16, ал. 2 от българския Закон за наследството). Отказът на полския нотариус, съответно обжалван пред компетентния полски съд, се аргументира с обстоятелството, че виндикационният завет има пряко вещно действие, което е в разрез с германското законодателство и практика. Според полския нотариус този завет като основание за придобиване на правото на собственост върху идеална част от недвижим имот, намиращ се в Германия, не би могъл да се впише в германския имотен регистър; вписване в последния съгласно немското законодателство можело да се извърши само въз основа на нотариален акт, съдържащ договор между наследниците и заветника за прехвърляне на собствеността върху недвижимия имот. Завещателката – полска гражданка на основание член 22 от Регламент (ЕС) 650/2012 избира за приложим полския Закон за наследството. Полският съд, пред който е обжалван отказът на нотариуса, изпитва съмнения относно тълкуването на член 1, параграф 2, букви к) и л), във връзка с което иска тълкуване от Съда на ЕС относно това дали посочените по-горе разпоредби допускат отказ да се признаят вещноправните последици на предвидения в приложимия наследствен закон виндикационен завет относно правото на собственост върху недвижим имот с местонахождение в държава членка, чието право не познава пряко вещно действие на такъв завет.

На първо място, Съдът на ЕС изрично посочва в Решението (т. 38), че независимо от обстоятелството, че наследството не е открито, поставеният въпрос е свързан с прилагането на Регламента. Съдът се позовава на съображение 7, съгласно което целта на Регламента е гражданите да организират предварително въпросите на своето наследство. Следва да се определи дали законът по местонахождение на недвижимия имот, който не познава начина на прехвърляне на вещно право чрез завет, но познава самото вещно право (право на собственост върху идеална част) може да бъде основание за отказ да се признаят вещноправните последици на виндикационния завет, при който с откриване на наследството вещните права преминават върху заветника, без да са необходими други правни действия. Или, казано с други думи, доколко последиците от приложимия закон към

наследството могат да бъдат ограничени от закона по местонахождение на вещта. Като основава изводите си на член 23, параграф 1 от Регламента, на съображение 37 за това, че приложимото право следва да урежда наследяването като цяло, т. е. цялото имущество, както и на обяснителния меморандум към предложението за регламент, Съдът на ЕС приема, че разпоредбата на член 1, параграф 2, буква к) се отнася до класификация на вещите и вещните права, съществуването и броя на вещните права в правния ред на държавите членки. Виндикационният завет по полското право засяга единствено начина на прехвърляне на това вещно право при смъртта на завещателя а не видът на вещното право. Начините на прехвърляне на вещни права при наследяване не попадат в изключението по член 1, параграф 2, буква к), при което държавата членка по местонахождение на имота не може да откаже признаването на вещните последици, породени от завета в момента на откриване на наследството по силата на изборния от завещателя наследствен закон съгласно Регламента (т. 51).

От Решението на Съда на ЕС по дело C-218/2016 Kubicka може основателно да се заключи, че правата на титулярите на вещните права (съдържанието на правото на собственост, абсолютният характер на вещното право и др.) попадат в понятието „естество на вещните права“ и ще се определя от правото на държавата по местонахождение на недвижимия имот. Този извод се основава и на разпоредбата на член 31 от Регламента, който не разрешава на държавата членка да не признае действието на вещни права, които са придобити по силата на наследяването съгласно приложимото към последното право, независимо от това, че този вид вещни права са ѝ непознати, а е длъжна да го адаптира към познатото по нейното законодателство най-близко вещно право.

Член 1, параграф 2, б. д) от Регламента съдържа още едно изключение от обхвата на Регламента, т. е. от приложимото право към наследяването – вписването в регистър на права върху недвижими имоти, включително правните изисквания за такова вписване и последиците от вписването на правата в регистър. Както се посочва в Заключението на Генералния адвокат Bot по дело C-218/16 Kubicka въпросът е дали горепосоченото изключение може да ограничи действието на приложимия закон към наследяването (спрямо обхвата му, посочен в член 23, параграф 1, б. д) по отношение на прехвърлянето на вещта. Съображение 18 посочва, че правото на държавата, в която се води регистърът (за недвижимата собственост това е *lex rei sitae*) определя правните условия и начина на извършване на вписването, органите, водещи регистрите. Последиците от вписването – дали то има конститутивно или декларативно действие, моментът на придобиването, действието на вписването по отношение на лицата също се определя по правото на държавата, където се води регистърът (съображение 19).

В т. 60 от Заключението Генералният адвокат Bot изразява категорично становище за това, че изискването за вписване не може да бъде условие за придобиване на вещното право, като подчертава, че изключението следва да се разглежда в съчетание с принципа за единство на приложимия наследствен закон така, както е определено в член 23, параграф 2, б. д) от Регламента. В решението си Съдът на ЕС аргументира задължението на всяка държава членка да признае вещните последици на завета, независимо дали е познат на нейната правна сис-

тема. В подкрепа на горното е и действието на европейското удостоверение за наследство, закрепено в член 69 от Регламента. Смисълът на цялата общностна уредба сочи на това, че никоя държава членка не може да откаже вписване на придобити вещни права върху движими или недвижими вещи въз основа на наследяване, ако съответното удостоверение/акт е издаден от компетентен орган на държава членка. Допълнителните изисквания и проверката, която органът по вписването може да осъществява, не засяга съдържанието на удостоверяването, а следва да се свеждат до предоставяне на допълнителна информация или допълнителни документи.

4. Тълкуването на изключението по член 1, параграф 2, б. г) – семейните имуществени отношения – е предмет на Решението по дело C-558/2016 Mankopf постановено на 1 март 2018 г. Преюдициалният въпрос, който е поставен по дело C-558/16 Mankopf се отнася до правата на преживелия съпруг – институт, който се квалифицира по различен начин в правните системи на различните държави, както беше посочено и в началото. Иска се от съда да направи разграничение между обхвата на наследственоправната уредба и тази на уредбата на имуществените отношения между съпрузите. Отправеното запитване е свързано с разпоредба на националното право на Германия (германският съд е запитващата юрисдикция) – чл. 1371 § 1 от BGB, който текст урежда въпроси, свързани с имуществените отношения между съпрузи след смъртта на един от съпрузите чрез увеличение на наследствения дял на преживелия съпруг по силата на закона. Съпрузите са немски граждани и наследодателят е имал обичайно местопребиваване в Германия към момента на смъртта. Преживелият съпруг е подал молба за издаване на европейско удостоверение за наследство, което да му послужи в Швеция във връзка с право на собственост на наследодателя върху недвижим имот, като съпругата на починалия прави искане в удостоверението за наследство да се впише, че получава една четвърт от наследството, определена съгласно немското право за имуществените отношения между съпрузите.

В заключението на Генералния адвокат Szpunar се изтъква, че квалифицирането на разпоредбата на чл. 1371 BGB като разпоредба, попадаща в обхвата на имуществените отношения между съпрузи или в обхвата на наследственоправните въпроси, е предмет на дискусия в немската теория и съдебна практика. Сочат се редица решения, в които немският съд приема, че разпоредбата на чл. 1371 BGB е норма уреждаща имуществените отношения и се прилага независимо от приложимото право към наследяването. В подкрепа на поддържаната теза се посочва, че чл. 1371 BGB цели прекратяване режима на имуществена общност, а не разпределение на имуществото на наследодателя; режимът на имуществени отношения между съпрузите поражда последици не само по време на брака, но и при неговото прекратяване, включително и при смърт на единия от съпрузите; с разпоредбата се извършва разпределение именно поради прекратяване на семейните имуществени отношения поради смърт на съпруг (законовият режим на имуществените отношения между съпрузите в Германия е разделност). Правилата за уреждане на сметките, които се прилагат при прекратяване на имуществената общност приживе, не винаги са приложими, когато имуществената общност се прекратява поради смърт на единия от съпрузите, в който случай преживелият

съпруг получава една четвърт от имуществото на наследодателя, независимо дали нещо е придобито по време на брака или не. Стига се дотам, че „преживелият съпруг“ не се квалифицира като наследник, а като такъв, който има само право на наследяване.

Особена полза за практиката има разграничението, което се прави в Заключението на Генералния адвокат Szpunar, на приложното поле на Регламент (ЕС) 650/2012 и Регламент (ЕС) 2016/1103 относно приложимото право към имуществените отношения между съпрузите. В обхвата на Регламент (ЕС) 2016/1103 попадат всички гражданскоправни аспекти на имуществения режим между съпрузите, включително и прекратяването на режима в резултат на смъртта на единия от съпрузите (съображение 18). Същевременно от приложното поле на Регламент (ЕС) 2016/1103 е изключено наследяването на починалия съпруг (член 1, параграф 2, б. г). Следователно разпоредбите на Регламент (ЕС) 2016/1103, както посочва Генералният адвокат Szpunar, ще се прилагат за въпросите, свързани с определянето на имуществените права, които следва да се включат в наследството, но не и за преценка на правата на преживелия съпруг върху елементите, които вече са включени в наследството: например, ако съпрузите са обвързани в режим на имуществена общност, то въз основа на приложимото право по Регламент (ЕС) 2016/1103 ще се определи дали дадено имущество, придобито по време на брака, е станало част от общото имущество (т. 77 от Заключението). Норма обаче, с която се цели извършване на подялба на вещите на починалия, попада в обхвата на приложимото право относно наследственоправния статут.

Като възприема в основната си част изводите от Заключението на Генералния адвокат Szpunar, Съдът на ЕС в Решението си по дело C-558/2016 Mankopf приема, че нормите относно правата на преживелия съпруг (от типа на тази на чл. 1371 BGB) определят размера на наследствения дял.

В Решението на Съда на ЕС по дело C-558/16 Mankopf и аргументите, изложени както в мотивите на Решението, така и в Заключението на Генералния адвокат, се прави сполучлив опит да се даде разрешаване на един доста труден и предизвикващ проблеми въпрос при прилагане на общата уредба на ЕС – въпросът за квалификацията на институтите и на правоотношението – предмет на спора. В съвременното развитие на основните институти на международното частно право, какъвто е институтът на квалификацията, при европеизацията на източниците на международното частно право, автономната квалификация от Съда на ЕС е основен момент. Чрез тази квалификация на практика се преодоляват противоречията между квалификацията *lege fori* и *lege causae*, като дадената от Съда на ЕС квалификация при прилагане на актовете на ЕС е задължителна за съдилищата на държавите членки. Както основателно се отбелязва в литературата, „този тип квалификация има връзка със защитаваната в миналото идея от Рабел, според който стълкновението на квалификации може да бъде преодоляно като се избегнат отделните категории на закона на съда и им се придаде универсален характер“. Освен това все по-често квалификацията се премества на нивото на компетентността във връзка с правилата на специалната компетентност. Не би следвало да има разлика в обекта на квалификацията при стълкновението на юрисдикции и стълкновението на закони. Правната категория, в която да бъдат вменени факти-

ческите обстоятелства нито е само процесуален, нито е само материалноправен въпрос, а по-скоро е съществен от гледна точка на международното частно право – става дума за „материален резултат, който се преследва от ищеца“.

5. С последното Решение на Съда на ЕС от 21 юни 2018 г. (дело C-20/17 Oberle) по тълкуването на Регламент (ЕС) 650/2012 се дава отговор на въпросите свързани с компетентността на съда на държава членка да се произнесе по наследяването като цяло, включително и при издаването на национално удостоверение за наследници. Става дума за стълкновение между национална уредба относно териториална компетентност на съд при наследствени дела с международен елемент и разпоредбите на Регламент (ЕС) 650/2012 г. В Решението е анализиран широко и един от въпросите с особен практически интерес при прилагането на Регламент (ЕС) 650/2012 – Европейското удостоверение за наследство. Въпросът за ефективността, съдържанието и правните последици от вписването на европейското удостоверение за наследство е обсъден и в Заключението на Генералния адвокат Szpunar по разглежданото вече дело C-558/16 Mankopf, чиито изводи заслужават също да бъдат обсъдени.

Регламентът съдържа две групи разпоредби относно възможността за движение на документи в областта на наследяването в рамките на ЕС – автентичните актове и европейското удостоверение за наследство. Разбира се, тези разпоредби, както и нормите на целия регламент се отнасят за наследяване с международен елемент така, както беше посочено по-горе.

Тук няма да се спирам подробно на доказателствената и легитимационна функция на европейското удостоверение за наследство, както и на неговите правни последици, които са били предмет на обсъждане освен в обилната чуждестранна литература и в българската правна книжнина. Само ще подчертая, че доказателствената сила на европейското удостоверение за наследство важи само за елементите на наследствените правоотношения, които са обхванати от Регламента съгласно член 23 и членове 24–28 от Регламента и от приложимото към наследяването право – правото на държавата по обичайното местопребиваване на наследодателя към момента на смъртта. Все пак, от текста на член 68, б. 3) от Регламента може да се направи извод, че в европейското удостоверение за наследство могат да бъдат включени и други данни, които не попадат в приложното поле на Регламента (т. 113 от заключението на Генералния адвокат Szpunar по дело C-558/2016 Mankopf), които биха били полезна информация по въпроси, свързани с наследството, но не биха имали тази доказателствена сила, които имат тези, обхванати от приложимото право към наследяването. Този извод се потвърждава и от съображение 71 от Регламента: европейското удостоверение за наследство не е изпълнителен титул, а „следва да притежава доказателствена сила с презумпцията, че посочва точно елементите, които са предвидени в приложимото към наследяването право“.

След като европейското удостоверение за наследство се признава и използва във всички държави членки, би следвало да се отговори на въпроса въз основа на кои правни норми следва да бъде преценен ефектът на вътрешното удостоверение за наследство. Именно поради въвеждането на единни стълкновителни норми относно приложимото право към наследяването и по силата на самите разпоредби на Регламента европейското удостоверение за наследство има посочени-

те в Регламента функции и последици във всяка една държава членка. Все пак, това удостоверение, въпреки своето действие, не е „наднационално“, тъй като по своето съдържание то е основано на националното право на компетентната юрисдикция, издадено е от компетентен орган на държава членка (у нас по силата на чл. 627 е от Районния съд по „последния адрес“ на починалия), удостоверява съответните елементи на наследственото правоотношение според правото на дадена държава, но по силата на Регламента се признава във всяка една държава членка. Не би могло да се приеме, че ако заявител за европейското удостоверение за наследство е лице, което има обичайно местопребиваване в държава членка, различна от тази на обичайното местопребиваване на наследодателя и на местонахождението на цялата наследствена маса, този заявител няма интерес от издаване на европейско удостоверение за наследство – възможно е в наследственото имущество да се включват различни права, вземания, движими вещи, при което заявителят би имал интерес от издаване на европейското удостоверение за наследство. Правният характер на европейското удостоверение за наследство остава спорна; сякаш единствено безспорно е обстоятелството, че това е нов инструмент, предвиден в правото на ЕС, и има самостоятелна правна уредба; дали този акт е „решение“ или „автентичен акт“ по смисъла на Регламента остава спорно, но изясняването на този въпрос едва ли е необходимо, тъй като в самия Регламент е определено правното действие на европейското удостоверение по отношение на лицата и правните последици от издаването му. За разлика от решенията и автентичните актове, европейското удостоверение за наследство не подлежи на признаване – то е признато по силата на Регламента. Българските съдилища вече имат практика по издаване на европейското удостоверение за наследство, като съдят се произнася с решение относно издаването на удостоверението въз основа на чл. 537 ГПК (решения на Софийски районен съд от 31.1.2018 г. по гр. д. 17383/2017 г., Решение на СРС от 25.8.2017 г. по гр. д. 61937). В охранителното производство по издаване на удостоверението заинтересованите лица доказват обичайното местопребиваване на наследодателя в България към момента на неговата смърт; що се отнася до задължението за уведомяване на бенефициерите съгласно член 66, параграф 4 от Регламента се използва практиката за публикуване на съобщение в неофициалния раздел на „Държавен вестник“ и на сайта на съда, с което, според мен, се осъществява една формална процедура, която не отговаря на смисъла на нормата на член 66, параграф 4 и едва ли води до целения резултат. В повечето случаи бенефициерите са известни, те са посочени заявлението и би следвало уведомяването да е конкретно.

Съгласно член 62, параграфи 2 и 3 от Регламента използването на европейското удостоверение за наследство не е задължително и с неговото издаване не се заменят вътрешните документи, използвани за сходни цели от държавите членки. Следователно и при наследяване с международен елемент националните актове продължават да имат действие. Регламентът обаче съдържа императивни норми относно компетентността относно наследяването. Попадат ли вътрешните документи, т. е. националните удостоверения за наследство в приложното поле на Регламента с оглед компетентността на органите на държавите членки по наследствени дела и в кои случаи? Как следва да бъдат квалифицирани тези национални

удостоверения по смисъла на Регламента (представяват ли „решение“ по смисъла на член 3, параграф 1, б. ж) с оглед тяхното движение в рамките на ЕС при наследяване с международен елемент? На тези въпроси до голяма степен отговор се съдържа в Решението на Съда на ЕС по дело C-20/2017 Oberle.

Разпоредбата на член 62, параграф 3 не изключва възможността националните удостоверения за наследство да бъдат обхванати от Регламента. Съгласно съображение 69 от Регламента лицата следва да имат „свободата да използват другите инструменти, които са на тяхно разположение съгласно настоящия Регламент“. В Заключението си по дело C-20/17 Oberle Генералният адвокат Szpunar обосновава извода, че с националните удостоверения за наследство могат да се постигат същите цели, както и с европейското удостоверение за наследство, поради което те не са изключени от обхвата на Регламента. Този извод е възприет и в Решението на Съда на ЕС по дело C-20/17 Oberle (т. 30): член 1, параграф 2 от Регламента изброява различни въпроси, които са изключени от приложното поле на Регламента, сред които изключения не фигурира нито националното удостоверение за наследство, нито свързаните с него процедури.

Спорът в главното производство пред Висшия областен съд – Берлин, във връзка с който е отправено преюдициалното запитване, е по повод отказ на компетентния съд да издаде национално удостоверение за наследство на френски гражданин – наследник относно наследствено имущество, намиращо се в Германия от наследодател – френски гражданин с обичайно местопребиваване във Франция към момента на смъртта му. Безспорно е, че става дума за наследствено дело с международен елемент. Съгласно немското право (Законът за производствата по семейни и охранителни дела от 2008 г. и Законът за международното наследствено право с изменението от 2015 г.), ако към момента на смъртта си наследодателят не е имал обичайно местопребиваване в Германия, компетентен съд за издаване на удостоверение за наследство е районният съд в Берлин, ако наследодателят е германец или в Германия се намира наследствено имущество. Това национално удостоверение за наследство съгласно немското право се издава в охранително производство.

Член 4 от Регламента определя обща компетентност на съдилищата на държавите членки по наследяване, докато член 2 предоставя на националните законодателства разпределението на компетентност на национално равнище. Според Съда на ЕС, правилото на член 4 от Регламента следва да се прилага към всички производства в областта на наследяване с международен елемент, които се развиват пред държавните съдилища на държава членка, независимо дали става дума за национално удостоверение или за европейско удостоверение за наследство. В охранителното производство се осъществява удостоверяване на факти и решението няма сила на пресъдено нещо. Определението на понятието „съд“ по член 3, параграф 2 от Регламента обхваща „всички съдебни органи“, както и всички други органи и правни специалисти, притежаващи компетентност в областта на наследяването. Това тълкуване се подкрепя и от съображение 20 към Регламента. В същото време, видно от съображение 20 към Регламента, понятието „съд“ не обхваща извънсъдебните органи на държавите членки, които по силата на националното право са оправомощени да се занимават с въпросите на насле-

дяването, ако те не осъществяват съдебни функции. Като взема предвид и разпоредбата на член 13 от Регламента, който определя за компетентен съдът по обичайното местопребиваване на всяко лице, което съгласно приложимото към наследяването право (правото на държавата по обичайното местопребиваване на наследодателя към момента на смъртта) може да приема изявления във връзка с наследството, включително отказ от наследство, запазена част или изявления относно ограничаване на отговорността на съответното лице по отношение на задълженията за наследственото имущество, Съдът на ЕС приема, че националните удостоверения за наследство не са изключени от обхвата на Регламента и е релевантен въпросът дали това удостоверение се издава от националния съд в спорно или безспорно производство. Прилагането на националното право, за да се определи общата компетентност на съдилищата на държавите членки за издаване на национални удостоверения за наследство, би противоречало на целите на Регламента, както и на необходимостта да се осигури съвместимост между нормите за компетентност и за приложимо право (т. 52 от Решението на Съда на ЕС). Както отбелязва Генералният адвокат Szpunar в Заключението си (т. 107) желанието на европейския законодател е за недопускане на противоречия за всички инструменти, които имат значение за уреждането на наследства с международен елемент, включително и тези, издавани от извънсъдебни органи. Като се има предвид и обстоятелството, че съществуват въпроси, които имат отношение към наследяването и които не се обхващат от приложимото право към наследяването, липсата на една и съща компетентност на органите на държавите членки относно издаване на национални удостоверения може да доведе до положение, при което органите на различни държави да издадат противоречащи помежду си инструменти, служещи за уреждане на едни и същи наследствените правоотношения.

Като следваме тълкуването на Съда на ЕС в горепосоченото решение и имаме предвид и българската законодателна уредба, следва да се направи преценката дали издаваното в България национално удостоверение за наследство представлява „решение“, издавано от „съдебен орган“ по смисъла на Регламента. Ако това е така, то компетентността на българските органи ще се определя по реда на Регламента (само ако обичайното местопребиваване на наследодателя към момента на неговата смърт е било в България). Ако националното удостоверение за наследство представлява „автентичен акт“, то българските органи не са обвързани от правилата за компетентност по Регламента. Както беше посочено по-горе и съгласно Решението на Съда на ЕС, за да попадне в обхвата на Регламента националното удостоверение за наследство следва да бъде издадено от съд (независимо дали в състезателно или охранително производство) или от извънсъдебен орган, който упражнява съдебни функции или е натоварен с осъществяването на такива функции или действия под контрола на съдебен орган. Понятието „решение“ което се използва в Регламента, е различно от понятието „решение“ на съд по смисъла на Регламент „Брюксел Ia“ и това разграничение е направено сполучливо в Заключението на Генералния адвокат Szpuner (т. 73–76 от Заключението): решение по смисъла на член 3, параграф 1, б. ж) от Регламент (ЕС) 650/2012 може да бъде издадено и от извънсъдебен орган.

6. Удостоверението за наследници според действащото българско право „представлява удостоверение административен акт, издаден от общинската администрация на основание чл. 24, ал. 2 от Закона за гражданската регистрация, с който се удостоверяват факти с правно значение“. Съдържанието на удостоверението за наследници, както и отказът за издаването му, като административен акт, удостоверяващ факти с правно значение, подлежи на обжалване по административен ред. Няма противоречие в българската съдебна практика, че удостоверението за наследници, издадено от компетентния орган в кръга на службата му в установената от закона форма и ред представлява официален документ, което би следвало да го постави в обхвата на автентичните актове, които подлежат на изпълнение по реда на член 59 и сл. от Регламента, при което българският орган не е обвързан от правилата за компетентност по Регламента. Ако обаче заинтересованото лице установи правата си по чл. 542 и сл. от ГПК в охранително производство, решението на съда, с който се установява факта, ще бъде по смисъла на Регламента „решение“ и българският съд ще е компетентен да постанови такъв акт само при условие, че наследодателят е имал обичайно местопребиваване в България към момента на неговата смърт (без значение гражданството и обичайното местопребиваване на наследниците – заинтересовани лица).

Въпросът за автентичните актове е предмет на оживен дебат още от процеса на създаване на Регламента. И понастоящем поредното висящо дело, образувано във връзка с преюдициално запитване на полски съд (дело C-658/2017 WB) е свързано с тълкуването на понятието „автентичен акт“ и „решение“ по смисъла на член 3, параграф 1, букви ж) и и) във връзка с наследяването – става дума за съставен от нотариус акт за удостоверяване на наследствени права, който акт поражда правните последици на влязло в сила съдебно определение и представлява национален правен инструмент, удостоверяващ качеството на наследник. Определението за автентичен акт се съдържа в член 3, параграф 1, б. и) от Регламента. Става дума само за актове, съставени или регистрирани в държава членка. Признаването в България действието на автентични актове, съставени или регистрирани в трети държави, в областта на наследяването, ще се извършва по реда на чл. 123 КМЧП. Целта един акт да бъде квалифициран като „автентичен“ по смисъла на Регламента е да му се признае в друга държава членка същата доказателствена сила, която има този акт в държавата по произход. Автентичността на акта по силата на член 3, параграф 1, б. и) засяга подписа и съдържанието на акта. По отношение на подписа (официален документ) е премахнато изискването за каквато и да био легализация (член 74 от Регламента). Изискването за автентичност по отношение на съдържанието на акта предполага компетентният орган да е осъществил определен контрол относно направените изявления и декларации от страните, като публичният орган носи отговорност за съдържанието (Решение на Съда на ЕС по дело C-260/97 Unibank). Не е необходимо автентичният акт да е изпълнително основание.

Що се отнася до действието на автентичните актове, включително и на българските национални удостоверения за наследството, както и на регистрирани от нотариусите действия, то следва да се обърне внимание, че Регламентът не съдържа разпоредба за „признаване“, а за „приемане“ на автентичните актове: ре-

дица автори свързват автентичните актове с тяхната валидност, която е на плоскостта на приложимото право, а не на конфликта на юрисдикции. Основният принцип е „разширяване“ на доказателствената сила на автентичния акт въз основа на член 59 от Регламента или по-скоро, както се твърди в литературата – на процесуалните последици, които притежава, т. е. възможността този автентичен акт да се използва като доказателство в други производства или за установяване на определени фактически обстоятелства при защита на граждански права. Доказателствената сила на автентичния акт при преценката му от органа на приемащата държава, е такава, каквато тя е определена от държавата по произход на акта. Националното право на държавата по произход на акта определя кои елементи от съдържанието му се ползват с доказателствена сила. За нуждите на Регламент (ЕС) 650/2012 това е изрично потвърдено в съображение 61. В същото време съгласно член 59 от Регламента приемащата акта държава има правото да му придаде сравнимо в приемащата държава действие на това, което актът има в държавата по произход тогава, когато приемащата държава не познава институтите или последиците, предвидени за този акт в държавата по произход. Това дава право на приемащата държава до известна степен да промени действието на автентичния акт, без тази възможност да води до съществено изменение или до отричане на неговата доказателствена сила. Член 59 от Регламента не налага и не изисква ограничаване на доказателствената сила на чуждестранните автентични актове от приемащата държава в сравнение с тези, издавани по нейното национално право. Отказът от приемане на акта може да се основава единствено на съображение за обществен ред. Отново подчертаваме, че доказателствената сила на автентичния акт се отнася до елементите и фактите, съдържащи се в него, а не до правата и задълженията, които могат да произтичат от фактическите обстоятелства, установени с автентичния акт.

Какво би станало, ако са представени в приемащата държава два несъвместими автентични акта – например две завещания, които имат противоречиво съдържание? В случая не се касае до доказателствената сила на автентичния акт, а до неговото съдържание.

Мисля, че отговор на този въпрос дават член 59, параграфи 3 и 4 от Регламента и това противоречие ще се реши в съответствие с приложимото право към наследяването. По аналогия бихме могли да приложим и разпоредбата на член 40, букви в) и г) относно основанията за отказ от признаване, на който текст се позовава и съображение 66 при несъвместимост между съдебно решение и автентичен акт.

Приемащата държава не осъществява контрол върху компетентността на органите, издали автентичния акт в държавата по произход. И все пак в областта на наследяването остава да бъде разрешен въпросът дали нотариусът или публичният орган, издал автентичния акт не действа като „съдебен орган“ по силата на член 3, параграф 2 от Регламента. И тогава следва да е спазена компетентността, предвидена в текстовете на Регламента. Поради различията в националните законодателства в областта на актовете по наследяването явно тълкувателната практика на Съда на ЕС е и ще бъде от съществено значение.

Ключови думи

Право на интелектуална собственост, нематериално благо, иновация, нематериален актив, предприятие, производство и търговско използване, трансфер на технологии, лицензиране.

Key words

Intellectual Property Law, Intangible Good, Innovation, Intangible Asset, Enterprise, Production and Commercial Use, Technology Transfer, Licensing.

Assoc. Prof. Veselina Maneva, Ph. D.

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

Associate Professor of intellectual property law, copyright law and trade marks law.

Areas of specialization: intellectual property law, copyright law and trade marks law.

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

Veselina Maneva

Management of Intellectual Property

The article explores the essence of intellectual property by treating it as the main intangible asset of the enterprise. The stages of creation of the industrial property sites, their industrial and commercial realization and their licensing are under analysis. A special place is further devoted to the process of managing intellectual property objects.

Веселина Манева

Управление на интелектуалната собственост

Приетата през 1991 г. Конституция на Република България осигури нова правна уредба, която утвърди защитата на правата и законните интереси на гражданите и на юридическите лица, установи обществени отношения на законност и справедливост и изведе основния принцип на развитие на стопанството – принципът на пазарната икономика. В тази нова общественно-политическа среда основна цел бе изграждането на гражданско общество, пазарно стопанство и демократичен ред. В тази насока се променят и развиват обществените отношения, осигуряващи закрилата на правата на интелектуална собственост. Осъществен бе преходът от централизирано-планирана към пазарна икономика, подкрепящ свободната стопанска инициатива на гражданите. Беше премахнато монополното положение на държавата в управлението на изобретателската дейност и на авторските и сродните права. Едновременно с това се отмени идеологизираната форма на закрила на изобретенията с авторски свидетелства, чрез която те се превръщаха в общодържавна собственост. Закрилата и реализацията на патентованите изобретения и на произведенията на литературата, науката и изкуството се предостави изцяло на техния притежател. Този принцип следва от конституционната норма на чл. 17, ал. 3, според който обектите на интелектуална собственост се считат за частна собственост, която е неприкосновена.

Тези промени обаче поставиха нови предизвикателства за българския творец. От една страна, изобретателят трябваше да заплати таксите, свързани с процедурата по издаване и поддържане на патента в Патентното ведомство, както и да внедри и реализира изобретението на пазара. От друга страна, процесите на масова приватизация и реституция доведоха до унищожаване на редица предприятия и заличаване на някои стопански отрасли, с което голяма част от българските изобретения загубиха възможност за реализация. В тези нови икономически условия първостепенно е значението на преосмисляне ролята на интелектуалната собственост и на умението за нейното управление.

1. Понятие за интелектуална собственост

Понятието „интелектуална собственост“ (ИС) обхваща всички творчески достижения на човешката мисъл, които обективното право признава и защита. Понятието включва и правата, които възникват в полза на техните притежатели. Резултатите от творческата дейност на човека са нематериални, неосезаеми по характер. За да станат те достояние на обществото, необходимо е да бъдат изразени в обективна форма. Така обектите на индустриална собственост – изобретения, полезни модели, отличителни знаци (марки, географски означения, фирмени наименования), дизайни и интегрални схеми се представят в писмена форма – заявление, в установена форма, придружено от описание, изображения, чертежи и се подават в Патентното ведомство. При изобретението, както посочва проф. Кацаров, материализирането му е оформяне на описанието, чертежи, изработване на модел, чрез които то получава веществен израз¹. За разлика от обектите на индустриална собственост, за да се породят авторски права върху произведенията на литературата, науката и изкуството, законът изисква да бъдат изразени в обективна форма, която дава възможност те да бъдат възприети от публиката, за което не е необходима преценката на държавен орган. Формата може да бъде както нематериална – например устна (лекции, плодотворни от съдебни процеси, речи, доклади, рецитал, музикално изпълнение), така и материална, например – писмена форма (книга, писма, дневници), достатъчен е фактът на обективизиране на творческата дейност. От този момент идеята намира конкретен материален израз. Обективизирането на творческата дейност е юридическият факт, който поражда авторското право². Самата творческа дейност е необходима предпоставка за създаването на интелектуалния резултат, но не всяка творческа дейност води до такъв резултат. Творческата дейност на личността намира отражение и в някои конституционни права и свободи на гражданите: свободата на художественото, научното и техническото творчество, свободата на изразяване на мнение, за свободата на мисълта, свободата на печата и средствата за масова информация, правото на достъп до образование и до националните и общочовешки ценности. Тази дейност получава конкретен израз и защита чрез постигнатия творчески резултат.

Всички тези постижения, плод на човешката интелектуална дейност, се определят като нематериални блага. Те представляват обективизирана интелектуална дейност, върху която се признават субективни права³.

Изясняването на тяхната същност и особености е от голямо значение, тъй като те предопределят впоследствие и особеностите на правните отноше-

¹ Вж. Кацаров, К. Материална основа и правна природа на индустриалната собственост. С., 1929, 184 с.

² Таджер, В., Аврамов Л. Авторско право и издателско право върху научни и литературни произведения. Изд. „Наука и изкуство“, С., 1956, 23 с.

³ Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Изд. „Наука и изкуство“, 1973, 157 с.

ния, които поражда⁴. Наред с нематериалните блага като обект на правно отношение в българската правна теория е утвърдено разбирането, че това могат да бъдат вещи, имущество и човешко поведение (действие или бездействие)⁵. Някои автори, като проф. К. Кацаров, определят изобретението, напр. като „нематериална вещь”. Това разбиране служи за изходна точка както на теорията на индустриалната собственост, така и на тая за нематериалното имуществено право⁶.

Същевременно, всички тези нематериални блага имат определена икономическа стойност, реализират печалба и задоволяват определени материални и духовни потребности на своите притежатели и на обществото. Икономическите характеристики на ИС я определят като част от имуществото на търговското предприятие, което е съвкупност от права, задължения и фактически отношения. В счетоводните баланси тя се посочва като дълготраен нематериален актив. Тези права включват само остойностените имуществени права, но не и личните, неимуществени права. Във връзка с това се поставя въпросът: може ли името на физическо или юридическо лице като търговско наименование или като част от търговска марка, или друг обект на ИС, да е част от имуществото на предприятието. Отговорът, безспорно, е положителен. В тази хипотеза е необходимо да се прави разлика между името на лицето като обект на ИС и упражняване правото на име, което е лично, непрехвърлимо и ненаследимо право.

Споделяйки становището, че продуктите на интелектуалния труд са вид стока на иновационния пазар, българският законодател е определил в чл. 1, ал. 1, т. 12 от Търговския закон „сделките с интелектуална собственост” като разновидност на търговската дейност, упражняването на която квалифицира едно лице като търговец. Това, което ги обединява, е характерът на предмета на сделките – права върху нематериални блага [*iura in re intellectuali*]⁷. Част III ТЗ в глава 35 урежда лицензионния договор, като го квалифицира като търговска сделка. Под „сделки с индустриална собственост” законодателят в чл. 587 посочва всички сделки, при които носителят на право върху изобретение, полезен модел, промишлен образец, търговска марка или производствен опит (ноу-хау), наречен лицензодател, „отстъпва срещу възнаграждение изцяло или отчасти ползването му на лицензополучателя”.

Правата върху обектите на индустриална собственост могат да бъдат предмет и на особен вид търговска сделка – на особен залог. Чл. 3, ал. 1 посоч-

⁴ Вж. Драганов, Ж. Обекти на интелектуалната собственост, Изд. „Сиби”, С., 2016, 56 с.

⁵ Вж. Таджер, В. Цит. съч., 150 с.

⁶ Кацаров, К. Материална основа и правна природа на индустриалната собственост. С., 1929, с. 201. Той посочва още, че „като правен обект изобретението не се поддава на локализиране в пространството и това го характеризира като нематериална вещь. Този извод му дава основание да определи правото върху изобретението като „*sui generis* собственост на движими нематериални вещи”, 151 с.

⁷ Вж. Герджиков, О. Коментар на търговския закон, С., 1991, с. 57.

ва, че това са права върху патенти за изобретения и свидетелства за регистрация на полезни модели, търговски марки, промишлени дизайни, сертификати за сортове растения и породи животни⁸. Особеният залог подлежи на вписване в специален регистър на Патентното ведомство и до два месеца от вписването се извършва публикация за него в Официалния бюлетин на ведомството.

Съвременното разбиране на понятието „интелектуална собственост“ се формира въз основа на творческите индустрии. Те обхващат, от една страна, създаването и реализирането на резултатите от научно-изследователската дейност (биотехнологии, фармацевтична, химическа, хранително-вкусова промишленост, автомобилостроене и др.), и, от друга страна, културните индустрии (издателска, филмова, музикална, софтуерна и др.). С обективизиране на творческия резултат за неговия създател възниква изключително субективно право върху него. Издаването на защитния документ от председателя на Патентното ведомство удостоверява това изключително право на неговия притежател, а именно: да използва обекта на закрила (изобретение, марка, дизайн, топология на интегрална схема), да се разпорежда с него и същевременно с това да забрани на всички останали лица да използват обекта на закрила без съгласието му. Това, което действащото обективно право установява и гарантира, не е поведението на носителя или на задълженото лице, а един полезен резултат, едно имуществено или неимуществено благо, което носителят на правото получава. То не се покрива нито с предмета на правоотношението, нито с интереса като цел на упражняване на правото⁹. На всяко субективно право съответства и правно задължение, които са в корелативна връзка помежду си. При това правоотношение е налице юридическо равенство на неговите участници. Във връзка с използване на обектите на ИС, както и при нарушение на правото, се проявява динамиката на субективното отношение – от абсолютно то придобива относителен характер. Създаването, признаването (за обектите на индустриална собственост) и използването на нематериалните блага поражда редица правни отношения, подчинени на различен правен режим: административни, трудови, финансови, облигационни¹⁰.

Признатото право поражда монопол за неговия носител, изграден на основата на баланса между частния и обществения икономически интерес. За да се предотврати злоупотреба с предоставеното право, законодателят въвежда изискването за задължително използване на обекта на закрила. Неспазването на това задължение е скрепено със съответна санкция: при изобретенията това е постановяване на принудителна лицензия – чл. 32 Закон за патентите и ре-

⁸ Закон за особените залози, обн. ДВ, бр. 100 от 1996 г.

⁹ Павлова, М. Гражданско право. Обща част. Том първи. Изд. „СОФИ-Р“, С., 1995, 158–159 с.

¹⁰ Дзелепов, С. Цит. съч. 194–195 с. Вж. Таджер, В., Аврамов Л. Цит. съч. „авторските права са смесени права: едновременно лични и имуществени и същевременно не са нито вещни, нито облигационни и следва да се обособят в самостоятелна група”, 23 с.

гистрацията на полезните модели (ЗПРПМ)¹¹, а при марките – отмяна на регистрацията – чл. 25, ал. 1, т. 1 Закон за марките и географските означения (ЗМГО)¹², като тези изисквания са въведени още в Парижката конвенция за закрила на индустриалната собственост¹³.

2. Създаване, производствена и търговска реализация на техническите решения

Създаването на едно изобретение е дълъг процес, който изисква както материален и финансов ресурс, така и научен и изследователски потенциал. Високотехнологичните изобретения се отнасят към здравеопазването, по-специално-биотехнологиите и генното инженерство, фармацевцията, както и до машиностроенето и енергетиката. В много случаи тези решения са създадени в условията на съществуващи трудови или договорни правоотношения. Относно тези изобретения законодателят регламентира института на служебното изобретение – чл. 15 ЗПРПМ, като посочва условията и редът, при които патентът принадлежи на работодателя/възложителя. Във връзка с тяхното използване споровете, които най-често възникват между работодател (възложител) и автор, са по повод на т. нар. „справедливо възнаграждение”. Тези спорове са подсъдни на Софийския градски съд (чл. 61 ЗПРПМ). Създаването на едно техническо решение изисква и дълъг процес на подготовка и теоретично осъществяване.

За едно признато техническо решение-изобретение или полезен модел, е от съществено значение етапът на неговото производствено използване, т. е. внедряването му в редовно производство. За тази цел първо се изработва т. нар. прототип, който разкрива реалното осъществяване на конкретното техническо решение. Процесът на многократно възпроизводство (редовно производство) изисква наличие на производствена база и най-вече на финансови средства, които едно предприятие може да отдели за това.

Последният етап – това е търговската реализация на изделието, в което е инкорпорирано това техническо решение. Търговското използване на обекта води до осъществяването на икономическа облага в условията на установен законен търговски монопол. Възпроизвеждат се екземпляри от конкретен обект (изобретение, компактдискове, книги и др.), като се разпространяват в търговската мрежа. Съответният национален или международен пазар определят стойността на този продукт и го превръщат в стока. Въз основа на осъществяната печалба се калкулират приходи за производителя и се отделят средства,

¹¹ Закон за патентите и регистрацията на полезните модели, ДВ, бр. 27 от 2.4.1993 г., в сила от 1.6.1993 г.

¹² Закон за марките и географските означения, ДВ, бр. 81 от 14.9.1999 г., в сила от 15.12.1999 г.

¹³ Парижка конвенция за закрила на индустриалната собственост от 20.3.1883 г., ратифицирана с Указ 4 от 1970 г. в Стокхолмската редакция.

насочени към създаване на нови или усъвършенстване на съществуващите технически решения. Именно този процес формира иновационната политика на предприятието, а резултатите от нея създават бъдещите постижения, наречени иновации. Един от критериите за успешна стопанска дейност на всяко предприятие е неговата иновационна политика: създаване и търговска реализация на технически решения – изобретения и полезни модели. Този процес изисква съответна материално-техническа база, предоставяща възможност за внедряване на техническите решения в редовно производство, т. е. мултиплициране на изделието и реализирането му на националния или международния пазар. Колко са предприятията в страната, които могат да инвестират в осъществяването на едно изобретение и да го превърнат в иновативен продукт за пазара? Засега индустрията ни се базира предимно на дейността на малките и средни предприятия, които не разполагат с необходимия ресурс за осъществяване на такива технически решения. За създаването и реализацията на високотехнологичните изобретения обаче се поставят и високи критерии, които могат да се постигнат само от представителите на едрия бизнес, който в настоящия момент в страната заема само определени сфери, предимно телекомуникациите (напр. Telenor, Google). За успеха на една икономика от първостепенно значение е не само създаването на изобретения и технологии, но възможността за тяхното осъществяване в страната и реализацията на печалба.

За да се осъществи този процес, решаващо е значението на връзката наука-практика, т. е. от академиите и висшите училища към бизнеса. Това става чрез изградената комуникационна мрежа от центровете за трансфер на технологии, създадени към академиите, лабораториите и бизнес инкубаторите (СофияТех парк) и заинтересованите предприятия. Тези центрове представят научните постижения, осъществяват контакти със заинтересованите лица и посредничат в процеса на сключване на лицензионни договори, целящи използване на създадените решения. Тези центрове съдействат при изработване на прототипа на изобретението, изготвят бизнес-план за разходите по неговото внедряване и реализация, като извършват и консултантска дейност. Те спомогат за създаването на т. нар. компании „spin-off“ и „spin-out“, които са в съдружие между университетите и представителите на бизнеса, именно за производство и търговия на патентовани изобретения и технологии, създадени от научните звена и академии. Независимо от така изградените законодателна рамка и условия в страната този модел не функционира добре. Тук следва да се посочи и слабият интерес от страна на бизнеса, въпреки предвидените държавни механизми за стимулиране на иновационната активност.

За разлика от сферата на индустриалната собственост, културните индустрии реализират по-висок икономически прираст. Въпреки че държавата има много по-малък принос в тяхното стимулиране, те притежават по-висок комерсиален характер, тъй като се реализират предимно в сферата на услугите. И тук обаче се отчитат големи загуби, най-вече в областта на дигиталните технологии, където голяма част от приходите не се реализират поради „пиратството“ в интернет.

3. Интелектуалната собственост като нематериален актив

Преобладаващата част от най-бързо развиващите се и успяващи компании основно високотехнологични (Интернет компании, софтуерни, звукозаписни, фармацевтични, биотехнологични) дължат по-голямата част от пазарната си стойност основно на притежаваните от тях обекти на ИС във вида на нематериални активи. Активът е имущество, в което са вложени финансови средства и се вписва в счетоводните баланси на предприятието. Те могат да бъдат материални, финансови или нематериални активи, които включват обектите на ИС. Именно нематериалните активи са обект на трансфер или на лицензионни договори и до голяма степен са в основата на дейността на тези компании. Едно високотехнологично изобретение може да бъде основа за успешно развитие на цял промишлен отрасъл. Разбира се, от значение са материалните и финансови ресурси на тези компании, които обезпечават неговата реализация.

Успехът на предприятията, които притежават обекти на ИС, се основава на нейното правилно управление. В този аспект трябва да добавим и търговските марки и промишлените дизайни, които поради факта, че се прилагат към стока/услуга или продукт много по-лесно и бързо навлизат и се установяват на пазара. Като последователност от действия в процеса на управление, следва *първо*, да се идентифицират отделните обекти на ИС (изобретение, полезен модел, графичен дизайн и т. н.). Преценката предопределя както процедурата в Патентното ведомство, така и обхвата на произтичащата от защитния документ закрила. *Второ*, да се прецени, дали да се подаде заявка в Патентното ведомство – напр. за изобретение или за полезен модел, което изисква разкриване на техническата същност, или закрила чрез ноу-хау (търговска тайна, ноу-хау), т. е. не се подава заявка, но се установява задължението между страните по лицензионния договор за неразкриване същността на обекта. При марките напр. също трябва да се прецени дали да се регистрират или не. Във втората хипотеза обаче, тъй като не се извършва експертиза от компетентния орган, на абсолютни основания (по смисъла на чл. 11 ЗМГО), титулярът поема риска знакът му да бъде нарушен или той да наруши чуждо изключително право чрез неговото използване. Необходимо е също да се избере правилна стратегия в зависимост от търговските интереси на заявителя – национална, регионална марка на Европейския съюз или международна регистрация по реда на Мадридската система. *Трето*, следва да се извърши оценка на съответния обект от компетентни лица-оценители на ИС. В имуществото на предприятието като съвкупност от права и задължения на правните субекти влизат само остойностимите права – напр. изобретения, домейн имена, търговски марки, дизайни. След оценката на тяхната стойност те могат да се включат в търговския оборот, като се превръщат в обекти на правни сделки. От друга страна, правата върху обекти на ИС могат да бъдат предмет на апортна вноска, чрез която титулярът участва в едно капиталово търговско дружество. Този въпрос трябва да е регламентиран в дружествения договор, като уставът следва да съдържа името на вносителя, описание на непаричната вноска, нейната парична оценка и основанията на

правата му. Като основа за определяне стойността на нематериалния актив може да се използва потребителската стойност на продукта.

На следващо място, това е дейността на предприятието, свързана с използване на съответния обект. Това може да стане чрез непосредствено използване от титуляра, както и от трето лице или чрез продажба. При продажба нематериалните активи могат да се прехвърлят самостоятелно, отделно от предприятието на търговеца, независимо че са част от неговото имущество. Най-често в практиката като начин на използване на обектите на индустриална собственост – това е лицензирането. Лицензионният договор, както бе посочено по-горе, е абсолютна търговска сделка и чрез него се отстъпва само правото на ползване на самия обект на индустриална собственост. Той е средство за оптимално използване на икономическия потенциал на обекта. Налице е многократно остойностяване на лицензираните обекти при всеки сключен за тях лицензионен договор и многократно реализиране на потребителска стойност. Лицензираният обект може да се използва многократно, от различни ползватели в едно и също време. Това свойство на обектите на ИС се нарича „убиквитет” и произхожда от латинската дума „ubi” – място, а оттам и „ubique” – навсякъде.

С най-голямо значение в практиката е класификацията на лицензията в зависимост от обема на предоставените права. Тя може да бъде изключителна или неизключителна. Изключителната лицензия изисква от титуляра да не предоставя лиценз и на други лица, както и да не използва лицензирания обект освен ако изрично не е уговорено от страните. Неизключителна лицензия може да бъде предоставена на неограничен брой лицензополучатели. При нея се осъществява най-голяма печалба. Преценката за вида на предоставената лицензия: изключителна или неизключителна, пълна или ограничена (по време, територия или обем на продукция), кръстосана или сублицензия, принадлежи на титуляра на правото. Той може да бъде както самия изобретател, така и трето лице-патентоприжател. Преценката е въпрос не само на бизнес-стратегия на предприятието. Тя зависи и от стойността на самия обект: дали е високотехнологично изобретение, дали е марка, която е общоизвестна или ползваща се с известност на територията на страната, или бранд. От значение са вложените средства за създаването му, времето, за което е реализирано, уменията и опита на създателите му, средата, в която е създадено. В тази хипотеза се прогнозира и бъдещите приходи от използването му, като се калкулират и дължимите лицензионни такси за съответния отрасъл. Самото лицензионно възнаграждение може да бъде изплащано като роялтово отчисление от печалбата или в пашална форма. Договорът е противопоставим за трети лица от датата на вписването му в специалния регистър на Патентното ведомство. Практиката е единна що се отнася до спазване на изискването за използване на обектите на индустриална собственост. Сключеният и вписан лицензионен договор доказва използване на лицензирания обект само ако е изпълнен. Неизпълнението на лицензионния договор е основание за възникване на договорна отговорност за страните.

На последно място, в процеса на управление на ИС е необходимо да се направи оценка на постигнатите резултати особено осъществените приходи от тяхната пазарна реализация.

В заключение можем да посочим, че правилното управление на интелектуалната собственост е предпоставка за успешното икономическо развитие на обществото. Тя е основен двигател както в дейността на отделните предприятия, така е и източник за формиране на брутния вътрешен продукт на страната.

Ключови думи

*Обработване
на лични данни, баланс
на права, лична
неприкосновеност,
защита на личните данни,
законни интереси.*

Key words

*Data Processing,
Balance of Rights,
Privacy, Data Protection,
Legitimate Interests.*

Denitza Topchiyska

**The Balance of Rights and Legitimate
Interests as a Legal Ground
of Data Processing
According to the EU General Data
Protection Regulation**

**Assoc. Prof. 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
professional periodicals in
Bulgaria and abroad.*

The General Data Protection Regulation (GDPR) provides the possibility of processing personal data where it is necessary for the legitimate interests of the controller or a third party without the consent of the data subject. In order for this legal ground provided for in Article 6 (1) (b) of Regulation (EC) 2016/679 to apply, it is necessary that the legitimate interests or fundamental rights and freedoms of the data subject that require protection of personal data do not take precedence over the legitimate interests of the controller or a third party. The following publication analyzes the application of the balance of interests test in the light of the requirements laid down in the GDPR.

Деница Топчийска

Балансът на права и легитимни интереси като основание за обработване на лични данни съгласно Общия регламент на ЕС за защита на личните данни

Като резултат от продължителна реформа през 2016 г. Европейският съюз (ЕС) прие Регламент (ЕС) 2016/679 относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и свободното движение на такива данни (Общ регламент за защита на данните)¹. Неговата цел е **да се гарантира последователно и високо ниво на защита на данните на физическите лица в рамките на Съюза, като се подпомогне развитието на Единния цифров пазар**². С него се отмени действащата в тази област Директива 95/46/ЕО³, чиято оценка показва проблеми по отношение на нейната ефективност, свързани с разликите при въвеждането и прилагането и в националните законодателства на държавите – членки на ЕС⁴. Новият регламент предвижда единни правила, които ще бъдат директно приложими във всички държави–членки на Съюза от 25 май 2018 г.

С новия Регламент (ЕС) 2016/679 се актуализираха разпоредбите на Директива 95/46/ЕО за защита на личните данни на ЕС и се възприеха решения, които са в съответствие с практиката на Съда на ЕС в тази област. С него се потвърди

¹ Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните), ОВ L 119, 4.5.2016 г., с. 1–88.

² Член 1 във връзка със съображение 7 от Регламент (ЕС) 2016/679.

³ Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 г. за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни, ОВ L 281, 23.11.1995 г., с. 31–50. Директивата ще бъде отменена, считано от 25 май 2018 г., когато влиза в сила Регламент (ЕС) 2016/679.

⁴ Robinson N., Graux H., Botterman M. and Valeri L. (2009), Review of the European Data Protection Directive online at http://www.hideproject.org/downloads/references/review_of_eu_dp_directive.pdf [Достъп на 25.4.2014].

възможността за обработване на лични данни в случаите, когато това е необходимо за целите на легитимните интереси на администратора или на трета страна без съгласието на субекта на данните⁵. За да се приложи това основание, предвидено в член 6, параграф 1, б. е) от Регламент (ЕС) 2016/679, е необходимо интересите или основните права и свободи на субекта на данните, които изискват защита на личните данни, да нямат преимущество пред легитимните интереси на администратора или на трета страна. Прилагането на основанието изисква използване на тест за баланс на интереси, отговорността за който Регламент (ЕС) 2016/679 възлага на администратора на данните. Поради необходимостта от заличаване на информация в случаите, в които се установи, че правата и свободите на субектите на данните, изискващи защита на тяхната лична неприкосновеност, имат преимущество, прилагането на основанието се свързва с правото „да бъдеш забравен“.

Регламент (ЕС) 2016/679 поставя някои основни изисквания, свързани с прилагането на теста на баланс на интереси, които настоящата публикация си поставя за цел да анализира. Доколкото практиката на Съда на ЕС и становищата на Работната група по член 29, свързани с прилагането на Директива 95/46/ЕС, запазват своето значение, анализът е направен в контекста на решението по казуса Google Spain (C-131/12) от май 2014 по повод изсяняването на приложението на Директива 95/46/ЕС за защита на личните данни⁶ по отношение на дейността, осъществявана от дружествата, предоставящи услуги за търсене в интернет. Това решение предизвика широк отзвук и разнопосочни реакции както в ЕС, така и извън него с оглед значението му за регулиране на дигиталното пространство⁷. Основният въпрос, който се постави, е дали то е предпоставка за намирането на справедлив баланс между правото на лична неприкосновеност на лицата, свободата на изразяване, правото на достъп до информация и другите законни интереси на лицата в интернет пространството.

1) Практиката на Съда на ЕС по казуса Google Spain (C-131/12)

Решението на Съда на ЕС от 13 май 2014 г. по дело C-131/12 е постановено във връзка с преюдициално запиване, отправено от Audiencia Nacional (Испания) на основание член 267 от Договора за функционирането на ЕС в рамките на съдебен спор между Google Spain SL и Google Inc., от една страна, и Агенцията за защита на личните данни в Испания и г-н Costeja Gonzalez. Основният спор е по

⁵ Член 6, параграф 1, б. е) от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁶ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23.11.1995.

⁷ Hanp. Zittrain J., Don't force Google to „forget“, International New York Times, May 17–18 2014, p.9, available also online at http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html?_r=0 [Достъп на 15.6.2014]; Caldwell C., Google has to be censored if free speech leaves scars, Financial Times, 17–18 May 2014, p. 7.

жалба на испанския гражданин г-н Costeja Gonzalez пред Агенцията за защита на личните данни в Испания. Жалбата е насочена, от една страна, към испанския всекидневник La Vanguardia, в който през 1998 г. е публикувана обява за продажба на търг на недвижимо имущество на жалбоподателя във връзка с неизплатени задължения за социално осигуряване. Жалбоподателят иска всекидневникът да заличи посочените страници или да измени съдържанието им, така че личните му данни в тях да не се появяват повече. От друга страна, г-н Costeja Gonzalez иска да се разпорежи на дружествата, управляващи интернет търсачката Google Search, да заличат или да скрият тези лични данни, така че те да не се появяват повече в резултатите от търсенето и да не се съдържат във връзките към La Vanguardia. Жалбоподателят посочва, че е изпълнил изцяло задълженията си и посочването към момента е ирелевантно⁸.

Агенцията за защита на личните данни в Испания отхвърля жалбата в частта ѝ, отнасяща се до всекидневника La Vanguardia, като приема, че публикуването на информацията е направено законосъобразно по искане на държавен орган. Същевременно жалбата е уважена в частта ѝ срещу дружествата, управляващи търсачката Google Search, които от своя страна обжалват решението на Агенцията за защита на личните данни в Испания пред съответната съдебна юрисдикция⁹.

В рамките на съдебния спор испанският съд отправя преюдициално запитване до Съда на ЕС, като поставя въпроси относно тълкуването на Директива 95/46/ЕС в контекста на дейността на дружествата, управляващи интернет търсачки. Постановеното от Съда на ЕС решение е окончателно и не подлежи на обжалване. Тъй като решението е по преюдициалното запитване, свързано с тълкуването на правото на ЕС, то има задължителна сила *inter partes*, т. е. за страните, които са отправили запитването. Същевременно решението има и *de facto erga omnes* ефект по отношение на останалите национални съдилища в ЕС, които са задължени да го прилагат¹⁰. В случаите на нов контекст, който повдига сериозни съмнения дали решението може да се приложи, националните съдилища са задължени да поискат отново тълкуване от страна на Съда на ЕС¹¹.

В решението си Съдът на ЕС приема, че обработването на лични данни от интернет търсачките се осъществява на основание член 7, б. е) от Директива 95/46/ЕС, който позволява обработването на лични данни без съгласието на субекта на личните данни в случаите, когато то е необходимо с оглед законните интереси, преследвани от администратора или от трети лица, на които се разкриват

⁸ Решение на Съда на ЕС от 13 май 2014 г. по дело C-131/12, т. 15.

⁹ Решение на Съда на ЕС от 13 май 2014 г. по дело C-131/12, т. 16 и 17.

¹⁰ Judgment of the Court of 6 October 1982, Srl CILFIT and Lanificio di GavardoSpA v Ministry of Health (Case 283/81).

¹¹ Court of Justice of the European Union, Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, OJ C 338, 6/11/2012, p. 1–6, par. 12.

данните¹². Обработването не е допустимо само в случаите, когато пред тези интереси имат преимущество интереси, свързани с основните права и свободи на субекта на личните данни и по-специално правото му на лична неприкосновеност и правото на защита при обработване на лични данни, гарантирани в Хартата на основните права на ЕС¹³. В този случай субектът на личните данни може да възрази по всяко време въз основа на неопровержими законови основания, свързани с неговото конкретно положение във връзка с обработваните данни, освен ако националното законодателство не е предвидило друго. Когато възражението е оправдано, обработването, започнато от администратора, не може повече да включва посочените данни¹⁴.

В становището си по казуса Google Spain, генералният адвокат посочва три законни интереса, обосноваващи предоставянето на услуги от търсачките в интернет:

- 1) осигуряване на по-лесен достъп за потребителите на интернет до наличната информация,
- 2) по-ефективно разпространение на информацията, въведена в интернет, и
- 3) осигуряване на възможност за предоставянето на различни услуги на информационното общество, като например предоставянето на реклама по ключова дума¹⁵.

Всеки от тези законни интереси съответства на основни права, защитени в Хартата на основните права на ЕС, а именно свободата на информация и свободата на изразяване, както и свободата на стопанска инициатива^{16,17}.

Правното основание, на което се обработват данните от лицата, предоставящи услуги за търсене в интернет, изисква намиране на баланс между законните интереси на третите лица, на които се предоставят данните, както и на самите лица, които предоставят услугите, от една страна, и от друга страна, интересите на субектите на личните данни. В своето Становище 6/2014 Работната група по член 29 дава насоки за прилагането на теста за баланс по член 7 от Директива 95/46/ЕС¹⁸.

¹² Текстът в Директива 95/46/ЕО е аналогичен на съответното основание в Регламент (ЕС) 2016/679, като разликите се изясняват по-надолу в текста на статията.

¹³ Харта на основните права на ЕС, членове 7 и 8.

¹⁴ Директива 95/46/ЕС, член 14, б. а).

¹⁵ Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-131/12, paragraph 95.

¹⁶ Харта на основните права на ЕС, член 11 и член 16

¹⁷ Van Alsenoy B., Kuczerawy A. and Ausloos J. (2013), Search engines after Google Spain: internet@liberty or privacy@peril?, online on <https://www.law.kuleuven.be/icri/>, [Достъп на 15.6.2014].

¹⁸ Opinion 6/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, adopted on 9 April 2014 (844/14/EN, WP 217).

При прилагането на теста следва да се вземат предвид:

- същността и източника на законния интерес и дали обработването е необходимо за упражняването на основно право, ако не е, дали е в обществен интерес, или е признато по друг начин от обществото,
- ефекта върху субекта на данните и техните разумни очаквания какво ще стане с данните, както и характера на данните и начина, по който са обработвани и
- допълнителни защитни мерки, които биха ограничили нежелания ефект върху субекта на данните, като минимизиране на данните, технологии за защита на личната неприкосновеност, повишена прозрачност, общо и безусловно право да се откажат от обработването, и преносимост на данните¹⁹.

В своето становище Работната група по член 29 препоръчва в предложението за Регламент за защита на личните данни да бъдат включени основните фактори, които трябва да бъдат взети предвид при прилагането на теста за баланс. Работната група счита освен това, че е важно да се документира начина, по който се прилага теста за баланс, както и да се мотивират случаите, в които се отказва на субектите на данните техните данни да бъдат заличени.

Конкретният въпрос до Съда на ЕС по казуса Google Spain се отнася до прилагането на теста за баланс по член 7 от Директива 95/46/ЕО при случаите, в които се търси информация чрез интернет търсачка за дадено лице с ключова дума името на лицето. В своето решение Съдът на ЕС приема, че жалбоподателят г-н Costeja Gonzalez има право да поиска от лицето, управляващо услугата за търсене в интернет Google Search, да заличи или да скрие личните данни, така че те да не се появяват повече в резултатите от търсенето и да не се съдържат във връзките към всекидневника La Vanguardia. Лицето, което управлява търсачката Google Search, трябва да изпълни задължението си като администратор на лични данни, независимо от факта дали информацията ще бъде заличена от интернет от лицето, което е въвело тази информация²⁰. Тъй като профилът на лицето, който се създава чрез резултатите от търсене с ключови думи името на лицето, може да засегне личната неприкосновеност на лицето по различен начин от всяка отделна информация за него, въведена в интернет, Съдът на ЕС приема, че лицето има право да осъществява контрол върху информацията, която формира профила.

Съдът на ЕС подчертава, че тестът за баланс между конкуриращи се права, който следва да се приложи от лицето, предоставящо услуги за търсене в интернет, е независим с оглед законосъобразността на обработването, извършено от лицето, въвело съответните данни в интернет. При прилагането на теста, който трябва да се осъществява за всеки конкретен случай, следва да се има предвид, че правото на субекта на данните да бъде забравен има приоритет пред легитимните интереси на лицето, което управлява интернет търсачката и пред общия интерес за свобода на информацията²¹. Правото на субекта на личните данни да поиска да

¹⁹ Ibid.

²⁰ Решение на Съда на ЕС от 13 май 2014 г. по дело C-131/12, т. 88.

²¹ Решение на Съда на ЕС от 13 май 2014 г. по дело C-131/12, т. 91.

бъдат заличени връзки към интернет страници, свързани с неговото име, може да произтича от това, че данните са неточни, неадекватни, прекомерни или ирелевантни по отношение на целта, за която се обработват, че не са актуални или се съхраняват с период по-дълъг от необходимото, освен ако съхраняването им се налага за исторически, статистически или научни цели²². Правото на обществеността да намери дадена информация, свързана с името на определено лице, ще има приоритет, в случаите, когато лицето участва в обществения живот²³.

Директива 95/46/ЕС поставя тежестта на доказване относно наличието на определени интереси върху субекта на личните данни. Преценката дали данните да бъдат заличени по искане на субекта на данните се прави от администратора на данните. Неговото решение по прилагането на теста за баланс подлежи на обжалване пред съответния орган за защита на личните данни, което от своя страна е обект на съдебен контрол.

След решението на съда в Google са получени повече от 2,4 млн. искания за заличаване на информация в рамките на правото „да бъдеш забравен“. Повече от половината от исканията са направени от френски, германски и британски граждани. По-малко от 7% от исканията са направени от публични фигури или държавни служители или представители на бизнеса. Според статистиката, представена от Google, компанията е заличила информацията по 43% от подадените искания²⁴.

2) Балансът на интереси и правото да бъдеш забравен в контекста на Регламент (ЕС) 2016/679

В Регламент (ЕС) 2016/679 също както в Директива 95/46/ЕО е предвидена възможността за обработване на лични данни без съгласието на субектите на личните данни, когато то е необходимо за целите на легитимните интереси на администратора или на трета страна²⁵. Понятието „трета страна“ е дефинирано като всяко физическо или юридическо лице, публичен орган или агенция, различно от администратора или обработващия данните²⁶. В новия Регламент отпада изискването, включено в Директива 95/46/ЕО, тези данни да са били разкрити на третото лице, за да бъдат взети предвид неговите интереси при прилагането на теста за баланс. За да бъде приложено основанието, е необходимо пред легитимните интереси на администратора или на трето лице да нямат преимущество интересите

²² Решение на Съда на ЕС от 13 май 2014 г. по дело C-131/12, т. 92.

²³ Решение на Съда на ЕС от 13 май 2014 г. по дело C-131/12, т. 97.

²⁴ Aliya Ram, „Google receives 2.4m requests to delete search results“, Financial Times, 27 Feb 2018, <https://www.ft.com/content/2edb3e1e-1be4-11e8-aaca-4574d7dabfb6> [Последен достъп на 1.9.2018 г.].

²⁵ Член 6, параграф 1, б) е от Регламент (ЕС) 2016/679.

²⁶ Член 4, параграф 10 от Регламент (ЕС) 2016/679.

или основните права и свободи на субекта на данните, които изискват защита на личните данни²⁷.

Регламент (ЕС) 2016/679 въвежда специална защита по отношение на децата като субекти на лични данни, когато техните данни се обработват без съгласие с оглед на интереси на други лица. Също така се въвежда изрична забрана на това основание да бъдат обработвани данни от публични органи при изпълнение на техните задачи²⁸. Важно е да се подчертае, че съгласно Регламент (ЕС) 2016/679 за целите на легитимните интереси на администраторите без съгласието на субектите на данните не могат да бъдат обработвани специални категории лични данни. Такива данни са данните, разкриващи расов или етнически произход, политически възгледи, религиозни или философски убеждения или членство в синдикални организации, генетични данни, биометрични данни, данни за здравословното състояние или данни за сексуалния живот или сексуалната ориентация на физическото лице²⁹. За обработването на тези данни са предвидени специални основания в член 9, параграф 2 от Регламента.

Когато администратор обработва лични данни без съгласието на субекта на данните, Регламент (ЕС) 2016/679 въвежда специални изисквания по отношение на информацията, която трябва да бъде предоставена. Когато данните се събират директно от субекта, за който се отнасят, с оглед обработването им без неговото съгласие за целите на легитимните интереси на администратора или трето лице, администраторът е задължен да посочи кои са тези интереси. Това посочване трябва да стане в момента на получаване на данните заедно с предоставянето на останалата, изискуема съгласно Регламента информация³⁰. Когато личните данни не са получени от субекта на данните, администраторът е длъжен да го уведоми за законните интереси, с оглед на които ще обработва неговите данни в разумен срок, но не по-късно от 1 месец от получаването на данните. Тази информация може да не бъде предоставена, ако предоставянето ѝ се окаже невъзможност или изисква несъразмерно големи усилия³¹. За използването на изключението се изисква отново прилагане на тест за баланс от страна на администратора на данните, като върху него също така е и тежестта за доказване при евентуално обжалване.

Заедно с информацията относно легитимните интереси, за целите на които се извършва обработването, администраторът трябва да изпрати на субекта на данните информацията относно неговите права, включително правото на възражение и правото да се иска изтриване на данните (правото „да бъдеш забравен“). Уведомяването относно правото на възражение трябва да бъде направено по из-

²⁷ Член 6, параграф 1, б) е от Регламент (ЕС) 2016/679.

²⁸ Член 6, параграф 1, изр. второ от Регламент (ЕС) 2016/679.

²⁹ Член 9, параграфи 1 и 2 от Регламент (ЕС) 2016/679.

³⁰ Член 13, параграф 1, б) г от Регламент (ЕС) 2016/679.

³¹ Член 13, параграф 5, б) г от Регламент (ЕС) 2016/679.

ричен и ясен начин, отделно от всяка друга информация³². В случаите, когато субектът на данните прецени, че неговите интереси или основни права и свободи, които изискват защита на данните, имат преимущество пред легитимните интереси на администратора или на трето лице да обработва данните, субектът на данните може да упражни своето право на възражение³³. Правото на възражение не е обвързано със срок и може да бъде упражнено по всяко време и на основания, свързани с конкретната ситуация на субекта на данните. В контекста на използването на услугите на информационното общество субектът на данните може да упражнява правото си на възражение чрез автоматизирани средства, като се използват технически спецификации³⁴.

Когато субектът на данните упражни правото си на възражение, администраторът трябва да докаже, че съществуват убедителни легитимни основания за обработването. Регламент (ЕС) 2016/679 не съдържа дефиниция или насоки по отношение на това, които легитимни основания са основателни, като оставя тежестта на доказване върху администратора на данните. В случай че администраторът не може да докаже наличието на такива законови основания, той трябва да прекрати обработването. В случай че обработването се осъществява единствено за целите да директния маркетинг, в случай на постъпило възражение от страна на субекта на данните, обработването трябва да бъде прекратено³⁵. В този случай Регламент (ЕС) 2016/679 не изисква от субекта на данни да представи конкретни основания.

Освен правото на възражение субектът на данни разполага и с правото да поиска заличаване на неговите данни т. е. да упражни правото си „да бъде забравен“, което е изрично регламентирано в новия Регламент (ЕС) 2016/679. То представлява правната възможност на субекта на данните да поиска от администратора изтриване на свързаните с него лични данни. Правото да бъдеш забравен не е абсолютно право. Администраторът е задължен да заличи свързаните със субекта данни без ненужно забавяне, в случаите, в които липсват законни основания за обработването и субектът на данните възразява срещу това³⁶. Когато обработването се осъществява единствено за целите на легитимните интереси на администратора или трети лица, преценката следва да бъде направена, като се вземе предвид и правото на свобода на изразяване и правото на информация³⁷.

Регламент (ЕС) 2016/679 не съдържа други конкретни насоки за прилагането на теста за баланс, когато данните се обработват за целите на легитимните интереси на администратора или трети лица без съгласието на субекта на данните.

³² Член 21, параграф 4 от Регламент (ЕС) 2016/679.

³³ Член 21, параграф 1 от Регламент (ЕС) 2016/679.

³⁴ Член 21, параграф 5 от Регламент (ЕС) 2016/679.

³⁵ Член 21, параграф 3 от Регламент (ЕС) 2016/679.

³⁶ Член 17, параграф 1, б. в) от Регламент (ЕС) 2016/679.

³⁷ Член 17, параграф 3, б. а) от Регламент (ЕС) 2016/679.

Тестът за баланс на интереси трябва да се осъществи от администратора на данните, като неговото решение подлежи на обжалване пред съответния Надзорен орган за защита на личните данни. Решението на Надзорния орган подлежи на обжалване по съдебен ред.

Възлагането на осъществяването на теста за баланс върху администратора на данните представлява отговорност, тъй като при преценка, която не се потвърди при обжалване от компетентния Надзорен орган или от съдебна инстанция, на него може да му бъде наложена висока имуществена санкция. Липсата на конкретни насоки за прилагането на теста за баланс е предпоставка за несигурност и нарушаване на принципа за върховенство на правото.

3) Предизвикателства при обработването на данни за целите на легитимните интереси на администратора или трето лице

Решението на Съда на ЕС по казуса Google Spain беше определено като победа за личната неприкосновеност на лицата в интернет, което ще им даде възможност да упражняват контрол върху информацията, свързана с тях³⁸. Същевременно решението на Съда на ЕС предизвиква множество въпроси, свързани с неговото прилагане. Регламент (ЕС) 2016/679 се потвърди позицията на ЕС за необходимостта от висока степен на защита на личната неприкосновеност на лицата при обработване на техните лични данни. Независимо от това много от поставените въпроси все още остават неразрешени.

Предоставянето на възможност на лицата да възпрепятстват достъпа до факти от публичния домейн, свързани с тях, се разглежда като форма на цензура, която най-вероятно ще бъде възприета като противоконституционна в Съединените щати³⁹. Подходът, възприет от Съда на ЕС в решението по казуса Google Spain, е малко вероятно да бъде възприет в страни, в които свободата на изразяване се възприема като приоритет, което ще доведе до фрагментиране на интернет пространството⁴⁰. Макар че правото на ЕС в областта на защитата на личните данни се възприема в глобален план като критерий за висока степен на защита на личната неприкосновеност на лицата, въпрос за решение на всяка юрисдикция извън ЕС ще бъде дали да възприеме решението на ЕС. Като последица от правните различия резултатите от търсенето в отделните държави могат да бъдат различни.

Друга критика на решението на Съда на ЕС по казуса Google Spain беше свързана с недостатъчната яснота и насоки за прилагане на теста за баланс между

³⁸ Caldwell C., Google has to be censored if free speech leaves scars, Financial Times, 17–18 May 2014, p. 7.

³⁹ Zittrain J., Don't force Google to „forget”, International New York Times, May 17–18 2014, p. 9, available also online at http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html?_r=0 [Достъп на 15.6.2014].

⁴⁰ Ibid.

конкуриращите се права от страна на интернет търсачките. Беше посочено, че е твърде вероятно лицата, управляващи интернет търсачки, поставени пред опасността да им бъде наложена санкция от страна на органите за защита на личните данни, да минимизират критериите за оценка и по-често да заличават връзки към съдържание в интернет⁴¹. В сравнение с Директива 95/46/ЕО Регламент (ЕС) 2016/679 съдържа някои допълнителни насоки, свързани с прилагането на теста за баланс и по специално свързани със значението на свободата на словото и свободата на информация. Същевременно тежестта на доказване за наличието на легитимни права и интереси, които имат приоритет пред правата и свободите на субектите на данните, е възложена изцяло върху администраторите. На практика Регламент (ЕС) 2016/679, като възлага прилагането на теста на администраторите, дава възможност на частни физически и юридически лица да приемат решения, свързани с приоритета на права. Обжалването пред компетентния национален орган и пред националните съдилища може да доведе до разнопосочна практика на територията на ЕС, обоснована от конкретния национален, социален и исторически контекст.

Както анализираното решение на Съда на ЕС, така и Регламент (ЕС) 2016/679 не предоставят достатъчно яснота и по какъв начин правото да бъдеш забравен ще се съгласува с подхода за неутралност на мрежата (net neutrality). Прилагането на правото да бъдеш забравен би могло до голям степен ще обезцени едно от най-големите достойнства на интернет, а именно възможността интернет пространството да бъде разглеждано като библиотека, в която информацията е налична, такава каквато е, без ограничаване на достъпа до нея⁴². Поставя се и въпросът за значителните икономически разходи, които трябва да направят администраторите, за да отговорят на изискванията, свързани с прилагането на законодателството на ЕС в областта на защитата на личните данни.

В отговор на критиките, отправени към решението на Съда на ЕС по казуса Google Spain, европейските институции подчертават, че то няма за цел да защити правото на лична неприкосновеност на лицата в ущърб на свободата на медиите, а да даде насоки за намиране на баланс между тях, както и да определи границите на правото да бъдеш забравен⁴³. Решението се определя като част от цялостната реформа в областта на личните данни в ЕС, което има цел да предостави възможности на гражданите да упражняват контрол върху личните си данни, като изрично се защитават свободата на изразяване и медиите. Този подход е потвърден с Регламент (ЕС) 2016/679. Институциите на ЕС не приемат, че високата цена и икономическите интереси на администраторите на данни могат да имат приоритет пред личната неприкосновеност на физическите лица. Целта е с Регламент

⁴¹ Google and the EU, On being forgotten, The Economist, May 17th 2014, p. 13.

⁴² Ibid.

⁴³ Vice-President Viviane Reding reacts to new announcements on the 'right to be forgotten', online at http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/multimedia/news/2014/05/20140531_en.htm [Достъп на 16.6.2014].

(ЕС) 2016/679 да се създаде възможност за изграждане на силен и иновативен бизнес въз основа на предоставяне на висока степен на защита на личните данни. Предоставянето на възможност на гражданите да упражняват контрол върху личните си данни се приема, че ще доведе до стабилно бизнес развитие.

Заклучение

Новият Регламент (ЕС) 2016/679 потвърждава цялостната политика на ЕС за гарантиране на личната неприкосновеност на лицата с оглед развитието на технологиите и по-специално в интернет пространството. Същевременно ефективното прилагане на Регламент (ЕС) 2016/679 изисква разработването на по-детайлни насоки за прилагане на теста за баланс между конкуриращите се права в дигиталното пространство и най-вече между правото на лична неприкосновеност и свободата на информация. Въвеждането на ясни процедури и критерии до голяма степен ще намали напрежението предвид потенциалния риск за цензуриране на информацията, достъпна в интернет, както и ще създаде необходимата правна сигурност при осъществяването на дейността на администраторите на данни.

Прилагането на правото да бъдеш забравен от страна на администраторите на данни е свързано и с определена икономическа тежест. За да не се спре навливането и развитието на нови предприятия на съответния пазар, както и за да се подпомогне развитието на конкурентна среда, е необходимо да се намерят подходящи икономически модели, чрез които да се балансира тази тежест.

Ключови думи

Забрана за дискриминация, трудови отношения, работодателска власт, вътрешни актове на работодателя.

Key words

Prohibition of Discrimination, Labour Relationships, Employer's Power, Internal Acts of the Employer.

Ivaylo Staykov

**Managerial and
Regulatory
Power of the Employer
in the Context of the Prohibition
of Discrimination
in Labour Relationships**

**Assoc. Prof. Ivaylo
Staykov, Ph. D.**

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

*Associate Professor
of Labour and Social Insurance
Law at the Law
Department of NBU.*

*Areas of specialization:
labour law, social insurance
law, anti-discrimination law,
comparative law, mediation.*

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

The subject-matter of the scientific research is some aspects of the prohibition of discrimination in the exercise of the managerial and regulatory powers of the employer. In this respect the displays of discriminatory acts of the employer are under consideration as well as the legal effects of the inclusion of any discriminatory provision in an internal act of the employer and the legal protection against employer's orders which constitute discriminatory act and against discriminatory provisions in the internal acts of the employer.

Ивайло Стайков

Управленската и нормотворческата власт на работодателя в контекста на забраната за дискриминация в трудовите отношения

I. Въведение

Забраната за дискриминация е въпрос с голямо значение за законосъобразното възникване, развитие и прекратяване на трудовото правоотношение. Антидискриминационните аспекти при полагането на наемен, зависим труд пронизват по специфичен начин всички институти на трудовото право. Дискриминационните актове на работното място са правонарушения с висока обществена опасност, с тежки, продължителни и мултиплициращи се социални и личностни последици.

Във вътрешното законодателство принципът за забрана на дискриминацията при упражняване на правото на труд се съдържа в чл. 6, ал. 2 Конст.¹; чл. 8, ал. 3 КТ²; чл. 7, ал. 6 ЗДСл; чл. 2 и чл. 23 ЗНЗает³. Различни аспекти на заб-

¹ Дискриминацията като понятие не се съдържа в Конституцията. В чл. 65 от Конституцията на НРБ от 1971 г. се съдържаше терминът „расова дискриминация”. Анализ на чл. 6 от действащата Конституция, както и за връзката между равенство, равно третиране и дискриминация вж. у Друмева, Ем. Уредба в Конституцията. Равенството като принцип. В: Европейско и национално антидискриминационно правно регулиране. Учебно помагало. С.: АПОИ и ИПН при БАН, 2003, 127–134.

² На основата на тази разпоредба в трудовоправната литература отдавна е обоснован принципът за равенство във възможностите и предотвратяване на всички форми на дискриминация като един от основните общи принципи на трудовото право. Вж. Мръчков, В. Трудово право. 10. изд. С.: Сиби, 2018, 67–73; Василев, Ат. Трудово право. Бургас: БСУ, 1997, 43–44; Средкова, Кр. Трудово право. Обща част. С.: УИ „Св. Кл. Охридски”, 2010, 132–135.

раната на дискриминацията и по-конкретно – в областта на трудовите отношения, са били предмет на обсъждане и в немалко на брой решения на Конституционния съд⁴.

Вече близо петнадесет години част от българското позитивно право е Законът за защита от дискриминация (ЗЗДискр) – обн., ДВ, бр. 86 от 2003 г., в сила от 1 януари 2004 г., изм. и доп. Това е общ закон, който има за предмет на правна уредба защитата срещу всички форми на дискриминация и начините за нейното предотвратяване (чл. 1). Правната уредба в раздел I на глава II на закона (чл. 12–28) е посветена специално на материалноправната защита от дискриминация при упражняване на правото на труд.

II. Забраната за дискриминация като юридическо задължение на работодателя при осъществяване на трудовото правоотношение

1. В чл. 13 и следващите от ЗЗДискр са регламентирани различни забрани и юридически задължения за работодателя, свързани с осъществяването на индивидуалното трудово правоотношение.

Забраните за работодателя са формулирани като юридически задължения за действия (активно поведение) в качеството му на страна по индивидуалното трудово правоотношение. Зад всяко задължение за действие обаче се открива и едно второ юридическо задължение – за бездействие, за въздържане от действия, представляващи дискриминационни актове. Това са забрани за дискриминиране на работника или служителя от работодателя, когато последният осъществява трудовите си права по индивидуалното трудово правоотношение. Разглеждайки в единство всичките забрани, може да се направи изводът, че при

³ За правната уредба на забраната за дискриминация в българското право до приемането на ЗЗДискр вж. Илиева, Ир. Уредба на принципа на равенството и недискриминацията в отделни закони. В: Европейско и национално антидискриминационно правно регулиране, 135–168; Мръчков, В. Дискриминацията в трудовите отношения. – Общество и право, 2001, 6, с. 17; Григоров, Св. Непряка дискриминация – нов момент в трудовото правоотношение. – Труд и право, 2001, 9, с. 11 и сл. За правната уредба след приемането на ЗЗДискр вж. Стайков, Ив. Национална правна уредба на забраната за дискриминация в трудовите отношения. – интернет Юридическо списание на НБУ, 2005, 2; Йосифов, Н. Защита от дискриминация за упражняване правото на труд. – Търговско право, 2004, 4, 6–8.

⁴ Вж. напр. Решение 1 от 1993 г. по конст. дело 23 от 1992 г. (ДВ, бр. 14 от 1993 г.); Решение 2 от 1998 г. по конст. дело 15 от 1997 г. (ДВ, бр. 22 от 1998 г.); Решение 2 от 1999 г. по конст. дело 33 от 1998 г. (ДВ, бр. 8 от 1999 г.). Вж. и Неновски, Н. Конституционният съд на Република България и закрилата на основните права. – Юридически свят, 2000, 2, 185–191; Гочев, Д. Равенството пред закона и практиката на Конституционния съд. – Правата на човека, 2001, 1, 49–51; Стайков, Ив. Прилагането на конвенциите на Международната организация на труда в практиката на Конституционния съд на Република България. – Съвременен право, 2010, 6, 27–54.

съществуването на трудовото правоотношение работодателят, упражнявайки своята работодателска власт, е длъжен да не извършва и да не допуска извършване на актове на дискриминация спрямо работниците и служителите в своето предприятие. Тази забрана е формулирана и в чл. 8, ал. 3 КТ⁵.

От друга страна, всяка една от законовите забрани е доразвитие на основно трудово задължение на работодателя по трудовото правоотношение. Доразвитието е спрямо защитата от дискриминация на работника или служителя при изпълнението на възложената работа и упражняването на трудовите му права по трудовото правоотношение. Забраната за дискриминация, разгледана като юридическо задължение на работодателя при осъществяване на трудовото правоотношение, кореспондира на субективното право на работника или служителя на равно третиране и на равни възможности при упражняване на неговите трудови права. Погледнато от гледна точка на целта на тези забрани за дискриминация, се вижда, че тяхното изпълнение от работодателя е същевременно изпълнение и на едно специфично за него юридическо задължение в рамките на трудовото правоотношение – да пази достойнството на работника или служителя по време на изпълнение на работата (чл. 127, ал. 2 КТ). Всеки акт на дискриминация в една или друга степен накърнява човешкото достойнство. Това е особено подчертано при трудовите отношения, защото по-голяма част от съзнателния човешки живот преминава в труд, а преобладаваща част от трудещите се полагат труда си по трудови правоотношения⁶. Всяка форма на дискриминация има като цел (съзнавана или несъзнавана) и резултат накърняване на трудовото достойнство на работника или служителя⁷. Неслучайно в преамбюлите на всички универсални международноправни актове в областта на правата на човека, както и в конвенциите на МОТ, посветени на забраната за дискриминация, се посочва, че една от целите, за които се приемат, е утвърждаване на вярата в основните права на човека, в достойнството и ценността на човешката личност и в равноправието на мъжете и жените (Конвенция на ООН за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените от 1979 г.), както и правото на хората да осъществяват своето материално благосъстояние и духовно развитие в свобода и достойнство и с равни възмож-

⁵ Анализ на съдържанието на чл. 8, ал. 3 КТ вж. Мръчков, В. В: Мръчков, В., Кр. Средкова, Ат. Василев. Коментар на Кодекса на труда. 12. прер. и доп. изд. С.: Сиби, 2016, 87–92.

⁶ Вж. подробно Стайков, Ив. Понятие за дискриминация в трудовите отношения. – Правен преглед, 2005, 1, 22–42.

⁷ В литературата е дефинирано и понятието трудова чест – уважение на достойнството и трудовата репутация на работника от страна на обкръжаващите го, както и оценката на неговите нравствени и трудови качества. Така Бару, М. И. Охрана трудовой чести по советскому законодательству. Москва: Наука, 1966, с. 26. Вж. и Гулиев, В. Е., Ф. М. Рудинский. Демократия и достоинство личности. Москва: Наука, 1983, с. 152 и 159. В чл. 59 от българската Конституция от 1971 г. се съдържа конституционноправна защита на трудовата чест.

ности (Конвенция 111 на МОТ относно дискриминацията в областта на труда и професиите от 1958 г.)⁸.

2. Съгласно чл. 13, ал. 1 ЗЗДискр работодателят е длъжен да осигури еднакви условия на труд на всички работници и служители в неговото предприятие без оглед на признаците по чл. 4, ал. 1 от закона. Тази норма е най-общата откъм съдържание на юридическото задължение на работодателя да не извършва дискриминационни актове спрямо работници и служители при съществуване на трудовото правоотношение⁹.

Използваният от закона термин „условия на труд“ следва да се разбира като всички условия по предоставянето и използването на работната сила на работника или служителя. Това са условията, при които работникът или служителят престава работната си сила, упражнява субективните си трудови права и изпълнява юридическите си задължения по трудовото правоотношение. Тези условия са свързани и с трудовите права и задължения на работодателя: упражняване на правомощията, включени в съдържанието на работодателската власт, както и изпълнение на задълженията му по трудовото правоотношение. За условия на труд с посоченото съдържание нееднократно съдържа разпоредби и Кодексът на труда – вж. напр. чл. 66, ал. 2; чл. 107; чл. 124 и други. Може да се направи правният извод, че като използва термина „условия на труд“ законодателят всъщност има предвид предмета на индивидуалното трудово правоотношение, неговото многообразно вътрешно съдържание, изпълнение и динамично развитие. Следователно задължението на работодателя по чл. 13, ал. 1 ЗЗДискр се отнася до всички възможни аспекти на условията на труд по индивидуалното трудово правоотношение.

3. Различните аспекти на условията на труд, разбирани като предмет на индивидуалното трудово правоотношение, могат да бъдат установени в нормативни актове от различна степен или договаряни с конкретен работник или служител при сключване на трудовия договор или на споразумението по чл. 107 КТ при конкурса и избора.

Под нормативно установените условия на труд се разбират всички закрилни норми на трудовото законодателство. Недопускането на дискриминационни норми в нормативните актове, приемани от държавни органи в областта на трудовото право, е въпрос на качествена и с отговорност пред обществото законодателна политика и дейност (вж. чл. 6, ал. 2, предл. първо ЗЗДискр). Задължителни правила за поведение могат да бъдат установени и в приеманите

⁸ Вж. Мръчков, В. Международно трудово право. С.: Сиби, 2000, 121–127; Стайков, Ив. Уредба на забраната за дискриминация в универсалните международноправни актове. Научен доклад пред Международна научна конференция „Роля и значение на международното и наднационалното право в съвременния свят“, организирана по повод 90-годишнината на проф. д-р Иван Владимиров, София, УНСС, 27.10.2017 г. (под печат).

⁹ Вж. подробно Стайков, Ив. Забраната за дискриминация и задължението на работодателя да осигурява равни условия на труд (чл. 13, ал. 1 от ЗЗДискр). – Правата на човека, 2005, 4, 30–49.

от работодателя вътрешни актове в предприятието и в колективния трудов договор като недържавни източници на трудовото право¹⁰.

Условията на труд като предмет на индивидуалното трудово договаряне са всъщност въпросите по чл. 66, ал. 2 КТ – други условия, свързани с предоставянето на работната сила, които не са уредени с повелителни разпоредби на закона, както и условия, които са по-благоприятни за работника от установените с колективния трудов договор. Това са условията на труд за конкретния работник или служител, които ще се договорят и включат като клаузи в т. нар. допълнително (факултативно) съдържание на трудовия договор.

4. Вече се спомена правното понятие „работодателска власт“. Неговата същност и съдържание е било предмет на обстойни изследвания в трудово-правната литература. Тя е разглеждана като „сложно субективно право“¹¹, като „определени специфични права, които законът предоставя на работодателя като страна по трудовото правоотношение“ и „уникална обособеност на работодателската правоспособност“¹², като „предоставеното му от закона право да организира и ръководи трудовия процес и определя правното положение на работодателя“¹³. Осъществяването на работодателската власт представлява упражняване на субективни трудови права. Извършва се с актове на работодателя или на негов орган като представител на работодателя (едноличен или колективен), на който от името на работодателя е възложено да организира и управлява използването на работната сила на наетите работници и служители.

Работодателската власт включва следните основни права на работодателя¹⁴:

а) да управлява съвместния трудов процес. 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 разпоредения относно изпълнението на трудовите им задължения. Това е неговата управленска (разпоредителна) власт,

¹⁰ За включване на дискриминационни клаузи в колективен трудов договор вж. Стайков, Ив. Антидискриминационни аспекти на колективното трудово договаряне. – Правен преглед, 2007, 1, 90–104.

¹¹ Топалов, М. Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение. С.: Сиби, 1997, 59–60.

¹² Мръчков, В. Трудово право 196–197.

¹³ Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2011, с. 38.

¹⁴ За елементите на работодателската власт вж. Мръчков, В. Работодателят като страна в индивидуалните трудови правоотношения. В: Мръчков, В., Д. Каменов, М. Сотирова. Работодателят в трудовите отношения. С.: Оргсистем, 1993, 50–51; от него: Трудово право, с. 197; Топалов, М. Въпроси на властта на работодателя. – Съвременен право, 1996, 1, 76–81; от него: Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение, 56–59; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I, 38–39.

б) да определя вътрешния ред за осъществяване на трудовия процес. Това се изразява в правомощието на работодателя да издава (приема) вътрешни актове в предприятието, с които се установяват задължителни за работниците и служителите правила за поведение. Това е неговата нормотворческа (нормативна) власт,

в) да упражнява спрямо наетите работници и служители дисциплинарни правомощия – да налага предвидените в закона дисциплинарни наказания (чл. 186–199 КТ). Това е неговата дисциплинарна власт.

5. Предмет на настоящото научно изследване са въпросите относно забраната за дискриминация при упражняване на управленската и нормотворческата власт на работодателя¹⁵. Разгледани са възможните прояви на дискриминационни актове на работодателя във връзка с това; правните последици от включване на дискриминационна разпоредба във вътрешен акт на работодателя; предвидената в закона правна защита срещу нареждания на работодателя, които представляват дискриминационен акт, и срещу дискриминационни разпоредби във вътрешните актове на работодателя.

III. Забраната за дискриминация при упражняване на управленската работодателска власт

1. Някои аспекти на условията на труд могат да бъдат определяни едностранно от работодателя чрез отдаване на задължителни за работниците и служителите нареждания относно изпълнението на трудовите им задължения.

Така например трудовите норми при сделната система за определяне размера на трудовото възнаграждение се определят и изменят от работодателя (чл. 250, ал. 2 КТ). При установяване на работно време с променливи граници (променливо или гъвкаво работно време), когато организацията на труда в предприятието позволява това, както и начина за неговото отчитане, се определят от работодателят (чл. 139, ал. 2 КТ). Удължаването на работното време при условията по чл. 136а КТ, както и възлагането на извънреден труд, допустим по изключение в случаите по чл. 144 КТ, също става с едностранно разпореждане на работодателя. При намаляване обема на работа работодателят може едностранно да установява за определен период непълно работно време за работниците и служителите в предприятието или негово звено (чл. 138а, ал. 1 КТ). При всички хипотези на допустимо едностранно изменение на трудовото правоотношение – увеличаване на трудовото възнаграждение (чл. 118, ал. 3 КТ);

¹⁵ Проблематиката относно забраната за дискриминация при упражняване на дисциплинарната власт на работодателя, авторът е изследвал в друго свое съчинение. Вж. Стайков, Ив. Защита от дискриминация при реализация на дисциплинарната отговорност. В: Сборник научни трудове от Юбилейната научна конференция по повод 10 години от създаването на НБУ „Васил Левски“. Том 5 – Научно направление „Социални, стопански и правни науки“. В. Търново: ИК на НБУ „Васил Левски“, 2012, 163–170.

промяна на мястото на работа и/или характера на работата при производствена необходимост, престой или командироване (чл. 120–121 КТ), това субективно потестативно трудово право на работодателя се упражнява чрез едностранно волеизявление. Работодателят едностранно определя работното място на работника или служителя (§ 1, т. 4 ДР на КТ) и едностранно може да го премества на друго работно място в същото предприятие (чл. 118, ал. 2 КТ).

2. Едностранните нареждания (индивидуални властнически актове) на работодателя при определяне на конкретни аспекти от условията на труд в неговото предприятие са проява на неговата работодателска власт да организира и ръководи трудовия процес, т. нар. управленска (разпоредителна) власт. Самият Кодекс на труда използва различни наименования за тези едностранни актове на работодателя (нареждане – чл. 126, т. 7 и чл. 187, ал. 1, 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). Тези едностранни актове на работодателя могат да бъдат в устна или писмена форма¹⁶. Задължителни за изпълнение са както писмените, така и устните едностранни актове на работодателя¹⁷.

Нарежданията на работодателя по правната си същност представляват едностранни волеизявления, с които работодателят упражнява субективни потестативни трудови права в рамките на трудовото правоотношение¹⁸. Работникът или служителят като насрещно задължен субект е длъжен да изпълни законното нареждане на работодателя и да търпи настъпилата промяна (чл. 126, т. 7 КТ). Нарежданията на работодателя са законни (законосъобразни), когато са съобразени с и се отдават в изпълнение на разпоредбите на Конституцията, законите, подзаконовите нормативни актове, сключен колективен трудов дого-

¹⁶ 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 (арг. 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 от Наредбата за работното време, почивките и отпуските); 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 други.

¹⁷ Вж. така за формата на едностранните актове на работодателя и за тяхната задължителност за изпълнение Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I, с. 41; Филипова, Т. Дисциплинарно уволнение. Пловдив: УИ „Паисий Хилендарски”, 2015, с. 39, 84–85.

¹⁸ Вж. така Топалов, М. Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение, 54–55; Мръчков, В. Трудово право, 389–391 (въпреки че изложението се отнася само за заповедта за разрешаване на отпуск); от него: Субективно право и субективни трудови права. С.: Сиби, 2017, 219–222; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I, 40–41.

вор и вътрешните актове на работодателя¹⁹. Като едностранни сделки, за нарежданията на работодателя 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).

3. При издаването на нареждания, свързани с един или друг аспект от условията на труд, работодателят може да извърши акт на дискриминация въз основа на признак по чл. 4, ал. 1 ЗЗДискр. спрямо работник или група работници при изпълнение на индивидуалното трудово правоотношение. Възможни са и двете форми на дискриминация – пряка и непряка, като втората форма – поставянето на работник или служител в по-неблагоприятно положение в сравнение с други работници и служители чрез привидно неутрално от гледище на закона нареждане, в повечето случаи е „предпочитана“ от работодателите.

Когато нареждане на работодател има за последица дискриминация на работник или служител, изразяваща се в неблагоприятно третиране, което пряко или непряко засяга трудови права или законни интереси на работника или служителя, това нареждане или разпореждане е незаконно. Основанието за недействителност на нареждането като едностранна сделка е противоречие с императивна (повелителна) правна норма или заобикаляне на закона (чл. 44 във вр. с чл. 26, ал. 1 ЗЗД). Правната норма, на която противоречи или която заобикаля подобно нареждане, е чл. 4 във връзка с чл. 13, ал. 1 ЗЗДискр и чл. 8, ал. 3 КТ. Незаконно нареждане на работодателя, свързано с акт на дискриминация, не подлежи на изпълнение от работника или служителя, адресат на нареждането. *Per argumentum a contrario* от чл. 187, ал. 1, т. 7 КТ, неизпълнението на подобно незаконно работодателско нареждане не е дисциплинарно нарушение и не може да служи като основание за реализация на дисциплинарна отговорност²⁰. 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.). От-

¹⁹ 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. С.: Наука и изкуство, 1957, 383–384; Милованов, Кр. Трудовата дисциплина като задължение по трудовото правоотношение. С.: Изд. на БАН, 1985, 11–93, 206–268; Василев, Ат. Трудово право, с. 286; Мръчков, В. Трудово право, с. 510; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I, с. 41; Филипова, Т. Дисциплинарно уволнение, 39–40.

²⁰ Вж. повече за незаконното нареждане на работодателя Милованов, Кр. Трудовата дисциплина като задължение по трудовото правоотношение, 208–233; от него: Дисциплинарно уволнение. С.: Наука и изкуство, 1967, 80–85.

казът на работника или служителя да изпълни незаконно нареждане на работодателя, съдържащо в себе си дискриминационен акт, е правомерно поведение и може да се разглежда като проявна форма на индивидуална самопомощ и самозащита от дискриминация²¹. Засегнатият от дискриминационния акт работник или служител, неизпълнявайки незаконното нареждане на работодателя, в което е инкорпориран този акт, фактически брани, защитава правото си на равенство в третиране при упражняването на трудовите права (чл. 2, т. 2 ЗЗДискр), както и упражняването на което и да е друго от предвидените в Конституцията и законите права и свободи, ако дискриминационният акт накърнява такива (вж. чл. 6 ЗЗДискр).

4. С цел по-голяма гарантираност на трудовите права на работника или служителя, предотвратяване на всички форми на дискриминация в трудовия процес и постигане на законовата цел за ефективна защита срещу дискриминация (чл. 2, т. 3 ЗЗДискр), считам за необходимо в Кодекса на труда да бъдат приети два нови текста със следната редакция:

„(1) Работникът или служителят има право да откаже изпълнението или да преустанови изпълнението на нареждане на работодателя или на прекия ръководител, когато от съдържанието на нареждането става очевидно ясно, че неговото изпълнение води или може да доведе до дискриминация на този работник или служител спрямо другите работници или служители в предприятието.

(2) Когато работникът или служителят откаже изпълнението или преустанови изпълнението на нареждане на работодателя или на прекия ръководител по предходната алинея, работодателят или прекият ръководител е длъжен незабавно да установи основателността на отказа и да отмени незаконното си нареждане”.

С приемането на правните норми ще се създаде в полза на застрашения от проява на дискриминация работник или служител субективно потестативно трудово право. Неговото социално и правно предназначение ще бъде именно индивидуалната самозащита срещу намерението на работодателя да осъществи

²¹ За общите положения в частното право относно самопомощта като вид самозащита на субективните права вж. Павлова, М. Гражданско право. Обща част. Т. I. С.: Софи-Р, 1995, 207–208; Джеров, Ал. Гражданско право. Обща част. Кн. I. 2. изд. С.: Сиела, 2003, 320–321. За самозащитата в трудовото право вж. Лушникова, М. В. К вопросу о самозащите в трудовом праве. В: Судебно-правовая реформа в Российской Федерации. Сб. науч. трудов. Отв. ред. М. Ю. Федорова. Омск, 2002, 116–123; Мръчков, В. Трудово право, 152–153.

акт на дискриминация спрямо конкретен работник или служител²². От друга страна, чрез въвеждане на задължение за работодателя да разгледа незабавно отказа на работника или служителя и да отмени своето нареждане, което ще е незаконно при основателен отказ, се създава правен механизъм за бърза и адекватна реакция срещу проявите на дискриминация на работното място. Това е и начин за своевременно разрешаване по извънсъдебен ред на възникнал правен спор, като при това се спестяват финансови разходи и време и се предотвратява изостряне на отношенията работник – работодател.

Систематичното място на тези текстове е непосредствено след забраната за дискриминация при осъществяването на трудовите права и задължения, която понастоящем се съдържа в чл. 8, ал. 3 КТ. С цел по-добра систематика на закона и по-прецизна юридическа техника също така е необходимо забраната за дискриминация в трудовото право да бъде обособена в самостоятелен член, като текстът на сегашната ал. 3 на чл. 8 КТ стане ал. 1 на новия член, а предложените нови два текста се включат съответно като ал. 2 и ал. 3. Теоретичното значение на предлаганата законодателна промяна е, че ще се даде по-добра прегледност в уредбата на правния институт на забраната за дискриминация при осъществяване на трудовите права и задължения. Обособяването на юридическата забрана в самостоятелен член в Кодекса на труда ще подчертае и нейното важно правно и обществено значение. Подобен законодателен подход ще има и важно практическо значение. Той би улеснил адресатите на правната норма – работника или служителя и работодателя за по-доброто познаване и прилагане на закона, както и държавните органи, упражняващи контрол за спазване на трудовото законодателство.

За времето от фактическото преустановяване на изпълнението на работата до отмяната от работодателя на незаконното нареждане, работникът не престира работната си сила и правомерно бездейства. За този период не му се дължи трудово възнаграждение. Като доразвитие на идеята за индивидуална самозащита срещу работодателски дискриминационни актове е справедливо в закона да се предвиди право на обезщетение на работника или служителя при правомерен отказ за изпълнение на възложената работа. Размерът на обезщетението трябва да се равнява на липсващото трудово възнаграждение за цялото време, през което работникът или служителят не е работил поради отказа си. Така обезщетението ще има характера на обезщетение за пропуснати ползи, т. е. на обезвреда за вредите, които работникът или служителят е претърпял с факта,

²² Хипотези на законово 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.

че не получава трудово възнаграждение поради издадено от работодателя незаконно нареждане, съдържащо акт на дискриминация. Това е гражданскоправна (имуществена) санкция за работодателя, че не е изпълнил законната забрана и своето основно задължение по трудовото правоотношение да не извършва актове на дискриминация спрямо работниците и служителите.

Разпоредбата относно правото на обезщетение може да има следната редакция:

„Работник или служител, който на законно основание е отказал изпълнението или е преустановил изпълнението на нареждане на работодателя или на прекия ръководител, представляващо акт на дискриминация, има право на обезщетение в размер на брутното му трудово възнаграждение, за времето през което не е работил”.

От гледна точка на систематиката на Кодекса на труда тази разпоредба следва да намери място като ал. 3 на чл. 219 или да се обособи като самостоятелен член в раздел III на глава X.

IV. Забраната за дискриминация при упражняване на нормотворческата работодателска власт

1. Голяма част от условията на труд в предприятието се определят във вътрешните актове на работодателя. Тези актове са израз на т. нар. местно (локално, вътрешно) регулиране на трудовите отношения, което се осъществява в предприятието и се прилага само спрямо работниците и служителите в него. Трудовоправната теория ги определя като едни от недържавните източници на трудовото право. Тяхното наличие в обективното право изразява ограничаването на „държавния нормативен монопол”. Това е и проява на „саморегулиране” на трудовото правоотношение, защото тези актове се издават от самия работодател в рамките на работодателската му власт, и по-точно на неговата нормотворческа власт, която законът му предоставя за организацията и управлението на съвместния труд в предприятието съобразно особеностите на неговата дейност²³. Възможността за недържавно регулиране на трудовото правоотношение е една от определящите характеристики на съвременния метод на правно регу-

²³ 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, 156–166; Йосифов, Н. Правен режим на вътрешния трудов ред в предприятията. С.: Профиздат, 1978, 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, 40–41; Мръчков, В. Трудово право, 96–97; от него: Субективно право и субективни трудови права, 222–235; Василев, Ат. Трудово право, 58–63; Средкова, Кр. Трудово право. Обща част, 106–111; Гевренова, Н. Държавна санкция на недържавните източници на трудовото право. – Юридически свят, 2000, 2, 106–123; от нея: Правна характеристика на нормотворческата власт на работодателя. В: Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Т. I. С.: УИ „Св. Кл. Охридски”, 2004, 188–210; Правилникът за вътрешния трудов ред. С.: Сиби, 2007, 35–161.

лиране на трудовото право²⁴. Такива актове на работодателя са: правилникът за вътрешния трудов ред (чл. 181 КТ)²⁵, вътрешните правила за образуване на работната заплата (чл. 22 от Наредбата за структурата и организацията на работната заплата), инструкция за защита на личните данни в регистър „Персонал“ (чл. 23, ал. 4 ЗЗЛД)²⁶ и други²⁷.

В съзвучие с принципа на законността правилникът за вътрешния трудов ред и другите вътрешни актове на работодателя не могат да противоречат на Кодекса на труда и на нормативните актове, издадени за неговото прилагане, както и на специалните закони и други нормативни актове, с които се установяват специфични права и задължения на работодателя и на работниците и служителите с оглед на отделни професии и дейности. Възможно е работодателят поради различни мотиви да приеме в тези актове разпоредба, която има дискриминационен характер и да води до по-неблагоприятно третиране на групи работници или служители на основата на признак по чл. 4, ал. 1 ЗЗДискр. Фактическите последици от прилагането на подобна разпоредба могат да бъдат актове както на пряка, така и на непряка дискриминация в зависимост от конкретната формулировка и целта на разпоредбата. Възможна е и хипотезата на множествена дискриминация по смисъла на § 1, т. 11 ДР на ЗЗДискр – дискриминация на група работници или служители спрямо различни аспекти от условията на труд, основана на повече от един от признаците по чл. 4, ал. 1 от закона.

2. Необходимо е да се подчертае особената роля, която могат да изиграят синдикалните организации в предприятието при упражняване на правото си по

²⁴ Така Василев, Ат. За методите на правно регулиране на трудовите отношения в условията на преустройството. – Държава и право, 1990, 4, 3–11; от него: Трудово право, 32–33; Мръчков, В. Трудово право, 35–36; Средкова, Кр. Трудово право. Обща част, 31–32.

²⁵ Вж. подробно Йосифов, Н. Правен режим на вътрешния трудов ред в предприятията. С.: Профиздат, 1978; Гевренова, Н. Правилникът за вътрешния трудов ред. С.: Сиби, 2007.

²⁶ Вж. подробно Александров, Андр. Защита на личните данни на работниците и служителите. С.: ИК „Труд и право“, 2016, 34–35, 101–103.

²⁷ С промените в Кодекса на труда от лятото на 2015 г. (ДВ, бр. 54 от 2015 г.) беше отменен чл. 277, който задължаваше работодателя да разработва и утвърждава правила за осигуряване на здравословни и безопасни условия на труд в предприятието, които да се обявяват по подходящ начин на работните места. Вж. основателна критика на това законодателно решение у Мръчков, В. В: Мръчков, В., Кр. Средкова, Ат. Василев. Коментар на Кодекса на труда, с. 857 и с. 864.

чл. 37 КТ²⁸. Техните представители, участващи в подготовката на проектите на вътрешни правилници, трябва много детайлно и в дълбочина да вникват във всяка една от предлаганите разпоредби на актовете с цел откриване на дискриминационни по замисъл и философия разпоредби и особено такива, които биха довели до непряка дискриминация. Откривайки подобни разпоредби, те трябва ясно и категорично да заявят пред работодателя своето отрицателно становище относно приемането на тези разпоредби.

Наличието на дискриминационна разпоредба във вътрешен акт на работодателя обикновено означава две неща: работодателят не е поканил представители на синдикалните организации в предприятието да участват в подготовката на проектираните вътрешни актове и така не е изпълнил своето юридическо задължение по чл. 37 КТ или въпреки че тези представители са участвали в изработването на проекти и са дали отрицателно мнение за включването на такава разпоредба в акта, работодателят не се е съобразил с тяхното мнение. И в двата случая поведението на работодателя нарушава духа на сътрудничество между синдикатите и работодателя, който е в интерес и на двете страни, и като последица може да доведе до социално напрежение и трудови конфликти.

V. Защита срещу дискриминационна разпоредба във вътрешен акт на работодателя

1. Правните последици от включването на дискриминационна разпоредба във вътрешен акт на работодателя следва да се извлекат от съотношението между отделните източници на трудовото право²⁹. В съответствие с чл. 15, ал. 3 от Закона за нормативните актове, ако разпоредба на вътрешен акт на работодателя противоречи на държавен нормативен акт, правораздавателните органи прилагат държавния нормативен акт. Всички антидискриминационни забрани имат императивен характер. Следователно всяка дискриминационна разпоредба във вътрешен акт на работодателя противоречи (или заобикаля – при непряката дискриминация) законова императивна норма и като такава не следва да се прилага. Този ред за защита срещу незаконосъобразността на отделни разпоредби в актове на работодателя обаче е приложим при образуван и висящ

²⁸ Съгласно чл. 181, ал. 2 КТ правилникът за вътрешния трудов ред се издава, освен след предварителни консултации с представителите на синдикалните организации в предприятието, но и след такива консултации с представителите на работниците и служителите по чл. 7, ал. 2 КТ. За съдържанието на работническото представителство и относно правата на работническите представители вж. Чочова, М. Работническо представителство по чл. 7, ал. 2 и чл. 7а от Кодекса на труда. Дисертация за придобиване на образователна и научна степен „доктор”. ЮЗУ „Неофит Рилски”, Правно-исторически факултет. Благоевград, 2015 (ръкопис), 126–137, 148–176.

²⁹ За съотношението и йерархическата зависимост на източниците на трудовото право вж. Василев, Ат. Трудово право, 61–63; Мръчков, В. Трудово право, 103–108; Гевренова, Н. Правилникът за вътрешния трудов ред, 162–218.

съдебен процес относно трудови права и задължения на страните по трудовото правоотношение.

2. Практически важният въпрос е по какъв начин работниците и служителите в предприятието могат да се защитят срещу дискриминационна разпоредба във вътрешен акт на работодателя независимо дали тя се прилага или не. Упражнявайки своята нормотворческа работодателска власт, работодателят приема вътрешни актове, като фактически това става с издаването на заповед (нареждане, разпоредба). Вече бе споменато, че последната по правната си същност е едностранна сделка на работодателя, за която намират съответно приложение правилата относно действителността на договорите (чл. 44 ЗЗД). Заповедта за приемането на вътрешния акт е частично нищожна в частта си за приемане на конкретната дискриминационна разпоредба³⁰. Основанието за нищожност е противоречие с повелителна правна норма или заобикаляне на закона (чл. 44 във вр. с чл. 26, ал. 1 ЗЗД). Правната норма, на която противоречи или която заобикаля разпоредбата на вътрешния акт, е чл. 4 във вр. с чл. 13, ал. 1 ЗЗДискр, както и чл. 8, ал. 3 КТ. При тази постановка на въпроса всяко заинтересовано лице може на основание чл. 124, ал. 1 ГПК да предяви установителен иск за обявяване (прогласяване) на нищожността на съответната разпоредба във вътрешния акт на работодателя. Лицата, които имат правен интерес от обявяването на нищожността, са всеки работник или служител в предприятието, както и синдикалната организация или нейното поделение в предприятието, ако има такава³¹.

3. В чл. 71, ал. 1, т. 1 ЗЗДискр е уредено правото на иск за установяване на нарушението, който може да предяви всяко лице, чиито права по този или по други закони, уреждащи равенство в третирането, са нарушени. Този иск може да бъде предявен и с петитум да се установи нарушаване на законова антидискриминационна забрана чрез включването във вътрешен акт на работода-

³⁰ В действителност тази заповед е съвкупност от множество едностранни волеизявления на работодателя, които в своята цялост и системност формират вътрешния акт на работодателя като единен правен акт. Същност понятието „актове на работодателя“ е родово понятие, което включва видовите понятия „едностранни нареждания на работодателя“ (или „индивидуални властнически актове на работодателя“) и т. нар. „вътрешни актове на работодателя в предприятието“. 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“.

³¹ За обявяването на нищожността на сделка по съдебен ред вж. Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II. С.: Наука и изкуство, 1973, 285–286; Павлова, М. Гражданско право. Обща част. Т. II. С.: Софи-Р, 1996, 125–126, 179; Сталев, Ж. Българско гражданско процесуално право. 5. изд. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 1994, 180–184.

теля на дискриминационна разпоредба. Това е нарушение на забраната за дискриминация от работодателя при упражняването на неговата нормотворческа работодателска власт. Не е необходимо да е налице реален акт на дискриминация, а е достатъчна потенциалната възможност от такъв акт. Това произтича от нормативния характер на вътрешните актове на работодателя, от същността им на недържавни източници на трудовото право, съдържащи общи правила за поведение, адресирани към персонално неопределен кръг субекти, предназначени за многократно и повтарящо се прилагане във времето.

Активно легитимирана страна (ищец) в процеса по този иск може да бъде всеки работник или служител в предприятието, защото адресат на разпоредбите на вътрешните актове на работодателя са всички работници и служители в предприятието. По същество това е положителен установителен иск. Съдът, установявайки факта на нарушението на антидискриминационна законова забрана, в диспозитива на съдебното решение трябва да обяви (прогласи) и нищожността на съответната разпоредба във вътрешния акт на работодателя. Съдът е длъжен да направи това и без да има изрично искане от ищеца в този смисъл. Това е така, защото правният ред не може да търпи признати от него за незаконни актове, които трябва да бъдат отменени или прогласени за нищожни по съответния ред, в случая от съда като правораздавателен орган.

Съгласно чл. 71, ал. 3 ЗЗДискр процесуално легитимирана да предяви този иск като самостоятелен и да се конституира в процеса като главна страна е и синдикалната организация в предприятието, ако има създадена такава. Положителната процесуална предпоставка, посочена от закона – вследствие на дискриминация да са нарушени правата на множество лица, е обективно налице. Вътрешните актове на работодателя имат персонално действие спрямо всички работници и служители в предприятието. В този смисъл са нарушени или е възможно да бъдат нарушени правата на равно третиране по отношение условията на труд на всички членове на трудовия колектив в предприятието. Лицата, чиито права са нарушени или е възможно да бъдат нарушени – всеки един от работниците и служителите, могат да встъпят в процеса като подпомагаща страна по чл. 218 ГПК³².

4. На разположение на работниците и служителите и на синдикалната организация в предприятието е възможността чрез писмен сигнал да направят искане пред Комисията за защита от дискриминация (КЗД) с решение да приложи като принудителна административна мярка задължително предписание на работодателя да отстрани нарушението на законодателството за предотвратяване на дискриминацията, като отмени съответната дискриминационна разпоредба във вътрешния акт (чл. 76, ал. 1, т. 1 ЗЗДискр). Комисията за защита от дискриминация може да приложи и втората възможна принудителна административна мярка по чл. 76, ал. 1, т. 2 ЗЗДискр във втората и хипотеза – спиране на

³² Вж. подробно Стайков, Ив. Процесуални права на синдикалните организации за защита от дискриминация в трудовите отношения. В: Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Т. II. С.: УИ „Св. Кл. Охридски”, 2007, 204–220.

изпълнението на незаконно решение или нареждане на работодателя, което може да доведе до дискриминация. Фактически за случая тя трябва да се преформулира като спиране действието на дискриминационната разпоредба на вътрешния акт на работодателя. На практика, за да се постигне ефективност на защитата от дискриминация по този ред, е необходимо постановяването и на двете принудителни административни мерки – спиране действието на дискриминационната разпоредба от вътрешния акт и задължително предписание до работодателя да отстрани нарушението, като отмени тази разпоредба. За разлика от съда, КЗД може само да спре действието на разпоредбата от вътрешния акт на работодателя, но не може да я отмени или прогласи за нищожна, което намалява ефективността на правната защита³³.

5. Друг възможен способ за защита срещу дискриминационна разпоредба във вътрешен акт на работодателя е по предложение на синдикалната организация Изпълнителна агенция „Главна инспекция по труда“ (ИА ГИТ) да даде задължително предписание на работодателя за отстраняване на нарушението на трудовото законодателство (чл. 404, ал. 1, т. 1, предл. първо КТ)³⁴. Съгласно чл. 406, ал. 1 КТ синдикалните организации имат право да сигнализируют контролните органи за нарушения на трудовото законодателство, както и да искат административно наказание за виновните лица. Антидискриминационните разпоредби на чл. 13 и сл. ЗЗДискр, както и чл. 8, ал. 3 КТ, са част от действащото българско трудово законодателство. Включването от работодателя на дискриминационна по съдържание разпоредба в негов вътрешен акт е нарушение (обективно неспазване на законови предписания) на това законодателство. Задължителното предписание като принудителна административна мярка цели преустановяване действието на нарушението – то задължава работодателя да отмени дискриминационната разпоредба във вътрешния акт³⁵. Самата ИА ГИТ, подобно на КЗД, не може сама да отмени тази незаконна разпоредба, а само има правото да даде задължително предписание на работодателя той да я отмени и така да преустанови нарушаването на трудовото законодателство. Неизпълнението на задължителното предписание е административно нарушение, за което се налага административна санкция – имуществена санкция или глоба в размер от 1500 до 10 000 лева (чл. 415, ал. 1 КТ).

³³ Съвсем друг е въпросът, че за това закононарушение, административно по своя характер, КЗД може да наложи с решението си и административно наказание – глоба или имуществена санкция по реда на раздел II на глава V от ЗЗДискр, в зависимост от обективната страна на административното нарушение.

³⁴ За правната характеристика на задължителното предписание като принудителна административна мярка вж. Василев, Ат. Трудово право, 589–593; Мръчков, В. Трудово право, 955–968; от него: В: Коментар на Кодекса на труда, 1165–1169.

³⁵ За принудителните административни мерки вж. Лазаров, К. Принудителни административни мерки. С.: Наука и изкуство, 1981, 12–128; Костов, Д., Д. Хрусанов. Административен процес на Република България. С.: Сиби, 2001, 136–227.

6. Поради това че и КЗД осъществява специализиран държавен контрол за спазване на антидискриминационното трудово законодателство (по характера си това е външноведомствен контрол – вж. чл. 400 КТ) се поставя общият въпрос за взаимодействието на този държавен орган с дейността на ИА ГИТ. Възможно е дублиране и противоречия в дейността на двата държавни органа при упражняване на правомощията им да дават задължителни предписания на работодателите и да налагат административни наказания за нарушаване на антидискриминационни разпоредби на трудовото законодателство и при неизпълнение на задължителни предписания. Необходимостта от взаимодействие и координация е особено наложителна при реализация на административнонаказателната отговорност, за да не се стига до положението за едно и също административно нарушение да се налагат две административни наказания (вж. чл. 17 ЗАНН), като се има предвид, че Кодексът на труда и Законът за защита от дискриминация предвиждат различни по размер (минимум и максимум) глоби и имуществени санкции – срв. чл. 414, ал. 1 КТ и чл. 76, ал. 1 и чл. 80–82 ЗЗДискр.

Ключови думи

Международно право, Комисия на ООН по международно право, проект за конвенция, престъпления против човечеството.

Key words

International Law, UN International Law Commission, Draft Articles, Crimes Against Humanity.

Katerina Yocheva

**International
Legal Regulation of
Crimes Against Humanity**

**Assoc. Prof. Katerina
Yocheva, Ph. D.**

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

In the present study the author considers the so far work of the United Nations International Law Commission on the topic "Crimes against humanity". Under particular consideration are the issues about the current legal regulation of those crimes, the mandate of the International Law Commission to include the topic in its programme of work, the evolution of the definition of the term "crimes against humanity" and its basic features as well as the work of the Special Rapporteur, the Drafting Committee and the Commission itself in view of the preparation of the draft articles on crimes against humanity. At present those articles are transmitted to Governments, international organizations and others for comments and observations, with the request that such comments and observations be submitted to the UN Secretary-General by 1 December 2018.

Катерина Йочева

Международноправна уредба на престъпленията против човечеството

*„Престъпленията, свързани с жестокости – геноцид, престъпления против човечеството, престъпления по време на война и етническо прочистване – са „предотвратими“.
Антониу Гутерш¹*

Въведение

Международното наказателно право е от дяловете на международното право, който се разви забележимо за краткия период след 1989 г. Това бързо развитие доведе до появата на известна неяснота в понятията поради липсата на еднообразна и безспорно утвърдила се терминология.

Общо съгласие съществува за това, че международното наказателно право се занимава с нарушенията на международното право от физически лица и че тези нарушения обхващат ценности, защитени от международното право. Правонарушенията и престъпленията, за които се носи отговорност по международното наказателно право, трябва да се приемат от всички или почти всички държави.

Съгласие между държавите засега не се очертава по такива състави на престъпления като агресия и замърсяване на околната среда. Доскоро същото можеше да се констатира и по отношение на престъпленията против човечество-

¹ Генерален секретар на Организацията на обединените нации (ООН) в реч пред Общото събрание на ООН, 25 юни 2018 г., в оригинал: "Atrocity crimes – genocide, crimes against humanity, war crimes, and ethnic cleansing – are not "inevitable", цитирано по: <https://news.un.org/en/story/2018/06/1013002> [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с последен достъп на 1.9.2018 г.].

то въпреки постиженията, отбелязани със създаването на Международния наказателен съд.

Съгласно съвременното международно право международните наказателни съдилища имат юрисдикцията да разглеждат три вида престъпления:

- геноцид,
- престъпления против човечеството и
- престъпления по време на война².

Престъплението геноцид се урежда съгласно Конвенция за предотвратяване и наказване на престъплението геноцид, приета в Париж на 9 декември 1948 година³, а **престъпленията по време на война** са предмет на универсални конвенции⁴, които задължават държавите в националното си право да предотвратяват и наказват подобни престъпления и да си сътрудничат за тези цели.

Същевременно все още не действа универсален международен договор, посветен на предотвратяването и наказването на престъпления против човечеството, който да насърчава междудържавното сътрудничество във връзка с това, въпреки че престъпленията против човечеството са не по-малко срещани от геноцида или престъпленията по време на война. За разлика от престъпленията по време на война престъпленията против човечеството могат да възникнат в положения, които не обхващат въоръжен конфликт.

² Сравнително неправилно и неточно преведани на бълг. език като „военни престъпления“, срв. превода на член 8 от Римския статут на Международния наказателен съд (бележка под линия 25 по-долу).

³ Приета от Общото събрание на ООН на 9 декември 1948 г. с резолюция 260 А (III). United Nations, Treaty Series, vol. 78, No. 1021, p. 277. 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.

⁴ Уредбата се съдържа в Женевските конвенции от 1949 г. (Женевска конвенция от 12 август 1949 г. относно третирането на военнопленниците, Обн. ДВ, бр. 26 от 21 март 2014 г., Женевска конвенция от 12 август 1949 г. за подобряване участието на ранените, болните и претърпелите корабкрушение от състава на морските въоръжени сили, Обн. ДВ, бр. 26 от 21 март 2014 г., Женевска конвенция от 12 август 1949 г. за подобряване участието на ранените и болните в действащите въоръжени сили, Обн. ДВ, бр. 26 от 21 март 2014 г. и Женевска конвенция от 12 август 1949 г. относно закрила на цивилните лица във време на война, Обн. ДВ, бр. 27 от 25 март 2014 г.) и в протокол I от 1977 г. (Допълнителен протокол към Женевските конвенции от 12 август 1949 г. относно защитата на жертвите на международни въоръжени конфликти (Протокол I), Обн. ДВ, бр. 30 от 1 април 2014 г.).

Мандат на Комисията по международно право на Организацията на обединените нации за изработване на уредба относно престъпленията против човечеството

Комисията по международно право на Организацията на обединените нации (наричана по-нататък „КМП“ или „Комисията“) е създадена от Общото събрание на Организацията на обединените нации (наричана по-нататък „ООН“) през 1947 г.⁵, за да осъществява мандата на Общото събрание съгласно член 13, параграф 1, б. а) от Устава на ООН да предприема проучвания и прави препоръки с цел да „[...] насърчава прогресивното развитие на международното право и неговата кодификация“.

В член 1, параграф 1 от Статута на Комисията⁶ се предвижда, че „[КМП] има за цел да насърчава прогресивното развитие на международното право и неговата кодификация“. В член 15 от Статута се прави разграничение „за удобство“ между прогресивното развитие като означаващо „подготовката на проекти за международни договори по теми, които все още не са били регламентирани от международното право или по отношение на които правото все още не е достатъчно развито в практиката на държавите“ и кодификация като означаваща „по-точната формулировка и систематизиране на правилата на международното право в области, където вече е имало обширна държавна практика, съдебен precedent и доктрина“. На практика дейността на КМП по дадена тема обикновено обхваща някои аспекти от прогресивното развитие, както и кодификацията на международното право при балансиране на двете в зависимост от конкретната тема.

В продължение на повече от 60 г. обаче дейността на КМП е почти изключително в областта на международното публично право. През 1996 г. Комисията отбелязва, че през последните години тя не е работила в областта на международното частно право освен по изключение и в хода на работата по темата относно субектите на международното публично право; освен това изглежда малко вероятно КМП да навлезе в подобна материя, като се има предвид дейността на други органи като Комисията на ООН по международно търговско право (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)) и Харгската конференция по международно частно право.

Комисията извършва задълбочена дейност в областта на **международното наказателно право**, като първоначално формулира т. нар. Нюрнбергски принципи (Nürnberg principles) и разглежда въпроса за международната наказателна юрисдикция по време на първата си сесия през 1949 г. Впоследствие през годините дейността на КМП кулминира в завършването на проекта за Статут на Международния наказателен съд по време на 46-та си сесия през 1994 г. и в изготвянето на проект за Кодекс за престъпленията срещу мира и сигурността на чове-

⁵ С резолюция на Общото събрание на ООН 174 (II) от 21 ноември 1947 г., с изменението по силата на резолюции 485 (V) от 12 декември 1950 г., 984 (X) от 3 декември 1955 г., 985 (X) от 3 декември 1955 г. и 36/39 от 18 ноември 1981 г.

⁶ Всички цитати от Статута са неофициален превод.

чеството (Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind) по време на 48-та си сесия през 1996 г. На своята 67-ма сесия през 2014 г. КМП приема окончателния доклад по темата „задължението да се екстрадира или преследва (aut dedere aut judicare)“. През същата сесия от 2014 г. КМП решава да включи темата „Престъпления против човечеството“ в своята работна програма. Това става в резултат на Препоръка от 65-та сесия на КМП от 2013 г. на Работната група относно дългосрочната работна програма на КМП. Решението да се включи темата „престъпления против човечеството“ в дългосрочната работна програма е взето въз основа на предложение, направено от проф. Sean D. Murphy и възпроизведено в Приложение В към доклада на Комисията относно работата на тази сесия. Така на своята 66-та сесия (2014 г.) Комисията окончателно взема решение да включи темата в своята работна програма и назначава своя член проф. Sean D. Murphy⁷ като специален докладчик (Special Rapporteur) за темата.

През 2016 г. при обновяването на състава на Комисията Общото събрание на ООН избира проф. Murphy за втори мандат член на КМП за периода 2017–2021 г., където той отново е специален докладчик по темата за престъпленията против човечеството.

Понятието „престъпления против човечеството“

Еволюцията на понятието „престъпления против човечеството“ е твърде интересна.

Според Brian Dube⁸ „понятието „престъпления против човечеството“ широко се използва от различни хора, за да се означават различни неща. В медиите изразът се използва, за да включи различни съвременни политически събития, за които те съобщават. Медийните и социалните работници са използвали термина свободно, за да се позовават на положения, при които правителства или други властимащи лица са извършили някаква неправда. Политици и политически изследователи използват понятието, за да се позоват на неприемливи и несправедливи дейности в политическата област. За международноправниците терминът се използва, за да се означа специфично престъпление съгласно международното наказателно право, различно от геноцида и престъпленията по време на война“⁹.

⁷ Професор по международно публично право в George Washington University Law School. Вж. повече на адрес в интернет: <https://www.law.gwu.edu/sean-d-murphy> [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с последен достъп на 1.9.2018 г.].

⁸ Faculty of Law, Department of Public Law, Midlands State University, Zimbabwe.

⁹ Цитирано по Brian Dube, Understanding the content of crimes against humanity: Tracing its historical evolution from the Nuremberg Charter to the Rome Statute, в African Journal of Political Science and International Relations, Vol. 9 (5), pp. 181–189, May 2015. Вж. текста на адрес в интернет: <http://www.academicjournals.org/journal/AJPSIR/article-full-text-pdf/1F5005E52765>

Отново според Brian Dube¹⁰ „Престъпления против човечеството“ произхожда от различни конфликтни положения през XIX и XX в., а терминът се използва за първи път по време на процесите в Нюрнберг“.

Според David Luban¹¹ „няма свидетелства за начина, по който терминът „престъпления против човечеството“ е избран от бащите на Nuremberg Charter¹². Терминът е избран от U.S. Supreme Court Justice Robert Jackson, главният щатски прокурор в Нюрнберг и ръководител на американската делегация на Лондонската конференция, на която е изработен Статута. Jackson се консултира с големия международноправен учен Hersch Lauterpacht, но те решават да не записват разискванията си, очевидно за да избегнат съдебни противоречия. Терминът е използван през 1915 г. от правителствата на Франция, Великобритания и Русия за означаване на геноцида на Турция спрямо арменците като „престъпления против цивилизацията и човечеството“, като същата фраза се използва и в предложение от 1919 г. за провеждане на съдебно преследване срещу извършителите му от Турция“¹³.

Последното твърдение за произхода на израза се подкрепя и от други източници¹⁴, според които понятието „престъпления против човечеството“ също е използвано официално за пръв път през 1915 г. от Съюзените правителства (Франция, Великобритания и Русия) в декларация¹⁵, заклеяваща масовите убийства на арменци в Османската империя.

Вярно е обаче, както твърди Brian Dube, че едва след Втората световна война през 1945 г. престъпленията против човечеството за първи път са преследвани пред Международния военен съд в Нюрнберг.

Както Статута, създаващ Международния военен съд в Нюрнберг¹⁶, така и този за създаването на Международния военен съд за Далечния изток в Токио¹⁷, включват идентично понятие за престъплението.

¹⁰ Вж. цит. по-горе съч.

¹¹ Professor of Law, Georgetown University Law Center.

¹² Вж. бележка под линия 15 по-долу.

¹³ David Luban, A Theory of Crimes Against Humanity, 29 Yale J. Int'l L. 85-167 (2004). Вж. текста на адрес в интернет: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146/>

¹⁴ Вж. например на адреси в интернет: <http://www.un.org/en/genocideprevention/crimes-against-humanity.html>, <https://www.britannica.com/topic/crime-against-humanity> и <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Crimes/CrimesAgainstHumanity>

¹⁵ Вж. на адрес в интернет: http://www.armenian-genocide.org/popup/affirmation_window.html?Affirmation=160

¹⁶ Nuremberg Charter (Charter of the International Military Tribunal) (1945), London, 8 August 1945, вж. текста на адрес в интернет: <https://ghum.kuleuven.be/ggs/events/2013/springlectures2013/documents-1/lecture-5-nuremberg-charter.pdf>

¹⁷ Charter of the International Military Tribunal for the Far East, вж. текста на адрес в интернет: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf

То се съдържа най-напред в член 6, б. с) от Статута, създаващ Международния военен съд в Нюрнберг, в който се предвижда юрисдикция на съда по отношение на:

„престъпления против човечеството: а именно убийство, физическо унищожение, поробване, депортиране и други нечовешки деяния, извършени срещу гражданското население, преди или по време на война; или преследване въз основа на политически, расови или религиозни основания в изпълнение на или във връзка с всяко престъпление, попадащо под юрисдикцията на Съда, независимо дали е или не е в нарушение на вътрешното право на държавата, в която е извършено [...]“¹⁸.

Напълно идентична е разпоредбата на член 5, б. с) от Статута на Международния военен съд за Далечния изток в Токио.

След това понятието за престъпления против човечеството е претърпяло развитие съгласно международното обичайно право и чрез юрисдикциите на международните трибунали като Международния наказателен съд¹⁹, Международния наказателен трибунал за бивша Югославия²⁰ и Международния наказателен трибунал за Руанда²¹.

Много държави са криминализирали престъпленията против човечеството във вътрешното си право²², а за останалите предстои да сторят това.

В България подобна уредба се съдържа в Наказателния кодекс на Република България (НК)²³. В него се предвижда преследване на престъпления против

¹⁸ Неофициален превод.

¹⁹ Вж. по-долу в следващата точка анализ на уредбата за престъпленията против човечеството в Римския статут от 1998 г. за създаването на Международния наказателен съд.

²⁰ Вж. член 5 от Updated statute of the International criminal tribunal for the Former Yugoslavia, adopted 25 May 1993 by Resolution 827 as last amended 7 July 2009 by Resolution 1877. Вж. текста на адрес в интернет: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

²¹ Вж. член 3 от Statute of the International tribunal for Rwanda. Вж. текста на адрес в интернет: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf

²² Вж. Crimes Against Humanity Statutes and Criminal Code Provisions in Selected Countries, April 2010, Law library of Congress, Multinational Report Crimes Against Humanity Statutes and Criminal Code Provisions, В този доклад се обхващат законови разпоредби относно престъпленията против човечеството в следните субекти: Аржентина, Армения, Австралия, Австрия, Азербайджан, Белгия, Босна и Херцеговина, Бразилия, България, Камбоджа, Канада, Колумбия, Демократична република Конго, Република Конго, Коста Рика, Хърватия, Дания, Еквадор, Естония, Европейския съюз, Финландия, Франция, Грузия, Германия, Ирландия, Италия, Кот д'Ивоар, Япония, Южна Корея, Киргизстан, Латвия, Лихтенщайн, Люксембург, Мали, Малта, Мексико, Нидерландия, Нова Зеландия, Нигерия, Норвегия, Перу, Полша, Португалия, Словакия, Словения, Южна Африка, Испания, Швеция, Швейцария, Тринидад и Тобаго, Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия и Уругвай. Вж. текста на адрес в интернет: <https://www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php>

²³ В сила от 1.5.1968 г., Обн. ДВ, бр. 26 от 2 април 1968 г., посл. изм. ДВ, бр. 55 от 3 юли 2018 г.

мира и човечеството, като съответните разпоредби се съдържат в глава четирнадесета („Престъпления против мира и човечеството“) и по-специално членове 407–418 НК. Наказателният кодекс се прилага за всички престъпления, извършени на територията на Република България (чл. 3 НК). НК се прилага и към българските граждани за извършените от тях престъпления в чужбина (чл. 4 НК). По-специално що се отнася до престъпленията против мира и човечеството, в НК се предвижда, че той се прилага и по отношение на чужденци, извършили в чужбина престъпление против мира и човечеството, с което се засягат интересите на друга държава или чужди граждани (чл. 6, ал. 1 НК).

Както обаче бе посочено по-горе, престъпленията против човечеството все още не са били кодифицирани в специален универсален международен договор.

Въпреки това има основания да се твърди, че обичайното международно право разглежда забраната на престъпленията против човечеството, подобно на забраната на геноцида, като императивна норма на международното право, от която не се допуска дерогация и която се прилага спрямо всички държави²⁴.

Римският Статут от 1998 г. за създаването на Международния наказателен съд²⁵ е документът, който отразява последния консенсус между държавите по този въпрос.

Това също така е договорът, който предлага най-широкия списък на специфични действия, които могат да съставляват престъплението.

Определение за „престъпление против човечеството“ от Римския статут на Международния наказателен съд

В член 7 от Римския статут на Международния наказателен съд се съдържа определение за „престъпление против човечеството“. Съгласно този текст:

„1. По смисъла на този статут „престъпление против човечеството“ е всяко от следните действия, което се извършва като част от широко или систематично съзнателно нападение срещу гражданското население:

- (a) убийство;
- (b) физическо унищожение;
- (c) поробване;
- (d) депортиране или насилствено преместване на население;
- (e) лишаване от свобода или друго тежко лишаване от физическа свобода в нарушение на основните правила на международното право;
- (f) изтезания;

²⁴ Така се посочва от ООН на адрес в интернет: <http://www.un.org/en/genocideprevention/crimes-against-humanity.html>

²⁵ Римски статут на Международния наказателен съд, приет от дипломатическата конференция на пълномощните представители под егидата на ООН за учредяване на Международен наказателен съд на 17 юли 1998 г., ратифициран със закон, приет от XXXIX Народно събрание на 15 март 2002 г., ДВ, бр. 31 от 2002 г. В сила от 1 юли 2002 г., Обн. ДВ, бр. 68 от 16 юли 2002 г.

(г) изнасилване, сексуално робство, насилствена проституция, насилствено забременяване, насилствена стерилизация или всяка друга форма на сексуално насилие с подобна тежест;

(h) преследване на определена група или общност поради политическа, расова, национална, етническа, културна, религиозна принадлежност или пол в съответствие с определението в ал. 3 или поради други основания, които са общо-признати за недопустими по международното право във връзка с всяко действие, посочено в тази алинея, или всяко престъпление от компетентността на съда;

(i) насилствено изчезване на лица;

(j) престъплението апартейд;

(к) други нечовешки деяния със сходно естество, които умишлено причиняват голямо страдание или тежко увреждане на тялото или на душевното или физическото здраве.

2. По смисъла на ал. 1:

(а) „нападение срещу гражданското население“ е поведение, свързано с многократното извършване на деяния измежду изброените в ал. 1 срещу всяко гражданско население, вследствие или в резултат на държавна или организационна политика за извършването на такова нападение [...]“.

Основни елементи на престъпленията против човечеството

Основните черти на престъпленията против човечеството са систематизирани от Antonio Cassese²⁶. Борис Велчев разглежда подробно в българската литература основните характеристики на тези престъпления²⁷.

Съгласно член 7, параграф 1 от Римския статут не е необходимо престъпленията против човечеството да са свързани с въоръжен конфликт и могат да настъпят в мирно време подобно на престъплението геноцид.

В същия член се съдържа и определение за престъплението, което съдържа следните основни елементи:

– **физически елемент**, който включва извършването на „всяко от [...] действия[та]“, посочени в букви а) до к) от член 7 от Римския статут на Международния наказателен съд,

– **контекстуален елемент**: „което се извършва като част от широко или систематично [...] нападение срещу гражданското население“ и

– **психологичен елемент**: „съзнателно“.

Контекстуалният елемент определя, че престъпленията против човечеството обхващат или насилие от едър мащаб във връзка с броя на жертвите, или неговото разширяване спрямо широка географска област („широко“), или методически вид насилие („систематично“). Това изключва случайни или изолирани действия на насилие.

²⁶ Вж. Cassese, *Ant. International Criminal Law*, Second edition, Oxford University Press, 2008, ISBN: 978-0-19-920310-9, 456 pages.

²⁷ Вж. Велчев, Б. *Международно наказателно право*, Сиела, 2015, ISBN: 978-954-28-1720-8, с. 167 и сл.

В допълнение член 7, параграф 2, буква а) от Римския статут определя, че престъпленията против човечеството трябва да са извършени вследствие или в резултат на държавна или организационна политика за извършването на такова нападение. Не е задължително планът или политиката да бъдат изрично предвидени или формално приети и следователно могат да се извлекат от съвкупността на обстоятелствата.

За разлика от геноцида не е нужно престъпленията против човечеството да са насочени спрямо конкретна група. Вместо това жертва на атаката може да бъде всяко гражданско население независимо от неговата принадлежност или идентичност. Друга значима отлика е, че в случая на престъпления против човечеството не е необходимо да се доказва, че е налице цялостно специфично намерение. Достатъчно е да е налице просто намерение да се извърши някое от посочените в списъка действия с изключение на акта на преследване, при който се изисква допълнително дискриминационно намерение. Извършителят също така трябва да действа, като осъзнава нападението срещу гражданското население и че негово/нейното действие е част от това нападение.

Доклади на специалния докладчик по темата „Престъпления против човечеството“

В течение на работата на КМП по темата „Престъпления против човечеството“ пред Комисията са представени три доклада от специалния докладчик проф. Sean D. Murphy²⁸.

Първият доклад на специалния докладчик проф. Sean D. Murphy е представен на 67-та сесия на КМП (2015 г.) и е разгледан на нейните заседания от 21 до 28 май 2015 г. В него се съдържа дискусия относно общата основа по отношение на възникването на понятието за престъпления против човечеството като аспект на международното право, прилагането му от международните съдилища и инкорпорирането му в националното право на някои държави. Прави се предложение за първите два члена от конвенцията: първият за предотвратяването и наказването на престъпленията против човечеството и вторият – относно понятието за подобни престъпления.

Вторият доклад на специалния докладчик проф. Sean D. Murphy е представен на 68-та сесия на КМП (2016 г.) и е разгледан на нейните заседания от 11 до 19 май 2016 г. В него се съдържа дискусия относно различните действия, които следва да предприемат държавите съгласно националните си правни системи по отношение на престъпленията против човечеството. Отправят се предложения за текстове на пет нови члена от конвенцията, респективно относно криминализиране съгласно националното право, установяване на национална юрисдикция, общо разследване и сътрудничество за идентифициране на предполагаеми престъпници, упражняване на национална юрисдикция, когато е налице предполагаем престъпник, *aut dedere aut judicare* и справедливо третиране на предполагаемия престъпник.

²⁸ Вж. текстовете на докладите A/CN.4/680 + Corr.1, A/CN.4/690 и A/CN.4/704 на адрес в интернет: http://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml

Третият и последен доклад на специалния докладчик проф. Sean D. Murphy (69-та сесия на КМП (2017 г.), е разгледан на нейните заседания от 1 до 9 май 2017 г. Дискусията в него е относно няколко допълнителни въпроси по отношение на престъпленията против човечеството. Отправя се предложение за текст на преамбюл към конвенцията и за седем нови члена относно: екстрадиция на предполагаемия престъпник, non-refoulement (принципа на „забрана за връщане“), взаимна правна помощ, участие, защита и репарации за жертви, свидетели и други, отношенията с компетентните международни наказателни съдилища, задължения при федералните държави и уреждането на междудържавни спорове.

Доклади на Drafting Committee по темата „Престъпления против човечеството“

Drafting Committee²⁹ (Комитет за изготвяне на проекта за текст на международния договор) представя общо три доклада по темата „Престъпления против човечеството“³⁰. Резултатите от дейността на Drafting Committee може да се обобщат, както следва:

– по време на 67-ма сесия на КМП (2015 г.) се представя текст на проекта за членове 1, 2, 3 и 4, временно приети от Drafting Committee на 28 и 29 май и на 1 и 2 юни 2015 г.,

– по време на 68-ма сесия на КМП (2016 г.) се представя текст на проекта за членове 5, 6, 7, 8, 9 и 10, временно приети от Drafting Committee на 25, 26, 30 и 31 май и на 1 и 2 юни 2016 г. и

– по време на 69-та сесия на КМП (2017 г.) са предложени текстове и заглавия на проекта за преамбюл, проекта за конвенция и проекта за приложение, временно приети от Drafting Committee на първо четене.

Коментари от правителствата по темата „Престъпления против човечеството“

Представените от правителствата на държавите – членки на ООН коментари по темата „Престъпления против човечеството“ могат да се обобщат накратко по следния начин:

– по време на 67-та сесия на КМП (2015 г.) е представена информация от правителствата на: Австрия, Белгия, Куба, Чешката република, Финландия, Франция, Германия, Нидерландия, Република Корея, Испания, Швейцария, Обединеното кралство и САЩ,

²⁹ Още от първата си сесия Комисията използва Drafting Committee. Подобни комитети са създадени от Комисията, за да се занимават със специфични теми или въпроси по време на първите три сесии на КМП. Постоянен Drafting Committee обаче се използва по време на всяка сесия на Комисията от нейната четвърта сесия през 1952 г. Вж. Yearbook [...] 1979, vol. II (Part One), document A/CN.4/325, para. 45. Drafting Committee има значима роля в хармонизирането на различните гледни точки и в изработването на общоприемливи решения.

³⁰ Публикувани на адреса в интернет, посочен в бележка под линия 28 по-горе.

- по време на 68-та сесия на КМП (2016 г.) е представена информация от правителството на Австралия и
- по време на 69-та сесия на КМП (2017 г.) е представена информация от правителствата на: Австрия, Ел Салвадор, Франция и Мексико.

Дейност на Комисията по международно право по темата „Престъпления против човечеството“ след разглеждане на докладите на Drafting Committee

Съгласно Доклада на Комисията за работата на **67-та си сесия**, проведена в периодите 4 май–5 юни и 7 юли–7 август 2015 г., през тази си сесия КМП разглежда първия доклад на специалния докладчик (A/CN.4/680 + Corr.1) в периода от 21 до 28 май 2015 г.

На 28 май 2015 г. Комисията препраща проекта за текстове на членове 1 и 2, както се съдържат в първия доклад на специалния докладчик, на Drafting Committee.

На 5 юни 2015 г. КМП разглежда доклада на Drafting Committee и временно приема проекта за текстове на членове 1, 2, 3 и 4.

На заседанието си от 3 и 4 август 2015 г. Комисията приема коментарите към проекта за текстове на конвенцията, които временно е приела на тази си сесия.

На 3 август 2015 г. КМП изисква от Секретариата да изготви меморандум, който да предоставя информация за съществуващите, основани на международен договор, механизми за съблюдаване на изпълнението, които може да са релевантни за бъдещата работа по разглежданата тема.

Пленарни дискусии по темата са проведени на заседанията от 21 до 28 май 2015 г., на 5 юни 2015 г. и на 3 и 4 август 2015 г.

Съгласно доклада на КМП за работата на **68-та си сесия**, проведена в периодите 2 май–10 юни и 4 юли–12 август 2016 г. през тази си сесия КМП разглежда втория доклад на специалния докладчик (A/CN.4/690), както и меморандума от Секретариата, който предоставя информация за съществуващите основани на международен договор, механизми за съблюдаване на изпълнението, които може да са релевантни за бъдещата работа по разглежданата тема (A/CN.4/698³¹), които са обсъдени на заседанията от 11 до 19 май 2016 г.

На 19 май 2016 г. Комисията препраща проекта за текстове на членове 5, 6, 7, 8, 9 и 10, както се съдържат във втория доклад на специалния докладчик, на Drafting Committee. КМП също така изисква от Drafting Committee да разгледа въпроса за наказателната отговорност на юридическите лица въз основа на документ, изготвен от специалния докладчик.

На заседанията си от 9 юни и 21 юли 2016 г. Комисията разглежда два доклада на Drafting Committee и временно приема текстовете на членове 5–10 от конвенцията.

На заседанието си от 9 август 2016 г. Комисията приема коментарите към проекта за текстове на конвенцията, които временно е приела на тази си сесия.

³¹ Вж. на адрес в интернет: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/698>

Пленарни дискусии по темата са проведени на заседанията от 11 до 19 май, на 9 юни, на 21 юли и на 9 август 2016 г.

Съгласно Доклада на КМП за работата на **69-та си сесия**, проведена в периодите 1 май–2 юни и 3 юли–4 август 2017 г. през тази си сесия КМП разглежда третия доклад на специалния докладчик (A/CN.4/704) в периода 1–9 май 2017 г.

На 9 май 2017 г. Комисията препраща проекта за текстове на членове 11–17, както се съдържат в третия доклад на специалния докладчик, на Drafting Committee.

В периода 1 юни–19 юли 2017 г. КМП разглежда и приема двата доклада на Drafting Committee относно проекта на текст на преамбюла, на членове 1–15 от конвенцията и на проекта за приложение. Съответно Комисията приема всички текстове за конвенцията за престъпленията против човечеството на първо четене.

На 31 юли 2017 г. Комисията приема коментарите към проекта за текстове на конвенцията за престъпленията против човечеството.

На същото си заседание КМП решава в съответствие с членове 16–21 от своя Статут да предостави проекта за конвенция за престъпленията против човечеството чрез Генералния секретар на ООН на правителствата, международните организации и други заинтересовани лица за коментари и бележки с изискването подобни коментари и бележки да се представят на Генералния секретар в срок до 1 декември 2018 г.

На същото заседание от 31 юли 2017 г. Комисията изразява дълбоката си благодарност за изключителния принос на специалния докладчик проф. Sean D. Murphy, който е спомогнал Комисията да доведе до успешен завършек първото четене на проекта за конвенция за престъпленията против човечеството.

Пленарни дискусии по темата са проведени на заседанията от 1 до 9 май 2017 г., на 1 юни 2017 г., на 19 юли 2017 г. и на 31 юли 2017 г.

Действия, предприети от Общото събрание на ООН по темата „Престъпления против човечеството“

Със своята Резолюция 69/118 от 10 декември 2014 г.³² Общото събрание на ООН взема за сведение решението на КМП да включи темата „Престъпления против човечеството“ в своята работна програма³³.

С последваща Резолюция 72/116 от 7 декември 2017 г.³⁴ Общото събрание на ООН отбелязва със задоволство завършването на първото четене на проекта за конвенция по темата „Престъпления против човечеството“ и приемането на всички текстове на проекта за конвенция по темата³⁵.

³² Вж. текста на адрес в интернет: <https://undocs.org/A/RES/69/118>

³³ Вж. т. 7 от Резолюция 69/118.

³⁴ Вж. текста на адрес в интернет: <https://undocs.org/A/RES/72/116>

³⁵ Вж. т. 2 от Резолюция 72/116.

Текст на проекта за конвенция за предотвратяване и преследване на престъпленията против човечеството

Текстовете на проекта за конвенция са обнародвани от КМП в документ A/CN.4/L.892 от 26 май 2017 г.³⁶. Проектът е допълнен на 7 юли 2017 г. с документ A/CN.4/L.892/Add.1³⁷, с който се изменя текста на член 6 от проекта за конвенция.

На 31 юли 2017 г. Комисията приема коментарите към проекта за конвенция за престъпленията против човечеството³⁸.

Окончателният текст на проекта за конвенция се състои от преамбюл, 15 члена, които са съответно озаглавени, и приложение. Накратко те имат следното заглавие и съдържание:

– Преамбюл

В преамбюла се представя концептуална рамка за предложената конвенция относно престъпленията против човечеството и се посочва общият контекст, в който е разработена темата, както и основните цели на предлагания проект. В него се черпи вдъхновение отчасти от езика, използван в преамбюлите на международни договори относно най-сериозните престъпления, които са от интерес за международната общност, в частност Конвенцията за предотвратяване и наказване на престъплението геноцид, приета в Париж на 9 декември 1948 г.³⁹ и Римския статут на Международния наказателен съд от 1998 г.⁴⁰.

– член 1 Обхват

Проектът за член 1 установява обхвата на проекта за конвенция, като посочва, че тя се прилага както спрямо предотвратяването, така и спрямо наказването на престъпленията против човечеството. Предотвратяването на престъпленията против човечеството се фокусира върху препятстването на извършването на подобни престъпления, докато наказването на престъпленията против човечеството се фокусира върху наказателното преследване на лица след извършването на подобни престъпления или в процеса на тяхното извършване.

Проектът за конвенция акцентира единствено върху престъпленията против човечеството, които са сериозни международни престъпления, където и да се извършват по света. Въпреки изразено различно мнение в рамките на Комисията разглежданият проект не цели да разглежда други сериозни международни престъпления като геноцид, престъпления по време на война или агресия.

– член 2 Общо задължение

В проекта за член 2 се предвижда общо задължение на държавите да пре-

³⁶ Вж. текста на адрес в интернет: <http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.892>

³⁷ Вж. текста на адрес в интернет <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.892/Add.1>

³⁸ Вж. документ A/72/10, и на адрес в интернет: <https://undocs.org/A/72/10>

³⁹ Вж. бележка под линия 3 по-горе.

⁴⁰ Вж. бележка под линия 25 по-горе.

дотвъртяват и наказват престъпленията против човечеството. Съдържанието на това общо задължение се допълва чрез различните по-специфични задължения, предвидени в проекта за конвенция, и като начало с текста на член 4. Тези специфични задължения обхващат и действията, които държавите следва да предприемат в националните си правни системи, както и сътрудничеството им с останалите държави, както и със съответните международни организации.

– **член 3 Определение за престъпления против човечеството**

В първите три параграфа от този член 3 се предвижда определение за целите на тази конвенция на израза „престъпления против човечеството”. По същество текстът на тези три параграфа възпроизвежда с няколко незначителни промени текста на разгледания по-горе член 7 от Римския статут на Международния наказателен съд. Предлаганият параграф 4 от член 3 представлява „клауза, която не накърнява“ ("without prejudice" clause), което означава, че използваното в този проект за конвенция определение не накърнява всяко друго по-широко определение, което се предвижда съгласно други международни актове или в националните законодателства.

– **член 4 Задължение за предотвратяване**

В проекта за член 4 се предвижда задължение за предотвратяване на престъпленията против човечеството.

По-ранен значим пример за задължение за предотвратяване се открива в посочената по-горе Конвенция за предотвратяване и наказване на престъплението геноцид, приета в Париж на 9 декември 1948 г.

– **член 5 Non-refoulement**

В съзвучие с широката цел за предотвратяване, предвидена в член 4, в параграф 1 на член 5 се предвижда, че никоя държава няма да изпраща никое лице на територия под юрисдикцията на друга държава, когато са налице съществени основания да се вярва, че такова лице би било в опасност да бъде субект на престъпление против човечеството.

По правило принципът на забрана за връщане задължава държавата да не връща дадено лице на друга държава, когато са налице съществени основания да се вярва, че то ще бъде в опасност от преследване или увредено по друг начин. Този принцип е предвиден в различни международни договори през XX в. включително в четвъртата Женевска конвенция от 1949 г.⁴¹, но най-често се свързва с международното бежанско право и в частност с член 33 от Женевската конвенция от 28 юли 1951 г. за статута на бежанците⁴².

– **член 6 Криминализиране съгласно националното право**

Проектът за член 6 посочва различни мерки, която всяка държава следва да

⁴¹ Вж. бележка под линия 4 по-горе.

⁴² Приета на 28 юли 1951 г. от Конференция на пълномощниците на ООН по статута на бежанците и лица без гражданство. Ратифицирана със закон на Народното събрание от 22 април 1992 г.; допълнена със закон на Народното събрание от 1 април 1993 г. В сила за Република България от 10 август 1993 г. Обн., ДВ, бр. 88 от 15 октомври 1993 г.

предприеме в своето наказателно право, за да гарантира, че престъпленията против човечеството представляват правонарушения, както и да предвиди подходящи наказания, съразмерни със сериозното естество на подобни престъпления.

– **член 7 Установяване на национална юрисдикция**

Проектът за член 7 предвижда, че всяка държава трябва да установи юрисдикция над престъпленията от обхвата на предлаганата конвенция в някои случаи, когато подобни престъпления са извършени на територия под нейна юрисдикция, или са извършени от неин гражданин или когато престъпникът се намира на територия под нейна юрисдикция.

– **член 8 Разследване**

Проектът за член 6 урежда положения, когато е налице основание да се явява, че действия, представляващи престъпления против човечеството, са били извършени или се извършват на територия под юрисдикцията на дадена държава. Тази държава е в най-добро положение да провежда подобно разследване с цел да определи дали всъщност престъпленията са извършени или се извършват и, ако това е така, дали правителствени сили под неин контрол са извършили престъпленията, или пък те са извършени под контрола на друга държава, както и дали те са извършени от членовете на недържавна организация. Подобно разследване може да служи като основа не само за идентифициране на предполагаемите престъпници и тяхното местоположение, но също и да подпомогне предотвратяването на продължаването на текущо извършвани престъпления или тяхното повторно извършване, като идентифицират техния източник.

– **член 9 Предварителни мерки, когато е налице предполагаем престъпник**

Проектът за член 9 предвижда някои предварителни мерки, които следва да се предприемат от държавата, на чиято територия и под чиято юрисдикция се намира предполагаем престъпник.

– **член 10 Aut dedere aut judicare**

Съгласно проекта за член 10 държавите са длъжни на територията, под чиято юрисдикция се намира предполагаем престъпник, да го предадат за преследване съгласно националната система на съответната държава. Единствените алтернативи на изпълнението на това задължение е, ако държавата екстрадира или предаде предполагаем престъпник на друга държава или компетентен международен наказателен съд, които имат желание и могат да извършат преследването. Това задължение често се означава като принцип „aut dedere aut judicare“, принцип, който се съдържа в голям брой многостранни международни договори⁴³, които уреждат престъпления. Въпреки че е възможно буквалният превод на израза „aut dedere aut judicare“ (от латински: „или да се екстрадира, или да бъде даден на съд“) да не обхване изцяло значението на това задължение, Комисията избира да

⁴³ Вж. конкретни примери за такива договори в документ A/CN.4/630, изготвен през 2010 г. от Секретариата на ООН, достъпен на адрес в интернет: <http://undocs.org/en/A/CN.4/630>

запази този израз в заглавието на този член, като се има предвид неговата честа употреба, когато се прави позоваване на задължение от този вид.

– **член 11 Справедливо третиране на предполагаемия престъпник**

Проектът за член 11 се фокусира върху задължението на държавата да предостави на предполагаемия престъпник, който се намира на територия под нейна юрисдикция, справедливо третиране, включително справедлив процес и цялостна защита на неговите права. Освен това в проекта за член 11 се признава правото на предполагаемия престъпник, който не е гражданин на съответната държава, но който е затворен, задържан или е лишен от свобода в нея, на достъп до представител на държавата, чийто гражданин е той.

– **член 12 Жертви, свидетели и други**

Проектът за член 12 урежда правата на жертвите, свидетелите и други лица, засегнати от извършването на престъпление против човечеството.

– **член 13 Екстрадиция**

Проектът за член 13 се отнася до правата, задълженията и процедурите, които се прилагат спрямо екстрадицията на предполагаем престъпник съгласно разглеждания проект за конвенция. Под „екстрадиция“ обичайно се разбира процесът, при който една държава (отправилата искане държава) иска от друга държава (държавата, към която е отправено искане) да изпрати в отправилата искането държава някое лице, което се намира в държавата, към която е отправено искането, за да може това лице да бъде изправено пред съд по наказателни обвинения в отправилата искането държава. Процесът може да протече и когато даден престъпник е избягал от легитимно задържане след повдигане на обвинение в отправилата искането държава и същият бъде открит в държавата, към която е отправено искането. Често екстрадицията между две държави се урежда по силата на многостранен или двустранен международен договор, въпреки че не всички държави изискват наличието на международен договор, за да се извърши екстрадиция.

– **член 14 Взаимна правна помощ**

Всяка държава, която разследва или преследва престъпление от обхвата на предлаганата конвенция може да пожелае да получи помощ от друга държава при събирането на информация и доказателства, включително чрез документи, декларации под клетва и устни свидетелски показания на жертви, свидетели или други лица. Именно подобно сътрудничество, което обичайно се оказва въз основа на взаимност, се означава като „взаимна правна помощ“. Наличието на правна уредба на подобна помощ би било полезно за предоставянето на предвидими средства за сътрудничество между искащата информация и предоставящата такава информация държави.

– **член 15 Уреждане на спорове**

В него се предвижда държавите да уреждат евентуалните си спорове по конвенцията чрез преговори или да ги отнасят за разрешаване до Международния съд.

– **Приложение**

Проектът за приложение се прилага в съответствие с проекта за член 14, параграф 8 спрямо искания за взаимна правна помощ, ако засегнатите държави нямат сключен помежду си двустранен договор за взаимна правна помощ.

Заклучение

От представения по-горе анализ на дейността на Комисията на ООН по международно право по темата „Престъпления против човечеството“ могат да се направят няколко извода.

Първо, работата по тази тема е навременна и полезна за международната общност с оглед на големия брой престъпления в тази област, за които свидетелства досегашната съдебна практика на действащите международни наказателни съдилища⁴⁴.

Второ, работата на КМП може да се определи като бърза при сравнение с работата на Комисията по други избрани теми, като протича само в рамките на три години и завършва с проект за конвенция, който е предложен на вниманието на международната общност и е предмет на обсъждане до 1 декември 2018 г.

Трето, единственият видим и съществен недостатък на така предложения от КМП проект за конвенция е липсата на разпоредба, предвиждаща въвеждането на адекватен механизъм за съблюдаване на спазването на конвенцията, въпреки че, както е видно от работата на Комисията, този въпрос е бил подложен на обсъждане в рамките на КМП макар и без резултат.

Комисията заявява още при отправяне на предложението по време на 65-та си сесия през 2013 г. за включване на темата в работната си програма, че „делта на Комисията на ООН по международно право по тази тема [...] е да се изготви проект на текстове за приемането на конвенция за предотвратяване и наказване на престъпленията срещу човечеството“. В съответствие с практиката ѝ и в очакване на евентуално решение на държавите дали ще използват проекта на текст за конвенция като основа за приемането на окончателен текст на международен договор, Комисията все още не е включила в проекта за текст техническите езикови характеристики, присъщи за всеки договор, като препратката към „държавите съдоговорителки“, нито е изготвила текстове на заключителни разпоредби към конвенцията като текстове относно ратифицирането, резервите, влизането в сила или изменението на евентуалната нова конвенция.

Бъдещото развитие на съдбата на проекта за конвенция ще покаже доколко международната общност е готова да подкрепи въвеждането на международна уредба в разглежданата материя, както и доколко подробна и всеобхватна би била подобна уредба.

⁴⁴ Вж. Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity, A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda, на адрес в интернет: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ictr0110webwcover.pdf> и Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity, A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia на адрес в интернет: <https://www.hrw.org/reports/2006/icty0706/ICTYweb.pdf>

Ключови думи
ЕС, смесени договори, директен ефект.

Key words
EU, Mixed Agreements, Direct Effect.

Todor Kolarov
**Direct Effect
of EU Mixed
Agreements**

**Assoc. Prof. Todor
Kolarov, Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New Bul-
garian University, e-mail:
tkolarov@nbu.bg
Associate Professor
and Lecturer
of Civil Litigation.
Areas of specializa-
tion: In Rem asset confis-
cation and EU Law.*

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

The article discusses an element of the current status of mixed agreements in the EU. It focuses on the lack of direct effect. In juxtaposing the legal framework in the EU and some of its more important trading partners, primarily the U. S., the article strives to recognize certain idiosyncrasies in the legal systems that make the reception of the foreign approach to the matter politically acceptable, yet legally challenging. Further, it analyses the judicial practice of the CJEU, identifying elements that bear streamlining.

Тодор Коларов

Директният ефект на смесените договори на ЕС

Доктрината за директния ефект възниква с решението на Постоянния съд за международно правосъдие в първата половина на ХХ в.¹. Тя се състои в това, че държавите може да сключат международен договор, който да създаде индивидуални права, на които частноправни субекти могат да се позовават във вътрешния правен ред. Директният ефект може да има две функции – на меч, който „пробива“ и навлиза в националния правен ред, и на щит, който „защитава“ националния правен ред от международното право². Функцията на „меч“ е особено силна, когато Съдът може да комбинира директния ефект с концепцията за предимство на международното публично право, а на „щит“, когато се разглежда въпросът за това дали международният договор е достатъчно ясен и дали предоставя индивидуални права на частноправните субекти. Директният ефект е и една от формите на взаимодействие между вътрешното и международното публично право³.

Въпросът за директния ефект на международните договори зависи от вътрешния правен ред. В случаите, когато вътрешният правен ред се придържа към дуалистичната традиция, международният договор не е част от вътрешния правен ред и няма как да е налице директен ефект. Нужно е национално законодателство, което да въведе международния договор в националния правен ред, на което от

¹ Jurisdiction of the Courts of Danzig (Advisory opinion), PCIJ Rep. Series B No 15 (1928), pp. 17–18.

² Повече по темата вж. Nollkaemper, André. The Duality of Direct Effect of International Law. *European Journal of International Law* [online]. 2014, vol. 25, 1, pp. 105–125 [Достъп на 5.2.2018]. Oxford Journals Online. ISSN 1464-3596. Available from: <https://academic.oup.com/ejil/article/25/1/105/497370>

³ Ziegler, Katja S. Closing Chapter: Piecing the Puzzle Together: Beyond Pluralism and Autonomy: Systematic Harmonization as a Paradigm for the Interaction of EU Law and International Law [online]. *Yearbook of European Law*. 2006, vol. 35, 1, pp. 667–711 at p. 671. ISSN 2045-0044.

своя страна да се позоват частноправните субекти за защита на своите права пред съда. Когато обаче е налице монистичен подход към отношението между международното публично право и вътрешното право, се поставя въпросът за директния ефект на международните договори в националната правна система. В случай на монистичен подход международният договор се прилага непосредствено във вътрешния правен ред. Това от своя страна е предпоставка международният договор да има директен ефект. Не всеки международен договор обаче има директен ефект, тоест не всеки международен договор позволява частноправни субекти пряко да черпят права от този договор.

Тъй като в рамките на това изложение се прави паралел със системата на САЩ, включително и с оглед на директния ефект на смесените договори, и по отношение на договорите от системата на Световната търговска организация (СТО), следва да се обърне внимание и на начина, по който този въпрос се третира в правната система на САЩ. Твърди се, че понятието директен ефект на международните договори на ЕС има своя еквивалент в правото на САЩ в понятието самоизпълняващи се договори⁴. Това може да се приеме за вярно, ако не се прави разграничение между директен ефект и непосредствена приложимост. Това твърдение извеждам от *Foster v. Neilson*, където Върховният съд на САЩ дискутира двата въпроса без да прави разграничение. Нещо повече, в практиката на американските съдилища понякога въпросът за самоизпълняващите се норми на международните договори се поставя като равнозначен на въпроса за активната процесуална легитимация за защита на права на частноправни субекти⁵. Трябва да се признае обаче, че тази практика не е в унисон с актуалното тълкувателно обобщение на правото на САЩ по тази тема (*Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*), където се отбелязва, че въпросът дали договорът е самоизпълняващ се е различен въпрос от онзи дали той създава частно право на защита или средство за защита⁶. Въпреки това в САЩ въпросът за самоизпълняващите се

⁴ Ташев, Росен. Относно принципа за непосредствено действие на разпоредбите на Българската конституция от 1991 г. Съдебно право [онлайн]. 18 октомври 2015 г. [Достъп на 5.2.2018]. Достъпна на: <http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2015/10/16/-1991->; В този смисъл Uerpman, Robert. *International Law as an Element of European Constitutional Law: International Supplementary Constitutions*. New York: University School of Law and Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2003. 48 p. (Jean Monnet Working Paper, 9), твърди, че „[t]he concept of direct effect is also described as the theory of self-executing treaties”.

⁵ Вж. например често цитираното дело *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 808 (D.C. Cir. 1984).

⁶ *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* §111 Reporters' note 5 (1987). В този смисъл изрично и Jackson, John H. *Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis*. *American Journal of International Law* [online]. 1992, vol. 86, 2, pp. 310–340 at pp. 317–318 [Достъп на 9.2.2018]. JSTOR. ISSN 2161-7953. Available from: <http://www.jstor.org>. Jackson сочи, че въпросът за самоизпълняващите се (self-executing) и пряко приложими (directly applicable) се смесва с възможността за позоваване от частноправни субекти на договора. Jackson изрично отбелязва, че не споделя такова смесване.

договори продължава да се свързва с въпроса дали частноправните субекти могат да черпят права от международен договор⁷.

В ЕС понятието директен ефект е познато от делото *Van Gend en Loos*⁸. И в ЕС, според някои, директният ефект на договорите е еквивалентен с въпроса за самоизпълняващите се договори, тоест с непосредствената приложимост⁹. Обаче и в българската доктрина¹⁰, и извън България¹¹ редица автори разграничават въпроса за директният ефект и непосредствената приложимост на правото на ЕС. Признава се, че Съдът на ЕС невинаги е докрай прецизен по този пункт. В този смисъл, през призмата на мнението, което разграничава непосредствената приложимост от директният ефект, не считам, че е налице пълен еквивалент между двете понятия – директен ефект и самоизпълняващ се договор – макар те да са много близки. Както вече отбелязахме по-горе, Съдът на ЕС изрично признава, че международните договори, и в частност смесените договори, са част от правната система на ЕС, тоест те са непосредствено приложими. В този смисъл Съдът се произнася в *Haegeman*. Обаче в *Demirel*, Съдът на ЕС показва, че прави разграничение между въпроса за непосредствената приложимост и този за директният им ефект.

Следва да се посочи освен това, че Съдът на ЕС заема позиция, че дискусия по въпроса за наличието или липса на директен ефект, който да се изведе от него по тълкувателен път, може да се постави само ако страните по договора не са уредили този въпрос изрично в самия договор¹². Тази позиция на Съда е приложима при възприет монистичния подход, но не може да бъде безрезервно подкрепена при дуалистичния¹³. Освен това в *International Fruit Company* Съдът отбелязва, че директен ефект имат международни договори, които са, от една страна,

⁷ В този смисъл вж. *United States v. Bent-Santana*, 774 F.2d 1545, 1550 (11th Cir. 1985).

⁸ C-26/62, ECR 1963, 1.

⁹ Uerpmann, Robert. *op. cit.*

¹⁰ Попова, Жасмин. *Право на Европейския съюз*. София: Сиела, 2011. с. 381. ISBN 978-954-28-0946-3.; Семов, Атанас. *Източници на правото на ЕО и ЕС и принципи на прилагането му*. София: Министерство на правосъдието, 2005. с. 49. ISBN 954-90213-5-1.

¹¹ Winter, Jan A. *Direct Applicability and Direct Effect Two Distinct and Different Concepts in Community Law*. *Common Market Law Review*. 1972, vol. 9, 4, pp. 425–438. ISSN 0165-0750 разграничава "direct applicability" и "direct effect"; Hinarejos, Alicia. *On the Legal Effects of Framework Decisions and Decisions: Directly Applicable, Directly Effective, Self-Executing, Supreme? European Law Journal: Review of European Law in Context*. 2008, vol. 14, 5, pp. 620–634. ISSN 1351–5993.

¹² Вж. C-149/96 *Portugal v. Council (Portuguese Textile)* (1999), ECR I-8395.

¹³ Във връзка с това любопитно е становището на панела за разрешаване на правни спорове по делото *US – Sections 301-310 of the Trade Act 1994*, според което: „Neither the GATT nor the WTO has so far been interpreted by GATT/WTO institutions as a legal order producing direct effect”. *WT/DS152/R* (2000), para. 7.72. (Подчертаното мое) Дори и това да беше направено от институциите на ГАТТ/СТО, едва ли би променило нещо за държави като Канада или Израел, които се придържат към дуалистичния модел за отношението между международното и вътрешното право.

задължителни за ЕС и които, от друга страна, предоставят индивидуални права, на които частноправните субекти могат да се позоват пред съд. Тези две условия следва да са налице кумулативно¹⁴.

Задължителният характер на международните договори изобщо е очертан от Съда на ЕС по редица дела от системата на СТО. Още в началото следва да се направи уточнението, че по Договора за СТО страни са както държавите членки, така и ЕС. Договорът от Маракеш дава възможност и Общността, и държавите членки да са първоначални членове на СТО¹⁵. Истина, че към настоящия момент Общото споразумение за търговия с услуги (ГАТС), по което практиката на Съда на ЕС е разгледана по-горе, попада в споделената компетентност на Съюза и държавите членки, докато Общото споразумение за митата и търговията (ГАТТ) е почти изключително в компетентността на ЕС. Все пак по Договора за СТО липсва клауза, която да определя въпроса за разделяне на компетентността на ЕС и държавите членки, като те всички са страни по него.

Задължителният характер на международния договор според практиката на Съда на ЕС се извежда по тълкувателен път, като се вземе предвид: а) целта и естеството на договора и б) структурата на договора. Практиката на Съда на ЕС демонстрира на какви условия трябва да отговаря смесеният договор, за да се приеме, че е налице задължителност на договора във вътрешния правен ред на Съюза. По отношение на естеството на договора се изисква: 1) баланс между правата и задълженията или иначе казано – реципрочност между задълженията на страните по договора, 2) реципрочна възможност за изпълнение на задълженията, поети по договора. Що се отнася до структурата на договора: 1) оценява се възможността за дерогация на задълженията, поети по договора, 2) оценява се доколко е задължителен методът на разрешаване на спора в рамките на договора, ако има такъв.

По отношение на реципрочността в задълженията на страните по делото *Van Parys* се отбелязва, че както в ГАТТ (1947 г.), така и в системата на СТО целта е да се постигне реципрочност в задълженията на страните¹⁶. Във връзка с това

¹⁴ Възщност тестът за директния ефект е установен във *Van Gend en Loos*, но по отношение на международните договори това става с *International Fruit Company*.

¹⁵ Articles XI and XIV(1) of the Marrakesh Agreement.

¹⁶ Според *Fabri* директен ефект на договорите от системата на СТО не се признава и от Китай, Канада и Япония, както и други държави, които се равняват на 70-75% от световната търговия. Вж. *Fabri, Hélène Ruiz. Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations? European Journal of International Law. 2014, vol. 25, 1, pp. 151–173 at p. 155. Oxford Journals Online. ISSN 1464-3596. Следва да се държи сметка обаче за особености на националните правни системи на държавите. Канада се придържа към дуалистичния подход на отношенията между вътрешното и международното публично право.*

Що се отнася до Япония, чл. 98 (2) от конституцията на Япония гласи: „Договорите, сключени от Япония и приетите закони на страната се изпълняват добросъвестно“ (*The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed*) (превод мой). Тоест договорите, сключени от страната, са част от вътрешния правен ред. Освен това тълкуването на разпоредбата е в смисъл, че те имат предимст-

по делото Portuguese Textile Съдът на ЕС отбелязва, че решенията, приети от органите за разрешаване на търговски спорове в СТО, не са задължителни във вътрешното право на ЕС, тъй като редица от най-важните търговски партньори на ЕС не признават такъв техен характер в националното им право. Ако ЕС го направи, това би поставило Съюза в неравнопоставено положение¹⁷.

По този пункт могат да бъдат представени възражения. Съдът на ЕС не е последователен в изискването по международните договори, включително по други смесени договори, да е налице реципрочност на задълженията. Например по отношение на споразуменията с групата на Африканските, Карибски и Тихоокеански държави Съдът на ЕС признава директен ефект, за наличието на който е нужно договърът да е със задължителния характер¹⁸. По договорите, сключвани с тези държави, не може да се намери реципрочност на задълженията на страните по договора, тъй като ЕС предоставя по-благоприятни условия за вноса от тези държави, без да получава същото третиране¹⁹. Някои акцентират на различния характер на договорите с Африканските, Карибски и Тихоокеански държави²⁰. Аналогични аргументи се извеждат и по отношение на други международни договори като ЕКПЧ²¹.

во пред националните закони (вж. Oda, Hiroshi. *Basic Japanese Laws*. Oxford [u.a.]: Oxford University Press, 1997. p. 19 (Modern Japanese Law Series). ISBN 0-198-2568-68.) Въпреки това обаче по делото *Shomu geppo*, Върховният съд на Япония (Judgement of 6 of February 1990, Vol. 36, No. 12 (December 1990), pp. 2242-45) отхвърля непосредствената приложимост на СТО. (Вж. Matsushita, Mitsuo, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis. *The World Trade Organization – Law, Practices and Policy*. 2nd rev. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. ISBN 0-199-2845-63.) Позицията на Върховния съд е по-лесно обяснима с оглед на важна особеност на японската система, за която трябва да се държи сметка. Подобно на САЩ, в Япония международни договори може да се сключват под две форми: „договори“, които се нуждаят от одобрение в парламента съгласно чл. 73(3) от конституцията на страната и „изпълнителни споразумения“, които не се нуждаят от такова одобрение съгласно чл. 73(2) от конституцията, която предоставя на правителството да управлява външните отношения на страната. „Изпълнителни споразумения“ могат да са всички международни договори на страната, които са: а) в рамките на приложното поле на сключен вече договор; б) в рамките на приложното поле на национален закон или регулация; или в) в рамките на приложното поле на бюджетна апроприация.

¹⁷ Т. 46 от решението.

¹⁸ C-87/Bresciani [1976] ECR p. 129.

¹⁹ В този смисъл и Kuilwijk, Kees Jan. *The European Court of Justice and the GATT Dilemma: Public Interest Versus Individual Rights*, Florence: European University Institute [online] 1996. Available from: <http://hdl.handle.net/1814/4682>

²⁰ Berkey, Judson Osterhoudt. *The European Court of Justice and direct effect for the GATT: a Question worth Revisiting*. *European Journal of International Law*. 1998, vol. 9, 4, pp. 626-657. Oxford Journals Online. ISSN 1464-3596.

²¹ Bogdandy, Armin von. *Legal Equality, Legal Certainty, and Subsidiarity in Transnational Economic Law*. In: Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis and Yves Mény, eds.

Някои даже критикуват Съда на ЕС, че признава директния ефект на всички споразумения за асоцииране, като правят разлика между целта и естеството на различните договори за асоцииране²². Пренебрегва се обаче, че теорията за директния ефект не прави разлика между вида на международния договор²³.

По отношение на реципрочната възможност за изпълнение на задълженията, поети по договора, се поставя въпросът за възможността за съдебен контрол за изпълнение на договорите²⁴. Тук, в системата на СТО, отново не може да се твърди наличие на реципрочност от страна на важни за ЕС търговски партньори. В САЩ например частноправни субекти не могат да се позовават на Договора за СТО, включително и Споразумението за разрешаване на търговски спорове²⁵, за да обосновават активна процесуална легитимация при защита на индивидуални права²⁶. Споменатият вече акт, с който САЩ се присъединяват към СТО, изрично предвижда това. Това несъмнено е аргумент в подкрепа на тезата на Съда на ЕС, че в други държави договорите от системата на СТО нямат директен ефект. Дали обаче това е аргумент за същото и в ЕС? Според мотивите на Съда на ЕС по де-

European Integration and International Co-ordination: Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann. The Hague: Kluwer Law International, 2002, pp. 13–38 at pp. 29 et seq. ISBN 90-411-1770-9.

²² Dordi, Claudio. Chapter One. The Direct Effect of the Agreements Concluded by the EU: Some Inconsistencies in ECJ Case Law?. In: Claudio Dordi, ed. The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in Other Countries. Giappichelli, 2010, pp. 1–12 at pp. 6–7 (Bocconi Legal Studies Research Paper, 2707014). Dordi поставя въпроса дали не е наличие намаляване на влиянието на елемента цел и естеството на договор, като анализира Intertanko, където липсата на директен ефект на смесения договор Конвенцията на ООН по морско право не е призната, поради това че не предоставя на частноправните субекти права, без да се споменава въпросът за целта и естеството на договора. Като оспорва дали целта на Споразумението за асоцииране с Русия, на което Съдът признава директен ефект в *Simutenkov* (дело C-265/03 *Simoutenkov* (2005) ECR I-02579, paras. 22 and 26), е аналогично по този пункт със Споразумението за асоцииране с Мароко например, на което е признат директен ефект (вж.. дело C-416/96 *El-Yassini* (1999) ECR I-01209, para. 29.).

²³ Uerpmann, Robert. op. cit.

²⁴ C-377/02 *Van Parys*, p. 53.

²⁵ URAA Statement of Administrative Action, H.Doc. 103-316 at 659 (1994) at 1032-33: „Reports issued by panels or the Appellate Body under the DSU have no binding effect under the law of the United States and do not represent an expression of U.S. foreign or trade policy. They are no different in this respect than those issued by GATT panels since 1947. If a report recommends that the United States change federal law to bring it into conformity with a Uruguay Round agreement, it is for the Congress to decide whether any such change will be made”.

²⁶ URAA, § 102(c)(1), 19 U.S.C. § 3512(c)(1).

лото Kupferberg²⁷, такъв аргумент е ирелевантен за признаване на директен ефект на международен договор²⁸.

Макар че позицията на Съда по отношение на договорите от системата на СТО по този пункт е трудно защитима, следва да се признае, че този аргумент на Съда има както критици²⁹, така и привърженици³⁰. По мое мнение аргументите на привържениците са трудни за обосновка от юридическа гледна точка. Поради това се привежда политическа обосновка за заетата позиция³¹.

По отношение на възможността за дерогация позицията на Съда на ЕС също поставя въпроси. В *International Fruit Company* Съдът на ЕС сочи възможността за дерогация като основание да не се признава задължителния характер на ГАТТ³². Следва отново да се припомни произнасянето по този повод на Съда на ЕС по делото *Kupferberg*³³. В него се сочи, че наличието на клаузи в договора, позволяващи дерогация, не са основание сами по себе си да се приеме, че международен договор няма задължителен характер.

Във връзка със системата за разрешаване на спорове според Съда на ЕС разпоредбите за разрешаване на търговски спорове в рамките на ГАТТ се характеризират с гъвкавост и в този смисъл договорът и по този пункт не може да се приеме за задължителен.³⁴ Както вече е отбелязано по-горе, тази позиция на Съда на ЕС не се променя и след установяване на системата на СТО въпреки съществени промени в нея³⁵. В делото *Portuguese Textile* Съдът на ЕС повтаря аргументите си по отношение на ГАТТ като приложими и за СТО. В последващата си съдебна практика по делата, свързани с „банановата война“ със САЩ, Съдът на ЕС посочва, че и системата за решаване на търговски спорове, установена в рам-

²⁷ [1982] E.C.R. 3641, at 3663/3664, para. 18.

²⁸ За Върховния съд на САЩ реципрочността не е аргумент за действието на договора като част от националния правен ред *Ware v. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796).

²⁹ Uerpmann, Robert. *op. cit.*

³⁰ Bogdandy, Armin von. *op. cit.*, pp. 31–33.

³¹ Jan Klabbers например отбелязва, че въпросът за директния ефект има силно политически характер ("intensely political nature"), който му бил присъщ. Klabbers, Jan. *International Law in Community Law: the Law and Politics of Direct Effect*. Yearbook of European law. 2001, vol. 21, 1, pp. 263–298. Oxford Journals Online. ISSN 0263-3264.

³² Cases 21 to 24/72 *International Fruit Company NV v. Produktschap voor Groenten en Fruit*, ECR 1219 (1972) at 1227.

³³ Para. 21.

³⁴ *International Fruit Company* at 1227.

³⁵ Повече за системата на разрешаване на търговски спорове Matsushita, Mitsuo, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis. *The World Trade Organization – Law, Practices and Policy*. 2nd rev. ed. *op. cit.*; Palmetier, David and Petros C. Mavroidis. *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. ISBN 0-521-8231-10.

ките на СТО, не установява безусловно задължение за изпълнението на решенията³⁶. Съдът твърди, че спорното производство може да се преустанови при постигане на взаимно приемливо решение. Тоест възможността за такава спогодба е аргумент за незадължителен характер на решенията на органа за разрешаване на търговски спорове в СТО. Освен това според Съда споразумението предвижда алтернативната възможност да не се изпълнява решението на органа, разрешаващ спора, а да се поемат мерките, състоящи се в оттегляне на предоставени преференции в рамките на СТО, след оторизация по реда на договорите³⁷.

Тази аргументация на Съда на ЕС е особено проблематична. На първо място, не може да се сподели становището на Съда, че механизмът за разрешаване на търговските спорове не е задължителен³⁸. Такова тълкуване е в противоречие с автентичното тълкуване, дадено от държавите страни по договорите в системата на СТО³⁹. Член XVI (4) от Договора за СТО и член 22 (1) (2) от Договора за разрешаване на търговските спорове подчертават задължението да се спазват правилата, установени в рамките на СТО.⁴⁰

На второ място, решението на панелите и Апелативния орган в рамките на Споразумението за разрешаване на търговски спорове са задължителни, освен

³⁶ Van Parys, p. 53.

³⁷ C-27/00 and C-122/00 *Omega and Others* (2002) ECR I - 2599, para. 39. В този смисъл и *Portugal v. Council*, para. 36–39. В този смисъл и Sykes, Alan O. *The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?*. In: Marco Bronckers and Reinhard Quick, eds. *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*. Kluwer Law International, 2000, pp. 347–57. ISBN 9-041-1980-59. Същото в Schwartz, Warren F. and Alan O. Sykes. *The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the WTO/GATT System*. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. 36 p. (John M. Olin Law & Economics Working Paper, 143).

³⁸ Pauwelyn, Joost. *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-toward a More Collective Approach*. *American Journal of International Law* [online]. 2000, vol. 94, 2, pp. 335–47 at pp. 341 et seq. ISSN 2161-7953. (Такава позиция принципно заема един от големите авторитети в доктрината по темата СТО J. Jackson. Вж. например Jackson, John H. *International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to „Buy Out“?* *American Journal of International Law*, 2004, vol. 98, 1, pp. 109–125. ISSN 2161-7953. В Jackson, John H. *The WTO Dispute Settlement Understanding - Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation*. *American Journal of International Law*. 1997, vol. 91, 1, pp. 60–64 at p. 63. ISSN 2161-7953. са изброени 11 разпоредби на Договора за разрешаване на търговски спорове в системата на СТО, с които Jackson подкрепя тезата си за задължителния характер на решенията на органа за разрешаване на търговски спорове.

³⁹ Art. 1, Annex 2, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* at https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf

⁴⁰ Eeckhout, Piet. *The Domestic Legal Status of the WTO Agreement*. *Common Market Law Review*. 1997, vol. 34, 1, pp. 11–58 at pp. 54 et seq. ISSN 0165-0750.

ако няма съгласие между членовете на СТО, включително на страната, която е спечелила спора⁴¹. Последното очевидно е малко вероятно.

На следващо място, изискването за водене на преговори за постигане на спогодба, както и акцентът върху постигане на такава спогодба в договора, не може да се възприемат като индикация за незадължителен характер на решението в рамките на договора за разрешаване на търговски спорове. Поначало постигането на спогодба за решаване на спор предполага отстъпки и от двете страни за постигане на взаимноприемливо решение. Това важи включително и за спогодбите в националните правни системи. В противен случай би било налице признаване на основателността на претенцията. Редица национални системи акцентират на постигане на спогодба за разрешаване на спорове между страните, дори когато става въпрос за защита на публичен интерес. В този смисъл спогодбата сама по себе си не е аргумент за незадължителния характер на системата на решаване на търговски спорове.

Съдът на ЕС подчертава, че преговори могат да се водят даже след като е изтекъл срокът за доброволно изпълнение от изгубилата спора страна. Обаче Съдът пропуска, че воденето на преговорите вече не става при същите условия. Това става в условията на оторизирани или вече наложени ответни мерки, което едва ли може да се приеме, че поставя позициите на преговарящите страни в изходно положение.

И накрая, но не на последно място, ако страна по договора, която е изгубила в производството по реда на споразумението за решаване на търговски спорове, не изпълни решението, спрямо нея спечелилата страна може да въведе ограничения на вноса. Такова ограничение има временен характер и цели да доведе до изпълнение на решението на панела или Апелативния орган, установени с договора. Такова ограничение на вноса може да се прави само след изрична оторизация по реда на споразумението. Нещо повече, изгубилата спора страна е длъжна да търпи тези ограничения наложени на вноса и.

Не считам, че тази установена форма на принудително изпълнение, предвидена в споразумението, може да се тълкува в смисъл на незадължителен характер на споразумението за разрешаване на търговски спорове. Точно обратното. В международното публично право няма механизъм държавите да бъдат принудени да изпълнят задълженията, които носят. В този смисъл наличието на такива мерки за принуда не следва да се подценява. Каква по-ясна индикация за наличие на задължителен характер на договора от възможността за принудителното му изпълнение⁴². Аргументите на Съда са още по-малко убедителни, ако се сравнят с други договори на ЕС, които установяват механизъм за разрешаване на спорове.

⁴¹ Така и Bronckers, Marco. *The Effect of the WTO in European Court Litigation*. *Texas International Law Journal*. 2005, vol. 40, 3, pp. 443–448. ISSN 0163-7479.

⁴² Аналогични са аргументите на Thies, Anne. *International Trade Disputes and EU Liability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 100. ISBN 978-0-51184-207-8 и Eeckhout, Piet. *The Domestic Legal Status of the WTO Agreement*. op. cit.

Например Евро-Средиземноморското споразумение за асоцииране⁴³, признато като имащо директен ефект, трудно би отговорило на поставения критерий с оглед на дипломатическия характер на решаването на споровете и очертаната в много едри щрихи уредба за решаване на споровете⁴⁴.

По отношение на въпроса за предоставянето на индивидуални права, като второто основание за наличието на директен ефект, формулировката е дадена от Съда на ЕС по делото *Dior*⁴⁵. В него Съдът, като се позовава на *Demirel*⁴⁶, отбелязва, че е нужно да се разгледа дали са налице „ясни, точни и безусловни задължения, които не са предмет на изпълнение или зависими от приемането на последващи мерки“. По отношение на въпроса за предоставянето на индивидуални права следва да се сподели позицията, че става дума за обследване не на целия договор, а за конкретните разпоредби на договора, които предоставят тези права⁴⁷.

Следва да се отбележи, че понякога в дискусиата за директния ефект на договорите на ЕС не се прави такава разграничение⁴⁸. В други случаи въпросът за ясно и точно формулиране на безусловни задължения се разглежда като част от темата цел и естество на договора в неговата цялост⁴⁹. Считам, че такъв подход не може да бъде споделен, тъй като разпоредбите на един международен договор, особено смесен договор, не могат да се считат само *en bloc* имащи директен ефект. В този смисъл по цитираните вече дела по споразуменията за асоцииране е ясно, че те като цяло са приемани от Съда на ЕС като имащи директен ефект. Обаче от решенията на Съда на ЕС по делата *Demirel* и *Sevince*⁵⁰, които се отна-

⁴³ Вж. чл. 35 от Споразумението.

⁴⁴ Има обаче и междинно мнение, което по-скоро споделя позицията на Съда. Вж., Picciotto, Sol. *The WTO's Appellate Body: Legal Formalism as a Legitimation of Global Governance*. London: University College School of Public Policy, 2005. pp. 1–24 at p. 10. ISSN 1479-9472. Отбелязва се, че режимът на решаване на търговски спорове демонстрира хибридни елементи на търговска дипломатия и правораздаване.

⁴⁵ C-300/98 & 392/98 *Dior*, (2000) ECR I-11307, para. 42.

⁴⁶ C-12/86 *Demirel*, (1987) ECR 3719, para. 14.

⁴⁷ В този дух Koutrakos, Panos. *EU International Relations Law*. 2nd ed. London: Hart Publishing, 2015. pp. 259 et seq. (Modern Studies in European Law). ISBN 978-1-84946-322-5, който споменава а) предпоставки и б) приложение на директния ефект. Именно по отношение на приложението се разглежда въпросът за годността на разпоредбите на международния договор да предостави индивидуални права.

⁴⁸ Uerpmann, Robert. op. cit.

⁴⁹ Martines, Francesca. *Direct Effect of International Agreements of the European Union*. The European Journal of International Law [online]. 2014, vol. 25, 1, pp. 129–147 at p. 138 [Достъп на 8.2.2018]. Oxford Journals Online. Available from: <https://academic.oup.com/ejil/article/25/1/129/497390>

⁵⁰ C-192/89 *Sevince*, ECR I-03461 (1990).

сят до Споразумението за асоцииране с Турция, е видно, че Съдът прави разлика именно с оглед на конкретните разпоредби.

По делото *Demirel* Съдът фокусира вниманието си върху конкретните разпоредби на смесения договор. Съдът отбелязва, че въпросът за събиране на разделения семейства на турските работници в държавите – членки на ЕС е уреден от разпоредби, имащи програмен характер. Те далеч не са конкретни и безусловни. Разпоредбите на смесения договор възлагат на страните по него общо задължение за сътрудничество за постигане на целите на договора. Те не могат директно да предоставят права на частноправни субекти. Нужно е Съветът по асоцииране да уреди този въпрос. Това към онзи момент не е факт. По делото *Sevince* Съдът решава, че Съветът по асоцииране е приел решения, които са в изпълнение на програмни разпоредби на Споразумението за асоцииране, визирани в делото. Това е основание за Съда да приеме, че тези разпоредби на договора имат директен ефект.

Цитираните дела насочват към още една подтема, а именно тази за директния ефект на актовете на органи, създадени с международните договори, по които страна е ЕС. И тъй като делата *Demirel* и *Sevince* касаят договора за асоцииране с Турция, тоест смесен договор, те са директно приложими и за смесените договори. Тълкуването на тези дела води до извода, че актовете на такива органи могат да имат директен ефект, ако отговарят на изискванията, поставени към конкретните разпоредби на договорите, които са разгледани по-горе. Обаче делата се отнасят до споразумение за асоцииране, които изглежда получават по либерално тълкуване от Съда на ЕС⁵¹ от други смесени договори. Пример е делото *Sevince*. Съдът на ЕС отбелязва, че разпоредба на Решение 1/80 на Съвета по асоцииране, която изисква държавите членки да приемат необходимите актове за прилагане на правата в съответните държави, е ирелевантна по отношение на директния ефект. Спорно е дали такава позиция може да бъде приета безусловно за покриваща установения от Съда тест. Същото важи и за признатата възможност за дерогация. Както бе дискутирано по-горе по отношение на споразумението за разрешаване на търговски спорове, по него Съдът не признава директен ефект на актовете му⁵².

В заключение по подтемата за директния ефект трябва да се посочи, че въпросът за директния ефект на смесените договори представя редица предизвикателства. Истина е, че Съдът на ЕС очертава един ясен и подробен тест за директния ефект на договорите и разпоредбите на международните договори. Обаче прилагането на тези принципи не слага очакваните жалони, с които Съдът на ЕС трасира пътя, за да се установи безспорно кога е налице директен ефект на договорите. Както става ясно от посочените примери, този въпрос засяга смесени договори. Христоматиен, но не единствен пример, е СТО. Подходът си към СТО Съдът на ЕС следва и по отношение на други смесени договори например Кон-

⁵¹ Koutrakos, Panos. *EU International Relations Law*. 2nd ed. op. cit., p. 279.

⁵² Вж. Van Parys, op. cit., para. 41 et seq.

венцията на ООН по морско право. Едновременно Съдът демонстрира доста либерален подход към други смесени договори, като признава директен ефект. В някои от тези случаи възниква въпросът дали Съдът на ЕС не действа на ръба на собствения си стандарт.

Аргументи, подкрепящи и критикуващи подхода на Съда на ЕС в доктрината, не са малко. Изводът, който се откроява в мотивите на Съда на ЕС, е, че не се признава директен ефект на някои смесени договори най-вече по политически причини, свързани с целесъобразност и общото благо за ЕС⁵³. Дори доктрината, която подкрепя заетата от Съда позиция, признава, че от юридическа гледна точка обосновката не е безпроблемна⁵⁴. Нещо повече, даже в рамките на Съда позицията за директен ефект на Договора за СТО не е в унисон. Делата, касаещи СТО, демонстрират разделение в мненията на генерални адвокати, нещо непознато във времената на ГАТТ, когато те неизменно подкрепят Съда в мнението, че не е налице директен ефект. Струва си да се припомнят някои от мненията и аргументите на подкрепящите становището, че договорите от системата на СТО имат директен ефект.

По делото *Hermes* Съдът на ЕС не разглежда пряко въпроса за директния ефект на Договора за СТО, но Генералният адвокат *Tesauro* се произнася по въпроса⁵⁵. Това става след като Генералният адвокат *Cosmas* по делото *Affish*⁵⁶ е подкрепил Съда на ЕС по позицията му относно СТО. Важно е, че делото *Hermes* касае Споразумението за търговските аспекти на правото на интелектуалната собственост (TRIPS), по което компетентността между държавите членки и ЕС е споделена⁵⁷. Като разглежда Решение на Съвета 94/800, с което се отхвърля директния ефект на Договора за СТО, той твърди, че това не е пречка пред Съда да признае директния ефект на Договора за СТО. Позовавайки се на практиката на Съда по други дела, позицията е, че Съдът следва да признае директния ефект на Договора за СТО. Що се отнася до разрешаването на споровете в рамките на СТО, той сравнява системата с „коперниково нововъведение“ по отношение на елиминиране на възможността страните ответници да блокират процеса⁵⁸.

Генералният адвокат *Saggio* продължава тази линия в *Portugal v Council*⁵⁹, като е силно критичен към Съда на ЕС. Той също определя Решение на Съвета 94/800 в частта му за директния ефект на Договора за СТО като „чисто полити-

⁵³ Thies, Anne. *International Trade Disputes and EU Liability*, op. cit. p. 104 е още по-категорична, като твърди: „Съдилищата на ЕС отричат директния ефект на задълженията по СТО по политически причини [...]“ (преводът мой).

⁵⁴ Например *Koutrakos*, Panos. *EU International Relations Law*. 2nd ed. op. cit., p. 297.

⁵⁵ *Opinion AG Tesauro in ECJ case C-53/96 Hermes*, ECR 1998, I-3603.

⁵⁶ *C-183/95 Affish BV v Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, ECR 1997, I-04315.

⁵⁷ Това в Становище 1/94 на Съда.

⁵⁸ *Ibid*, para. 29 (1).

⁵⁹ *Opinion AG Saggio case C-149/96 Portugal v Council*, ECR 1999, I-8395.

ческо твърдение“, което не ангажира Съда. Тази позиция е подкрепена и от Генералния адвокат Alber по делото Biret⁶⁰. Последният подкрепя идеята за директен ефект на СТО по делата за вреди. В този смисъл е и Становището на Генералния адвокат Tizzano по делото Van Parys⁶¹, което обаче вече касае валидността на акт на правото на ЕС. Генералният адвокат Tizzano направо цитира Генералния адвокат Alber по отношение на окончателните актове на органа за разрешаване на търговски спорове. Той директно утвърждава, че в Общност, която е управлявана от правото, актовете, приети от органа за разрешаване на търговски спорове в рамките на СТО, трябва да са критерий за преценката на законосъобразност на мерките на Общността.

В заключение, следва да се посочи, че това изследване не се цели да прави политическа преценка на политическата обосновка за монистичния или дуалистичен подход за отношението на международното публично и вътрешното право. Има обаче за цел да се придържа към чисто юридически аргументи. Струва ми се, че те не са в подкрепа на позицията, заета от Съда. Истина е, че политиката, която се провежда, е тясно свързана с юридическите принципи и инструменти, които я провеждат. Установените принципи не следва обаче да се огъват до точката на пречупване, за да се защити същото това общо благо. Особено когато това става за съдебно установени принципни положения. Отделен е въпросът дали наистина се отнася до обществено благо, както твърди Съдът на ЕС. В доктрината се изразява и друго мнение, а именно, че Съдът се заема с преразпределяне на блага сред сектори на обществото, което никак не му приляга с оглед на отредените му правомощия⁶².

Макар и малко изненадващо, горесцитираните генерални адвокати не подминават „политическите“ аспекти, какъвто е въпросът за реципрочността. Предложените от тях подходи са различни, но считам за особено оригинален и убедителен този на Генералния адвокат Saggio. Той отбелязва принципа, според който при две насрещни задължения не се изпълнява спрямо онзи, който не изпълнява (*inadimplenti non est adimplendum*). Този принцип е добре познат и в международното публично право⁶³ и е основание за суспендиране на договора, ако страна не изпълнява съществен елемент от договора⁶⁴. Така признатият директен ефект на договора няма да може да се приложи от Съда по отношение на конкретни случаи, а не изобщо по отношение на договорите от системата на СТО. Този подход изглежда радикален, но е юридически издържан.

⁶⁰ C-93/02 and C-94/02 P, Biret Internationa/Établissements Biret v Council, ECR 2003, I - 10497.

⁶¹ Opinion AG Tesauro case C-53/96 Hermes, ECR 1998, I-3603.

⁶² Mavroidis, Petros C. It's Alright Ma, I'm Only Bleeding (A Comment on the Fedon Jurisprudence of the Court of First Instance). Sant'Anna School of Advanced Studies [online]. 2008. p. 14 [Достъп на 7.2.2018]. (STALS Research Paper, 11). ISSN 1974-5656. Available from: http://www.stals.sssup.it/files/stals_MavroidisII.pdf

⁶³ Чл. 60 от Виенската конвенция за правото на договорите.

⁶⁴ Opinion AG Saggio, op. cit., para. 21.

Ключови думи

Деца, право на здраве, здравна закрила на детето, хранене на децата, европейска схема „Училищен плод“, европейска схема „Училищно мляко“, генетично модифицирана храна, Международен кодекс на СЗО за търговия със заместителите на майчина кърма, СЗО.

Key words

Children, Right to Health, Child Health Protection, Child Nutrition, EU school fruit, vegetables and milk scheme, Genetically Modified Food, WHO International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes, WHO.

Assoc. Prof. Tsvetalina Petkova, Ph. D.

Member of the Law Department of New Bulgarian University,

email:
cpetkova@nbu.bg

Lecturer in Property Law, Family Law and Law of Succession at the Law Department of NBU.

Areas of specialization: Property Law, Family Law and Law of Succession.

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

Tsvetalina Petkova

Health Protection of the Child: Analysis of the Legislation on Children's Nutrition

The present study analyzes the legal framework on children's nutrition as an element of the legal protection of children's health. The rules for children's nutrition up to 3 years, for children between 3 and 7 years and for children over 7 years of age are separately analyzed, as well as common nutrition rules for all age groups, such as the EU school fruit, vegetables and milk scheme, which is co-funded by the European Union. Restrictions and prohibitions on the children's nutrition with certain foods and substances are also considered. The present study analyzes not only the ban on smoking, alcohol use and consumption of genetically modified food by children, but also legislative measures to prevent them, including international ones – i.e. the World Health Organization (WHO) Framework Convention on Tobacco Control. A rich regulatory framework, including the EU legislation applicable to the topic, is cited.

Attention is also paid to the rules for the production of baby foods and infant formulas. The present study pays particular attention to breastfeeding promotion measures, in line with WHO recommendations. The rules of the WHO International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes are reviewed and an answer is given to whether and to what extent the Bulgarian legislation has implemented the rules of the Code. The work ends with a conclusion that attempts to summarize the results of the existing of a rich legal basis for healthy nutrition of children.

Цветалина Петкова

Здравна закрила на детето: анализ на нормативната уредба относно храненето на децата

*„[...] a little child, born yesterday,
A thing on mother's milk and kisses fed [...]"¹*

I. Въведение

Понятието „здраве“ може да се дефинира и тълкува в широк и тесен смисъл. В Устава на Световната здравна организация (СЗО)² то е определено като основно човешко право и „състояние на пълно физическо, душевно и социално благосъстояние, а не само липса на заболяване или инвалидност“. Прието е също така, че осъществяването на това основно човешко право изисква действията на

¹ Химн на Меркурий. Омир. Превод от старогръцки на английски Percy Bysshe Shelley. Translations. Hymn to Mercury. Translated From the Greek of Homer. The Complete Poetical Works of Percy Bysshe Shelley. Oxford edition, eBooks@Adelaide. The University of Adelaide Library. University of Adelaide, South Australia 5005. https://ebooks.adelaide.edu.au/s/shelley/percy_bysshe/s54cp/index.html [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с пос-леден достъп на 1.9.2018 г.]. Забележка: Омировият химн на Хермес (Меркурий) е преведен и на български език. Вж. Хезиод, Теогония. Дела и дни. Омирови химни, София, Народна култура, 1988 г. с. 106–120, но преводът на Ралица Константинова от старогръцки на същата строфа звучи по следния начин: „[...] току-що роден и невръстен [...]“. Вж. пак там, с. 116.

² Ратифициран от Република България с Указ 702 на Президиума на ВНС от 24.4.1948 г., обн., ДВ, бр. 106 от 1948 г., в сила 9.6.1948 г.

много други социални и икономически сектори освен този на здравеопазването. Че понятието „здраве“ може да се дефинира по два начина, се разбира и от Общ коментар 4 (2003) Здраве и развитие на юношите в контекста на Конвенцията за правата на детето (КПД)³. Според Комитета по правата на детето понятието „здраве“ трябва да се разбира в по-широк смисъл, отколкото смисъла, стриктно ограничаващ се до определенията, установени в член 6 (право на живот, оцеляване и развитие) и в член 24 (право на здравеопазване) от КПД.

Правото на здраве, макар и не изрично формулирано в нашето законодателство, се извлича от многобройните правни норми, които регулират тази материя⁴. Освен това то е признато и в член 12, т. 1 от Международния пакт за икономически, социални и културни права⁵, а също и от член 11 от Европейската социална харта (ревизирана)⁶, които са част от българското вътрешно право⁷. Според Националната здравна стратегия 2020⁸ здравето е основно право на всеки човек през целия му живот. Правото на здраве се определя като „неприкосновено човешко право, изискващо на всеки човек да бъдат създадени условия да бъде толкова здрав, колкото е възможно. Гарантирането на правото на здраве е свързано със спазването на стандартите и принципите на човешките права – универсалност, справедливост, равнопоставеност, право на участие при вземане на решения, недискриминация, прозрачност и др.”.

Как българското законодателство дефинира понятието „здраве“? Според чл. 2 от Закона за здравето⁹ то е „състояние на пълно физическо, психическо и социално благополучие” и е национален приоритет. Очевидно българският законодател е възприел широкото тълкуване, почти дословно цитирайки дефиницията на СЗО. Опазването на здравето се гарантира от държавата чрез прилагане на принципите, изброени в чл. 2, т. 1–6 от Закона за здравето. Измежду тях се откроява принципът на **особена здравна закрила на деца**, бременни, майки на деца до една година и лица с физически увреждания и психически разстройства. Този принцип е доразвит в глава четвърта от закона, озаглавена „Здравна закрила на определени групи от населението”.

³ Приета от ОС на ООН на 20.11.1989 г. Ратифицирана с решение на ВНС от 11.4.1991 г., обн., ДВ, бр. 32 от 23.4.1991 г., обн., ДВ, бр. 55 от 12.7.1991 г., в сила от 3.7.1991 г.

⁴ Стайков, Ив. Правна характеристика на правото на здраве и съотношението му с правото на здравно осигуряване и правото на безплатно ползване на медицинско обслужване. В: Годишник 2013 на департамент „Право“ на НБУ, 2014, т. 2, с. 246.

⁵ Ратифициран с Указ 1199 на Президиума на Народното събрание от 23.7.1970 г., ДВ, бр. 60 от 1970 г. Издаден от Министерството на външните работи, обн., ДВ, бр. 43 от 28.5.1976 г., в сила от 23.3.1976 г.

⁶ Ратифицирана със закон, приета от 38-о Народно събрание на 29.3.2000 г. – ДВ, бр. 30 от 11.4.2000 г. Издадена от Министерството на труда и социалната политика, обн., ДВ, бр. 43 от 4.5.2001 г., в сила от 1.8.2000 г.

⁷ Вж. Стайков, Ив., цит. статия, с. 248–249.

⁸ Приета с РНС от 17.12.2015 г., обн., ДВ, бр. 101 от 22.12.2015 г.

⁹ Обн., ДВ, бр. 70 от 10.8.2004 г., в сила от 1.1.2005 г.

Предмет на настоящото изследване е нормативната уредба относно **децата** като адресат на особената здравна закрила. Член 1 от КПД определя понятието „дете“ за целите на Конвенцията като всяко човешко същество на възраст под 18 години. Според чл. 14 от Конституцията¹⁰ семейството, майчинството и децата са под закрила на държавата и обществото. Член 2 от Закона за закрила на детето¹¹ определя, че дете е всяко физическо лице до навършването на 18 години. Правата, принципите и мерките за закрила на детето са предмет на уредба от Закона за закрила на детето. На министъра на здравеопазването е вменено задължението да ръководи и контролира дейностите по **опазване здравето на децата** за осигуряване на най-високия достижим за страната стандарт на здравословното им състояние (чл. 6а, т. 7, б. „в“ от Закона за закрила на детето).

Дефинирането на понятието „здраве“ в широк смисъл налага извода, че здравната закрила на детето включва не само детското здравеопазване (като профилактични прегледи, ваксиниране, зъболечение и др.) и правната уредба на детското хранене – предмет на настоящото изследване, но например и реализацията на правото на детето на игра, на отпих и почивка, на участие в игри и дейности за отмора, подходящи за възрастта му (член 31 КПД) и др. Следователно **здравната закрила на детето е многопластова, комплексна**. Основателно правото на здраве се определя като сложно¹². Една задълбочено изследване на тази тема, в нейната цялост, би могло да добие монографичен характер. Поради това настоящото изследване се ограничава само до правната уредба на храненето на децата като един от елементите на здравната закрила на детето.

II. Специфична правна уредба на храненето на деца до 7 години

1. Правила относно деца до 3 години

Според Наредба 26 от 18.11.2008 г. за устройството и дейността на детските ясли и детските кухни и здравните изисквания към тях¹³, детските ясли са организационно обособени структури, в които медицински и други специалисти осъществяват отглеждане, възпитание и обучение на деца от тримесечна до тригодишна възраст. Детските ясли могат да се създават от общините, от физически и юридически лица. Издръжката на децата в общинските детски ясли се финансира от съответния общински бюджет. Те могат да бъдат постоянни или сезонни. Постоянните ясли са дневни, седмични и смесени. В дневните ясли се приемат деца от три месеца до тригодишна възраст за дневен престой, а в седмичните – от 10 месеца до 3 години.

¹⁰ Обн., ДВ, бр. 56 от 13.7.1991 г., в сила от 13.7.1991 г., изм. и доп., бр. 85 от 26.9.2003 г., бр. 18 от 25.2.2005 г., бр. 27 от 31.3.2006 г.; Решение 7 на КС на РБ от 13.9.2006 г. – бр. 78 от 26.9.2006 г.; изм. и доп., бр. 12 от 6.2.2007 г., бр. 100 от 18.12.2015 г.

¹¹ Обн., ДВ, бр. 48 от 13.6.2000 г.

¹² Вж. правната характеристика на правото на здраве при Стайков, Ив., цит. статия, с. 254.

¹³ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 103 от 2.12.2008 г., изм., бр. 24 от 31.3.2009 г., бр. 36 от 10.5.2011 г., в сила от 10.5.2011 г.

В детската ясла се приготвя храна, съобразена с изискванията на Закона за храните¹⁴ и подзаконовите нормативни актове по неговото прилагане, и с Наредба 1 от 22.1.2018 г. за физиологичните норми за хранене на населението¹⁵.

Детските кухни са организационно обособени структури, в които се приготвя, съхранява и предоставя храна за деца от 10 месеца до тригодишна възраст. Детските кухни могат да се създават от общините, от физически и юридически лица. Дейността на общинските детски кухни се финансира от съответния общински бюджет. Детските кухни са обособени в три категории в зависимост от броя на порциите храна, които приготвят. Качеството и начина на обработка на храната трябва да отговарят на възрастовите особености на детския организъм. Храната, която се приготвя в детските кухни, може да се ползва както от деца от 10 месеца до три години, отглеждани в домашна обстановка (въз основа на подадена от родителите ежедневна заявка), така и от деца на същата възраст, които посещават детски ясли и яслени групи в обединените детски заведения¹⁶.

Освен това храните също трябва да отговарят на изискванията за качество и безопасност съгласно Закона за храните и подзаконовите нормативни актове по неговото прилагане, БДС и Кодекс Алиментариус. Не се допуска използване на генетично модифицирани храни, генетично модифицирани организми, както и храни, съдържащи съставки, произведени от генетично модифицирани организми. Не се допуска влагане на суровини и предлагане на храни с изтекъл срок на трайност. Храната се приготвя съобразно Наредба 1 от 22.1.2018 г. за физиологичните норми за хранене на населението¹⁷. Налице е изискване за заделяне на проби от дневното меню, които се маркират и съхраняват в продължение на 48 часа.

Транспортирането на суровините и готовата храна до раздавателните пунктове се извършва с транспортни средства, които отговарят на изискванията на Наредба 1 от 26.1.2016 г. за хигиената на храните¹⁸.

Детските кухни се разкриват в строени за целта или преустроени сгради. Съществуват изисквания относно разпределението и обособяването на помещенията, характеристиката на вложените строителни материали, наличие на топла и

¹⁴ Обн., ДВ, бр. 90 от 15.10.1999 г.

¹⁵ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 11 от 2.2.2018 г.

¹⁶ Неорганизиран и организиран контингент, по смисъла на Наредба 26.

¹⁷ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 11 от 2.2.2018 г. Наредбата определя средни енергийни потребности, препоръчителен хранителен прием на белтък, въглехидрати, витамини и минерални вещества, адекватен хранителен прием на белтък, общи мазнини, мастни киселини, общи въглехидрати, хранителни влакнини, витамини, минерални вещества и електролити когато не може да бъде определен препоръчителен хранителен прием), адекватен хранителен прием на вода, горни граници за нерисков хранителен прием на витамини, минерални вещества и електролити, препоръчителни интервали за хранителен прием на белтък, общи мазнини, мастни киселини, общи въглехидрати и хранителни влакнини.

¹⁸ Издадена от министъра на здравеопазването и министъра на земеделието и храните, обн., ДВ, бр. 10 от 5.2.2016 г., в сила от 5.2.2016 г.

студена вода, естествена и механична вентилация, температура, дезинфекция, работно облекло, събиране и изнасяне на отпадъците и др.

Наредба 2 от 7.3.2013 г. за здравословно хранене на децата на възраст от 0 до 3 години в детските заведения и детските кухни (Наредба 2)¹⁹ въвежда изисквания за здравословно хранене на децата на възраст от 0 до 3 години, организирано на територията на детските заведения (детски ясли, домове за медико-социални грижи за деца, дневни центрове и центрове за настаняване от семеен тип, в които се предоставят социални услуги в общността на деца на възраст от 0 до 3 години) и детските кухни.

Изискванията за здравословно хранене могат да се обособят в следните групи:

- Осигуряване на определен брой хранения на ден, съобразени с възрастта на кърмачето/детето,

- Изготвяне на менютата от медицински специалист и/или технолог по хранене и според примерни среднодневни норми; съобразяване със специфичните хранителни потребности на дете със здравословни проблеми,

- Ежедневно включване в менюто на зърнени храни, зеленчуци, плодове, мляко и/или млечни продукти, богати на белтък храни – месо, птици, риба, яйца, бобови храни; за детските кухни – поне един представител от следните храни: мляко, млечни продукти, месо, птици, риба, яйца, бобови храни,

- Използване на минимално съдържание на сол и/или захар на хлебни, тестени и картофени изделия и недопускането на консумация на сол при приготвяне на храните за деца до 1 година; определено максимално съдържание на сол в предлаганите фабрично приготвени храни; регулиране на количествата захар и недопускане използването на захар и други подсладители във водата на кърмачетата; използване само на натурални подсладители,

- Недопускане на консумация на млечни произведения с добавени растителни мазнини; недопускане на консумация на промишлено произведени месни и птичи заготовки и продукти; недопускане на изброени храни с висок риск от алергични реакции; недопускане на консумация на ядки,

- Редовно, целодневно предлагане на вода и

- Определяне на специфични начини за кулинарна обработка на храната (напр. недопускане на пържене и др.).

Храните се придружават с документи, доказващи тяхната безопасност, съгласно действащото законодателство.

В Наредбата за изискванията към някои частично или напълно дехидратирани млека, предназначени за консумация от човека²⁰ е определено, че при етикетирването на „сухо високомаслено мляко“ („високомаслено мляко на прах“), „сухо пълномаслено мляко“ („пълномаслено мляко на прах“) и „сухо частично обезмаслено мляко“ („частично обезмаслено мляко на прах“) се поставя надпис „не са предназначени за храна на кърмачета на възраст под 12 месеца“.

¹⁹ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 28 от 19.3.2013 г., в сила от 1.9.2013 г.

²⁰ Приета с Постановление на министерския съвет (ПМС) 10 от 19.1.2004 г., обн., ДВ, бр. 8 от 30.1.2004 г., в сила от 1.7.2004 г.

2. Правила относно деца от 3 до 7 години

В детските градини може да се приготвя храна, съобразена с изискванията на Наредба 6 от 10.8.2011 г. за здравословно хранене на децата на възраст от 3 до 7 години в детски заведения²¹. Тя се прилага за организирано хранене в детските градини, специализираните институции за предоставяне на социални услуги за деца, в които се отглеждат деца на възраст от 3 до 7 години (домове за деца, лишени от родителска грижа, домове за деца с физически увреждания и домове за деца с умствена изостаналост), детските лагери за деца на възраст от 3 до 7 години, както и в училищата по отношение на организираното хранене на децата от подготвителните групи, при целодневна организация на предучилищната подготовка.

Понеже въвежда правила за здравословно хранене на деца, до голяма степен правилата ѝ съвпадат с тези на Наредба 2. Разликата се състои в това, че се въвеждат храни, които са изключени при хранене на деца в по-ниска възраст²². Запазват се изискванията за спазване на Наредба 1 от 22.1.2018 г. за физиологичните норми за хранене на населението.

Правилата на Наредбата се прилагат за всички детски градини независимо от вида на тяхната собственост.

III. Общи правила относно храненето на деца. Правна уредба на хранене на деца над 7 години

1. Общи изисквания към храните, предлагани в детските заведения, училищните столове и обектите за търговия на дребно на територията на училищата и на детските заведения

Разгледаните по-горе наредби очертават принципите на здравословното хранене на децата, съотношението на качествения им състав, а също и начините на кулинарна обработка на храната. Следващото изложение разглежда нормите, които поставят специфични изисквания към произхода на храните, предлагани за консумация или влагани при приготвянето на храна за децата. Става дума за Наредба 9 от 16.9.2011 г. за специфичните изисквания към безопасността и качеството на храните, предлагани в детските заведения, училищните столове и обектите за търговия на дребно на територията на училищата и на детските заведения, както и към храни, предлагани при организирани мероприятия за деца и ученици (Наредба 9)²³. Тя е задължителна за детските заведения, училищните столове и

²¹ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 65 от 23.8.2011 г., в сила от 15.9.2011 г.

²² Например, допуска се консумация на сол и захар в конкретно определено процентно съдържание, докато според нормите за хранене на деца до 1 г. влагането в храната на тези вещества е забранено.

²³ Издадена от министъра на земеделието и храните, обн., ДВ, бр. 73 от 20.9.2011 г., в сила от 20.9.2011 г., изм. и доп., бр. 60 от 7.8.2012 г., бр. 85 от 3.11.2015 г., в сила от 3.11.2015 г.

обектите за търговия на дребно на територията на училищата и на детските заведения, към храни, предлагани при организирани мероприятия за деца и ученици, както и за извънучилищни педагогически заведения за деца.

Наредбата поставя общо изискване към всички храни, предлагани в **детските заведения**²⁴, **училищните столове и обектите за търговия на дребно на територията на училищата и на детските заведения**. Необходимо е те да отговарят на изискванията за безопасност и качество, регламентирани в европейското и националното законодателство.

Наред с това е въведено задължение за регистрация на обектите, предлагащи храни в горепосочените обекти. Наредбата препраща към чл. 12 от Закона за храните, според който производство и търговия с храни в страната се извършва само в обекти, регистрирани по реда на закона. Необходимо е обектите да отговарят на хигиенните или на ветеринарно-санитарните изисквания, да имат разработена технологична документация за групите храни, които ще се произвеждат в обекта или да прилагат национални стандарти или стандарти, разработени от браншови организации и одобрени от компетентен орган; да имат въведени добри практики за производство и търговия с храни, система за анализ на опасностите и критични контролни точки, система за управление на безопасността на храните. Регистрацията на обект за производство или за търговия с храни, с изключение на обектите за производство на бутилирани натурални минерални, изворни и трапезни води, се извършва от областната дирекция по безопасност на храните по местонахождението на обекта.

Разглежданата наредба въвежда редица изисквания с цел закрила на детското здраве като например:

- наличието на документ за произхода на храната и удостоверяващ съответствието и безопасността ѝ,
- спазване на определен ред при транспортирането на храната, в съответствие Приложение II, глава IV на Регламент (ЕО) 852/2004 на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно хигиената на храните²⁵,
- спазване на определен ред при опаковането, етикетирането и маркирането на храните, в съответствие с Наредбата за изискванията за етикетирането и представянето на храните (Наредба от 4.12.2014 г.)²⁶,
- специфични изисквания към месото и месните продукти,

²⁴ По смисъла на наредбата, „Детски заведения“ са детски ясли, детски градини, обединени детски заведения, домове за медико-социални грижи за деца на възраст 0–3 години, домове за деца, лишени от родителска грижа, от 3 до 18 години, домове за деца с умствена изостаналост и домове за деца с физически увреждания, центрове за настаняване от семеен тип, социално-педагогически интернати, възпитателни училища – интернати, преходно жилище за деца от 14 до 18 години, звено „Майка и бебе“, дневен център за деца на улицата, дневен център за деца с увреждания, звено „Спешен прием“ към център за обществена подкрепа, кризисен център.

²⁵ ОВ L 139, 30.4.2004 г.

²⁶ Приета с ПМС 383 от 4.12.2014 г., обн., ДВ, бр. 102 от 2014 г.

- специфични изисквания относно млякото и млечните продукти, както и техни производни (Приложение III, раздел IX, глава I, т. III (3) на Регламент (ЕО) 853/2004, стандарт БДС 14:2010, стандарт БДС 14:2010, стандарт БДС 14:2010),
- специфични изисквания относно рибата, рибните продукти и други морски храни (Приложение III, раздел VIII на Регламент (ЕО) 853/2004),
- специфични изисквания към яйца,
- специфични изисквания към масла и мазнини (Приложение III, раздел IX, глава I, т. III (3) на Регламент (ЕО) 853/2004; да отговаря на изискванията на Регламент (ЕС) 1308/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. за установяване на обща организация на пазарите на селскостопански продукти и за отмяна на регламенти (ЕИО) 922/72, (ЕИО) 234/79, (ЕО) 1037/2001 и (ЕО) 1234/2007²⁷, Регламент (ЕИО) 2568/91 на Комисията от 11 юли 1991 г. относно характеристиките на маслиновото масло и маслиновото масло от остатъчен материал и съответните методи за анализ²⁸ и Регламент (ЕС) 29/2012 на Комисията от 13 януари 2012 г. относно стандартите за търговия с маслиново масло²⁹³⁰
- специфични изисквания към зърнени храни и храни на зърнена основа (Наредба за изискванията към храните на зърнена основа и към детските храни, предназначени за кърмачета и малки деца³¹),
- специфични изисквания към картофи, кореноплодни и варива (Регламент за изпълнение (ЕС) 543/2011 на Комисията от 7 юни 2011 г. за определянето на подробни правила за прилагането на Регламент (ЕО) 1234/2007 на Съвета по отношение на секторите на плодовете и зеленчуците и на преработените плодове и зеленчуци³²,
- специфични изисквания към плодове, зеленчуци и продукти от тях (зеленчуци – сурови, сготвени, консервирани, замразени, изсушени, ферментирани, зеленчукови сокове и плодове – пресни, замразени, изсушени, консервирани, под формата на нектари и плодови сокове, конфитюри, мармалади, желета и компоти). Прилагат се разпоредбите на Регламент (ЕО) 912/2001 на Комисията от 10 май 2001 година относно определяне на стандартите за търговия с фасул³³, Наредбата за изискванията към плодвите конфитюри, желета, мармалади, желе – мармалади и подсладено пюре от кестени³⁴, Наредба 4 от 2015 г. за изискванията

²⁷ ОВ, L 347, 20.12.2013 г.

²⁸ ОВ, L 248, 5.9.1991 г.

²⁹ ОВ, L 12, 14.1.2012 г.

³⁰ Вж. Йочева, К. Сключване на Международното споразумение за маслиновото масло и трапезните маслини от 2015 година. Доклад в Международна научна конференция, 27 октомври 2017, УНСС, (под печат).

³¹ Приета с ПМС 66 от 18 март 2003 г., ДВ бр. 27 от 2003 г.

³² ОВ L 157, 15.6.2011 г.

³³ ОВ L 129, 11.5.2001 г.

³⁴ Приета с ПМС 45 от 21.2.2003 г., обн., ДВ, бр. 19 от 28.2.2003 г., в сила от 12.7.2003 г.

към използване на добавки в храните³⁵, Наредбата за изискванията към соковете от плодове и някои сходни продукти, предназначени за консумация от човека³⁶,

– специфични изисквания към ядки и маслодайни семена, захар, захарни и шоколадови изделия, пчелен мед. Прилагат се Наредбата за изискванията към захарите, предназначени за консумация от човека³⁷, Наредбата за изискванията към какаото³⁸ и шоколадовите продукти³⁹, Наредбата за изискванията към пчелния мед, предназначен за консумация от човека⁴⁰, Регламент (ЕО) 1935/2004 на Европейския парламент и на Съвета от 27 октомври 2004 година относно материалите и предметите, предназначени за контакт с храни, и за отмяна на Директиви 80/590/ЕИО и 89/109/ЕИО⁴¹ и

– специфични изисквания към други храни – детски храни, плодови и билкови чайове, трапезна сол (Регламент (ЕО) 1331/2008 на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 година за установяване на обща разрешителна процедура за добавките в храните, ензимите в храните и ароматизантите в храните⁴² Регламент (ЕО) 1332/2008 на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 година относно ензимите в храните и за изменение на Директива 83/417/ЕИО на Съвета, Регламент (ЕО) 1493/1999 на Съвета, Директива 2000/13/ЕО, Директива 2001/112/ЕО на Съвета и Регламент (ЕО) 258/97⁴³, Регламент (ЕО) 1333/2008 на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 година относно добавките в храните⁴⁴, Наредбата за изискванията към състава и характеристиките на солта за хранителни цели.⁴⁵

Според Наредбата за изискванията към бутилираните натурални минерални, изворни и трапезни води, предназначени за питейни цели⁴⁶, ако натуралната минерална вода е със съдържание на флуорид над 1,5 mg/l, се изписва текстът: „Съдържа флуорид над 1,5 mg/l. Не е подходяща за всекидневна употреба от кърмачета и деца под 7-годишна възраст”. Надписът се поставя в непосредствена

³⁵ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 12 от 13.2.2015 г., в сила от 13.2.2015 г.

³⁶ Приета с ПМС 219 от 24.9.2002 г., обн., ДВ, бр. 94 от 4.10.2002 г., в сила от 12.7.2003 г.

³⁷ Приета с ПМС 209 от 11.9.2002 г., обн., ДВ, бр. 89 от 20.9.2002 г., в сила от 12.7.2003 г.

³⁸ Вж. Йочева, К. Международноправна уредба на търговията с какао. Русе: Издателство на Русенския университет „Ангел Кънчев“, 90–96.

³⁹ Приета с ПМС 251 от 6.11.2002 г., обн., ДВ, бр. 107 от 15.11.2002 г., в сила от 1.8.2003 г.

⁴⁰ Приета с ПМС 196 от 28.8.2002 г., обн., ДВ, бр. 85 от 5.9.2002 г., в сила от 1.8.2003 г.

⁴¹ ОВ L 338, 13.11.2004 г.

⁴² ОВ L 354, 31.12.2008 г.

⁴³ ОВ L 354, 31.12.2008 г.

⁴⁴ ОВ L 354, 31.12.2008 г.

⁴⁵ Приета с ПМС 23 от 30.1.2001 г., обн., ДВ, бр. 11 от 6.2.2001 г.

⁴⁶ Приета с ПМС 178 от 23.7.2004 г., обн., ДВ, бр. 68 от 3.8.2004 г., в сила от 3.8.2004 г.

близост до търговското наименование (търговската марка) на продукта и трябва да е ясно различим. Освен това наредбата определя и максимално допустимото количество на химични елементи в минералната вода, при чието наличие се поставя надпис: „подходяща за приготвяне на храна за кърмачета”.

Лицата, работещи в детските заведения (детски ясли и детски градини) и специализираните заведения за отглеждане, пребиваване и възпитание на деца трябва да отговарят на някои здравни изисквания. Те са определени в Наредба 15 от 27.6.2006 г. за здравните изисквания към лицата, работещи в детските заведения, специализираните институции за деца и възрастни, водоснабдителните обекти, предприятията, които произвеждат или търгуват с храни, бръснарските, фризьорските и козметичните салони⁴⁷. Така например необходимо е да се извършват предварителни и периодични медицински прегледи и изследвания за определени заболявания, които се вписват в лична здравна книжка. Поставени са изисквания за поддържане на добра лична хигиена, както и за временно отстраняване от работа при наличие на определени заболявания и състояния.

2. Схема „Училищен плод” и „Училищно мляко”

На територията на учебните заведения се предлагат плодове, зеленчуци, мляко и млечни продукти по т. нар. **схема „Училищен плод”** (от 2010 г.⁴⁸) и **Схема „Училищно мляко”** (от 2015 г.⁴⁹). Цели се изграждане на здравословни навици у децата, повишаване на консумацията на свежи плодове, зеленчуци и мляко, повишаване на информираността на децата, учениците, учителите и родителите за принципите за здравословно хранене и не на последно място – стимулиране на производството и реализацията на плодове, зеленчуци, мляко и млечни продукти в Европейския съюз. За учебната 2017/2018 г. действа новата Наредба за условията и реда за прилагане на схеми за предоставяне на плодове и зеленчуци и на мляко и млечни продукти в учебните заведения – Схема „Училищен плод” и Схема „Училищно мляко”⁵⁰. Финансирането се осигурява от Европейския фонд за гарантиране на земеделieto, както и от държавния бюджет. Продуктите по схемите се предоставят на децата от първа до подготвителна група включително, в държавните, общинските и частните детски градини и на децата от подготвителната група и учениците

⁴⁷ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 57 от 14.7.2006 г.

⁴⁸ Наредба за условията и реда за прилагане на схема за предоставяне на плодове и зеленчуци в учебните заведения – схема „Училищен плод” (отменена), приета с ПМС 91 от 12.5.2010 г., обн., ДВ, бр. 37 от 18.5.2010 г., в сила от 18.5.2010 г., отменена, бр. 77 от 4.10.2016 г., в сила от 4.10.2016 г.

⁴⁹ Наредба за условията и реда за прилагане на схема за предоставяне на мляко и млечни продукти в учебните заведения – схема „Училищно мляко” (отменена), приета с ПМС 257 от 18.9.2015 г., обн., ДВ, бр. 75 от 29.9.2015 г., в сила от 29.9.2015 г., отм., бр. 77 от 4.10.2016 г., в сила от 4.10.2016 г.

⁵⁰ Приета с ПМС 251 от 27.9.2016 г. Последните изменения и допълнения на наредбата са в ДВ, бр. 53 от 26.6.2018 г., в сила от 20.6.2018 г.

от I до IV клас включително, в държавните, общинските и частните училища през учебната година в периода от 15 септември до 31 май. Наредбата предвижда и прилагането на т. нар. съпътстващи мерки, насочени към налагане на здравословното хранене на децата – придобиване на знания за производството на плодове, зеленчуци, мляко и млечни продукти, значението на пресните плодове и зеленчуци и на млякото и млечните продукти за здравето и здравословното хранене, запознаване на децата и учениците със селското стопанство и неговите екологични аспекти.

На децата се предоставят само пресни плодове и зеленчуци, които не са генетично модифицирани. Те се раздават в деня на доставката, отделно от основните хранения и не могат да се използват за приготвяне на ястия. Плодовете и зеленчуците по Схема „Училищен плод” трябва да отговарят на изискванията за качество на пресни плодове и зеленчуци по Регламент за изпълнение (ЕС) 543/2011 на Комисията от 7 юни 2011 година за определяне на подробни правила за прилагането на Регламент (ЕО) 1234/2007 на Съвета по отношение на секторите на плодовете и зеленчуците и на преработените плодове и зеленчуци⁵¹, и на изискванията за безопасност съгласно Закона за храните и нормативните актове по прилагането му. Разпределят се най-малко 4 различни вида плодове и/или зеленчуци месечно.

Наредбата въвежда изисквания и по отношение на предоставяните мляко и млечни продукти. Те трябва да са произведени от сурово мляко, което отговаря на изискванията на приложение III, секция IX, глава I, т. 3 от Регламент (ЕО) 853/2004 на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно определяне на специфични хигиенни правила за храните от животински произход⁵², както и на някои наредби от вътрешната поднормативна основа – Наредбата за специфичните изисквания към млечните продукти⁵³, и на чл. 15 от Наредба 9. Въведени са изисквания по отношение на транспорта, етикетирването, наличие на идентификационна маркировка, съхранението и др.

3. Забрана и ограничаване на консумацията от деца на някои храни, хранителни добавки и вещества

Законът за храните не допуска на пазара храна, която не е безопасна за консумация от потребителите, уврежда или може да увреди здравето на хората, както и храна, негодна за човешка консумация (чл. 20 от Закона за храните). Спазването на това основно правило се гарантира с подробна уредба както в самия закон, така и в богатата поднормативна основа, уреждаща изискванията към производителите на храни и търговците. Законът обаче предвижда засилена защита на децата, като поставя допълнителни изисквания и критерии, свързани с тяхното хранене.

⁵¹ ОВ, L 157/1 от 15.6.2011 г.

⁵² ОВ, L 139/55 от 30.4.2004 г.

⁵³ Приета с ПМС 119 от 19.6.2012 г., обн., ДВ, бр. 48 от 26.6.2012 г.

3.1. Забрана за хранене с генетично модифицирани храни

Един аспект от храненето са т. нар. генетично модифицирани организми (ГМО), наричани още трансгенни организми. Навлизането на ГМО храните и дискусиите, които те предизвикват в обществото, наложиха на българския законодател да уреди нормативно този въпрос. Общата уредба на ГМО се съдържа в Закона за генетично модифицирани организми (ЗГМО)⁵⁴. Чл. 2 от ЗГМО определя, че пускането на пазара, вноса, износа и транзита на генетично модифицирани организми за използване във/или като храна, генетично модифицирани храни, храни, съдържащи съставки, произведени от ГМО, **се уреждат със Закона за храните**. Параграф 1, т. 8 от Допълнителните разпоредби на Закона за храните определя ГМО като „организъм, с изключение на човешкия, в който генетичният материал е бил променен чрез прилагане на техники, разрешени със специален закон“. Въведени са изисквания относно предлагането на ГМО храни и влагането им в производството на други храни. Новите храни и новите хранителни съставки не трябва да представляват опасност за здравето на потребителя, да го заблуждават и да се различават от храните, които заместват по начин, че обичайната им консумация да доведе до неблагоприятни последици за потребителя по отношение на хранителната им стойност. Според чл. 23е от Закона за храните пускането на пазара на генетично модифицирана храна (ГМО) за използване във или като храна или храна, съдържаща съставки, произведени от ГМО, се извършва само след получаване на разрешение от Европейската комисия по реда на Регламент 1829/2003⁵⁵ на Европейския парламент и на Съвета на Европейския съюз и при спазване на съответните условия, определени в разрешението. Разрешението се предхожда от задължително извършване преди пускането на пазара на оценка на риска за човешкото здраве и оценка на риска за околната среда.

По отношение на консумиране на генетично модифицирана храна от деца, както и като мерки за недопускането му, законът въвежда няколко забрани.

Първо, забранява се влагането на продукти и съставки, които се състоят, съдържат или са произведени от ГМО при производството на детски храни (чл. 4а, ал. 4 от Закона за храните).

Второ, забранява се рекламирането на генетично модифицирани храни чрез реклами или други форми на търговски съобщения, в които като изпълнители участват деца или които представят деца, употребяващи тези храни, и/или са предназначени за детска аудитория (чл. 9а от Закона за храните).

Трето, забранява се разпространението и продажбата на генетично модифицирани храни в детските ясли, детските кухни, детските градини и училищата (чл. 19б, ал. 2 от Закона за храните).

⁵⁴ Обн., ДВ, бр. 27 от 29.3.2005 г., в сила от 1.6.2005 г.

⁵⁵ ОВ L 43, 14.2.1997, с. 1–6.

3.2. **Забрана за консумация на някои психоактивни вещества – кофеин, алкохол, тютюн и мерки за недопускането и**

В Наредба 2 е забранена консумация на **чай, съдържащ кофеин** (чл. 19, ал. 1, т. 4).

В Наредба 9 е указано, че в детските заведения, училищните столове и обектите за търговия на дребно на територията на училищата и на детските заведения се предлагат плодови и билкови чайове, които **не съдържат оцветители и овкусители, и несъдържащи кофеин.**

В чл. 54 от Закона за здравето се забранява продажбата на **алкохолни напитки**⁵⁶ на лица под 18 години; на територията на детските градини, училищата, общежитията за ученици, лечебните заведения; на спортни прояви; на обществени мероприятия, организирани за деца и ученици.

Докато разглежданата правна норма само забранява продажбата на алкохолни напитки, то чл. 5б, ал. 3 от Закона за закрила на детето **забранява и предлагането** на алкохолни напитки и тютюневи изделия на деца. Предписанието на правната норма се отнася до всички лица, а не само от родител, настойник, попечител или друго лице, което полага грижи за дете.

Предвидено е и наказание за лице, което продава алкохолни напитки или тютюневи изделия на деца: глоба или имуществена санкция от 2000 до 4000 лв., ако не подлежи на по-тежко административно наказание по специален закон или деянието не съставлява престъпление. При повторно нарушение се предприемат принудителни мерки за временно спиране на дейността за определен срок, но не по-дълъг от една година (чл. 45, ал. 1 от Закона за закрила на детето).

Забранена е пряката реклама на спиртни напитки, а към непряката реклама на спиртни напитки, вино и бира са въведени **редица ограничения** (чл. 55 от Закона за здравето). Не е допустимо рекламата да е насочена към лица под 18-годишна възраст, както и да се излъчва в предавания или да се публикува в печатни издания, предназначени за тях; да използва лица под 18-годишна възраст като участници; да свързва употребата на алкохолни напитки със спортни и физически постижения или с управление на превозни средства; да съдържа неверни твърдения относно полза за здравето, социално или сексуално благополучие или да представя въздържанието или умереността в отрицателна светлина⁵⁷.

Като израз на законодателна мярка за закрила на детското здраве може да бъде посочено и правилото, че непряката реклама на спиртни напитки не може да се излъчва в радио- и телевизионни предавания преди 22:00 ч.

Освен това чл. 120 от Закона за здравето възлага на здравните кабинети в детските градини, училищата и специализираните институции за предоставяне на социални услуги за деца да организират и провеждат **програми за предпазване**

⁵⁶ „Алкохолни напитки” са спиртните напитки, виното и бирата – § 1, т. 17 от ДР на Закона за здравето.

⁵⁷ Вж. Николова, Р. (2017) Комуникационните права на детето, с. 68 от настоящия Годишник.

от употреба на наркотични вещества и психотропни субстанции, за превенция срещу използването на **тютюневи изделия и алкохолни напитки**.

Злоупотребата с алкохол или употребата на наркотични вещества от дете е основание да му се осигури **полицейска закрила** чрез настаняването му незабавно в Дом за временно настаняване на малолетни и непълнолетни към МВР съгласно изискванията на Закона за борба срещу противообществените прояви на малолетните и непълнолетните⁵⁸⁵⁹.

Като пример за **превенция на консумирането на алкохолни напитки** може да бъдат посочени някои критерии, на които трябва да отговарят държавата и общините, физическите лица, регистрирани по Търговския закон, както и юридическите лица, при предоставяне на социални услуги за деца. Според Наредбата за критериите и стандартите за социални услуги за деца⁶⁰ доставчиците на социални услуги за деца трябва да имат разработена процедура за обучение и контрол на настанените деца, която включва **предотвратяване употребата на алкохол и наркотични вещества и тютюнопушене**. Въведено е изискване към персонала да не пуши и не консумира алкохол в сградата и прилежащата ѝ територия (Приложение 1 към Наредбата за критериите и стандартите за социални услуги за деца).

Чл. 16 от **Рамковата конвенция за контрол на тютюна на Световната здравна организация**⁶¹ е посветен на правила относно продажбата на тютюневи изделия от и на малолетни и непълнолетни лица. Той предвижда, че всяка страна членка ще приеме и прилага ефективни законодателни, изпълнителни, административни или други мерки за забрана на продажбите на тютюневи изделия на малолетни и непълнолетни лица, както това е определено от националното законодателство.

Изброени са няколко мерки:

– изискване всички продавачи на тютюневи изделия да поставят ясен и видим надпис в пункта за продажба, че **продажбата на тютюневи изделия на малолетни и непълнолетни лица е забранена** и в случай на съмнение да изискват от всеки купувач на тютюневи изделия да удостовери по подходящ начин, че е навършил пълнолетие,

– забрана по всякакъв начин на продажбата на тютюневи изделия, до които клиентът директно има достъп, като например щандове на магазините,

– забрана на производството и продажбата на сладкарски изделия, закуски, играчки и всякакъв друг вид предмети под формата на тютюневи изделия и

⁵⁸ Обн., Изв., бр. 13 от 14.2.1958 г.

⁵⁹ Чл. 8 от Наредба I-51 от 12.3.2001 г. за условията и реда за предоставяне на полицейска закрила на детето.

⁶⁰ Приета с ПМС 256 от 7.11.2003 г., обн., ДВ, бр. 102 от 21.11.2003 г., в сила от 21.11.2003 г.

⁶¹ Ратифицирана със закон, приет от 40-то НС на 18.10.2005 г. – ДВ, бр. 87 от 1.11.2005 г. Издадена от Министерството на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 15 от 17.2.2006 г., в сила за Република България от 5.2.2006 г.

– забрана за достъп на малолетни и непълнолетни лица до машини за продажба на тютюневи изделия.

Предвижда се, че всяка страна членка ще забранява или ще насърчава забраняването на разпространението на безплатни тютюневи изделия на обществеността и **особено на малолетни и непълнолетни лица**; ще положи усилия за забрана на продажбата на цигари на парче или в малки опаковки, което увеличава достъпността на тези изделия до малолетни и непълнолетни лица.

Освен това всяка страна членка се задължава да утвърди и прилага ефективни законодателни, изпълнителни, административни и други мерки, за да забрани продажбата на тютюневи продукти от лица под определена по вътрешното или националното законодателство възраст или под 18 години.

Като мярка за превенция може да се посочи чл. 122 от Закона за здравето, според който в рамките на утвърдените учебни планове се осигурява обучение на учениците и по здравословно хранене, здравни рискове при **тютюнопушене**, употреба на алкохол и наркотични вещества. Освен това е предвидено **училищните настоятелства да организират мероприятия за запознаване на родителите с проблемите на детското здраве**.

Чл. 30, ал. 2 от Закона за тютюна, тютюневите и свързаните с тях изделия забранява **предлагането и продажбата** на тютюневи и свързани с тях изделия **на и от лица под 18 години**; на територията на детски ясли и градини, училища, общежития за ученици, лечебни и здравни заведения и на техните прилежащи площи; на спортни прояви и обществени мероприятия, организирани за деца и ученици. Електронните цигари е необходимо да са защитени от повреда от деца (чл. 43ж от Закона за тютюна, тютюневите и свързаните с тях изделия), а в потребителската опаковка на електронните цигари и контейнерите за многократно пълнене се включва листовка с инструкции за употреба и съхранение на изделието, като се посочва, че изделието не се препоръчва за употреба от **млади хора** и непущачи (чл. 43з). Въведено е изискване, всяка външна опаковка на електронните цигари и на контейнерите за многократно пълнене да съдържа и препоръка за **съхраняване на изделието далеч от деца**.

В изпълнение на **чл. 35к** за поставяне на комбинирани здравни предупреждения на всяка потребителска опаковка и на всяка външна опаковка на цигари, тютюн за ръчно свиване на цигари и тютюн за водна лула, се използват и следните текстови предупреждения: „с тютюневия дим вредите на децата, семейството и приятелите си”, „тютюнопушенето може да убие Вашето неродено дете”⁶². Освен това е **забранено рекламирането на тютюн**, тютюневи и свързани с тях изделия, включително и в радио- и телевизионни предавания.

Чл. 56а от Закона за здравето въвежда забрана за тютюнопушенето на следните открити обществени места: прилежащите терени и тротоари на детските ясли, детските градини, училищата, ученическите общежития и местата, където се предоставят социални услуги за деца; площадките за игра; на които са организирани мероприятия за деца и ученици; спортните обекти, летните кина и театри – по време на спортни и културни прояви. Тютюнопушенето в парковете пона-

⁶² Приложение За към чл. 35к, ал. 2, т. 1 от Закона за тютюна.

чало не е забранено, но в случаите, когато там са разположени площадки за игра, обществени места, където се организират мероприятия за деца и ученици, спортни обекти, летни кина и театри с организирани спортни и културни прояви, тютюнопушенето в парковете на всички тези изброени открити обществени места следва да се смята забранено⁶³.

3.3. Ограничение и забрана за консумация на други храни

Наредбата от 4.12.2014 г. препраща към Приложение V на Регламент (ЕО) 1333/2008 на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 година относно добавките в храните⁶⁴. Чл. 9 от Наредбата приема, че в етикетиранието на храни, съдържащи оцветители, се включва допълнителната информация, определена в приложението. Така например при влагането на определени оцветители Регламент (ЕО) 1333/2008 изисква след наименованието или Е-номера на оцветителя да се изписва следното предупреждение: „може да има неблагоприятни последици върху дейността и вниманието при децата“. **Налице е и списък на добавки в храните, разрешени във всички категории храни, с изключение на храните за кърмачета и малки деца.**

Освен това според правилата на Наредба 9, в детските заведения, училищните столове и обектите за търговия на дребно на територията на училищата и на детските заведения не се допуска предлагането на:

- екструдирани храни,
- солена, пушена, сушена, маринована или консервирана по друг начин риба и хайвер,
- миди, стриди, калмари, октоподи, раци, скариди и други нерибни хидробионти,
- хидрогенирани растителни мазнини и други мазнини освен краве масло, слънчогледово масло и зехтин,
- пържени ядки,
- храни, засегнати от гниене или други увреждания, които биха ги направили негодни за консумация,
- храни с изтекъл срок на годност,
- пълнозърнести продукти с оцветители,
- пресни плодове и зеленчуци, съдържащи остатъчни количества пестициди и нитрати над максимално допустимите стойности,
- консервирани продукти от плодове и зеленчуци с консерванти, оцветители и подсладители и
- храни, обработени с йонизиращи лъчения.

Наредбата от 15.12.2007 г. определя, че **детските храни не може да съдържат**: каквито и да било вещества в количества, които биха застрашили здравето на

⁶³ <http://www.mh.government.bg/bg/informaciya-za-grazhdani/zdravosloven-nachin-na-zhivot/zavisimosti/tyutyunopushene/zabrana-za-tyutyunopushene/>

⁶⁴ ОВ, L 354 от 31.12.2008 г.

кърмачетата⁶⁵ и малките деца⁶⁶; тежки метали и биологични замърсители в количества над максимално допустимите; пестициди над определеното допустимо количество. Определени са и пестицидите, с които не могат да обработват земеделски продукти, предназначени за производство на храни за кърмачета и на преходни храни.

IV. Изисквания при производство на детски храни и на храни за кърмачета

По смисъла на параграф 1, т. 12, б. „с“ от Допълнителните разпоредби на Закона за храните, детските храни са специфична група храни. Според чл. 4 специфичните изисквания към групи храни, се определят с наредби на Министерския съвет. В изпълнение на това изискване е приета Наредба за изискванията към храните на зърнена основа и към детските храни, предназначени за кърмачета и малки деца⁶⁷. Детските храни са дефинирани като „храни на зърнена основа и детски храни, предназначени да задоволят специфичните хранителни потребности на кърмачета и малки деца в добро здраве“.

От друга страна, детските храни са също така храни със специално предназначение⁶⁸. В Наредбата за изискванията към храните със специално предназначение е указано, че те трябва да съответстват на специфичните хранителни потребности на кърмачета и малки деца в добро здраве, както и на задължителните изисквания към храните за нормална консумация по Закона за храните и нормативните актове по неговото прилагане, освен по отношение на промените, извършени в тях с цел привеждането им в съответствие със специфичната група от субекти, за които са предназначени. Следователно законодателят предвижда, че за детските храни важат общите правила за безопасност на храните, без изрично тези правила да са възпроизведени в подзаконовата нормативна основа, която урежда поначало само специфични изисквания по отношение на техния състав и качество.

Въведени са изисквания към състава, характеристиките и етикетирването на тези храни. Определено е, че детските храни трябва да се произвеждат от хранителни съставки, за които общоприети научни данни са доказали, че са подходящи за задоволяване на специфичните хранителни потребности на кърмачета и малки деца. Нормирани са изискванията към състава на детските храни на зърнена и друга основа (белтъци, въглехидрати, мазнини, минерали, витамини), максимално допустими количества на витамини, минерали и микроелементи, вида на храни-

⁶⁵ „Кърмачета“ са деца под 12 месеца – § 1, т. 1 от ДР на Наредбата.

⁶⁶ „Малки деца“ са деца на възраст от 1 до 3 години – § 1, т. 2 от ДР на Наредбата.

⁶⁷ Приета с ПМС 66 от 18.3.2003 г., обн., ДВ, бр. 27 от 25.3.2003 г., в сила от 1.1.2004 г., изм. и доп., бр. 55 от 25.6.2004 г. „Кърмачета“ са деца под 12 месеца, „малки деца“ са деца от 12 месеца до 3 години (§1 от ДР).

⁶⁸ Легалната дефиниция е следната: „храни, които поради специфичния си състав или начин на производство ясно се отграничават от храните за нормална консумация, като съответстват на заявените специфични хранителни цели и се предлагат по начин, указващ тяхното предназначение“. Вж чл. 2, ал. 1 от Наредбата за изискванията към храните на зърнена основа и към детските храни, предназначени за кърмачета и малки деца.

телните вещества, които могат да бъдат добавяни, максимално допустимото количество пестициди (вкл. забрана за използване на определени пестициди за селскостопански продукти, предназначени за производство на детски храни), максимално допустимите количества на витамини, минерали и микроелементи. Задължително при етикетирането на детските храни се обявяват данни относно възрастта, от която е подходящо да започне да се консумира храната (започва от 4 месеца), информация за наличието или липсата на глутен в храната (ако храната е предназначена за консумация от деца под 6-месечна възраст), енергийната стойности съдържанието на белтъци, мазнини и въглехидрати, средното количество на всеки минерал и на всеки витамин съобразно специфичните им нива, както и инструкцията за начина на приготвяне на храната.

По отношение на детските храни се прилагат и правилата на Наредба 2 от 23.1.2008 г. за материалите и предметите от пластмаси, предназначени за контакт с храни⁶⁹. В съответствие с Регламент (ЕС) 10/2011 на Комисията от 14 януари 2011 година относно материалите и предметите от пластмаси, предназначени за контакт с храни, за кърмачета и малки деца, при които консумацията на храна на килограм телесно тегло е по-висока, отколкото при възрастните, законодателят е установил специална разпоредби, за да се ограничи приемът на вещества, които се отделят от материалите, предназначени за контакт с храни. Чл. 13 от Наредбата определя, че допустимата граница на обща миграция⁷⁰ е винаги 60 mg/kg за материали и предмети, предназначени да бъдат в контакт или вече са в контакт с храни за кърмачета и малки деца, включително млека за кърмачета.

Следва също така да се отбележи, че детските храни (както и детските принадлежности) са включени в Списъка⁷¹ на вещите за обикновено употребление на дължника и на неговото семейство, върху които съгласно чл. 339, буква „а” от Гражданския процесуален кодекс⁷² не може да бъде насочено принудително изпълнение.

Наредбата за изискванията към храните на зърнена основа и към детските храни, предназначени за кърмачета и малки деца, не се прилага за храните за кърмачета. Те се уреждат от Наредбата⁷³ за изискванията към състава, характеристиките и наименованията на храните за кърмачета⁷⁴ и преходните храни⁷⁵ (Наредба от

⁶⁹ Издадена от министъра на здравеопазването и министъра на околната среда и водите, обн., ДВ, бр. 13 от 8.2.2008 г., в сила от 8.2.2008 г.

⁷⁰ „Миграция” е процес на проникване, преминаване на нискомолекулни неполимеризирани вещества от материалите и предметите от пластмаса към храните, с които са в контакт – § 1, т. 9 от ДР на Наредба 2.

⁷¹ Приет с ПМС 113 от 26.5.2003 г., обн., ДВ, бр. 51 от 3.6.2003 г.

⁷² В сега действащия ГПК – чл. 444.

⁷³ Приета с ПМС 312 от 15.12.2007 г., обн., ДВ, бр. 110 от 21.12.2007 г.

⁷⁴ „Храни за кърмачета” са храни, предназначени за специфична хранителна употреба от кърмачета в периода на първите им месеци, които сами са достатъчни да задоволят хранителните нужди на тези кърмачета до момента на въвеждане на подходяща допълнителна храна – § 1, т. 3 от ДР на Наредбата.

15.12.2007 г.). С нея се въвеждат разпоредбите на Директива 2006/141/ЕО относно храните за кърмачета и преходните храни и за изменение и допълнение на Директива 1999/21/ЕО⁷⁶; Директива 2013/26/ЕС на Комисията от 8 февруари 2013 година за адаптиране на някои директиви в областта на безопасността на храните, ветеринарната и фитосанитарната политика поради присъединяването на Хърватия⁷⁷, както и Директива 2013/46/ЕС на Комисията от 28 август 2013 година за изменение на Директива 2006/141/ЕО по отношение на изискванията към белтъците при храните за кърмачета и преходните храни⁷⁸. Изброени са витамините и минералните вещества, които е допустимо да се използват при производството на храни за кърмачета и преходни храни. По отношение на етикетирването на храните е определено, че се спазват общите изисквания, определени с Наредбата от 4.12.2014 г.

Въвеждат се задължение за предоставяне на информация за коя от двете групи деца се отнася конкретния продукт, както и някои изисквания, специфични за всяка група храни. Например при храните за кърмачета трябва да е указано на етикета, че продуктът е подходящ да задоволи специфичните хранителни потребности на новородени. При преходните храни, от друга страна, трябва да се предостави информация, че продуктът е подходящ да задоволи само специфичните хранителни потребности на кърмачета над 6 месеца, както и указание, че продуктът се използва само като част от разнообразното хранене на тези кърмачета. Освен това етикетирването на двете групи храни трябва да се извърши по такъв начин, че потребителите да могат да правят ясно разграничаване между тези продукти, **за да се избегне всякакъв риск от объркване** между храните за кърмачета и преходните храни.

Засилената закрила на детското здраве се вижда и от разпоредбата на чл. 10 от Наредбата от 15.12.2007 г., според който се въвежда изискване към лице, което иска да пусне на пазара на територията на Република България храна за кърмачета, предварително да **уведоми Министерството на здравеопазването и Българската агенция по безопасност на храните**, като им предостави образец от етикета на храната. Оценка за съответствието на продукта на определенията и изискванията на наредбата се извършва от междуведомствена комисия, която функционира към Министерсва на здравеопазването и министъра на земеделието, храните и горите.

⁷⁵ „Преходни храни” са храни, предназначени за специфична хранителна употреба от кърмачета при въвеждането на подходяща допълнителна храна, и които представляват основната течна храна от прогресивно увеличаващото се разнообразие на храните при тези кърмачета – § 1, т. 4 от ДР на Наредбата.

⁷⁶ ОВ, Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 59.

⁷⁷ ОВ, L 158, 10.6.2013 г.

⁷⁸ ОВ, L 230, 29.8.2013 г.

V. Мерки за насърчаване на кърменето. Международния кодекс за търговия със заместителите на майчина кърма

Правната регулация на пускане на пазара и производство на храните за кърмачета и преходните храни не биха могли да се разгледат изолирано от усилията на Световната здравна организация (СЗО) за налагане на изключително кърмене в първите шест месеца от живота на бебето. Човешката кърма е по-полезна от индустриално произведената храна за бебета, която не съдържа жизнено важни компоненти и не може да бъде абсорбирана толкова бързо от кърмачето. Майчиното мляко съдържа витамини, минерали, протеин, противовъзпалителни фактори, както и антители, които предпазват гастроинтестиналния тракт. В резултат на това при кърмените бебета е по-малка вероятността от ентерична инфекция, а кърменето способства за изграждане на връзката родител-дете. Следователно предимствата на кърменето включват хранителни, имунологични и психологични ползи⁷⁹. По последни данни, по-малко от 40% от децата до шестмесечна възраст в света са хранени само с майчина кърма⁸⁰. Според едно от най-авторитетните научни издания по обща медицина – The Lancet, увеличаване на броя на кърмените бебета би предотвратило всяка година 823 000 детски смъртни случая и 20 000 майчини⁸¹.

В член 24 от КПД се признава правото на детето да се ползва от най-високия достижим стандарт на здравословно състояние и от здравните услуги за лечение на заболяванията и за възстановяване на неговото здраве. В изпълнение на това право, държавите страни по Конвенцията полагат усилия за осигуряване на пълното прилагане на това право и по-специално предприемат подходящи мерки с цел осигуряване на информация за **предимствата на кърменето**.

През 1981 г. Световната здравна организация приема **Международен кодекс за търговия със заместителите на майчина кърма** (СЗО резолюция 34.22, 1981, Кодекса на СЗО). Целта му е да допринесе за здравословното и правилно хранене на бебетата, чрез закрита и подкрепа на кърменето, както и чрез осигуряване на правилното използване на заместителите на кърмата, в случай че такива са необходими, въз основа на адекватна информация и чрез подходящ маркетинг и разпространение (чл. 1 от Кодекса на СЗО)⁸².

Изпълнението на целта се постига с няколко групи мерки. Те ще бъдат представени в обобщен и систематизиран вид, за да може да се направи анализ и съпоставка с действащото вътрешно законодателство.

Задължение за предоставяне на информация и образователни материали

Предвидено е, че правителствата поемат отговорност за информация за правилното хранене на новородените и малки деца по следните точки: ползите и превъзходството на кърменето; храненето на майката, подготовката и поддържа-

⁷⁹ Lactation. (2018). In Encyclopædia Britannica. Retrieved from <http://academic.eb.com/levels/collegiate/article/lactation/117783>

⁸⁰ <https://www.unicef.bg/bg/article/Karmene-i-ranno-detsko-razvitie/1125>

⁸¹ Lancet Series on breastfeeding, 2016. [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)32163-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)32163-3/fulltext)

⁸² Вж. Shubber, S. The international Code of marketing of breast-milk substitutes. An international measure to protect and promote breast-feeding. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.

нето на кърменето; отрицателния ефект върху кърменето, който оказва започване на частично хранене с биберон; трудността за промяна на решението да не се кърми и, когато и където е необходимо, правилната употреба на адаптираните млека, независимо дали домашно или фабрично приготвени; информация за използването на адаптираните млека; опасността за здравето, когато се ползват неподходящи храни или начини на хранене и, в частност, опасността за здравето при ненужна или неправилна употреба на адаптирани млека и други заместители на майчината кърма. Тези материали не трябва да съдържат каквито и да било снимки или текстове, които могат идеализират използването на заместителите на майчината кърма. Когато производителите или дистрибуторите на заместители на майчина кърма предоставят информация относно тези продукти, тя трябва да бъде ограничена само до научни теми и факти, и в никакъв случай да не изтъква и констатира, че храненето с биберон е еквивалентно или по-добро от кърменето.

Здравните власти трябва да вземат мерки за подкрепа на кърменето. Те могат да се разделят на две групи. **Първо**, забранява се промотирането на заместители на майчина кърма на територията на заведенията от здравната система, включително чрез излагането на продукти и даване на мостри от здравните работници. **Второ**, въвежда се задължение на здравните работници да подкрепят и насърчават кърменето, като изтъкват ползите и превъзходството му пред заместителите на майчина кърма.

Ограничаване на даренията в полза на държавни органи и поставяне на предварителни условия за извършването им

Дарения на оборудване или материали от страна на производители или дистрибутори следва да се правят само при молба и след писмено съгласие от съответната правителствена организация. Даренията могат да носят името или логото на даряващата ги компания, но не трябва да насочват към продукти, които влизат в обхвата на Кодекса. Изрично е указано, че тези материали и оборудване трябва да се разпространяват само чрез здравната система. В този случай, нито производителите, нито дистрибуторите могат да дават никакви финансови или материални стимули на медицински лица или на членове на техните семейства, а такива стимули не трябва да се приемат от последните. Мостри на заместители на майчина кърма или прибори, необходими за тяхното приготвяне и използване, не могат да се предоставят на медицинските лица с изключение на случаите, когато те ще се използват за професионална оценка или проучване на институционално ниво.

Забрана за рекламиране на заместителите на майчина кърма

Продуктите, които влизат в обхвата на Кодекса на СЗО⁸³, не бива по никакъв начин да се рекламират и промотират пред обществото. Производителите и дистрибуторите нямат право да доставят мостри и промоционални материали на

⁸³ Според член 2 от Кодекса на СЗО, той се отнася до търговията и практиките, отнасящи се до следните продукти: заместители на майчината кърма, включващи адаптирани млека; други млечни продукти, храни и напитки, както и храни за захранване, давани с бутилка, когато се представят като подходящи, с или без допълнителна преработка, за частичен или пълен заместител на майчината кърма; биберони и шишета. Кодексът се отнася и до тяхното качество и достъпност, както и до предоставянето на коректна информация във връзка с тяхната употреба.

продукти на бременни жени, майки или на членове на техните семейства. Забранени са и всякакви други видове промоционални методи, които целят увеличаването на продажбите, насочени към крайния потребител като специални щандове и излагане, купони за намаление, премии и др. Не се разрешава раздаването на подаръци или бебешки принадлежности, които агитират използването на заместителите на майчина кърма или храненето с биберон.

Правила относно етикетирването и качеството

Въвежда се задължение на етикетите да се предоставя необходимата информация за продукта по начин, че да се насърчава кърменето чрез поставяне думите „Важна забележка“ или техен еквивалент; текст, указващ превъзходството на кърменето; текст, указващ, че продуктът може да се използва само по препоръка и указания на лекар; инструкции за правилно приготвяне и предупреждение за последиците за здравето при неправилна употреба. Забранява се поставянето на снимка на бебета или други картини или текст, идеализиращи използването на адаптирани млека. Забранява се използването на думите „хуманизирано“, „матернизирано“ или други подобни. Етикетите трябва да съдържат и използваните съставки, условията за правилно съхранение партида и срок на годност. Указано е, че продуктите трябва да имат висок стандарт на качество и да отговарят на съответните международни стандарти.

СЗО, УНИЦЕФ и IBFAN⁸⁴ приемат доклад за състоянието през 2016 г. на международното прилагане на Кодекса на СЗО. Анализира се националното законодателство в 194 държави. Установява се, че само 39 от тях със закон са приели всичките му разпоредби. Констатира се, че 135 имат някаква форма на правни мерки в изпълнение на Кодекса. България е посочена като една от тях с последни законодателни промени през 2013 г.⁸⁵

Независимо от тази констатация обаче, може да се направи изводът, че България приема разпоредби, които в голяма степен осигуряват изпълнение на целите на Кодекса на СЗО. Това се потвърждава най-вече от правилата на **Наредбата** от 15.12.2007 г. В §3, ал. 2 от Допълнителните разпоредби е указано, че тя **осигурява прилагането на Регламент (ЕС) 609/2013** на Европейския парламент и на Съвета от 12 юни 2013 година (Регламент 609/2013) относно храните, предназначени за кърмачета и малки деца, храните за специални медицински цели и заместителите на целодневния хранителен прием за регулиране на телесното тегло и за отмяна на Директива 92/52/ЕИО на Съвета, Директиви 96/8/ЕО, 1999/21/ЕО, 2006/125/ЕО и 2006/141/ЕО на Комисията, Директива 2009/39/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и регламенти (ЕО) 41/2009 и (ЕО) 953/2009 на Комисията. Наред с това, според § 3, ал. 1, т. 1 от Наредбата, последната **въвежда и Директива 2006/141/ЕО** относно храните за кърмачета и преходните храни и за изменение и допълнение на Директива 1999/21/ЕО⁸⁶. Следва да се подчертае, че правилата на цитираната директива са осно-

⁸⁴ The International Baby Food Action Network.

⁸⁵ WHO. UNICEF. IBFAN. Marketing of Breast-milk Substitutes: National Implementation of the International Code. Status Report 2016. Geneva: World Health Organization; 2016, p. 55.

⁸⁶ Вж. бел. под линия 76 по-горе.

вани именно на разпоредбите на Международния кодекс за търговия със заместителите на майчина кърма. Регламент 609/2013 е допълнен с **Делегиран регламент (ЕС) 2016/127** на Комисията от 25 септември 2015 година за допълване на Регламент (ЕС) 609/2013 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на специфичните изисквания за състава и предоставянето на информация за храните за кърмачета и преходните храни и по отношение на изискванията за информация, свързана с храненето на кърмачета и малки деца⁸⁷. В него се отчита **неотслабващото значение** на Кодекса на СЗО, декларира се, че Съюзът и неговите държави членки **неотменно подкрепят кърменето**, и се подчертава необходимостта правилата относно етикетирането, представянето и рекламирането, както и относно рекламните и търговските практики да продължат да **бъдат в съответствие с** принципите и целите на Международния кодекс за търговия със заместители на майчиното мляко, предвид съществуващото в Съюза специфично правно и фактическо положение. Подчертава се необходимостта от **ограничаването на рекламата и други маркетингови техники** на храната за кърмачета, както и от осигуряване на **подходяща употреба** на тази храна по начин, по който да не бъде в противоречие с **насърчаването на кърменето**, в съответствие с принципите на Кодекса на СЗО.

Конкретните правила в нашето законодателство, които изпълняват предписания на Кодекса на СЗО, са следните:

Правила относно предоставяне на информация за храните за кърмачета и за предимствата и ползите от кърменето:

– Информацията за храните за кърмачета и малки деца, предоставяна на семействата и на лица, които се занимават с въпросите на храненето на кърмачетата и малките деца, трябва да е обективна и пълна от гледна точка на планирането, предоставянето, разработването и разпространението на информацията и контрола (Наредба от 15.12.2007 г.).

– Печатните или аудио-визуалните информационни и образователни материали, отнасящи се до храненето на кърмачетата и предназначени за бременни жени и майки на кърмачета и малки деца, трябва да съдържат ясна информация за **ползите и предимствата на кърменето**; храненето на майката, подготовката за кърменето и поддържането му; възможни негативни ефекти върху кърменето при въвеждане на частично хранене с биберон; трудността да се поднови кърменето, в случай че то е прекъснато; правилното използване на храните за кърмачета, когато е необходимо (Наредба от 15.12.2007 г.).

– Такива материали не трябва да съдържат изображения, които идеализират използването на храните за кърмачета (Наредба от 15.12.2007 г.).

– С **Наредба 7** от 3.11.2016 г. е утвърден медицински стандарт „Педиатрия“⁸⁸. В него се определят минимални изисквания към лечебните заведения, които извършват дейности по педиатрия. Стандартът указва, че в рамките на промоционалната и профилактичната дейност общопрактикуващият лекар: дава необходимата информация на родителите за рационално хранене на кърмачето,

⁸⁷ Той се прилага от 22.2.2020 г., освен по отношение на храни за кърмачета и преходни храни, произведени от белтъчни хидролизати, за които се прилага от 22.2.2021 г.

⁸⁸ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 90 от 15.11.2016 г.

ползите от изключителното кърмене през първите шест месеца и продължителността на естественото хранене съгласно приетите норми. Освен това при обзавеждане на лекарския кабинет за профилактични прегледи е препоръчително (при наличие на достатъчно площ) обособяването на кът за здравнопросветна дейност за родителите – **брошури за популяризиране на изключителното кърмене** и правилното хранене на кърмачетата и децата от ранна детска възраст, за закаляване, ваксинапрофилактика и др.

– Подобни правила съществуват и при медицински стандарт „Неонатология”⁸⁹. Основна медицинска дейност в неонатологията е дейността, свързана с грижата за здраво новородено дете, която включва **подготовка и обучение на майката за кърмене** на новороденото дете, контрол на кърменето. Промоция на естественото хранене на новородените деца пък е една от т. нар. промотивни лекарски и долекарски дейности, включени в Стандарта.

– Наредба 1 от 8.2.2011 г. за професионалните дейности, които медицинските сестри, акушерките, асоциираните медицински специалисти и здравните асистенти могат да извършват по назначение или самостоятелно⁹⁰ включва **промоцията на кърменето** като самостоятелна дейност на акушерка и фелдшер. Акушерката освен това може да извършва самостоятелно обучение в техника на кърмене и поддържане на лактацията, както и да провежда пробно кърмене.

– Наредба 8 от 3.11.2016 г. за профилактичните прегледи и диспансеризацията⁹¹, определяйки вида и периодичността на прегледите и изследванията при бременни, бременни с риск и родилки, които са задължително здравноосигурени указва, че профилактичният преглед трябва да включва и промоция на кърменето (здравни съвети и обучение по въпросите на кърменето). Профилактичните прегледи на новороденото трябва да включват и **насърчаване на кърменето**. Рутинното послеродово наблюдение (до 42-ия ден от раждането) също трябва да съдържа **промоция на кърменето** (здравни съвети и обучение по въпросите на кърменето).

Правила относно дарения на храни за кърмачета:

– Производителите и дистрибуторите на храни за кърмачета могат да предоставят като дарение информационни или образователни материали или апаратура, свързана с тях, **само след отправена молба** за това и с **писменото одобрение** на специализираните органи на държавния здравен контрол или в рамките на указания, дадени от тези органи. Тези материали или апаратура се разпространяват само чрез системата на здравеопазването. Те могат да носят изписано името или знака на фирмата дарител, но не и на запазена търговска марка храни за кърмачета (Наредба от 15.12.2007 г.).

– Храните за кърмачета, предоставени безвъзмездно под формата на даре-

⁸⁹ Утвърден с Наредба 13 от 23.7.2014 г. за утвърждаване на медицински стандарт „Неонатология”, издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 66 от 8.8.2014 г.

⁹⁰ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 15 от 18.2.2011 г., изм. и доп., бр. 50 от 1.7.2011 г.

⁹¹ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 92 от 22.11.2016 г., в сила от 1.1.2017 г.

ние или на по-ниска цена на институции или организации, независимо дали са предназначени за употреба във или за разпространение извън тях, могат да се използват или разпространяват само за кърмачета, които трябва да се хранят с храни за кърмачета, и само за периода, за който трябва да бъдат хранени кърмачетата (Наредба от 15.12.2007 г.).

– **Правила относно рекламирането на храни за кърмачета:**

– Храните за кърмачета могат да се рекламират само в научни и други специализирани издания. Рекламата трябва да съдържа само научно потвърдени данни и **да не създава убеждението**, че изкуственото хранене може да замести или е по-добро от кърменето (Наредба от 15.12.2007 г.).

– **Забранява се** при търговия на дребно **всякаква реклама** на храните за кърмачета на мястото на продажба, предоставянето на храните като мостри или други практики на промоция на продуктите на крайните потребители, като: купони за отстъпка, премии, специални продажби или изложби, продажба на продуктите на цена под тяхната себестойност, както и предлагане на продукта с покупката на друг вид продукт (Наредба от 15.12.2007 г.).

– **Забранява се** на производителите и дистрибуторите на храни за кърмачета да разпространяват сред населението, бременните жени, майките или членове на техните семейства безплатни продукти, продукти с намалена цена, мостри или каквито и да са други подаръци с рекламна цел независимо дали директно или индиректно чрез системата на здравеопазването или чрез здравните работници (Наредба от 15.12.2007 г.).

Правила относно оформянето на етикета:

– Върху етикета на храните за кърмачета се поставя надпис „важно” или негов синоним, след който се добавя текст, изтъкващ **първостепенното значение на кърменето** и препоръчващ продуктът да се използва само след консултация със специалист в областта на медицината, фармацевтията и храненето или други професионалисти, отговорни за грижата за майката и детето (Наредба от 15.12.2007 г.).

– Етикетът на храните за кърмачета и преходните храни трябва да се оформи по начин, който да предоставя цялата необходима информация за подходящата употреба на продукта, така че **да не обезкуражава кърменето** (Наредба от 15.12.2007 г.).

– Забранява се използване на определенията „хуманизирани”, „матернизиранни” и „адаптирани” или други подобни (Наредба от 15.12.2007 г.).

– Забраняват се изображения на бебета или други образи или текст, които да идеализират употребата на този продукт. Етикетът може да съдържа графични символи единствено с цел по-лесно разпознаване на продукта и за илюстрация на начина на употреба (Наредба от 15.12.2007 г.).

Други правила и мерки за насърчаване на кърменето

– Конвенция 183 на Международната организация на труда относно закрилата на майчинството⁹² също съдържа норми, насърчаващи кърменето. Според

⁹² Ратифицирана със закон, приет от 39-о Народно събрание на 19.9.2001 г. – ДВ, бр. 85

чл. 10, на жената следва да се осигурява **право на една или повече почивки** на ден или намаляване на работното време за кърмене на нейното дете. Освен това разглежданата конвенция възлага на националните законодателства да определят периоди, през които са позволени почивки или намаляване на дневните работни часове заради кърмене, техният брой, продължителността на почивките за кърмене и процедурите за намаляване на дневните работни часове. Прието е, че тези почивки или намаляване на дневните работни часове се зачитат като работно време и се заплащат съответно. Още при приемането на Кодекса на труда (КТ) през 1986 г.⁹³ съществува правна норма, действаща и до днес, която въвежда отпусък за кърмене и хранене на малко дете. Според чл. 166 от КТ, кърмещата работничка или служителката има право на **платен отпусък за кърмене** до навършване на 8-месечна възраст на детето по 1 час два пъти дневно или с нейно съгласие по 2 часа наведнъж. След навършване на 8-месечна възраст на детето този отпусък е по 1 час дневно и се разрешава на работничката или служителката по преценка на здравните органи, докато е необходимо да кърми детето. Отпусък се предвижда и при близнаци или недоносено дете, както и на осиновителка и майка на заварено дете⁹⁴. Той се заплаща от работодателя.

– **Правото на отпусък за кърмене** по реда и в размерите, предвидени в КТ е признато на държавните служители (чл. 63 от Закона за държавния служител⁹⁵), както и на държавните служители в Държавна агенция „Национална сигурност“ (чл. 84 от Закона за Държавна агенция „Национална сигурност“⁹⁶).

– Според Наредба РД-07-4 от 15.6.2015 г.⁹⁷ за подобряване на условията на труд на бременни работнички и на работнички родилки или кърмачки, работодателят се задължава да оцени всеки риск за безопасността или здравето и всеки възможен ефект върху бременността или кърменето, както и да приспособи условията за труд на работното място и/или работното време за съответната работничка с оглед премахване на риска. При невъзможност работодателят пристъпва към преместване на работничката на друга подходяща работа.

– Освен насърчаване на кърменето, законодателството съдържа и правни норми, които **закрилят кърмещите от вредни въздействия**, които биха подложили на риск кърмените деца. Като пример в тази насока може да се посочи Наредба 2 от 5.2.2018 г.⁹⁸ за условията и реда за осигуряване защита на лицата при медицинско облъчване. В нея е посочено, че медицинско облъчване на бременни

от 2.10.2001 г. Издадена от Министерството на труда и социалната политика, обн., ДВ, бр. 116 от 13.12.2002 г., в сила от 6.12.2002 г.

⁹³ Обн., ДВ, бр. 26 от 1.4.1986 г. и бр. 27 от 4.4.1986 г.

⁹⁴ Вж. ал. 2 на чл. 166 от КТ.

⁹⁵ Обн., ДВ, бр. 67 от 27.7.1999 г., в сила от 28.8.1999 г.

⁹⁶ Обн., ДВ, бр. 109 от 20.12.2007 г., в сила от 1.1.2008 г.

⁹⁷ Издадена от министъра на труда и социалната политика и министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 46 от 23.6.2015 г.

⁹⁸ Издадена от министъра на здравеопазването, обн., ДВ, бр. 13 от 9.2.2018 г., в сила от 9.2.2018 г.

жени, жени кърмачки и деца, включително и използването на радиофармацевтици, се извършва само след обосноваване на необходимостта и когато липсват алтернативни методи без прилагане на йонизиращи лъчения. Освен това при насочване за медицинско облъчване на жени в репродуктивна възраст лекарят е длъжен да се осведоми дали жената е бременна, или е кърмачка и да впише тази информация в направлението (чл. 9 от Наредбата). Налице е и забрана за участие в медицински или биомедицински изследователски програми, свързани с медицинско облъчване на деца, бременни жени и жени кърмачки (чл. 13 от Наредбата).

От съпоставката на правилата на действащото българско законодателство и Кодекса на СЗО може да се направи несъмнен извод, че голяма част от разпоредбите му са възпроизведени, някои дори буквално, от Наредбата от 15.12.2007 г. Поради това не може да бъде подкрепено заключението, прието в горесцитирания доклад на СЗО, УНИЦЕФ и IFBAN за състоянието през 2016 г. на международното прилагане на Кодекса на СЗО, което гласи, че България не е взела достатъчно мерки в тази насока.

Могат да бъдат посочени и други мерки в подкрепа на кърменето. Националната стратегия за детето 2008–2018 г. е приета с решение на НС от 31.1.2008 г.⁹⁹. Наред с другите цели, тя поставя акцент и върху промоцията на здравословното хранене сред децата и учениците, както и стимулиране на кърменето на децата до една година. Приета е и Национална програма за подобряване на майчиното и детското здраве 2014–2020 г.¹⁰⁰. В Националната програма за превенция на хроничните незаразни болести 2014–2020 г.¹⁰¹ е прието, че се предвижда ежегодно организиране и провеждане на обществени кампании за информиране на населението по въпросите на здравословното хранене: за подкрепа на кърменето, за борба със затлъстяването и др.¹⁰²

Трябва да се изтъкне и значението на Европейската харта за борба със затлъстяването. Тя е приета от Европейската министерска конференция на СЗО за борба със затлъстяването (Истанбул, 15–17 ноември 2006 г.). С решение 777 от 10.11.2006 г. Министерският съвет (МС) одобрява проекта на Европейската харта за противодействие на затлъстяването, упълномощава министъра на здравеопазването да подпише хартата от името на правителството на Република България и дава съгласие тя да влезе в сила от датата на подписването и без последващо утвърждаване. Хартата обръща специално внимание на необходимостта да се вземат превантивни мерки за недопускане на затлъстяването. Една от тези мерки, наред с подобряване на снабдяването със здравословна храна, включваща плодове и зеленчуци, икономически мерки за улесняване избора на здравословна храна и др. е **насърчаване на кърменето**. Прави впечатление, че хартата признава резултатите от медицинските изследвания които сочат, че децата, изключително кърмени до навършване на шестмесечна възраст, в

⁹⁹ Обн., ДВ, бр. 14 от 12.2.2008 г.

¹⁰⁰ Приета с Решение 510 на МС от 17.7. 2014 г. за приемане на Национална програма за подобряване на майчиното и детското здраве 2014–2020 г., необнародвана. Източник: <http://pris.government.bg>

¹⁰¹ Приета с Решение 538 на МС от 12.9.2013 г.

¹⁰² <http://www.strategy.bg/StrategicDocuments/View.aspx?lang=bg-BG&Id=861>

по-късните етапи от живота си страдат по-малко от затлъстяване и диабет тип 2 в сравнение с некърмените си връстници.

VI. Заключение

Разгледаната нормативна основа относно храненето на децата е богата и детайлна. Без съмнение правилата са израз на принципа на особената здравна закрила на децата, утвърден в чл. 2, т. 5 от Закона за здравето. Анализиранията правила уреждат както нормите за храненето, така и нормите за производството на детски храни. Предвидени са и редица ограничения и забрани с цел съхраняване на здравето на децата. Принципите и основните правила са уредени в Закона за здравето и намират детайлна уредба в голям брой подзаконовни нормативни актове. Доколкото основите на здравето се полагат в най-ниска възраст, несъмнено трябва да се подчертаят продължаващите усилия в световен мащаб за насърчаване на кърменето и информиране за неговите ползи и предимства. Най-значим международен акт в тази насока е Международния кодекс за търговията със заместители на майчина кърма. По-горе бе направен извод, че неговите правила в голяма степен са въведени в българското законодателство най-вече от Наредбата от 15.12.2007 г.

На фона на подробните правила и усилията за здравословно хранене, насърчаване на кърменето и превенция на затлъстяването и хроничните болести, какъв е ефектът по отношение на техните адресати – децата?

Националният план за действие „Храни и хранене“ 2005–2010 г. отчита, че в България е налице ниско разпространение на изключителното кърмене (хранене на кърмачета само с кърма), кратка продължителност на кърменето и неправилно хранене на кърмачетата. Констатира се, че практиката на **захранване на кърмачетата в България не отговаря на препоръките на СЗО** – вода се дава още след раждането, а в края на втория месец се въвеждат плодови сокове. Ранното въвеждане на краве мляко в храненето на кърмачето пък създава риск от алергия и желязодефицитна анемия.

България приема Националната здравна стратегия (2014–2020) – водещ стратегически документ, който конкретизира целите за развитие на системата на здравеопазването до 2020 г.¹⁰³ В нея като две от ключовите предизвикателства по отношение на политиката за здраве на децата и юношите са изброени нарастващата честота на **хроничните заболявания и затлъстяване** в детска възраст и нарастващото **разпространение на зависимости** – наркотици, алкохол, тютюнопушене.

Проектът на Годишния доклад за състоянието на здравето на гражданите и изпълнението на Националната здравна стратегия 2020 за 2016 г.¹⁰⁴ констатира, че

¹⁰³ На сесията на Регионалния комитет на СЗО за Европа, проведена през септември 2012 г., 53-те държави от Европейския регион одобряват нова рамка за здравна политика за региона, наречена „Здраве 2020“. (Здраве 2020. Европейска рамка за политики и стратегия за 21-ви век. Регионален офис на СЗО за Европа, 2013.) Националната здравна стратегия (2014–2020) е приета от Министерски съвет на Република България на 21.9.2013 г. Национална здравна стратегия 2020 е нейна актуализация.

¹⁰⁴ <http://www.parliament.bg/pub/cW/20180208032448Doklad%20za%20zdraveto%20na%20grajdanite%20chast%201.pdf>

значителен дял от децата **не са били кърмени** или продължителността на изключителното кърмене не е била оптимална. При изследване, направено през 2016 г. се установява, че относителният дял на **наднормено тегло и затлъстяване** при децата на 7-годишна възраст **е висок**. Изнасят се **тревожни данни** във връзка с консумацията на алкохол от деца, на наркотични вещества (над 25% от учениците поне веднъж в живота си са опитвали наркотици) и тютюнопушенето (25% от учениците са ежедневни пушачи, а 33% са пушили поне веднъж през последните тридесет дни).

В Национална стратегия за детето 2008–2018 г. се констатира, че само 28 % от децата живеят в **среда без тютюнев дим** и се отчитат отрицателните последици по отношение на детето от тютюнопушенето от майката както по време на бременността, така и след това. Приема се, че основен приоритет на Националната стратегия за детето е **опазването, укрепването и възстановяването** на здравето на детето. Във връзка с изпълнението на стратегическите цели се констатира, че е необходимо да се предприемат мерки, които да доведат до намаляване на тютюнопушенето, употребата на алкохол и психоактивни вещества от децата и подрастващите.

Отчитат се и положителни тенденции – увеличава се консумацията на пресни плодове и зеленчуци, в училищната среда са създадени условия за физическа активност на учениците, в по-голямата част от училищата се извършват дейности по промоция на здравето, а учениците се обучават в принципите на здравословното хранене.

Годишният доклад от 2015 г. за състоянието на здравето на гражданите в Република България и изпълнение на Националната здравна стратегия¹⁰⁵ констатира, че са взети определени мерки във връзка с насърчаване на кърменето, като провеждане на масови прояви за промоция на кърменето, лекции за бременни и кърмещи жени за ползите от кърменето за бебето и майката, проблемите на кърменето и възможности за тяхното преодоляване.

Следователно въпреки приетите мерки, като цяло тенденцията по отношение на въпросите, засегнати в настоящото изследване **не може да се определи като положителна**. Необходимо е усилията (най-вече тези по превенция на затлъстяването и зависимостите сред децата) да продължат, като една от важните дейности е промоция на здравето¹⁰⁶ не само сред децата (чл. 10, ал. 1, т. 5; чл. 120, ал. 1, т. 3 от Закона за здравето), но и сред техните родители (чл. 122, ал. 3 от Закона за здравето)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ http://ncphp.government.bg/files/doklad_zdrave_-17-10.pdf

¹⁰⁶ „Промоция на здравето” е процес, при който чрез осигуряване на социални, икономически, екологични и други условия и на адекватно здравно образование се дава възможност на индивидите да подобрят собственото си здраве чрез засилване на личната и груповата отговорност – § 1, т. 8 от ДР на Закона за здравето.

¹⁰⁷ Във връзка с това може да се посочи и Наредба 13 от 21.9.2016 г. за гражданското, здравното, екологичното и интеркултурното образование (Издадена от министъра на образованието и науката, обн., ДВ, бр. 80 от 11.10.2016 г. в сила от 11.10.2016 г.) която предвижда, че здравното образование е насочено към развитие на умения за създаване или поддържане на здравословен стил и условия на живот и за доброволното адаптиране към поведение, благоприятстващо здравето. Това образование се осъществява се в училищата, детските градини и центровете за подкрепа за личностно развитие в системата на предучилищното и училищното образование.

Ключови думи
*Енергиен сектор,
либерализация,
преференциални цени,
фонд „Сигурност на
енергийната система”.*

Key words
*Energy Sector,
Liberalization, Preferential
Prices, Energy System
Security Fund.*

Ginka Simeonova
**Statute and Powers
of the Energy System
Security Fund**

**Ginka Simeonova,
Ph. D.**

*Member of
the Law Department
of New Bulgarian
University.*

*email: guinkasime-
onova@abv.bg*

*Lecturer in Finan-
cial and Tax Law, Interna-
tional Tax Law, State Aids
Law.*

*Areas of specializa-
tion: financial law, tax law,
state aids, EU law.*

*Author of studies and
articles in professional peri-
odicals in Bulgaria and
abroad.*

As a result of efforts to liberalize the electricity sector, substantial changes to the Energy Act have already taken place, the main objective of which is to make a substantial step towards liberalization of the energy market through the integration of the free market of producers whose energy is bought into preferential prices. With the changes to the Energy Act in 2015, the "Energy System Security" Fund was established. The new changes to the Energy Act further develop the status and powers of the Fund, detailing the legal framework, including a new power of the Fund, but also creating a number of discussion questions. The purpose of this article is to discuss some of them by focusing on the status and powers of the Energy Security Fund.

Гинка Симеонова

Статут и правомощия на фонд „Сигурност на енергийната система”

В резултат на усилията за либерализация на електроенергийния сектор вече са факт съществени промени в Закона за енергетиката (ЗЕ), чиято основна цел е да бъде реализирана значима крачка в посока либерализация на енергийния пазар чрез интегрирането на свободния пазар на производители, чиято енергия се изкупува на преференциални цени. След промените тези производители ще продават произведената от тях електроенергия на свободния пазар през платформите на Българската независима енергийна борса и ще получат премия от Фонд „Сигурност на енергийната система“ (наричан по-нататък „Фонда” или ФСЕС).

Световната банка препоръчва¹ първоначално на свободния пазар да се изведат големите производители, а на следващ етап – и останалите по-малки производители с преференциални цени. Във връзка с това промяната предвижда механизъм за въвеждане на „договор за компенсиране с премия”² за произведената електрическа енергия от възобновяеми източници и от високоефективно комбинирано производство на електрическа и топлинна енергия, произведена от централи с обща инсталирана електрическа мощност 4 MW и над 4 MW³.

С промените в Закона за енергетиката през 2015 г. бе създаден Фонд „Сигурност на енергийната система”. Целта за създаването на Фонда, отразена в мотивите на вносителите на законопроекта тогава, е да покрива дефицитите в НЕК по изкупуването на енергия от слънце, вятър, вода, биомаса, когенерации и по дългосрочните договори с т. нар. американски централи (Марица Изток).

¹ Доклад на Световната банка „Осъществяване на преход към финансова стабилизация и пазарна реформа на енергийния сектор“.

² <https://drive.google.com/file/d/1o151Hgv3KBb7QxeoU57I7dcaWjyQrnc/view>. [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с последен досъгъп на 15.7.2018 г.].

³ <https://news.bg/energy/deputatite-razshiriha-liberalizatsiyata-na-energiyniya-pazar.html>

Новите промени в ЗЕ доразвиват статута и правомощията на Фонда, като детайлизират правната уредба, като включват ново правомощие на Фонда, но и създават редица дискуссионни въпроси.

Предмет на настоящето изследване са статутът и правомощията на Фонда – частнопубличен или публичнопубличен субект е той, организация на публичния сектор или притежава ли характеристика дори на държавен орган, от което му правно положение ще произтича редица специфики, свързани както с актовете, издавани от органите му, така и с договорите, които Фондът сключва за произведената електрическа енергия от възобновяеми източници и от високоефективно комбинирано производство на електрическа и топлинна енергия, произведена от централи с обща инсталирана електрическа мощност 4 MW и над 4 MW.

За да отговорим на въпроса дали ФСЕС е държавен орган и да се опитаме да определим статута му, ще разгледаме отделните характеристики на държавните органи и ще проследим дали те са съотносими към него. Вследствие на този анализ ще открием и основните правомощия, които законът предоставя на Фонда.

1. Държавният орган е структура, част от държавния апарат, която осъществява публичната власт чрез присъщи на държавата средства и методи за управление на процесите в определена част (или цяло) на обществения живот⁴.

Съгласно чл. 36б ЗЕ, Фондът се създава за управление на средствата за покриване на разходите, извършени от обществения доставчик, произтичащи от задълженията му по чл. 93а и чл. 94 ЗЕ и за предоставяне на премия на производител по чл. 162а и производител с обект с обща инсталирана мощност 4 MW и над 4 MW по Закона за енергията от възобновяеми източници (ЗВЕИ). Видно от разпоредбата, Фондът е създаден с точно определена цел и задачи, които безспорно са част от държавната политика в областта на енергетиката, като част и от общата енергийна политика на Европейския Съюз (ЕС)⁵. Европа е изправена пред нарастващо потребление на енергия, нестабилни цени и смущения в доставките. Енергийната политика на ЕС има 3 основни цели: сигурност на доставките, конкурентоспособност и устойчивост, като целта е създаването на европейски

⁴ Дерменджиев, И., Костов Д., Хрусанов Д. Административно право на Република България, Обща част, С., Сиби, 2010 г., пето преработено и допълнено издание.

⁵ В този смисъл създаването на фонда може да се разглежда и в контекста на т. нар. „глобалното административно управление“. Вж. Марчева, Д. Към понятието за глобално административно право, Юридическо списание на НБУ, 2013, бр. 3, 60–75, 67.

енергиен съюз. Чрез него ще се гарантира наличието на сигурна, достъпна и екологосъобразна енергия за гражданите и предприятията в ЕС⁶.

2. За да изпълнява целите и задачите, за които е създаден, всеки държавен орган притежава изрично уредени от Конституцията, законите и подзаконовите нормативни актове властнически правомощия. Израз на тези правомощия са задължителни по своя характер административни актове. За адресатите на тези актове едностранно възниква задължение да изпълняват задълженията и да упражняват правата, които тези актове създават. Именно наличието на държавно-властнически правомощия е следващият белег на държавния орган, който го отличава от всички останали органи на социалното управление⁷. Съгласно чл. 36з. ЗЕ вноските по чл. 36е, ал. 1 и средствата по чл. 36д, ал. 1, т. 7 са публични държавни вземания, които подлежат на принудително изпълнение от публичен изпълнител по реда на Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (ДОПК). Актът за установяване на вземането се издава от председателя на фонда. В чл. 16б ДОПК е уредено, че установяването на публичните вземания се извършва по реда и от органа, определен в съответния закон. Ако в съответния закон не е предвиден ред за установяване на публичното вземане, то се установява по основание и размер с акт за публично вземане, който се издава по реда за издаване на административен акт, предвиден в Административнопроцесуалния кодекс (АПК). Актът за установяване

⁶ Стратегията на ЕС за енергиен съюз има 5 тясно свързани помежду си и взаимно укрепващи се измерения. Сигурност, солидарност и доверие – разнообразяване на енергийните източници в Европа и гарантиране на енергийна сигурност чрез солидарност и сътрудничество между държавите членки. Напълно интегриран вътрешен енергиен пазар – създаване на предпоставки за свободното движение на енергия в целия Съюз чрез изграждане на подходяща инфраструктура и премахване на всички технически и регулаторни пречки – ефикасен начин за гарантиране на доставките и подобряване на предлагането за потребителите. Енергийна ефективност – енергийната ефективност на първо място – подобряването на енергийната ефективност ще доведе до намаляване на зависимостта ни от вноса на енергия, понижаване на емисиите на парникови газове и създаване на работни места и растеж. Действия за климата – декарбонизация на икономиката – амбициозната политика в областта на климата е важна част от изграждането на енергийния съюз. Действията включват схемата на ЕС за търговия с емисии (СТЕ на ЕС), амбициозни, но справедливи национални цели за секторите извън СТЕ за намаляване на емисиите на парникови газове, пътна карта за мобилност с ниски емисии и енергийна политика, която гарантира на ЕС лидерство в областта на възобновяемата енергия. ЕС се ангажира с бързото ратифициране на Парижкото споразумение – амбициозно ново глобално споразумение по въпросите на изменението на климата, договорено в Париж през декември 2015 г. Научни изследвания, иновации и конкурентоспособност – подкрепа за постижения в областта на нисковъглеродните технологии и технологиите за производство на чиста енергия чрез приоритизиране на научните изследвания и иновациите с цел стимулиране на прехода на енергийната система и подобряване на конкурентоспособността.

⁷ Николова, Р. Правно положение на медийния регулаторен орган. Сп. Административно правосъдие. 2009, 3.

на публично държавно вземане е декларативен индивидуален административен акт, с който се привежда в действие диспозицията на правната норма. Този акт прави вземането ликвидно и изискуемо, като самото задължение възниква по силата на закона. Следователно е безспорен факт, че органите на Фонда издават властнически актове, които са изпълнително основание за започване на принудително изпълнение по силата на чл. 209, ал. 1 ДОПК. Актове по реда на ДОПК могат да издават различни органи, а не само административните органи от системата на Националната агенция за приходите (НАП), например митническите органи⁸ и Съвета за електронни медии⁹. Фондът е такъв орган, чиято основна компетентност не е установяването на публични вземания, но във връзка с осъществяваната от тях дейност законът им е вменил и такова задължение.

3. Правомощията на държавен орган се предоставят или се отнемат чрез Конституцията и законите. Фондът е създаден по силата на ЗЕ, като законът очертава и кръга на неговите правомощия, неговата компетентност, които са детайлизирани в подзаконов нормативен акт, а именно Наредба за реда и начина за набирането, разходването, отчитането и контрола на средствата Фонд „Сигурност на електроенергийната система“ (наричана по-нататък „Наредбата“), приета с ПМС 346 от 7.12.2015 г., обн., ДВ, бр. 97 от 11.12.2015 г., изм. и доп., бр. 4 от 9.1.2018 г., в сила от 9.1.2018 г.

Осъществяването на правомощията на Фонда са обусловени от осъществяването на предхождащи ги условия, без наличието на които не може да бъдат реализирани и целите и задачите, за изпълнението на които е създаден Фонда (*Conditio sine qua non*).

Съгласно чл. 4, ал. 2 т. 8 ЗЕ, министърът на енергетиката определя обща годишна квота за задължително изкупуване на електрическа енергия от производители, ползващи местни първични енергийни източници (на гориво), до 15 на сто от цялата първична енергия, необходима за производството на електрическа енергия, консумирана в страната за всяка календарна година, по съображения за сигурност на снабдяването.

По силата на чл. 93а ЗЕ общественият доставчик изкупува електрическата енергия:

1. от централи, присъединени към електропреносната мрежа с обща инсталирана електрическа мощност, по-малка от 4 MW, произведена от възобновяеми източници и от високоефективно комбинирано производство на електрическа и топлинна енергия и

2. по договори за дългосрочно изкупуване на разполагаемост и електрическа енергия в количествата, определени от министъра на енергетиката.

⁸ Симеонов, А. Издаване и обжалване по административен ред на постановленията за принудително събиране на публични държавни вземания, издавани от митническите органи, Съвременно право, брой:6, 2000, с. 18–29.

⁹ Минкова, Г. Издаване на актове по реда на ДОПК от органи извън системата на Националната агенция за приходите. <http://www.trudipravo.bg/component/content/article?id=1131:fp102010st4>

Размерът на плащанията към обществения доставчик се определя съобразно решенията на Комисията за енергийно и водно регулиране (КЕВР) за разходите на обществения доставчик, които следва да бъдат покрити със средства от Фонда, в рамките на приетия от Управителния съвет бюджет.

Считам, че ако приемем, че Фонда осъществява част от държавната власт, то той ще реализира именно изпълнителната такава и ще се явява и орган на изпълнителната власт. Член 19 от ЗА, очертавайки системата на органи в изпълнителната власт, разграничава в нея предвидените в Конституцията органи на изпълнителната власт (чл. 19, ал. 1 от ЗА) от създадените със закон или акт на Министерския съвет държавни органи (чл. 19, ал. 4). С оглед чл. 1, ал. 2 от Конституцията, съгласно който държавната власт се осъществява чрез предвидените в Конституцията органи, в ал. 2 и 3 от ЗА са посочени като органи на изпълнителната власт само Министерският съвет, министър-председателят, заместник министър-председателите, министрите, областните управители и кметовете. Алинея 4 на чл. 19 приравнява създадените със закон или с акт на Министерския съвет държавни органи на органи на изпълнителната власт. Конституцията не изброява изчерпателно държавните органи. В такъв смисъл е диспозитивът на Решение 5 на Конституционния съд от 1994 г. по к. д. 3 за 1994 г., в който се посочва: „Конституцията не посочва изчерпателно държавните органи в областта на администрацията. Министерският съвет в рамките на своята компетентност в съответствие с чл. 105, ал. 2 от Конституцията може да учредява административни органи, които не са предвидени от Конституцията, включително и централни ведомства без ранг на министерства“¹⁰.

От друга страна, ако разглеждаме Фонда като **самостоятелно** действащ орган, който **не** е част от органите, упражняващи държавна власт, съответно председателят на Фонда **не** е ръководител на ведомство, което е непосредствено подчинено на Министерския съвет, бихме намерили прилики между него и сходна структура каквата е Фондът за гарантиране на вземанията от банките¹¹ (ФГВБ) и за който Върховният административен съд (ВАС) е определил, че не е част от системата на държавния апарат, съответно актовете, издавани от органите му не подлежат на обжалване пред ВАС¹². На пръв поглед двата Фонда си приличат, но считам, че съществува и една съществена разлика, която се явява ключова за определянето на статута им. По силата на Закона за гарантиране на влоговете в банките се създава ФГВБ с основна цел да се защитят интересите на трети лица (вложителите в банки) за правоотношението, което възниква между ФГВБ и търговските банки, които правят вноски в него. Бенефициери на обезщетението са лицата, които по силата на

¹⁰ http://www.google.bg/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=23&ved=0ahUKEwjUh-37qoLaAhVHDIwKHSPPC4o4ChAWCFQwDA&url=http%3A%2F%2Fparliament.bg%2Fbills%2F39%2F102-01-4.rtf&usq=A0vVaw1-wJoiZf9_LqZ_rhd0rA3L

¹¹ <http://trudipravo.bg/kompyutarni-produkti-epi/kompyutarni-informacionni-produkti-epi/epi-schetovodstvo-i-danatzi/podbrani-statii/464-onsng>

¹² Определение 4947 от 31.5.2005 г. по адм. д. 3450/2005 г. на ВАС, петчленен състав.

едно облигационно правоотношение със съответната търговска банка получават определената от закона парична сума при изпълнение на дадените условия. Вложителите със защитени влогове получават обезщетение от ФГВБ при неплатежеспособност на банката. При ФСЕС правоотношенията остават между задължените лица по ЗЕ и него. Трети лица в този смисъл ще се явяват ползвателите на електроенергия. Видно от правомощията на ФСЕС, вноските към него нямат нищо общо с тези лица, което значително различава двата Фонда от гледна точка на целта, с която са създадени, техният статут и правомощия.

На следващо място, средствата и операциите на Фонда се включват в консолидираната фискална програма като средства и операции на други икономически обособени лица по чл. 13, ал. 4 от Закона за публичните финанси (ЗПФ) и не са част от държавния бюджет. При управлението на публичните ресурси на национално ниво разглеждаме параметрите по обобщени показатели на т. нар. консолидирана фискална програма. Когато се представя фискалната политика и съответните параметри на приходите и разходите по различните функционални направления и сектори, се базираме именно на консолидираната фискална програма, като тя обхваща най-пълно и всеобхватно приходите и разходите на държавата. В консолидираната фискална програма се включват показателите на бюджетите и на сметките за средствата от ЕС на бюджетните организации, които се одобряват от различни органи. Включването на средствата и операциите на Фонда в тази програма ги определя като част от политиката на управление на публичните финанси и доближава този орган до статута на другите държавни органи, чиито бюджети се отразяват по показатели в програмата. Дори и да не приемем, че Фонда притежава всички характеристики на държавен орган, и да не можем да го определим като такъв, при всички случаи можем да го определим като „бюджетна организация“. Доказателство за това твърдение откриваме в параграф 1, т. 5 ЗПФ, където понятието е легално дефинирано и това са всички юридически лица, чиито бюджети се включват в държавния бюджет, в бюджетите на общините, в бюджетите на социалноосигурителните фондове, както и всички останали юридически лица, чиито средства, постъпления и плащания се включват в консолидираната фискална програма по силата на нормативен акт или по реда на чл. 171. Безспорно Фондът попада в легалната дефиниция за „бюджетна организация“. Като извод от изложеното по-горе, може да се посочи, че законово Фондът е определен като държавна структура. В подкрепа на това становище е и чл. 32. Наредбата, съгласно който контрол върху бюджетната, финансово-стопанската и отчетната дейност на Фонда се осъществява от органите на Агенцията за държавната финансова инспекция (АДФИ) при условията и по реда на Закона за държавната финансова инспекция (ЗДФИ). Основната цел на държавната финансова инспекция е да защитава публичните финансови интереси. Като част от изпълнително-разпоредителната дейност финансовият контрол е насочен към предотвратяването, разкриването и възстановяването на вреди. Финансовият контрол, осъществяван от държавната финансова инспекция, е част от изпълни-

телно-разпоредителната дейност на държавата¹³, представлява по същество административен контрол, доколкото се извършва от административни органи. В правната литература финансовата инспекция е определена като административен процес в широкия смисъл на думата¹⁴. Този вид контрол обхваща и правната възможност за въздействие върху подлежащи на издаване или вече издадени финансови актове, както и върху лицата, които ги издават. Контролът включва преценка за законосъобразност на дейността, поведението и актовете на контролираните субекти, като се основава на принципи като принципите на законност, обективност, служебно начало и конфиденциалност и се осъществява под формата на предварителен, текущ и последващ такъв. Държавната финансова инспекция се осъществява по отношение на субектите, описани в чл. 4 ЗДФИ, като Фондът попада в приложното поле на т. 1 (бюджетни организации), както пояснихме по-горе, а правоотношенията, които се пораждат, развиват и погасяват между Фонда и АДФИ са отношения на власт и подчинение, вид контролни правоотношения, резултат от прилагането на императивните финансови правни норми като регулатор на обществени отношения чрез властническия метод на правно регулиране¹⁵. Финансовият контрол, осъществяван от АДФИ, има за обект най-общо управлението и разпореждането с пари и имущества, които са част от финансовата система на страната или такива извън нея, но с публичноправно предназначение¹⁶. Посоченото по-горе навежда на мисълта, че законодателят разбира имуществото на Фонда като държавно такова, с публичноправен произход. Фондът е определен в ЗЕ като ЮЛ и от гледна точка на разсъжденията по-горе би трябвало да се приеме, че това ЮЛ е създадено с държавно имущество, въпреки че законодателят никъде не конкретизира това. ЗЕ и Наредбата определят, че чрез част от вноските към Фонда се осигурява и издръжката му, но това не означава, че единствено тези вноски формират имуществото на Фонда. Ако приемем, че това е така, ще означава, че вноските на частноправните субекти се възприемат и трансформират в публичноправен ресурс щом бъдат prevedени в определения за това срок по сметка на Фонда.

Фондът се създава за управление на средствата за покриване на разходите, извършени от обществения доставчик, произтичащи от задълженията му по чл. 93а и чл. 94 ЗЕ и за предоставяне на премия на производител по чл. 162а и производител с обект с обща инсталирана мощност 4 MW и над 4 MW по ЗЕВИ. Съгласно чл. 162а ЗЕ Фондът компенсира с премия производители с обекти с обща електрическа инсталирана мощност 4 MW и над 4 MW за цялото количество

¹³ Чилова, Н. Правна същност на финансовата инспекция. Финансовата инспекция като производство. Дайджест „Счетоводство, данъци и право“, 2016 г., кн. 10, с. 72.

¹⁴ Петканов, Г., Правна същност на финансовата ревизия, Годишник на СУ „Св. Климент Охридски“, С., 1983, с. 124.

¹⁵ Чилова, Н. Финансовата инспекция като правоотношения. Дайджест „Счетоводство, данъци и право“, 2016 г., кн. 11, с. 74.

¹⁶ Чилова, Н. Компетентност на контролните органи при осъществяване на финансовата инспекция. Дайджест „Счетоводство, данъци и право“, 2016 г., кн. 12, с. 62.

електрическа енергия от високоефективно комбинирано производство на топлинна и електрическа енергия, регистрирано с месечен сертификат за производ.

Законът за енергетиката в чл. 36е определя кръга на задължените лица, като го разширява в сравнение с предходната уредба, като фиксира и размера на вноските, които тези лица трябва да правят към Фонда на 5 на сто, които се изчисляват върху приходите без ДДС. Определянето на 5-процентната ставка върху приходите (не печалбите) означава, че тази вноска ще се дължи независимо дали задължените лица реализират печалба от своята дейност или търгуват с електроенергия на загуба.

Задължените лица подават във Фонда до 20-то число на текущия месец декларация за съответните приходи за предходния месец, с което ги удостоверяват. Вноски правят ежемесечно:

1. производителите на електрическа енергия от приходите от продадената електрическа енергия без ДДС, а за тези, които получават премия по чл. 162а и по ЗЕВИ и от приходите от нея без ДДС,

2. търговците, които внасят електрическа енергия от приходите от внесена и продадена на пазара в страната електрическа енергия без ДДС,

3. операторът на електропреносната мрежа от приходите за достъп и пренос на електрическа енергия без ДДС,

4. операторите на газопреносни мрежи от приходите от достъп и пренос на природен газ без ДДС и

5. операторите на съоръжения за съхранение на природен газ от приходите от достъп и съхранение на природен газ без ДДС.

4. Вноските към Фонда на задължените лица са законовоопределени като публични държавни вземания. От гледна точка на правната природа на публичните държавни вземания те могат да бъдат държавни или общински само ако активният субект в това правоотношение е държавата (в лицето на нейните органи) или общината. За да бъдат дадени вземания публични държавни такива, активният субект трябва да притежава властнически правомощия, а правоотношението да е такова на власт и подчинение. В отношенията данъкоплатец – държава, първият е определено в по-слаба позиция. Обхватът на правата и задълженията му зависи от решенията на законодателите органи, с други думи от държавата. Данъчното правоотношение се характеризира с липса на равнопоставеност между двете страни. Съответно е много важно да се вземат всички възможни мерки, за да се балансират тези отношения. Изводът, който се налага, е че ФСЕС би трябвало да се схваща като част от държавния апарат, а вноските, които правят част от задължените лица, биха могли да бъдат определени като вид данък. Проблемът, който възниква, е че в ЗЕ тези вноски не са определени изрично като такива! В конституционна демокрация данъчното облагане се определя преди всичко от конституционното право. То определя кой се облага, колко и за какви цели. Това са въпроси, свързани с върховенството на правото¹⁷ и правомощията на съдебната система и на данъчната админи-

¹⁷ Топчийска, Д. Върховенство на правото: теоретични аспекти. Авангард Прима. С. 2011.

страция. Върховенството на правото гарантира, че те следват процесите, определени със закон. Той определя както процеса на данъчно облагане, така и неговото изпълнение. А данъчната система трябва да бъде основана на правила¹⁸. Върховенството на правото изисква стриктно тълкуване на данъчното законодателство, за да се осигури правна сигурност. Тя изисква също така отношенията между правителството и неговите граждани да се уреждат със закон. Законът трябва да определя съществените елементи на данъка – данъчното събитие, страните, подлежащи на данъчно облагане, методът или системата на оценка на данъчната основа, данъчната ставка за определяне на данъчното задължение, освобождаванията и нарушенията на данъчното право, съответно санкциите за подобно поведение.

В този смисъл законодателят създава и една привилегия по отношение на Фонда, която не би трябвало да съществува, ако разгледаме Фонда като частноправен субект. А именно съгласно чл. 36з ЗЕ „Средствата на фонда не може да бъдат предмет на прихващане и са несеквестируеми“. При възникнал дефицит във Фонда, за задължените субекти не съществува начин за адекватна защита при неизпълнение за плащане от страна на Фонда дори и при напълно законосъобразно поведение на кредиторите. С посочения текст законодателят дава приоритет на интересите на държавата спрямо конституционно защитените интереси на частноправните субекти, като гарантира невъзможност срещу Фонда да бъде предприето принудително изпълнение. Липсва и възможност за прихващане на дължими към ФСЕС вноски и дължими към производителите премии. Въпреки правните изисквания от гледна точка на събиране и възможностите за прихващане на публичните задължения (за каквито са обявени вноските във ФСЕС), практически може да се достигне до ситуация, че се дължи вноската върху премия, която няма да е изплатена в срок поради недостиг във ФСЕС. Тези законодателни решение са доказателство за специфичното място и статут на този правен субект, най-вероятно поради връзката на сигурността на енергийната политика и важността на тази сфера за всички потребители на електроенергия¹⁹.

¹⁸ Tax Law Design and Drafting (volume 1; International Monetary Fund: 1996; Victor Thuronyi, ed.) Chapter 2, Legal Framework for Taxation.

¹⁹ В този смисъл са и редица мнения, отразени в становища по законопроекта. <http://www.parliament.bg/bg/parliamentarycommittees/members/2329/standpoint>. Например в Становище от ВЕИ производители – Обединена позиция четем: „При недостиг на средства във ФСЕС, производителите реално не разполагат с каквото и да било правен способ да удовлетворят претенцията си относно дължими премии. Това само по себе си налага извода, че следва да има някакъв механизъм за гарантиране на плащанията към производителите. Считаме обаче, че е спорно дали предвидените мерки за предоставяне на банкови гаранции и/или депозити от страна на търговците на енергия ще могат да покрият риска от недостиг на средства във ФСЕС. Разбираме правната сложност на повдигнатия от нас проблем и неговото адекватно разрешаване, но предлагаме да се обсъди въпроса за евентуално допълване на необходимите средства чрез държавния бюджет като своеобразна „държавна гаранция“.

Както вече споменахме, съгласно чл. 36з ЗЕ вноските по чл. 36е, ал. 1 и средствата по чл. 36д, ал. 1, т. 7 са публични държавни вземания, които подлежат на принудително изпълнение от публичен изпълнител по реда на Данъчно-осигурителния процесуален кодекс. Актът за установяване на вземането се издава от председателя на фонда. Публичните държавни вземания са законово уредени в чл. 162, ал. 2 ДОПК, според който публични са държавните и общинските вземания за данъци включително акцизи и мита²⁰, задължителни осигурителни вноски и други вноски за бюджета; за държавни и общински такси, установени по основание със закон, за незаконосъобразно извършени осигурителни разходи; за паричната равностойност на вещи, отнети в полза на държавата, глоби и имуществени санкции, конфискации и отнемане на парични средства в полза на държавата; по влезли в сила присъди, решения и определения на съдилищата за публични вземания в полза на държавата или общините, както и решения на Европейската комисия за възстановяване на неправомерно предоставена държавна помощ, включително за дължимите по тях обезщетения, глоби и имуществени санкции; по влезли в сила наказателни постановления; за недължимо платените и надплатените суми, както и за неправомерно получените или неправомерно усвоените средства по проекти, финансирани от предприєдинителните финансови инструменти, оперативните програми, Структурните фондове и Кохезионния фонд на Европейския съюз, европейските земеделски фондове и Европейския фонд за рибарството, Инструмента Шенген и Преходния финансов инструмент, включително от свързаното с тях национално съфинансиране, които възникват въз основа на административен акт, както и глобите и другите парични санкции, предвидени в националното законодателство и в правото на Европейския съюз; както и лихвите върху тях. Вноските към Фонда попадат в приложното поле на т. 2 „други вноски, установени по основание и размер със закон”. Това означава, че вноските са определени като различен по вид публично държавно вземане от останалите, уредени в чл. 162, ал. 2 ДОПК. Възниква въпросът дали вноските (по-специално вноските на задължените лица извън кръга на лицата, за които е предвиден компенсаторен механизъм чрез „договор за компенсиране с премия“ за произведената електрическа енергия от възобновяеми източници и от високоефективно комбинирано производство на електрическа и топлинна енергия, произведена от централи с обща инсталирана електрическа мощност 4 MW и над 4 MW) не припокриват характеристиките на данъка като публично държавно вземане от гледна точка на правната му природа. Ако разгледаме основните белези на данъците, ще открием почти пълно припокриване между тях и вноските на тези задължени лица във ФСЕС.

Данъкът е едно публично субективно право на държавата да получи определена парична сума. В основата на това право стои държавният или данъчен суверенитет. Задължението за заплащане на данъка възниква въз основа на право-

²⁰ Симеонов, А. Източници на митническото право. Правна характеристика на „митните сборове. Мита и такси с равностоен ефект. Възникване на митническото задължение. Длъжник по митническото правоотношение, Бюлетин на асоциацията на прокурорите в България, брой 2, 2011, с. 41–87.

отношение между държавата и длъжника – в правоотношенията с Фонда, това са лицата, определени като задължени субекти в чл. 36е ЗЕ. На субективното право на държавата съответства корелативно задължение за тези субекти.

Данъкът е законоустановен. В случая с вноските във Фонда данъкът произтича от законова правна норма, без обаче да е фиксиран като такъв изрично. Това дава основание да се счита, че определените 5% са един вид „скрит данък”, който при субектите, които не получават премии и нямат фиксирана цена на електроенергията най-вероятно ще бъде включен в крайната цена на електроенергията и ще бъде заплатен от потребителя. Това от своя страна означава, че на практика тази „данъчна” тежест ще бъде поета от крайния потребител на електроенергия и ще се характеризира като косвено данъчно облагане по подобие на ДДС. Косвените данъци се свързват с облагането на реализираните обороти от стоки и услуги. Те се включват в цената на стоките и услугите и по този начин формират крайната продажна цена. Така тези данъци се прехвърлят на крайния потребител. Косвените данъци засягат доходите на индивидите при тяхното изразходване за покупка на стоки и услуги. При косвените данъци правоотношението, което поражда данъчен дълг, се развива между държавата и потребителите, но отношението е опосредено от едно трето лице, което има характеристиките единствено на данъчно задължено лице, но не и на субект на данъчното задължение, което лице има функциите по начисляване и събиране на данъка. Потребителят е определен като платец на данъка, а лицето, което администрира данъка (търговец) е юридически платец на данъка. От гледна точка на структурата при преките данъци фактическият и юридическият платец е едно и също лице, а при косвените данъци са две различни лица, там фактическият платец няма нищо общо с развитието на данъчното правоотношение, няма задължения във връзка с механизма на данъка, а държавата е натоварила юридическите платци с правомощието по начисляване на данъци.

Ако разсъждаваме на плоскостта на определянето на тези вноски като вид косвен данък, то той ще се доближава доста до данъка върху застрахователните премии²¹, въведен със Закона за данък върху застрахователните премии (ЗДЗП), като обект на облагане са застрахователните премии по облагаеми застрахователни договори, заплащани на застрахователите от застрахованите лица. Данъчната тежест от заплащането на данъка се поема от застрахованите лица. Данъчно задължени лица за начисляването и внасянето на данъка върху застрахователните премии обаче са застрахователите и данъчните представители на застрахователите. Данъкът върху застрахователните премии се определя за период от календарен месец и се внася от данъчно задължените лица в срок до края на следващия месец. По подобен начин е уредено и плащането на вноските на задължените лица към Фонда. Данъчното събитие при данъка върху застрахователните премии е

²¹ Застрахователната премия е сумата, договорена в застрахователния договор, която се заплаща на застрахователя като цена срещу поетите от него рискове за срока на действие на договора. Платените на застрахователя лихви и неустойки с обезщетителен характер не се считат за застрахователни премии (§1, т. 2 от Допълнителните разпоредби на ЗДЗП) и се изключват от данъчната основа за облагане с данък.

получаването на застрахователната премия от застрахователя по сключен облагаем застрахователен договор. По отношение на вноските към Фонда за данъчно събитие може да се приеме реализирането на приход от задължените лица.

Освен това данъците са невъзвращаеми вземания, държавата не поема задължение да върне сумата при определени условия. Данъците са безвъзмездни, което означава, че липсва насрещна престация на вземането. Визираниите по-горе задължени субекти правят вноски във Фонда безвъзмездно, срещу това тяхно задължение те не получават насрещна престация от другата страна по правоотношението.

На следващо място, данъците се установяват като задължения по общ начин за всички данъчно задължени лица. Възникват *ex lege*, а не въз основа на издаден акт за публично държавно вземане. Поради тази причина и актовете имат декларативно действие, привеждайки в изпълнение диспозицията на правната норма, като индивидуализират задължението, правейки го ликвидно и изискуемо. Тази характеристика на данъка не означава, че макар определени по общ начин, данъкът не може да се отнася само до дадена категория правни субекти. Що се отнася до вноските във Фонда, това са определените в ЗЕ лица.

Като обобщение, може да се изведе следното определение за данък като едностранно установено от държавата по общ начин със закон, невъзвръщаемо и непрехвърлимо парично вземане, срещу получаването на което държавата не дължи извършване на насрещна престация в полза на лицата, които се явяват негови платци. Бихме могли да охарактеризираме по същия начин и задължението на визираниите по-горе субекти за заплащане на вноски към Фонда.

5. На следващо място, държавният орган се характеризира с определен персонален, т. е. личен състав. Той е нормативно установен и се формира чрез избор или назначаване.

Фондът се управлява от Управителен съвет, който се състои от 5 членове, които се определят за срок 5 години, както следва:

1. председател – от министъра на енергетиката,
2. един член – от министъра на финансите,
3. един член – от министъра на околната среда и водите и
4. двама членове – от производителите на електрическа енергия.

Членовете на управителния съвет се определят съгласно правила, утвърдени от министъра на енергетиката, който със заповед определя поименния състав на управителния съвет след съгласуване с министъра на финансите, министъра на околната среда и водите и с производителите на електрическа енергия. Заповедта на министъра на енергетиката е конститутивен индивидуален административен акт, с издаването на който се конституира управителния орган на Фонда. Законът за енергетиката определя още изискванията за членовете на Управителния съвет, несъвместимостите, начина и реда за свикване на заседанията и вземане на решения, както и правомощията на председателя. По подобен начин се определя и структурата, организацията и реда за вземане на решения и на държавните органи въобще.

Управителният съвет на Фонда приема правила за разходването на средствата и операциите на Фонда, съгласувани с министъра на енергетиката. Набирането и разходването на средствата се извършва въз основа на бюджет. Проектът на бюджет на Фонда, приет от Управителния съвет, се представя в Министерство-

то на финансите чрез Министерството на енергетиката в срокове и по ред, определени с решението на Министерския съвет за бюджетната процедура за съответната година и с указанията на Министерството на финансите. След приемането на Закона за държавния бюджет на Република България за съответната година министърът на енергетиката внася в Министерския съвет бюджета на Фонда за одобряване. Актът, с който МС ще се произнесе, би трябвало да бъде постановление, което означава, че за да може да породи действие бюджетът на Фонда, е необходимо издаването на подзаконов нормативен акт от страна на МС.

Министерският съвет приема постановления, когато:

- а) утвърждава/приема правилници и наредби и
- б) урежда обществени отношения в областта на неговата изпълнителна и разпоредителна дейност, които не подлежат на законова уредба.

И едните, и другите имат подзаконов характер от гледна точка на факта, че всички обществени отношения са уредени от Конституцията и законите, която съдържа принципите и общата рамка. Що се отнася до детайлите, те са оставени за регламентация от подзаконовите нормативни актове – точно в този смисъл чл. 6, ал. 2 от Закона за нормативните актове предвижда, че при неуредени от закона обществени отношения Министерският съвет издава постановления, с които ги урежда съобразно законите²².

Бюджетът на Фонда подлежи на одит от органите на Сметната палата при условията и по реда на Закона за Сметната палата (ЗСП). В този смисъл изцяло се изпълнява конституционната функция на Сметната палата за упражняване на контрол за изпълнението на бюджета. Независимият външен одиторен орган осъществява контрол освен за изпълнението на бюджета и на други публични средства и дейности съгласно закона и международно признатите одитни стандарти, като основната задача на Сметната палата е да контролира надеждността и достоверността на финансовите отчети на бюджетните организации, законосъобразното, ефективно, ефикасно и икономично управление на публичните средства и дейности (чл. 23 ЗСП). Съгласно чл. 6, ал. 2, т. 2 ЗСП Сметната палата одитира бюджетите на бюджетни организации по чл. 13, ал. 3 и 4 ЗПФ, по силата на която правна норма е създаден и Фонда. Контролът, осъществяван от Сметната палата, обхваща дейността на институциите в публичния сектор. „Безспорно е, че финансовото управление и контрол във всички институции на публичния сектор, от гледна точка на ефективност, ефикасност и икономичност, като управление и разпореждане с публични средства и други публични активи попада в обхвата на одитната компетентност на Сметната палата. Този извод е очевиден и не се нуждае от особена аргументация. Тази управленска функция, упражнявана от всички институции в целия публичен сектор, е типичен обект на одита”²³. Всичко посо-

²² Михайлова, Е. Парламентаризъм и правова държава в България. С. 2012. с. 182; Друмева, Е. Конституционно право. Сиела. С. 2008.

²³ Димитров, В. Сметната палата и приложното поле на одита на изпълнението. <http://alternativi.unwe.bg/alternativi/br48/01.pdf>

чено дотук показва, че статутът на ФСЕС се доближава до този на организация от публичния сектор.

Председателят на Управителния съвет на Фонда е длъжен да представя на министъра на енергетиката ежемесечна справка за набраните и разходваните средства в срок до 20-то число на следващия месец и тримесечни отчети, придружени с доклад за дейността на Фонда, в срок до 31-то число на месеца, следващ отчетното тримесечие. Чрез изпълнението на това задължение едноличният административен орган – министърът на енергетиката – осъществява контролните си правомощия по отношение изпълнението на правомощията на Фонда (целено набиране и разходване на средствата). Ако приемем, че министърът на енергетиката осъществява административен контрол, той ще притежава основните белези на тази дейност като властническа такава, за която не е необходимо изрично овластяване, която се осъществява в системата на държавното управление и чиято цел е да се избегнат незаконосъобразни и неправилни актове и действия в областта на държавното управление като цяло²⁴. Вследствие осъществяването на тази дейност, министърът на енергетиката може да прави преценка за законосъобразност и правилност на актове и действия на контролираните субекти, като се явява висшестоящ орган по отношение на Фонда, следователно би могъл да изменя неговите актове, като упражнява контролната дейност във форма на предварителен, текущ и последващ контрол. Такива правомощия на министъра на енергетиката по отношение дейността на Фонда обаче ЗЕ не урежда изрично. Това означава, че контролната дейност ще се осъществява по силата на чл. 25 Закона за администрацията, според който министърът ръководи, координира и контролира осъществяването на държавната политика според своите правомощия.

Съгласно чл. 75, ал. 1 ЗЕ министърът на енергетиката провежда предварителен, текущ и последващ контрол за:

1. техническото състояние и експлоатацията на енергийните обекти,
2. прилагането на реда и техническите условия за топлоснабдяване, прекратяване на топлоподаването и прилагане на дяловото разпределение на топлинна енергия,
3. изпълнението на задължението за набиране и съхраняване на резервите от горива, необходими за сигурно и непрекъснато снабдяване с енергия,
4. готовността на енергийните обекти за работа при бедствия и военно положение,
5. на задълженията по този закон за предоставяне на информация на Министерството на енергетиката и
6. изпълнението на Националния план за инвестиции за периода 2013–2020 г.

В изпълнение на контролните си правомощия министърът на енергетиката извършва проверки чрез упълномощени от него лица, уведомява органите на специализирания контрол с оглед предприемането на мерки от кръга на тяхната компетентност и налага принудителни административни мерки и административни нака-

²⁴ Костов, Д. Административен контрол – същност и проблеми. – сп. „Държава и право”, 1988 г., 5.

зания, предвидени със ЗЕ (чл. 77 ЗЕ). Разпоредбите очертават кръга на контролните правомощия на министъра на енергетиката, като изчерпателното изброяване не включва правомощия по отношение дейността на Фонда. Такива правомощия урежда чл. 30, ал. 2 Наредбата и чл. 30а Наредбата, съгласно които контролът по спазване на разпоредбите за представяне от задължените лица на справки в случаите, предвидени в Наредбата, както и за верността на предоставените в справките данни, се осъществява от министъра на енергетиката при условията и по реда на чл. 75 и чл. 77–81 ЗЕ въз основа на искане, отправено от председателя на Управителния съвет на Фонда. Нарушенията по Наредбата се установяват с актове на лицата по чл. 77, ал. 1, т. 1 ЗЕ, като наказателните постановления се издават от министъра на енергетиката или от упълномощено от него длъжностно лице. Установяването на нарушенията, издаването, обжалването и изпълнението на наказателните постановления се извършват при условията и по реда на чл. 75 и чл. 77–81 ЗЕ и на Закона за административните нарушения и наказания. В Наредбата са детайлизирани правомощията на министъра на енергетиката по отношение на установяване на административни нарушения и налагане на административни наказания и принудителни административни мерки, като административнонаказващата дейност е правораздавателна такава, с която се реализира държавната наказателна репресия.

Освен това субекти на тази административнонаказателна отговорност ще бъдат само задължените лица по чл. 36е ЗЕ. Нито ЗЕ, нито Наредбата предвиждат правомощия за министъра на енергетиката по отношение на нарушения от страна на Фонда или органите му. Единствено Управителният съвет на Фонда осъществява контролът по набирането, разходването и отчитането на средствата във Фонда съгласно чл. 30 Наредбата.

6. Друга характеристика на държавните органи е фактът, че държавният орган действа от името на държавата и в неин интерес. Той действа относително самостоятелно, като за своята дейност е отговорен пред по-горестоящите държавни органи в рамките на своята компетентност. Разгледаните по-горе задължения на Фонда като част от правомощията му също отговарят на тази характеристика на държавните органи.

Изследвайки статута и правомощията на Фонда, стигаме до извод, че е необходимо законодателят да определи категорично правното му положение, тъй като последиците от тази неяснота могат да доведат до редица спорни въпроси и практически проблеми. Ако приемем, че Фондът упражнява част от държавната власт, това ще означава, че актовете, които издават органите му, ще бъдат административни по своя характер, съответно обжалването им ще трябва да се осъществява по реда на АПК или ДОПК. Що се касае до договорите за премии, които сключва Фонда, те ще трябва да бъдат разглеждани като административни договори с всички произтичащи последици от това във връзка както с правата и задълженията на страните по тях, така и по отношение на оспорването им като подсъдни на административните съдилища.

Ключови думи

*Човешки права,
история, генеалогия,
културни практики,
емпатия, новели,
съдебни изтезания.*

Key words

*Human Rights,
History, Genealogy, Cultural
Practices, Empathy, Novels,
Judicial Torture.*

Deyana Marcheva

Towards Inventing Human Rights

**Deyana Marcheva,
Ph. D.**

*Member
of the Law Department
of New Bulgarian*

*University,
email: dmarcheva@nbu.bg
Lecturer in Constitutional
Law, EU Administrative
Law and Medicine Law.
Areas of specialization: ad-
ministrative law, EU law,
constitutional law.*

*Author of studies and
articles in professional peri-
odicals in
Bulgaria and abroad.*

This article discusses the innovative historical approach to human rights employed by Lynn Hunt in her book “Inventing Human Rights. History” (2007). The main argument is that human rights come about because in the XVIII century many individuals had similar experiences not because they inhabited similar national or social contexts, but because through their cultural practices of reading novels or opposing judicial torture, they actually created a new social context. The newfound power of empathy worked against even the longest held prejudices and produced the revolutionary concept of human rights that unfolded in a cascade fashion in the XIX and XX centuries.

Деяна Марчева

Към изобретяването на човешките права

Увод

За историците казват, че „балсамират“ нашите политически и морални убеждения¹. Някои проблеми стават предмет на историята след като обществото формира историческо съзнание за тях, т. е. отдели ги от своето настояще и ги захвърли в своето минало. За човешките права обаче няма как днес да твърдим, че са останали в миналото. Точно обратното, те са доксата на нашето време, онези ценности и идеи, мълчаливо приети за самоочевидни истини². Неслучайно и фасадните конституции на авторитарни и тоталитарни политически режими прогласяват каталози от основни права на своите граждани. Днес не стои въпросът дали човешките права са отживелица, а дали в действителност се реализират, а също и в каква политико-правна рамка има гаранции за тяхната защита³. И в този контекст е логичен въпросът дали има смисъл да се обръщаме към историята на човешките права и дали това ще допринесе за осмислянето на тяхната същност и основания.

¹ Hoffmann, S-L. Human Rights and History, Past & Present, Volume 232, Issue 1, 2016, 279–310.

² Hoffmann, S-L. Introduction: Genealogies of Human Rights, In: Hoffmann, S-L.(ed.), Human Rights in the Twentieth Century, 2010, Cambridge University Press, 2.

³ Според либералния конституционализъм защитата на човешките права е свързана с идеите за върховенство на правото, ограничено управление и конституционен контрол. Вж. още по тези въпроси, Близнашки, Г. Еволюция на конституционализма, 2017, УИ „Св. Климент Охридски“; Михайлова, Е. Парламентаризъм и правова държава в България, 2012, ИК „Нов Български университет“; Топчийска, Д. Върховенство на правото, Теоретични аспекти, 2016, Авангард Прима.

Интересно е, че историците започват да се занимават с правата на човека едва в края на 90-те години на ХХ в.⁴ Дори историографията на геноцида, бежанците, национализма и робството се разгръща по такъв начин, че е трудно да бъде причислена към историографията на човешките права⁵. Първите целенасочените усилия за написване на „далечната или дълбоката история“⁶ на човешките права са от края на първото десетилетие на ХХI в. и се свързват с книгата на Лин Хънт „Изобретяването на човешките права. История“ (2007 г.)⁷. Книгата е посрещната с много похвали в хуманитарната академична общност⁸ заради „оригиналния“ подход към проблематиката на човешките права, поставена в историческия контекст на „по-широките културни промени [в епохата на Просвещението – Д.М.], които трансформират начина, по който човешките същества се отнасят помежду си“⁹.

⁴ В публичноправната литература относно човешките права се срещат исторически справки за откъслечни факти около основните политически и юридически актове, които признават правата, но те въобще не навлизат в дълбочината на социалните, политическите и културните процеси около тази проблематика. В българската конституционноправна литература Вж. Танчев, Е. Политическите права на гражданите в конституционализма на САЩ, 1989, София – БЗНС; Танчев, Е. Основни права на човека, 2002, Юриспрес, УИ „Св. Климент Охридски“; Баламезов, С. Конституционно право, част 3, Софи-Р, 1993; Вълканов, В. Основните права на гражданите в Народни Република България и тяхната правна защита, Издателство на Българската академия на науките, 1990, 20–31; Киселова, Н. Политически права на българските граждани, Сиела, 2017, 27–107.

⁵ Hoffmann, S-L. Human Rights and History, цит. съч., 280.

⁶ Пак там.

⁷ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, W. W. Norton & Company, 2007.

⁸ Пак там, 2–3. В самата книга са публикувани извадки от отзиви и рецензии за книгата от изтъкнати представители на хуманитарната академична общност, вкл.: Gordon S. Wood (професор по история), Maya Jasanoff (професор по история в Харвардския университет) Stanley N. Katz (професор по публични и международни отношения, главен редактор на Oxford International Encyclopedia of Legal History), Samuel Moyn (професор по право и история), Alan Wolfe (политически учен и социолог), Joshua Muravchick (писател и учен в областта на международните отношения) и др.

⁹ Jasanoff, M. *Revolutionary Thought*, Washington Post, April 22, 2007. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/04/19/AR2007041902980.html?noredirect=on> [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с последен достъп на 30 юни 2018 г.].

Тезата за „революционния произход“ на човешките права

През 1996 г. Лин Хънт съставя сборника „Френската революция и човешките права. Кратка история в документи“¹⁰, в който са събрани нейни преводи на подобрени съчинения, речи, декларации и др. Сред тях са извадки от „Естествено право“ (1755 г.) на Дени Дидро, „Трактат за толерантността“ (1763 г.) на Волтер, „Размисли за робството на негрите“ (1781 г.) на Жан-Антоан дьо Кондорсе, „За признаване на граждански права на жените“ (1790 г.), „Какво е третото съсловие“ (1789 г.) на Абат Сийес и т. н.

Във въведението към сборника Лин Хънт построява аргументация за „Революционния произход на човешките права“¹¹. Според съставителката френските философи от XVIII в. не изобретяват понятието за права, но провеждат фундаментална дискусия, която генерира идеите за човешки права и засяга практическите въпроси как един акт на деклариране на каталог от права може да се превърне в основа на публичното управление. Тяхна изходна точка е разбирането на Джон Лок от края на XVII в., че има съществена връзка между естественото право и универсалните права¹², изложена в неговата теория за общественния договор (1689 г.)¹³. Лин Хънт цитира прочутата формулировка на Лок, че всеки човек или мъж (*man*)¹⁴ има естествено право на живот, свобода и собственост, като същевременно подчертава, че той визира правата на европейските (по-специално английските) мъже – собственици на имоти, не и на бедните мъже без собственост, не и на жените, не и на робите¹⁵.

Френските философи на Просвещението отиват по-далеч от Лок в схващането на естествените права. В своята теория за общественния договор (1762 г.) Жан-Жак Русо¹⁶ продължава идеята на Лок, че обществото и управлението следва да се основават върху принципите на разума, но за разлика от английския философ смята, че тези принципи следва да се прилагат спрямо всички хора или мъже, независимо дали са крале или крепостни селяни, независимо дали

¹⁰ Hunt, L. (ed.) *The French Revolution and Human Rights. A Brief Documentary History*, Bedford/St. Martin's, 1996.

¹¹ Пак там, 1–32.

¹² Пак там, 4.

¹³ Лок, Д. Два трактата за управлението, 1996, Изд. „ГАЛ-ИКО“.

¹⁴ Английската дума „*man*“ означава мъж и човек.

¹⁵ Hunt, L. (ed.) *The French Revolution and Human Rights. A Brief Documentary History*, цит. съч., 5. Лин Хънт споменава любопитния факт, че самият Джон Лок е инвестирал пари в английската търговия с роби и е оправдавал робството като правна последица от завоевателните войни.

¹⁶ Русо, Ж-Ж. За общественния договор, 1996, София – Лик. Жан-Жак Русо е швейцарски философ, който през по-голямата част от живота си работи във Франция, поради което може да бъде причислен към френската просвещенска мисъл.

притежават собственост или не, независимо дали са французи или таитяни. И все пак Русо, както и другите мислители на Просвещението, не дефинират правата отвъд правата на всички хора или мъже да участват в създаването на обществения договор¹⁷. Те обаче достигат до ключовата идея, че разумът произвежда самоочевидни истини, сред които са естествените права на всички народи. Някои от френските просвещенци включват наред със собствениците и робите¹⁸, а някои (сред които не е Русо) започват да говорят за признаване на права и на жените¹⁹.

В сборника има отделен раздел „Свободни чернокожи и роби“ с речи, искания, дискусии, мемоари и др. документи по тази тема. Лин Хънт посочва във Въведението към сборника, че защитници на естествените права на свободните чернокожи и робите са Жак-Пиер Брисо (1754–1793 г.), който основава в Париж Обществото на приятелите на чернокожите, Жан-Антоан дьо Кондорсе (1743–1794 г.), и др. Известни депутати в Националното събрание като абат Анри Грегоар (1750–1831 г.) и Маркиз дьо Лафайет (1757–1834 г.) са членове на Обществото на приятелите на чернокожите, произнасят речи за забрана на търговията с роби и на робството, но постепенно ограничават своята аболиционистка пропаганда до забраната на търговията с роби, за да не загубят политическа подкрепа.

Във въведението към сборника Лин Хънт акцентира, че „най-дълбоко вкорененият предразсъдък на всички се оказва възгледът, че жените по своята природа са непригодни за политически живот“²⁰. Този предразсъдък намира експлицитен израз, когато френските революционери приемат новата конституция през 1789 г. и Абат Сийес разграничава естествените и гражданските права, от една страна, и политическите права, от друга. Всички жители на страната вкл. „жените, поне на онзи етап, децата, чужденците, онези, които не допринасят нищо за поддържане на публичната организация“²¹, имат права на пасивни граждани, вкл. право да бъде защитена тяхната личност, собственост и свобода, но не и на активни граждани с политически права. Като цяло въпросът за статуса на жените не събужда същия интерес както този за статуса на робите, калвинистите или евреите във Франция (преследваните групи в обществото), ако този интерес се измерва от гледна точка на публикациите по това време. И най-прогресивните идеи за тях рядко отиват по-далече от правото на жените на образование или собственост и не достигат до политическите права. Това е видно и от „Петицията на жените от третото съсловие до краля“ от 1 януари 1789 г., публикувана в сборника, а също и в голяма част от документите, събрани в раздел „Жени“ от сборника: Жан-Антоан

¹⁷ Hunt, L. (ed.) *The French Revolution and Human Rights. A Brief Documentary History*, цит. съч., 5.

¹⁸ Пак там, 5, 23–26, 55–59, 101–118.

¹⁹ Пак там, 5, 60–62, 119–139.

²⁰ Пак там, 10.

²¹ Пак там, 67.

дъо Кондорсе, „За признаване на граждански права на жените“ (юли 1790 г.), Луи-Мари Прудом (1752–1830 г.), „За влиянието на революцията върху жените“ (1791 г.); и на жени – Етта Палм Д’елдерс (1743–1799 г.), „Беседа за несправедливостта на законите в полза на мъжете за сметка на жените“ (30 декември 1790 г.), Олимпия дъо Гуж (1748–1793 г.), „Декларация за правата на жената и гражданката“ (септември 1791 г.) и др. Въпреки това Лин Хънт обобщава във въведението към сборника, че женският въпрос се оказва изоставащ в началото на агитацията за човешки права през XVIII в., но все пак получава огромен тласък по време на Френската революция²².

„Правата на човека“ са сравнително нова политическа концепция през 1789 г. макар лидерите на Френската революция, подобно на лидерите на Американската революция преди тях, да не могат да се отърсят докрай от своите предразсъдъци и да прегърнат целия ѝ потенциал в своя исторически контекст. Все пак френското Национално събрание признава най-широкия обхват от права, познат до този момент²³. Макар равните политически права на жените да са отхвърлени от дневния ред на революционерите и от двете страни на Атлантическия океан, французите за разлика от американците гласуват за забрана на робството и търговията с роби и предоставят принципно равни права на всички мъже, независимо от техния цвят, имущество или религия. Оказва се, че самата концепция за права на човека има толкова значим революционен потенциал, щото води до тяхното по-нататъшно мултиплициране и развитие по една особенна „каскадна логика“ през XIX и XX в. На какво се дължи това е основният изследователски въпрос, който си поставя Лин Хънт в книгата „Изобретяване на човешките права. История“.

²² Пак там, 11.

²³ Включено сред основните права е и правото на свободно изразяване на мнение. В чл. 11 от Всеобщата декларация за правата на човека и гражданина от 26 август 1789 г. е предвидено следното: „Свободната размяна на мисли и мнения е едно от най-същностните права на човека. Всеки гражданин може, ще рече да говори, да пише, да печата свободно, само при условие да не злоупотребява с тази свобода в случаите, определени от закона“. За правно-историческия анализ на развитието на печатните медии според англо-американския и континентално-европейския регулаторен модел вж. повече в Николова, Р. Публичноправни проблеми на печатните медии в България. С., Дружество „Европейско право“, 2016 г., 9–29.

В търсене на културологичните основания на човешките права

Десет години след сборника Лин Хънт публикува изследването „Изобретяване на човешките права. История“, което отива далеч отвъд тезата за революционния произход на човешките права и търси техните дълбоки основания и същност. Историографката, която е всепризнат проникновен познавач на модерната европейска история и особено на Френската революция, прилага иновативен подход към проблематиката, като пренасочва изследователския фокус от социалния и културния контекст към начина, по който индивидуалното съзнание разбира и преработва този контекст.

Изходна точка на книгата на Лин Хънт за изобретяването на човешките права са въпросите²⁴: Как мъже като Томас Джеферсън, американски робовладелец, и неговият приятел Маркиз дьо Лафайет, френски аристократ, въобще стигат до разбирането, че „всички хора са създадени равни“²⁵, при това като „очевидна истина“, която не се нуждае от доказване²⁶? Как тези мъже, които живеят в общества, изградени върху робство и подчинение, въобще стигат до идеята за неотменими естествени права? Авторката допуска, че ако можем да разберем как това е станало възможно, то ще разберем по-добре какво означават човешките права за нас днес²⁷.

Лин Хънт очертава основни характеристики на концепцията за човешките права, които ѝ служат за основни маркери, около които да изследва социалните и културните практики на Просвещението, генериращи нов начин на мислене и отношения. Според съвременното разбиране човешките права са онези, които се признават на всички хора навсякъде по света поравно само заради това, че са човешки същества. Хънт откроява три взаимосвързани характеристики на правата – *естествени* (вродени или присъщи на хората), *равни* (еднакви за всички) и *универсални* (приложими навсякъде)²⁸. В историческа перспектива се оказва, че през XVIII в. се достига безспорно до идеята за естествения характер на правата. Макар и в реториката на правата на човека да се прокрадват и идеите за равенство и универсалност, всъщност тези измерения не могат да се разгърнат изцяло през XVIII в. Доколкото въобще става въпрос за равенство и универсалност, те са разбирани твърде условно, ограничено и относително, така че фак-

²⁴ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч, 19.

²⁵ Пак там, 18.

²⁶ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч, 19–22, 26–30. Лин Хънт подробно анализира парадоксалния характер на тази „очевидност“ (*self-evidence*) – ако равенството е очевидно, защо въобще трябва да се заявява, и защо до него се стига в определено време и място. Тя смята, че именно „тази претенция за очевидност е решаваща за историята на човешките права и тази книга е посветена на това да обясни как тя става толкова убедителна през осемнадесети век“.

²⁷ Пак там, 19.

²⁸ Пак там, 20.

тически изключват големи групи от хора²⁹. Утвърждаването на равни и универсални човешки права се превръща в дълъг процес, който продължава две столетия и преминава през много борби и войни, за да се увенчае с успешното приемане на Всеобщата декларация за правата на човека на ООН от 10 декември 1948 г. И дори при този първи голям пробив на световно равнище на концепцията за човешки права след Втората световна война участниците заявяват, че „имат съгласие за правата, но при условие, че никой не ги пита защо“³⁰.

Всъщност големият проблем на човешки права, който се появява още в техния просвещенски зародиш, и продължава и до днес, е това, че правата трябва да придобият политическо съдържание³¹, за да се осъществят практически. Защото не става дума за права на човека в неговото естествено състояние, а за права на човека в обществото, т. е. права, които хем трябва да бъдат гарантирани в политически живот, хем изискват активно участие на техните носители³².

²⁹ Лин Хънт подчертава във Въведението, че в историческия контекст на XVIII в. употребата на термините „men“ в Декларацията на независимостта на САЩ от 4 юли 1776 г., и на „homme“ в Декларацията за правата на човека и гражданина от 27 август 1789 г., всъщност визира не всички хора, а белите мъже, и изключва жените, робите, чернокожите и др. Въпреки това и американската, и френската декларация стъпват върху идеята за „естествени права“, и в този смисъл, и според самата Лин Хънт, декларациите „въплъщават обещанието за универсални човешки права“.

³⁰ Пак там.

³¹ По-късно през XX в. този въпрос е в дълбочина проблематизиран от Хана Аренд, която извежда парадокса на „правото да имаш права“ (*the right to have rights*): „Ние осъзнахме съществуването на право да имаш права (а това означава да живееш в рамка, в която за човек се съди по неговите действия и мнения) и право да принадлежиш на някакъв вид организирана общност, когато се появили милиони хора, които бяха загубили и не можеха да възстановят тези права заради новата глобална политическа ситуация. Смущаващо е, че това бедствие произтече не заради някаква липса на цивилизация, изостаналост или просто тирания, а обратното, не можеше да бъде поправено, защото вече нямаше никакво „нецивилизовано“ място на земята, защото независимо дали ни харесва, започнахме да живеем в Един свят. Само при едно напълно организирано човечество би могла загубата на дом и политически статус да стане идентични с експулсирането от човечеството като цяло“. (превод мой – Д. М.). Arendt, H. *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace and Company, Cleveland: Meridian, 1973, 296–297.

³² Политическото съдържание на основните права е най-видимо в конституциите, уреждащи и основни задължения за гражданите, които от своя страна са свързани с друг тип права – вторични субективни права в рамките на публичните правоотношения. Вж. напр. Симеонова, Г. *Права на данъкоплатците при изпълнението на основното им конституционно задължение за заплащане на данък*. 25 години Конституция на РБ в перспективата на върховенството на правото, демокрацията и защитата на основните права. Национална конференция – Народно събрание, СУ „Св. Климент Охридски“, Нов български университет. 2016 г., 131–139.

Върху политическите гаранции за упражняване на правата акцентират:

- Декларацията за независимостта на САЩ от 4 юли 1776 г.: „И за да гарантират тези права, хората си учредяват управление, което извлича справедливата си власт от съгласието на управляваните” и
- френската Декларация за правата на човека и гражданина от 27 август 1789 г.: „Целта на всяко политическо обединение е съхраняването на естествените и неотменни права на човека“.

През XVIII в. понятията „естествени права“, „човешки права“, „права на човека и гражданина“ се използват във философски съчинения, политически декларации и актове, речи, дискусии, но не са изпълнени със съдържанието, което имат днес. Лин Хънт изследва кой, как и в какъв контекст ги употребява, за да си даде отговор защо се избягва тяхното точно дефиниране и обяснение по това и защо запазват една особена „двусмисленост“ и многопластовост. Според историографката „трудно е да се фиксират точно човешките права, защото тяхната дефиниция и самото им съществуване зависи толкова от емоциите, колкото и от разума“³³. Нещо повече: „Правата не могат да бъдат дефинирани веднъж и завинаги, защото тяхната емоционална основа продължава да се премества, отчасти в противодействие на декларациите за правата. Правата остават под въпрос, защото нашето усещане кой има права и какви са тези права постоянно се променя“³⁴.

И очевидността на естествените права е заложена в това, че до тях се достига чрез емоциите и съпреживяването, когато у всеки заиграе струната на „вътрешното чувство“, което според разбирането на Дени Дидро в „Естествено право“ е общо както за философа, така и за човека, който не размишлява³⁵. Има и друг пробен камък, който Лин Хънт изтъква в своята книга, а именно: „Най-сигурни сме, че става въпрос за човешко право, когато се чувстваме ужасени от неговото нарушаване“³⁶. Следователно правата не са само доктрина, формулирана във философски съчинения или политически декларации, а разчитат на убежденията за това каква е моралната същност на другите човешки същества, и на благоразположението към тях. В последното е заложена онази вътрешна емоционална отправна гледна точка, без която няма как човешките права да се концепират като естествени и очевидни.

³³ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 26.

³⁴ Пак там, 29.

³⁵ Пак там, 26.

³⁶ Пак там.

Генеалогия на човешките права в културните практики на индивидуална автономия и емпатия през XVIII в.

Според Лин Хънт *автономията* и *емпатията* са онези културни практики³⁷ (не просто идеи) на Просвещението, които правят възможна появата на концепцията за човешки права.

Индивидуалната автономия най-вече се свързва с едно засилено усещане за отделеност и цялост на човешкото тяло с разбирането „твоео тяло е твое, моео тяло е мое и следва да уважаваме границите на своите тела“. До това усещане и разбиране не се стига изведнъж, а в продължение на векове, през които еволюират културните практики, свързани с индивидуалното тяло – с времето хората започват да спят самостоятелно или само със съпруг/а в леглото, да обособяват спалня в дома; да използват прибори за хранене, вкл. да не ядат от обща купа; да използват носни кърпички и да се гнусят от поведение, което по-рано е било приемливо, например от хвърляне на храна на земята, плюене, секнене на носа и т. н. Тези промени в нагласите към тялото са само външни знаци за една основна трансформация, за появата на самостоятелния индивид, чиито граници следва да бъдат зачитани в социалното взаимодействие.

Философите на Просвещението поставят ударението върху *свободата* и *индивидуалната автономия*, разбирани като двете страни на една и съща монета³⁸. Още през XVII в. Джон Лок извежда на преден план тези идеи в контекста на теорията за обществения договор³⁹. Безброй книги и статии са написани за историята на индивидуализма като философска и социална доктрина във връзка с християнството, протестантството, капитализма, модерността и т. н.⁴⁰ В своето есе „Отговор на въпроса – Що е Просвещение?“ (1784 г.)⁴¹ Имануил Кант обобщава: „Просвещение е изходът на човека от непълнолетието, което той сам си е причинил. Непълнолетие е невъзможността да се ползваш от разсъдъка си без ръководството на някой друг“. За постигане на интелектуалната и политическата автономия на индивидите е необходима коренна промяна в образованието, както подробно обосновават и Джон Лок в „Някои мисли относно образо-

³⁷ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 29.

³⁸ Пак там, 60.

³⁹ Лок, Д. Два трактата за управлението, цит. съч.

⁴⁰ Carrithers, M., Collins, S., Lukes, S. (eds.) *The Category of the Person: Anthropology, Philosophy, History*, 1985, Cambridge University Press, 1985; Mascuch, M. *Origins of the Individualist Self: Autobiography and Self-Identity in England, 1591–1791*, 1996, Stanford University Press, 13–24; Тейлър, Ч. Изворите на Аза. Формиране на модерната идентичност, 2003, Изд. Сонм.

⁴¹ Кант, И. „Отговор на въпроса – „Що е Просвещение?“ (прев. Д. Денков), сп. „Философска мисъл“, бр. 12, 1984 г. <http://www.litclub.bg/archiv/broi33/kant.htm>

ванието“ (1693 г.)⁴², и Русо в „Емил или за възпитанието“ (1762 г.)⁴³. Вместо да се възпитава покорство в момчетата или младите джентълмени чрез наказания, образованието следва да култивира и насочва развитието на разума, да им се позволява свобода, подходяща за възрастта, за да се превърнат в „рационални съзнания“⁴⁴, способни да упражняват своята автономия. Същевременно идеята за индивидуална автономия навлиза все повече и в политическите практики на XVIII в. – речи, дискусии и дори законодателство. Кулминацията на тази тенденция, колкото и нестабилна да е в този период, е видна във френското революционно законодателство по отношение на семейството, което премахва редица традиционни ограничения върху индивидуалната автономия. През март 1790 г. Националното събрание във Франция премахва привилегиите за наследяване на първородния син, а през април 1791 г се приема декрет, по силата на който всички деца от мъжки и женски пол наследяват поравно. А през септември 1792 г. е смъкната възрастовата граница за придобиване на пълнолетие – от 25 на 21 години, постановено е, че навършилите пълнолетие не са подчинени на бащина власт и за първи път във френската история се въвежда развода на едни и същи основания за мъже и жени⁴⁵.

Нито рационалистките възгледи на Просвещението за свободата и индивидуалната автономия на човека, нито отделните политически практики в тази насока обаче могат сами по себе си да свържат автономните индивиди в модерна политическа общност⁴⁶. И идеята за равенството като философска или политическа абстракция няма достатъчен потенциал за това, без да бъде интернализирана по някакъв начин от автономните индивиди. Според Лин Хънт за целта е необходимо хората да виждат себе си в другия, да се идентифицират отвъд своите традиционни социални граници и да са способни да емпатират едни с други. Способността за емпатия е универсална, тъй като е заложена в биологията

⁴² Locke, J. Some Thoughts Concerning Education, The Works, vol. 8 (Some Thoughts Concerning Education, Posthumous Works, Familiar Letters), 1690, The Online Library of Liberty, http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/1444/Locke_0128-08_EBk_v6.0.pdf

⁴³ Русо, Ж-Ж. Избрани съчинения, том 2: Емил или за възпитанието, 1997, София: Наука и изкуство.

⁴⁴ Locke, J. Some Thoughts Concerning Education, цит. съч., 23.

Джон Лок е написал „Някои мисли относно образованието в отговор на питането на своя приятел Самоъл Кларк как да образова сина си. Затова и в началото на съчинението Лок заявява, че „основната цел е как един млад джентълмен следва да бъде отгледан от детството си“, и подчертава, че това образование „не е съвсем подходящо за образованието на дъщерите“ (8).

⁴⁵ Hunt, L. Inventing Human Rights. A History, цит. съч., 61–62.

⁴⁶ Пак там, 27–28. Вж. и друга интерпретация за „разединеността“, „разпокъсаността“ на модерността, „отчуждената субективност, отказала се от съвместен живот“: Хабермас, Ю. Философският дискурс на модерността, 1999, Плевен: ЕА-АД, 41, 53-55, 67.

на човешкия мозък⁴⁷. Същевременно тази способност да си представиш вътрешното преживяване на друг човек като свое собствено преживяване, осъзнаването, че другият човек има сходни вътрешни чувства и мисли, се развива и задълбочава в определени социални и културни практики.

Лин Хънт нарича емпатията онази „новооткрита сила“, генерирана в културните практики на Просвещението, която не само прави възможно свързването на разумните и автономни индивиди, но и постепенното преодоляване на вековно поддържани предразсъдъци по отношение на жени, роби, слуги, безимотни и др.⁴⁸

Този процес е обозначен в книгата за изобретяването на човешките права с термина „въобразена емпатия“ (*imagined empathy*). „Въобразена“, не в смисъл на „измислена“, а в смисъл, че емпатията изисква „скок на доверието, да си представиш, че някой е като теб“⁴⁹. Макар през XVIII в. да се използва понятието „съчувствие“ (*sympathy*), Лин Хънт целенасочено решава да използва съвременното понятие „емпатия“, защото последното по-добре улавя „активната воля да се идентифицираш с другите“⁵⁰. Понятието „съчувствие“ е оставено настрана целенасочено от историографката, защото едно от съвременните му значения е „съжаление“, което е несъвместимо с концепцията за равенство.

Едно от ранните съчинения на Адам Смит „Теория на моралните чувства“ (1759 г.) разкрива как идеите за автономия и съчувствие оперират заедно през XVIII в. около разбирането за моралния човек. В началото на своето произведение Адам Смит използва пример с изтезанията, за да обясни как се задейства съчувствието⁵¹: Какво ни кара да съчувстваме на някого, когото измъчват? Дори и измъчваният да е брат, никога директно не можем да преживеем това, което той чувства. Можем само да се идентифицираме с неговото страдание чрез нашето въображение, което ни позволява да се поставим на неговото място; „като че ли влизаме в неговото тяло и ставаме в някаква степен него“. Този процес на съчувствие като въобразена идентификация позволява на наблюдателя да почувства това, което жертвата на изтезанията чувства. Наблюдателят обаче става истински морален човек едва когато направи следващата стъпка и разбере, че и с него самия хората могат да се идентифицират в своето въображение. Когато може да види и себе си като обект на чувствата на другите, той може да развие у себе си „безпристрастния наблюдател“, който служи като морален компас.

Историографката Лин Хънт изтъква, че редица културни практики през втората половина на XVIII в. отключват трансформации в човешкото мислене и взаимоотношения, които засилват едновременно индивидуалната автономия и

⁴⁷ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 39.

⁴⁸ Пак там, 28–29.

⁴⁹ Пак там, 32.

⁵⁰ Пак там, 64–65.

⁵¹ Smith, A. *The Theory of Moral Sentiments*, 3rd edn., London, 1767, 2.

емпатията. Сред тях са бумът в издаването, печатането и разпространението на вестници и книги, при което започват да се разделят ролите на автора, печатаря, издателя и книжаря. Статистиката на издателите сочи бум на интереса към романите във Франция и Англия между 1740 г. и 1790 г. особено в големите градове, където грамотността дори сред по-ниските социални слоеве нараства. Огромното увеличаване на броя на отпечатаните книги води и до по-голям достъп до книгите на по-ниска цена, вкл. на хората от по-ниските социални слоеве в града, а издателите разнообразяват вида на предлаганите книги, за да посрещнат потребностите на клиентелата. Според изследователя на историята на илюстрираната книга в западната традиция Джон Хартан, „висшите класи и богатите семейства [...] развиват вкус към фино произведени, елегантни книги, които по-скоро забавляват, отколкото да изграждат техните притежатели – романи, басни, пиеси и стихове с малки илюстрации“⁵². До повече читатели достигат повече и по-разнообразни книги, вкл. с истории от живота на обикновените хора, с които читателите започват да се идентифицират.

Настъпват промени и в театралните практики, както и в слушането на музикалните представления. Макар по време на театралните представления все още да е обичайно движението и намесата на зрителите, във Франция към 1759 г. забраняват сядането на зрители на сцената, а усилията да се въведе ред водят до поставянето на пейки в „Комеди Франсез“, което е посрещнато с възмущение в пресата⁵³. Очертава се една тенденция да се предотвратяват колективните изблици, дори боеве, като практики по време на представление, и да се отвори път на тихия зрител и неговото индивидуално вътрешно преживяване. Това е съвсем очевидно в контекста на оперните представления, които след 1750 г. са отворени само за седящия и тих зрител, за който слушането на музика се превръща в емоционално вътрешно, почти религиозно преживяване⁵⁴.

В изобразителното изкуство през XVIII в. все повече навлизат сцени от ежедневието, образи и портрети на обикновени хора, които работят или почиват, представени по реалистичен начин⁵⁵. Превръща се в практика, първоначално в Англия, а впоследствие и в цяла Европа, да се поръчват и заплащат индивидуални портрети. Статистиката сочи, че само в колониите портретите на обикновени земевладелци и хора от града, нарисувани в периода между 1750 г. и 1776 г. са 4 пъти повече от тези в периода 1700–1750 г. След 1750 г. като нов елемент в социалния живот на града започват да се провеждат публични изложби на картини.

⁵² Harthan J. *The History of the Illustrated Book: The Western Tradition*, Thames & Hudson, 1981, 141.

⁵³ Ravel, J. *The Contested Parterre: Public Theater and French Political Culture, 1680–1791*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999.

⁵⁴ Johnson, J. *Listening in Paris: A Cultural History*, Berkeley: University of California Press, 1995, 61.

⁵⁵ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 30.

В своята книга „Изобретяване на човешките права. История“ Лин Хънт илюстрира избрани културни практики, които изразяват и стимулират индивидуалната автономия и емпатията през втората половина на XVIII в., като насочва фокуса към литературата („Потоци от емоция – четене на новели и въобразяване на равенство“⁵⁶) и политическата кампания срещу изтезанията („Плът от тяхната плът – забрана на изтезанията“⁵⁷).

Културни практики около епистоларния роман

Година преди Жан-Жак Русо да публикува „Обществения договор“ той привлича публичното внимание с романа „Жюли или Новата Елоиза“ (1761 г.). Този тип епистоларен роман едва ли ще събуди интереса на съвременния читател, но за читателите на XVIII в. е бил особено въздействащ. Епистоларният роман въвлеча читателя не просто в сюжет, а в мислите и чувствата на героите, изложени в техните писма. Той показва вътрешните преживявания на героите и произвежда ефект чрез психологическа идентификация с тях и емпатиране, а не чрез експлицитно морализиране. Наративната техника на епистоларния роман несъмнено стимулира читателя да емпатира на героите и води до осъзнаването, че техните мисли и чувства, вътрешния им свят е сходен, че те са равни на него, независимо, че принадлежат на различна социална група.

Лин Хънт анализира културните практики на XVIII в. около три епистоларни романа – един на Жан-Жак Русо, „Жюли или Новата Елоиза“ и два на Самюъл Ричардсън – „Памела или възнаградената добродетел“ (1740 г.) и „Клариса, или историята на една млада дама“ (1748 г.)⁵⁸. Историческите свидетелства, вкл. писма на читатели от всякакви социални групи до авторите – придворни, духовенство, военни, обикновени хора, издатели, критици и т. н., разкриват четенето на тези романи не просто за удоволствие, а със „страст, делириум, спазми и ридания“, „поглъщащ огън“, „сътресения“, или както обобщава Лин Хънт „потоци от емоции“⁵⁹. Читателите не просто четат, а „поглъщат“ романи-те.

Жан-Жак Русо оставя дълбока диря в политическата мисъл със своята теория за обществения договор, вкл. за приемането на френската Декларация за правата на човека и гражданина от 1789 г., но темата за човешките права въобще не присъства в неговия роман „Жюли или Новата Елоиза“, която в първото

⁵⁶ Пак там, 35–69.

⁵⁷ Пак там, 70–112.

⁵⁸ Хънт обосновава своя избор не само с популярността на тези три романа по това време, а и защото главните героини в тях са жени, чиито образи са изградени от мъже писатели по такъв начин, че и мъже, и жени да започнат да се идентифицират с тях, да им съчувстват и да преживяват тяхната съдба.

⁵⁹ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 36–38.

издание излиза под заглавието „Писма на двама любовници, живеещи в малко градче в полите на Алпите“. Подзаглавието „Новата Елоиза“ препраща към добре познатата по това време средновековна история за обречената любов на католическия свещеник Абелар, който прелъстява своята ученичка Елоиза и е наказан с кастриране от нейния чичо.

Сюжетът за любовта между учител и ученичка поема доста по-различна посока в епистоларния роман на Жан-Жак Русо. Новелата започва със сцена, в която учителят Сен Прю се обяснява в любов на своята ученичка Жюли Д'Етанж, въпреки че се страхува да не бъде отхвърлен. Двамата стават любовници, въпреки че бащата на Жюли не е съгласен те да се оженият, Жюли забременява, за да принуди баща си да се съгласи, но прави спонтанен аборт. Появява се богатият английски Лорд Едуард Бомстън, който много харесва Сен Прю, но е заподозрян от последния, че иска да се ожени за Жюли и е извикан на дуел, който в крайна сметка е избягнат, защото английският лорд се опитва, макар и безуспешно, да убеди бащата на Жюли да даде своето съгласие тя да се омъжи за Сен Прю. След провала Сен Прю заминава с лорда за Париж, откъдето пише серия от писма за живота в столицата. Майката на Жюли открива кореспонденцията и скоро след това се разболява и умира, за което Жюли започва да изпитва вина. В това състояние тя се съгласява да се отрече от своята любов и страст към Сен Прю и да се подчини на авторитарната бащина повеля да се омъжи за Уолмар – по-възрастен мъж, някога спасила живота на баща ѝ. По време на сватбата тя преживява дълбока вътрешна промяна и с готовност приема задълженията си като съпруга и майка и решава да се отдаде на добродетелта. Тя не споделя със съпруга си за връзката си със Сен Прю, но той знае и ѝ прощава всичко, като също така я подкрепя във всяка стъпка. Сен Прю е толкова отчаян от брака на Жюли, че мисли за самоубийство, но е разубеден от Лорд Едуард, който го приема на работа като инженер на кораба, с който тръгва на околосветско пътешествие. След десет години Сен Прю се завръща и е посрещнат от Уолмар и жена му Жюли, която изглежда напълно отдадена на двете им деца и грижите по имението им в Кларенс. Единствената ѝ тъга е свързана с това, че Уолмар е атеист, въпреки че той не говори за това и винаги посещава църквата със своето семейство. В края Сен Прю преодолява своето старо любовно увлечение и е готов да се омъжи за Клеър (приятелката, на която Жюли пише част от писмата) и да се установи в Кларенс, също и да стане учител на децата на Уолмар и Жюли. Когато това става ясно, Жюли му споделя своята обща отпадналост и отегчение. В последната сцена от романа, описана накратко, Жюли се хвърля в едно езеро, за да спаси едно от децата си, разболява се от настинка и умира. Тя умира с радост, защото си дава сметка, че въпреки отдаването на добродетелен живот, не е успяла да забрави и да спре да обича Сен Прю, с когото се надява да бъде отново в рая.

Историкът Робърт Дарнтън твърди, че „Жюли или новата Елоиза“ на Жан-Жак Русо е „бил вероятно най-големият бестселър на века“⁶⁰. Макар и да са малко статистиките за продажби на книги по това време, такъв извод може да се направи, като се има предвид, че е имало поне 70 издания преди 1800 г. „вероятно повече от всеки друг роман в предходната история на издателството“⁶¹. Издателите буквално не можели да печатат достатъчно бързо копия, а търсенето било толкова голямо и надхвърляло предлагането, така че книжарите започнали да отдават книгата под наем за ден или за часове за цена от 12 су за 60 минути на книга, според свидетелствата на френския писател Луи-Себастиан Мерсие (1740–1814 г.).

И макар изтънчени писатели като Волтер да осмиват романа, обикновените читатели до такава степен са разтърсени и започват да се идентифицират с героите му, че това води до „епидемия от емоции“ според Робърт Дарнтън, който цитира множество писма на читатели⁶². Сред тях особено интересни са писмата на:

– абат Каан, който чел на глас на своите приятели поне десет пъти определени пасажии и всички избухвали в сълзи,

– на маркиза дьо Полиняк, която споделя: „Не смея да ви кажа какъв ефект имаше върху мен [сцената, в която Жюли умира – Д.М.]. Не, аз бях спряла да плача. Остра болка ме разтърси. Сърцето ми беше съкрушено. Умиращата Жюли вече не беше непознат човек. Вярвах, че аз съм нейна сестра, неин приятел, нейната Клеър“,

– пенсиониерия офицер Луи Франсоа, който не можел да продължи по-нататък, предусещайки трагичната развръзка „Можете ли да повярвате? Три дена не посмях да прочета последното писмо от Уолмар до Сен-Прю [...] Не можех да понеса идеята Жюли да е мъртва или да умира [...]“.

Читатели от всякакви социални слоеве и от всички краища на европейския континент реагират по аналогичен емоционален начин. Самият Русо признава, че напълно е очаквал такива бурни реакции: „Книгата би могла да скандализира, но поне няма просто да се свързва с умерено удоволствие“⁶³. В предговора към нея той включва „разговор за романите между Редактора и Автор“, в който са изложени нападите срещу този жанр: „Чуваме оплаквания, че Романиите смущават съзнанието на хората: напълно вярвам в това“.

Книгата е включена в Списъка на забранените книги за католици (*Index Librorum Prohibitorum*), считан⁶⁴ и за еретични или противоречащи на морала.

⁶⁰ Darnton, R. *The Great Cat Massacre and Other Episodes in French Cultural History*, 1984, New York: Viking, 242.

⁶¹ Пак там.

⁶² Пак там, 242–243.

⁶³ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 54.

⁶⁴ Пак там, 57.

Когато през 1771 г. Томас Джеферсън се отзовава на молба на приятел и му изпраща списък с препоръчани книги, той предлага наред с класика в областта на философията, политиката, правото, религията, науката, също така и поезия, пиеси и романи, вкл. на Лорънс Стърн, Хенри Филдинг, Самюъл Ричардсън, Жан-Жак Русо и др. Той обяснява своя подбор и включването на художествена литература с това, че именно чрез нея „започваме да изпитваме силно желание да вършим милосърдни и благородни действия“, като същевременно „изпитваме отвращение към злите дела и неморалното поведение“. В този смисъл четенето на художествена литература се превръща в практикуване на добродетели и в този смисъл оставя незаличим отпечатък върху човешкото мислене и поведение.

Историчката Лин Хънт стига до заключението, че четенето на „Жюли или новата Елоиза“ отваря нейните читатели към „нова форма на емпатия“⁶⁵, към „въобразяване на равенство“. Практиките на емпатиране, които започват да текат по много канали в европейското общество и култура през XVIII в., всъщност отварят пътя на човешките права като концепция. Макар и този път да не е пряк и да е осеян с много завои, кръстопътища и дори препятствия, макар и да не се поема от всички и веднага, нито се извървява лесно, зараждането на хуманистичното мислене и отношение към социалните проблеми е повратен исторически момент.

Кампания за забрана на изтезанията като юридическа практика

През същата 1762 година, в която фразата „права на човека“ (*droits de l'humanité*⁶⁶) се появява в книгата на Жан-Жак Русо „За обществения договор“, съдът на йезуитите в Тулуза, Франция, осъжда 64-годишния протестант Жан Калас за убийството на неговия син. Според обвинението бащата убил сина си, за да предотврати неговото присъединяване към лоното на католическата църква⁶⁷. Съдиите осъждат бащата на смърт чрез „чупещо колело“. Преди екзекуцията Калас е бил подложен на т. нар. „предварителен въпрос“, юридически евфемизъм за надзиравани от съда изтезания, които имат за цел да накарат подсъдимия да признае своите съучастници. При тази процедура Калас, със завързани

⁶⁵ Пак там, 38.

⁶⁶ Rousseau J. J. *Du Contrat Social ou Principe du Droit Politique*, Mozambook, 2001, 16.

⁶⁷ Според версията на Волтер, който проучва материалите по делото и разгръща широка кампания в защита на Жан Калас, всъщност неговият син се е самообесил, но бащата е направил опит да прикрие това, за да осигури погребение за сина си. По това време във Франция самоубийството било наказуемо по закон – тялото не можело да бъде погребано, а ако след съдебно заседание самоубиецът бъде признат за виновен, тялото било наказвано или с ексумация, или с влачене из града, след което провесвано за краката и хвърляно на сметището. Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 74.

на гърба ръце, е бил разпънат от система манизели и макари, която продължително издърпва ръцете нагоре, докато железни тежести държат краката на място. След като Калас отказва да даде имена след две сесии на това изтезание, завързват го за пейка и изсипват насилствено в гърлото му вода, докато устата му се държи отворена с две клечки. На въпрос да посочи имена той отговаря: „Не може да има съучастници там, където няма престъпление“.

Самата екзекуция на „чупещото колело“ се провежда на два етапа. В първата фаза на осакатяването екзекуторът завързва осъдения към кръст (във формата на X) и систематично чупи костите на ръцете от лакътя до китката, на краката, на бедрата, на ръцете от китката до рамото, като удря всеки от тях с два резки удара. Като използва макара или уред за повдигане, закрепен за въжето около врата на осъдения, асистент под ешафода изкълчва прешлените на врата със силни дърпания на въжето. Междувременно екзекуторът удря средната част на гръбначния стълб с три тежки удара на желязна пръчка. Във втората фаза на екзекуцията осакатеното тяло се сваля от кръста и се привързва към голямо дървено колело с желязна рамка, поставено на върха на прът, дълъг 10 фута. Там осъденият остава дълго и след смъртта да изгние или да стане храна на хищни животни и птици.

В различните практики на този вид екзекуция, който в никакъв случай не е единственият вид мъчителна екзекуция, се включват и подсилващи изтезанията елементи като огън, шипове, удушаване и т. н. Считало се за проявена милост към осъдения, ако бъде убит на по-ранен етап от процедурата, чието изпълнение се надзиравало от съда. Изтезанията по време на обвинителната фаза със събиране на доказателства, и изтезанията по време на екзекуцията, остават в историята, известни като „съдебно контролирани изтезания“ или „съдебни изтезания“. Те са били въведени в почти всички държави на Европа през XIII в. като резултат от обръщането към образци на римското право и с утвърждаването на католическата инквизиция. Нещо повече, през XVI и XVII в. много от големите юридически умове на Европа посвещават свои трудове на уреждането и кодифицирането на употребата на съдебното изтезание, за да се предотвратят злоупотреби с него от страна на прекалено усърдни и садистични съдии⁶⁸. Изтезанията като юридическа практика въобще не се поставят под въпрос. Дори след приемането на Закона за правата от 1689 г., който изрично забранява „жестокото наказване“, английските съдии продължават да осъждат престъпниците на телесни наказания като бичуване с камшик или жигосване или на смърт чрез разчленяване от коне, изгаряне на клада, удавяне и т. н.⁶⁹. Същото важи и за повечето присъди, издавани от френските съдилища, където смъртното наказание се налагало по пет различни начина – обезглавяване на благородници, обесване за обикновени престъпници, разчекване

⁶⁸ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 76–77.

⁶⁹ Пак там, 77.

на четири за престъпления срещу суверена, изгаряне за ерес, вешерство, содомия и др, и „чупещо колело“ за грабеж или убийство.

Случаят на Жан Калас става популярен след като френският писател и философ Волтер се заема с него няколко месеца след екзекуцията, вкл. събира пари за семейството, пише писма и публикува памфлет и книга по случая „Трактат за толерантността по повод смъртта на Жан Калас“ (1763 г.). Първоначалният фокус в аргументацията на Волтер е разобличаването на фанатизма на католицизма и религиозната нетолерантност, а проблемът с изтезанията като юридическа практика в съдебния процес и наказанията изобщо не се обсъжда. Три години по-късно обаче, през 1766 г., Волтер заклеймява изтезанията за първи път и започва често да аргументира своята позиция със случая Калас⁷⁰ и да твърди, че „естественото състрадание кара всеки да ненавижда жестокостта на съдебното изтезание“⁷¹. Ако това е така обаче, защо не е било очевидно за него и три години по-рано? Какво е блокирало по-рано проблематизирането и обществено противопоставяне на изтезанията като юридическа практика? Какво се случва между 1763 г. и 1766 г., че да се измени толкова радикално фокусът в аргументите на Волтер по случая Калас?

През 1764 г. е публикуван прочутият трактат на италианския юрист Чезаре Бекария (1738–1794 г.) „За престъпленията и наказанията“. Книгата веднага е преведена на френски (1766 г.) и на английски (1767 г.) език, впоследствие и на немски, полски, испански език и издадена многократно в цяла Европа. Още 1766 г. е включена в списъка на забранените от католическата църква книги. В нея е развита силна аргументация не само срещу изтезанията, но и срещу смъртното наказание, което е напълно неочаквано за това време. Критикуват се тайните обвинения, произволните и непропорционални на престъплението присъди, неравното третиране на извършителите на престъпленията в зависимост от тяхното социално положение и т. н., и се обосновава необходимостта от цялостна реформа в наказателното право и правосъдие. Бекария построява рационалистски аргумент срещу изтезанията като юридическа практика. От една страна, изтъква, че „болката не може да бъде тест за истината, все едно истината се намира в мускулите и фибрите на нещастника, подложен на мъчения“⁷². От друга страна, отхвърля и „друг абсурден мотив на изтезанията, а именно, че прочиствали човека от позора“, абсурд, резултат от религиозния фанатизъм. Самият Чезаре Бекария не концептуализира своите възгледи за изтезанията около правата на човека, но това прави неговият френски преводач абат Андре Мореле (превод от 1766 г.), който си е позволявал да допълва, доизяснява и дори изменя реда на

⁷⁰ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 75.

⁷¹ Пак там.

⁷² Пак там, 101.

оригиналният текст⁷³, и е извел препратката към „правата на човека“ от края на II глава към въведението⁷⁴. Така човешките права са включени сред основните цели на книгата, при това като съществен аргумент срещу страданието на индивида. Любопитното е, че самият Чезаре Бекария е знаел за тези интервенции на неговия френски преводач и в писмо до Андре Мореле е посочил, че няма възражения и напълно е съгласен с тях по същество.

Случаят на Жан Калас, който съвсем не е единственият във фокуса на общественото внимание във Франция по това време, сам по себе си не преобръща отношението към съдебните изтезания. Книгата на Чезаре Бекария „За престъпленията и наказанията“ обаче осъществява необходимия пробив и наелектризира обществеността не само във Франция, но и в цяла Европа. Започват да се надигат все повече гласове за реформи в наказателното право в края на 60-те години на XVIII в., когато са публикувани 5 нови книги по тази тема, след което започват да се умножават на каскаден принцип, така че през 80-те години на XVIII в. са публикувани 39 такива книги⁷⁵. В Италия, Швейцария и Франция започват да се предлагат награди за най-добрите есета за реформа в наказателното право.

През 1780 г. наградата за есе печели юристът Жак-Пиер Брисо (1754–1793 г.), който изпълва реториката срещу изтезанията с езика на човешките права: „Тези свещени права, които човек има по природа, които обществото толкова често нарушава със своя съдебен апарат, изискват също да се забранят някои осакатяващи наказания, и да се смекчат онези, които ще се запазят. Немислимо е една цивилизована нация, която живее в умерен климат под умерено управление, да съчетава приятелски характер и мирни обичаи със зверства на канибали. Защото от нашите съдебни наказания лъха само кръв и смърт, и внушават само ярост и отчаяние в сърцето на обвинения“⁷⁶.

В един кратък памфлет от 1787 г. относно ефектите на публичните наказания⁷⁷ един от бащите на САЩ, Бенджамин Ръш, свързва дефектите в тази наказателна система с автономния и съчувстващ индивид. Като лекар той признава известна степен на телесна болка в наказанието например чрез труд, което обаче трябва да е такова, че да признава индивидуалността на осъдения

⁷³ Изданията на трактата на Чезаре Бекария след превода на френския преводач Андре Мореле (1765) се разклоняват в две посоки – едните стриктно възпроизвеждат оригиналния текст, а другите, дори италиански издания, възпроизвеждат модифицираната преведена и систематизирана от Андре Мореле версия на текста.

⁷⁴ Hunt, L. *Inventing Human Rights. A History*, цит. съч., 102–103.

⁷⁵ Пак там, 104.

⁷⁶ Пак там, 105.

⁷⁷ Rush, B. *An Enquiry into the Effects of Public Punishments upon Criminals, and Upon Society*, In: *Reform of Criminal Law in Pennsylvania: Selected Enquiries, 1787–1810*, New York: Arno Press, 1972.

за извършване на престъпление и да е потенциално полезно. Ключовото възражение на Ръш срещу публичното наказване е свързано с това, че такива практики разрушават съчувствието, разбирано като проявление на божествената милостивост към човешкия свят, като божествена искра в човешкия живот. Бенджамин Ръш нарича чувствителността „страж на моралната способност“ на човека и я свързва с „внезапно чувство за правилно“, с един вид придобит рефлекс за добро. Според него публичното наказване разрушава способността за емпатиране, защото страданието на осъдения е последица от прилагане на закона в държавата, на който е невъзможно да се противопоставиш, а оттам и всякакво съчувствие към наказания се оказва безплодно, и се връща у този, който го изпитва, изпразнено от смисъл. По този начин публичните наказания правят зрителите все по-безчувствени и оттам се разрушава социалната чувствителност, което неизбежно води до разпадане на морала и на рефлексите за добро и правилно.

Писатели, юристи, общественици и др. разгръщат толкова мащабна и неудържима политическа кампания през 70-те и 80-те години на XVIII в., че неизбежно се стига до отмяна и забрана на съдебните изтезания в цяла Европа – Швеция (1772 г.), Австрия и Бохемия (1776 г.), Франция (1788–1789 г.) и т. н. Това става възможно, тъй като в морално-политическия дискурс срещу изтезанията и наказанията радетелите за реформа в наказателното правосъдие успяват да преобърнат разбирането за човешката природа. На мястото на християнските догми за тялото и грешната природа на човека през XVIII в. се утвърждава ново разбиране, че другият има сходни чувства, страсти и преживявания, тяло и душа, чиито граници и достойнство, не могат да бъдат накърнявани, защото това в крайна сметка е нарушение на неговите или нейните естествени права.

Заключение

Основният аргумент на Лин Хънт в книгата за „изобретяване на човешките права“ е, че те стават възможни, защото множество индивиди в епохата на XVIII в. имат сходен опит, преживявания, идеи и чувства. Това се дължи не на това, че тези индивиди са обитавали един и същ национален или социален контекст, а защото чрез своите културни практики, чрез това, което са прочели и видели, те създават нов социален контекст. Лин Хънт конципира „изобретяването“ (*invention*) на човешките права не в смисъла на някакво изобретение, целенасочено мисловно или научно изнамиране или достижение, а в смисъла на „измисляне“, „хрумване“ и „въображение“, генерирани в културните практики от средата на XVIII в. Културологичната концепция е съвсем различна от преобладаващото разбиране за възникване и еволюция на човешките права основно като резултат на политически искания, сблъсъци и борби, на развитие на политическите и правните системи, включително на международно равнище. Като се има предвид, че изтезанията са били неоспорима съдебна практика през епохата на Просвещението, няма как да се твърди, че сами по себе си идеите на просвещенските философи са заразили с хуманистичното мислене правната

система. Очевидно е, че няма как генеалогията на човешките права да се търси вътре в правната система, която в такава степен е обслужвала властта на държавата и църквата, че е била напълно неспособна автономно и вътрешносистемно да роди концепцията за човешките права.

Ключови думи
*Вещи лица,
наказателно производство.*

Key words
*Expert Witnesses,
Criminal Procedure.*

Elena Nedyalkova

Legal Status of Expert Witnesses in Criminal Proceedings

**Elena
Nedyalkova,
Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New Bul-
garian University,*

*e-mail:
enedialkova@nbu.bg*

*Senior Assistant
Professor and Lecturer in
criminal procedure law.*

*Area of
specialization
criminal procedure law.*

*Author of studies
and articles in professional
periodicals in Bulgaria.*

The expert witnesses are appointed for the preparation of expertises in criminal, civil and administrative-criminal proceedings in Bulgaria. Their participation in the criminal proceedings is regulated mainly by the provisions of the Criminal Procedure Code and the Judiciary Act.

The expertise should be appointed to an expert witnesses when certain facts in the criminal case need to be clarified with special knowledge in the field of science, art or technology.

The author points out the authorities competent to appoint expertise with the relevant procedural acts; rights, obligations and grounds for judicial disqualification (recusal) of the expert witnesses.

Елена Недялкова

Правно положение на вещите лица в наказателното производство

Вещите лица се назначават за изготвяне на експертизи както в наказателното, така и по отношение на гражданското и административно-наказателното производство¹. Участието им в наказателния процес е регламентирано основно в разпоредбите на глава четиринадесета, раздел III от Наказателно-процесуалния кодекс (НПК)², които установяват и способите на доказване в процеса.

¹ Като участници в наказателното производство имат статута на субекти на наказателно-процесуални отношения.

² Обн., ДВ, бр. 86 от 28.10.2005 г., в сила от 29.4.2006 г., изм., бр. 46 от 12.6.2007 г., в сила от 1.1.2008 г., изм. и доп., бр. 109 от 20.12.2007 г., в сила от 1.1.2008 г., изм., бр. 69 от 5.8.2008 г., изм. и доп., бр. 109 от 23.12.2008 г., изм., бр. 12 от 13.2.2009 г., в сила от 1.1.2010 г. (*) – изм., бр. 32 от 28.4.2009 г., изм. и доп., бр. 27 от 10.4.2009 г., доп., бр. 33 от 30.4.2009 г., изм. и доп., бр. 15 от 23.2.2010 г., бр. 32 от 27.4.2010 г., в сила от 28.5.2010 г., изм., бр. 101 от 28.12.2010 г., изм. и доп., бр. 13 от 11.2.2011 г., в сила от 1.1.2012 г., изм., бр. 33 от 26.4.2011 г., в сила от 27.5.2011 г., доп., бр. 60 от 5.8.2011 г., изм., бр. 61 от 9.8.2011 г., изм. и доп., бр. 93 от 25.11.2011 г.; изм. с Решение 10 от 15.11.2011 г. на Конституционния съд на РБ; доп., бр. 19 от 6.3.2012 г., в сила от 6.3.2012 г., изм., бр. 20 от 9.3.2012 г., в сила от 10.6.2012 г., изм. и доп., бр. 25 от 27.3.2012 г., в сила от 28.4.2012 г., доп., бр. 60 от 7.8.2012 г., в сила от 8.9.2012 г., бр. 17 от 21.2.2013 г., бр. 52 от 14.6.2013 г., в сила от 14.6.2013 г., изм. и доп., бр. 70 от 9.8.2013 г., в сила от 9.8.2013 г., бр. 71 от 13.8.2013 г., бр. 21 от 8.3.2014 г., бр. 14 от 20.2.2015 г., бр. 24 от 31.3.2015 г., в сила от 31.3.2015 г., бр. 41 от 5.6.2015 г., в сила от 6.7.2015 г., бр. 42 от 9.6.2015 г., доп., бр. 60 от 7.8.2015 г., изм. и доп., бр. 74 от 26.9.2015 г., изм., бр. 79 от 13.10.2015 г., в сила от 1.11.2015 г., бр. 32 от 22.4.2016 г., изм. и доп., бр. 39 от 26.5.2016 г., в сила от 26.5.2016 г. Посл. изм. и доп. в ДВ, бр. 62 от 9.8.2016 г., в сила от 9.8.2016 г.

Законът за съдебната власт (ЗСВ)³ регулира реда и сроковете за утвърждаване на специалистите като вещи лица, правото да бъдат назначавани в наказателното производство както и дейността им относно реализирането на дисциплинарна отговорност на магистратите.

Приети са и редица специални подзаконови актове, въвеждащи условията, на които трябва да отговарят специалистите, утвърдени за вещи лица, определянето на техните възнаграждения, редът и сроковете относно предложенията за включване и промени в списъците на вещите лица и пр.⁴

³ Обн., ДВ, бр. 64 от 7.8.2007 г., изм., бр. 69 от 5.8.2008 г., изм. и доп., бр. 109 от 23.12.2008 г., доп., бр. 25 от 3.4.2009 г., в сила от 3.4.2009 г., изм. и доп., бр. 33 от 30.4.2009 г., бр. 42 от 5.6.2009 г., изм., бр. 102 от 22.12.2009 г., в сила от 22.12.2009 г., изм. и доп., бр. 103 от 29.12.2009 г., в сила от 29.12.2009 г., доп., бр. 59 от 31.7.2010 г., в сила от 1.1.2011 г., изм. и доп., бр. 1 от 4.1.2011 г., в сила от 4.1.2011 г., изм., бр. 23 от 22.3.2011 г., в сила от 22.3.2011 г., изм. и доп., бр. 32 от 19.4.2011 г., в сила от 19.4.2011 г., бр. 45 от 14.6.2011 г., в сила от 14.6.2011 г., доп., бр. 81 от 18.10.2011 г., изм. и доп., бр. 82 от 21.10.2011 г., в сила от 1.1.2012 г.; изм. с Решение 10 на Конституционния съд на РБ – бр. 93 от 25.11.2011 г.; бр. 20 от 9.3.2012 г., в сила от 10.6.2012 г., изм. и доп., бр. 50 от 3.7.2012 г., изм., бр. 81 от 23.10.2012 г., в сила от 1.9.2012 г., бр. 15 от 15.2.2013 г., в сила от 1.1.2014 г., бр. 17 от 21.2.2013 г., бр. 30 от 26.3.2013 г., в сила от 26.3.2013 г., доп., бр. 52 от 14.6.2013 г., в сила от 14.6.2013 г., изм., бр. 66 от 26.7.2013 г., в сила от 26.7.2013 г., доп., бр. 70 от 9.8.2013 г., в сила от 9.8.2013 г., изм., бр. 71 от 13.8.2013 г., в сила от 13.8.2013 г., бр. 19 от 5.3.2014 г., в сила от 5.3.2014 г., изм. и доп., бр. 21 от 8.3.2014 г., изм., бр. 53 от 27.6.2014 г., бр. 98 от 28.11.2014 г., в сила от 28.11.2014 г., бр. 107 от 24.12.2014 г., в сила от 1.1.2015 г., бр. 14 от 20.2.2015 г., изм. и доп., бр. 28 от 8.4.2016 г., изм., бр. 39 от 26.5.2016 г., в сила от 26.5.2016 г., бр. 50 от 1.7.2016 г., в сила от 1.7.2016 г.

Посл. изм. и доп. в ДВ, бр. 62 от 9.8.2016 г., в сила от 9.8.2016 г.

⁴ Наредба 2 от 29.6.2015 г. за вписването, квалификацията и възнагражденията на вещите лица (Издадена от министъра на правосъдието, обн., ДВ, бр. 50 от 3.7.2015 г., изм., бр. 28 от 8.4.2016 г.)

Постановление 111 на МС от 16.8.1975 г. за подобряване организацията на съдебните експертизи (Загл. изм. – ДВ, бр. 5 от 1995 г.) Обн., ДВ, бр. 74 от 26.9.1975 г., в сила от 1.10.1975 г., изм., бр. 97 от 10.12.1982 г., изм. и доп., бр. 5 от 13.1.1995 г., изм., бр. 85 от 26.9.1997 г., изм. и доп., бр. 107 от 11.9.1998 г.

Инструкция 1 от 22.3.2004 г. за работата и взаимодействието на органите на предварителното разследване, (Издадена от главния прокурор на Република България, министъра на вътрешните работи и директора на Националната следствена служба, обн., ДВ, бр. 30 от 13.4.2004 г., попр., бр. 37 от 4.5.2004 г.; изм. с Решение 8201 от 20.7.2006 г. на ВАС на РБ – бр. 63 от 4.8.2006 г., в сила от 4.8.2006 г.)

Вж. Раздел XXIV – Експертиза, регламентиран въз основа на чл. 117 – чл. 127 от НПК.

Отмененият през 2005 г. НПК⁵ обозначаваше лицето, изпълняващо задачите на експертизата, с термина „експерт“, за разлика от действащия закон, който определя съответния специалист като „вещо лице“. Посочената промяна има чисто синонимно значение и е въведена с цел понятийното унифициране на наименованието на един и същ участник в гражданското и наказателното производство без да се засяга статутът му по същество⁶.

Експертизата като един от способите за събиране и проверка на доказателства следва да бъде възлагана от съда или органа на досъдебното производство винаги, когато са необходими **специални знания** от областта на науката, изкуството или техниката (НПК, чл. 144 (1)). Тези знания могат да доведат до изясняване на някои обстоятелства от предмета на делото само когато експертизата е назначена по установения от закона ред и е извършена от специалист, притежаващ процесуалното качество на вещо лице. Разкриването на доказателствени факти и обстоятелства се осъществява чрез професионално изследване на обектите на експертизата в рамките на задачите, формулирани и поставени от компетентния назначаващ орган.

Именно такива са главните и строго специфични черти, отличаващи експертното заключение от другите способности на доказване: използване на специални знания и необходимост от взаимодействие между двама процесуално свързани участници в наказателното производство – назначаващият държавен орган и вещото лице.

Дейността на експерта се състои в професионалното изследване на обекти, намиращи се в пряка или косвена връзка с предмета на доказване. Експертното заключение не би могло да се изготви от компетентния орган, назначаващ експертизата, независимо от това дали той притежава нужните за целта специални знания. Съдебната практика на Върховния касационен съд (ВКС) изрично подчертава несъвместимостта при изпълнението на тези две различни процесуални дейности от един субект.

Така например при възникнала необходимост от назначаването на съдебно-счетоводна експертиза съдът е длъжен да пренебрегне факта, че член от състава му е придобил освен юридическо и счетоводно икономическо образование, именно защото процесуалната му дейност е напълно несъответстваща с тази на вещото лице. Прямо експерт-счетоводителя са поставени високи изисквания относно специализираните му познания, опит и квалификация в областта на счетоводната отчетност и контрол, за да може ръководно-решаващият орган да бъде компетентно подпомогнат в своите процесуални следствени действия. Правилното изпълнение на поставените в експертизата задачи зависи от сектора на икономическия отрасъл, в който следва да бъде извършена експертизата, вида на изготвената счетоводна от-

⁵ Обн. в ДВ, бр. 89 от 15.11. 1974 г., в сила от 1.3.1975 г., последно изм. и доп. ДВ, бр. 86 от 28.10.2005 г., в сила от 29.4. 2006 г.

⁶ Във връзка с това вж. Чинова, Досъдебното производство по НПК (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013а, с. 606.

четност и не на последно място от професионалните и интелектуални възможности на съответното вещо лице, за да успее да избере най-подходящата методика за изследване на конкретния обект⁷. В този смисъл представянето на съдебно-счетоводното експертно заключение е задължително, за да бъде постановена обособена, законосъобразна и справедлива присъда (Решение 243 – 1976 г. – I н. о.).

Процесуални актове за назначаване на експертиза

Назначаването на експертизата се осъществява по един и същ начин независимо от класа и вида на експертизата. В хода на досъдебното наказателно производство тя се възлага с постановление на съответния компетентен държавен орган, а в съдебната фаза на процеса – с определение на съда.

Процесуалният акт, с който се назначава експертизата, трябва да съдържа следните реквизити: основанията, налагащи изготвянето на експертизата, нейният обект и задачи, материалите, представени на вещото лице, трите имена, образването, специалността, научната степен и длъжността му или наименованието на учреждениято, в което работи, както и това на медицинското учреждение, в което ще се извършват съответните стационарни наблюдения. В случаите, когато експертизата е назначена по време на досъдебното производство, актът задължително отразява и срока за представяне на заключението (НПК, чл. 145 (1, 2)).

Актът за възлагане на експертизата следва да бъде връчен на вещото лице, след което да му бъдат разяснени законните права и задължения, както и наказателната отговорност, която носи при представяне на невярно заключение (НПК, чл. 151 (2)).

Органът, компетентен да назначи експертизата, има право да изисква от обвиняемия предоставяне на образци за сравнително изследване (напр. от почерка), когато не е възможно същите да се набавят по друг начин. Това правило се прилага и спрямо свидетелите в случаите на необходимост от проверка относно наличието на техни следи на местопрестъплението или върху веществените доказателства. Обвиняемият и свидетелят са длъжни да предоставят изискваните сравнителни образци, като при отказ те следва да бъдат изземвани принудително с разрешението на съответния първоинстанционен съд.

Когато изискваните образци за сравнително изследване са свързани с необходимост от кръвна проба или с други подобни интервенции, налагащи проникване в човешкото тяло, вземането на образците се извършва от правоспособно медицинско лице под наблюдението на лекар и по правилата на медицинската практика без да се застрашава здравето на субекта (НПК, чл. 146 (1–4)).

Експертизата се възлага на вещи лица, компетентни да изследват и представят експертните си заключения само по определени въпроси, свързани със съответстващата специалност и квалификация из областта на науката, изкуството или техниката (НПК, чл. 147). Ето защо **експертът няма право да изгражда**

⁷ Вж. по-подробно Цанков, Съдебни експертизи. ВСУ „Черноризец Храбър“, Варна, 2012 (авторски колектив), с. 371–386.

преценка относно достоверността на дадени свидетелски показания и още по-малко да обосновава с нея заключението си (Решение 615 – 1975 г. – II н. о.). Според съдебната практика на ВКС назначената експертиза не трябва да съдържа констатации и относно други процесуални въпроси, стоящи извън компетентността на съответното вещо лице, каквито са напр. изводите относно размера на присвоената сума въз основа на свидетелски показания или счетоводно изследване върху подписите на подсъдимите, положени върху инкриминираните покупко-изплащателни бележки и пр.⁸.

Оценката на свидетелските показания 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 лице⁹.

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 (НПК, чл. 149 (2)).

Утвърждаване на специалистите като вещи лица

По силата на ЗСВ се съставят **публични списъци** на специалистите, които са утвърдени за вещи лица и преводачи за всеки отделен съдебен район на окръжен и административен съд, както и за специализирания наказателен съд (СНС). Списъците се утвърждават от комисия в състав: председателят на апелативния съд или определен от него съдия, председателят на апелативния СНС или определен от него съдия, апелативният прокурор или определен от него прокурор, ръководителят на апелативната специализирана прокуратура или определен от него прокурор, председателят на окръжния съд (ОС), председателят на СНС, окръжният прокурор, ръководителят на специализираната прокуратура и председателят на административния съд (ЗСВ, чл. 398 (1); чл. 401 (1, 4)).

При необходимост Върховният административен съд (ВАС), ВКС, Върховната касационна прокуратура (ВКП), Върховната административна прокуратура (ВАП), както и Националната следствена служба (НСлС) приемат отделни списъци с оглед потребностите на своята дейност. Списъците се утвърждават от комисия в следния определен състав: председателят на ВКС, председателят на ВАС и главният прокурор.

Всички утвърдени списъци се изпращат на министъра на правосъдието за обнародване в „Държавен вестник“ и за публикуване в интернет (ЗСВ, чл. 398 (2); чл. 401 (2, 3)).

⁸ Посоченото изследване може да бъде предмет на съдебна технико-криминалистична експертиза на документи, а не на счетоводна.

⁹ Вж. Чинова, Досъдебното производство по НПК (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013б, с. 607.

Компетентният орган на съдебната власт би могъл да назначи вещо лице или преводач и от списъците на други съдебни райони, в случай че нуждите на дейността му налагат това (ЗСВ, чл. 398 (3)).

Предложенията за включване на специалисти в списъците на вещите лица и преводачите правят съответните министерства, ведомства, учреждения, общини, съсловни и други организации, както и научните институти. Същите следва да се приемат от председателя на съответния съд, респ. от всеки административен ръководител на върховния орган, осъществяващ съдебната власт. Самите специалисти имат право да отправят и лично предложение за включването им в списъците (ЗСВ, чл. 399 (1–4)).

В предложенията се вписва следната информация: трите имена на специалиста, домашният му адрес, телефон за връзка и данни за неговото образование, специалността, местоработата, заеманата длъжност, продължителността на трудовия му стаж, стажът му като вещо лице или преводач и допълнителната квалификация. Посочените обстоятелства следва да бъдат удостоверени със съответните документи, които се прилагат към предложението (ЗСВ, чл. 400 (1, 2)).

Възможно е да се отправят предложения за изменение и допълнение на утвърдените списъци на вещи лица и преводачи до края на месец септември на текущата година. Посочените по-горе комисии, утвърждаващи списъците, нанасят съответните актуализации до края на октомври на съответната календарна година. До 15 ноември списъците се изпращат на министъра на правосъдието за обнародване в „Държавен вестник“ и за публикуване в интернет. Промените в списъците могат да се правят и през цялата текуща година (ЗСВ, чл. 402 (1–4)).

Съдът и органът на досъдебното наказателно производство са компетентни да назначат вещото лице, чието име фигурира в списъка и да му възложат експертната. Разпоредбата на чл. 396, ал. 2 от ЗСВ допуска назначаването на специалисти за вещи лица и преводачи, които не са включени в съответния списък при възникнала необходимост в хода на производството.

Ръководно-решаващият държавен орган следва да издаде на вещото лице по делото и специално удостоверение, с което да се легитимира при изпълнение на своите функции. Когато експертното изследване има по-висока сложност, мащабност или комплексност, компетентният орган би могъл да назначи и повече от едно вещо лице (ЗСВ, чл. 396 (1, 3, 4)).

Лица, които не могат да бъдат вещи лица в наказателното производство

В разпоредбите на НПК и ЗСВ законодателят е очертал конкретно и изчерпателно кръга от лица, които нямат право да участват в наказателното производство като вещи лица. Не може да участва в едно и също наказателно дело вещото лице, когато то:

- е участвало в състава на съда, който е постановил:
 - присъда или решение в първата, въззивната или касационната инстанция, или при възобновяване на наказателното дело;
 - определение, с което се одобрява споразумение за решаване на делото;
 - определение, с което се прекратява наказателното производство;

- определение, с което се взема, потвърждава, изменя или отменя мярка за неотклонение задържане под стража в досъдебното производство;
- е извършвало разследване по делото;
- е било прокурор по делото;
- е било обвиняем, настойник или попечител на обвиняемия, защитник или повереник по делото;
- е било или би могло да встъпи в наказателното производство като частен обвинител, частен тъжител, граждански ищец или граждански ответник;
- е съпруг или близък роднина¹⁰ на всяко от посочените по-горе лица, както и на друг член от състава на съда;
- има с някоя от страните по делото отношения, пораждащи основателни съмнения в неговата безпристрастност;
- може да се счита за предубедено или заинтересовано пряко или косвено от изхода на делото и поради други обстоятелства (НПК, чл. 148 (1–3) и ЗСВ, чл. 397).

Процесуалното качество на вещо лице обаче е съвместимо с това на някои други субекти на наказателно-процесуални отношения, каквито са свидетелят, поемното лице, преводачът, тълковникът и специалистът – технически помощник по делото (аргумент от разпоредбата на НПК, чл. 148 (1), (1); чл. 29 (1), (6).

Компетентният орган, назначил експертизата, призовава вещите лица, след което задължително проверява тяхната самоличност, специалност и компетентност, отношенията им с обвиняемия и пострадалия, както и наличността на основание за отвод (НПК, чл. 151 (1).

Права и задължения на вещото лице по НПК

Правата на вещото лице в наказателното производство са следните:

- да се запознае с материалите по делото, които се отнасят до въпросите на експертизата,
- да изисква допълнителни материали,
- да взема участие при извършването на отделни действия по разследването, когато това е необходимо, за да изпълни възложената му задача,
- да получи възнаграждение за положен труд,
- да му се заплатят разходите, които е направил по повод на своите експертни изследвания, както и
- да иска отмяна на актовете, които накърняват неговите права и законни интереси.

Когато по дадена експертиза са назначени повече вещи лица, те имат право да се съвещават, преди да дадат заключението. При единодушие вещите лица могат да възложат на едно от тях да представи пред съответния орган общото за-

¹⁰ „Близки роднини“ по смисъла на НПК са следните лица: възходящите, низходящите (включително осиновените, доведените и заварените), роднините по сребрена линия до четвърта степен, както и роднините по сватовство до трета степен (Допълнителни разпоредби на НПК, § 1 (1).

ключение, а ако са на различно мнение – всяко от тях дава отделно заключение (НПК, чл. 150 (1, 2).

Правилното изпълнение на задачите по експертната задължава всички държавни органи, юридически лица и граждани, които могат да предоставят необходимите за изследването материали, да окажат пълноценно съдействие на вещото лице, съобразно нивото на достъп до класифицирана информация, което то притежава (ЗСВ, чл. 395 (2). Специалният Закон за защита на класифицираната информация¹¹ (ЗЗКИ) регламентира достъпа до информация, представляваща държавна или служебна тайна, както и чуждестранна класифицирана информация.

Служебните задължения на вещото лице са свързани главно с явяването му пред съответния държавен орган, когато то бъде призовано, и представянето на заключение по въпросите на експертната. Вещото лице би могло да откаже депозирането на експертното си заключение само когато поставените въпроси излизат извън рамките на неговата специалност или материалите, с които разполага, не са достатъчни, за да си състави обосновано мнение.

Срокът, в който вещото лице следва да представи експертното си заключение се определя от органа на досъдебното производство, а в съдебното производство – не по-късно от седем дни преди датата на съдебното заседание.

Когато заключението се внася в съда, вещото лице трябва да приложи и съответните преписи за страните.

При неявяване или отказ да даде заключение без уважителни причини вещото лице се наказва с глоба до петстотин лева, която би могла да бъде отменена, ако експертът посочи уважителни причини за неявяването си.

Когато вещото лице се намира извън страната, неговият разпит би могъл да се извърши и чрез видеоконференция или телефонна конференция, ако това налага обстоятелствата по делото (НПК, чл. 149 (1–6).

¹¹ Обн., ДВ, бр. 45 от 30.4.2002 г., попр., бр. 5 от 17.1.2003 г., изм., бр. 31 от 4.4.2003 г., доп., бр. 52 от 18.6.2004 г., бр. 55 от 25.6.2004 г., бр. 89 от 12.10.2004 г., изм., бр. 17 от 24.2.2006 г., в сила от 1.5.2006 г., бр. 82 от 10.10.2006 г., бр. 46 от 12.6.2007 г., в сила от 1.1.2008 г., бр. 57 от 13.7.2007 г., в сила от 13.7.2007 г., изм. и доп., бр. 95 от 20.11.2007 г., бр. 109 от 20.12.2007 г., в сила от 1.1.2008 г., бр. 36 от 4.4.2008 г., доп., бр. 66 от 25.7.2008 г., в сила от 26.9.2008 г., изм., бр. 69 от 5.8.2008 г., доп., бр. 109 от 23.12.2008 г., изм. и доп., бр. 35 от 12.5.2009 г., в сила от 12.5.2009 г., доп., бр. 42 от 5.6.2009 г., изм., бр. 82 от 16.10.2009 г., изм. и доп., бр. 93 от 24.11.2009 г., в сила от 25.12.2009 г., изм., бр. 16 от 26.2.2010 г., в сила от 26.2.2010 г., бр. 88 от 9.11.2010 г., в сила от 1.1.2011 г., бр. 23 от 22.3.2011 г., в сила от 22.3.2011 г., бр. 48 от 24.6.2011 г., в сила от 24.6.2011 г., доп., бр. 80 от 14.10.2011 г., в сила от 14.10.2011 г., изм. и доп., бр. 44 от 12.6.2012 г., в сила от 1.7.2012 г., доп., бр. 103 от 28.12.2012 г., изм. и доп., бр. 52 от 14.6.2013 г., в сила от 14.6.2013 г., изм., бр. 70 от 9.8.2013 г., в сила от 9.8.2013 г., бр. 49 от 13.6.2014 г., изм. и доп., бр. 53 от 27.6.2014 г., бр. 14 от 20.2.2015 г., изм., бр. 61 от 11.8.2015 г., в сила от 1.11.2015 г., изм. и доп., бр. 79 от 13.10.2015 г., в сила от 1.11.2015 г., бр. 28 от 8.4.2016 г.; изм. с Решение 7 от 21.6.2016 г. на Конституционния съд на РБ – бр. 49 от 28.6.2016 г.; доп., бр. 62 от 9.8.2016 г., в сила от 9.8.2016 г.

Не на последно място следва да бъде отбелязано и специфичното участие на вещото лице в административно-наказателното производство, образувано по повод прилагането на дисциплинарна отговорност на магистратите.

С последните изменения и допълнения от 9.8.2016 г. в Глава шестнадесета от ЗСВ законодателят е въвел ново заглавие на Раздел I, а именно: Дисциплинарна отговорност на съдиите, прокурорите и следователите, на административните ръководители на съда, прокуратурата и следствието, на техните заместници и на членовете на Висшия съдебен съвет (ВСС). По повод реализирането на отговорността разпоредбата на чл. 318, ал. 3 от ЗСВ регламентира правото на дисциплинарният състав, съответно пленумът на ВСС да призовава и изслушва вещи лица, както и да изяснява факти и обстоятелства по извършено нарушение, събирайки гласни, писмени и веществени доказателства (включително чрез делегиран свой член) по реда на Административнопроцесуалния кодекс (АПК)¹².

¹² Обн., ДВ, бр. 30 от 11.4.2006 г., в сила от 12.7.2006 г., изм., бр. 59 от 20.7.2007 г., в сила от 1.3.2008 г., бр. 64 от 7.8.2007 г., бр. 94 от 31.10.2008 г., в сила от 1.1.2009 г., бр. 35 от 12.5.2009 г., в сила от 12.5.2009 г., бр. 100 от 21.12.2010 г., в сила от 1.7.2011 г., изм. и доп., бр. 39 от 20.5.2011 г., изм., бр. 77 от 9.10.2012 г., в сила от 9.10.2012 г., изм. и доп., бр. 104 от 3.12.2013 г., в сила от 4.1.2014 г., бр. 27 от 25.3.2014 г., в сила от 25.3.2014 г.

Ключови думи
*Спиране,
наказателно производство.*

Key words
*Suspension,
Criminal Procedure.*

Elena Nedyalkova

Legal Grounds for Suspension of the Criminal Procedure

**Elena
Nedyalkova,
Ph. D.**

*Member of the Law
Department of New
Bulgarian University,*

*e-mail:
enedialkova@nbu.bg*

*Senior Assistant
Professor and Lecturer in
criminal procedure law.*

*Area of
specialization
criminal procedure law.*

*Author of studies and
articles in professional
periodicals in Bulgaria.*

The suspension of the criminal procedure is one of the most important legal methods that affects the relations between participants in the ongoing criminal procedure.

The author has attempted to present an overview and a classification of the legal grounds of suspension of criminal procedure and to conduct a thorough legal analysis of their essence and functions.

Елена Недялкова

Основания за спиране на наказателното производство

Спирането на производството по наказателни дела се осъществява и в двете фази на наказателния процес – досъдебна и съдебна, поради което се обозначава като **общ** наказателно-процесуален **институт**. Представлява правно регламентирана дейност, свързана с временното преустановяване на процесуално-следствената активност, както и на цялостната процедура по разглеждането и решаването на делото. То се явява като един от най-важните правни способности, регулиращи правоотношенията между участниците в процеса.

Спирането на наказателното производство временно препятства извършването на действия по хода на делото и се проявява в следните насоки: наказателно-процесуалните условия и отношения между участващите субекти не се прекратяват; всички субекти на процеса и на процесуалните отношения запазват своето конкретно процесуално качество; продължава правното действие на презумпцията за невиновност на обвиняемия, респ. подсъдимия; не се слага край на процесуалното развитие и наказателното производство остава във висящо положение.

Основанията за спиране представляват конкретни съществени процесуални пречки за законосъобразното развитие на процеса, повечето от които препятстват разкриването на обективната истина. Те имат временен характер и могат да възникнат във всеки етап от наказателното производство.

Спирането на делото води до задължението за извършване на активни действия от страна на съответните разследващи и други органи във връзка с отстраняването на съществуващите пречки, докато делото е спряно, както и до реализиране на процесуална икономия. С отпадането на основанията за спиране наказателното производство възстановява своя правомерен ход и процедурата продължава до пълното и точно изясняване на всички обстоятелствата по делото.

Спряното наказателно производство се възобновява с мотивиран акт на съответния компетентен орган, след като отпадне основанията за спиране или възникналата необходимост от допълнителни действия по разследването.

Основанията за спиране на наказателното производство биха могли да се класифицират в следните две групи: общи и специални¹.

I. Характерно за **общите** основания е това, че се прилагат и в двете фази на наказателното производство и са конкретизирани в общата част на Наказателно-процесуалния кодекс (НПК)².

Съгласно разпоредбата на чл. 25, ал. 1 от НПК наказателно производство се спира, когато:

1. След извършване на престъплението обвиняемият е изпаднал в краткотрайно разстройство на съзнанието, изключващо вменяемостта, или когато има друго тежко заболяване, което пречи на провеждането на производството.

Тази хипотеза предвижда наличието на разстроено здравословно състояние – психическо или физиологично, което има временен характер и изисква провеждането на съответната експертиза – съдебно-психиатрична или съдебно-медицинска.

2. Разглеждането на делото в отсъствие на обвиняемия, респ. подсъдимия би могло да попречи за разкриването на обективната истина.

Посоченият случай следва да бъде приложим в съдебното и в досъдебното производство, не само защото съставлява едно от общите основания за спиране, а и за да бъдат спазени изискванията на закона³.

В този случай компетентният ръководно-решаващ делото орган (прокурорът или съдът) има правомощието да прецени дали задочното производство по смисъла на чл. 269, ал. 3 от НПК би намерило приложение, без да се затруднява разкриването на обективната истина.

Според разпоредбата наказателното дело би могло да бъде разгледано в отсъствието на обвиняемия/подсъдимия, когато това няма да попречи за разкриването на обективната истина, кумулативно дадено с наличието на някоя от следните предпоставки:

- когато подсъдимият не е намерен на посочения от него адрес или е променил същия, без да уведоми съответния компетентен орган,
- местоживеенето му в страната не е известно и след щателно издирване не е установено,
- когато е призован редовно, но не е посочил уважителни причини за неявяването си и е изпълнена процедурата по чл. 247б, ал. 1⁴,

¹ Вж. Чинова, Досъдебното производство по НПК (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013а, с. 470 и сл.

² Обн. в ДВ, бр. 86 от 28.10.2005 г., в сила от 29.4.2006 г., последно изм. и доп. ДВ, бр. 13 от 7.2.2017 г., в сила от 7.2.2017 г., бр. 63 от 4.8.2017 г., в сила от 5.11.2017 г.

³ Така напр. разпоредбата на чл. 244, ал. 1, т. 1 изрично изисква спирането на наказателното производство от прокурора и при хипотезите на чл. 25 от НПК, една от които е свързана с разглеждането на делото в отсъствие на обвиняемия.

– намира се извън пределите на Република България и: местоживеенето му не е известно; не може да бъде призван по други причини или е редовно призван и не е посочил уважителни причини за неявяването си.

3. Деецът е лице с имунитет. Ако обвиняемият, респ. подсъдимият придобие имунитет, наказателното производство се спира, като се отменят взетите по отношение на него мерки за процесуална принуда. В този случай производството би могло да бъде продължено по отношение на останалите обвиняеми, но само когато това няма да попречи за разкриване на обективната истина.

Според основното правило лицата с имунитет не се привличат като обвиняеми. Когато са събрани достатъчно доказателства за повдигане на обвинение, наказателното преследване срещу тях за същото или друго извършено престъпление се възбужда след отпадането на имунитета им, освен ако не са налице други пречки за това (НПК, чл. 220 (1, 2)).

4. Относно престъпленията, извършени в съучастие, когато не са налице условията за разделяне, наказателното производство може да бъде спряно по отношение на един или няколко обвиняеми, ако това няма да затрудни разкриването на обективната истина (НПК, чл. 26)⁵.

Посочените „условия за разделяне“ не са законодателно конкретизирани, но логическото тълкуване на текста води до извода, че такива условия биха били налице, ако при разделянето на делото не би се затруднило изясняването му от фактическа и правна страна. В случая се поставя въпросът дали отсъствието на един или повече съучастници би попречило на разследването, с оглед събрания до момента доказателствен материал.

⁴ Посочената нова норма на чл. 247б, ал. 1 от НПК е една от обнародваните в ДВ, бр. 63 от 2017 г., които влизат в сила от 5.11.2017 г. Свързана е със съобщенията за насрочване на разпоредително заседание и постановява, че заедно с връчването на преписа от обвинителния акт, на подсъдимия му се съобщава и за:

- насрочването на разпоредителното заседание;
- въпросите, които ще се обсъждат в него;
- правото му да се яви със защитник и възможността да му бъде назначен такъв, когато участието му е задължително;
- както и за това, че делото може да бъде разгледано и решено в отсъствието на подсъдимия при условията на чл. 269 от НПК.

⁵ Към същата разпоредба законодателят е добавил следните три нови основания, обнародвани в ДВ, бр. 63 от 2017 г., които влизат в сила от 5.11.2017 г. – Наказателното производство се спира и когато:

- съдът отправи преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз;
- за същото деяние, което е престъпление има приключило административнонаказателно производство и
- когато се чака отговор на изпратена молба за международна правна помощ, производството би могло да бъде спряно (НПК, чл. 25 (1), 4, 5; (2)).

II. Специалните основания за спиране се групират и съобразно фазите и етапите на наказателното производство, в които биха могли да се проявят. Те са визирани като правни норми в отделните глави и раздели на НПК, регламентиращи съответния стадий на процеса. Наричат се специални, защото са формулирани като нормативни правила, препращащи към всички или към някои от общите основания за спиране, както и към други разпоредби от НПК.

1. По отношение на **досъдебното производство** наказателните дела могат да бъдат спирани само във втория му стадий, единствено от прокурора и на основанията, визирани в разпоредбата на чл. 244, ал. 1, т. 1–3 от НПК, а именно:

– когато извършителят на престъплението не е разкрит.

В този случай, ако по образуваното наказателно производство има привлечен обвиняем, то спрямо него делото се прекратява (НПК, чл. 244 (2)).

Това основание се отнася за делата срещу неизвестен извършител, при които въпреки взетите мерки от страна на разследващите органи лично или чрез съдействието на съответните държавни органи, авторът на престъплението остава неразкрит в законния срок по чл. 234 от НПК.

След спирането прокурорът изпраща делото на съответните органи на Министерството на вътрешните работи (МВР), на Държавна агенция „Национална сигурност“ или на Агенция „Митници“ за продължаване на издирването. Посочените органи са длъжни да съобщават на прокурора за постигнатите резултати от издирването, както и да му предоставят събраните материали (НПК, чл. 245 (1)).

– Когато по делото участва единствен свидетел, който е очевиден и към момента липсва възможност да бъде разпитан, включително по делегация, чрез видеоконференция или телефонна конференция. При тази хипотеза срокът на спирането не може да трае повече от една година (НПК, чл. 244 (8)).

Този случай изисква доказването на отсъствието на свидетеля от страната по съответния ред, със средствата на органите на МВР и на граничните власти на Република България. Разпитът му следва да се явява наложителен, т. е. когато прокурорът е преценил, че без неговото провеждане не биха могли да бъдат изяснени обективно, всестранно и пълно обстоятелствата по делото и да се разкрие обективната истина.

Характерно за някои специални правни норми е това, че съдържат и съответните специфични основания за спиране на наказателното производство. Окачествени са като такива, защото всяко едно от тях би могло да се прояви само в един стадий на процеса и може да бъде прилагано от определен държавен орган.

Посочените по-горе две хипотези съставляват **специфични** основания за спиране, тъй като са приложими само за прокурора, в досъдебната фаза на наказателния процес и то само във втория и стадий – действията на прокурора след завършване на разследването.

– В случаите на проява на което и да било от общите основания за спиране на наказателното производство, посочени в разпоредбите на чл. 25 и 26 от НПК.

Акът, с който прокурорът спира делото, е съответното постановление⁶. Препис от него се изпраща задължително на обвиняемия, както и на пострадалия или неговите наследници, които могат да го обжалват пред съответния първоинстанционен съд в седемдневен срок от получаването на преписа⁷. Съдът се произнася еднолично в закрито заседание не по-късно от седем дни от постъпване на делото в съда с окончателно определение. Ако постановлението за спиране на наказателното производство е отменено, започват да текат нови срокове, постановени по чл. 234 от НПК⁸ за извършване на разследването (НПК, чл. 244 (3–7)).

В същите срокове се извършва разследването и при възобновяване на спряното производство, без да включват времето, през което наказателното производство е спряно. Възобновяването се осъществява от прокурора при наличието на следните две предпоставки: след отпадане на основанието за спиране или когато

⁶ Вж. Чинова, Досъдебното производство по НПК (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013б, с. 469 и сл.

⁷ Във връзка с това новите разпоредби на НПК въвеждат важни допълнения относно правата на пострадалия или на неговите наследници в досъдебното производство, а именно:

- правото му да получи писмен превод на постановлението за прекратяване или спиране на наказателното производство, ако не владее български език;
- правото му да бъде уведомен и за всички останали права, свързани с участието му в досъдебното производство, вкл. и относно неговото образуване.

Допуснатите нарушения на посочените права в досъдебната фаза на делото се считат от закона за съществени и отстраними (НПК, чл. 75 (1); чл. 249 (4), 2 – обнародвани в ДВ, бр. 63 от 2017 г., влизат в сила от 5.11.2017 г.).

⁸ Според разпоредбата на чл. 234, ал. 1 от НПК: „Разследването се извършва и делото се изпраща на прокурора най-късно в двумесечен срок от деня на образуването му“.

Той може да определя и по-кратък срок, както и да го продължава, но не повече от четири месеца, а в изключителни случаи, когато и този срок се окаже недостатъчен, административният ръководител на съответната прокуратура или оправомощен от него прокурор може да го удължава по искане на наблюдаващия прокурор. Срокът на всяко удължаване не може да бъде повече от два месеца.

Действия по разследването, извършени извън посочените по-горе срокове, не пораждаат правни последици, а събраните доказателства не могат да се ползват пред съда при постановяване на присъдата.

Взетите спрямо обвиняемия мерки за процесуална принуда, както и мярката за обезпечаване на гражданския иск, ако основанието за нейното налагане е отпаднало, се отменят от прокурора след изтичане на повече от една година и шест месеца от привличането в случаите на тежко престъпление и повече от осем месеца – в останалите случаи. В тези срокове не се включва времето, през което наказателното производство е било спряно от прокурора на основание чл. 25 от НПК (НПК, чл. 234, (2, 3, 7, 8)).

е възникнала необходимост от допълнителни действия по разследването (НПК, чл. 245 (2, 3).

2. В съдебната фаза делото може да бъде спирано на всеки негов стадий.

Предаването на обвиняемия на съд и подготвителните действия за разглеждане на делото в съдебно заседание съставляват първия стадий на съдебното производство. След образуване на делото се определя съдия-докладчик, който извършва проверка относно подсъдността и насрочва образуването по обвинителен акт дело в **разпоредително заседание** в двумесечен срок от постъпването му. Когато представлява фактическа или правна сложност, както и в други изключителни случаи, председателят на съда може писмено да разреши разпоредителното заседание да бъде насрочено в определен от него по-дълъг срок, но не повече от три месеца.

Сред въпросите, които се обсъждат в разпоредителното заседание са и свързаните с наличието на основание за прекратяване или спиране на наказателното производство. След изслушване на: прокурора, подсъдимия, защитника, пострадалия или неговите наследници и ощетеното юридическо лице, респ. техните повереници, съдът би могъл да се произнесе и с определение за спиране на наказателното производство, което се обявява в разпоредителното заседание (НПК, чл. 247а (1, 2), 1; чл. 248 (1), 2; (5, 6)⁹.

Съдът спира наказателното производство на посочените по-горе общи основания. Изключение от тях правят само две, а именно:

- когато съдът отпрати преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз и
- в случаите, когато за същото деяние, което е престъпление има приключило административнонаказателно производство.

Според последните изменения в общите правила на НПК посочените основания за спиране на делото не могат да бъдат прилагани от съда в разпоредителното заседание. Те са визирани в най-новите разпоредби на чл. 25, ал. 1, т. 4 и т. 5 от НПК.

С определението за спиране на наказателното производство съдът се произнася относно **всички** мерки за процесуална принуда¹⁰, като отменя и мярката за обезпечаване на гражданския иск, ако основанието за нейното налагане е отпаднало. Препис от определението за спиране на наказателно дело от частен характер, се връчва на частния тъжител и на подсъдимия. Актът подлежи на обжалване и протестиране по реда на глава двадесет и втора – „Производство пред въз-

⁹ Посочените разпоредби от НПК отразяват част от новите законовъведения, обнародвани в ДВ, бр. 63 от 2017 г., които влизат в сила от 5.11.2017 г. Благодарение на тях наказателното производство вече се спира само от съда и единствено с определение. Съдията-докладчик няма предходното правомощие да спира делото с разпореждане.

¹⁰ С последните изменения на чл. 251, ал. 2 от НПК се изключват старите ограничения на същата разпоредба, според които съдията-докладчик се произнасяше *само* „относно мярката за неотклонение, забраната за напускане на пределите на РБ и отстраняването на обвиняемия от длъжност“.

зивната инстанция за проверка на определенията и разпореденията“ (НПК, чл. 251 (1–5)).

3. По отношение на **първоинстанционното съдебно заседание** следва да се отбележи, че съдът спира наказателното производство въз основа на общите хипотези, визирани в разпоредбите на чл. 25 и чл. 26 от НПК с определение, което подлежи на обжалване и протестиране по реда на глава двадесет и втора (НПК, чл. 290 (1, 2)).

4. В хода на **въззивното производство** съдът спира делото на всички общи основания¹¹, с изключение на случаите, в които наказателното производство е образувано за престъпление, извършено в съучастие.

Постановеното за първи път от въззивния съд определение за спиране, може да бъде предмет на касационно обжалване (НПК, чл. 334 (5); чл. 346 (4)).

5. Касационната инстанция има правомощието да спре наказателното производство във всички, предвидени от НПК случаи, характерни за съдебната фаза на делото (НПК, чл. 354 (1, 2)).

6. С последните изменения НПК въвежда и други специфични основания за спиране на наказателното производство, характерни за съдебната фаза на процеса. Такова например е преюдициалното запитване в областта на полицейското и съдебното сътрудничество по наказателноправни въпроси¹². То е приложимо спрям

– **производствата във връзка с международното сътрудничество по наказателни дела** и по-специално относно провеждането на паралелни наказателни производства¹³.

При получаване на информация от орган на друга държава за образувано наказателно производство или за производство, което предстои да бъде образувано във връзка с престъпление, извършено в тази държава, съответният прокурор по подсъдността, визирана в разпоредбата на чл. 37, ал. 1–3 от НПК решава дали българските органи да упражнят правомощието си за образуване на наказателно производство за същото престъпление.

Когато са образувани паралелни наказателни производства¹⁴ в Република България и други държави – членки на Европейския съюз (ЕС), компетентните органи си предоставят взаимно информация относно:

¹¹ Става дума само за случаите, установени от разпоредбите на чл. 25, ал. 1 и ал. 2 от НПК, без да се засяга общото основание за спиране на наказателното производство по чл. 26 от НПК.

¹² Преюдициалните запитвания по наказателноправни въпроси са регламентирани в новата Глава тридесет и седма от НПК, обн. в ДВ, бр. 63 от 2017 г., в сила от 5.11.2017 г.

¹³ Производствата във връзка с международното сътрудничество по наказателни дела са регламентирани в Глава тридесет и шеста от НПК, която включва следните *раздели*: „Трансфер на осъдени лица“; „Признаване и изпълнение на присъда на чуждестранен съд“; „Международна правна помощ по наказателни дела“; „Трансфер на наказателно производство“ и новия *Раздел V* „Решение по субсидиарна компетентност. Паралелни наказателни производства“, обн. в ДВ, бр. 63 от 2017 г., в сила от 5.11.2017 г.

- фактите и обстоятелствата, които са предмет на наказателното производство,
- данните за самоличността на извършителя и за пострадалите от престъплението лица,
- извършените процесуални действия,
- наложените мерки за процесуална принуда,
- наименование, адрес, телефон, факс и електронен адрес на компетентния орган и други видове информация.

Решението за провеждане на наказателно производство в Република България или в друга държава – членка на ЕС, се взема след преки консултации и писмено съгласие между съответните компетентни органи: наблюдаващият прокурор – за досъдебното производство, и съдът, който разглежда делото.

Когато тълкуването на разпоредба от правото на ЕС в областта на полицейското и съдебното сътрудничество по наказателноправни въпроси или произнасянето по валидността и тълкуването на актовете на институциите, органите, службите или агенциите на ЕС по такива въпроси е от значение за правилното решаване на делото, съдът, пред който делото е висящо, отправя преюдициално запитване до Съда на ЕС – служебно или по искане на някоя от страните.

Съдът винаги отправя запитване служебно, когато има съмнение относно валидността на акт на институциите, органите, службите или агенциите на ЕС.

Съдът, чиято присъда или решение подлежи на обжалване, може да не уважи искане за преюдициално запитване. Произнася се с определение, което не се обжалва и протестира.

Съдът, чиято присъда или решение не подлежи на обжалване, отправя запитване, освен когато отговорът на въпроса произтича ясно и недвусмислено от предишно решение на Съда на ЕС или значението и смисълът на разпоредбата или акта са толкова ясни, че не будят никакво съмнение.

При отправяне на преюдициално запитване съдът изпраща копие от него до звеното, осъществяващо процесуалното представителство на Република България пред Съда на ЕС.

Едновременно с отправяне на запитването националният съд спира производството по делото с определение, което не подлежи на обжалване и протестиране. Делото се възобновява незабавно след получаването на съдебния акт по преюдициалното производство. Съдът може да възобнови производството по делото и преди получаването на съдебния акт по преюдициалното производство, ако е необходимо провеждане на процесуални действия като единствена възможност за събиране и запазване на доказателства. При установяване на нови факти от значение за преюдициалното запитване националният съд незабавно уведомява Съда на ЕС.

¹⁴ „Паралелни производства“ по смисъла на НПК са наказателните производства, които се провеждат в две или повече държави — членки на Европейския съюз, по отношение на едни и същи факти спрямо едно и също лице (НПК, Допълнителна разпоредба – § 1, нова ал. 3).

Когато националният съд спира наказателното производство поради отправяне на преюдициално запитване до Съда на ЕС, той се произнася по мерките за процесуална принуда с определение, подлежащо на обжалване и протестиране по реда на глава двадесет и втора от НПК с частна жалба или частен протест. Страните биха могли да отправят искания за изменение или отмяна на мерките за процесуална принуда и при спряно наказателно производство.

Националният съд е длъжен да изпраща на Съда на ЕС препис от влезлия в сила акт по делото, във връзка с което е било отправено преюдициалното запитване (НПК, чл. 4 (1); чл. 480, 481, 483 (1, 2), 485, 486 (1–5), 488 (1–3), 489 (1–3), 490).

Правните последици от спирането наказателното производство биха могли да бъдат обобщени по следния начин:

- настъпва временно прекратяване на продължителността на процеса;
- не се прекратява повдигнатото по делото обвинение, както и правното действие на презумпцията за невиновност на обвиняемия, респ. подсъдимия;
- не се отменят взетите мерки за процесуална принуда, вкл. мярката за неотклонение;
- наказателното производство се възобновява от същия орган, който го е спрял.

Посочените последици от спирането са коренно противоположни на тези, които настъпват при прекратяването на процеса¹⁵.

¹⁵ Вж. моята статия „Основания за прекратяване на наказателното производство“ в Годишник на департамент „Право“ на НБУ, 2016, с. 278 и сл. и посочените там източници.

Ключови думи

Свободен университет за политически и стопански науки, частен университет, Балкански Близоизточен институт, проф. С. С. Бобчев, директор, студенти, проф. Богдан Филов, икономическа криза, история на висшето образование след Освобождението.

Key words

Free University for Political and Economic Sciences, Balkan Middle East Institute, private university, Prof. S.S. Bobchev, Director, students, Prof. Bogdan Filov, economic crisis, history of higher education after the Liberation.

Petya Nedeleva, Ph. D.

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

Senior Assistant Professor and Lecturer in History of Bulgarian State and Law.

Area of specialization: history of Bulgarian state and law, constitutional law, comparative law.

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

Petya Nedeleva

Model of Bulgarian Private Higher School after the Liberation

The Free University of Political and Economic Sciences was established in 1920 as a private higher education institution meeting the requirements of the Law on National Enlightenment. The idea is maturing in an intellectual circle of State University professors dissatisfied with the policy of the state university. In 1924, the Law of Recognition as a Legal Person of the Free University for Political and Economic Sciences (Balkan Middle Eastern Institute) was adopted in Sofia. The first director (rector) of the Free University is Prof. S. Bobchev. The Middle East and the Balkans are traditional trade zones for Bulgarian manufacturers and traders. This is why the founders of the university consider it necessary to prepare future consuls, sales agents and other specialists for the Balkans, Asia Minor and the Middle East, while studying one Western and one Balkan language during their studies. Despite the high quality of education, innovative teaching methods and academic achievements of lecturers, the Free University is transformed and closed.

Петя Неделева

Модел на българско частно висше училище след Освобождението

Една от стратегиите на Европейския съюз (ЕС) е свързана със стремежа за изграждане на „съвременно общество на знанието“, общество, в което достиженията в науката и технологиите са водещи за прогреса във всички останали области¹. Областта, в която в най-голяма степен се създават и разпространяват научни постижения, открития, обучава се и се оформя общество на знаещи с високо качество и потенциал, е областта на висшето образование². Важната роля на висшето образование върху развитието на икономиката създава необходимост от формиране на обща европейска политика и съвместни действия в тази област. През 1999 г. е подписана Болонската декларация³ за хармонизиране на висшето образование от държавите – членки на ЕС, част от единния европейски процес за реформи във висшето образование на Европа, известен като Болонски процес⁴. Целта е създаване на Европейско пространство за висше образование (ЕПВО) или единна общеевропейска рамка за висше образование, което да доведе до единно образователно ниво, единно културно и духовно развитие и общи икономически резултати. Идеята намира своето продължение в Декларацията от Буда-

¹ Ранномодерна Европа, университети, наука, хуманизъм, 2008, с. 7.

² Зарева, И., Матев, М. и др., 2014, с. 9.

³ <http://www.ehea.info/cid100210/ministerial-conference-bologna-1999.html> [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с последен достъп на 11.8.2018 г.].

⁴ https://ec.europa.eu/education/policy/higher-education/bologna-process_en

пеща – Виена⁵ от 2010 г., която има за цел премахване на различията и несъответствията при реализиране на Болонския процес в отделните страни членки. За преодоляване на трудностите и реализиране на заложените цели Европейската комисия предложи и нова стратегия „Европа 2020“⁶ за постигане на интелигентен, устойчив растеж. Две от целите на стратегията са насочени към образованието и научно-изследователската дейност. Все повече се говори за обучение през целия живот, което се отразява върху преодоляване на дискриминационните нагласи за възрастови прагове за максимална възраст при обучение в бакалавърска или магистърска степен на обучение. През периода на социализма максималната възраст за започване на висше образование в България е 25 години, постепенно увеличена на 40 години, а за аспирантура (докторантура) се изисква възраст до 30 г. Съществува нагласа, че човек учи, за да бъде полезен на обществото, „строящо светлото бъдеще“, за което всеки трябва да отиде да работи по разпределение⁷. Сега действащото законодателство не предвижда възрастови дискриминационни прагове за прием в бакалавърска, магистърска или докторска програма, нито разпределение за практикуване на дадена професия, но все още съществува предубеждение към студентите на по-зряла възраст.

Инициативите и стратегиите на ЕС в областта на висшето образование подпомагат и насочват образователните процеси в отделните държави, но отговорността за промените в тази област е сериозно предизвикателство пред страни-членки, на техните висши образователни институции, на университетите.

Тази отговорност е осъзната и в края на XVIII – началото на XIX в., когато се пробужда българското национално съзнание и стремеж към увеличаване образоваността сред българското население. Възраждането на българския народ е свързано с разпространение на образованието, с „копнежът за знание“⁸, свързано първоначално с подем на училищното дело. Първото българско обществено училище отваря врати през 1835 г., като до тази година учениците са обучавани в около 200 скромни частни училища. В навечерието на Освобождението числото на общинските училища вече е стигнало 1500⁹. Забележително е, че именно заможният спомоществател и търговец Васил Априлов, който подпомага откриването на първото обществено училище в Габрово, по-късно е основна движеща сила за превръщането му в гимназия и пропагандира идеята за създаване на български университет. Тази идея е публично оповестена на хилядагодишнината, посветена на Св. Методий (1885 г.), донесъл в българските земи идеята за славянска писменост. Идеята е реализирана през 1888 г., когато е открит

⁵ Bologna Ministerial Anniversary Conference 2010 in Budapest and Vienna – <http://www.ehea.info/cid101033/ministerial-conference-budapest-vienna-2010.html>

⁶ http://ec.europa.eu/education/policy/strategic-framework_en

⁷ Гочева, Г., 2002.

⁸ Стефанов, В., 2009, с. 22.

⁹ Георгов, Ив., 1929, с. 2.

Висш педагогически курс и се полагат основите на бъдещото университетско образование в Княжество България. През следващата година е приет Закон за отваряне на висше училище в София¹⁰, с което се легитимира висшето учебно заведение. През 1898 г. богатият търговец от Букурещ Евлоги Георгиев завещава сериозна сума (над 7 мил. лв.), използвана за построяването на университетска сграда¹¹.

И тъй като разсъжденията са в посока на университетите и университетското образование в България, бих искала да направя едно уточнение. В настоящата статия ще се въздържа от разсъждение относно броя на университетите в България, нито бих искала да взимам отношение по повод съветите, получени преди месеци от Брюксел за необходимостта от редуциране на сегашния им брой с идеята от съществуващите 52 университета да останат 10. Тема на настоящата статия е частното висше образование от периода след Освобождението, като интерес предизвиква факта, че проблемите и трудностите пред него от разглеждания период са идентични с трудностите пред свободните (частни) форми на образование след периода на промените от 1989 г.

Частното образование винаги е било тема на много дискусии и противоречиви мнения. В Европа в исторически план то се свързва повече с религиозното образование и елитарността. Българският опит след Освобождението в областта на частното висше образование е твърде скромнен и е свързан със създаването и дейността на Свободния университет за политически и стопански науки в София (Балкански Близкоизточен университет). Основната цел е обучението на кадри, способни да подпомогнат България в периода на тежка икономическа и дипломатическа криза и изолация след Първата световна война. За целта е необходимо активиране на контактите с балканските и близкоизточни страни, с които страната ни има традиционни контакти и утвърдени пазари.

Свободният университет за политически и стопански науки е създаден през 1920 г.¹² като частно висше училище, отговарящо на изискванията на Закона за народното просвещение. Идеята съзрява в интелектуален кръг на преподаватели

¹⁰ ДВ бр. 2/5.1.1889 г.

¹¹ Меценат от европейски мащаб, Евлоги Георгиев прави щедри дарения за социални, просветни и образователни заведения. Естествен достоен завършек на тази негова дейност е неговото завещание, в което той се разпорежда богатството му да бъде използвано в полза на обществото – за българската църква и училище в Букурещ, за училището и общината и бедни ученици в Галац, за приют в Букурещ. В чл. 13 от завещанието е изразена волята на Евлоги Георгиев, част от неговото състояние да бъде заделена за строежа и поддържането на висше училище в София, като средствата с управляват от специална ефория. В ефорията влизат: Ив Вазов (министър на просветата), д-р Г. Янкулов и С. С. Бобчев, д-р К. Стоилов и Евл. Пулиев (посочени от изпълнителя на завещанието). През 1903 г. ОНС приема Закон за Ефорията на Университета „Братя Евлоги и Христо Георгиеви от Карлово“, ДВ, бр. 19/26.1.1904 г.

¹² Свободният университет е признат за ЮЛ със Закон за признаване като юридическо лице Свободния университет за политически и стопански науки (Балкански Близкоизточен университет) в София – ДВ, бр. 34/28.3.1924 г.

от Държавния университет, недоволни от политиката на държавното висше училище¹³, подложени на сериозен натиск, в резултат на който преподавателската им дейност и независимост са накърнени. Сред тези професори са С. С. Бобчев, който е и първият ректор на Свободния университет, Г. Данаилов, Вл. Моллов, Й. Феденхехт, В. Ганев, П. Стоянов и др. Натискът върху преподавателския състав на Държавния университет е предприет от земеделското правителство, а начело на просветното министерство е министър Омарчевски (известен с т. нар. омарчевска реформа на правописа за опростяване на българския език, за да бъде разбираем за хората в селата). Един от механизмите за натиск е намаляване бюджета на университета, което рефлектира върху съкращения в преподавателския състав.

Следва провеждане на няколко заседания на групата професори и изработването на устав на новата образователна институция, който е утвърден от министър Ст. Омарчевски със заповед 2135/5 юли 1920 г.¹⁴. Съдържанието на устава е заимствано от вътрешните правила на Свободния университет по политически науки в Париж и Близкоизточния университет в Киев¹⁵, откъдето са възприети модели за образователно съдържание, програмни идеи, вътрешноорганизационна структура¹⁶. Тържественото откриване на Свободния университет е на 10 октомври 1920 г., а от следващия ден започват учебните занятия¹⁷. Съществуването на Свободния университет като частно висше учебно заведение първоначално е въз основа на текстове от Закона за народното просвещение¹⁸ и Устава на университета. Издаваните дипломи носят подписите на университетското ръководство и на представител на Министерство на просвещението, които съставят изпитна комисия при завършване на обучението¹⁹.

През 1924 г. е приет Закон за признаване като юридическо лице на Свободния университет за политически и стопански науки (Балкански блискоизточен университет) в София²⁰. Признаването на частния Свободен университет за политически и

¹³ Защо и как е основан Свободният университет. 1928, с. 6.

¹⁴ Със заповедта и утвърждаването на Устава, реално се утвърждава съществуването на Свободния университет като висше учебно заведение и се определят трите факултета, които предлагат специализирано обучение на неговите студенти.

¹⁵ Свободен университет за политически и стопански науки (Балкански Близкоизточен институт). Юридически преглед, 1922, с. 27.

¹⁶ Устав на Балканския блискоизточен институт в София (утвърден от министъра на народното просвещение със заповед N2135/5 юли 1920 г.) – Годишник на Свободния университет в София (Балкански блискоизточен институт), 1922, с. 6–7.

¹⁷ Съществува негласно съперничество по въпроса кое е първото икономическо училище в България – Свободният университет по политически и стопански науки в София или Висшето търговско училище във Варна – вж. 95 години Икономически университет Варна. Алманах. Животописни и книгописни сведения за преподавателите 2005–2015. 2015, с. 11 и сл.

¹⁸ ДВ, бр. 17/23.1.1892 г. – чл. 354 и др.

¹⁹ Бобчев, С. С., 1924, с. 50.

²⁰ ДВ, бр. 34/28.3.1924.

стопански науки е важна крачка в развитието на висшето образование в България. По този начин страната се равнява с държави като Франция, САЩ, Германия, Белгия, Англия с утвърдени традиции и важно място на частните университети в системата на висшето образование. Приемането на закона преминава през утвърдената законодателна процедура в рамките на XXI ОНС. В мотивите към законопроекта министър Ал. Цанков изтъква, че Свободният университет предлага обучение по дисциплини, които липсват в Държавния университет, което определя важното му място и необходимостта от неговото откриване²¹. Наименованието Балкански Близкоизточен университет има своето историческо обяснение. Близкият изток и Балканите са традиционни зони за търговска дейност на българските производители и търговци, райони, в които те са познати, а стоките им – търсени. Това е причината основателите на университета да смятат за необходимо да подготвят бъдещи консули, търговски агенти и други специалисти именно за Мала Азия и Близкия изток.

Първоначално в Свободния университет се обучават две групи студенти – редовни и слушатели, занятията се провеждат вечер с оглед на факта, че в университета са приети голям брой държавни и общински служители, както и практикуващи търговци, които работят целодневно. Впоследствие на студентите-слушатели е предоставена възможността да преминат в редовна форма на обучение. По примера на Парижкия свободен университет, но с адаптация към българските особености, са обособени три факултета (отдела): Административно-финансов, Търговско-стопански и Дипломатическо-консулски. Наименованията на факултетите е ясен знак, че в Свободния университет се обучават бъдещи дипломати, специалисти във финансово-административната област, а също така практикуващи търговци, които могат да придобият нови знания. Заедно със специалните дисциплини по избраната от тях специалност студентите в Свободния университет задължително изучават по един балкански и един западен език по време на своето следване²². Статистическите данни показват, че в университета се обучават и жени, като средно те са 6–7% от общия брой студенти през различните години. Най-много жени се обучават в Търговско-стопанския отдел – около 9% от всички студенти. Интересен е фактът, че от обучаваните жени едва 9.1% се дипломират²³.

Към по-широката аудитория са насочени т. нар. „лекции за всеки“, първоначално изнасяни през неучебния ваканционен период, но поради силния интерес станали целогодишни, изнасяни основно в неделните дни и събиращи голяма аудитория. Темите на публичните лекции са разнообразни, като се акцентира върху

²¹ Стенографски дневници на XXI ОНС, 1923/24, I р. с., с. 401, I, II – 1022/I/27/, III-110/II/19.

²² Отчет за вървежа и състоянието на Свободния университет през 1921–1922 академична година, В. Годишник на Свободния университет в София, 1922, с. 49–50.

²³ Назърска, Ж. Университетското образование и българските жени 1879–1944, с. 107; Десетата годишнина на Свободния университет 1920–1930. Преглед на живота, активната дейтелност и управлението на Свободния университет през първата десетгодишнина. С., 1930, с. 6–18.

актуални теми като: Стопанската криза по света и у нас (лектор проф. П. Стоянов), Около Австро-германската митническа спогодба и Обществото на народите (лектор Ил. Янкулов), Нравственият елемент в журналистиката (с лектор Хр. Тодоров), Британската империя и нейните проблеми (лектор П. Бицили), Индивидуализмът на френския граждански законник и неговите последователи (лектор Л. Диков), Палестина. Исторически поглед. Територия и население. Политически строй. Култура (лектор С. С. Бобчев) и др.²⁴.

Предвиденото обучение на студентите е тригодишно, като впоследствие е въведена възможност за обучение в четвърти курс като специализация в направление по избор на студентите. Това е новост в практиката на свободните университети в Европа, където продължителността на обучението е две или три години. В предлаганите програми е съчетана правна подготовка с хуманитарно, езиково и стопанско обучение. В практическите занимания студентите имат възможност да получат още по-сериозна не само теоретична, но и практическа подготовка в избраното от тях направление.

Авторитетът на Свободния университет и вътрешната организация дават възможност на български студенти от чужбина да продължат обучението си у нас. Така училище търговски и политически науки в чужбина след определена процедура получават възможност да се обучават в специалностите на Свободния университет, като срокът на обучение в чужбина се признава и те продължават в погорен семестър от своето следване. Според приетите вътрешни правила за целта е необходимо студентите да представят преведен на български език официален документ от чуждия университет, в който са отразени изучаваните дисциплини и получените оценки, като прехвърлянето в Свободния университет не може да бъде по-късно от 3 години от последния заверен семестър в чужд университет²⁵. Признатият период на обучение е на принципа на взаимност с чуждестранните университети, като периодът на обучение в Свободния университет на студентите се признава в съответния чужд университет. С приетата процедура Свободният университет установява практика, подобна на съвременната практика за натрупване и трансфер на кредити, широко прилагана в сферата на висшето образование в синхрон с правилата на Лисабонската конвенция²⁶.

За патронен празник на университета е избран 1 ноември – ден на Св. Иван Рилски, приеман за покровител на българите. Избраната дата е символична с оглед мисията и целите, които си поставя университета. Впоследствие датата се отбелязва като Ден на народните будители. Подобна будителска мисия имат и преподавателски-

²⁴ Научен преглед. Г. III, 1931, с. 206 и сл.

²⁵ Протокол 1 от заседание на Академичния съвет от 16 януари 1924 г. – ДА, София, ф. 1327 К, оп. 1, а. е. 2, л. 87.

²⁶ Лисабонската конвенция е ратифицирана от Република България със закон (ДВ, бр. 25/28 март 2000 г.). Тя е създадена с цел установяване на сътрудничество в сферата на признаването на дипломи и периоди на обучение между държавите от Европейското икономическо пространство и държавите, ратифицирали Конвенцията за признаване на квалификациите, отнасящи се до висшето образование в Европейския регион.

ят състав и ръководството на Свободния университет. Управлението на университета се извършва от Директорат и Академичен съвет с мандат от три години. Преподавателският състав на Свободния университет се включва в състава на Общото събрание, което избира състава на Директората и Академичния съвет. Директоратът е колективен управителен орган на Свободния университет, в който взимат участие ректор (директор) и двамата заместник-ректори (поддиректори). Заместник-ректорите отговарят за учебната дейност в различни направления, като изпълняват и функциите на декани на отделните факултети. Като едноличен орган ректорът (директор) отговаря за учебния процес, съхранение и подобряване на материалната база, при необходимост взема текущи неотложни решения. Първият ректор (директор) на Свободния университет е проф. С. С. Бобчев – юрист, държавник, общественик, енциклопедичен учен, с богат професионален опит и широка обществена популярност. Ректорът председателства Академичния съвет, като заседанията се свикват в зависимост от необходимостта от вземане на колективни решения по важни университетски въпроси.

Академичният съвет има седемчленен състав и вземане решения относно приема на студенти, разходване на университетския бюджет, различни управленски решения, свързани с обучението на студентите, учебните планове, по които се обучават и др.

Важно място в учебните планове заема практическото обучение на студентите, което отличава обучението на студентите от това в Държавния университет, където се залага най-вече на теоретическата им подготовка. За целта Свободният университет започва активно да си сътрудничи с Търговско-индустриалната камара. Пример за засилването на практическите занятия е обучението по Административно право, като за целта е въведена административна практика, в която студентите се обучават в съставянето на бюджети, платежни заповеди, участия в търгове и предприятия, ревизии, наемане, щат, възнаграждение на служители, определяне на пенсии и пр.

За утвърждаване авторитета и ролята на Свободния университет неговото ръководство прави всичко необходимо учебното заведение да се наложи като сериозно научно-изследователско средище наред със Софийския университет²⁷ и Българска академия на науките. Издадени са множество статии, студии, монографии, които допринасят за развитието на икономическата наука. Научната дейност на Свободния университет е финансирана със скромнен собствен бюджет в порядъка на 100 хил. лв. годишно. За сравнение научната дейност на Софийския университет надхвърля с пъти този бюджет, като към него се добавят средства от различни фондове и дарения²⁸. Установено е трайно сътрудничество с международни висши училища и учени, преподаватели от университета са членове на авторитетни международни организации и дружества, вземат участие в международни конференции. Преподаватели на Свободния университет вземат активно участие в учредява-

²⁷ През периода битува виждането, че Софийският университет е главният и единствен научен център в българските земи – вж. История на Софийския университет „Климент Охридски“. 1988, с. 117 и сл.

²⁸ 90 години Университета за национално и световно стопанство, с. 60–61.

нето и дейността на Дружество на икономистите академици в България (1926 г.), Сдружение на счетоводителите (1926 г.), Институт за административни изследвания (1929 г.) и Институт на заклетите експерт-счетоводители в България (1931 г.).

За нуждите на студентите и преподавателите в Свободния университет са открити учебен кабинет по стокознание²⁹, университетска библиотека и търговски музей³⁰. В библиотеката постъпват множество дарения, като библиотечният фонд се обогатява с годишниците на Чикагския университет, годишници и специализирани френски издания, получени със съдействието на Външното министерство на Франция, литература от Загребския университет, дарения от преподаватели в Свободния университет, представители на чуждестранни легации и др. В библиотеката се получават и различни периодични издания.

Свободният университет попълва библиотеката и със свои издания. През 1922 г. излиза първи том на Годишник на Свободния университет за политически и стопански науки. До 1938 г. са издадени общо седемнадесет тома³¹. Друго печатно издание на Свободния университет е списание „Научен преглед“, което излиза в периода 1925–1935 г., като се предвижда списанието да излиза три пъти годишно³². Друго периодично издание на Свободния университет е вестник „Академичен глас“, издаван от 1932 г.

Университетското ръководство прави необходимото да не загуби връзка със завършилите университета студенти (алумни). Създадено е Дружество на завършилите Свободния университет (1933 г.), като се следи професионалната реализация на завършилите студенти и се поддържат социални контакти с тях³³. Дружеството функционира не само в София, но и в други градове – Варна, Пловдив, Стара Загора, Русе, Търново и др. Така се поддържа топла връзката между завършилите студенти на Свободния университет, техните преподаватели и университетското ръководство. Сред членовете на дружеството са държавни служители, народни представители, учители, представители на медиите, търговци и др.³⁴

Обучаващите се в университета студенти създават също така своя организация – „Васил Левски“, с ръководство и вътрешни правила³⁵. Интересна инициация

²⁹ Отчет за вървежа и състоянието на Свободния университет през 1921–1922 академична година, В. Годишник на Свободния университет в София, 1922, с. 56.

³⁰ Търговски музей, В. Годишник на Свободния университет в София, 1922, 94–96.

³¹ 90 години Университет [...], с. 80.

³² Пак там, с. 91; Задачи и програма на „Научен преглед“. – Научен преглед, г. I, 1929, кн. I.

³³ Студентското дружество при Свободния университет, В. Годишник на Свободния университет в София, 1922, 94–98; Студентско движение, О. С. О. „Васил Левски“. – Научен преглед, г. III, 1931, с. 204–108.

³⁴ Академичен глас, VIII, 20.5.1939 г., бр. 72, с. 7.

³⁵ Студентското дружество при Свободния университет, В. Годишник на Свободния университет в София, 1922, с. 102–109; Студентска организация „В. Левски“. – Научен преглед, г. I, 1929, с. 94–101.

тива на тази организация е провеждането на опреснителни курсове, водени от успешно завършили вече студенти преди всяка изпитна сесия по различни дисциплини. Създават се кръжоци, изнасят се реферати, като целта е да се подпомогне усвояването на предадения материал. Студентите канят на публични лекции видни общественици и учени, които говорят по актуални теми от обществения живот. През 1923 г. отново по инициатива на студенти е създаден студентски спортен клуб с три спортни направления – туризъм, футбол и танци³⁶. Социалният живот на студентите се активизира и след създаването на университетски хор³⁷. Студентите на Свободния университет създават и Университетско дружество за Обществото на народите и Дружество „Карнеги“.

Свободният университет не получава финансова подкрепа от държавата, тъй като е частен университет. Студентите в университета първоначално заплащат такса в размер на 1500 лв., като за сравнение – таксите в подобни висши учебни заведения в чужбина са в порядъка на 7000 лв. Висшето учебно заведение формира своите приходи от учебни такси, продажба на университетски издания, наем на собствени имоти и др. Започнал със скромен бюджет, през 1938/39 година бюджетните средства са над 4 мил. лв. С този бюджет Свободният университет успява да закупи, а по-късно и да построи собствена сграда в центъра на София.

Наличието на материална база е от изключително значение за функционирането на Свободния университет. Първоначално това затруднение се преодолява, като се използват под наем учебни помещения на различни организации. Първите занятия на студентите се провеждат в предоставени от Софийската търговско-индустриална камара учебни помещения на Търговската гимназия, а също в помещения на Славянското дружество и Софийския университет. Успоредно с това трескаво се търси място за строеж на собствена сграда. След неуспеха на преговорите със Столична община, се взема решение за закупуване на частен имот, което е реализирано през 1924 г.³⁸. Инвестицията се отразява тежко на бюджета на университета, като се търсят различни варианти за неговото стабилизиране – благотворителни лотарии, редуциране заплащането на преподавателите и ръководството на университета, увеличаване таксите на студентите и др. Сградата е открита през октомври 1924 година³⁹.

Въпреки образователните и научни успехи на висшето учебно заведение се предприемат действия за преустановяване на неговата дейност. Процесът по закриването на Свободния университет започва през 1938 г. с поредица от наредби-закони, издадени по силата на чл. 47 от Търновската конституция. Един от тези наредби-закони е Наредба-закон за частните висши училища⁴⁰. Законът е приет

³⁶ Дамянов, М., 1977, с. 163–172.

³⁷ 90 години Университет [...], с. 96.

³⁸ РДА – София, ф. 1327к, оп. 1, а. е. 2, л. 103–118.

³⁹ Бобчев, С. С. Осветяването дома на Свободния университет, В. Годишник на Свободния университет в София, 1925, с. 147 и сл.

⁴⁰ ДВ, бр. 80/12.4.1938.

след Наредба-закон за промяна на текстове от Закона за народното просвещение⁴¹. С промяната в Юридическия факултет (ЮФ) на Държавния университет в София се отделя Правен отдел и Държавно-стопански отдел. В мотивите към проекта за промени в Закона за народното просвещение се обръща внимание, че е необходимо внимателно да се проучи дали няма опасност някои от дисциплините, преподавани в Свободния университет, да се застъпват в Държавния. Дава се становище, че Свободният университет е специално учебно заведение, което не може да се нарича „университет“ и не трябва да се признават дисциплините, изучавани в него. Взима се решение периодът на обучение в учебното заведение на държавните и общински служители да не се признава и да не се разрешава те да се обучават занаяпред в учебното заведение, докато заемат своята длъжност, а придобитото образование да не се зачита за заемане на длъжност.

Разделянето на ЮФ е планирано за учебната 1938/39 учебна година. Мотивирано е с практиката за изучаване на „държавни и стопански науки“ в други европейски университети, където те се изучават или в специални факултети, или в специални отдели на юридическите или философски факултети. Конкретен пример е Лайпцигският университет, където „държавни и стопански науки“ се изучават в отдел на Философския факултет, което е свързано с традициите в университета.

В мотивите се изтъква още, че до настоящия момент младежите, които желаят да изучават държавни и стопански науки, се обучават най-вече в Свободния университет, а друга част – в университетите на други държави, което води до сериозни разходи на българските граждани в чужбина. Новият Държавно-стопански отдел на ЮФ на Държавния университет се предвижда да даде възможност на близо 400 младежи годишно да останат в страната, което за 4 годишен курс на обучение прави близо 1 600 младежа.

В периода, когато Свободният университет постига най-забележими резултати, той се оказва „нелегитимен“, „дружество, в което професорите си поделят печалбата“, „предоставящ ниско качество на образованието“, „нелоялен конкурент на държавния университет“ и др. Кулминацията на тази кампания е Наредбата-закон за частните висши училища от 1938 г., която е явна стъпка към закриването на Свободния университет.

Приетата Наредба-закон за частните висши училища е мотивирана, от една страна, от личните амбиции на тогавашния министър на народното просвещение проф. Г. Манев, който отстоява свои отдавнашни идеи. От друга страна, в мотивите личи негативно отношение към преподавателите в Свободния университет, много от които продължават да преподават (и да трупат доходи) и в Държавния университет. Друга причина е принципното негативно отношение към частните висши училища сред българското общество.

Промените в нормативната уредба (основно в Наредба-закон за частните висши училища) и атаката срещу частния Свободен университет с цел неговото закриване, срещат сериозна съпротива. Обществото е лакмус за несправедливите

⁴¹ Вж. преписка по проекта за Наредба-закон за допълнение на чл. 278 от Закона за народното просвещение, Мотиви към проекта и др. в ДА, ф. 177К, а. е. 2, 961, с. 16–27.

действия на изпълнителната власт. Започват брожения, молби на родители и близки на студенти от Свободния университет до министър-председателя, до цар Борис III, заявления до министерство на народното просвещение и министъра, възражения от професионални организации (напр. Пловдивската търговско-индустриална камара), дописки в пресата. В получените писма и доклади се „ходатайства“ да се отменят разпоредбите, които възпрепятстват обучението на студенти в Свободния университет. Сериозна съпротива срещат разпоредбите, според които действието на Наредбата-закон за частните висши училища има обратна сила и се анулират изпитите и семестрите на вече приетите, заварени студенти в Свободния университет. Във връзка с това Пловдивската търговско-промишлена камара предлага да се внесат изменения в наредбата-закон, като не се дава обратна сила на нейните разпоредби и се позволи на студентите в заварено положение да завършат своето образование. Най-активни в защита на Свободния университет са неговите преподаватели и студенти. Потърсено е съдействието и на завършилите студенти, от които 119 работят в БНБ, 124 – в Българска земеделска банка и Кооперативна банка, други – във Финансовото министерство, Върховна сметна палата, Дирекция за държавните дългове, Вътрешно министерство и др. Студентската организация на университета „Васил Левски“ изпраща изложение-молба до цар Борис III, меморандум до министър-председателя, министрите и народните представители. Своята подкрепа дават Български занаятчийски съюз, Сдружение на финансовите служители, Съюз на търговците, Български женски съюз, Съюз на столичните журналисти и др. В кампанията се включва и митрополит Стефан, който изразява възмущението си от закриването на Свободния университет.

Новият министър-председател и министър на народното просвещение проф. Богдан Филев дава надежда, че висшето учебно заведение ще продължи да съществува. Поставени са две условия – преименуване на Държавно висше училище по финансово-стопански и административни науки и имотите на университета да се отстъпят на държавата. Предложението е прието като единствен вариант от членовете на Общото събрание на Свободния университет и условията са изпълнени. В XXV ОНС е внесен Законопроект за Държавното висше училище за финансови и административни науки, който е приет след активната намеса и застъпничество на министър Б. Филев⁴². В мотивите към законопроекта се посочва важноста на висшето училище за развитието на страната и обучението на нови компетентни специалисти. Предвижда се висшето училище да бъде държавно, като издръжката е от собствени средства⁴³. Това е краят на Свободния университет, който приключва своето съществуване през 1940 г., а от 1 септември същата година започва да функционира Държавно висше училище за финансови и административни науки⁴⁴.

⁴² ДВ бр. 126/7.6.1940 г.: Закон за Държавно висше училище за финансови и административни науки.

⁴³ НБКМ-БИА, ПД5619, П Д 6700а, с. 1.

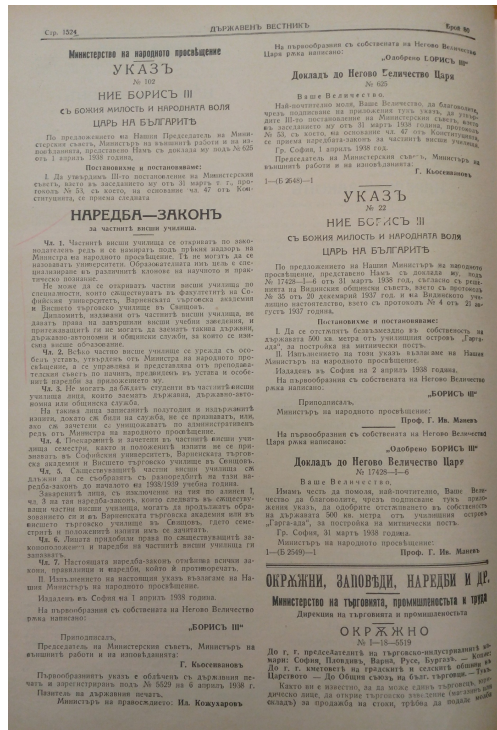
⁴⁴ Стефан Савов Бобчев, В. Училищен преглед, 1940, с. 961.

Свободният университет за политически и стопански науки е образователна институция, създала своя образователна общност, организирана около знанието, със свои правила, символи, традиции и ритуали⁴⁵. Популярността и успехът на Свободния университет се дължи на характера и съдържанието на предлаганото обучение. С балансираното съчетание на частностопански, с правни и хуманитарни дисциплини, с обширно изучаване на чужди езици, студентите имат възможност да получат стабилно образование, което не отстъпва на образованието в свободните университети в Белгия, Франция, Германия, Швейцария, Англия. Теоретическата подготовка е съчетана с практически стопански задачи, с участия в състезания, с подготовка на самостоятелни разработки по зададени актуални теми. Свободният университет показва, че е възможно едно висше учебно заведение да се издържа и развива успешно и без държавна финансова подкрепа. Дейността и историята на Свободния университет могат да ни послужат като пример – в него намираме примера на един частен университет, постигнал сериозни успехи, въпреки пречките и трудностите, причинени от политическата и икономическата криза в страната, политиката на държавните институции и силата на държавната репресия. Свободният университет е пример за частната инициатива в българското висше образование в периода след Освобождението. Подкрепата в негова полза е индикация, че българското общество защитава своите научни и образователни центрове. С одържавяването на Свободния университет е премахнато първото и единствено частно висше училище в България след Освобождението. По този начин са засегнати принципите на свободно сдружаване, академична самостоятелност, преподавателска свобода и избор на студентите, които са заменени с държавен контрол и железни държавни правила в сферата на висшето образование. Този контрол се отразява и върху българската интелигенция – за дълъг период от време липсва възможност да се формира независима интелигенция, която да противоречи на официалната държавна идеология. Примерът на Свободният университет показва, че може да има и друг успешен модел на университетска институция, нови специалности, различна философия за образователни цикли, различен тип администриране, различно при това успешно използване и поддържане на университетските сгради. Потвърждение на този пример са създадените след промените от 1989 г. Нов български университет, Американския университет в Благоевград, Варненски свободен университет, както и други частни университети в България. Частните висши училища в България ще играят все по-

⁴⁵ Пенчев, П., Денчев, Димитров, Марков, Петков. 90 години Университет за национално и световно стопанство 1920–2010, с. 25.

решаваща роля в политиките и иновациите в развитието на висшето образование в България⁴⁶. Тяхната специфична роля е свързана с предлаганите от тях разнообразни образователни услуги и програми. Много важна специфична роля на частното висше образование е силният иновационен елемент и натискът за промяна върху държавната система и политиката във висшето образование в страната⁴⁷. Изследователи на образованието определят частното висше образование за един от динамичните и бързо растящи сегменти на висшето образование през XXI в. Голяма част от студентите в повечето страни по света се обучават именно в частни висши училища⁴⁸. Причината е, че съвременните хора притежават подобра интуиция и ориентация, справят се с по-сложни модели на общуване и живеят в по-комплексни норми на поведение. Тези умения се придобиват чрез гъвкавите форми на висшите частни образователни институции.

Независимо от пол, възраст, етнос и религия, всеки може да получи желаните знания и умения в защитената територия на университета. Няма еднозначни правила и модели за образование – като форма, специалност, държавна или частна институция за обучение. Това е въпрос на личен избор, предпочитания, интереси, убеждения. Когато правим своя избор за образователна институция, да се придържаме към принципа „Да не се боим от разнообразието“ – *Ne varietatem timeamus*.



⁴⁶ Повече по темата за частните висши училища – Частните висши училища. Митове и реалност, 2005.

⁴⁷ Кокинов, Б. Пазарната конкуренция като основен гарант на качеството и специфичната роля на частното висше образование в подобряването на качеството. В: Частните висши училища. Митове и реалност, С., 2005, с. 110.

⁴⁸ Сланчева, С. Развитие и легалност на българските частни университети и колежи. В: Частните висши училища. Митове и реалности. С., 2005, с. 13.

Ключови думи

*Условно осъждане,
отложено изпълнение на
наказанието, съдимост,
наказателно право, осъж-
дане.*

Key words

*Suspended Sentence,
Suspended Execution
of Punishment, Conviction,
Criminal Law, Sentencing.*

Ralitsa Kostadinova

The Prior Sentencing of the Offender as a Barrier to Apply the Suspended Sentence

Ralitsa Kostadinova, Ph.D.

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

*Senior Assistant
Professor and Lecturer in
Criminal law.*

*Areas of
specialization: Criminal
Law, 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.*

This article deals with the sentencing of the offender as a barrier to apply the suspended sentence rules under the Bulgarian Criminal law. The first part of the paper explores the legal treatment of prior sentencing as an obstacle to delay the serving of a sentence in Bulgarian Criminal Law during 1904–1968 period. The second part contains a brief review of some foreign legislations and outlines the specific approaches to the issue of prior sentencing as a barrier to suspended sentence. The third part is focused on the contemporary legal regime and the questions posed by case law and criminal law theory. Special attention is put on the problem of a prior sentence ruled by a court in another EU Member State. The central issue is whether this sentence needs to be recognized for execution following the Criminal Procedure Code in order to be treated as a barrier to suspended sentence. The article as a whole aims to clarify the prior sentencing as a barrier to suspend the execution of the punishment and to provide answers to the problems found in practice.

Ралица Костадинова

Предходната съдимост на дееца като пречка за прилагане на условно осъждане

I. Увод

Институтът на условното осъждане по българското наказателно право може да се приложи при наличие на две групи предпоставки: две положителни и една отрицателна предпоставка (пречка). В първата група се включват изискването съдът да е наложил на дееца наказание до три години лишаване от свобода (включително) и преценката му, че целите на наказанието и преди всичко поправянето на дееца могат да бъдат постигнати и без ефективно изтърпяване на наказанието. Втората група обхваща забраната деецът да е осъждан на лишаване от свобода за престъпление от общ характер. Тези особености на предходната съдимост са предмет на разглеждане в настоящата статия. В следващото изложение ще бъде направен опит да се изясни ролята на съдимостта при определяне правната същност на условното осъждане. За изясняване на поставения въпрос спомагат както анализът на достъпната научна литература и съдебна практика, така и използването на историческия и сравнителноправния методи на изследване.

II. Съдимостта на дееца като пречка за прилагане на условно осъждане в България през периода 1904–1968 г.

1. Още при въвеждането на условното осъждане в България със Закона за условното осъждане (по-нататък „ЗУО“)¹ било установено, че институтът е приложим само ако подсъдимият не е бил „по-рано осъждан на затвор или на друго по-тежко наказание за престъпление от общ характер“ (чл. 1). За да се изясни приложното поле на института, следва се отговори на три въпроса: какво обхваща израза „осъждан на затвор“, кое наказание се счита за по-тежко от затвора и кои са престъпленията от общ характер?

¹ Утвърден с Указ от 31.12.1903 г., под 95, обн., ДВ, бр. 3 от 5.1.1904 г.

1.1. Обхват на израза „осъждан на затвор“

Прегледът на наказателноправната литература от края на 90-те години на XIX в. сочи, че **терминът „затвор“ е общ и обхваща всички видове наказания, които отнемат свободата:** строг тъмничен затвор; тъмничен затвор и запирането (арест)². Посочените три вида наказания се различават както по срока, за който ограничават свободата, така и по местата за изтърпяване им и съответния режим. Първият вид наказание (строг тъмничен затвор), имал две разновидности: доживотен и временен (чл. 15 от Наказателния закон³ от 1896 г.). Временният строг тъмничен затвор имал продължителност от една до петнадесет години, а в случаите на съвкупност от престъпления – до двадесет години. Вторият вид наказание, свързан с ограничаване на свободата (тъмничният затвор), е бил от един ден до три години, а в случаите на съвкупност от престъпления – можел да продължи до четири години⁴. Третият вид наказание (запирането) е от един ден до три месеца и се изтърпявало в особени помещения без да се задължава осъдения да върши „тъмничната работа“⁵. Поставя се въпросът дали, когато в чл. 1 от ЗУО се предвижда „затвор“, се имат предвид всички наказания, които ограничават свободата, както са описани в теорията? Отговорът е отрицателен и съображенията за това са следните.

Първо, когато определя кръга от наказанията, спрямо които е приложимо условното осъждане, ЗУО посочва поотделно: „затвор“ и „запиране“ (чл. 1 от ЗУО). Тоест ако терминът „затвор“ се определяше като родово понятие, то не би било необходимо да се добавя изрично и запирането. Следователно законодателят не схваща „запирането“ като вид затвор, така както се сочи теорията.

Второ, пак във връзка с употребата на законовия израз „осъждане на затвор до една години“ (чл. 1 от ЗУО) в теорията е изказано становище, че става дума не за всички видове лишаване от свобода, а само за тъмничния и строгия тъмничен затвор⁶.

Следователно, когато се описва кръга от лица, спрямо които не се е допускало условно осъждане, следва да се имат предвид осъжданите преди това на тъмничен или строг тъмничен затвор.

1.2. Кои са по-тежките наказания според НЗ 1896 г.?

Прегледът на системата на наказанията по българското наказателно право от началото на XX в. показва, че единственото по-тежко наказание от затвора е смъртното наказание⁷. Най-тежката санкция, предвидена в първия български На-

² Така Йовев, 1899, с. 262. Авторът изрично уточнява, че тук не се включват: личното задържане за дълг по силата на гражданските закони; предварителния арест; задържането в лечебно заведение; задържането във възпиталище на малолетните престъпници, както и дисциплинарният лишавания от свобода.

³ Утвърден с указ от 2.2.1896 г., под 43, обн., ДВ, бр. 40 от 21.2.1896 г., отм., бр. 13 от 13.2.1951 г., в сила от 13.3.1951 г.

⁴ Относно видовете тъмничен затвор вж. Ников, 1898, с. 28–34.

⁵ Вж. Йовев, 1899, с. 279.

⁶ Капелков, с. 164.

⁷ Скалата на главните наказания в низходящ ред според чл. 13 от НЗ 1896 г. е:

казателен закон след Освобождението, се е изпълнявала „чрез бесилка, не публично“⁸. Ако такова наказание обаче е било наложено и след това изпълнено, то безпредметно е разглеждането на въпроса за наказателната отговорност във връзка с последващо извършено престъпление и в частност въпроса за условното осъждане. Единствената хипотеза, в която ще е налице наложено смъртно наказание и наказателноотговорно лице, годно да понесе отговорност за последващо извършено престъпление, това е помилването⁹. В този случай обаче предходното налагане на смъртно наказание ще бъде абсолютна пречка за прилагане на условното осъждане, поради което наказанието винаги ще се търпи ефективно.

1.3. Понятие за „престъпления от общ характер“ според НЗ 1896 г.

Условното осъждане не е можело да се приложи, ако деецът е бил осъждан за престъпление от общ характер.

При осмисляне на изискването предходното осъждане да е за престъпление следва да се има предвид, че според т. нар. двойно деление престъпните деяния са два вида: престъпления и нарушения. Следователно осъждането за нарушение не е било пречка за прилагане на условно осъждане.

Необходимо е било осъждането да е за определена група престъпления, а именно групата на „престъпленията от общ характер“. Във връзка с това Н. Долапчиев изказва становище, че с употребеният в чл. 1 от ЗУО израз законодателят „е искал да каже неполитическо престъпление“¹⁰, т. е. че деецът не трябва да е осъждан за неполитическо престъпление. Означава ли това, че ако деецът е осъждан за политическо престъпление, условното осъждане е допустимо? Подобно тълкуване не може да се допусне за вярно. През цялото развитие на наказателното право престъпленията против държавната власт, т. нар. политически престъпления, винаги са били наказвани най-тежко. И едва ли единствено по отношение на тях би се допуснало отлагане на изпълнението на наказанието, а за останалите не. По скоро следва да се постави въпросът дали към онзи момент съществува делението на престъпления от общ и престъпления от частен характер, разбирано в съвременния му смисъл? Престъпления от частен характер са били уредени в Наказателния закон от 1896 г. За тях е характерно, че те „засягат конкретен пострадал, чийто личен интерес от правна защита се приема за преоб-

- „1) смъртно наказание;
- 2) строгъ тъмниченъ затворъ;
- 3) тъмниченъ затворъ;
- 4) запиране (арестъ), и
- 5) глоба“.

⁸ Подробно по въпросите на смъртното наказание в България при действието на НЗ 1896 г. и за стеснения обхват на неговото приложение вж. Груев, 1998, с. 151–155.

⁹ Помилването било въведено в новото българско право с приемането на Търновската конституция. Князът имал право да отменя и да смекчава наказанията. Това негово право било доразвито от чл. 86 от НЗ 1896 г. Подробно вж. Велчев, 2001, с. 20–21.

¹⁰ Вж. Долапчиев, 1940, с. 510, бел. под линия 1.

ладаващ над обществения¹¹. Както в общата част (чл. 81–85), така и в особената част на НЗ 1896 г., те са обозначени като престъпления, които се преследват „по тъжба на потърпевшия“¹². Следователно осъждането за престъпление, което се преследва по тъжба на пострадалия, не е пречка за условното осъждане. До този извод накрая стига и Долапчиев, според който „условното осъждане е допустимо и за частни престъпления“¹³.

Предвид на изложеното се очертава следната група лица, спрямо които е било неприложимо условното осъждане. Това са осъдените, на които е било наложено наказание тъмничен затвор, строг тъмничен затвор или смъртно наказание (за което да са били помилвани) заради извършено престъпление от общ характер. Това изискване се прилага до 50-те години на ХХ в.

2. В приетото през 30-те години на ХХ в. военно-наказателно законодателство в България било установено положението, че институтът на условното осъждане се прилага и за военни престъпления. Това било допустимо при наличие на предпоставките за условно осъждане, установени в ЗУО (така чл. 94 от Военно-наказателния закон от 1937 г.¹⁴). При това положение условно осъждане за военните престъпления не било допустимо, ако деецът вече е осъждан на затвор или друго по-тежко наказание за престъпление от общ характер. Така моделът, установен със ЗУО, се прилага за военни престъпления до 1949 г.

3. Промяна настъпва с приемането на новия Военно-наказателен закон¹⁵ през 1949 г. Той допускал условно осъждане спрямо военните лица само ако „съдът намери, че степента на опасност на осъденият не изисква задължително изпълнение на наложеното наказание“ (чл. 36). Както е видно, изрично изискване за липса на предходна съдимост отсъства в нормативната уредба на условното осъждане за военни престъпления. Тя се съдържа имплицитно в изискването за ниска степен на обществена опасност на дееца. Фактът, че деецът извършва ново престъпление след като вече е наказван за престъпление от общ характер на лишаване от свобода, винаги ще разкрива по-висока степен на обществена опасност на дееца. След като деецът е търпял неблагоприятното влияние на наложеното наказание и отново е извършил престъпление, то неговата степен на обществена опасност налага изтърпяване на наказанието. И обратното, ако деецът за пръв път върши престъпление, прави възможно постигането на целите на наказанието без затворно третиране и следователно условното осъждане е допустимо. Тази конкретна преценка е оставена на съдебния състав.

¹¹ Така Велчев, 2015, с. 25.

¹² Страната, която е предявила тъжба за деяние, което по закона не бива преследвано по реда на публично или частно-публично обвинение е частен обвинител според Закон за устройство на съдилищата от 1897 г. Така Митов, 2017, с. 19. По въпросите на частното обвинение вж. също: Ройчев 2017.

¹³ Вж. Долапчиев, 1940, с. 510, бележка под линия 1.

¹⁴ Утвърден с Указ 305 от 12.12.1937 г., обн. ДВ, бр. 290 от 29.12.1937 г., в сила от 1.3.1937 г., изм. и доп., бр. 166 от 31.7.1941 г., бр. 196 от 8.9.1944 г., бр. 223 от 25.9.1945 г., отм., бр. 21 от 28.1.1949 г.

¹⁵ Обн., ДВ, бр. 21 от 28.1.1949 г.

4. Наказателното законодателство от 50-те година ХХ в. възстановява изричното формулирането на съдимостта като пречка за условно осъждане. Според Наказателния закон от 1951 г.¹⁶ приложението на условно осъждане е допустимо, ако лицето да не е осъждано на лишаване от свобода или друго по-тежко наказание за престъпление от общ характер (чл. 48 НЗ). Според установената система на наказанията единственото по-тежко наказание е било смъртното (чл. 22)¹⁷. Следователно ограничението за отлагане изпълнението на наказанието се отнася само до предходно осъждане, с което се налага лишаване от свобода или смъртно наказание. При това положение предходни наложени наказания като поправителен труд без лишаване от свобода, глоба, лишаване от права или обществено порицание, не са пречка за приложението на условното осъждане. От друга страна миналите осъждания за престъпления от частен характер също не са пречка за прилагане на условно осъждане. Както уточнява Върховия съд „това разбираме произтича от естеството и характера на престъпленията от частен характер. Обществена опасност на престъпленията „от частен характер е много по-малка от престъпленията от общ характер [...]“¹⁸. Следва да се спомене, че НК 1951 г. съдържа допълнителна забрана: условното осъждане да не се прилага повторно. Разпоредбата, съдържаща забраната (чл. 49, ал. 2 НЗ 1951 г.), е отменена с изменението от 1956 г.

5. През 1968 г. с приемането на действащия Наказателен кодекс предпоставката за условно осъждане, касаеща съдимостта, е формулирана по следния начин: „лицето не е осъждано на лишаване от свобода за престъпление от общ характер“. Отпада уточнението относно по-тежкото от него наказание-смъртното, което към този момент все още е съществувало. Изискването за липса на предходна съдимост се оценява положително от наказателноправната теория, която приема, че това е гаранция, че институтът няма да бъде прилаган към рецидивисти и така ще бъде осъществена правилна наказателна политика¹⁹. Ето защо при преценка приложимостта на института от съществено значение е „личността на престъпника, особено неговото поведение в миналото“²⁰.

* * *

Краткият исторически преглед на законодателството показва, че определени случаи на предходна съдимост са пречка за условното осъждане. Това е формули-

¹⁶ Обн., Изв., бр. 13 от 13.2.1951 г., попр., бр. 16 от 23.2.1951 г., изм. и доп., бр. 13 от 13.2.1953 г., попр., бр. 14 от 17.2.1953 г., изм., бр. 89 от 6.11.1953 г., бр. 90 от 10.11.1953 г., изм. и доп., бр. 12 от 10.2.1956 г., в сила от 17.2.1956 г., попр., бр. 16 от 24.2.1956 г., изм., бр. 91 от 13.11.1956 г., бр. 13 от 14.2.1958 г., изм. и доп., бр. 90 от 11.11.1958 г., бр. 22 от 17.3.1959 г., изм., бр. 52 от 30.6.1959 г., ДВ, изм. и доп., бр. 98 от 17.12.1963 г., изм., бр. 48 от 17.6.1964 г., бр. 51 от 1.7.1966 г., в сила от 1.8.1966 г., отм., бр. 26 от 2.4.1968 г., в сила от 1.5.1968 г.

¹⁷ „За най-тежките престъпления, които заплашват основите на Народната република, както и за други особено опасни престъпления, като временна и изключителна мярка, се предвижда смъртно наказание, което се изпълнява чрез разстрелване“ (НК 1956, чл. 22).

¹⁸ Решение 138 от 1958 г., III н. о. Върховен съд.

¹⁹ В този смисъл Хинова, 1977, с. 71.

²⁰ Маринов, 1980, с. 85.

рано изрично всички наказателни закони и ЗУО (с изключение на ВНЗ от 1949 г.). Предходното осъждане е пречка за условно осъждане, когато е постановено за престъпление с по-висока степен на обществена опасност. Поради това се изисква предходното престъпление да е от общ характер и постановеното за него наказание да е лишаване от свобода. По аргумент на противното основание по отношение на лицата, осъждани за престъпления от частен характер, както и за лицата, осъждани за престъпление от общ характер, на които е наложено наказание по-леко от лишаването от свобода, условно осъждане е можело да бъде приложено. Тъй като обществената опасност в тези случаи е по-ниска, на законодателно ниво е прието, че те не съставляват пречка за прилагане на условно осъждане. Този диференциран подход продължава да се прилага и в действащото наказателно право. Той позволява, въпреки предходната съдимост, ако тя е за нетежки престъпления, за които не е наложено наказание лишаване от свобода или е за престъпление от частен характер, деецът да бъде освободен от изтърпяване на наказанието. Изискването за липса на предходна съдимост с определени характеристики е проявление на тенденцията за диференциация на наказателната отговорност на плоскостта на субекта на престъплението²¹. Простият факт на предходно осъждане обаче не е определящ за преценка допустимостта на условното осъждане. Наказателноправно значение има вида на престъплението, за което е постановено осъждането, а именно – престъпление от общ характер. Ако то е за престъпление от частен характер, осъждането никога няма да е пречка за условно осъждане. Кумулативно се изисква и наложеното наказание да ограничава по-значително правната сфера на осъдения и да бъде от вида на лишаването от свобода. Неговото налагане индикира, че степента на обществена опасност на извършеното деяние и дееца са високи и налагат по-тежко наказателно правно третиране. Това е причината в тези случаи условно осъждане за последващо престъпление да не се допуска.

III. Предходната съдимост като пречка за условно осъждане в чуждото законодателство

Прегледът на чуждото законодателство по въпроса дали съдимостта е пречка за условно осъждане показва, дава основания да се обособят две подхода.

1. Според първият **предходната съдимост не е формулирана в наказателния закон като пречка за отлагане изпълнението на наказанието** (Германия, Австрия). Наказателният кодекс²² на Германия допуска съдът да отложи изпълнението на наказанието лишаване от свобода до една година, ако, изхождайки

²¹ Тази линия на диференциране на наказателната отговорност при престъпленията от частен характер отдавна е очертана в наказателноправната теория. Подробно вж. Ненов, Иван, Лютов, Костадин. (1975). Диференциация и индивидуализация на наказателната отговорност. В: Държавната и правната система при изграждане на развито социалистическо общество в Народна република България. С.: БАН, с. 333.

²² Текстът на Наказателния кодекс на Германия на английски език е достъпен в интернет на адрес: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/ [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с последен достъп на 26.6.2018 г.].

от обстоятелствата по делото, има основания да смята, че с факта на постановяването на присъдата се въздейства в достатъчна степен върху осъдения предупредително, така че да не върши нови престъпления (§56, ал. 1). При преценка на степента на предупредително въздействие на условната присъда съдът е задължен да вземе предвид: личността на осъдения, неговото минало, обстоятелствата, свързани с извършеното деяние, неговото поведение след деянието; жизнената му ситуация; влиянието, което ще окаже отсрочката върху него (§56, ал. 1 НК на Германия). Отсрочването на изпълнението на наказанието е възможно и при наложено лишаването от свобода до две години. В този случай съдът в резултат на съвкупната оценка на деянието и личността на осъдения трябва да е приел, че са налице особени обстоятелства (§56, ал. 2, НК на Германия). Видно е, че и в двете хипотези правната уредба на института на условното осъждане (*Strafaussetzung zur Bewährung*) в Германия не съдържа изрично изискване деецът да е неосъждан²³.

В §43, ал. 1 от НК на Австрия се предвижда, че ако деецът е осъден на лишаване от свобода до две години или на парична глоба, съдът може условно да го освободи от наказание, като му определи изпитателен срок от една до три години. Условното освобождаване от наказание се допуска, ако съдът има основания да се вярва, че заплахата от реално изпълнение на наказанието е достатъчна, за да предотврати извършването на нови престъпления. Във връзка с това се отчитат особеностите на деянието, личността на правонарушителя, степента на вина, неговия предишен живот и поведението му след деянието.

2. Вторият подход е характерен за по-голяма част от държавите. Те изрично формулират **предходната съдимост като пречка за условно осъждане**. С оглед особеностите на предходното наложено наказание и/или вида на извършеното престъпление се срещат многообразие от варианти. В някои от страните забраната е дадена по-общо. Например обикновеното условно осъждане във Франция, т. нар. „проста условна присъда“ (*sursis simple*), изисква деецът да не е осъждан за тежко престъпление или леко престъпление от общ характер на лишаване от свобода в период от 5 години преди извършването на престъплението (чл. 132–30 от НК на Франция)²⁴.

Прегледът и на други чужди законодателства²⁵ позволява да се обособят **няколко групи осъждани лица, по отношение на които не се допуска условно осъждане**.

Първо, условно осъждане не се допуска по отношение на лицата, които вече са били **осъждани на лишаване от свобода**. Подобно ограничение е въведено в Наказателните кодекси на България, Беларус, Франция, Италия и Белгия. Тъй като по френското законодателство наказателна отговорност може да се прилага и спрямо юридически лица, забраната за съдимост касае и тях. Юридическото лице не

²³ Така Головненков, 2012, с. 58–62.

²⁴ Текстът на Наказателният кодекс на Франция е достъпен в интернет: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=489B1DA18369B34644826B7354CFB11A.tplgfr38s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006192895&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20171027

²⁵ Относно предпоставките за условно осъждане в чужди законодателства вж. Додонов, 2009, с. 380.

трябва да е наказвано преди това с глоба над 15 000 Е. (чл. 132–30 от НК на Франция). В Белгия лицата не трябва да са осъждани на лишаване от свобода повече от 12 месеца. Второ, условно осъждане не се допуска, ако **лицата са осъждани преди това за умишлени престъпления** (Испания). Трето, да не са **осъждани на лишаване от свобода за умишлени престъпления** е установено в НК на Таджикистан, Узбекистан, Естония. Четвърто, **въобще да не са осъждани** – в някои щати на САЩ и Хондурас. Пето, **да не са рецидивисти** (Китай, Малта, Молдова). Шесто, **да не са многократни рецидивисти** (Унгария). Седмо, **да не са осъждани за тежко или особено тежко престъпление**. (Беларус, Таджикистан, Узбекистан), както и да не е налице **опасен или особено опасен рецидив** (Русия).

Моделът, възприет в България, попада във втората група. В Наказателният кодекс изрично е формулирано изискването „деецът не е осъждан на лишаване от свобода за престъпление от общ характер“. Този подход бележи всички наказателни закони, уреждащи материята. Особеностите по неговото съвременно прилагане ще бъдат разгледани по-нататък.

IV. Предходната съдимост като пречка за условно осъждане по действащия Наказателен кодекс

Първо, трябва да е постановено **осъждане** с влязъл в сила осъдителен съдебен акт (присъда, решение, определение), който да признава дееца за виновен в извършването на престъпление и да му налага наказание. Следва да се има предвид, че осъждането може да е постановено и от чужд съд.

Това произтича от чл. 8, ал. 1 от НК, в който се установява, че присъдата на чужд съд за престъпление, за което се прилага българския Наказателен кодекс, се взема предвид в случаите, установени с международно съглашение, в което участва Република България. Основният акт, който регулира тази материя, е Европейска конвенция за международно признаване на присъди (ЕКМПП)²⁶. Следва да се има предвид, че принципът за равностойност на присъдите е от изключително значение и за Европейския съюз (ЕС). За да се гарантира, че присъдите, постановени в различните държави членки, се ползват с едни и същи правни последици е прието Рамково Решение 2008/675/ПВР на Съвета от 24 юли 2008 година за вземане предвид присъдите, постановени в държавите – членки на Европейския съюз в хода на новообразувани наказателни производства²⁷. То е транспонирано през 2011 г. с въвеждането на новата ал. 2 на чл. 8 от НК. Новата разпоредба установява, че влязлата в сила присъда, постановена в друга държава – членка на ЕС за деяние, което е престъпление по българския НК, се взема предвид във всяко наказателно производство, което се провежда срещу същото лице в Република България²⁸. Следователно предишната съдимост на държава – членка

²⁶ Обн. ДВ, бр. 104 от 2004 г.

²⁷ Официален вестник на Европейския съюз, L 220/32 от 15.8.2008 г. Достъпно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/ALL/?uri=celex:32008F0675>

²⁸ Фактическите предпоставки за вземане предвид присъдите на държавите — членки на ЕС са: наличие на предишна присъда на държава — членка на ЕС; тя да касае раз-

на ЕС трябва да се отчете и при прилагане на условно осъждане. Чуждата присъда **задължително се взима предвид** по смисъла на чл. 8 от НК **без да е необходимо да се признава** по правилата на чл. 463 и сл. от НПК²⁹. Че това е така, се потвърждава и в дело С 171/16 (Траян Бешков срещу Софийска районна прокуратура): „Рамково решение 2008/675 трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска вземането предвид в държава членка на предишна присъда, постановена от съд на друга държава членка, да бъде обусловено от предварителното провеждане на национална процедура за признаване на тази присъда от компетентните съдилища на първата държава членка, каквато е процедурата, предвидена в членове 463–466 от Наказателно-процесуалния кодекс“³⁰.

Второ, **осъждането трябва да е за престъпление от общ характер**. След като изискването се отнася само до реда, по който се преследва престъплението, то може да бъде както умишлено, така и непредпазливо. Въпреки по-ниската степен на обществена опасност на непредпазливите престъпления, осъждането за тях, ако са от общ характер, също е пречка за условно осъждане. В този случай прилагането на условно осъждане винаги ще съставлява нарушение на материалния закон и основание за отмяна на съдебния акт³¹.

Трето, с осъдителния съдебен акт на дееца трябва да е **наложено наказание лишаване от свобода**. До налагане на този вид наказание може да се стигне в две хипотези. Първо, лишаването от свобода да е предвидено за конкретния състав на престъплението, което е най-често срещаната хипотеза. Второ, възможно е лишаването от свобода да не е предвидено в санкционната част на нормата от Особената част на НК, по която е квалифицирано престъплението. До него обаче може се стигне след замяна на наложено наказание пробация с лишаване от свобода при условията на чл. 43а, т. 2 от НК. Те предвиждат, че ако осъденият без основателна причина не изпълнява наложената пробационна мярка, съдът може не само да наложи друга

лично деяние; изискване за двойна наказуемост; правните предпоставки могат да се вземат предвид на всеки етап от производството, вкл. и изпълнението. Подробно вж. Чинова, М. Панова, П. 2015, с. 3–6.

²⁹ Така Чинова, Панова, 2015, с. 17. Регламентът за разпространяване на информация относно постановените присъди е даден в Рамково решение 2009/315/ПВР на Съвета от 26 февруари 2009 година относно организацията и съдържанието на обмена на информация, получена от регистрите за съдимост, между държавите членки. То е въведено с изменение през 2013 г. в Наредба 8 от 26 февруари 2008 г. за функциите и организацията на дейността на бюрата за съдимост. Следва да се има предвид, че от 2012 г. държавите членки използват Европейската информационна система за съдимост (ECRIS), въведена с Решение 2009/316/ПВР на Съвета от 6 април 2009 година за създаване на Европейска информационна система за съдимост (ECRIS) в изпълнение на член 11 от Рамково решение 2009/315/ПВР.

³⁰ Решение на Съда (пети състав) от 21 септември 2017 година, непубликувано, достъпно: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130da27523d9197874ef2a274c4cf9487a6b0.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb3qTe0?text=&docid=194782&pageIndex=0&doclang=BG&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=769237>

³¹ Вж. Решение 236 от 2011 г., III н. о. на ВКС; Решение 216 от 25.V.1989 г. по н. д. 218/89 г., II н. о на ВКС.

мярка, но и да замени изцяло или отчасти пробацията с лишаване от свобода. След замяната лицата, осъдени на пробация, се считат за осъдени на лишаване от свобода. Това положение възниква „от момента на влизане в сила на определението по чл. 452, ал. 3 от НПК с всички произтичащи от това последици“³². Няма значение дали предходно наложеното наказание е изтърпяно или отложено за изтърпяване. От значение е дали деецът е реабилитиран или амнистиран за него.

Миналото осъждане на дееца се установява със свидетелство за съдимост. Според Ненов това може да стане и с „други доказателства – например с обяснени-ята на подсъдимия“³³. Възможно е фактът на предходното осъждане да не бъде известен на съда, но след постановяването на условно осъждане да бъдат установени нови доказателства относно съдимостта на дееца. В този случай наказателното производство подлежи на възобновяване, а прилагането на чл. 66 – на отмяна³⁴.

Предвид гореизложеното може да се обобщи, че предходната съдимост е пречка за условно осъждане, ако то касае престъпление, чиято степен на обществена опасност не е висока. Тази хипотези ще е налице, когато е за престъпление от общ характер и е наложено наказание лишаване от свобода. Съдимостта се доказва с влязъл в сила съдебен акт както на български, така и на чужд съд при условията на чл. 8 от НК.

Следва да се разгледа и въпросът към кой момент се преценява липсата/наличието на съдимост. В наказателноправната литература по въпроса за момента, към който се преценява съдимостта, се дават следните разяснения: деецът да не е бил осъждан **по-рано**³⁵, да не е осъждан **преди това**³⁶ или да не е осъж-

³² Тълкувателно решение 6 от 30.6.2014 г. по тълкувателно дело 6/2013 г., ОСНК на ВКС.

³³ Ненов, 1963, с. 487–488.

³⁴ Такъв е случаят, предмет на разглеждане по наказателно дело 754 от 2009 г. на ВКС. Производството е образувано по искане за възобновяване на наказателното производство и отмяна на постановеното по него определение, с което е одобрено споразумение за прекратяване на наказателното производство. Споразумението за прекратяване на наказателното производство е за престъпление по чл. 343б, ал. 1 НК, за което е наложено наказание от осем месеца лишаване от свобода с отложено изпълнение за срок от три години, на основание чл. 66, ал. 1 НК. Правното основание за искането за възобновяване е разкритото ново обстоятелство за съдебното минало на осъдения, което има съществено значение за решаване на делото. След постановяване на условното осъждане прокуратурата събрала информация, че осъденият е роден в друго населено място. В резултат на това данните за съдимост, изпратени от съответния районен съд показали наличието на две присъди. На основание чл. 425 от НПК Върховният касационен съд постановява решение, с което възобновява наказателното дело, отменя определението, с което било одобрено споразумението за прекратяване на наказателното производство и връща делото на съответната районна прокуратура. Вж. Решение 76 от 12.3.2010 г. на ВКС по н. д. 754/2009 г., II н. о., НК, достъпно на интернет страницата на ВКС: http://www.vks.bg/vks_p03.htm

³⁵ Ненов, 1963, с. 497.

³⁶ Каракашев, 1999, с. 51.

дан **преди своето настоящо осъждане**³⁷. Това налага по-подробно да се разтълкува израза, че деецът не трябва да е бил осъждано „по-рано“, т. е. по-рано от кое:

1. от извършване на престъплението,
2. от осъждането или
3. и от двете?

В съдебната практика трайно е възприето, че **предходната съдимост се преценява към момента на извършване на престъплението**. Затова и в съдебните си актове наказателните състави приемат, че преценката дали е налице предходно осъждане се прави към момента на извършване на деянието, а не към момента на присъдата за него. Ако деецът не е извършил преди това друго престъпление, то резонно е за настоящето престъпление да се приложи условно осъждане. „Тъкмо липсата на такива противообществени установки прави възможно по отношение на лица, извършили за пръв път нетежки престъпления [...] да се използва условно осъждане [...]“³⁸. Фактът, че деецът не осъждан, не би следвало да се отчита повторно като аргумент за прилагане на условно осъждане с оглед целите на наказанието. Тоест, веднъж отчетена при диференциацията на наказателната отговорност, съдимостта не следва да се сочи като аргумент и за наличието на следващата предпоставка (постигане на поправимост на дееца и целите на наказанието без затворно третиране)³⁹.

Възможно е обаче деецът да е извършил друго престъпление преди престъплението, за което се прилага условно осъждане, но все още да не е осъден за него. В този случай няма пречка условното осъждане да се приложи. По отношение на дееца не е въздействано чрез средствата и способите на наказателното право. Ето защо по-строгийт подход спрямо правонарушителите рецидивисти в случая е неприложим. След като за дееца осъждането е първо в живота му, следва да му се даде възможност да се поправи извън затвора.

Третата възможност е деецът да е извършил престъпление преди престъплението, за което се прилага условно осъждане, но към момента на осъждането вече да е постановена присъда за предходното престъпление. В този случай чл. 66, ал. 1 от НК също може да се приложи, защото съдимостта на лицето е възникнала след извършване на престъплението, за което се прилага условно осъждане. В този случай ще е налице **реална съвкупност от престъпления**, осъжданията за които са постановени с различни присъди. За тях трябва да бъде определено общо наказание по правилата на чл. 23 и чл. 24 (чл. 25 от НК)⁴⁰. Нещо повече, дори е възможно условно осъждане да е постановено по една или повече от присъдите. По повод на това положение чл. 25, ал. 4 от НК предвижда, че „[к]огато по една или повече от присъдите лицето е било освободено от изтърпяване на наложеното наказание по реда на чл. 64, ал. 1 или на чл. 66, въпросът за изпълнението на общото наказание се решава при неговото определяне“. В този случай постановените по отделно условни осъждания ще отпаднат и съдът е задължен да прецени дали общото наказание за съвкупността в цялост подлежи на

³⁷ Гиргинов, 2009, с. 316; Гиргинов и Трайков, 2000, с. 439.

³⁸ Ненов, Лютов, цит. съч., с. 333.

³⁹ В този смисъл вж. Ненов, Лютов, 1975, с. 338.

⁴⁰ Решение 657 от 2004 г., II н. о., ВКС.

изпълнение. Подробен анализ на това положение откриваме в тълкувателната практика на стария Върховен съд по прилагането на НЗ 1951 г. В него се посочва „няма никакво законово основание подсъдимият да бъде третиран различно в зависимост от това, дали е предаден на съд се един обвинителен акт, в едно дело или с отделени обвинителни актове, по които са образувани отделни дела. Затова няма пречка съдът да отложи изпълнението на наложено наказание по издадена по-късно присъда, щом деянието е извършено преди влизане в сила на първата присъда“⁴¹.

Разбирането, че съдимостта се преценява към момента на извършване на деянието, е трайно прокарано и в съвременната практика на районните съдилища⁴². Така например в мотивите към съдебно решение четем „[т]ъй като към момента на извършване на деянието В. не е бил осъждан, съдът приложи разпоредбата на чл. 66 от НК, като отложи изтърпяването на наказанието му за минималния изпитателен срок от три години от влизане на присъдата в сила. Съдът намира, че за поправянето и превъзпитанието на подсъдимия не е необходимо същият да изтърпи наложеното му наказание“⁴³. И обратното, ако деецът е осъждан към момента на деянието, то се отказва прилагане на чл. 66⁴⁴. Такава е и практиката на Окръжните съдилища. Така например по конкретно дело се посочва „към момента на извършване на процесното деяние – 31.10.2016 г. подсъдимият е бил със статут на осъждан. С оглед на това правилно съдът му е определил ефективно изтърпяване на наложеното наказание при първоначален „строг“ режим“⁴⁵. В резултат на това разбиране условно осъждан се прилага спрямо лица с множество осъждания, които обаче са постановени след като е извършено престъплението, спрямо което се прилага чл. 66 от НК⁴⁶.

⁴¹ Решение 101 от 1955 г. на ОСНК на Върховния съд. Публ. в: Наказателен кодекс, текст, съдебна практика, литература, С.: Наука и изкуство, 1961, с. 143–144.

⁴² Мотиви към присъда 225/5.12.2017 г. по н.о.х.д 2770 по описа на Бургаски районен съд за 2017 г., достъпни на адрес: http://212.122.172.41:8888/LegalActs/2018/N/01.01-15/0270f517_770c0517.htm

⁴³ Мотиви по присъда 29 по н.о.х.д 30/2011 г., достъпни в интернет на адрес: <http://www.rs-topolovgrad.com/spr/0070f511/03031411.htm>

⁴⁴ Подсъдимата е била осъждана към момента на деянието, поради което не е приложено отлагане на изпълнението по чл. 66. Вж. Мотиви към Присъда 64 по НОХД 815/2008 г. по описа на КРС, достъпни в интернет на адрес: <http://kz-court.org/2009/no/0070f508/81531009.htm>

⁴⁵ Решение 7 от 2017 г. на Хасковски окръжен съд по внох дело 998 по описа за 2016 година, достъпно в интернет на адрес: <http://okrsud.haskovo.net/sprweb/0070d816/99812417.htm>

⁴⁶ „Към момента на извършване на деянието подсъдимият е неосъждан, но е освободен от наказателна отговорност с налагане на административно наказание глоба по АНД ***. на ЯРС за престъпление по чл. 354а, ал. 5 вр. ал. 3, т. 1 от НК. След извършване на деянието е осъждан три пъти с влезли в сила присъди за умишлени престъпления от общ характер против собствеността – по НОХД на ЯРС, по НОХД *** на ЯРС и по НОХД *** на ЯРС“. Вж. Мотиви към присъда 26/13.2.2018 г., постановена по

Възможно е деецът да е бил осъждан към момента на извършване на престъплението, но към момента на осъждането съдимостта да е погасена. В този случай се оказва, че съдимостта следва да се преценява към момента на осъждането за престъплението, за което се прилага условното осъждане, т. е. към момента на налагане на наказанието. Този подход намира опора в буквалното тълкуване на разпоредбата на чл. 66, ал. 1, в която се посочва, че „**когато съдът налага наказание [...] той може да отложи [...], ако [...]**“, т. е. съдът решава въпроса за отлагането **след като е наложил наказание**. Към този момент той трябва да прецени и постижимостта на целите на отложеното наказанието и без затворно третиране. Индикация за подобно разбиране дава А. Гиргинов, според който ограничението за прилагане на условно осъждане се отнася до съдебното минало на деца, който не трябва да е „осъждан на лишаване от свобода за престъпление от общ характер преди своето настоящо осъждане [подч. автор]“⁴⁷. Оттук следва, че деецът не трябва да е осъждан към момента, в който се решава въпроса за условното осъждане, т. е. към момента на осъждането. Това обяснява защо лице, което е било осъдено преди извършването на престъплението, в по-късен момент, когато е настъпила реабилитация или е приложен закон за амнистията, става годен субект на условно осъждане. Ако за амнистията това се обяснява с обратната сила на отпадането на всички наказателноправни последици (вкл. и съдимостта), то при реабилитацията отпадането на съдимостта е само занаяпред. Ето защо считам, че изискването деецът да е неосъждан следва да се разбира с две уточнения. **Първо**, деецът да не е осъждан на лишаване от свобода за престъпление от общ характер на лишаване от свобода. **Второ**, към момента на осъждането деецът все още да търпи съдимостта като вторична последица на престъплението.

След като изискването по чл. 66, ал. 1 от НК е свързано единствено с предходно осъждане и наложено наказание, то условно осъждане е възможно и когато деецът е извършил предходно престъпление, но няма осъждане или е налице съдимост, но тя не е пречка за условно осъждане.

Първо, **ако деецът е неосъждан, макар и да е извършил друго престъпление** преди това, за което се обсъжда условното осъждане. Ако наказателното производство не е приключило с влязъл в сила осъдителен акт, който да му наложи наказание, е неосъждан. По силата на презумпцията на невиновност фактът на воденото срещу него наказателно производство не би следвало да се отчита при преценка приложимостта на института на условното осъждане.

Второ, възможно е **деецът да е признат за виновен в извършването на престъпление, но да не му е наложено наказание**. Възможни са няколко хипотези.

Първо, ако наказателната отговорност е погасена по давност, но подсъдимият е направил искане наказателното производство да продължи. В този случай

н.о.х.д 23/2018 г. по описа на Ямболски районен съд, достъпни в интернет на адрес: http://yambol.court-bg.org/img/File/Feb2018/0070f518_02321318.htm

⁴⁷ Гиргинов и Трайков, 2000, с. 439. В същия смисъл и Гиргинов, 2009, с. 316.

съдът признава дееца за виновен, прилага правилата за давността и не му налага наказание (чл. 305, ал. 5 от НПК).

Второ, поради действието на поощрителна норма⁴⁸, предвидена в Наказателния кодекс. Например, когато е предвидено, че „деецът не се наказва“ или „наложеното наказание се изпълнява“ (чл. 182, ал. 3; чл. 183, ал. 3, чл. 191, ал. 4 от НК). В тези случаи деецът ще бъде признат за виновен, но няма да му се наложи наказание.

Трето, **възможно е деецът да е извършил е престъпление, но да е бил освободен от наказателна отговорност на основание, предвидено в НК**. Ако той е непълнолетен, ще се приложи чл. 61 от НК, въз основа на който наказателната отговорност ще бъде заменена с възпитателни мерки по Закона за борба с противообществените прояви на малолетни и непълнолетни или на чл. 78а, ал. 6 от НК, който предвижда обществено порицание или възпитателни мерки. Ако деецът е пълнолетен при наличие на основанията по чл. 78а от НК наказателната отговорност ще бъде заменена с административно-наказателна отговорност. Във всички тези случаи деецът се счита неосъждан.

Четвърто, **когато деецът е осъждан, но за престъпление от частен характер**. При тази хипотеза, без значение е видът на наложеното наказание, тъй като осъждането за престъпление от частен характер никога не е пречка за прилагане на условно осъждане.

Пето, ако деецът е осъден за престъпление от общ характер и му е **наложено наказание, но то е различно от лишаване от свобода**. В тази хипотеза попадат всички случаи, при които на дееца е наложено наказание от каталога по чл. 37 от НК, което е различно от лишаване от свобода. Очевидно такива наказания са пробация, конфискация на налично имущество, глоба, лишаване от право да се заема определена държавна или обществена длъжност, лишаване от право да се упражнява определена професия или дейност, лишаване от право на получени ордени, почетни звания и отличия, лишаване от военно звание и обществено порицание. Ето защо, както се отбелязва в съдебната практика, налагането на наказание пробация за предходно престъпление не е законова пречка да се приложи чл. 66 от НК при наличие и на останалите предпоставки⁴⁹.

Освен деецът да е осъждан към момента на престъплението, необходимо е вторичните последици от осъждането да не са погасени към момента на прилага-

⁴⁸ Този вид наказателноправни норми стимулират дееца към последващо положително поведение като предвиждат поощрение под формата на освобождаване от породена и все още нерелизирани наказателна отговорност или в нейното смекчаване. Подробно вж. Марков, 2001.

⁴⁹ Деецът бил осъден на пробация за извършено непредпазливо престъпление от общ характер. Във връзка с това съдът отбелязва, че „Съдебното му минало, без да се омаловажава фактът на извършеното преди това престъпление, но и без да се надценява неговото значение в случая поради непредпазливия му характер, и най-вече обстоятелството, че подсъдимият за първи път е предприел реални стъпки за промяна на начина си на живот с реализация на общополезна трудова дейност, дават заявка за възможността специално-превантивните цели на наказанието, да се постигнат и без ефективното изтъпяване на наложеното му наказание лишаване от свобода в размер на една година и четири месеца“. Вж. Решение 10 от 13.3.2008 г. по к. н. о. х. д. 637/2008 г., III н. о., на ВКС.

нето на условното осъждане. Способите за това са амнистия и реабилитация. Така се очертават още няколко хипотези, при които въпреки че в предходен момент деецът е бил осъден, условно осъждане може да се приложи.

Първо такава ще е хипотезата, ако деецът е бил осъден за престъпление от общ характер на лишаване от свобода, но е реабилитиран за него. Като наказателноправен институт реабилитацията заличава третият елемент от правните последици на престъплението, а именно съдимостта. Това се заличаване е възможно след изтърпяване на наказанието или след като то стане неизпълнимо⁵⁰. След като реабилитацията заличи съдимостта прилагането на условно осъждане е възможно. И обратното: „липсата на реабилитация по чл. 86 и 87 НК за наказанието лишаване от свобода, изключва приложението на чл. 66, ал. 1 НК“⁵¹. Следва да се има предвид, че „понеже за разлика от чл. 30 в чл. 66 не се съдържа изричен текст, според който реабилитацията е без значение за допускане на условно осъждане, не се налага тя да бъде пълна – чл. 88а НК. За да се заличи предходното осъждане е достатъчна непълна реабилитация“⁵².

Както стана ясно, по отношение на реабилитираното престъпление няма пречка да се прилага условно осъждане. Това обаче не изключва възможността предходните осъждания да се вземат предвид при преценката на възможността дееца да се поправи и без реално изтърпяване на наказанието, т. е. при преценка на третата предпоставка за условно осъждане. Това произтича от възприетото от теорията и практиката разбиране, че „реабилитацията заличава факта на самото осъждане и отменя за в бъдеще последиците, които законите свързват с него; тя обаче не може да заличи факта на престъплението и на наказанието, на значението, което те, в своето разнообразие, имат за преценките при индивидуализацията на актуалната наказателна отговорност“⁵³. Следователно условното осъждане като способ за индивидуализация на наказателната отговорност може да не бъде приложен, ако се прецени, че макар и реабилитирано, предходното престъпление разкрива по-висока степен на обществена опасност на дееца и невъзможност да се постигнат целите на наказанието без изтърпяването му.

Второ, възможно е деецът да е осъден на лишаване от свобода за престъпление от общ характер, но да е изтекла изпълнителската давност по чл. 82 от НК. В този случай наказанието е станало неизпълнимо и без да е започвало неговото изтърпяване. Законът не съдържа изрична разпоредба при какви условия настъпва реабилитация в този случай. Това дава възможност да се приложат по аналогия чл. 86 и чл. 87 от НК⁵⁴. Те уреждат правила за заличаване на съдимост при хипотези, при които също е налице неизпълнимост на наказанието (напр. при изтекъл изпитателен срок на условното осъждане). Затова може да се приеме, че е налице

⁵⁰ Гиргинов, 2002, с. 355.

⁵¹ Решение 216 от 25.V.1989 г. по н. д. 218/89 г., П н. о.

⁵² Решение 430 от 7.10.1996 г. по н. д. 468/1995 г., докладчик съдията Пламен Томов.

⁵³ Решение 430 от 7.10.1996 г. по н. д. 468/1995 г., докладчик съдията Пламен Томов.

⁵⁴ Тази позиция се застъпва от проф. Антон Гиргинов и проф. Румен Марков. Подробно вж. Гиргинов, 2002, с. 363–365; Марков, 2013. Обратното: че не може да се приложи закона по аналогия аргументира доц. Ралица Илкова–Петкова. Вж. подробно Илкова, 2015, с. 112.

разпоредба, близка до неуредения случай, каквото изискване има чл. 46, ал. 1, предл. 1 от Закона за нормативните актове. По аналогия на закона следва, че след изтичането на изпълнителската давност може да започне броенето на срока за реабилитация. В този случай изпълнителската давност ще погаси наложеното наказание, а реабилитацията – свързаната с него съдимост.

Както приема и съдебната практика, „след изтичането на предвидената в чл. 82, ал. 1 НК давност осъждането и последиците му са заличени на основание чл. 88а, ал. 1 НК, поради което не съществува пречка за приложението на чл. 66, ал. 1 НК“⁵⁵. В тази хипотеза е налице наложено наказание лишаване от свобода, което е неизпълнимо. Тази възможност за реабилитация следва да се признае и за другите случаи, при които има осъждане на лишаване от свобода, но липсва реално изтърпяване на наказанието (чл. 42, ал. 2 и 3; чл. 64; чл. 84, ал. 3; чл. 191, ал. 4 от НК)⁵⁶. Следователно с изтичането на изпълнителската давност „осъждането и последиците му са заличени на основание чл. 88а, ал. 1 НК, поради което не съществува пречка за прилагането на чл. 66, ал. 1 НК“⁵⁷.

Въпросът налице ли са основания за реабилитация по право, респ. за съдебна реабилитация, по отношение на осъден, неизтърпял (неизпълнил) наложеното му наказание, чиято изпълнимост е погасена по давност, беше предмет на обсъждане в Тълкувателно решение 2 от 28 февруари 2018 г. на Общото събрание на Наказателните колегии на ВКС⁵⁸. В него се потвърди, че и в случаите на неизтърпяно наказание реабилитация е допустима. Условие за това е след изтичане на давностния срок за изпълнение на наказанието да изтече и на срока за реабилитация. В решението се указва, че началният момент, от който започва да тече срокът за реабилитация, е този на изтичане на обикновената давност за изпълнение на наказанието, ако не са предприети действия за спиране или прекъсване на давността. В случаите, когато такива са предприети, за начален се счита моментът, в който изтича абсолютната изпълнителска давност.

Трето, условното осъждане ще може да бъде приложено и ако след осъждането, но преди решаването на въпроса за условното осъждане бъде приет закон за амнистията. С него ще се заличи престъпния характер на определен вид извършени деяния (декриминализираща амнистия) или ще освободи от наказателна отговорност и от последиците на осъждането (помилваща амнистия). И в двата случая не е налице наказателната отговорност, а оттук и останалите наказателноправни последици, вкл. и съдимостта. Те ще отпаднат с обратна сила. Деецът ще се счита неосъждан и така ще може да се приложи условно осъждане.

⁵⁵ Решение 13 от 25.1.2001 г. по н. д. 700/2000 г., II н. о. на ВКС. В него се констатира, че в противоречие с материалния закон първоинстанционният съд е приел, че миналите осъждания на подсъдимия изключват възможността наложеното му наказание лишаване от свобода да бъде отложено на основание чл. 66, ал. 1 НК.

⁵⁶ Тази теза се аргументира от проф. Румен Марков. Подробно вж. Марков, 2013.

⁵⁷ Решение 13 от 25.1.2001 г. на ВКС по н. д. 700/2000 г., II н. о., докладчик съдията Божидар Сукнаров.

⁵⁸ Публикувано на сайта на ВКС: http://www.vks.bg/Dela/OCHK_2017_02_решение.pdf

V. Заключение

Изискването деецът да не е осъждан на лишаване от свобода за престъпление от общ характер трайно присъства в правната уредба на условното осъждане, подобно на чужди законодателства. Чрез него се отграничава възможността условното осъждане да бъде приложено спрямо лица с трайно изградени престъпни навици. С този аргумент съдимостта като пречка за условно осъждане неизменно присъства във всички български наказателни закони.

Списък на цитираната литература

- Велчев, Б. (2001). Помилването по наказателното право на Република България. София: Софи-Р.
- Велчев, Б. (2015). Престъпления от частен характер. София: Сиела.
- Головненков, П. (2012). Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: научно-практический комментарий и перевод текста закона. 2-е издание. Москва: Проспект.
- Гиргинов, Ант. (2002). Наказателно право на Република България: Обща част. София: Софи-Р, с. 363–365.
- Гиргинов, Ант., Трайков, Здр. (2000). Теоретико-практически коментар на Наказателния кодекс на Република България: Обща част: т. 2. София: Софи-Р.
- Гиргинов, Ант. (2009). Наказателно право на Република България. Второ основно преработено и допълнено издание: Обща част. София: Софи-Р.
- Груев, Л. (1998). Смъртното наказание. Pro et contra. София: Сиби.
- Додонов, В. (2009). Сравнително уголовно право. Москва: Юрлитинформ.
- Долапчиев, Н. (1940). Наказателно право. Обща част. Фототипно издание, София: БАН.
- Илкова, Р. (2015). Реабилитацията по българското наказателно право. София: Сиби.
- Йовев, Д. (1899). Българско наказателно право. София: Придворна печ. Братя Прошекови.
- Капелков. Условното осъждане, Правна мисъл, V, с. 164. Цит. по Долапчиев, Н. (1940). Наказателно право. Обща част. Фототипно издание, София: БАН, с. 509.
- Каракашев, В. (2009). Наказателно право. Компендиум. София: Ромина, 1999.
- Маринов, М. (1980). Условното осъждане по Наказателния кодекс на НРБ. Бюлетин СЮБ, № 4, с. 80–96.
- Марков, Р. (2001). Поощрителните норми в наказателното право. С.: Фондация „Национална и международна сигурност“.
- Марков, Р. (2013). За допустимостта на реабилитацията при изтекла давност по чл. 82 НК. Съвременен право, 2013, № 1, с. 7–17.
- Митов, Г. (2017). Наказателни дела от частен характер. София: Сиби.
- Наказателен кодекс, текст, съдебна практика, литература, София: Наука и изкуство, 1961.
- Ненов, Ив., Лютов, К. (1975). Диференциация и индивидуализация на наказателната отговорност. В: Държавната и правната система при изграждане на развито социалистическо общество в Народна република България. София: БАН, с. 320–342.
- Ненов, Ив. (1963). Наказателно право на Народна република България. Обща част, София: Наука и изкуство.
- Ников, Н. (1898). Ръководство по общата част на Наказателния закон. София: Печатница на Ив. Говедаров и сие.
- Ройчев, Я. (2017). Частното обвинение в българския наказателен процес. София: Сиела.
- Хинова, Т. (1977). Условното осъждане в социалистическите страни. Бюлетин СЮБ, № 5–6, с. 67–77.
- Чинова, М., Панова, П. (2015). Вземане предвид на присъдите, постановени в държавите – членки на Европейския съюз Входа на новообразувани наказателни производства. *Ius Romanum*, № 2, с. 1–23 на <http://iusromanum.eu>.

Ключови думи

Договори за финансиране срещу собственост, ипотечен кредит, „обърната ипотека”.

Key words

Equity Release Credit Agreements, Mortgage Loan Agreements, Reverse Mortgage.

Silvia Tsoneva

Equity Release Credit Agreement or So-Called "Reverse Mortgage"

Silvia

Tsoneva, Ph.D.

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

Lecturer in Law of Obligations and Consumer Law.

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.

This paper examines the equity release credit agreements and looks to answer the question why they are excluded from the scope of the Act on credit agreements for consumers relating to immovable property. Their major characteristics are outlined and comparison is made with similar agreements.

Силвия Цонева

Договор за финансиране срещу собственост или т. нар. „обърната ипотека”

Договорът за финансиране срещу собственост няма законова уредба у нас и не е известен като финансов продукт на кредитния пазар у нас.

Законът за кредитите за недвижими имоти на потребители (ЗКНИП) урежда защитата на потребителите при получаване на кредити, обезпечени с ипотека или друго сравнимо обезпечение върху недвижим имот, както и при получаване на кредити, чиято цел е придобиване или запазване на вещно право върху недвижим имот. Самият кредит може да бъде под формата на заем, разсрочено плащане или друго улеснение за плащане. Не всички такива кредити обаче попадат в приложния обхват на ЗКНИП. Едни от договорите, изрично изключени от ЗКНИП, са договорите за финансиране срещу собственост, при които кредиторът предоставя на потребителя еднократна сума, периодични и/или други плащания срещу получаването на сума, произтичаща от бъдеща продажба на недвижим имот или на вещно право върху недвижим имот, и по които не се изисква връщане на предоставените суми до настъпването на едно или няколко определени събития в живота на потребителя, освен ако потребителят не изпълнява задълженията си по договора, в резултат на което кредиторът има право да прекрати договора (чл. 3, т. 1 ЗКНИП).

Какво представляват договорите за финансиране срещу собственост по чл. 3, т. 1 ЗКНИП, защо са изключени от ЗКНИП и до какви последици води това?

От разпоредбата на чл. 3, т. 1 ЗКНИП могат да се изведат следните характеристики на договора за финансиране срещу собственост:

1. Страните по този договор имат качеството кредитор и потребител – понятия, които имат легална дефиниция в §1, т. 10 и 20 от ДР на ЗКНИП. Това е договор, „при който кредиторът предоставя на потребителя еднократна сума, периодични и/или други плащания”. За съпоставка, договорът за кредит е определен като договор, с който „кредиторът предоставя или се задължава да предостави на потребителя кредит” (чл. 22 ЗКНИП). Ясно е, че законът урежда договора за кредит като консенсуален или реален договор. Доколкото обаче чл. 3, т. 1 ЗКНИП има за цел по-скоро да опише договора за финансиране срещу собственост с оглед изключването му от приложното поле на ЗКНИП, а не да му даде легална дефиниция, не може да се направи извод, че законът урежда договора за финансиране срещу собственост като реален договор. Макар чл. 3, т. 1 и чл. 22 ЗКНИП да

имат сходна конструкция и да си служат с общия термин „предоставя“, както е и в българския текст на Директива 2014/17/ЕС¹, версиите на директивата на други езици използват съвсем различни термини за „предоставянето“ в разпоредбите относно договора за финансиране срещу собственост и договора за кредит². Общият смисъл на термина, използван в член 3, параграф 2, буква а) на Директивата е, че при договорите за финансиране срещу собственост кредиторът извършва едно или повече плащания към потребителя. Освен това след като е възможно кредиторът да извършва периодични плащания към потребителя, е ясно, че договарът обективно не винаги може да бъде реален.

2. Сумата по кредита може да се предостави еднократно или като периодични и/или други плащания.

3. Потребителят не дължи плащане на погасителни вноски. Връщането на кредита е обвързано с настъпването на едно или няколко определени събития в живота на потребителя. Налице е кредит с отложено погасяване. Задължението за връщане е отсрочено във времето и е поставено в зависимост от настъпването на едно или няколко определени събития в живота на потребителя. Договорът не е сключен под условие и поражда действие със сключването си, но изискуемостта на задължението на потребителя да върне кредита възниква с настъпването на определени събития. От текста на закона не става ясно дали това са юридически събития (независещи от волята на страните) или думата „събития“ е използвана в широк смисъл на понятието и включва както юридически събития, така и юридически действия. В продължение на това не е ясно и дали тези събития имат ролята на отлагателно условие или на отлагателен срок за задължението за връщане на получената сума.

4. Задължение за потребителя да върне предоставените суми може да възникне и преди да настъпи съответното събитие в живота на потребителя само ако той не изпълнява задълженията си по договора, в резултат на което кредиторът има право да прекрати договора.

5. С договора за финансиране срещу собственост предварително и изрично е установен начинът за принудително удовлетворяване на кредитора – само чрез и до размера на сумата, получена от бъдещата продажба на недвижим имот или на вещно право върху недвижим имот. Отговорността на потребителя е ограничена до стойността на конкретен имот или вещно право върху такъв. ЗКНИП не поставя изискване за вида на имота, за разлика от Директивата, където изрично е указано, че имотът е жилищен.

ЗКНИП не урежда изрично договора за финансиране срещу собственост като ипотечен кредит. Чл. 3, т. 1 ЗКНИП не предвижда удовлетворяване от даде-

¹ Директива 2014/17/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 4 февруари 2014 година относно договорите за кредити за жилищни недвижими имоти за потребители.

² На английски език – contribute, съответно grants or promises to grant; на френски език – verse/consent ou s'engage à consentir; на испански език – desembolsa/concede o se compromete a conceder.

ното по договора обезпечение върху недвижим имот, а бъдеща продажба на недвижим имот или вещно право върху такъв. Все пак законната, сигурна и зависеща само от кредитора правна възможност за удовлетворяването му от бъдеща продажба на недвижим имот на длъжника налага в полза на кредитора да има учредена ипотека. Други способи, като например договорно поето обещание за извършване на продажба или упълномощаване на кредитора да продаде конкретен недвижим имот на длъжника или сключване на предварителен договор за продажба на недвижим имот, са или напълно несигурни за кредитора или недействителни като противоречащи на чл. 152 ЗЗД³.

Със Закона за потребителския кредит през 2014 г. за пръв път в нашето законодателство се уреди изрично хипотеза, при която удовлетворяването на кредитора може по договорен път да се ограничи до размера на ипотекирания в негова полза недвижим имот (чл. 11, ал. 5 ЗПК ДВ, бр. 35 от 2014 г., в сила от 23.7.2014 г., отм., бр. 59 от 2016 г.). Този текст сега се съдържа в член 24, ал. 2 ЗКНИП, който задължава кредитора да предостави на потребителя право да избере дали да сключи договор за кредит, при който кредиторът се удовлетворява изцяло и окончателно до размера на обезпечението по договора след принудително изпълнение върху обезпечението или след продажба от потребителя със съгласието на кредитора (т. 1) или да сключи договор за кредит, при който при принудително изпълнение потребителят носи отговорност по чл. 133 ЗЗД (т. 2). При договора за финансиране срещу собственост такъв избор няма, тъй като законът изрично предвижда удовлетворяването на кредитора да стане от сумата, произтичаща от бъдеща продажба на недвижим имот или на вещно право върху недвижим имот.

При посочените по-горе характеристики, договорът за финансиране срещу собственост остана неясен и това се дължи най-вече на неяснотата какви са тези събития, чак след настъпването на които се дължи връщане на получените от потребителя суми и защо това е така. Отговор на този въпрос намираме в уредбата на този вид договори в чужди законодателства и в практиката с такива договори в други страни, където те са разпространени, макар и изрично да не са законово уредени.

Това, което откриваме в чуждата уредба и практика, е, че основното събитие в живота на потребителя, с настъпването на което се дължи връщане на предоставения кредит, е неговата смърт. Други събития с такова действие при договора за финансиране срещу собственост са разпореждане с жилището или напускане от потребителя на жилището, което обезпечават удовлетворяването на кредитора и трайното му преместване да живее на друго място.

Какво представляват всъщност тези договори? Подобен тип схеми са познати като финансов продукт в Европа, САЩ, Канада и Австралия. По-голямата част от държавите – членки на ЕС познават такива финансови продукти, като в

³ Решение 1353 от 10.1.2001 г. на ВКС по гр. д. 405/2000 г., П г. о.

едни те са по-силно, в други – по-слабо разпространени⁴. В страни като Франция (член L.315–1 и сл. от Кодекс за защита потребителите) и Испания (Ley 41/2007) договорите за финансиране срещу собственост са изрично уредени.

Обичайно това са схеми за кредитиране, при които се търси извличане на ликвидност чрез използване на затворената в недвижимия имот парична стойност. Образно се търси „освобождаване“ на заключената в имота стойност и затова те се обозначават с термини като *equity release credit agreements* и *Immobilienverzehr*. Наричани са още и „пожизнена ипотека“ или *lifetime mortgage*, *prêt viager hypothécaire*, *prestito vitalizio ipotecario* и т. н. Наименованието обаче, с което са най-известни, е „обърната ипотека“ – *reverse mortgage*, *hypothèque inversée*, *umgekehrter Hypothekenkredit*, *hipotecas inverses* и т. н. Всъщност по-прецизният термин е „обърнат ипотечен кредит“, а не „обърната ипотека“.

Недвижимият имот има стойност, която собственикът може да усвои в една или друга степен, като го продаде, но си запази правото на ползване, като го продаде и едновременно с това склучи договор за ползване на имота (наем/заем), като отдаде имота под наем, като склучи договор за кредит и да го обезпечи с ипотека върху имота си и др. Договорът за финансиране срещу собственост е способ за извличане на ликвидни средства от имота чрез ипотечен кредит, при който кредитополучателят запазва собствеността на имота си, остава да живее в него и разполага изцяло с отпуснатата му като кредит сума. Спецификата, отличаваща този договор от класическия ипотечен кредит, при който веднага след получаване на паричните средства длъжникът започва да погасява кредита си на вноски, е че в случая длъжникът по правило няма задължение да прави погасителни вноски. Задължението за погасяване на кредита става изискуемо едва при настъпване на едно от следните събития – смъртта на длъжника, разпореждане с имота или трайното му преместване на друго място за живеене. Кредиторот може да поиска погасяване на кредита и без да са настъпили тези събития, ако е налице неизпълнение от страна на кредитополучателя на негови задължения по договора, свързани с пазене и грижа за ипотекираното жилище, допускане на кредитора да прави проверки за спазването на това задължение, плащане на данъци и застраховки, неотдаване на жилището под наем на друго лице за продължителен период от време и други, изрично указани в договора задължения.

Сумата по кредита може да се отпусне и предостави на кредитополучателя изцяло наведнъж или поетапно. За разлика от класическия кредит, при който кредитополучателят плаща на кредитора редовни месечни погасителни вноски, тук може да се окаже обратно, че по време на действие на договора кредиторот е този, който прави плащания месечно или през определен период от време към кредитополучателя. Ипотечният кредит е „обърнат“, тъй като вместо остатъчната стойност на дълга да намалява във времето, тук, обратно, тя расте. Това е така,

⁴ Study on Equity Release Schemes in the EU, 2009, http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/credit/equity_release_part1_en.pdf [Всички препратки по-нататък към интернет страници в настоящата статия са с последен достъп на 1.9.2018 г.].

тъй като кредитополучателят не дължи погасителни вноски през време на действие на договора, но целият размер на кредита, заедно с натрупаната по него лихва е дължим и нараства с напредване на времето след сключването на договора и е дължим изцяло, само че едва с настъпването на някое от изрично посочените в договора събития.

Какви са типичните изисквания и условия при сключването на тези договори в Англия, Франция, САЩ и другите страни, където те са познати?

Първо, кредитополучатели по договори за финансиране срещу собственост могат да бъдат само лица над определена възраст – обикновено над 55, а по-често над 60 години⁵. Тези договори се сключват от лица, които искат да си подсигурят по-добър и спокоен живот на стари години. Парите могат да се използват за издръжка (особено, ако лицето няма спестявания или достатъчна пенсия), за допълнителни удоволствия, развлечения или пътувания, за рефинансиране на съществуваща ипотека върху имота (така най-накрая собственикът ще спре да плаща текущи месечни погасителни вноски) и др. Второ, имотът, върху който се учредява ипотеката, трябва да е основно жилище на кредитополучателя. Трето, кредитополучателят трябва да продължи да живее в жилището, да плаща данъци и такси, да застрахова имота, да го поддържа и да се грижи за него. Четвърто, стойността на кредита се изчислява като процент от стойността на имота, обичайно не повече от 50–60%. Факторите, които влияят върху размера на кредита, са годините на кредитополучателя, нивата на лихвените проценти, стойността на имота, местоположението му и др. Колкото по-възрастен е кредитополучателят, толкова по-голяма е сумата на кредита, тъй като очакваното предполагаемо време до погасяване на кредита е по-кратко. Усвояването на сумата по кредита може да бъде в различен вариант. Възможно е цялата сума по кредита да бъде преведена на кредитополучателя наведнъж, на няколко пъти, на месечни трансфери или да се оформи като отпуснатата кредитна линия, която кредитополучателят може да усвоява когато и колкото намери за добре. Пето, погасяването на кредита е отложено във времето. То не започва веднага с предоставянето на кредита, а става дължимо едва с преустановяване на живеенето в имота, което може да се дължи на продажба на имота, на преместване на друго място, включително старчески дом, или на смъртта на кредитополучателя. Кредитът е лихвоносен, но по правило длъжникът не плаща месечната лихва по време на договора, а тя се трупа към главницата и подлежи на плащане заедно с нея. Шесто, с настъпване изискуемостта на кредита той следва да бъде погасен в пълен размер – главница, натрупани лихви, разноски. Ако не бъде погасен, било от кредитополучателя, било от неговите наследници, кредиторът се удовлетворява от стойността на ипотекирания имот по реда на осъществяване на принудителното изпълнение. По правило кредиторът се удовлетворява само до размера на обезпечението по договора, без да може да насочва изпълнението към друго имущество на длъжника.

Този вид договори са насочени изцяло към специфичните нужди на лица, които в зряла възраст имат нужда от средства, за да си осигурят приличен и спо-

⁵ Tyler Kraemer, Tammy Kraemer, *The Complete Guide to Reverse Mortgages*, 2007.

коен живот или които искат да реализират свои отлагани през годините планове и които нямат друг солиден актив, който да ползват като източник на средства, освен жилището си. Ползата за кредитополучателите от този вид договор е, че си осигуряват ликвиден ресурс, като остават собственици на имота си, продължават да живеят в него и най-вече не дължат плащане на погасителни вноски. Плащане обаче се дължи и то с нагрупаната лихва. Кредитополучателят, а след смъртта му и неговите наследници, могат да погасят кредита и да освободят имота от тежачката върху него ипотека. Ако нищо от това не се случи, кредиторът ще се удовлетвори от и до размера на стойността на ипотекираното жилище.

Ясно е, че този вид ипотечен кредит може да бъде както твърде привлекателен за длъжниците, така и твърде опасен. Той е прекалено сложен като финансов продукт и води до твърде сериозни юридически последици. Тук потребителят задължително има нужда от разяснения, предупреждения и независим финансов анализ, тъй като лесно може да бъде подведен и въведен в необратима схема, решаваща съдбините му и рефлектираща върху наследството му, при която сумата, която ще получи, и условията, при които ще я получи, може да се окажат крайно неблагоприятни за него.

ЗКНИП организира защитата на потребителите около вземането на информирано решение при получаване на ипотечни кредити и насърчаване на отговорно поведение както от страна на кредиторите, така и от страна на потребителите на кредити. Защитата на потребителите по ЗКНИП се осигурява чрез следните законови изисквания – предоставяне на преддоговорна информация (чл. 5), задължение на кредитора да предостави разяснения относно предлагания договор, за да може потребителят да прецени дали кредитът съответства на неговите потребности и финансово състояние (чл. 8), задължение да извършване на задължителна оценка на кредитоспособността на потребителя (чл. 13), възможност за извършване на допълнителна услуга по предоставяне на съвет за конкретен договор за кредит (чл. 30), специфични правила за недействителност на договора (чл. 36), защита на потребителя при предсрочно погасяване на кредита (чл. 41), защита при забавено и частично плащане (чл. 43), защита при извършване оценка на имота (чл. 50) и др.

От договорите, изключени от приложното поле на ЗКНИП, само в два от случаите е предвидено задължение на кредиторите да предоставят информация за основните характеристики, рискове и разходи, свързани с предоставянето на кредита (чл. 4). Разглежданите от нас обаче договори за финансиране срещу собственост не са сред тях. Само липсата в момента на такъв вид договори на пазара у нас смекчава и отнася на заден план острата нужда от защита на потребителите при сключване на подобни договори.

Защо всъщност т. нар. „обърната ипотека“ е изключена от приложното поле на ЗКНИП?

Обяснението трябва да се търси в различната и нетипична характеристика на договора за финансиране срещу собственост спрямо класическия вариант на ипотечния кредит.

От задължително установеното съдържание на договора за кредит по чл. 24, ал. 1 ЗКНИП става ясно, че договорът, наред с другите изисквания, трябва да

има срок (т. 5) и да включва задължение за погасителни вноски (т. 7). Тези два съществени елементи липсват при договора за финансиране срещу собственост. В него не е фиксиран срок за посягане на кредита. Налице е отлагателен срок (смъртта е бъдещо сигурно събитие, което не е известно кога ще настъпи и в този случай е налице относително определен срок) и отлагателно условие (продажбата на имота или неговото напускане са бъдещи несигурни събития), с осъществяването на които задължението за погасяване на кредита става изискуемо. На следващо място, при договора за финансиране срещу собственост липсва задължение за погасителни вноски, липсва погасителен план.

Липсата на погасителни вноски по кредита прави ненужни правилата на ЗКНИП за забавени плащания, частични плащания и годишен процент на разходите. Ненужни са и правилата, свързани с проучване кредитоспособността на длъжника, тъй като погасяването на кредита се свързва изцяло и изключително с имота и неговата стойност, а не с кредитоспособността на длъжника. Както се посочва в Преамбюла на Директива 2014/17/ЕС, договори като т. нар. „обърната ипотека” изискват съвършено различна по вид преддоговорна информация (т. 16).

Кои договори са сходни с договора за финансиране срещу собственост и как се съотнасят те помежду си?

Близки по функция до договора за финансиране срещу собственост са договорът за прехвърляне на имот срещу задължение за издръжка и гледане и договорът за прехвърляне на имот срещу задължение за пожизнена рента.

Договорът за прехвърляне на имот срещу издръжка и гледане е ненаименован договор, по който има огромна съдебна практика, натрупана пред годините у нас. При него прехвърлителят губи собствеността на имота още със сключването на договора. Често той остава да живее в имота, но това не следва от самия договор, а се осигурява чрез запазване право на ползване. Възможно е договорът да се сключи за определен срок от време, но традиционно се сключва за полагане на грижи и даване на издръжка до края на живота на прехвърлителя. Грижите и издръжката се дължат в натура до момента, в който настъпят обстоятелства в сферата на прехвърлителя или приобретателя, които налагат задължението да се трансформира в парично.

При договора за прехвърляне на имот срещу задължение за пожизнена рента приобретателят дължи на прехвърлителя парично плащане, което се извършва периодично до смъртта на прехвърлителя. Такава сделка не противоречи на добрите нрави и съдебната практика я признава за валидна⁶. Действителността на този вид договори изрично е прогласена в Кодекса за застраховането, който предвижда, че с договора за застраховка за изплащане на анюитети (пенсия или рента) застрахователят се задължава да прави пожизнени или срочни периодични плащания срещу заплащането на еднократна или периодична премия или срещу

⁶ Решение 200 от 20.4.2011 г. на ВКС по гр. д. 876/2010 г., IV г. о., ГК.

прехвърляне на вещни права върху недвижими имоти (чл. 439, ал. 1 КЗ)⁷. Ако такива договори се сключват по занятие, те са подчиняват на уредбата на КЗ, като прехвърлянето на вещните права се приема за заплащане на застрахователната премия (чл. 439, ал. 2 КЗ). Задължението на приобретателя при договора за пожизнена рента винаги е парично, с периодично изпълнение. Според КЗ плащанията могат да бъдат пожизнени или срочни, т. е. до края на живота на прехвърлителя или за определен период от време. Хипотезата на срочни периодични плащания срещу задължение за прехвърляне на собственост следва да се приравни и да се разглежда като продажба на изплащане⁸. Затова е по-точно договорът да се определи като договор за прехвърляне на имот срещу пожизнена рента.

Посочените по-горе два договора и договора за финансиране срещу собственост си приличат по това, че при всички тях едно лице използва свой недвижим имот, за да си осигури средства до края на живота. Разликата идва от това, че договорът за издръжка и гледане и договора за пожизнена рента са прехвърлителни, с транслативно действие, докато при договора за финансиране срещу собственост не се прехвърля собственост, а по правило се учредява ипотека върху имот или вещно право върху имот на длъжника. Договорът за издръжка и гледане и договорът за пожизнена рента са алеаторни – към момента на сключване на договора размерът на престацията на приобретателя не може да бъде определен, тъй като зависи от продължителността на живота на прехвърлителя. Договорът за финансиране срещу собственост, от своя страна, не е алеаторен, тъй като в него ясно са посочени и определени по размер задълженията и на двете страни. Различията между разглежданите договори произтича преди всичко от това, че договорът за финансиране срещу собственост е договор за кредит, докато при договора за издръжка и гледане и при договора за пожизнена рента липсва кредитен елемент, липсва предоставяне на парични средства и задължение за тяхното връщане. При договора за издръжка и гледане прехвърлителят не получава парична сума, обвързана със стойността на имота, и не разполага съответно със свободата да решава как, кога и за какво да я харчи. Задължението спрямо него е определено в договора и е обвързано с всекидневните нужни на прехвърлителя от храна, покриване на режийни разноски и други битови потребности⁹. При договора за пожизнена рента, от друга страна, има плащане, което се извършва периодично от приобретателя към прехвърлителя, но това не е разсрочено изплащане на предва-

⁷ Тази разпоредба се появи през 2007 г. в чл. 230а КЗ (отм.) по повод дейността у нас на дружеството „Хилд“. Целта е да се контролират лицата, извършващи такава дейност по занятие, като се постави изискване за притежаване на лиценз за извършване на застрахователна дейност по КЗ.

⁸ Маринова, П. Отграничаване на договора за прехвърляне на недвижим имот срещу пожизнена рента, сключван по занятие, от застраховката за пенсия. Застрахователен ли е договорът за прехвърляне на право на собственост срещу пожизнена рента?, сп. „Собственост и право“, кн. 4/2018, с. 5–11.

⁹ Решение 82 от 5.4.2011 г. на ВКС по гр. д. 1313/2009 г., IV г. о.; Решение 818 от 7.1.2011 г. на ВКС по гр. д. 1371/2009 г., IV г. о.

рително определена в договора цена на прехвърления имот, още по-малко е налице отпускане на парични средства, подлежащи на връщане.

При договора за издръжка и гледане и при договора за пожизнена рента прехвърлителят или неговите наследници могат да възстановят собствеността на прехвърления имот само при разваляне на договора поради неизпълнение от страна на приобретателя на задължението му да дава грижи и издръжка, съответно да плаща дължимата рента. При договора за финансиране срещу собственост кредитополучателят е собственик на имота и ако погаси кредита може да освободи имота от тежестта върху него ипотека.

При смърт на прехвърлителя договорът за издръжка и гледане и договорът за пожизнена рента се прекратяват, имотът остава собственост на приобретателя и задължението за грижи и рента отпада. При договора за финансиране срещу собственост смъртта на кредитополучателя прави изискуемо задължението за погасяване на заема. Наследниците имат възможност да погасят дълга и да освободят имота от ипотека. Освен това, ако кредиторът насочи изпълнението към ипотекирания имот и след приспадане на дължимите му се суми останат някакви средства, те следва да бъдат изплатени на длъжника или неговите наследници.

Заклучение

Отношенията, при които кредитори по занятие, в рамките на осъществяваната от тях професионална дейност, предлагат и сключват с потребители договори за финансиране срещу собственост, са свързани със значими за потребителите рискове. Това налага потребителите да бъдат предпазени чрез мерки, създаващи условия за вземане на информирано решение, и за предоставяне на разяснения и съвет. Особено внимание също така трябва да се обърне и на оценяването на имота във връзка с определяне размера на кредита. Във връзка с това трябва да се помисли за законова защита на потребителите при сключване на договори за финансиране срещу собственост и за регулаторен контрол върху лицата, които отпускат подобен тип кредити.

Ключови думи

*Клауза за
непрехвърлимост на
вземане, договорно
установена непрехвърли-
мост, цесия,
облигационно право.*

Key words

*Anti-assignment
Clause, Contractual
Prohibition on Assignment,
Assignment, Law of
Obligations.*

Dimitar Stoyanov

**Issues Concerning
the Contractual
Prohibition
of Assignment**

**Dimitar Stoyanov,
Ph. D.**

*Adjunct lecturer
in Civil Law
at the Law Department
of NBU,
e-mail:
dimitar.stoyanov@mail.ru
Area of interest: civil
law.*

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

This article deals with the notion and effect of the anti-assignment clause. It emphasizes upon its contractual nature and analyzes its structural elements. Moreover, the article studies the effect of rendering a receivable as non-transferable as a result of parties' volition. As far as the legal consequences of including an anti-assignment clause into a contract are concerned, the three major types of theoretical approach, known to Bulgarian legal doctrine, are put to critical observation. The article concludes with a proposition to adopt a legal effect, based upon the good faith of the assignee.

Димитър Стоянов

По някои въпроси на договорната непрехвърлимост на вземанията

През последните десетилетия кръгът от прехвърлими права все повече се разширява, като сред факторите, обуславящи тази тенденция, могат да бъдат посочени усложняващите се обществени отношения и стремежа за извличане на икономическа облага. Този процес се изразява, между другото, във включването в оборота на някои нетелесни обекти на гражданското право, каквито са вземанията. Развитието на обществено-икономическите условия е довело до преодоляване на римскоправното разбиране за вземането като благо, привързано към личността на кредитора. Всяка съвременна правна система предвижда възможността да бъдат сключвани транслативни правни сделки, имащи за обект вземания. Само когато прехвърлянето на вземането може да доведе до съществено засягане на обществени интереси или пък то е изключително тясно свързано и обусловено от личността на титуляря му, законодателят не допуска промяна в титуляря му¹.

В българското право израз на това положение е разпоредбата на чл. 99, ал. 1 ЗЗД, която прогласява общата прехвърлимост на вземането, освен когато по силата на правна норма или от естеството му следва неговата непрехвърлимост². Наред с тези две хипотези законодателят допуска и възможността страните по договора да се споразумеят относно непрехвърлимостта на вземане, възникнало в отношенията между тях.

Клаузата за непрехвърлимост на вземането (*pactum de non cedendo*) е проявление на принципа на свободата на договаряне, прогласен в разпоредбата на чл. 9, ал. 1 ЗЗД. Тя се инкорпорира в договора като последица от волеизявленията на страните с оглед стремежа им съдържанието на правоотношението да бъде приспособено спрямо тех-

¹ Така Павлова, М. Гражданско право – обща част. Второ прераб. и доп. издание, Софи-Р, С., 2002 г., с. 410.

² Вж. Голева, П. Облигационно право, Пето прераб. и доп. издание, С., Феня, 2012 г., с. 159–165; Калайджиев, А. Облигационно право – обща част., Седмо издание, Сиби, С., 2016 г., с. 532.

ните желаниа и преследваните от тях икономически цели³. В този смисъл, за да произведе действие, клаузата за непрехвърлимост на вземане следва изрично да бъде уговорена. Поначало тя е част от несъщественото съдържание на договора. Ако правна норма забранява прехвърлимостта на определено вземане, то тогава забраната за неговото прехвърляне произтича пряко от закона, *ex lege*, а не по волята на страните⁴.

Действащата правна уредба не предписва по начало задължение за спазване на определена форма за действителност, в която да бъде постигнато съглашението за непрехвърлимост на вземането. На практика с оглед избягване на доказателствени затруднения, писмената форма е предпочитана и възприета в оборота.

В закона липсват и конкретни указания относно момента, в който е допустимо да се сключи съглашението за непрехвърлимост на вземане. То може да предхожда, да съпътства или да следва по време сключването на договора, от който произтича вземането. Поначало това съглашение се включва в съдържанието на главния договор между страните, но няма забрана то да бъде постигнато и отделно от него. Ако уговорката за непрехвърлимост на вземане предхожда сключването на договора, то тя ще произведе действие след възникване на вземането. Крайният момент, до който тази клауза може да бъде уговорена, е изпълнението на задължението по договора. След този момент задължението се погасява с неговото изпълнение, а това води до нищожност на уговорката за непрехвърлимост на вземането поради липса на основание. Поначало съглашението се уговаря индивидуално между длъжника и кредитора по договора, но е възможно и да бъде включено в общи условия, изготвени от длъжника по паричната престация (например застраховател по задължението за плащане на застрахователно обезщетение или застрахователна сума), които имат действие за кредитора по чл. 16 ЗЗД, чл. 298 ТЗ и др.

С оглед законосъобразността на клаузата за непрехвърлимост на вземането страните следва да са индивидуализирали вземането с неговите белези – основанието му, неговия размер, падеж, стопански принадлежности (начислени лихви, неустойки и др.; привилегии и т. н.). Независимо че *de lege lata* липсва законодателно изискване в този смисъл, беглият сравнителноправен поглед води до заключението, че клауза за непрехвърлимост на вземане, която не специфицира в достатъчна степен вземането, създава неопределеност на задължението за бездействие на кредитора и поради това се приема, че е недействителна⁵. Този законодателен подход следва да бъде подкрепен. При липса на индивидуализиращи вземането критерии се повишава несигурността за

³ В този смисъл вж. по-подробно Greg Tolhurst, Carter, J. W., Prohibitions of assignment: contract or property? – *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* [December 2014], p. 692.

⁴ Повече за отделните хипотези, при които вземането е непрехвърлимо поради наличие на императивна правна норма, която забранява промяната на неговия титуляр или при което естеството му е тясно свързано с личността на кредитора вж. в Иванов, А. Въпроси относно прехвърлимостта на вземанията. – *Съвременен право*, бр. 5/2009 г., с. 7 и сл.

⁵ В този смисъл вж. Matthias Armgardt, Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht. – *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 73, H. 2, [April 2009] p. 320.

кредитора, който може неволно да наруши задължението си за бездействие особено в хипотезата, когато между него и длъжника съществува повече от едно вземане⁶.

Изложеното разкрива, че клаузата за непрехвърлимост на вземане е акцесорно съглашение, което винаги предполага съществуващо между страните главно правоотношение. Кредиторът се задължава с оглед определено бездействие – да не прехвърля вземане, произтичащо от договора му с длъжника. В германската правна литература се приема обаче, че клаузата за непрехвърлимост на вземане може да има и други проявни форми. Така напр. действието на прехвърлянето може да се постави в зависимост от одобрението на длъжника, което придобива характер на едно **conditio iuris**. Възможно е прехвърлянето на вземането да бъде ограничено за определен период от време или по отношение на определен кръг лица. Тези хипотези се разглеждат в германската правна доктрина като „олекотен” вариант на общата договорна забрана за прехвърляне на вземанията⁷.

Най-често до уговарянето на клауза за непрехвърлимост се стига по инициатива на икономически по-силния длъжник (банка, застраховател, дружество за доброволно пенсионно осигуряване), който желае да осуети евентуална промяна в личността на кредитора. Съществуват различни съображения, които мотивират длъжника да настоява за включването на уговорка за непрехвърлимост на вземане. Най-често те са свързани с допълнителните разходи, които той следва да извърши при изпълнението. Както е известно, разпоредбата на чл. 68 ЗЗД предвижда, че паричните задължения са носими и следва да се изпълнят в местожителството на кредитора. Разноските по изпълнението се увеличават в случаите, когато местожителствата на длъжника и на цесионера не съвпадат. Наред с това, във от хипотезата на чл. 75, ал. 2 ЗЗД, относима към изпълнението на привиден кредитор, цесията може да повиши риска за длъжника – да се окаже, че е изпълнил на лице, което не е оправомощено да получи изпълнението, ако е пропуснал да се съобрази с изпратеното му уведомление за цесията. Като причина за включването на договорна забрана за прехвърляне на вземания могат да се посочат и възникващите за длъжника счетоводни усложнения, които могат да се проявят най-вече при частична цесия. Не на последно място, чрез уговаряне на забрана за прехвърляне на вземането длъжникът си запазва възможността да упражнява косвен натиск върху кредитора с цел успешно провеждане на свои на срещни претенции, произтичащи от същото или друго правоотношение между страните⁸.

⁶ Така Rasche, G., Prohibitions on assignment, a European civil code and business financing, The European Legal Forum, (E), 3/2002, p. 134.

⁷ По-подробно за различните езикови формулировки, чрез които се постига ограничаване на прехвърлимостта на вземане вж. Ute Goergen, Das Pactum de non cedendo. Eine Untersuchung zum vertraglichen Abtretungsverbot im englischen, französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung internationaler Harmonisierungsiniciativen., Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 48.

⁸ Повече за научната дискусия относно различните аргументи в подкрепа и против абсолютното действие на клаузата за непрехвърлимост на вземането вж. Elgar Encyclopedia of Comparative Law, ed. by Jan M. Smits, (Edward Elgar Publishing Inc., Cheltenham/Northampton, 2006) p. 98–99.

Един от най-дискусионните въпроси в материята на договорната непрехвърлимост на вземането е този за действието на клаузата за непрехвърлимост спрямо лицата. Този въпрос не намира изрична уредба в закона. Буквалното тълкуване на разпоредбата на чл. 99, ал. 1 ЗЗД би могло да създаде убеждението, че по волята на страните прехвърлимостта на вземането ще бъде изключена спрямо всички трети лица. Като аргумент в полза на абсолютния ефект на забраната би могло да се изтъкне, че договорът е посочен наравно със закона и естеството на вземанията като основание, изключващо прехвърлимостта, а законодателят не е предвидил различни правни последици за всяко от тези три основания за непрехвърлимост. Всъщност това буквално тълкуване на разпоредбата отдава предпочитание изцяло на интересите на длъжника, като му гарантира неизменяемост на личността на кредитора под заплахата за недействителност на цесията. Възможността за подобно широко изключване на свободната прехвърлимост на правата е вероятно причината това буквално тълкуване на разпоредбата на чл. 99, ал. 1 ЗЗД да не е разпространено в българската правна доктрина.

В зависимост от това как се разрешава конфликта между правните интереси на длъжника и на цесионера при наличие на договорна забрана за прехвърляне на вземания, в българската правна доктрина съществуват три групи теории.

Първата от тях разрешава конфликта изцяло в полза на цесионера, опирайки се на принципа за свободната прехвърлимост на правата и на относителното действие на договорите. Тази теория е поддържана от проф. А. Калайджиев, а напоследък и в някои монографични съчинения, посветени на факторинг⁹. Авторите, които се присъединяват към това становище, разглеждат клаузата за непрехвърлимост на вземането във връзка с разпоредбата на чл. 21, ал. 1 ЗЗД, съгласно която договорът поражда действие само между страните. По изключение, когато законът предвижда това, действие се поражда и спрямо трети лица, но за тях по силата на договора могат да възникват само права, не и задължения. На въпроса допустимо ли е по силата на относителното отношение между страните да се пораздат неблагоприятни правни последици с абсолютен, противопоставим на всяко трето лице характер, обикновено се дава отрицателен отговор в литературата. Изтъква се, че разпространето на установена в договор забрана по отношение на трети лица би противоречало на относителния характер на облигационното отношение¹⁰. Като допълнителен аргумент, прозтичащ също от относителното действие на договорите, се сочи и обстоятелството, че единствено законодателят може да изважда блага от гражданския оборот чрез императивна правна норма. Допускането на абсолютната противопоставимост на дого-

⁹ Така Калайджиев, А. цит. съч., с. 534–536. В същия смисъл, макар и по повод уговорена непрехвърлимост на вещни права вж. Сарафов, П. Допустимост и правна сила на договорни клаузи за непрехвърлимост на собствеността. – Търговско право, 2/2001 г., с. 70–82. За клаузата, забраняваща прехвърляне на вземания по договор за факторинг вж. Димитрова, Е. Факторинг, Сиела, С., 2008 г., с. 142–147; Коев, К. Договорът за факторинг в българското право, Сиби, С., 2017 г., с. 258–266.

¹⁰ Този аргумент се посочва и в английската правна доктрина. Вж. Roy Goode, Contractual prohibitions against assignment. – *Lloyd's Maritime and Commercial Quarterly*, [2009, 3] p. 306.

ворната клауза за непрехвърлимост би означавало по същество изземване на законодателен прерогатив. Предвид изтъкнатите съображения, не е изненадващо, че това първо гледище се ползва като че ли с най-голяма подкрепа в нашата теория.

На второ място, проф. Л. Диков¹¹, а в по-ново време и А. Иванов предлагат едно по-различно тълкуване на клаузата за непрехвърлимост. Според тях, нарушаването на договорната забрана за прехвърляне на вземането води до това, че цесията няма действие спрямо длъжника. Той може правомерно да откаже плащане на цесионера, оставайки задължен само спрямо първоначалния кредитор – цедента. Съображението за това тези автори виждат в обстоятелството, че длъжникът може да се позове на договорната забрана за прехвърляне на вземането и да черпи права от положението отпреди извършване на цесията. Тази теория всъщност приема, че цесията е относително недействителна, т. е. непротивопоставима спрямо длъжника¹². Справедливостта на това разрешение е извън съмнение, но тази теория не може да бъде подкрепена, тъй като *de lege lata* в българското право не съществува разпоредба в този смисъл.

Най-сетне, **на трето място** в българската правна доктрина е изказано и мнение, че договорната забрана за прехвърляне на вземането поначало произвежда действие само в отношенията между страните (чл. 21, ал. 1 ЗЗД), но тя следва да разпростира действието си и спрямо онези трети лица, на които е станала известна. Това становище се споделя от проф. Апостолов¹³ и проф. Кожухаров¹⁴ в учебните им курсове по облигационно право. И двамата автори са единодушни, че знанието на цесионера относно установената между цедента и длъжника забрана за прехвърляне на вземането осуетява прехвърлителния ефект на цесията. Проф. Кожухаров посочва, че това знание на третото лице (цесионер) би било налице във всички онези случаи, при които клаузата за непрехвърлимост е включена в „документите, които установяват вземането”, тъй като те следва да се предадат от цедента на цесионера, съгласно чл. 99, ал. 3 ЗЗД.

Авторите, които подкрепят тезата за относителното действие на уговорката за непрехвърлимост на вземането, отхвърлят становището на проф. Апостолов и проф.

¹¹ Вж. Диков, Л. Курс по гражданско право. Облигационно право – Обща част. Том III, С., Придворна печатница, 1934 г., с. 506; Иванов, А. Прехвърляне на вземания в търговския оборот, Сиби, С., 2010 г., с. 92–93.

¹² По-подробно за относителната недействителност вж. Павлова, М. Относителна недействителност на сделките. – Правна мисъл, 1974, 5, с. 30–41; Русчев, И. Спорни въпроси на относителната недействителност на договора по чл. 135 ЗЗД. – Търговско и облигационно право, 2016, 4, с. 1–28 (приложение). За съпоставката и отграничението на относителната недействителност от сходни правни институти вж. Петров, Венцислав. Отмяна на отказа от наследство от кредиторите на наследника, Сиела, С., 2016, с. 62 и сл., както и Петров, Венцислав. Съотношението между Павловия иск и иска по чл. 56 от Закона за наследството, – Норма, 2015, 4, с. 7–16.

¹³ Така Апостолов, И. Облигационно право. Част първа. Общо учение за облигацията. Фототипно издание, изд. на БАН, С., 1990 г., с. 403.

¹⁴ Така Кожухаров, А. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. Нова редакция и допълнения проф. Петко Попов, Юриспрес, С., 2002 г., с. 478–479.

Кожухаров най-вече с аргумента, че то допуска възможността за изваждане на едно вземане от гражданския оборот по волята на страните. Като допълнително възражение се изтъква и че без изрична разпоредба в закона не би могло да се признава различно действие на цесията в зависимост от знанието или незнанието на определени факти от страна на цесионера.

Струва ми се, че така изложените възражения срещу действието на клаузата за непрехвърлимост на вземането спрямо третите недобросъвестни лица не биха могли да бъдат безрезервно подкрепени. Вярно е, че българското право не познава функционален еквивалент на разпоредбата на § 399 от германския ГК, който позволява на страните по договора да изключат прехвърлянето на вземането с действие спрямо третите лица. При тълкуването на тази разпоредба обаче германската правна доктрина преобладаващо приема, че това не е пример за изваждане на едно благо (вземане) от гражданския оборот, т. е. за превръщане на едно съществуващо и без друго прехвърлимо право в непрехвърлимо. Включването на клауза за непрехвърлимост на вземането според германското гражданско право води до това, че вземането възниква *ab initio*, от самото начало като непрехвърлимо и се оказва неотделимо привързано към личността на кредитора по волята на договарящите страни. Така, въпросът за негово третиране като обект *'extra commercio'* изобщо не се поставя, тъй като то никога не е било част от гражданския оборот, за да бъде изваждано от него¹⁵. Същевременно германският законодател не допуска прехвърлимите права да бъдат изваждани от гражданския оборот по волята на страните (арг. от § 137 германския ГК). Систематичното тълкуване на разпоредбите на §§ 399 и 137 от германския ГК води до извода, че дори и в онези законодателства, които отдават предпочитание на интереса на длъжника, не се стига до превръщане на правото в непрехвърлимо след неговото възникване, т. е. до изваждането му от гражданския оборот по волята на страните¹⁶. Още по-малко това може да се твърди с оглед редакцията на чл. 99, ал. 1 ЗЗД, която урежда единствено възможността да се сключи уговорка за непрехвърлимост на вземане.

Авторите, които отдават предпочитание на интереса на третото лице-цесионер, критикуват теорията на проф. Апостолов и проф. Кожухаров с мотива, че тя допуска, макар и при определени обстоятелства, абсолютно действие на договорната забрана за прехвърляне и намират това за несъвместимо с относителното действие на договорите. Според тях във всички случаи е необходима норма, която изрично да прогласява противопоставимостта на клаузата за непрехвърлимост спрямо знаещите за нея трети лица. А истината е, че *de lege lata* такава разпоредба у нас действително липсва.

Въпреки това ми се струва, че и *de lege lata* крайният извод на проф. Апостолов и проф. Кожухаров може да бъде подкрепен, но с едно уточнение. Двамата автори из-

¹⁵ Вж. в този смисъл Beck'sche Kurz-Kommentare Palandt, Band 7. Bürgerliches Gesetzbuch, (70., neubearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2011) p. 611–612.

¹⁶ По-подробно вж. Eidenmüller, H., Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung, Archiv für die civilistische Praxis, 204. Bd., H. 3/4 (2004), p. 457–501 и Armgardt, M., Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht, Rables Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 73, H. 2 (April 2009), pp. 314–335.

хождат от разбирането, че недобросъвестността на третото лице се изразява единствено в знание на определен правнорелевантен факт, а именно наличието на договорно установена забрана за прехвърляне на вземането между кредитора и длъжника. В случая терминът „добросъвестност“ би могъл да се използва с другото си правно значение, а именно като морално-етична категория, като мащаб на социална етика¹⁷, който трябва да се спазва в отношенията между участниците в гражданския оборот (чл. 12, чл. 63 ЗЗД). С оглед на този смисъл не може да бъде счетен за добросъвестен един цесионер, който узнава за клаузата за непрехвърлимост на вземането от документите, които цедентът му предава на основание чл. 99, ал. 3 ЗЗД. Макар да липсва изрична правна норма, която свързва настъпването на определени правни последици с факта на това знание, не може да има съмнение, че от морално-етична гледна точка този цесионер действа противно на повелята за добросъвестност, честност и коректност в оборота, а тази повеля е нормативно закрепена в действащото законодателство (чл. 12, чл. 63 ЗЗД). Този цесионер придобива вземането, знаейки че между страните има уговорка за неговата непрехвърлимост. При тази ситуация трудно можем да се примирим с мисълта, че законодателят се отнася с безразличие към възможността едно лице да извлече икономически облаги благодарение на нарушението на договорно задължение за бездействие. ЗЗД не дава основание за подобен извод. Струва ми се, че когато цесионерът знае за уговорената непрехвърлимост на прехвърляното му вземане, поведението и на двете страни по цесията не отговаря на повелята за добросъвестност, почтеност и лоялност в гражданския оборот. А тази повеля се възприема като общ принцип на цялото гражданско право, проведен в разпоредбите на чл. 12, чл. 21, ал. 2, 63 ЗЗД. Макар поведението на цесионера да не е формално противоправно, тъй като той не нарушава общата забрана да се вреди другиму, не може да се отрече, че цесионерът действа в противоречие с повелята за добросъвестност в гражданските отношения, доколкото се съгласява да му се прехвърли вземане, знаейки, че с това контрагентът му (цедент) нарушава договорното си задължение да не прехвърля вземането. Тези съображения, според мен, обуславят и възможността длъжникът правомерно да възрази срещу извършеното прехвърляне и да откаже да изпълни на цесионера. В онези случаи обаче, при които цедентът е укрил от цесионера уговорката за непрехвърлимост на вземането (напр. в случаите, когато тя е обективирана извън документа, установяващ вземането), длъжникът няма да може да се противопостави на извършената цесия и ще следва да изпълни дължимото на цесионера. Така цесията ще произведе действие, но за длъжника възниква възможност да ангажира договорната отговорност на своя контрагент – кредитора-цедент по общите правила на ЗЗД.

Предимствата на това разбиране аз виждам в обстоятелството, че то съответства на действащата правна уредба, не води до необходимост от реформиране на правната уредба, а налага единствено да се припомни, че морално-етичното поведение в гражданския оборот е безусловно изискване, което винаги следва да се съблюдава.

¹⁷ В този смисъл го определя и Апостолов, И. Облигационно право, цит. съч., с. 34.

Ключови думи

Задържане на лице, извършило престъпление, предели на увреждане при задържане, допустими вреди, достатъчни вреди.

Key words

Detainment of a Person who Committed an Offence, Limits of Injury in the Course of Detainment, Eligible Injuries, Sufficient Injuries.

Zhivko Velchev, Ph. D.

Adjunct lecturer in Criminal Law and International Criminal Law at the Law Department of New Bulgarian University, e-mail:

zhivko.velchev@abv.bg

Areas of specialization: criminal law, international criminal law, comparative law and EU criminal law.

Author of a monograph and articles in professional periodicals in Bulgaria and abroad.

Head of the Criminal Law Department and Lecturer in Criminal Law at the Academy of the Ministry of the Interior.

Zhivko Velchev

Inflicting Harm in the Course of Detainment of a Person Who Committed an Offence Under Article 12a of the Criminal Code

In order to talk about inflicting harm under Art. 12a of the Criminal Code as well as about limits in which the act of harming in the course of detainment of a person will remain socially justified and lawful, it is necessary to find out at what statutory conditions the institute of detainment will be legally applicable. In this view, it is clarified that detainment may be realized only towards such a person who is committing or has committed an offence, with the existence of urgent necessity for their detainment. The limits of the time interval in which a person may realize detainment are to be established in order to respectively determine the limits of lawful injury of the perpetrator. The prerequisites for lawful inflicting of damages in the course of detainment of the person who committed an offence are to be ascertained – there should be lack of another harmless method of detainment and the acts should have been for achieving the statutory purpose of the detainment. It is specified that the limits of the necessary and legal measures related to detainment of a person who committed an offence shall be outlined during the comparison first of the circumstances of the detainment and the degree of public danger of the committed offence, and second – between the acts related to detainment and the situation in which it is done. The terms “limits of injury in the course of detainment”, “eligible injuries” and “sufficient injuries” are to be introduced. Proposals have been made de lege ferenda.

Живко Велчев

Причиняване на вреди при задържане на лице, извършило престъпление по чл. 12а НК

I. Правни изисквания за допустимост на института задържане на лице, извършило престъпление

След известно закъснение, едва през 1997 г., в Наказателния кодекс (НК) се предвиди едно ново обстоятелство за изключване обществената опасност и противоправността на деянието. Това е институтът на задържане на лице, извършило престъпление чрез причиняване на вреди. Същността на института е уредена в чл. 12а, ал. 1 НК, където е посочено следното: „Не е общественоопасно причиняването на вреди на лице, извършило престъпление при неговото задържане за предаване на органите на властта и предотвратяване на възможността за извършване на друго престъпление, ако няма друг начин за неговото задържане и ако при това задържане не е допуснато превишаване на необходимите и законосъобразни мерки”.

За да се говори за причиняване на вреди по чл. 12а НК, както и за предели, в които увреждането при задържане на лице ще остане обществено оправдано и правомерно, е необходимо преди всичко да се установи при какви нормативни условия институтът на задържане ще бъде законосъобразно приложен.

1. Условия за законосъобразно прилагане на института задържане на лице, извършило престъпление

А. На първо място трябва да се посочи изискването на разпоредбата, че задържане може да се осъществи само спрямо такова лице, което извършва или е извършило престъпление. Именно това положение съставлява юридическия факт

и поражда правото за задържане¹. От това следва, че задържаното лице трябва да притежава необходимите качества относно субекта на престъпление² – да бъде физическо лице, което е вмениямо към момента на посегателството и да е навършило предвидената в закона възраст. Друго условие за правомерността на задържането се заключава в необходимостта задържачото лице да действа с висока степен на увереност, че задържаният притежава такива качества, и че е започнал или е извършил престъпление³. Когато задържачият погрешно е считал, че задържаният е извършил престъпление, въпросът за отговорността му ще се реши според правилата за фактическата грешка съгласно чл. 14 НК⁴.

Наред с отбелязаното, трябва да се установят и границите на времевия интервал, в който едно лице може да осъществи задържане, за да се определят съответно и границите за правомерното увреждане на дееца. Може да се твърди, че правото на задържане възниква по време на извършване на престъплението, но не може да се сподели мнението, че действията по задържане могат да се предприемат само и единствено непосредствено след извършване на престъплението⁵. Защото напълно е възможно последното да е останало nedovършено по независещи от дееца причини, включително и поради факта на самото деяние по задържане. Така че, за да бъде обезвреден престъпният субект, да бъде привлечен към наказателна отговорност и да бъде осъден, безусловно е обществено неоправдано да се изчакава субектът да осъществи престъплението като довършено и съответно да е увредил правнозащитения интерес⁶. Последният логически предполага субектът

¹ За разлика от правото на неизбежна отбрана, чийто юридически факт е непосредственото противоправно нападение, което само по себе си може и да не бъде престъпно, а да представлява друг вид правонарушение.

² Отново за разлика от неизбежната отбрана, където субект на нападение може да бъде също така малолетно лице, невменяемо лице, както и лице действащо без вина. Вж. Постановление 12 от 29.XI.1973 г. по н. д. 11/73 г., Пленум на ВС относно правото на неизбежна отбрана. Постановления и тълкувателни решения на ВС на РБ по наказателни дела – 1953–1990 г., СЮБ, 1992 г., с. 19

³ За да съществува достатъчно основание субектът по задържане да е бил уверен, че задържаното лице е извършило престъпление, може да се съобразява разпоредбата на чл. 356, ал. 1 НПК относно предпоставките за провеждане на бързо производство: а) когато лицето е заварено при извършване на престъпление или непосредствено след извършването му; б) очевидец посочи лицето, извършило престъплението; в) върху тялото или дрехите на лицето, по него или в жилището му са открити явни следи от престъпление.

⁴ Решение 15 от 17.3.1995 г., по н. д. 481/1994 г., I н. о., докладчик Н. Филчев (решение 15-95-I).

⁵ Вж. Решение 15-95-I.

⁶ Тишкевич, Иван Станиславович. Право граждан на задържане престъпника. Минск: Издателство БГУ. 1974. с. 58

да бъде задържан по-рано, а именно от момента, когато престъплението е в стадия на опита, тоест след започване на изпълнителното деяние. Дори и в тези случаи, когато деецът е осъществил наказуема предварителна престъпна дейност, предшестваща изпълнението на намисленото престъпление.

Според някои автори границите, в които може да се упражни правото на задържане, трябва да се обособят от момента на започване на престъплението до момента на неговото довършване⁷. Други автори приемат, че това право се прекратява с изтичането на давностния срок за наказателно преследване⁸. Последното виждане може да бъде споделено, като към него може да се добавят още два други момента. На първо място, може да се посочи моментът на изтичане на давностния срок за изтърпяване на наложено наказание. Защото има случаи, когато деецът е бил осъден с влязла в сила присъда, но се е укрил именно за да избегне изтърпяване на наложеното наказание. На второ място, трябва да се спомене и моментът на последвалата амнистия. Ако бъде увредено лице, извършило престъпление след изтичане на давността или след неговото амнистиране – факти, които е трудно да бъдат съзнавани от субекта по задържане, тогава въпросът за евентуалната наказателната отговорност на последния отново ще се реши според правилата на фактическата грешка⁹.

Б. На следващо място, трябва да се спомене условието да има неотложна необходимост за задържане на деца. В противен случай действията по задържане биха били неправомерни. Такава неотложна необходимост ще бъде налице, когато съществува основателна или непосредствена опасност извършителят на престъплението да се укрие или да извърши друго престъпление¹⁰. Следователно основанието за задържане на престъпния субект не бива да се свързва с факта на извършване на престъплението, а с факта на съществуващата реална опасност да се избегне породената наказателна отговорност или деецът да извърши ново престъпление¹¹.

⁷ Уголовное право. Общая часть. Под ред. Б. В. Здравомыслова, Ю. А. Красикова, А. И. Рарога, М. 1994. с. 240. ISBN 5-7260-0735-2

⁸ Якубович, Марк Иосифович. Необходимая оборона и задержание преступника. Народный университет: Фак. правовых знаний, Москва: Знание. 1976. с. 61; в този смисъл е и Решение 15-95-І.

⁹ Савинов, Андрей Владимирович. Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва. 2002. с. 64.

¹⁰ Вж. основанията за вземане мярка за неотклонение „задържане под стража“ – чл. 63, ал. 1 НПК.

¹¹ Вж. Решение 15-95-І.

2. Предпоставки за правомерно причиняване на необходими вреди при задържане на лице, извършило престъпление

А. Първата и основна предпоставка да се причинят вреди на дееца при задържане и такова деяние да бъде общественополезно се изразява в изискването в конкретния случай да не е имало друг безвреден начин за неговото задържане. Това означава, че възникналата необходимост за увреждане трябва да е било последно и единствено средство за установяване на физически контрол върху дееца и за предаването му на властта. Това означава още и, че вредата, която се причинява на задържаното лице, трябва да бъде минимална, тоест да бъде използван минимум от необходимата принуда. Самото увреждане трябва да има изключителен характер и да се причинява, когато не е било възможно осъществяване на задържането по друг безвреден начин¹². Защото, ако са съществували други щадящи и безвредни начини и средства за задържане на дееца или такива за причиняване на по-малко вреди, то тогава е трябвало да бъдат използвани. Въпреки това необходимите мерки за задържане на извършилия престъпление евентуално ще бъдат превишени едва тогава, когато на лицето без необходимост се причини, не каква да е, а явно прекомерна вреда.

Б. Друга предпоставка изисква действията по задържане да са били извършени единствено с цел задържане на дееца и предаването му на компетентните държавни органи, както и за предотвратяване на възможността за извършване на друго престъпление. Известно е, че лицето, извършило престъпление, което активно се отклонява от задържане, като страна по възникналото наказателно правоотношение е длъжно да понесе наказание за извършеното. От своя страна правоприлагащите органи, както и всички граждани, са оправомощени да вземат необходимите мерки, включително и вредоносните, за да бъдат постигнати основните цели на института на задържане – предаване на органите на властта или предотвратяване извършването на друго престъпление. Ако обаче с действията по локализиране и залавяне се преследват други цели, например отмъщение или саморазправа с дееца, тези действия ще загубят своят правомерен характер.

II. Пределите, в които увреждането на задържаното лице ще остане общественнооправдано и правомерно

Разбира се, вредите, които се причиняват на лицето, извършило престъпление при неговото задържане, не могат да бъдат неограничени. Деянието, с което се уврежда лицето, ще бъде общественополезно и правомерно, само когато вредите са причинени в предели, които съответстват на установените в чл. 12а НК

¹² Пронина, Маргарита Михайловна. Причинение вреда при задържания лица, совершившего преступление: уголовно-правовая регламентация и ее совершенствование. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Челябинск. 2005. с. 125.

основания. Пределите на необходимите и законосъобразни мерки, свързани със задържане на лице, извършило престъпление, са очертани при съответствието, първо, между обстоятелствата по задържането и характера и степента на обществената опасност на извършеното престъпление и второ, между действията по задържане и обстановката, при която то се осъществява.

1. Съответствие на обстоятелствата по задържане с характера и степента на обществената опасност на извършеното престъпление

Социалната ценност на засегнатите обществени отношения, обект на наказателноправна защита, в зависимост от конкретни обстоятелства по задържане може качествено да се измени. На първо място, тя може да се издигне до степен на безусловна ценност на обекта в случаите, когато деянието, с което се причинява вреда на дееца и при липса на основание за неговото задържане, се квалифицира на общо основание като престъпление против личността. Второ, тя може да се снижи до минимума, свързан с излизане от сферата на наказателноправна защита в случаите, когато правомерно бъде увреден отклоняващият се от задържане деец¹³. Именно това непостоянство в нивото на ценността на обекта, нейната способност бързо да се превръща в антиценност, създава затруднения в практиката. Те възникват в самото начало на задържането, когато в зависимост от условия или безусловния характер на ценността относно личността на дееца, се взема решение да се причини вреда. За да бъдат избегнати грешки, оправомощените държавни служители и другите граждани, които осъществяват задържане, са длъжни много добре да се ориентират за характера и степента на обществената опасност на деянието и да определят дали има основание да се вземе отговорно решение за увреждане на дееца¹⁴.

Известно е, че характерът на обществената опасност е качествен белег, който е обусловен преди всичко от вида на засегнатите обществени отношения. Той изразява по-близката, конкретизирана обществена характеристика на съответната категория прояви, разкрива типичните, характерни особености на групата престъпления, свързани със застрашаване или увреждане на съответния обект¹⁵. За разлика от характера, степента на обществената опасност представлява израз на степента, в която деянието засяга или може да засегне съществуващите обществени отношения. Тази степен определя тежестта, вида и размера на предвиденото

¹³ Бушуев, Геннадий Васильевич. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержания. Автореферат дис. на соискание ученой степени кандидата юридических наук Высш. школа МВД СССР. Москва. 1973.

¹⁴ Сичинава, Инга Рушбеевна. Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление (уголовно-правовые аспекты). Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Ростов-на-Дону. 2002. с. 81.

¹⁵ Ненов, Иван. Наказателно право на Република България, Обща част, кн. 2, София: Софи-Р. 1992. с. 46.

за престъплението наказание, отграничава престъпленията от другите правонарушения и противообществени прояви¹⁶. Поради това степента се явява количествен белег на обществената опасност.

Според съдебната практика причинената вреда трябва да съответства именно на тежестта на извършеното престъпление, тоест на неговите степен на обществена опасност и морална укоримост. Ако лицето е извършило престъпление с незначителна степен на обществена опасност, неоправдано е да се засягат най-важните му лични блага – животът и здравето. Такова засягане обаче би било напълно правомерно, когато престъпникът се укрива след извършено тежко престъпление (убийство, изнасилване, грабеж и др.)¹⁷.

2. Съответствие на действията по задържане на дееца с обстановката, при която то се осъществява

Под обстановка на задържане трябва да се разбира съвкупността от редица конкретно проявени обстоятелства. Такива са например: силите и възможностите на задържащия, характерът и опасността на съпротива от задържания, броят и активността на лицата за задържане и конкретните условия на мястото и времето¹⁸; степента на интензивност и избраните начини за противодействие срещу задържането, броят на задържащите лица, наличие на оръжие в задържаното лице, невъзможността за използване на други по-леки и безопасни способности и средства за задържане и др.

В чл. 38 от НК на Руската федерация (РФ), от който е взиман чл. 12а НК, веднъж се споменава за „обстоятелства по задържането”, а друг път за „обстановка”. Независимо от мнението на някои автори, че тези термини се намират в субординация¹⁹, в контекста на института те би следвало да се считат за идентични. А самата обстановка от гледна точка на субекта на задържане може да се прояви като относително благоприятна или като неблагоприятна²⁰.

А. Относително благоприятната ще бъде обстановката, която показва, че за задържащия има очевидно предимство във физическата сила, във въоръжението, в числеността спрямо задържания, при което съзнава, че има възможност да из-

¹⁶ Пак там, с. 47 и 49.

¹⁷ Вж. Решение 15-95-І.

¹⁸ Пак там.

¹⁹ Вж. Беляев Н. А., Шаргородский М. Д., Прохоров В. С. Советское уголовное право. Общая часть, (учебник для вузов по специальности „Правоведение”). Под ред. Н. А. Беляева, М. И. Ковалева. Москва: Юридическая литература. 1977. с. 231.

²⁰ Баулин, Юрий Васильевич. Уголовно-правовые проблемы учения об обстоятельствах, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния. Дисертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Украинская юридическая академия. Харьков. 1991. с. 366.

върши задържането, без да причини сериозна вреда на дееца, като приложи по-леки средства и методи. Дори и деецът да е извършил престъпление с голяма обществена опасност, причиняването на тежко увреждане в една относително благоприятна обстановка няма да се окаже необходимо. Следователно относително благоприятната обстановка често определя границата, до която вредите ще са достатъчни за успешно залавяне на лицето, което се отклонява от задържане. Може да се каже, че границата за причиняване на вреда и благоприятната обстановка се намират в съотношение на обратна зависимост – колкото е по-благоприятна обстановката за задържащия, толкова по-малка вреда ще бъде достатъчна за задържането на дееца²¹.

Б. Неблагоприятна обстановка ще бъде налице, когато задържащият се намира в положение, при което съотношението на силите, възможностите и средствата на задържащия и на дееца са изравнени, както и при превъзходство на дееца над задържащото лице. Това положение ще оправдае причиняването на вреда на дееца, когато се отклонява от задържане, и тази вреда трябва да съответства на степента на обществена опасност на извършеното от него престъпление. Причиняването на тежко увреждане или дори на смърт²² при задържане на лице, извършило престъпление, ще бъде правомерно тогава, когато причинената на дееца вреда е съизмерима, както с високата степен на обществена опасност на извършеното деяние, така и с неблагоприятната обстановка, свързана със залавянето. Различно трябва бъде, когато престъплението на задържания не се отличава с висока степен на обществена опасност, дори самото задържане да е било осъществено при неблагоприятна обстановка. Тогава причиняването на относително тежко увреждане на дееца би се различавало прекомерно и несъразмерно с ниската степен на обществената опасност, независимо от съответствието на вредата с обстановката при самото задържане²³.

²¹ Сичинава, Инга Рушбеевна, цит. съч., с. 88.

²² В връзка с това съществува мнение, че: „[...] действията по задържане на престъпник не могат никога да отнемат живота на задържаното лице, дори те да се оказват абсолютно необходими за осуетяване на неговото бягство” и „[...] за задържането на един престъпник е позволено да се използва нужната за лишаването му от свобода увреждаща го сила, но само дотолкова, доколкото тя не се оказва „смъртоносна”. Вж. подробно Гиргинов, Антон, „Абсолютната необходимост” за употреба на сила при задържане на престъпник (термини и тълкувания). Адвокатски преглед. 2012. 7. с. 6. ISSN 1313-7204.

²³ Ковалев, Митрофан Иванович. Советское уголовное право: Курс лекций, Вып. 2: Советский уголовный закон, М-во высш. и сред. спец. образования РСФСР, Свердлов. юрид. ин-т, Свердловск, 1974, с. 44.

III. Наказателноправни аспекти на превишаване пределите за причиняване на вреди на лицето, извършило престъпление

1. Дешифриране на съдържанието на чл. 12а, ал. 2 НК с оглед изясняване на необходимите предели за увреждане и тяхното превишаване

В чл. 12а, ал. 2 НК е посочено, че: „Необходимите мерки за задържане на лице, извършило престъпление, се превишават тогава, когато има явно несъответствие между характера и степента на обществената опасност на извършеното от задържаното лице престъпление и обстоятелствата по задържането, както и когато на лицето без необходимост се причинява явно прекомерна вреда. В тези случаи наказателна отговорност се носи само в случаите на умишлено причиняване на вредата”.

След внимателен анализ на цитирания текст се установява, че необходимите мерки за задържане се превишават единствено при явно несъответствие между причинените вреди на задържания както със степента на обществена опасност на извършеното от него престъпление, така и с обстоятелствата по неговото задържане, с добавката „**както и** (потъмняването е мое – Ж. В.), когато на задържаното лице без необходимост се причинява явно прекомерна вреда”. С оглед на това, могат да се изложат следните съображения:

А. За да бъде точно разбрано съдържанието на чл. 12а, ал. 2 НК, се налага изразът „причинените вреди” да се изведе в началото на нормата, защото тя се отнася до тяхното наличие и характер. Тълкуването на съчетанието „мерки за задържане” в контекста на правомерното и общественополезно действие всъщност изразяват „причинените вреди”. Въз основа на посочените в чл. 12а, ал. 2 НК предели на правомерно увреждане бива преценявано дали тези вреди са се оказали „необходими” за задържане на лицето, извършило престъпление. Ако „мерките за задържане на лице” са превишени, „причинените вреди” вече не са „необходими”, а ще бъдат ненужни или прекомерни, а съответно деянието, което ги е причинило ще бъде общественоопасно и противоправно.

Б. Законодателят използва различен подход, когато очертава рамките, в които е общественополезно и правомерно причиняването на вреди.

Във връзка с неизбежната отбрана са използвани понятията – „в рамките на необходимите предели” и „превишаване пределите на неизбежната отбрана”, докато при задържането на лице, извършило престъпление, е използван друг израз, а именно „необходими мерки за задържане”. Вместо него по-подходящи биха били други съчетания като например „предели на причиняване на вреди при задържане” или „предели на увреждане при задържане”.

Трябва да се отбележи, че в понятието „необходими мерки за задържане” погрешно са обединени и двете изисквания – за необходимост и за съразмерност на причинената вреда с деянието по задържане. Първото изискване за необходимостта от увреждане на деца се определя от обстановката при неговото задържане, която показва, че липсва възможност да бъде задържан без да бъде увреден. Второто изискване за съразмерността на причинената вреда характеризира ней-

ните размери или предели, които трябва да съответстват на степента на обществената опасност на извършеното престъпление и на други обстоятелства при задържането. Ако увреждането е причинено без това да е било необходимо, въпросът за съразмерността ще загуби своя смисъл и поради това ще следва да отпадне²⁴. При преследване, ако деецът се окаже в положение, при което е невъзможно да избяга или да осуети залавянето, защото например се е спънал, загубил е сили, оказал се е в улица без изход, вдигнал си е ръцете и други, безспорно причиняването на вреда няма да бъде необходимо²⁵.

Ако законовото понятие „необходими мерки за задържане” се замени с комбинации като: „предели на причиняване вреди при задържане” или „предели на увреждане при задържане”, тогава вече в нормата ще се съдържа само едно изискване, а именно вредите, които се причиняват при задържане на дееца, да не превишават определен размер. При това положение фактът, че вредите са причинени именно при необходимост, ще се съдържа имплицитно в новото понятие, като ще бъде избегнато неговото ненужно дублиране. Превишавайки пределите на увреждане, задържащото лице ще действа в състояние на необходимост, но се оказва, че е действало отвъд пределите за причиняване на разумна и обоснована вреда на задържаното лице.

В. Както беше изяснено, качественият белег на обществената опасност представлява нейния характер, чрез който могат да бъдат отграничени единствено отделни видове престъпления. Съответно само чрез количествения белег – степента на обществена опасност, може да се сравни едно деяние с друго, в случая – деянието, извършено от задържания, с това на задържащото го лице. Да се търси съответствие на характера на обществената опасност на престъплението, извършено от задържаното лице, с вредите, които се причиняват с деянието по задържане, се явява невъзможно и поради това излишно. Това е така, защото не могат да бъдат сравнявани съответният вид престъпление на задържаното лице с общественополезното и правомерно деяние на задържащия, което е осъществено в предвидените в чл. 12а НК предели на увреждане.

²⁴ Пономарь, Валентин Евгеньевич. Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, как обстоятельство, исключющее преступность деяния. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва. 1999. с. 113–114.

²⁵ Афиногенов С. В., Ермакова Л. Д., Здравомыслов Б. В. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учеб. для студентов вузов, обучающихся по спец. „Юриспруденция”. Под. ред. Б. В. Здравомыслова, 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Юристъ. 1999. с. 303-304. ISBN 5-7975-0136-8.

Г. Прави впечатление, че българският законодател е възпроизвел почти дословно съдържанието на чл. 38 от НК на РФ²⁶, като в нормата на чл. 12а, ал. 2 НК е добавил и гореспоменатото съчетание „както и”. По този начин в известна степен е променен смисълът на оригиналния текст, който е бил използван. Така заедно с него изразът „когато на задържаното лице без необходимост се причинява явно прекомерна вреда” поражда сериозен проблем. Този законов израз е абсолютно ненужен и вреден, защото придобива качеството на самостоятелен критерий за преценка кога ще бъдат превишени пределите на увреждането при задържане. По този начин излишно се заявява или се напомня отново, че при превишаване пределите на причиняване на вреди при задържане на лицето „без необходимост му се причинява явно прекомерна вреда” вместо този факт (както е в оригинала) да представлява неизменна част от общото понятие за превишаване пределите на увреждане при задържане.

Д. Пределите на увреждане на лице, извършило престъпление, при неговото задържане се превишават, когато има явно несъответствие между причинените му вреди и степента на обществена опасност на извършеното от него престъпление, или когато с оглед на обстановката при задържане на лицето без необходимост се причиняват явно прекомерни вреди. Тоест само тогава, когато е причинена очевидна, непредизвикваща съмнение прекомерна вреда на задържания и тази вреда не се оправдава нито от степента на обществената опасност на извършеното престъпление, нито от обстановката при задържане на дееца.

Е. При превишаване пределите на увреждане при задържане деянието на задържачото лице ще бъде общественоопасно, противоправно и най-вероятно – виновно. В последното изречение на чл. 12а, ал. 2 НК изрично е предвидено, че наказателна отговорност ще се носи само при умишлено причиняване на вредата. Това положение е основателно предвидено, за разлика от хипотезата при неизбежната отбрана по чл. 12 НК, където за превишаване на нейните предели такова ограничение не се съдържа. В това отношение институтът на задържането на лице, извършило престъпление, е несравнимо по-гъвкав и съобразен с практическите измерения на задържането.

Във връзка с това в особената част на НК на РФ (чл. 108, ал. 2 и чл. 114, ал. 2) са конструирани привилегирани състави за причиняването на смърт, както и на тежка и средна телесна повреда, които са били осъществени при превишаване пределите на увреждане при задържане на лице, извършило престъпление. За разлика от чл. 119 и чл. 132, ал. 2 от българския НК, където е съобра-

²⁶ Така според чл. 38, ал. 2 НК на РФ: „Като превишаване на мерки, необходими за задържане на лице, извършило престъпление, се признава тяхното явно несъответствие с характера и степента на обществена опасност на извършеното от задържаното лице престъпление и обстоятелствата по задържането, когато на лицето без необходимост се причинява явно прекомерна, непредизвикана от обстановката вреда. Такова превишаване води след себе си наказателна отговорност само в случаите на умишлено причиняване на вредата”.

зена нуждата от законово уреждане на превишаване пределите на неизбежната отбрана, то при превишаване пределите на увреждането при задържане на деец, законодателят не е счел за необходимо да въведе по-лека отговорност. Нужно е в скоро време този пропуск да бъде отстранен. По такъв начин ще отпадне въпросът, свързан с това дали е оправдано причиняването на смърт при задържане на лице, извършило престъпление. Отговорът трябва да бъде положителен. Щом като е наказуемо причиняването на смърт на задържания само при превишаване пределите на увреждане при неговото задържане, то тогава причиняването на смърт в рамките на предвидените в чл. 12а НК предели също би било оправдано и необходимо. В този смисъл ще изиграе съществена роля замяната на съюза „и“, който е използван между двете цели на задържането, със съюзът „или“ и така се даде алтернатива на задържания да избере с оглед на степента на обществена опасност на извършеното от задържания престъпление или с оглед на обстановката при задържане, с каква цел да увреди дееца – за предаване на органите на властта или за предотвратяване на възможността за извършване на друго престъпление.

2. Превишаване пределите за причиняване на допустими и достатъчни вреди

Като допълнение на изложеното може да се каже, че превишаване пределите на причинените вреди на дееца при неговото задържане ще бъде налице в два случая:

- а) когато причинените вреди явно не съответстват на степента на обществената опасност на извършеното от него престъпление, или
- б) когато причинените вреди, макар и съизмерими със степента на обществената опасност на извършеното престъпление, явно не съответстват на относително благоприятната обстановка по задържането на извършителя.

В първият случай се превишават пределите за причиняване на допустими вреди за задържане, които явно несъответстват на степента на обществената опасност на извършеното от лицето престъпление, а във вторият се превишават пределите за причиняване на достатъчни вреди – такива, които са явно прекомерни в сравнение с тези, които биха били необходими и достатъчни за неговото задържане.

Пределите за причиняване на допустими вреди се превишават, когато в неблагоприятна обстановка задържаният умишлено е причинил смърт или телесна повреда (тежка или средна) на лице, което е извършило престъпление и избягва от законно задържане. Пределите за причиняване на достатъчни вреди се превишават, когато в относително благоприятна обстановка субектът по задържане умишлено причини смърт или телесна повреда (тежка или средна) на отклоняващия се, като явно превишава вредите, които са достатъчни за негово-

то успешно задържане²⁷. В последна сметка, общото понятие за превишаване пределите за причиняване на вреди на деца при неговото задържане и неговите два вида (превишаване на пределите за причиняване на допустими вреди и на пределите на достатъчни вреди) са съотносими като род към вид²⁸.

Трябва да се подчертае, че е невъзможно да съществува превишаване пределите за причиняване на вреди на деца по принцип. Такова превишаване ще се изразява в превишаване пределите за причиняване или на допустимите или на достатъчните вреди. Превишаване пределите на увреждане при задържане на деца би било възможно, не само под една от формите – на превишаване пределите на достатъчните вреди или на превишаване пределите на допустимите вреди, но и в комплексна форма на превишаване пределите за причиняване на едните и на другите вреди едновременно²⁹.

IV. Предложения de lege ferenda

С оглед на направените по-горе изводи могат да бъдат предложени следните законодателни промени в НК:

1. В чл. 12а, ал. 1 НК: „Общественоползено и правомерно е деянието, с което се причиняват вреди на лице, започнало или извършило престъпление, за да бъде предадено на органите на властта или за предотвратяване на възможността за извършване на друго престъпление, ако няма безвреден начин за неговото задържане и не са превишени пределите на увреждане”.

2. В чл. 12а, ал. 2 НК: „Пределите на увреждане на лицето се превишават, когато има явно несъответствие между причинените му вреди и степента на обществена опасност на извършеното от него престъпление, или когато с оглед на обстановката при неговото задържане без необходимост са причинени явно прекомерни вреди. В тези случаи наказателна отговорност се носи само при умишлено причиняване на вредите”.

3. В чл. 119 НК: „За убийство, извършено при превишаване пределите на неизбежната отбрана или при превишаване пределите на увреждане при задържане на лице, извършило престъпление, наказанието е лишаване от свобода до пет години”.

²⁷ Сичинава, Инга Рушбеевна, цит. съч., с. 84.

²⁸ Афиногенов С. В., Ермакова Л. Д., Здравомыслов Б. В. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. Учеб. для юрид. вузов: По направлению и специальности „Юриспруденция”. Отв. ред. Б. В. Здравомыслов. Москва: Юристъ. 1996. с. 32. ISBN 5-7357-0184-3.

²⁹ Галимов, Искандер Галимзянович. Преступление и наказание, или Подвиг и награда. Для юристов. И. Г. Галимов, Б. В. Сидоров. Казань: Татар. кн. изд-во. 1994. с. 49. ISBN 5-298-00488-1.

4. В чл. 132, ал. 2 НК: „Наказанията по предходната алинея се налагат и в случаите на причиняване телесна повреда при превишаване пределите на неизбежната отбрана или при превишаване пределите на увреждане при задържане на лице, извършило престъпление”.

Ключови думи

*Оттегчаващи
обстоятелства,
вина, престъпен
мотив и
престъпна цел.*

Key words

*Aggravating
Circumstances, Guilt,
Psychological
Experiences
of the Offender
to the Crime.*

Milena Rangelova

**The Psychological Attitude
of the Offender to the Aggravating
Circumstances and its Meaning
for Defining the Penalty**

Milena Rangelova, Ph. D.

*Former Ph. D.
student at New Bulgarian
University.*

*Judge in Criminal
Matters at the Plovdiv Court
of Appeal.*

*e-mail –
hsk_68@mail.bg*

*Area of interest:
criminal law.*

*Author of articles in
professional periodicals in
Bulgaria.*

This article aims to argument the opinion that every objective circumstance of the crime shall be considered as condition for penal liability or aggravating circumstance only in case that spreads within the psychological experiences of the guilty one. Secondly, this article aims to propose regulation of this position, whereas second sentence of para. 5 of Art. 11 from the Criminal Code to be supplemented, as follows: “The penalty shall be aggravated due to circumstances from objective nature accompanying the execution of the crime if the offender has realized their presence, and for unforeseen for the crime harmful consequences the penalty shall be aggravated if towards to them the offender has acted deliberately or negligently”. It doesn’t matter that it is not considered the guilt in the meaning as per Art. 11, para. 1–3 from the Criminal Code – as attitude to the constitutional elements of the crime. It is important the law to regulate at one place the requirement for internal attitude to all objective elements of the criminal behavior in order to be imposed to the offender, including to all aggravated circumstances from objective nature.

Милена Рангелова

Психическото отношение на дееца към отегчаващите обстоятелства и неговото значение за определяне на наказанието

За правилното индивидуализиране на наказанието съдът следва да проучи обхвата на наказателната отговорност, който включва обективните съставомерни и несъставомерни признаци на престъплението и съответстващите им психически отношения.

Давайки представа за процесите в съзнанието и волята на дееца, тези психически отношения образуват вътрешното съдържание на престъплението.

Известно е, че всяко престъпление има външна (видима) страна, която лесно се подава на установяване и оценка. Има и вътрешно съдържание, доколкото деецът не само осъществява поведение във външния свят, но проявява и определено психическо отношение към деянието и неговите последици (настъпили или възможни, съставомерни или несъставомерни), които оценява положително или отрицателно. От всички конкретни фактически признаци на престъплението най-сложно е да се установи това вътрешно съдържание на посегателството, което представлява неговата субективна страна. Защото разбираема е трудността да се установят породените и преминали психически преживявания – мисли, намерения, желання, подбуди, цели, предвиждания, предположения, чувства и др. на дееца в сравнение с установяването на обективната (външната) страна на престъплението.

Същевременно съдът следва да има предвид, че субективната страна на посегателството, осъществено в действителността, и нейното отражение в законовата норма се съотнасят като явление към понятие. Първата представлява обективната реалност. Значение за определяне на наказанието имат както указанията, предвидени в Наказателния кодекс (НК), така и конкретната обективна престъпна реалност, която по понятни причини не може да бъде нормативно предвидена. В особената част на НК се съдържат субективни признаци, които се проявяват при осъществяване на различните конкретни видове престъпления, а в общата част се съдържа най-важният основен елемент на субективната страна на престъплението – вината. Съдът следва да съобрази, че законовата регламентация на субективната страна включва само най-същественото от онова, което я характеризира в

качеството на явление. Тя е релевантна за квалификацията на деянието. А за целите на индивидуализирането на наказанието съдът е длъжен да отчете психическото отражение в съзнанието на дееца на **всички** обективни признаци на посегателството – и очертаващите ситуацията до престъплението, и конструиращите посткриминалната действителност, и обективните детайли, съставомерни и несъставомерни, на неговото извършване.

Четири фактора са от значение за преценката доколко с оглед влиянието на субективната страна да се отегчи, респ. смекчи наказанието в границите на вида и размера на предвиденото. Всеки един от тях има самостоятелно място за формиране на съдебното усмотрение. Това са:

1. степента на вината,
2. представляващите психологическата основа на вината мотив и цел,
3. допълнително характеризиращите мотива и целта несъставомерни емоции и страсти, които водят до състояние на афект или се проявяват като симптом (страх, тревога, гняв, фрустрация и др.) на неправомерно поведение на жертвата и
4. особеностите на психическите отношения на дееца към обективните несъставомерни признаци с отегчаваща насоченост (отегчаващите обстоятелства от обективен характер).

Преplitайки се и взаимодействайки си, степента на вината, мотивът, целта, емоционалното състояние на дееца и особеностите на психическите му отношения към обективните отегчаващи обстоятелства образуват единен вътрешен процес в психиката на субекта. Главна характеристика на този процес е реално съществуващото противоречие с интересите на обществото да защити основните си социални ценности. Укоримо е и отрицателното, и пренебрежителното и недостатъчно внимателно отношение към тях. На етапа индивидуализиране на наказанието съдът отчита тази специфика на социалната укоримост на психическите преживявания на дееца. Целта е отговор на въпроса доколко готов е бил деецът да нахърни обекта на наказателно-правна закрила за удовлетворяване на своите желания.

Изучаването на психическото отношение на дееца към отегчаващите обстоятелства предполага яснота относно всички фактори, които влияят откъм субективната страна на деянието за определяне на наказанието:

Първият фактор, който направлява съставянето на съдебното усмотрение при отчитане на субективната страна в процеса на индивидуализирането, е степента на вината.

В действащия Наказателен кодекс не се използва понятието степен на вина включително в разпоредбите, регламентиращи определяне на наказанието (чл.

54–59 НК). За разлика от закона съдебната практика борави широко с това понятие¹. То се използва и в научната литература².

Установяването чрез доказателствения процес, че едно лице умишлено или непредпазливо е изпълнило дадено престъпление, поставя въпроса за „количеството“ на вината – каква мярка за тежест на вината би съответствала на мярка за строгост на наказанието. При решаване на този въпрос вината се възприема и разглежда не само като отношение към съставомерните обективни елементи на престъпното деяние, т. е. в тесен смисъл, а в относително по-широк смисъл – като елемент на социалния феномен, какъвто представлява това деяние.

Изследването на социалния аспект на вината позволява да се обоснове пораждането на общественото поведение. Вината се оценява отрицателно не като формално-юридическа категория, а като отношение (към деянието и последиците му), в което се изразяват определени отрицателни страни от личността на виновния. Така че степента на вината – това е количествената характеристика не на юридическата, а на социалната същност на вината, доколкото показва дълбочината на деформираност на социалната ориентация на дееца.

Вярното очертаване на тази количествена характеристика изисква съдът да съобрази най-напред вида на вината (пряк/косвен умисъл; съзнавана/несъзнавана непредпазливост), изследвайки динамичното проявление на дадената разновидност в съответната престъпна ситуация³, после особеностите на интелектуалните и волеви процеси в психиката на деца – обема и определеността на съзнанието, характерът на предвиждането на последиците, преднамереността, настойчивостта при достигане на поставените цели, степента на лекомислието в оценката на обстановката, характерът на задължението да се предвидят непредвидените после-

¹ Например в Решение 54/16 г. по в.н.о.х.д. 173/16 г. на ОС–Пазарджик, в мотивите към присъдата по н.о.х.д. 262/13 г. на ОС – Ямбол, в мотивите към присъдата по н.о.х.д. 140/14 г. на РС – Луковит, в мотивите към присъдата по НОХД 300/16 г. на РС–Берковица, в Решение 177-71-Първо н. о. на ВС на РБ и др.

² Ненов И. Наказателно право на Република България, Обща част, Книга втора, София, Софи-Р, 1992, с. 91, Филчев Н. Теоретични основи на наказателното законотворчество, София, Сиела, 2005, с. 38, 45 и 100, ISBN 954-649-768-1 и Стойнов, А. Наказателно право. Обща част, София, Сиела, 2017, ISBN 978-954-28-2356-8, с. 306.

³ Следва да се сподели възгледа, че не може да се реши предварително и абстрактно въпросът дали единият или другият вид умисъл представлява по-тежка форма на вина: ако при прекия умисъл се касае до воля, непосредствено насочена към причиняване на противообществен резултат, при евентуалния допускането сочи, че деецът не се спира пред нищо, стига само да се реализират неговите интереси“ – Вж. Ненов И., цит. съч. Наказателно право на Република България [...], с. 107. Що се отнася до небрежните престъпления, те също не винаги имат по-малка тежест спрямо самонадеяните – може в конкретния случай да се е проявило крайно отрицателно отношение на дееца: грубо нарушаване на фундаментални изисквания за безопасност от субект, който систематически се отнася пренебрежително към тях. Тогава не би следвало да се смекчава наказанието, защото била проявена небрежност, а не самонадеяност.

дици, причината за неподвиждането им, след това съдържанието на умисъла и на непредпазливостта, като се проучи как точно са се очертали фактическите и обществени свойства на престъплението в съзнанието на дееца, и не на последно място – степента на съпричиняване на резултата от пострадалия⁴.

Вторият фактор представляват мотивът и целта.

Мотивът дава отговор на въпроса защо виновният е извършил престъплението (и подбужда към деятелност). Целта ориентира относно това към какво се е стремил (и конструира тази деятелност, определя конкретната ѝ динамика). Пораждайки неправилната ценностна ориентация на дееца, мотивът и целта придават порицаем характер на психическите му преживявания, образуващи вътрешното съдържание на престъплението.

Доколкото наличието и особеностите на мотива и целта създават необходимата престъпна решимост, те имат съществено влияние за съставяне и прилагане на съдебното усмотрение на последния етап от разглеждането на делото. Това влияние не е част от влиянието на степента на вината. Опростирайки и схематизирайки от практически съображения формулата на вината, законодателят описва нейните форми извън психологическото ядро на поведението, каквото съставляват мотивът и целта. Както се разяснява в теорията, „мотивът и целта са елементи на деянието. Те не трябва да се причисляват и към съдържанието на умишлената вина“⁵.

Същевременно мотивът и целта не са фактори със съвпадащо влияние върху усмотрението на съда, приложимо при индивидуализиране на наказанието. Като съзнателно стремление за удовлетворяване на определена потребност целта, вън от съмнение, има самостоятелно значение в този процес. Тя служи не само за постигане на намисления резултат. Целта също така позволява да се уточнят и планират редица действия, осъществяването на които е необходимо за достигането му.

Обаче пък се проявява на основата на престъпния мотив, като мотивът формира насочеността на волята и въобще характера на действията на субекта. Така че е оправдано да се счита, че най-важното субективно индивидуализиращо обстоятелство е той (когато не е конститутивен признак). Мотивът диктува, по думите на Д. Михайлов, всички съществени компоненти на деянието – цел, начин, средства, време, място и обстановка⁶.

Мотивът и целта също се разглеждат от гледна точка на естествената си социална природа, когато става въпрос за съобразяването им в процеса на определяне на наказанието. Има нравствени и безнравствени, социални и антисоциални мотиви и цели и макар че подтиквано, респ. насочвано по единия или другия начин,

⁴ Относно зависимостта между съпричиняването и степента вина и изрично се произнесе ВКС на РБ в точка 1 от тълкувателно решение 2/22.12.2016 г.

⁵ Владимирова, Р. Деяние и вина. // Съвременен право, 1992, 6, с. 51

⁶ Михайлов, Д. Мотивът и другите субективни признаци на престъпното деяние, Годишник СУ, Юрид. фак, С, 1970, с. 83.

престъпното поведение нарушава един и същи наказателноправен запрет, тяхното значение за съдебното усмотрение в процеса на индивидуализиране на наказанието е същностно различно. Това е така, защото водят до различна **степен на** отрицателно отношение на дееца към поддържаните от държавата социални ценности.

Третият фактор са емоциите и страстите на дееца.

Интензивността на емоционалните реакции и степента на тяхното влияние върху психиката на дееца се проявяват в рамките на такива понятия като емоционален отклик и афект. В тези случаи коментираните психологически явления се явяват фактор със самостоятелно значение за формиране на усмотрението на съда за определяне на наказанието. Тяхното значение се изразява в смекчавашия им потенциал. Те влияят в процеса на индивидуализирането и посредством субективната страна, към която се отнасят, и посредством личността на дееца, която характеризират към престъпния момент.

Емоциите и страстите никога не могат да са отегчавачи обстоятелства. Те не се явяват източник на действията на човека, а водят само до повишена активност на неговата деятелност преди, по време и след престъплението. Така че просто допълнително характеризират мотива и целта. Очевидно е, че не притежават самостоятелни отегчавачи свойства.

Четвъртият фактор се явяват особеностите на интересуващите ни психически отношения на дееца към обективните несъставомерни признаци с отегчавача способност⁷.

В реалната престъпна ситуация деецът има не само едно единствено отношение – това към деянието и към последиците, а проявява множество отношения – към всеки обективен признак на случилото се. В процеса на престъпно планиране и изпълнение съзнанието обхваща най-разнообразни обстоятелства – крадецът например съзнава избраната обстановка като благоприятна за отнемането на чуждата вещ, съзнава затрудненията при реализиране на посегателството, подбира улесненията си, има представи за възможността да бъде заловен и затова има известни представи за бъдещите си действия за избягване на своето разкриване и задържане. Всички тези обстоятелства не очертават правната физиономия на кражбата, така че тяхното съзнаване не е част от вината и коментираното в началото измерване на степента на вината не се отнася и за тях. Споделимо е изложението в теорията обобщение, че при деянието обхватът на психически преживявания е по-богат в сравнение с психическия обхват на вината, в който се включва

⁷ Ако отегчавачите обстоятелства са от субективен характер, въобще не се поставя въпрос за отношение на дееца към тях. Те влияят на съдебното усмотрение за наказанието директно с отчитане на конкретната им отегчавача способност. Ненужно е да се изследва например субективното отношение на извършителя на престъплението закана с убийство към хулиганските му подбуди, които се явяват субективно отегчавачо обстоятелство; това обстоятелство така или иначе е част от субективния субстрат на посегателството и въпросът дали се осъзнава, е безсмислен.

съзнаването само на онези признаци на деянието, според които бъдещото фактическо действие или бездействие би представлявало определен вид престъпление⁸.

По-конкретно съзнаването като елемент на вината се отнася до онези обективни фактори, които характеризират дадения вид престъпление от правна гледна точка и като такива са **признаци** от състава. Това следва от формулировките в чл. 11 НК. В примера с кражбата към въпросните обстоятелства се отнася фактът, че се посяга на чужда собственост, че липсва съгласие на пострадалия за това, че се прекъсва фактическата му власт върху движимата вещь и т. н.

Иначе казано, вината, регламентирана в чл. 11 НК, не обхваща отношението към *другите* обективни признаци на посегателството като особеностите на предмета, на времето, на мястото, на способа, на средствата, на обстановката и др. За да се открие обаче най-подходящото наказание, деянието не следва да се разглежда само като родово понятие на действието или бездействието, а като постъпка, извършена посредством определен способ и в конкретна криминална ситуация (време, място, обстановка). В типичния случай наказанието зависи преди всичко от тези странични обстоятелства, по-точно от повишената обществена опасност, която те създават. Тези обстоятелства влияят на съдебното усмотрение посредством **обективната** страна на посегателството, към която принадлежат, т. е. влияят като индивидуализиращи обстоятелства от обективен характер.

За да се отчете обаче тяхното влияние, следва деецът да има съответното психическо отношение към тях, отношение към собствената им степен на обществена опасност. Например следва да съзнава особената активност, която се прилага за успешния резултат от общото престъпно начинание, следва да е наясно с полесната виктимност на жертвата. Споделимо е мнението, че само доколкото обществената опасност е свързана с психическата страна на престъпното деяние, само дотолкова тя е релевантна за правото⁹. Това мнение изразява двете страни на един и същи принцип: според забраната за т. нар. обективно вменияване е изключено безвиновно вменияване на фактическите признаци от състава на престъплението, характеризиращи обективната му тежест; според противоположния принцип – на т. нар. субективно вменияване – за да се признаят фактическите признаци

⁸ Владимиров, Р. цит. съч., с. 46.

⁹ Вж. Манчев, Н. Степента на вината и нейното значение за определяне на наказанието. //Правна мисъл, 1966, 2, с. 43. Съдебната практика също познава решения, които подкрепят тезата за нуждата да се търси и изследва въпросното отношение на дееца към несъставомерните последици, за да се считат за отегчавачи обстоятелства. Например в Решение 48-95-2 на ВС на РБ четем: „настъпилите други вредни последици извън съставомерния резултат, когато са причинени от същото изпълнително деяние, се оценяват на общо основание като отегчавачи обстоятелства, ако са били съзнавани от дееца“. Също и в по-старото законодателство – в Решение 835-58-3 на ВС на РБ е обобщено, че „за да се вземат като отегчавачи обстоятелства известни факти, подсъдимият трябва да има към тях психическо отношение, т. е. да е съзнавал или да е могъл и да е бил длъжен да съзнава тези обстоятелства [...] Да се приеме противното, значи да се поддържа безвиновна отговорност“.

на стореното дори само в качеството на **отегчаващо** обстоятелство, следва да са били обхванати от психическите преживявания на причинилия ги. Така че характерът на тези психически преживявания има наказателноправно значение – той формира нагласата на субекта към извършеното в цялост.

За да установи тази нагласа, съдът следва да се занимае и **особеностите** на неговите психически преживявания. В този смисъл той трябва да проучи интелектуалните, волевите и емоционалните моменти на стореното, разнообразните им специфики, оттенъци и съчетания, процеса на зараждане на съответното отношение в резултат на осъзнаване на отделните обективни фактори, евентуалното му видоизменение при осъществяване на престъпния акт и т. н. Само тогава съдът ще има достатъчно информация, за да може адекватно да прецени отражението на обществената опасност в съзнанието на дееца. А тази преценка е решаваща за санкционния избор, защото отражението на обществената опасност е толкова по-укоримо, колкото по-пълно и цялостно е то, както поддържа А. Стойнов¹⁰.

Може да се обобщи, че формирането на съдебното усмотрение с отчитане на коментирания четвърти фактор, преминава през два етапа:

1. извод, че деецът има изискуемото вътрешно отношение към отегчаващите обстоятелства и

2. измерване на степента на социална укоримост на това отношение.

1.1. Към някои обективни отегчаващи обстоятелства психическото отношение на дееца може да се изрази само в съзнаване. Това са свързаните с действието, респ. бездействието, в което се изразява изпълнението на престъпния акт, доколкото наказателноправно значение има само съзнателното такова. Да осъзнава, че го извършва, означава виновният да го желае. Като общо правило деянието е винаги желано, изключая случаите, когато е изпълнено под влияние на непреодолима сила. Така че психическото отношение към обективните признаци, проявяващи се *при* извършване на действието или бездействието, което представлява изпълнителното деяние, е **нужно винаги да се изразява в тяхното осъзнаване** независимо дали се явяват признак от основния състав или са квалифициращи или отегчаващи обстоятелства. Неосъзнатите обективни признаци, проявяващи се *по време на престъплението*, не могат да имат наказателноправно значение. За разлика от последиците тези обективни признаци са въплътени в същността на самото общественноопасно деяние, като представляват форма на неговото проявление. Например само съзнателно следва да е отношението към обективни особености на деянието, които се явяват свръхизпълнение на конститутивен елемент, свързан с извършване на посегателството¹¹. Може да

¹⁰ Стойнов, А. цит. съч., с. 306.

¹¹ При изнасилване например деецът съзнава не само квалифициращото обстоятелство малолетство на жертвата, а и че става дума за много малко дете; виновният е нужно да съзнава, че използва общоопасен способ, независимо, че използването му не е в конкретния случай съставомерно, а е само отегчаващо обстоятелство; извършителят на престъпление по чл. 343 НК съзнава, че допуска нарушение на съответното правило за движение в много груба форма.

се заключи, че се касае все за обстоятелства, които увеличават степента на обществена опасност преимуществено на деянието, като, за да може въпросното увеличаване да се отчете при определяне на наказанието, следва осъзнаването им да е било конкретно и да е съпътствало осъществяването на престъплението. Иначе не могат да се вменят на дееца.

Понякога законът и изрично съдържа такова указание – например в чл. 128 от първия български акт с наказателноправно съдържание – Устава на наказанията, които мировите съдии могат да налагат¹², е било указано да се търси осъзнаване на визирано в тази разпоредба специално отегчаващо обстоятелство – ако предметът на кражбата е бил необходим за прехранването на стопанина и, трябва крадецът да е знаел това. В чуждестранното наказателно законодателство широко се използва методът на регламентиране на такова указание. Например в списъчна норма от НК на Руската федерация, изброяваща всичките отегчаващи обстоятелства, едно от тях е описано като бременност на пострадалата, предварително известна на дееца (вж. чл. 63, б. „з“ от общата част)¹³, а в НК на Молдова в списък с отегчаващите обстоятелства е визирано следното: извършване на престъплението по отношение на непълнолетно лице, на лице в безпомощно състояние заради преклонна възраст, болест, физическо или психическо отклонение, ако деецът е осъзнавал това (вж. чл. 77 от общата част)¹⁴.

1.2. Следва да се осъзнават и обстоятелствата с отегчаващ потенциал, които увеличават степента на обществена опасност преимуществено на дееца. Обаче изискването за съдържанието на представата към тях е по-различно. Те следва да се осъзнават въобще (по принцип). Например не е необходимо към момента на извършване на престъплението деецът да осъзнава, че има недобра характеристика – това осъзнаване не е иманентно на престъпния процес.

1.3. По друг начин стои въпросът за отношението към страничните вредни последици. Те също влияят на съдебното усмотрение в отегчаваща насока само ако са обхванати от психическите преживявания на причинилия ги. Отношението към тях също не е вина в наказателноправен смисъл, доколкото коментираните последици стоят извън състава на престъплението. Особеното е, че това отношение може да е освен умишлено, също и непредпазливо. Нееднородността на това отношение има неминуемо индивидуализиращо наказанието значение, защото показва различни нива на социална укоримост.

Когато се изследва вината като елемент от основния или от квалифицирания състав, се изхожда от очертаната в този състав субективна страна. Психическото отношение на виновния към последиците, които не са отегчаващи обстоятелства, а се явяват признаци на състава, е установено в съответната норма от особената част на НК. Например при убийство следва да се изрази в умишъл, а при непредпазливо причиняване на смърт – в самонадеяност или в небрежност. Ако съдът обаче преце-

¹² Обн. ДВ, бр. 51 от 11 юни 1880 г. с Указ 235 на княз Александър Първи.

¹³ Интернет-ресурси: www.consultant.ru

¹⁴ Интернет-ресурси, lex.justice.md/ru 331268

нява дали да приеме вредната последица, предизвикана от престъплението, като несъставомерно обстоятелство с отегчаваща способност, може да стори това, ако по отношение на нея виновният е действал независимо с какво психическо отношение. Тъй като несъставомерните вредни последици се проявяват *след* престъплението, не се обуславят от формата на вината, присъща на дадения престъпен състав.

Всъщност при непредпазливите престъпления винаги, а при умишлените най-често става дума за последици, които стоят извън пределите на желанията и съзнателните допускания на дееца. Съобразно изведеното в чл. 11, ал. 5 НК **общо** правило неосъзнаването на тези последици не е индиферентно за наказанието. Следва да се търси отговор на въпроса дали деецът е бил длъжен и могъл ли е да ги осъзнае. Наличието на такава възможност означава, на първо място обективната ситуация да му е дала съответната информация, а на второ място – у него да е нямало никакви препятствия за възприемане и преработка на тази информация. Само при положителен отговор на въпроса е допустимо отчитането на коментираните последици от престъплението като отегчаващо обстоятелство. От значение за тази преценка са същите по естеството си обективни фактори, които се съобразяват, когато се решава въпросът за небрежността като вина, проявена към съставомерните престъпни последици¹⁵. Ако деецът не е предвиждал и не е бил длъжен да предвиди далечните вредни последици, не могат да му се вменят като отегчаващо обстоятелство¹⁶. Ако не ги е предвиждал, но е бил длъжен да ги предвиди, следва да му се вменят като обективни отегчаващи обстоятелства.

Що се отнася до степента на укоримост на отношението на дееца към разискваните допълнителни вредни последици, следва да се отбележи, че най-висока такава степен се отчита, когато е действал с пряк умисъл и по отношение на тях – съзнавал е, че няма как да не настъпи последицата, която не е пряката му цел, и въпреки това е извършил деянието¹⁷. Тогава по делото ще се появи освен отегчава-

¹⁵ Например стопански ръководител на голямо предприятие е бил длъжен и е могъл да предвиди, че вършейки престъпление по чл. 282 НК в конкретните време, място и обстановка, ще предизвика допълнителна вредна последица, изразяваща се в разстройване за известно време на стопанския отрасъл, към сферата на който принадлежат изпълнените му служебни задължения.

¹⁶ Например убиецът не може да отговаря по-тежко заради пропадналата възможност на телесно увредения от него да се яви на важен за него конкурс, при положение че няма укоримо субективно отношение към тази странична вредна последица.

¹⁷ Широко приложима е формулата, изведена в Решение 930-55-1 на ВКС на РБ, че съзнаването на неизбежността на резултата е равносилно на неговото искане – например баща убива съпругата си пред очите на децата им. Схваща добре, освен че върши убийство, също и другите тежки вреди, които неминуемо ще настъпят – децата ще бъдат лишени от обичта и грижата на майка си, а психиката им ще бъде винаги увредена, защото са наблюдавали акта на умъртвяването, съзнавайки, че извършителят е баща им. И тази представа обаче не го въздържа от действие. Значи действия съзнателно по отношение на тези лишени от съставомерно значение обстоятелства, което означава, че въпросните са отегчаващи, при това особено съществено утежняващи наказанието, доколкото по отношение на тях е проявен пряк умисъл.

що обстоятелство от обективен характер (страничните вреди), и отегчаващо обстоятелство от субективен характер, доколкото завишената степен на укоримост на умишленото причиняване на тези вреди проявява самостоятелно утежняващо наказанието свойство. При това психическите преживявания от този порядък ще имат максимално голяма отегчаваща способност. Това е така, доколкото влияят чувствително за увеличаване на степента на обществена опасност на деянието и на дееца.

Като субективно индивидуализиращо обстоятелство може да се интерпретира и причиняването на въпросните вреди с евентуален умисъл – когато деецът е предвиждал възможното (евентуалното) им настъпване в конкретния случай и се е съгласявал (примирявал) да настъпят, стига да бъде постигната набелязаната цел. Вероятността за причиняването им не се е оказала достатъчен мотив за въздържание от престъпно поведение, така че разгледаното отношение на дееца притежава съществени отегчаващи свойства. Отегчаващият потенциал на коментираният обстоятелство обаче е по-слаб от потенциала на укоримото отношение към вредните последици, изразяващо се в пряк умисъл.

Невисока степен на укоримост на това отношение се отчита при афектен умисъл. Както е известно, афектен е умисълът, формиран в силно раздразнено състояние, което представлява кратковременно, бурно протичащо, извънредно и интензивно емоционално състояние. Макар и при толкова отслабени задръжки деецът разбира свойството и значението на това, което върши, и е способен да ръководи постъпките си. Виновното и провокативно поведение на жертвата ще доведе до по-леко наказание, но това не означава, че има способността да елиминира значението и ролята на отегчаващото обстоятелство, каквото представляват несъставомерните вреди, стига деецът да е имал съответното отношение и към тяхното предизвикване. Силно раздразненото състояние му отнема възможността за трезво обмисляне на фактите, а съпоставянето на мотивите „за“ и „против“ е скоротечно, като в такова състояние деецът и взема решението си, и го изпълнява. Макар обаче и мъглява, представата за контрамотивите, каквито в случая могат да се явят възможните странични вреди, все пак съществува. В случая с убийството на съпругата, ако тя е имала укоримото според чл. 118 НК поведение, предизвикало афект у извършителя – неин съпруг, това ще смекчи наказанието му, доколкото извършеното ще се квалифицира по този привилегирован състав. Той обаче не може да претендира и да не му се вменят отегчаващите обстоятелства, явяващи се присъствието на децата им при убийството и моралното увреждане, което ще настъпи със сигурност за тях – той е съзнавал това. Респективно умишленото причиняване на тези странични вреди на общо основание следва да се отчете като отегчаващо обстоятелство от субективен характер, макар и с по-малка отегчаваща способност.

По различен начин се поставя проблемът с по-мекото санкциониране. Привилегированите и смекчаващите обстоятелства са изключение от забраната за обективно вменяване – те се вменят, респ. използват за формиране на съдебното усмотрение за наказанието, стига да съществуват обективно, без да се търси и изследва вътрешното отношение на дееца към тях. Касае се за пряк израз на принципите на хуманизма и на равенството при определяне на наказанието. Не е възможно смекчаването на наказанието да зависи от осъзнаване на влошеното

здраве, на намалената вменяемост, на отрицателното влияние на социалната среда, в която деецът се е формирал като личност и т. н.

*

Що се отнася до грешките относно смекчаващите и отегчаващите обстоятелства, те влияят за уточняване на обхвата на влияние на обективните и субективните особености на престъпното поведение при определяне на наказанието¹⁸.

Както е известно, грешката в наказателноправен смисъл – това е неправилна представа за фактическите свойства на извършеното деяние.

Следва да се разграничават грешки относно смекчаващите обстоятелства и грешки относно отегчаващите обстоятелства:

А. Няма значение грешката на дееца по отношение на смекчаващите обстоятелства, доколкото по отношение на тях не се търси осъзнаване, а се допуска обективно вменяване. Това е една от особеностите на приложението на съдебно усмотрение посредством отчитане на смекчаващи обстоятелства. Няма значение и грешката на съучастника относно наличието или отсъствието на смекчаващи обстоятелства, свойствени на изпълнителя (касаещи неговата наказателноправно релевантна позитивна характеристика или изразяващи се в негово положително посткриминално поведение). Те не го „ползват“, като наказанието му не може да се смекчи посредством тях. Що се отнася до грешката на съучастника относно наличието на смекчаващи обстоятелства, разкриващи спецификата на даденото престъпление, тя не може да препятства смекчаването на наказанието му – например погрешно е мислел, че извършителят има състрадателен мотив, евтаназирайки пострадалия, а онзи е имал мотив за отмъщение. Наказанието на съучастника в грешка следва да се смекчи, защото е очевидна по-ниската степен на социална укоримост на неговите психически преживявания.

Б. Що се отнася до отегчаващите обстоятелства, има такива относно които въобще не може да се постави въпросът за някаква грешка. Това са обстоятелства относно свойства на личността, проявени в престъплението и демонстриращи завишаване на обществената ѝ опасност. Тяхното осъзнаване е очевидно. Например извършителят на пореден престъпен акт добре разбира, че първия път е бил официално предупреден да се въздържа от престъпни посегателства и е встъпил в ново престъпление, като ясно е осъзнавал повишената наказателна отговорност, която то влече.

По-горе беше очертана категория отегчаващи обстоятелства, отношението към които може да е само осъзнаване, доколкото съпътстват престъпния акт, бидейки „вплетени“ в изпълнителното деяние. Грешката на дееца относно тях е релевантна, като е изключено да се отегчи наказанието му с отчитането им. Грешката на съучастника – също. Например, ако помагачът не е бил наясно, че престъп-

¹⁸ Вж. по-подробно Якушин, В. А. и Назаров, В. В. Ошибка в уголовном праве и ее влияние на пределы субъективного вменения, Ульяновск, УлГУ, 1997; Вардеванян А. П. Проблемы ошибки в уголовном праве, Автореферат, Ереван, 2014.

лението е извършено по отношение на лесно виктимна жертва или с възползване от доверието на пострадалия или че изпълнителят се е представил за длъжностно лице и с това е улеснил деянието и др. подобни, наказанието му не е допустимо да се отегчи. Същото е положението с отнасящите се към субективната страна отегчаващи обстоятелства, вменими на извършителя. Например наказанието на помагача не може да се отегчи, ако той не е знаел, че извършителят действа, воден от расова вражда.

Релевантна е и противоположната грешка, когато отегчаващо обстоятелство съществува само във въображението на дееца – например деецът не следва да бъде държан отговорен за отегчаващото обстоятелство бременност на пострадалата, ако погрешно е считал, че е в такова състояние, а съучастник – за отегчаващото обстоятелство расов мотив, ако погрешно е мислел, че извършителят има такъв, а всъщност мотивът му е бил за лично отмъщение. В тези случаи няма към какво да се оценява психическото отношение на виновния – няма обективна база, следователно няма как да се отегчи наказанието му. Субективната оценка на дееца не може да измени обективното положение.

Без значение е грешката относно личните свойства и качества на съучастник, проявяващи отегчаваща способност – предишна съдимост, погасена или не, общественовредно предикриминално поведение, разкриващо устойчивост на престъпния мотив, както и посткриминално извършване на ново престъпление. Тези характеристики са с персонифициран характер. Следователно не могат да се отразяват на наказанието на съучастника, дори да ги е съзнавал.

И при оценката на отегчаващите обстоятелства няма наказателноправно значение юридическата грешка. Деецът погрешно е мислел, че дадено отегчаващо обстоятелство не е съществено за степента на обществена опасност, индиферентно е или, напротив, че не е индиферентно¹⁹.

**

Нито в основополагащата разпоредба на чл. 54, ал. 1 НК, нито на друго място в НК, нито в предходното българско наказателно законодателство има законово разяснение за психическото отношение на виновния към отегчаващите обстоятелства от обективен характер.

В чл. 11, ал. 5 е визирано указание за отношението към страничните вредни последици, но само в случай че се включват в престъпен състав. От тази норма чрез тълкуване може да се изведе забрана за обективно вменяване и на несъставомерните последици. Това обаче не е достатъчно за гарантиране на правилно и еднообразно правоприложение, доколкото практиката да не се изследва и мотивира вътрешното отношение на дееца към обективните особености на престъпното поведение, преди да се окачествят като отегчаващи, е разпространена. Отделен е въпросът, че ако не се изследва степента на социална укоримост на отношението към тях, не може правилно да се измери отегчаващия им капацитет. Има и слу-

¹⁹ Например погрешно е считал, че убийството от ревност ще отегчи отговорността му.

чаи, в които се вменяват настъпили вредни последици в размер, по-голям от обхванатия от психическите преживявания на дееца. По-рядко срещана е противоположната грешка – самоволното „освобождение от отговорност“ за осъзнати отегчаващи обстоятелства е също толкова вредно, както и обективното вменяване. Така се подрива неотвратимостта на наказанието, по-конкретно неотвратимостта на заслуженото в съответния случай завишено наказание.

Законодателят следва да направи потребното за отстраняване на възможността за такъв подход.

За целта може да бъде допълнено отрицателното условие в чл. 56 НК по следния начин: „[...] не са отегчаващи обстоятелства тези, които не са съзнавани от дееца, освен несъставомерните вредни последици, които той е бил длъжен и е могъл да предвиди“.

Или може да бъде разширено приложното поле на разпоредбата на ал. 5 на чл. 11 НК, като в нея се вмести не само квалифициращите последици, а и всички останали обективни обстоятелства. В смисъл, че всяко обективно обстоятелство на престъплението се явява условие за наказателна отговорност или отегчаващо обстоятелство само в случай че се обхваща от психическите преживявания на виновния. А именно второ изречение на ал. 5 да представлява указанието:

„Наказанието се отегчава заради обстоятелства от обективен характер, съпътствали изпълнението на престъплението, ако деецът е съзнавал наличието им, а заради непредвидени за престъплението вредни последици наказанието се отегчава, ако по отношение на тях е действал умишлено или непредпазливо“.

Няма значение, че не става дума за вина по смисъла на чл. 11 НК – като отношение към съставомерни елементи. Важното е да е уредено на едно място в закона изискването за вътрешно отношение към **всички** обективни елементи на престъпното поведение, за да се вменят, *включително и към отегчаващите обстоятелства от обективен характер*.

Може да се обобщи, че е крайно необходимо някъде в Наказателния кодекс (независимо дали в глава втора или в глава пета от общата част) да се яви нормативно закрепено указанието за вменяване на отегчаващите обстоятелства само при налично психическо отношение към тях. По този начин на законово ниво би се извела формулата – ако не си виновен, не отговаряш, виновен ли си, трябва да отговаряш, виновен ли си и за отегчаващите обстоятелства, отговаряш по-тежко. Посредством тази формула биха се явили закрепени всички изисквания на принципа на вината.

НАСТОЯЩОТО ИЗДАНИЕ СЕ ОСЪЩЕСТВЯВА С ПОДКРЕПАТА НА:
THIS PUBLICATION IS ISSUED WITH THE SUPPORT OF:



ДОСТАВКА И ПРОДАЖБА

на нови
и употребявани
автомобили

ПРОДАЖБА И ЗАМЯНА

**ВНОС НА АВТОМОБИЛИ
ПО ПОРЪЧКА**

АВТОКЪЩА IS AUTO

гр. София,
Околовръстен път № 147

SUPPLY AND SALE

of New
and Used
Cars

SALE AND REPLACEMENT

**IMPORT OF CARS
BY ORDER**

IS AUTO CAR DEALERSHIP

Sofia,
147 Okolovrasten Pat

www.isauto.net