СЪДИЙСКИ ВЕСТНИК

Издание на Съюза на съдиите в България

статии

коментари

новини

преглед на съдебната практика

кн. 1/2014 г.

СЪЮЗ НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ

СЪДИЙСКИ ВЕСТНИК

Издание на Съюза на съдиите в България

СѢДИЙСКИ ВЕСТНИКЪ

Органъ на Сдружението на българскитѣ сѣдии

периодично издание
година III, книжка 1
януари – март 2014 г.

статии

коментари

новини

преглед на съдебната практика

редакционна КОЛЕГИЯ

Емануела БАЛЕВСКА – съдия във Върховния касационен съд

Елена АВДЕВА – съдия във Върховния касационен съд

Иван ГЕОРГИЕВ –съдия в Софийския районен съд

СЪТРУДНИЦИ

Васил ПЕТРОВ – съдия в Софийския районен съд

Димитър МИХАЙЛОВ – адвокат от Софийската адвокатска колегия

Боряна КОВАЧКА – юрист

В списанието се приемат за публикуване материали с практическа и теоретическа насоченост. Авторът трябва да посочи трите си имена, телефон и e-mail за връзка.

Адрес на редакцията: гр. София 1000, бул. „Пиротска" № 7, ет. 5;
e-mail: bg.judges@gmail.com

СЪДЪРЖАНИЕ

НОВИНИ

Съюзът на съдиите в България приключи първия етап от консултациите за Главен съдебен инспектор с две кандидатури 5

Обръщение към народните представители относно кандидатури за Главен инспектор на инспектората към ВСС 7

Ролева игра „Наказателният процес от А до …Я – 2014 г." 10

Ролева игра „Червената шапчица" 11

Концепция за работата като Главен инспектор в Инспектората към Висшия съдебен съвет, изготвена на основание чл. 45 от ЗСВ от Теодора Точкова, кандидат за заемане на длъжността главен инспектор в ИВСС 12

СТАТИИ

Размисли върху вещния ефект на задатъка – *Васил Александров* 36

Прехвърляне на арбитражната клауза при договор за цесия – *Мария Илиева* 63

Същност на съвкупността от престъпления и проблеми в правоприлагането – *Иван Ранчев* 80

Детето на Шрьодингер: новите (стари) критерии за жизнеспособност – *Делян Недев* 105

Критични бележки по отговора на въпрос № 4, б. „г" от Тълкувателно решение № 4 от 18.06.2014 г. на ОСГТК на ВКС по тълк. д. № 4/2013 г. – *Румен Неков* 113

За задължението на съда да даде правната квалификация на иска – *Васил Петров* 126

ПРЕГЛЕД НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

Относно правото на магистрата да обжалва резултатите от атестацията си, след като е получил максимална оценка за своята работа 132

За характера на заповедите на административните ръководители на съдилищата във връзка с оптимизацията на работата на органа на съдебната власт 140

СЪДЕБНА ЕТИКА, БЕЗПРИСТРАСТНОСТ НА СЪДИЯТА, КОНФЛИКТ НА ИНТЕРЕСИ.

Относно необходимостта кандидатите за магистрати да отговарят на изискванията за етично поведение 143

АРХИВ

Дисциплинарна отговорност на съдиите у нас (1880-1941) 147

ДИСКУСИИ

Дискусии 152

TABLE OF CONTENTS

REPORTS

The Bulgarian Judges Association Finished the First Stage of Nominations for Chief Inspector of the Inspectorate with Two Candidates 5

Address to the Members of Parliament Regarding the Candidatures for Chief Inspector of the Inspectorate at the SJC 7

Role-playing game "Criminal Process from A to Z – 2014" 10

Role-playing game "Little Red Riding Hood" 11

Concept on the Position of Chief Inspector at the Inspectorate at the Supreme Judicial Council, made pursuant to Art. 45 Judiciary Act by Teodora Tochkova, Candidate for the Position of Chief Inspector in ISJC 12

ARTICLES

Reflections on the Real Effect of the Deposit – *Vassil Alexandrov* 36

Transfer of the Arbitration Clause with an Assignment Agreement – *Maria Ilieva* 63

The Essence of Multiple Crimes and Enforcement Problems – *Ivan Ranchev* 80

Schrödinger's Child: the New (Old) Criteria for Viability – *Delyan Nedev* 105

Critical Remarks on the Answer to Question № 4, „d" of Interpretative Decision № 4 from 18.06.2014 of the General Meeting of the Civil and Commercial Panels of the Supreme Court of Cassation – interpretative case № 4/2013 – *Rumen Nekov* 113

On the Obligation of the Court to Provide Legal Qualification of the Action – *Vassil Petrov* 126

JUDICIAL REVIEW

Regarding the Right of the Magistrate to Appeal the Results of His Attestation, Having Received Full Marks for His Work 132

On the Nature of the Orders of the Administrative Leaders of the Courts in Connection with the Optimization of the Work of the Judiciary Body 140

JUDICIAL ETHICS. IMPARTIALITY OF THE JUDGE, CONFLICT OF INTEREST.

On the Need for Candidates for Magistrates to Meet the Requirements of Ethical Conduct 143

ARCHIVE

Disciplinary Liability of the Judges in Bulgaria (1880-1941) 147

DISCUSSIONS

Discussions 152

НОВИНИ

СЪЮЗЪТ НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ ПРИКЛЮЧИ ПЪРВИЯ ЕТАП ОТ КОНСУЛТАЦИИТЕ ЗА ГЛАВЕН СЪДЕБЕН ИНСПЕКТОР С ДВЕ КАНДИДАТУРИ

Управителният съвет на Съюза на съдиите в България обявява, че излъчването на кандидати за длъжността Главен съдебен инспектор в рамките на обявената вътрешно-съсловна консултация приключи успешно.

От номинираните от професионалната общност дванадесет съдии двама дадоха съгласие за участие в следващия етап от консултациите. Това са съдиите Вера Чочкова от Софийски градски съд и Теодора Точкова, председател на Административен съд – Хасково.

Публично обсъждане на предложенията се състоя на 21 март 2014 г. от 10.00 ч. в Конферентната зала на Съдебната палата в София. За участие в него бяха поканени и взеха участие съсловните магистратски организации, както и неправителствени организации, развиващи дейност за утвърждаване на правовата държава и върховенството на закона. По време на обсъждането всеки от номинираните имаше възможност да се представи и да изложи вижданията си за дейността на ИВСС. Впоследствие им бяха задавани постъпилите по електронната поща въпроси, както и допълнителни такива.

Целта на изслушването бе да се установи каква е съсловната и обществената подкрепа за предложените кандидати.

Съсловната организация ще продължи обобщаването на събраната информация и повдигнатите по време на дискусията въпроси за действащата правна уредба на конституирането на ИВСС, неговия състав, правомощия и дейност до момента, както и перспективите за развитие.

ССБ изказва своето удовлетворение от успешното приключване на първия етап от вътрешно-съсловните консултации за избор на Главен съдебен инспектор. Убедени сме, че проведеното публично обсъждане ще допринесе не само за пълната прозрачност на процеса, но и за предлагането на безспорен кандидат за тази длъжност.

Оценяваме високо способността на професионалната общност да реагира компетентно и задълбочено в подкрепа на съсловните усилия за

демократизиране на процесите в съдебната система и работата на държавните институции.

ОБРЪЩЕНИЕ КЪМ НАРОДНИТЕ ПРЕДСТАВИТЕЛИ ОТНОСНО КАНДИДАТУРИ ЗА ГЛАВЕН ИНСПЕКТОР НА ИНСПЕКТОРАТА КЪМ ВСС

До народните представители от
42 Народно събрание

ОБРЪЩЕНИЕ КЪМ НАРОДНИТЕ ПРЕДСТАВИТЕЛИ

Уважаеми народни представители,

На 21.03.2014 г. инициираната от Съюза на съдиите в България вътрешносъсловна консултация приключи с публичното изслушване на съдиите, дали съгласието си да бъдат издигнати кандидатурите им за главен инспектор на Инспектората към Висшия съдебен съвет.

В проведеното обсъждане взеха участие представители на професионалната общност – председателят и заместник-председателите на Върховния касационен съд, съдии от върховните, апелативните, административните, окръжните и районните съдилища и представители на различни професионални юридически организации – Съюза на съдиите в България, Асоциацията на българските административни съдии, Съюза на юристите в България, и други, развиващи дейност за утвърждаване на правовата държава и върховенството на закона. Събитието беше открито за представители на медиите и беше предавано пряко по интернет на адрес www.judgesbg.org.

Всички участвали в публичното обсъждане оценяват високо проведения откровен разговор за проблемите в съдебната система, мястото и ролята на Инспектората към Висшия съдебен съвет като орган, призван да предлага и реализира работещи решения за подобряване на работата на съда, прокуратурата и следствието. За задълбоченото и съдържателно качество на проведената дискусия съществен принос имат всички съдии с активна позиция и неправителствените организации, които се включиха в процеса и заедно поставиха за обсъждане повече от сто въпроса за различни аспекти от дейността на главния съдебен инспектор. Считаме, че така проведеното публично обсъждане показа, че

гражданското общество има вътрешен потенциал и е способно да генерира общи идеи и да подкрепя общи предложения за усъвършенстване на отношенията в обществото и ефективното функциониране на институциите.

Нашите организации са напълно удовлетворени от представянето на съдиите Теодора Точкова и Вера Чочкова, от показаното от тях разбиране за отговорностите на главния съдебен инспектор, от готовността им да се справят с предстоящите предизвикателства, както и да участват професионално и отговорно в съдебната реформа. Изразяваме своето становище, че и двете са достойни кандидатури за позицията на главен съдебен инспектор.

Затова, уважаеми народни представители, като единствено разполагащи по закон с правото да номинирате, представяме на вашето внимание подкрепените от професионалните и неправителствените организации кандидатури на съдиите Вера Чочкова и Теодора Точкова и се обръщаме към вас с предложение да ги обсъдите и внесете за разглеждане в парламентарната процедура за избор на главен инспектор.

Надяваме се резултатите от проведеното прозрачно обществено обсъждане да са ви от полза и да ви подпомогнат при вземането на информирано решение.

Очакваме предстоящата парламентарна процедура да е насочена към задълбочена оценка на качествата и концепциите на кандидатите, така че да се постигне резултат, убедителен за съсловието и обществото.

Прилагаме: утвърдения от професионалната общност профил на кандидата за главен инспектор; автобиографиите на съдиите Вера Чочкова и Теодора Точкова; номинациите им от съдиите във вътрешносъсловната консултация и профилите, изготвени от Българския институт за правни инициативи. Ще представим останалите изискуеми документи при заявен интерес към предложените на вниманието ви кандидати.

Съюз на юристите в България

Съюз на съдиите в България

Асоциация на българските административни съдии

Български институт за правни инициативи

Български хелзинкски комитет

Български адвокати за правата на човека

Асоциация за европейска интеграция и права на човека

Фондация „РискМонитор"

Център за изследване на демокрацията

Сдружение „Център на НПО в Разград" - Национална НПО мрежа за гражданско наблюдение на съда в България

Програма за развитие на съдебната система

Програма достъп до информация

РОЛЕВА ИГРА „НАКАЗАТЕЛНИЯТ ПРОЦЕС ОТ А ДО …Я – 2014 Г.”

Симулираният процес под формата на ролева игра „НАКАЗАТЕЛНИЯТ ПРОЦЕС ОТ А до …Я – 2014 г.” е подготвен и организиран със съвместните усилия на Асоциацията на полицейските началници, Съюза на съдиите в България, Сдружение на разследващите магистрати в България, Национален институт на правосъдието и Академията на МВР.

Желание за участие е заявено и от Асоциация на прокурорите в България. Интерес също така е проявен от страна на Министерство на вътрешните работи, Областна дирекция на МВР, Столична дирекция на МВР, Института по психология МВР и адвокатурата.

Участници в играта са разследващи полицаи, кандидати за младши съдии и младши прокурори на обучение в НИП, младши адвокати като за участие в играта са поканени и журналисти с професионален интерес към дейността на съдебната система.

В публичния форум на сайта на ССБ е открита тема „Симулиран процес”, където ще се публикуват прессъобщения по хода на играта, като участниците ще могат и да поставят на вниманието на аудиторията възникнали въпроси от процесуалноправен или материалноправен характер.

РОЛЕВА ИГРА „ЧЕРВЕНАТА ШАПЧИЦА“

По инициатива на съдията от Районен съд гр. Враца Вероника Бозова на 21.03.2014 г. съдът бе домакин на проведена ролева игра по мотиви от приказката „Червената шапчица” в която участваха деца от 3б клас на СОУ „Христо Ботев” гр. Враца.

На събитието присъстваха родители, учители и деца от СОУ „Христо Ботев” гр. Враца, съдии, представители на Съюза на съдиите в България и журналисти от местни и национални медии.

Ролевата игра по мотиви от приказката „Червената шапчица” е дългогодишен проект на Съюза на съдиите в България, в рамките на който се работи с деца от 3 и 4 клас. Целта на проекта е начално формиране на правосъзнание, което се постига като чрез задаването на въпроси децата сами достигнат до изводите за това има ли последици от действията ни, следва ли всеки да носи отговорност за постъпките си и какви са целите на наказването, а след това, ползвайки мотивите от приказката „Червената шапчица”, децата прилагат изведеното от тях режисирайки ролевата игра.

При отработването на играта децата сами избират кой герой от добре познатата им приказката е постъпил „лошо” и следва да понесе отговорност за постъпката си, като дългогодишната работата по проекта показва, че вината за случилото се в приказката се пренася не само върху вълка, а и върху майката на Червената шапчица за това, че е пуснала детето си само в гората или върху самата Червена шапчица за това, че не е послушала майка си да не се отклонява от пътя и да не говори с непознати.

Интерес сред децата предизвиква процесът на преценка на това кое е правилно и кое не е и на съзнаването, че при неправилно поведение следва да се наложи наказание, което обаче не цели унижение и страдание, а превъзпитание и поправяне на наказания, за да може той да стане „по-добър”. Наблюдава се проявата на изключителна адекватност при преценка съразмерността на наказанието и умения за отсяване на смекчаващите и отегчаващи отговорността обстоятелства. Интерес в децата поражда и съзнаването на факта, че всяко твърдение трябва да бъде доказано, като се проявява изумителна изобретателност при изработването на доказателствен материал и на обвинителна и защитна теза.

КОНЦЕПЦИЯ ЗА РАБОТАТА КАТО ГЛАВЕН ИНСПЕКТОР В ИНСПЕКТОРАТА КЪМ ВИСШИЯ СЪДЕБЕН СЪВЕТ, ИЗГОТВЕНА НА ОСНОВАНИЕ ЧЛ. 45 ОТ ЗСВ ОТ ТЕОДОРА ТОЧКОВА, КАНДИДАТ ЗА ЗАЕМАНЕ НА ДЛЪЖНОСТТА ГЛАВЕН ИНСПЕКТОР В ИВСС

Вх. № КП-411-00-5/17.04.2014г.

До Комисията по правни въпроси към Народното събрание на Република България

КОНЦЕПЦИЯ за работата като главен инспектор в Инспектората към Висшия съдебен съвет, изготвена на основание чл. 45 от ЗСВ от Теодора Точкова, кандидат за заемане на длъжността Главен инспектор в ИВСС

Уважаеми дами и господа народни представители,

С настоящото изложение искам да изложа вижданията си за развитието на Инспектората към ВСС (ИВСС) и да акцентирам върху целите, които си поставям и способите за постигането им, които ще използвам, ако бъда избрана на длъжността „главен инспектор" в ИВСС. Смятам, че притежавам нужните професионални и нравствени качества за заемането й. Отговорен човек съм, диалогичен и умерен, който познава "отвътре" проблемите в съдебната система и може да предложи работещи решения за преодоляването им. Имам дългогодишен административен опит, който ме е научил, че екипната работа в условията на добър психоклимат в институцията е гарант за добре свършена работа и професионални успехи.

За да ви се представя, ще повторя професионалната си биография. Съдия съм от кариерата, целият ми професионален път е преминал в органите на съдебната власт – младши съдия, районен съдия, заместник-председател на Районен съд - Хасково, съдия в Окръжен съд - Хасково и от 03.01.2007 г. до момента - председател на Административен съд - Хасково. Имам ранг „Съдия във ВКС и ВАС". Като съдия в районен и окръжен съд съм разглеждала граждански, административни и търговски дела, а от създаването на Административен съд - Хасково – административни и касационни с административнонаказателен характер дела. В работата си като председател на Административен съд - Хасково мога да акцентирам

на това, че нашият съд е много добре работеща част от системата на правораздаването, за което говорят данните в отчетните ни доклади - за периода от 01.03.2007 г. до 31.12.2013 г. сме разгледали общо 7505 броя дела, от които приключени през този период са 7373 броя дела, а от тях 6368 броя дела или 86 % свършени в тримесечен срок, като през изминалите близо седем години 74 % от делата, които са проверени от Върховния административен съд по реда на инстанционния контрол са върнати с потвърдени съдебни актове. Работим в самостоятелна сграда, построена изцяло за нуждите на съда. Получихме признанието „Съд модел" от Програмата за развитие на съдебната система и спечелихме проект по ОПАК, който изпълняваме в момента в партньорство с Административен съд - Пазарджик и Административен съд - Смолян с наименование „Компетентни съдии и съдебни служители - гаранти за качествено правораздаване". За тези успехи заслуга има целият колектив на съда - съдии и съдебни служители, които отдават цялата си енергия и всеотдайност в изпълнение на служебните си задължения.

I. Въведение

Инспекторатът към ВСС е нов и уникален орган на съдебната власт, създаден с Четвъртото изменение на Конституцията на РБългария. Основна негова функция е да проверява дейността на органите на съдебната власт, без да засяга независимостта на съдиите, прокурорите и следователите при осъществяване на техните функции, като считам, че с дейността си досега този орган е успял да докаже на обществото, че способства за спазването на това равновесие - между независимостта и отчетността на съдебната власт. Като ключов орган, наред с ВСС при осъществяване на съдебната реформа, дейността на Инспектората е под непрекъснатия мониторинг на Европейската комисия. В докладите на Комисията до Европейския парламент и съвета относно напредъка на България по механизма за сътрудничество и проверка се отчитат постигнатите резултати от дейността на този орган. В изпълнение на правомощията му по чл. 54 от Закона за съдебната власт (ЗСВ) от страна на Инспектората са извършени многобройни независими проверки на съдилища и прокуратури, в резултат на които са отправени препоръки във връзка с управлението на съдилищата и практиките в съдебната система и е възприет по-енергичен подход спрямо дисциплинарната дейност. Европейската комисия отчита, че „контролната дейност на Инспектората има положителен принос за подобряване на

дисциплината и отчетността в съдебната система...”. Същевременно в последния отчет за дейността на Инспектората към ВСС за 2012 г. се отчитат конкретните резултати от дейността му през годините, а именно: наблюдавана от проверките трайна тенденция за спазване на процесуалните и разумните срокове при постановяване на съдебните актове, много добър ред при администрирането на съдебните органи, спазване на принципа на случайния подбор при разпределяне на делата и преписките, намаляване на броя на върнатите за допълнително разследване дела и др. Като изцяло положителна се преценява дейността му във връзка с допълнителната дейност към правомощията му - разглеждане на жалбите срещу нарушенията на правото на разглеждане и решаване на делата в разумен срок.

Извън позитивните резултати от дейността на ИВСС, Европейската комисия в последния си доклад до Европейския парламент и съвета относно напредъка на България по механизма за сътрудничество и проверка от 22.01.2014 г. отчита и слабости в дейността му. Критиките са в насока, че „Инспекторатът анализира статистически данни за спазването на сроковете или контролира прилагането разпределението на делата на случаен принцип, но рядко проверява качеството на преписките по делата, нито систематично отчита натовареността. В резултат на това заключенията, направени от Инспектората в област като случайното разпределяне на дела например, не изследват изцяло проблема. Освен това проблемите, свързани с интегритета или етичното поведение на магистратите, не се разглеждат от Инспектората...”. Поради това в Доклада е отправена и конкретна препоръка към ИВСС, а именно - същият да преориентира работата си, за да действа проактивно за насърчаване интегритета и ефикасността на съдебната система. Тоест да работи за осигуряване на нейната независимост и ефикасност, за качеството и срочността в работата на съдилищата, прокуратурата и следствените органи.

В края на м. март 2014 г. беше публикуван одитен доклад на Сметната палата за извършен одит на изпълнението "Институционално изграждане и ефективност на инспекционната функция на Инспектората към ВСС" за периода от 01.01.2008г. до 31.12.2012 г. В него, макар да се отчита, че през одитирания период от ИВСС „са положени усилия резултатите от извършената инспекционна дейност да имат общ дисциплиниращ ефект по отношение на бързината, прозрачността и уеднаквяването на съдебната практика и за подобряване качеството на правораздавателната дейност”, е направен кардиналният извод, че

процесът по институционалното му изграждане не е приключен. Нещо повече, направена е оценка, че „пропуските и недостатъците в институционалното изграждане и в осъществяването на инспекционната функция на Инспектората, определят дейността му като недостатъчно ефективна за реализиране на реформата в съдебната система". В резултат на извършения одит са дадени препоръки към Главния инспектор на Инспектората за ускоряване на институционалното му доизграждане и за подобряване на управлението и изпълнението на инспекционната дейност.

Именно критиките на ЕК, препоръките на Сметната палата в одитния доклад и повишените очаквания на обществеността към дейността на Инспектората, са отчетени при формиране на моите виждания за по-нататъшното развитие на този орган.

II. Основни цели и приоритети

Основните цели и приоритери на ИВСС, през призмата на които следва да се очертаят параметрите на необходимите промени, за да се оптимизира дейността му, откривам в следното:

1. ИВСС да продължи да бъде коректив на работата на съдебната система. Освен явната контролна дейност по проверка на организацията на административната дейност на съдилищата, прокуратурите и следствените органи и организацията по образуването и движението на делата, както и приключването им в установените срокове, Инспекторатът следва най-вече **да анализира събраните при проверките данни и да предприема мерки за преодоляване на слабостите,** включително чрез предлагане на носителите на законодателна инициатива на проекти за конкретни законодателни промени.

2. Да се засили активността на ИВСС при противоречива съдебна практика, установена при осъществяване на контролната дейност, **да сигнализира компетентните органи за отправяне на искане за приемане на тълкувателни решения или тълкувателни постановления.**

3. На базата на единни критерии и правила при оценка на резултатите от извършените проверки **да използва правомощията си по отправяне на предложения за налагане на дисциплинарни наказания на магистрати и административни ръководители** при констатирани сериозни и системни нарушения и слабости в дейностите

по организацията по образуването, движението и приключването на делата в установените срокове и в организацията на административната дейност. Да се осигури непротиворечивост, последователност и предвидимост на дисциплинарните мерки, предлагани от ИВСС при сходни нарушения.

4. Да се засили ролята на ИВСС при атестиране на магистрати и при назначенията на административни ръководители.

5. ИВСС да способства за ограничаване на корупционните практики в органите на съдебната власт чрез въвеждане на ясни правила и критерии за оценка на организацията на административната дейност, организацията по образуването, движението и приключването на делата, свършването им в разумните срокове и използване на случайния принцип на разпределяне на делата и преписките.

6. Да се повиши отчетността, публичността и прозрачността в дейността на ИВСС.

III. Мерки за постигане на набелязаните цели и приоритети

За постигане на набелязаните цели следва да се направи преоценка и да се предприемат мерки по актуализиране на правната рамка, организационно-управленската структура, човешките ресурси, информационната осигуреност, планирането и изпълнението на инспекционната дейност, както и належащи мерки за повишаване отчетността, публичността и прозрачността в дейността на ИВСС.

1. Правна рамка

ИВСС е създаден с Конституцията на РБългария - чл. 132а (нов- ДВ, бр. 12/2007 г.) с основно правомощие да проверява дейността на органите на съдебната власт, без да засяга тяхната независимост. Организацията и дейността на Инспектората са уредени в ЗСВ – Глава трета и Глава трета "а", където са разписани лимитативно правомощията му. На свой ред същите са очертани в Правилника за организацията на дейността на ИВСС и за дейността на администрацията и на експертите, приет от ИВСС (ДВ, бр. 63/07.08.2009 г., в сила от 07.08.2009 г.). Правомощията на Инспектората могат да бъдат условно разделени на няколко групи:

- **с контролен характер** – по проверка на организацията на административната дейност на органите на съдебната власт и организацията по образуването и движението на съдебните, прокурорските и следствените дела, както и приключването им в установените срокове;

- **с аналитичен характер** – по анализ и обобщаване на делата, приключени с влязъл в сила съдебен акт, както и приключените преписки и дела на прокурорите и следователите;

- **с дисциплинарен характер** – по отправяне на предложения за налагане на дисциплинарни наказания на съдии, прокурори, следователи и административни ръководители на органите на съдебната власт;

- **със сигнален характер** – по сигнализиране на компетентните органи за отправяне на искане за приемане на тълкувателни решения или тълкувателни постановления при противоречива съдебна практика, установена при осъществяване на дейността по т. 3 от ал. 1 на чл. 54 от ЗСВ, сигнализиране на административния ръководител на съответния орган на съдебната власт и ВСС при нарушения, установени при осъществяване на дейностите по т. 1-3 от ал. 1 на чл. 54 от ЗСВ и отправяне на сигнали, предложения и доклади до други държавни органи, включително компетентните органи на съдебната власт;

- **с управленски характер** – по обсъждане на предложения от Министъра на правосъдието проект на бюджет на съдебната власт в частта му относно бюджета на Инспектората и представянето му на ВСС;

- **с отчетен характер** – по изготвяне и представяне на ВСС на годишна програма и отчет за своята дейност, предоставяне ежегодно публично на информация за своята дейност и публикуване отчета за дейността си на страницата на ВСС в интернет;

- **допълнителни функции по чл. 60в-60д от ЗСВ**, регламентирани в новата Глава трета „а“ от ЗСВ (ДВ бр. 50/2012 г.) - „Разглеждане на заявления срещу нарушаване правото на разглеждане и решаване на делото в разумен срок“;

Изхождайки от посочената нормативна база, се извежда изводът, че основните задачи, поставени пред ИВСС, са набирането на информация, нужна за управлението и контрола на съдебната власт, анализирането ѝ и отправяне на сигнали и предложения до компетентните органи, с цел предприемането на адекватни мерки за преодоляване на слабостите в процеса на правораздаването.

Разглеждайки така очертаната правна рамка и по-конкретно подзаконовата нормативна уредба на дейността на ИВСС, регламентирана в приетия от него Правилник за организацията на дейността на ИВСС и за дейността на администрацията и на експертите, се налага изводът, че същите очертават правомощията и начина на функциониране на ИВСС и неговата администрация най-общо, без обаче

да конкретизират по-подробно дейността му. Ето защо се налага вътрешната уредба на дейността на ИВСС да създаде по-подробна и изчерпателна нормативна основа за функционирането му, съобразена със спецификата на вменените му правомощия. Това налага, на първо място, изготвянето на стратегически документи, определящи мисията, визията, целите и приоритетите на работата на ИВСС. На базата на тези стратегически документи, следва да стъпят тези с оперативен характер за постигане на краткосрочните цели, в които да се съдържат изрични критерии и показатели за измерване на очакваните резултати и отчитане на напредъка от дейността на Инспектората. С оглед стратегическите и оперативните цели следва да бъде съобразена и останалата вътрешна нормативна уредба на дейността на ИВСС.

Нормативното уреждане на правомощията на Инспектората следва да бъде подчинено на ясни принципи и изградено съгласно предварително утвърден механизъм, позволяващ изпълнението на законовите му функции. При изработването на вътрешната нормативна база за дейността на ИВСС трябва да се използва следния механизъм от последователни стъпки:

- идентифициране на целите съобразно стратегическите и оперативните документи;

- анализ на съществуващата вътрешна нормативна уредба и оценка за съответствието й с поставените стратегически и оперативни цели;

- актуализиране на вътрешната нормативна уредба съобразно преценката за съответствието й с поставените стратегически и оперативни цели;

- анализ на резултатите от прилагането на актуализираната нормативна уредба и предприемане на последващи действия за оптимизирането й.

В тази връзка сред вътрешните нормативни документи, които следва да бъдат актуализирани са Правилникът за организацията на дейността на Инспектората към ВСС и за дейността на администрацията и на експертите. Необходимо е в него да се уредят подробни и изчерпателни процедури, свързани както с основната дейност на ИВСС, така и с организацията на неговата работа, включваща правомощията и задълженията на Главния инспектор, инспекторите, общата и специализираната администрация досежно оперативната им работа. Основните насоки, в които следва се измени и допълни Правилникът са определяне на ред и процедури за свикване на заседания на Инспектората, изчерпателно регламентиране на въпросите, които

подлежат на обсъждане на заседания от Главния инспектор и инспекторите, да се предвидят срокове за връчване на акта за резултатите от проверката, за произнасяне от Главния инспектор по постъпило възражение срещу акта, както и за изпращане на предложение до ВСС и административния ръководител на органа на съдебната власт за налагане на дисциплинарно наказание. От съществено значение с оглед разписаните в ЗСВ правомощия на ИВСС и законовите изисквания за изпълнение на дейността му е да бъде регламентирана в Правилника процедура за сигнализиране на компетентните органи за приемане на тълкувателни решения или тълкувателни постановления при установена противоречива съдебна практика, актуализирането му с оглед разпоредбите на новата Глава трета „а“ от ЗСВ за разглеждане на заявления срещу нарушаване правото на разглеждане и решаване на делото в разумен срок, както и да се приведе същият в съответствие със законовото изискване за определяне на проверяващия екип по сигнали чрез електронно разпределение.

Прави впечатление и пълната липса на правна основа, регламентираща осъществяването на аналитичните функции на ИВСС, които към момента се извършват ограничено, в рамките на всяка отделна проверка. Липсва вътрешен механизъм, гарантиращ общия анализ на всички събрани данни от проверките, извършени от ИВСС. Само чрез такъв могат да станат видими и да бъдат установени системни слабости. В този смисъл следва да се подготви и приеме правна основа, с която да се регламентира подобна процедура.

Относно вътрешната нормативна уредба, осигуряваща контролните функции на ИВСС е нужно разработването и утвърждаването на цялостна система от ясни критерии и показатели, която да осигурява еднакъв подход за обективно измерване на резултатите от дейността на органите на съдебната власт. Извършваната от Инспектората инспекционна дейност се базира на приетата през 2010 г. Методика на ИВСС за провеждане на проверки. В нея са посочени целите и вида на извършваните проверки, методите и източниците на информация, етапите на проверките и структурата на акта за резултатите от тях. Нужно е обаче актуализирането й, като се прецени доколко същата съдържа ясни и коректни правила за осъществяване на инспекционната дейност. Например редът за извършване на контролна проверка и съставянето на акта за резултатите в Методиката препраща към правилата за извършване на комплексна планова проверка и акта за

резултати от нея, което е неточно с оглед характера на контролната проверка. В този смисъл следва да се прецизира Методиката, като се разпишат конкретни правила за провеждане на контролните проверки с цел установяване изпълнени ли са препоръките, дадени от предходни проверки.

2. Организационно-управленска структура

Организационната структура на Инспектората е определена в глава четвърта и пета от Правилника и според нея ИВСС се състои от Главен инспектор, 10 инспектори и администрация, ръководена от Главен секретар, разделена на специализирана администрация, структурирана в административно звено „Експерти“ и обща администрация, структурирана в звена „Финанси и бюджет“, „Административно-организационна дейност“, „Човешки ресурси и правно обслужване“, "Връзки с обществеността и международна дейност" и самостоятелни длъжности в общата администрация - служител по сигурността на информацията и системен администратор.

Считано от 01.10.2012 г., с изменението на ЗСВ с ДВ бр. 50/2012 г., досежно приемането на новата Глава трета „а“, регламентираща разглеждането на заявления срещу нарушаване правото на разглеждане и решаване на делото в разумен срок, е възложено на Инспектората да създаде специализирано звено от експерти, които да извършват проверка на заявленията по чл. 60а, ал. 1 от ЗСВ.

Основният ръководен орган на Инспектората е Главният инспектор, чиито правомощия са разписаните в ЗСВ. Нему е възложено общото организационно и методическо ръководство на дейността на Инспектората, осъществяването на контрол върху дейността на инспекторите и по отношение на администрацията, но отношението на субординация е само по организационните въпроси, без да се простира върху независимостта и подчинеността на инспекторите единствено на закона при осъществяване на техните правомощия. От друга страна, в правомощията на Главния инспектор е да утвърждава структурата на административните звена и щатните разписания на ИВСС, като чрез главния секретар осъществява контрол върху цялата администрация.

Инспекторите са самостоятелни държавни органи в рамките на ИВСС. Същите извършват проверките, участват и гласуват в заседанията на Инспектората, представляват същия по внесените от него предложения за налагане на дисциплинарни наказания пред ВСС, когато са определени за това от Главния инспектор и т. н.

Експертите са тези, които подпомагат дейността на Главния инспектор и на инспекторите, като участват в проверките, извършвани от ИВСС, в изготвянето на анализите и обобщаването на приключените дела и преписки, в изготвянето на предложения за приемането на тълкувателни решения и постановления, на предложения за дисциплинарни наказания, както и при разглеждане на заявленията по Глава трета „а“ от ЗСВ.

Обслужващите дейности, които подпомагат основната функция на Инспектората се осъществяват от предвидената в Правилника обща администрация.

Нужда от промяна в организационно-управленската структура на ИВСС се наблюдава по отношение на специализираната администрация - експертите. При прегледа на съществуващата структура съобразно сега действащия Правилник за организацията и дейността на ИВСС и за дейността на администрацията и на експертите, прави впечатление липсата на обособено звено, което с цел повишаване ефективността на Инспектората да обобщава и анализира събраната информация от извършените проверки в съдилищата и прокуратурите. Само чрез създаването на подобно, което да обобщава информацията от осъществените от ИВСС проверки и въз основа на професионален анализ да посочва пропуските и добрите практики на органите на съдебната власт, биха могли да се изработят проекти на конкретни стандарти за проверка, приети впоследствие на заседания на Инспектората, които да бъдат съобразявани в инспекционната дейност. От своя страна, стандартите за проверка, изготвени в резултат на анализа на обобщените данни от инспекциите на ИВСС, ще спомогнат на същия да осъществи в пълнота основното си контролно правомощие, без да засяга независимостта на магистратите, каквато препоръка се съдържа в последния доклад на Комисията до Европейски парламент и Съвета относно напредъка на България по механизма за сътрудничество и проверка от 22.01.2014 г. (*виж четвърта препоръка по т. 1 „Независимост, отчетност и етика на съдебната власт” от раздел 3 „Заключения и препоръки” на Доклада*). Обособяването на подобно звено би било от значителна полза и с оглед функцията на ИВСС по разглеждане на заявления срещу нарушаване правото на разглеждане и решаване на делото в разумен срок, доколкото негова задача също следва да бъде проучване, обобщаване и анализ на приложимата в това производство практика на ЕСПЧ по ЕКЗПЧОС по дела, страна по които е Република

България. За яснота относно характера на това т. нар. „аналитично звено" следва да се посочи, че създаването на подобна структура е предвидено макар и лаконично в чл. 60в, ал. 1 от ЗСВ. Дейността му обаче следва да бъде по-широкообхватна от извършването на проверката на заявленията по Глава трета „а" от ЗСВ, с включването и на функции по обобщаване и анализ на информацията от извършените проверки от ИВСС в органите на съдебната власт, както и обобщаване и анализ на практиката на ЕСПЧ по ЕКЗПЧОС по дела, страна по които е Република България.

Освен създаването на стандарти, които да послужат в контролната дейност на Инспектората, аналитичното звено отново чрез анализ на събраната при инспекционната дейност информация може да открие и оповести както лошите, така и добрите практики на проверяваните органи на съдебната власт, които да послужат като вид " наръчник" в организацията на дейността на органите на съдебната власт. Този анализ на информацията ще даде възможност за подготовката от името на ИВСС на проекти на сигнали, предложения и доклади до органите на съдебната власт, респ. до други държавни органи, като окончателното им приемане да става с решение на заседание на Инспектората.

Създаването на такова аналитично звено е дотолкова наложително, доколкото само при адекватния анализ на данните от извършените проверки могат да бъдат открити системни проблеми, свързани с ефективността на съдебната система и да бъдат предложени работещи решения за отстраняването им.

Например при анализа и обобщаването на събраните статистически данни следва да се отчита проблемът с натовареността на отделни органи на съдебната власт, който е основен причинител за решаването на дела извън разумните срокове. Целта на това аналитично звено в конкретния случай ще бъде изготвянето на предложения за приемане на единни правила на ИВСС, по които да се отчита спазването на разумните срокове, единни правила за обхвата и източниците на информация при извършване на проверките, правила за обективна преценка на натовареността на магистратите и съответния орган на съдебната власт, който се проверява, последното - до приемането на такива от ВСС и т. н.

Въобще следва да се разгледат обективно причините, свързани със забавяне срочното приключване на делата и прокурорските преписки и макар ИВСС да не може пряко да реши проблема, следва да изготвя работещи решения, които да реализира чрез правомощието си по чл. 54 ал. 1, т. 7 от ЗСВ, включително чрез предлагане на носителите на

законодателна инициатива на проекти за конкретни законодателни промени.

3. Човешки ресурси и информационна осигуреност

Извън Главния инспектор и инспекторите в обхвата на човешкия ресурс, чрез който се осъществява дейността на ИВСС, е администрацията на Инспектората. Съгласно разпоредбата на чл. 55, ал. 1, изр. 2 от ЗСВ числеността на администрацията не може да надвишава два пъти и половина броя на инспекторите, включително и главния инспектор. По силата на чл. 55, ал. 2 от ЗСВ при Инспектората, извън администрацията по ал. 1 се назначават чрез конкурс експерти, които имат най-малко 5 години юридически стаж и отговарят на изискванията на чл. 18, ал. 1 от ЗСВ. От тази законова уредба е видно, че числеността на администрацията не може да надхвърля 28 души. От друга страна, ЗСВ не предвижда ограничение относно броя на експертите, които са част от специализираната администрация на ИВСС.

С възлагането на новата дейност на Инспектората по Глава трета „а“ ЗСВ, в сила от 01.10.2012 г., е предвидено създаването на специализирано звено от експерти, които подпомагат инспекторите при разглеждане на заявленията срещу нарушаване правото на разглеждане и решаване на делото в разумен срок. Според одитния доклад на Сметната палата щатната численост на ИВСС е увеличена с отпуснатите 15 щатни бройки за експерти от специализираното звено по чл. 60в от ЗСВ, като допълнителните щатни бройки за експерти са включени в съществуващото звено „Експерти“ на ИВСС.

Същевременно съгласно публикуваната в интернет страницата на ВСС последна справка за щатната численост на ВСС, ИВСС и НИП към 01.01.2013 г. - Приложение № 3 към решение на ВСС по т. 23 от Протокол № 7/21. 02. 2013 г. щатната численост на ИВСС е 87 бр., включително 11- те съдебни инспектори или служителите на ИВСС възлизат по щат на 76 бр. От тях към 31.12.2012 г. според одитния доклад на Сметната палата 48 са утвърдените щатни бройки за специализирана администрация, като остават 28 бр. обща администрация по щат. От тези цифри става ясно, че щатът на общата администрация на ИВСС е съобразен със законовото изискване да не надхвърля два и половина пъти броя на инспекторите, включително Главния инспектор.

Що се касае до специализираната администрация в ЗСВ не е лимитирана числеността й по щат, но с оглед осъществяване

правомощията на ИВСС и ефективно изпълнение на дейността му е нужно да се извърши анализ на човешкия ресурс от експерти, необходим за пълноценното функциониране на Инспектората, на база на който да се прецизира числеността на експертите. При анализа следва да се отчете натовареността на експертите по чл. 55, ал. 2 и по чл. 60в, ал. 2 от ЗСВ със специфичната дейност, която извършват на базата на усреднен брой проверки, респ. заявления по Глава трета „а“ от ЗСВ, в които участват и се произнасят за определен период. Само на база преценката за натовареност би могла да се оптимизира щатната численост на специализираната администрация, така че същата да способства за ефективно осъществяване дейността на ИВСС и постигане на основните му цели и приоритети.

Обезпечеността на ИВСС откъм човешки ресурси, преценена с оглед очакванията за повишена ефективност от неговата дейност, от своя страна, поставят въпроса за необходимостта от повишаване на квалификацията на инспекторите и администрацията. В тази насока е правомощието на Главния инспектор по чл. 60, ал. 1, т. 6 от ЗСВ, като посредством провеждане на обучения и семинари ще се постигне повишаване на професионалния капацитет на участниците, в частност заложената цел за уеднаквяване на дисциплинарната практика между ИВСС, ВСС и ВАС.

По отношение на информационната осигуреност на ИВСС от одитния доклад на Сметната палата става ясно, че в институцията е внедрена и работи деловодна програма, разработена от „Информационно обслужване“ АД, като в нея се регистрира входящата и изходящата кореспонденция на ИВСС и е възможно генерирането на справки за поставените и изпълнените задачи от администрацията. Използването на деловодни програмни продукти е от изключително значение за работата на всяка администрация, доколкото чрез тях се регистрира, обработва и съхранява информацията в електронен вид. Ето защо поддържането в пълнота на базата данни, касаещи дейността на ИВСС, е важно за бързото и ефикасно извличане на използваната информация.

В разпоредбата на чл. 57, ал. 2 от ЗСВ е предвидено, че проверяващия екип за осъществяване на проверки по сигнали се определя на принципа на случайния подбор чрез електронно разпределение според поредността на постъпване на сигналите. Видно е от одитния доклад на Сметната палата, че в ИВСС е закупен модул към внедрения програмен продукт, с който е осигурена възможност за

спазване на законовото изискване за електронно разпределение на сигналите, който не е използван. Спазването на законовото изискване за определяне на екипите по проверка на сигнали е гаранция за законосъобразност, обективност и прозрачност при осъществяване на това правомощие. В този смисъл е задължително използването на този модул в ИВСС, още повече, че случайният подбор, но чрез жребий е въведен от законодателя и при определяне на екипите, които ще осъществяват проверките, предвидени в годишната програма на Инспектората.

Чрез възможностите на информационните технологии следва да се повиши информационната осигуреност и обезпеченост на работата на ИВСС с правно-информационни продукти. От голяма полза би било и създаването на вътрешна информационна електронна страница на Инспектората, посредством която работещите в институцията да имат мигновен достъп до всички вътрешни актове, съобщения и т. н. По този начин би се спестило време, респ. би се повишила и производителността на труда.

4. Планиране на инспекционната дейност

Планирането на инспекционната дейност намира своето проявление в годишната програма за дейността на ИВСС. Последната е основният оперативен документ, в който са посочени основните цели и приоритети на Инспектората, свързани с осигуряване на ефективното функциониране на съдебната система. В нея са предвидени също видовете проверки, които следва да осъществи ИВСС в рамките на годишен период: комплексни - на цялата дейност на проверявания орган на съдебната власт, тематични - по определена материя или контролни - за установяване на резултатите от дейността по отстраняване на констатирани при предишни проверки негативни практики според дадените по тях препоръки, като са посочени и органите на съдебната власт, които ще бъдат проверявани. При планиране и осъществяване на проверките Инспекторатът неотклонно припознава следните основни цели:

- цялостен анализ и оценка на дейността на съответния орган на съдебната власт или по изпълнение на дадени при извършена комплексна проверка препоръки, както и по определената тема - предмет на тематичната проверка;

- подобряване на организацията и повишаване качеството на правораздавателната дейност чрез даване на конкретни препоръки по организацията, образуването, движението и приключването на съдебните, прокурорски и следствени дела;

- отчетност и контрол върху работата на магистратите чрез възможността за инициране на дисциплинарни производства или предложения за поощрения;

- уеднаквяване на съдебната практика посредством изготвяне на сигнали до компетентните органи с предложение за приемане на тълкувателни решения, както и посредством отправяне на сигнали, предложения и доклади до други държавни органи;

Извън така заложените цели прави впечатление, че годишните програми на ИВСС не посочват по ясен начин оперативните цели при проверките, които си поставя институцията с цел постигане на заложените стратегически цели, нито става ясно на база на какви критерии са включени за проверка през годината определени органи на съдебната власт. Извън преценката, че в предходни периоди не е проверяван съответния съд, прокуратура, следствени органи следва да се предприемат преимуществено проверки - комплексни или тематични на органи на съдебната власт, оценени като високорискови. Например на органи на съдебната власт, които правораздават като последна инстанция, поради което принципно са рискови. По този начин чрез преглед на делата, по които актовете са окончателни и обобщаване на практиката по тях на проверените например административни съдилища, ИВСС ще установи има ли противоречива практика по идентични казуси и ще сигнализира компетентните върховни съдилища за отстраняването й чрез приемане на тълкувателни решения или постановления. Друг пример - за високорискови могат да бъдат преценени натоварените съдилища и прокуратури - в гр. София и областните центрове. Като целта на преимущественото включване на такива органи на съдебната власт в годишните програми на ИВСС трябва да бъде идентифициране на причините, водещи до системност на слабостите в дейностите по образуването, движението и приключването на делата и преписките извън установените срокове, анализ на същите и предприемане на адекватни мерки за отстраняването им - предложения, доклади до компетентните органи на съдебната власт, включително предприемане на дисциплинарни мерки. Последните обаче следва да почиват на ясни и систематични критерии, позволяващи предвидимост на дисциплинарното наказание. По този начин ИВСС няма да се

възприема като „наказателен отряд“, а като орган, притежаващ ръководна роля по оказване помощ на съдилищата и прокуратурите за преодоляване проблемите в тяхната дейност и привеждане на същата съобразно нормативните изисквания.

Наред с правилното изготвяне на годишната програма за дейността на ИВСС, т. е. определянето на ясни цели и приоритети, индикатори за измерване на постигнатите резултати и въвеждането на критерии за избор на органите на съдебната власт, които следва да бъдат проверени, Инспекторатът следва да насочи усилия и към планиране на контролни проверки на вече проверени съдебни органи. Извършването на такъв вид проверки би дало ясна информация относно това дали предоставените от ИВСС препоръки в актовете за проверка са били изпълнени, както и би установило резултатите от изпълнението на тези мерки, респ. причините за неизпълнение на препоръките. Освен дисциплиниращия ефект при осъществяване на контролните проверки, който ще бъде постигнат, чрез последните ще се способства също и за ефективността на инспекционната дейност чрез установяване на пригодността и резултативността на препоръките.

Досежно възлагането на проверки с ограничен обхват в част от съдилищата, отделно по граждански или по наказателни дела, в каквато насока се съдържат констатации в одитния доклад на Сметната палата, смятам, че няма пречка при проверки на съдилища, в които между магистратите има разделение по материи да се възлагат проверки отделно по граждански и отделно по наказателни дела в рамките на един и същ проверяван период, желателно извършвани в една календарна година. Такава е практиката на ИВСС с единствената цел за икономичност при използване на човешкия ресурс, доколкото не се отразява на ефективността от извършваната контролна дейност. Друг е въпросът, когато се извършва проверка на съдилищата, в които между магистратите няма разделение по материи. Тогава смятам, че е важно създаването на смесени екипи /за проверка по граждански и наказателни дела/ именно с цел анализът на дейността на конкретния магистрат да е пълен, съобразен с конкретната му натовареност да разглежда, както граждански, така и наказателни дела.

5. Изпълнение на инспекционната дейност

Инспекторатът към ВСС осъществява основното си правомощие - инспекционната дейност чрез извършване на проверки на органите на

съдебната власт. Функционалната му компетентност произтича от разпоредбата на чл. 54, ал. 1 от ЗСВ, като в т. 1 - 3 на посочения текст е регламентирано, че при извършване на проверките в органите на съдебната власт се проверява организацията на административната дейност на съдилищата, прокуратурите и следствените органи, организацията по образуването и движението на съдебните, прокурорските и следствените дела, приключването на делата в установените срокове, както и се анализират и обобщават делата, които са приключени с влязъл в сила съдебен акт, както и приключените преписки и дела на прокурорите и следователите.

В приетата през 2010 г. Методика на ИВСС за провеждане на проверки - част I Обща част, са посочени целите на проверките, видовете проверки, методите за извършването им, източниците на информация, периодът на проверката и етапите на реализацията й, т.е. очертана е рамката, в която протичат проверките. Проверяващият екип използва следните методи - проверява деловодните книги, дела и преписки, анализира документацията, провежда индивидуално събеседване и групова дискусия с магистратите, като за източници на информация служат статистически данни и отчетни доклади, сигнали, получени от ИВСС, предварително изискана информация от проверявания орган на съдебната власт и допълнителна информация, получена в хода на проверката. Разписани са и етапите на реализация на проверката:

- **подготвителен етап**, включващ събиране на предварителна информация, проучване и анализирането й, уведомяване на проверявания орган за датата на предстоящата проверка, организационно-техническа подготовка;

- **работен етап**, състоящ се от връчване на заповедта за проверка на административния ръководител на проверявания орган на съдебната власт, работа по събиране на фактическия материал, периодични дискусии в рамките на проверяващия екип по анализиране на постъпващата информация, допълнително събиране на информация по възникнали в хода на проверката нови въпроси, кореспондиращи с предварително определените цели и задачи, обсъждане на събрания фактически материал и запознаване на проверяваните с предварителните констатации, изводи и препоръки и

- **заключителен етап**, предвиждащ обсъждане от проверяващия екип на цялостната събрана информация, разработване на структура на акта и изготвяне на акта, с който приключва проверката.

При извършване на проверките се събират статистически данни за брой новообразувани през периода на проверката, свършени - решени и прекратени дела, останали несвършени от предходни отчетни периоди, брой дела с продължителност на разглеждане над 3 месеца, постановени съдебни актове извън инструктивния 1 - месечен срок, спрени дела, дела с отменен ход по същество и възобновяване на производството по делото и др., в съответствие със задачите и вида на проверката. Кои и какви статистически данни за нуждите на анализа при проверките ще бъдат събирани, какви критерии и показатели за оценка ще бъдат използвани следва да бъде регламентирано изрично във вътрешен акт на ИВСС. Само разработването и утвърждаването на цялостна система от ясни критерии и показатели за оценка, които да се използват, ще осигури еднакъв подход от всички инспектори за обективно измерване на резултатите от дейността на органите на съдебната власт и отделните магистрати. Това е изключително важно, доколкото резултатите от инспекционната дейност са сред показателите за атестиране на магистратите и оказват влияние върху кариерното им израстване. Съгласно чл. 56, ал. 2 от Методиката за атестиране на съдия, прокурор, следовател или административен ръководител и заместник на административния ръководител, измежду носителите на достоверна информация при атестирането е и информацията за атестирания от ИВСС. Чрез събирането на коректни данни при проверките относно качеството и срочността на работата на съответния магистрат, респ. административен ръководител, ИВСС разполага с правомощия за влияние при провеждането на атестацията, а оттам и върху назначенията на административни ръководители. От друга страна, изследването при проверките на натовареността на органите на съдебната власт и на работещите в тях магистрати, във връзка с анализиране на срочността при разглеждане на делата и преписките и постановяване на съдебните и прокурорските актове, би могла да послужи на ВСС при предприемането на адекватни мерки за ограничаване на натовареността в свръхнатоварените органи на съдебната власт.

На следващо място, смятам че чрез въвеждане на ясни правила и критерии за оценка на организацията на административната дейност, организацията по образуването, движението и приключването на делата, свършването им в разумните срокове и използване на случайния принцип на разпределяне на делата и преписките, ИВСС ще способства

за преграждане на корупционните практики в органите на съдебната власт.

Важен аспект на инспекционната дейност на ИВСС е събирането, обобщаването и анализирането на информацията, постъпила по време на проверките. В този смисъл важно от гледна точка на осигуряването на еднакви критерии при осъществяване на контролните функции на Инспектората, е изграждането на формална връзка между различните проверяващи екипи, градяща се на базата на споменатото единно аналитично звено за обобщаване, съпоставка и анализ на събраните данни от проверките. По този начин ще се осигури „цялостност" на инспекционната дейност, осъществявана от ИВСС и ще се преодолее фрагментарният характер на отделните проверки, въз основа на които могат да се изградят единствено частични изводи за причините, пораждащи проблеми в работата на органите на съдебната власт.

Инспекционната дейност на ИВСС и обобщаването и анализа на събраната от контролите информация, е основата за осъществяването на правомощията на Инспектората по: сигнализиране на компетентните органи за отправяне на искане за приемане на тълкувателни решения и тълкувателни постановления, при наличието на установена противоречива съдебна практика; сигнализиране на административния ръководител на съответния орган на съдебната власт и ВСС при установени нарушения; отправяне на предложения за налагане на дисциплинарни наказания на съдии, прокурори, следователи и административни ръководители на органите на съдебната власт. Изброените три функции на Инспектората съставляват своеобразни правни инструменти, правилното боравене с които е от особена важност за осигуряването на най-висшите правни ценности - равенство на гражданите пред закона, съблюдаване на принципа на законност в работата на съдебната власт, съхраняване на устоите на правовата държава.

За да се използват посочените инструменти, спомагащи за отстраняването на настъпили и предотвратяването на бъдещи проблеми в работата на съдебната власт, следва, на първо място, при установени системни слабости Инспекторатът да алармира компетентния орган за решаването им чрез използването на правомощията си по отправяне на сигнали, предложения и доклади, сезиране на върховните съдилища при установена противоречива съдебна практика и т. н. Наред с това обаче ИВСС следва да осигури, разбира се в границите на своята

компетентност, обратна връзка за предприетите от компетентните органи мерки и резултатите от тях.

С изключителна отговорност Инспекторатът следва да подходи и към правомощията си по предлагане налагането на дисциплинарни наказания на съдии, прокурори, следователи и административни ръководители на органите на съдебната власт. В тази насока във всеки конкретен случай на установено неспазване на закона от страна на магистрат, имащо отношение към предмета на проверка от страна на ИВСС, следва, на първо място, да бъде предоставена възможност на засегнатото лице да направи възражения по констатациите на проверяващия екип. Именно на база обективните данни за установените факти при работата на проверявания и направените от последния възражения, Инспекторатът следва да прецени дали установеният пропуск действително се дължи на поведението на магистрата или е предизвикан от слабости на системата, прекомерна натовареност или друга обективна причина. Наред с това за създаването на обективни критерии за преценка на случаите, при които да се прибегне към правомощията по предлагане на дисциплинарно наказване, е належащо възприемането по еднакъв начин от Инспектората, ВСС и ВАС на деянията, окачествявани като дисциплинарни нарушения, процедурата по ангажирането на дисциплинарната отговорност и определянето на дисциплинарното наказание.

6. Отчетност, публичност и прозрачност в дейността на ИВСС

Като орган на съдебната власт с основно контролни функции Инспекторатът към ВСС дължи на обществото максимална отчетност, публичност и прозрачност в осъществяваната от него дейност. Отчетността и публичността като принципи, на които се подчинява дейността на ИВСС намират своята законова опора в правомощията, разписани в ЗСВ - чл. 54, ал. 1, т. 8 и т. 10. По силата на същите ИВСС изготвя и представя на ВСС годишна програма и отчет за своята дейност, като ежегодно представя публично информация за своята дейност и публикува отчета за дейността си на интернет страницата на ВСС. От своя страна, отчетът на ИВСС е част от обобщения годишен доклад на ВСС, който се внася в Народното събрание – чл. 30, ал. 1, т. 14 от ЗСВ. Макар отчетът на ИВСС, като част от обобщения годишен доклад на ВСС, да се представя и приема от Народното събрание, с оглед повишените изисквания на обществото за отчетност по отношение дейността на

ИВСС, смятам че ще бъде удачно след приемането му от Народното събрание отчетният доклад да бъде представен и пред граждани, неправителствени организации и медии. По този начин ще се запознаят гражданите с дейността на институцията през годината и ще се способства за опознаване от обществото на съдебната система на базата на отчитаната обективна информация, събрана от ИВСС. На следващо място, като израз на отчетността, на която Инспекторатът следва да подчинява дейността си, намирам че следва да се развие формата за обратна връзка с гражданите и неправителствените организации. В този смисъл освен публикуването на анкета за дейността на ИВСС на неговата интернет страница, следва да се въведе приемен ден за граждани от Главния инспектор, в който да се изслушват проблемите с органите на съдебната власт, свързани с правомощията на ИВСС. На следващо място, трябва да се въведе и подаването на жалби по електронен път чрез интернет страницата на ИВСС, каквато възможност съществува за заявленията срещу нарушаване правото на разглеждане и решаване на делото в разумен срок.

От своя страна, публичността е основополагащ принцип в дейността на ИВСС, разписана в чл. 40 от ЗСВ. Проявление на стремежа към публичност и прозрачност на институцията е поддържаната от същата интернет страница. Смятам, че същата трябва да поддържа като съдържание максимален обем от информация за дейността на ИВСС, но не по-малко от следните актове - правилата, регламентиращи дейността на ИВСС, стратегическите и оперативните документи, включително годишната програма за дейността на институцията, докладите и актовете от извършените проверки, отправените сигнали и предложения, отчетите за дейността на ИВСС, както и бланки и указания за реда и начина на подаване на заявления срещу нарушаване на правото на разглеждане и решаване на делото в разумен срок, както и за начина за получаване на достъп до обществена информация. От своя страна, всички актове от извършени проверки на органи на съдебната власт, становища и сигнали, следва да бъдат публикувани на интернет страницата на ИВСС при спазване на изискванията за защита на личните данни, като не се огласяват документи, съдържащи класифицирана информация. Наред с това удачно би било, след анализ на събраните данни при проверките в съдебните органи, ежегодно да бъдат изготвени и препоръчителни добри практики към съдилищата и прокуратурите, които също да бъдат публикувани на интернет страницата на ИВСС.

Интернет страницата на Инспектората следва освен информация за дейността му да съдържа и таква за личността и професионалната биография на Главния инспектор и инспекторите, главния секретар, експертите, както и останалите ръководни служители. По този начин ще бъдат опознаваеми работещите в ИВСС отново с цел осигуряване публичния образ на институцията. Наред с това, за гарантиране на безпрепятствения и безплатен достъп до информация относно хода на заявленията по Глава трета "а " от ЗСВ, се явява подходящо въвеждането също чрез интернет страницата на Инспектората на форма за достъп по издаден към входящия номер на заявлението уникален код, чрез който заявителят да може да получи актуална информация относно развитието на инициираното от него производство.

На следващо място, намирам за изключително важна за публичния образ на институцията работата с медиите. На същите следва да се поднася навременна информация за приключили проверки, обобщен анализ на констатираните слабости и дадените препоръки за отстраняването им. В тази връзка е от съществено значение изготвянето на Медийна стратегия на ИВСС, което освен, че е разписано в чл. 50, т. 1 от Правилника за организацията на дейността на ИВСС и за дейността на администрацията и на експертите, също е препоръчано и в одитния доклад на Сметната палата. Медийната стратегия следва да съдържа правила за реда и начина за медийно отразяване на цялостната дейност на Инспектората.

В отношенията със средствата за масово осведомяване ИВСС следва да се подчинява на изискванията за откритост, достъпност и желание за диалог. Сблъсък с изискването за публичност в дейността на Инспектората се получава например при огласяването пред медиите на предложения за дисциплинарни наказания от страна на ИВСС с посочването на имената на конкретните магистрати. От друга страна, разпоредбата на чл. 33, ал. 4 от ЗСВ изисква закрити заседания на ВСС, когато се обсъждат предложенията за налагане на дисциплинарни наказания, а разпоредбата на чл. 313, ал. 3 вр. чл. 53 от ЗСВ предвижда забрана до влизане в сила на заповедта или на решението за налагане на дисциплинарно наказание да се разгласяват факти и обстоятелства във връзка с дисциплинарното производство. Получава се противоречие и е необходимо да се намери баланс, така че Инспекторатът да може да съобщава за резултатите от свои проверки, включително и предложения за дисциплинарни наказания, но без да се уронва престижът на

конкретния магистрат, доколкото по въпроса дали е извършил дисциплинарно нарушение и правилно ли му е наложено дисциплинарното наказание компетентен да се произнесе в крайна сметка е съдът.

На последно място, смятам, че ИВСС следва да отговори на предизвикателството да взаимодейства с неправителствения сектор и съсловните организации в съдебната система. Тази дейност също формира част от публичния образ на Инспектората. Трябва да се намери уместен подход за поддържане на добри контакти с техните представители и да се организират в бъдеще съвместни инициативи - кръгли маси, обсъждания и семинари по конкретни проблеми и теми, общи за работата на Инспектората и магистратите. Смятам, че със съдействието и подкрепата на НПО в областта на съдебната система и съответно на съсловните организации, ИВСС ще осъществява по-прозрачно и публично правомощията си, а и ще се подобри обществения имидж на институцията.

IV. Заключение

В обобщение на настоящото изложение следва да се акцентира на водещата роля на Инспектората към ВСС в осъществяване на съдебната реформа. Въпреки критиките към него не може да се отрече постигнатият от дейността му дисциплиниращ ефект в работата на съдиите, прокурорите и следователите. За да изпълни до голяма степен очакванията към него, ИВСС трябва да насочи усилията си към създаване и използване на система от вътрешни актове, които регламентират изрично показателите и критериите за оценка на проверяваната дейност, получаването на обратна информация за изпълнение на препоръките и осъществяването на последващ контрол върху вече проверяваните органи на съдебната власт. По този начин чрез осигуряване на предвидимост в дейността на ИВСС ще се даде увереност на органите на съдебната власт и ще се способства за осигуряване независимостта на институцията.

Дейността на Инспектората не трябва да се ограничава само в рамките на взаимодействието с ВСС и органите на съдебната власт, а следва да взаимодейства активно с Министерство на правосъдието и другите държавни органи, включително с гражданското общество, за да може заедно с тях да осъществи съдебната реформа. Само съвместните усилия на всички институции и магистрати ще променят отношението на обществото към съдебната система. В този смисъл не следва да се

забравя казаното от Целз, че правото е изкуство за доброто и справедливото.

[подпис]
(Т. Точкова)

16.04.2014 г.
гр. Хасково

СТАТИИ

РАЗМИСЛИ ВЪРХУ ВЕЩНИЯ ЕФЕКТ НА ЗАДАТЪКА

*Васил Александров**

I. Въвод

1. Традиционно в българската правна доктрина се застъпва или се отрича тезата за вещния ефект на задатъка. Това е една от причините в следващите редове да бъдат изложени аргументи „за" и „против" различните схващания относно вещния ефект на задатъка. В изложението задатъкът се разглежда според това какъв е неговият предмет, респ. възможно ли е при различни предмети задатъкът да има или да няма вещен ефект. На пръв поглед въпросът дали задатъкът има вещен ефект и дали има значение какъв е предметът може да се стори чисто теоретичен, както би могло да се мисли в теоретични абстракции, но считам, че така поставените въпроси под формата на размисли върху един от аспектите на задатъка могат да бъдат и изключително практически насочени, не само поради функциите на задатъка, но и поради факта, че както по-долу се разбира, в някои случаи можем да си зададем въпроса дали изобщо фигурата на задатъчната клауза и даването на нещо като капаро представлява задатък, или би следвало да се приложат правилата за други фигури и институти, а защо не и да бъде прогласена нищожност. В следващите редове са разгледани различни материални и процесуални аспекти на проблема, тъй като в повечето изследвания проблемът се ограничава с материалноправна или процесуална аргументацията, която в част от случаите се свежда по-скоро до юридическа еквилибристика (игра на думи), която нито помага да бъде изяснен проблемът, нито помага на практиката.

2. В исторически план задатъкът е бил познат още на древните гърци и финикийците, откъдето се е запазило и понятието „*arrha*". От сравнителноправна гледна точка това понятие с лингивстична промяна се ползва и в Code Civil (Френския граждански кодекс)[1]. В римското право

---

* Юрист, хоноруван асистент по Римско частно право в Юридическия факултет на Софийския университет „Св. Климент Охридски".

[1] Вж. Art. 1590 „Si la promesse de vendre a été faite avec des **arrhes** chacun des contractants est maître de s'en départir, (2) Celui qui les a données, en les perdant, (3) Et celui qui les a reçues, en restituant le double." Терминът се ползва не само във ФГК, но и в практиката на френския касационен съд – вж. Cass 1-re civ., 16 juill 1956: D. 1956, 609. – V. en ce sens; Cass. com., 24 avr.

най-често при продажбата като консенсуален договор съгласието на страните е могло да бъде дадено, изразено във всякаква форма. Често това поставяло въпроса в кой момент е сключен договорът. Един от честите проблеми в практиката на римските юристи бил въпросът кога са завършили преговорите и кога се е появила договорната облигация между страните. За да се избегне този момент, римските юристи заимствали фигурата на задатъка, като страните по съответния договор правели едно съглашение, което се наричало *arrha* (задатък). Задатъкът е бил малка сума пари или дребна вещ, която доказвала сключването на договора[2]. В по-късен етап от развитието на римското право, при император Юстиниан, чрез задатъка една от страните по договора е можела да се откаже от него, като загуби дадения задатък или като върне дадения задатък в двоен размер[3].

Исторически задатъкът е познат на българското право още от отменения ЗЗД в чл. 122 и чл. 135[4]. Понастоящем съществува един текст в чл. 93 ЗЗД[5].

1972 : JCP 72, II, 17198. В някои от последните си произнасяния френският касационен съд ползва същия термин, когато обсъжда модерни институти като неравноправни клаузи („Des clauses abusives") и проблемите на задатъка във връзка с тях.

[2] D. 18.1.35pr., Gaius 10 ad ed. provinc. Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.

[3] C. 4, 21, 17 Illud etiam adicientes, ut et in posterum, si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda. Всъщност тук е добре да се направи едно уточнение. У **Андреев, М.** Римско частно право. 5 фототипно изд. С., СОФИ-Р, 1993, с. 355, се говори за „отмятане" от договора. Струва ми се обаче, че по-горе цитираният текст от Дигестите има предвид точно това, което днешният чл. 93 ЗЗД има предвид, а именно: отказ (разваляне) от договора, а не това, което законодателят е имал предвид в чл. 308 ТЗ по отношение на отметнината, при която се упражнява едно потестативно право, жертвайки предмета на пишманлъка.

[4] „Чл. 122. Това, което е дадено отнапред при сключването на договора, в отсъствието на изрична в противен смисъл воля на договарящите се, счита се като едно обезпечение за възнаграждение на вредите, в случай че се не изпълни съглашението, и се нарича задатък.

В случай на неизпълнение на договора, страната, която не е нарушила задължението, ако не предпочита да иска изпълнението на съглашението, може да задържи получения задатък или да иска двойно дадения от нея.

Чл. 135. Когато съглашението гласи, че този, който не го изпълни, трябва да заплати една определена сума за вреди, не може да се определи на другата страна по-голяма или по-малка сума.

Това правило се пази, и когато определението на вредите е направено във форма на неустойка или посредством задатък, даден при сключването на договора."

II. Правна характеристика на задатъка и проблемът за вещното действие в българската доктрина

1. Както по-горе беше изяснено, още в исторически план задатъкът е съглашение между страните, следователно изисква съвпадане на насрещната воля на страните. Често практически и житейски страните не ползват термина „задатък", а други – „капаро", „отметнина", „пишманлък", „аванс". Въпреки неточността от гледна точка на юридическата терминология, често волята на страните е именно да бъде даден задатък, като е възможно дори да не е ползван и никакъв юридически израз. В този случай съдът е длъжен, тълкувайки волята на страните, съобразно разпоредбата на чл. 20 ЗЗД, да изясни действителната обща воля на страните, като тълкува отделните уговорки във връзка една с друга и всяка една да се схваща в смисъла, който произтича от целия договор, с оглед целта на договора, обичаите в практиката и добросъвестността[6].

Уговарянето на задатък може да бъде направено едновременно със сключването на главния договор, но няма пречка това да стане и на по-късен етап. От тук следващата характеристика на задатъка, той е акцесорно съглашение[7]. Този белег е от значение с оглед ефектите на недействителността на главния договор – напр. ако главния договор е нищожен, то такъв ще е и задатъкът; погасяването на главния дълг погасява задатъка; в доктрината[8] се приема, че новирането на главния дълг води до погасяването на задатъка, с оглед погасителния ефект на новацията. Струва ми се, че това не е неоспоримо. От буквалния прочит на чл. 107 ЗЗД можем да направим извода, че ако задатъкът е даден от трето лице, то ако третото лице не се съгласи задатъкът да ползва и новото задължение, в този случай ще се погаси и задатъкът. *Per argumentum a contrario*, при наличие на съгласие от третото лице, задатъкът ще ползва и новото задължение. В този смисъл в чл. 107 ЗЗД е визирано единствено погасяване на обезпеченията, дадени от трети лица, но не и от самия длъжник. Струва ми се, че текстът има за цел да защити

[5] Още тук е уместно да се изясни, че в настоящата статия авторът не споменава чл. 308 ТЗ, респ. чл. 295-296 ТЗ (отм.), тъй като те уреждат отметнината, която въпреки приликите си със задатъка има и съответните различия. Проблематиката на отметнината не е предмет на настоящото изложение, тъй като то се концентрира върху задатъка.

[6] **Калайджиев, А.** Облигационно право. Обща част. 5 доп. и прераб. изд. С., Сиби, 2010, с. 480; Р.3784-1982-I Г.О.

[7] Р.94-1970-ОСГК; Р.132–1994-5 чл. с-в

[8] **Калайджиев, А.** Цит. съч., с. 481.

третото лице, а не длъжника. Последният може да се гарантира, като в новационното съглашение добави клауза за погасяване на обезпеченията, но това ще стане със съгласието на кредитора.

На следващо място, чрез задатък могат да се обезпечават всякакви съглашения, включително при участието в публична продан, отново се внася задатък в размер на 10 % - арг. чл. 489, ал. 2 ГПК. По правило задатъкът е неформално съглашение[9]. Предметът на задатъка не е ограничен от закон, т.е. в чл. 93 ЗЗД няма ограничение какво може да бъде дадено в задатък. За това често това са пари или вещи, които се предават при сключването на договора. Но както ще видим по-долу, струва ми се, че законодателят юридически е ограничил възможния предмет на задатъка, тъй като за някои сделки, за да бъдат действителни, е необходима тежка форма за тяхната действителност – напр. нотариален акт. Което веднага може да постави два въпроса – следва ли когато за главната сделка е предвидена форма, то и за задатъка да бъде спазена същата тази форма като акцесорно съглашение? И на следващо място в теорията се застъпва схващането, че предмет на задатъка може да е недвижим имот, тук възниква проблемът как следва да се извърши сделката за такъв имот, ако това изобщо е възможно? Тук следва да се има предвид и това, че не съществува двупосочна релативна връзка между главното и акцесорното съглашение.

2. Въпросът дали задатъкът има вещно действие (ефект) в доктрината е спорен. Аргументите *pro et contra* са разнопосочни, като най-често обаче конкретизацията се състои в пример, който е угоден на автора на съответната теза. Струва ми се, че от тази гледна точка българската правна доктрина е длъжник на всички юристи, тъй като застъпването на едно или друго схващане и ползването на абдуктивни аргументи, за да се докаже една или друга теза, е вредно и грешно. Така под натиска на едни или други аргументи са се оформили различни становища.

2.1. Според част от авторите в правната доктрина[10],[11], поради факта на предаването от едната на другата страна на предмета на задатъка, когато той е вещ, това води до наличието на вещен ефект на задатъка – арг. чл. 24, ал. 1 и ал. 2 ЗЗД. Поради това страната, получила задатъка,

[9] Пак там, с. 480.

[10] Пак там.

[11] Така **Атанасов, Г.** Капарото и правото на отмятане (пишманлък) по българското гражданско и търговско право (Същина и правни действия). С., 1939, с. 2.

придобива собствеността върху предмета на задатъка. В този смисъл, ако са дадени пари или заместими вещи, а главният договор не може да се изпълни, поради случайно събитие, се дължало връщане на вещи от същия вид, количество и качество – арг. чл. 240, ал. 1 ЗЗД. От друга страна, при незаместимите вещи вещният ефект бил под отлагателното условие, че страната, която е дала задатъка, виновно няма да изпълни задължението си.

2.2. Според други автори[12] задатъкът „*няма a priori вещен ефект*" като обосновката е от следния пример „*Според чл. 93, ал. 2, изр. 1 ЗЗД изправната страна може да се* ***откаже*** *от договора и да* ***задържи*** *задатъка. Така законът дава основание на капароприемателя да държи вещта, като препречва пътя на неизправната страна да предяви иск по чл. 55 ЗЗД за връщане на даденото поради отпаднало основание след развалянето на договора. Изправната страна обаче не е станала собственик на вещта и държането ѝ е с облигационна основа – капароприемателят може да задържа вещта само срещу неизправната страна, не и срещу трети лица, тъй като облигационното ѝ право няма абсолютен характер. Тоест неизправната страна може валидно да прехвърли двата автомобила на трето лице, което съвсем спокойно ще си ги ревандикира от капароприемателя. Очевидно, за да има реален обезпечителен и обезщетителен характер, задатъкът винаги следва да представлява парична сума или вещи, които да представляват част от дължимото по сключения в необходимата форма основен договор, тъй като задатъкът няма a priori вещен ефект.*"[13]. Т.е. авторът изхожда от относителното действие на облигацията и от абсолютното действие на вещния ефект като обосновава схващането си чрез възможността за ревандикация. Струва ми се, че подобна теза стъпва на хлъзгавата основа на вещните претенции, които и до ден днешен не са изяснени напълно. В този смисъл, логично можем да си зададем въпроса за давността при вещните претенции и възприетото господстващо в доктрината становище, че вещните искове не се изсрочват по давност[14]. Това схващане не отговаря на историческата традиция на българското право – арг. чл. 37 и чл. 38 от Закон за давността (отм.), както и на юридическата конструкция. По характера си когато собственикът защитава материалното си право чрез ревандикационен иск, той има едно вземане към лицето за вещта, която то държи или владее без правно

[12] **Байрактарова, Цв.** За някои проблеми свързани с неустойката, задатъка и отметнината. – Търговско право, 2013, № 4, с. 99 и сл.

[13] Пак там.

[14] Вж. **Боянов, Г.** Вещно право. 7 осн. прераб. и доп. изд. С., Авалон, 2009, с. 15-16, с. 383 и сл.; **Венедиков, П.** Система на българското вещно право. Фототипно изд. С., 1991, с. 297-299; **Василев, Л.** Вещно право. 2 прераб. изд. С., Нова змезда, 2001.

основание. На тази плоскост можем да установим, че изграждането на теза върху хлъзгавата основа на вещните искове едва ли е най-удачният аргумент. От друга страна същият автор в цитираното съчинение оставя впечатление, че когато предмет на задатъка е вещ или пари, които са част от основната престация, т.е. при наличието на антиципирано плащане, което играе ролята на задатък по волята на страните, то тогава задатъкът би следвало да има вещен ефект[15].

III. Размисли върху вещния ефект на задатъка

В този раздел ще се разгледат някои въпроси на вещния ефект на задатъка. Струва ми се, че проблемите могат да бъдат разгледани на няколко нива, затова и гледните точки, респ. подходът на изложението ще бъде различен. Безспорна, струва ми се, е само важността на проблема, тъй като в българското право е застъпено схващането, че придобивните способи[16] са *numerus clausus*. От друга страна, по отношение деривативните придобивни способи е аксиоматична тезата, че въпреки наличието на свобода на договарянето – арг. чл. 9 ЗЗД, транслативните сделки са също *numerus clausus*.

1. Към въпроса за вещния ефект на задатъка на първо място следва да разгледаме проблема за това **възможно ли е и има ли вещен ефект даването на задатък с предмет недвижим имот**. В правната доктрина[17] въпросът е широко обсъждан, като често се приема, че е възможно даването на недвижим имот в задатък.

Съгласно чл. 18 ЗЗД договорите за прехвърляне на собственост или за учредяване на други вещни права върху недвижими имоти трябва да бъдат извършени с нотариален акт. От прочита на ЗЗД бихме могли да се запитаме вещно право ли е задатъкът, за да бъде сделката в най-тежката, позната на българското право форма за действителност – арг. чл. 26, ал. 2 ЗЗД. Ако приемем тезата, че недвижим имот може да бъде предмет на задатък, то тогава, съгласно чл. 93, ал. 2, изр. 1 ЗЗД, ако страната, която е дала задатъка, не изпълни задължението си, другата страна може да се откаже от договора и да задържи задатъка. Логично тук бихме могли да поставим въпросите, поставени по-горе дали вещните права и транслативните сделки са *numerus clausus*. Освен това бихме могли да

[15] Всъщност интересни при този автор остават и някои процесуални въпроси, които струва ми се са плод или на неразбиране, или на недоглеждане.

[16] Вж. **Боянов, Г.** Цит. съч., с. 13.

[17] Вж. **Калайджиев, А.** Цит. съч.; **Атанасов., Г.** Цит. съч.; **Байрактарова, Цв.** Цит. съч.

разсъждаваме в следната посока – ако задатъкът няма вещен ефект, то неизправната страна няма да може да търси нито с вещен, нито с облигационен иск своя имот, тъй като претенцията й ще бъде блокирана от облигационното отношение. Но няма пречка неизправната страна да прехвърли собствеността върху имота и при това положение, поради относителното действие на облигацията (арг. чл. 21, ал. 1 ЗЗД) третото лице да ревандикира имота, след което да го „върне" с някаква транслативна сделка на неизправната страна. При това положение изправната страна – лицето, което държи предмета на задатъка, на практика няма как да се защити, като единствено му остава да носи доказателствената тежест при твърдение за злоупотреба с право – арг. чл. 8, ал. 2 ЗЗД[18]. Подобна материалноправна конструкция ми се струва сложна и донякъде безмислена, поради съображения от процесуално естество и проблеми с вписванията.

1.1. На първо място, следва да се изясни проблемът с нотариалното удостоверяване, тъй като след като се изясни този проблем, ще се изясни има ли въобще възможност да се конструира такава правна сделка.

Според прието становище в гражданскопроцесуалната доктрина[19] нотариалното удостоверяване е официално, писмено, свидетелстващо (удостоверително) изявление на орган с нотариална компетентност, издадено в кръга на възложената на органа материална компетентност и по реда, установен в закона за отделни производства, в които засвидетелства с обвързаваща (материална) доказателствена сила (арг. чл. 179, ал. 1 ГПК)[20], удостоверява с тях частноправни изявления на лица и други релевантни обстоятелства, а в предвидените от закона случаи – и граждански субективни права.

Чрез нотариалното удостоверяване нотариалният орган удостоверява факти (засвидетелства факти), които той е възприел непосредствено и са осъществени пред него, с негово участие.

Всички нотариални удостоверявания, независимо дали са извършени от нотариус по чл. 2, ал. 1 ЗННД, или от орган, който без да е нотариус има нотариални функции, се характеризират с няколко белега:

---

[18] В този смисъл примера на Цв. Байрактарова, Цит. съч. е верен, но едва ли на казуистичната му основа можем да изведем правило.

[19] **Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова.** Българско гражданско процесуално право. 9 прераб. и доп. издание – първо по действащия ГПК. С., Сиела, 2012, с. 1252 и сл.; **Тенева, Л.** Актуални въпроси в нотариалната дейност или поглед от другата страна. С., Сиела, 2009, с. 9 и сл.

[20] Материалната доказателствена сила не се разпростира върху целия документ, а само върху предмета на съответното нотариално удостоверяване. Извън предмета на удостоверяване документът няма материална доказателствена сила.

1.1.1. Сред множеството удостоверявания нотариални удостоверявания са само тези, които изхождат от орган с нотариална компетентност и са извършени по реда на нотариални производства.

1.1.2. Всички нотариални удостоверявания (без изключение) са изявления за знание на нотариалния орган, а не волеизявления, насочени към пораждане, изменение или прекратяване на гражданскоправни последици. Нотариусът удостоверява волеизявления, но не прави волеизявления в това си качество, затова всички документи, имащи нотариално удостоверяване, са от категорията на свидетелстващите, а не на диспозитивните[21]. Нотарилните удостоверявания са официални твърдения на нотариалния орган относно това, което той е възприел като правно значими факти и обстоятелства, които се осъществяват пред него или с негово участие.

1.1.3. Предмет на нотариално удостоверяване са поначало само правнорелевантни факти – правопораждащи, правопрекратяващи, правоизменящи и т.н[22]. Например удостоверяване на правна сделка – чл. 569, т. 1 ГПК – по реда на чл. 578 до чл. 586 ГПК – удостоверяват се само правопораждащите юридически факти на сключената сделка, не се удостоверяват нейните правни последици.

Важно е тук да се уточни, че в един-единствен случай, при констативните нотариални актове за удостоверяване право на собственост върху недвижим имот, нотариусът не удостоверява юридически факти, а удостоверява правни последици от осъществени в миналото юридически факти, които той не възприема непосредствено, а ги възприема чрез писмени или писмени и гласни доказателствени средства, които му се предоставят. Т.е. нотариусът засвидетелства своите правни изводи от доказателства, а именно, че в патримониума на молителя е възникнало правото на собственост. Тук веднага следва да направим уточнението, че за разлика от съдебния акт, актът на нотариуса е следствие от едно охранително производство и не формира СПН, обратно – актът на съда е следствие от спорно, състезателно производство и формира СПН.

---

[21] Като се имат предвид и смесените документи. Тъй като в настоящата статия няма за цел да изяснява задълбочено проблематиката на документите и удостоверявания, то се правят само уточнения, които са важни с оглед застъпените тези.

[22] Цялото деление на юридическите факти, както е застъпено в доктрината – вж. **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част. С., СОФИ–Р, 2002, с. 415-441; **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II. 2 изд. С., СОФИ-Р, 2001, с. 310–358 – може да бъде предмет на нотариално удостоверяване

1.1.4. В българското право е възприет принципът на законоустановеност на нотариалните удостоверявания. Този принцип намира опора и в позитивното право в разпоредбата на чл. 569 ГПК.

1.1.5. Предмет на удостоверяване по реда на нотариалните производства могат да бъдат само частноправни изявления.

1.1.6. В българското право нямаме едно общо нотариално производство, а общи правила, които важат за всички нотариални производства, и съответни специални правила при различните видове. Общо също така е, че различните нотариални производства представляват смесени динамични фактически състави, по реда на които се извършват нотариални удостоверявания. Но самите видове нотариални удостоверявания ги диференцират от гледна точка предмета на удостоверяването. От тук, тъй като уредбата на производствата е подчинена на принципите на диференциация и специализация, има толкова видове нотариални производства, колкото са видовете нотариални удостоверявания.

1.1.7. От направения кратък преглед по отношение нотариалното удостоверяване можем да направим заключението, че не е възможно да се даде в задатък недвижим имот. Съображенията са следните – дори главната сделка да бъде сключена във формата на нотариален акт и страните да уговорят и такава клауза, то тогава имотът би преминал веднага върху капароприемателя. Дори да уговорят условие, то тогава се изправяме пред проблема, че страната ще трябва да направи изявление в същата форма, пред нотариуса, което той да удостовери, а по аргумент от чл. 569 ГПК, нямам такова нотариално удостоверяване, респ. производство. Бихме могли да си зададем и въпрос как нотариусът да провери факта на неизпълнението, който ще следва да удостовери, за да се сбъдне условието? Това той очевидно не би могъл да направи, тъй като компетентен ще е съдът, а и, както беше изяснено, нотариусът удостоверява факти, в чието осъществяване участва или са се осъществили пред него, т.е. той ги е възприел (по изключение се удостоверява и право). Следователно, няма нотариално удостоверяване, респ. производство, нито нотариусът има възможност да провери фактите, които следва да удостовери, при това положение, струва ми се, е безпредметно по-нататъшното обсъждане на въпроса може ли да предоставим недвижим имот като задатък и има ли това действие вещен ефект. Въздържам се от коментар на аргумент, по отношение двойния размер на задатъка, който дължи приемателят в случай, че той не изпълни договора. Може да зададем единствено въпрос – какъв е

двойният размер на имота, който следва да се върне от неизправния детенционер на капарото? Логичният отговор би бил – два имота, но отново се поставя въпросът за вещния ефект на задатъка, тъй като, ако задатъкът няма вещен ефект, тогава изповядването на някоя от познатите транслативни сделки би било „друга сделка", а не задатък. В този смисъл ако по силата на самия задатък като облигационно съглашение се появи вещен ефект при недвижимите имоти, възниква проблемът за това, че в теорията господстващо се застъпва тезата това, че придобивните основания са *expresiss verbis* уредени. Очевидно теоретичната конструкция се разколебава. Поставя се освен това и въпросът по какъв начин нотариусът да изповяда подобна сделка за два недвижими имота, след като едната страна едва ли ще даде съгласието си за прехвърляне на втория имот. Остава и въпросът с процесуалните проблеми на нотариалните удостоверявания. Накрая можем да си зададем въпрос, ами ако лицето няма имот, можем ли да търсим равностойността му. Ако изходим от чл. 20а ЗЗД, ще излезе че подобна претенция цели едностранно изменение на договора. Мисля че така очертаната проблематика, може да бъде очертана и с оглед други появяващи се проблеми. Следователно, това може да доведе до вече направения извод по отношение на задатъка с предмет недвижим имот.

1.1.8. За пълнота е необходимо накратко да се разгледа поставеният проблем и в светлината на констативните нотариални актове. По-горе беше изяснено, че при констативния нотариален акт нотариусът прави правен извод за наличието на едно възникнало право в патримониума на молителя в нотариалното производство. Тук е необходимо да направим първо някои уточнения, след което да видим практически дали е възможно да се стигне до положение, при което едно лице, получило в задатък недвижим имот, да поиска да му се издаде констативен нотариален акт.

Констативният нотариален акт за разлика от конститутивния не привнася нищо ново във вещноправното (материалноправното) положение, той не създава форма за действителност на правна сделка, по силата на която се придобива имот, а само удостоверява притежаваното от молителя вещно право. В този смисъл констативният нотариален акт има пряк летимиращ ефект и доказателствено значение[23]. Разпоредбата

[23] Нотариалният акт, с който се признава право на собственост върху недвижим имот по реда на чл. 587 ГПК, не се ползва с материална доказателствена сила по чл. 179, ал.1 ГПК относно констатацията на нотариуса за принадлежността на правото на собственост, тъй като

на чл. 587, ал. 1 ГПК, предпоставя съществуването на правото на собственост – *„когато собственикът на имот няма документ за правото си"* – може с надлежни писмени доказателства да установи правото си. В този смисъл констативният нотариален акт няма правосъздаващо действие, но има пряко доказателствено действие и легитимиращ ефект.

В разпоредбата на чл. 587, ал. 1 и ал. 2 ГПК са предвидени два вида констативни нотариални актове. Първият вид – тези, при които собственикът установява правото си пред нотариуса с надлежни писмени доказателства – напр. крепостен акт и нотариално завещание, т.е. доказва се осъществяването на правоприемство от титуляра на собствеността до молителя в нотариалното производство и тъй като нотариусът прави правен извод, то веригата на правоприемства подлежи на доказване в нотариалното производство. При това положение, в контекста на настоящото изследване, капароприемателят, подавайки писмената молба за откриване на нотариалното производство – арг. чл. 571 ГПК, ще успее да приложи доказателства, за това че е получил на облигационно основание държането на предмета на задатъка и евентуално правомерното упражняване на правото да се откаже от сделката (т.е. че е развалил поради неизпълнението от другата страна). При това положение обаче, нотариусът ще откаже издаването на констативен нотариален акт, тъй като ще се позове на господстващото мнение в българското право, че придобивните основания са numerus clausus, а чрез задатъчно съглашение не можем да прехвърлим правото на собственост. Дори да приемем обратното, не виждам с какви официални свидетелстващи документи ще удостоверим пред нотариуса надлежното упражняване на правото на капароприемателя да се откаже от сделката, тъй като съгласно чл. 93, ал. 2 ЗЗД, правото се упражнява, чрез адресирано едностранно волеизявление. Нещо повече, дори да е съставена нотариална покана, в която да е обективирано волеизявлението, това не придава материална доказателствената сила на нотариалната покана по отношение факта на неизпълнението, тъй като предметът на нотариалното удостоверяване при нотариалната покана е,

такава е присъща на официалните свидетелстващи документи за факти. При оспорване на признатото с акта право на собственост тежестта за доказване се носи от оспорващата страна, без да намира приложение редът на чл. 193 ГПК. А когато и двете страни в правния спор се легитимират като собственици с нотариални актове (било констативни или такива за правна сделка), то разпределението на доказателствената тежест при оспорването се извършва по общото правило на чл. 154, ал. 1 ГПК – всяка страна следва да докаже своето право, т.е. фактическия състав на съответното удостоверено от нотариуса придобивно основание (в този смисъл ТР № 11 от 21.03.2013г по тълк.дело № 11/2012г. на ОСГК).

че едно лице е отправило до друго лице частноправно волеизявление с определено съдържание, което е полученото от адресата на определена дата, а както бе изяснено, материалната доказателствена сила обхваща само предмета на нотариалното удостоверяване. В този смисъл нотариусът няма как да провери дали твърденията на лицето съответстват на обективното правно положение, тъй като не може да направи извод, кога и как е възникнало правото в патримониума на лицето. С оглед на тези съображения, струва ми се, че първият вид констативни нотариални актове, включително и като производство, е неприложим.

Вторият вид констативни нотариални актове са регламентирани в новелата на чл. 587, ал. 2 ГПК и са за случая, когато няма документ или достатъчно доказателства. В този случай не остава нищо друго освен да се издаде констативен нотариален акт по обстоятелствена проверка – арг. чл. 587, ал. 2 и ал. 3 ГПК – за придобиването на имота по давност. Провежда се разпит на трима свидетели и чрез така събрани гласни доказателствени средства, нотариусът проверява осъществяването на елементите на изтеклата придобивна давност. С факта на подаването на писмената молба до нотариуса се счита, че лицето (молителят) се е позовало на изтичането на придобивната давност – арг. чл. 120 ЗЗД, във вр. чл. 84 ЗС in fine. Още тук обаче възниква проблемът, тъй като капароприемателят не е владелец. Ако приемем тезата за наличието на вещен ефект на задатъка, то при това положение капароприемателят, ще е станал собственик по силата на облигационната сделка – арг. чл. 24, ал. 1 ЗЗД. Ако приемем обратното становище, че задатъкът няма вещен ефект, то все пак държането на съответната вещ – недвижим имот – е на облигационно основание, като капароприемателят е държател, а не владелец. Тъй като облигационният и вещният закон са безмълвни в това отношение, струва ми се, че следва да се приложат по аналогия на закона правилата за залог и ипотека и съответно правилата за наем – арг. чл. 46, ал. 2 ЗНА вр. чл. 149 и сл. ЗЗД и чл. 228 и сл. ЗЗД. Ползването на аналогия на закона се обосновава не само от наличието на празнота, а и от обстоятелството, че задатъкът на първо място има обезпечителна функция, която е близка до залога и ипотеката като на практика разликата е по отношение реда за удоволетворяване, както и възможността да се ползва вещта. В този смисъл, ако последната се ползва, струва ми се, че ще възникнат отношения, подобни на наема, нещо повече – считам, че ако е даден в задатък недвижим имот, ще следва капародателят да бъде допуснат до

имота, за да извършва необходимите поправки и подръжка извън обикновените, за да може да не претърпи загуби. Обикновените поправки обаче, струва ми се, че следва да бъдат за сметка на капароприемателя, тъй като последният от една страна държи имота на друго лице на облигационно основание, което ограничава възможността за въздействие на капародателя върху имота, освен това капароприемателят има интерес съответният имот да бъде поддържан, за да може да реализира своето обезпечение, тъй като имотът, намиращ се в добро състояние, е в състояние да обезпечи интереса му от евентуалното неизпълнение, тъй като не виждам пречка ако страните са уговорили, че имота представлява 20 % от стойността на сделка, а в последствие цената му се намали, да се търси разликата до допълване размера на капарото.

При така изложеното схващане за това, че капароприемателят е държател, а не владелец на имота, няма как да се осъществи института на придобиване на правото на собственост върху недвижим имот, чрез изтичане на придобивна давност, тъй като нормата на чл. 79, ал. 1 ЗС регламентира фактическия състав на придобивната давност при недобросъвестно владение, включващ като елементи изтичането на определен в закона период от време и владение по смисъла на чл. 68, ал. 1 ЗС.

Фактическият състав на владението съгласно чл. 68, ал. 1 ЗС включва както обективния елемент на упражнявана фактическа власт, така и субективния елемент вещта да се държи като своя .

Владението е упражняване на фактическа власт върху вещ, която владелецът държи, лично или чрез другиго, като своя, в този смисъл ако държателят – капароприемател едностранно да установи владение за себе си, т. нар. *interversio possessionis* – при което липсва съгласие на досегашния владелец (собственика – капародател), като промяната на намерението, т.е. намерението да се свои вещта, трябва да бъде демонстрирана и насочена към досегашния собственик (капародателя)[24] – в този смисъл

[24] Въпреки, че примерът на Цв. Байрактарова донякъде е верен, при тази конструкция се вижда, че ако капароприемателят извърши *interversio possessionis*, който е манифестирал, собственикът на имота (капародателят) има право на иск, тъй като е налице правен спор. Струва ми се, че в този случай няма да има значение, колко дълго лицето е държало имота, тъй като наличието на облигационно основание – задатъка, пречи да се осъществи придобиването на имота по давност. Ако е извършена промяна на намерението, то собственикът винаги има право на установителен иск, с който ще прекъсне придобиването на имота по давност, или на осъдителен иск – петиторен или посесорен иск, при който предметът ще бъде спорът за владението на имота и има ли ответникът правно основание да владее, щом твърди, че е владелец, в този смисъл тъй като задатъка прави капароприемателя държател, а не владелец,

ППВС № 6/1974 г. Държането е упражняване на фактическа власт върху вещ, която лицето не държи като своя. Владението по чл. 68 ЗС се характеризира с два основни признака: обективен – упражняване на фактическа власт върху вещта (*corpus*) и субективен – намерението да се държи вещта като своя (*animus domini*). При държането фактическата власт се упражнява за друг. Държателят няма намерение да свои вещта. Според презумпцията на чл. 69 ЗС владелецът държи вещта като своя, докато не се докаже, че я държи за другиго. Това е оборима законна презумпция. Тя е и обща гражданскоправна норма с оглед действието си спрямо лицата, защото се прилага за всички гражданскоправни субекти, без оглед на това дали притежават или не права на собственост върху една и съща вещ. Законодателят е установил оборимата презумпция в полза на владелеца, поради трудността за доказване на намерението за своене като психично състояние. Чрез нея с оглед на това, което обикновено става, е формулирано заключение за наличие на неизвестен факт, а именно субективния признак на владението (*animus domini*) – намерението да се държи вещта като своя, като се изхожда от друг установен факт – обективния признак на владението (*corpus*) – упражняване на фактическа власт върху вещта. Съдът е длъжен да я приложи точно и еднакво спрямо всички лица и случаи, за които се отнася. Тя го задължава да приеме, че щом като е доказан фактът от хипотезата, то съществува и не се нуждае от доказване и предполагаемият факт. При нея, както и при всички оборими законни презумпции, доказателствената тежест се размества и страната, която я оспорва, трябва да я обори (така ТР № 1/2012 г. от 06.08.2012 г. по тълк.д.№ 1/2012 г. на ОСГК; ТР № 4/2012 г. от 17.12.2012 г. по тълк.д. № 4/2012 г.).

С оглед на горното нотариусът няма да може да установи придобиването на имота чрез придобивна давност, тъй като лицето не е било владелец, а дори да направи подобен правен извод, считам че капародателят винаги може да защити правото си с положителен, респ. отрицателен установителен иск по чл. 124, ал. 1 ГПК, който да бъде обективно кумулативно съединен с иск с правно основание чл. 537, ал. 2 ГПК, с който се търси след установяване със СПН на действителното правно положение, обезсилване на акта на нотариуса, т.е. на констативния нотариален акт по обстоятелствена проверка.

той трудно би могъл да противопостави облигационното основание, тъй като щом е възникнал спор за владение, предмет на делото ще бъде владението, а не държането.

Изводът от горното е еднозначен – че дори производството за издаване на констативен нотариален акт в двете му разновидности е неприложимо, следователно не е възможно да дадем в задатък недвижим имот, тъй като няма нито как да се изповяда сделка, нито как да се удостовери правото на собственост – ако приемем, че такова е възникнало изобщо, освен в хипотезата на interversio possessionis, при който случай както се изясни примерът, даден в правната доктрина за противопоставимост на задатъка не е актуален, а зависи единствено от заинтересованото лице да защити правото си на собственост.

1.2. Проблем при недвижимите имоти представлява и вписването на изповяданата сделка. Дори да допуснем, че нотариусът ще изповяда сделката, последната следва да бъде вписана, за да бъде противопоставима на третите лице – арг. чл. 113 ЗС вр. чл. 112, б. „а" ЗС.

Дълго време в правната доктрина се води спор възможно ли е прехвърлянето, респ. вписването на вещни права върху недвижим имот като се уговори модалитет – срок или условие. С приемането на ЗКИР на пръв поглед, този спор изглежда решен, тъй като съгласно чл. 59, ал. 1, т. 2 ЗКИР вр. чл. 61, ал. 1, т. 11 и т. 13 ЗКИР, допускат в партидата на всеки недвижим имот, която се състои от пет части в част „Б" на партидата да се впишат номерът и датата на нотариалния акт или на друг акт по чл. 112 от Закона за собствеността, подлежащ на вписване, както и датата на вписването, както и обстоятелството, че актът е под условие или срок. Струва ми се, че въпреки привидно ясната уредба, има прекалено много неясни моменти.

Аспектите на проблематиката, могат да бъдат разгледани в най-различен ракурс, но за целите на настоящото изложение е достатъчно да засегнем няколко детайла. От една страна, законодателят е поставил наравно модалитети като срок и условие. Въпреки, че в курсовете по гражданско право (обща част), въпросът е обхванат от по-общия проблем за модалитетите на сделките, то считам, че е неправилно в една точка – чл. 61, ал. 1, т. 13 ЗКИР, да се поставят и срокът, и условието, доколкото едното е бъдещо сигурно събитие, което пък от своя страна не представлява проблем, т.е. в гражданския оборот се знае, че събитието ще настъпи със сигурност – напр. определена дата. В този смисъл дори бъдещото сигурно събитие да е смъртта на човешкия индивид, то отново с голяма сигурност може да се провери дали съответното лице е

починало, респ. кога е починало, с оглед настъпването на срока[25]. Поради което не виждам проблем да се впише сделка с недвижим имот с модалитет срок.

Условието по дефиниция е бъдещо несигурно събитие – арг. чл. 25, ал. 1 ЗЗД, чието сбъдване има обратно действие, освен ако страните не са уговорили друго, съгласно правилото на чл. 25, ал. 2 ЗЗД вр. чл. 9 ЗЗД. Още по дефиниция за условието не е ясно неговото сбъдване. Това обстоятелство само по себе си води до несигурност в гражданския оборот, тъй като обратното действие при едно прекратително условие и евентуалното му настъпване ще има за последица отпадане правата на приобретателя с обратна сила, съответно – и на последващите приобретатели. В тази хипотеза попада дори потестативното условие, тъй като не е ясно дали съответното лице ще изрази волята, или ще извърши действието, представляващо потестативното условие. Нещо повече, ако разгледаме проблематиката на потестативното условие, можем да си зададем въпроса може ли нотариусът да удостовери неговото настъпване? Считам, че отговорът на този въпрос е отрицателен, тъй като нотариусът няма как да възприеме обстоятелството, което следва да удостовери. Нещо повече, няма нотариално удостоверяване, респ. производство по удостоверяване на сбъдването на условие. Най-близко до такова удостоверяване е т.нар. „акт за морски протест" – вж. чл. 347 и сл. КТК, но той е изрично уреден, а както беше изяснено, нотариалните удостоверявания са *numerus clausus* и извън изрично предвидените други няма. При това положение, дори условието да е уговорено като потестативно, няма как последното да бъде нотариално удостоверено.

На следващо място, въпреки че ЗКИР в разпоредбата на чл. 61, ал. 1, т. 13 предвижда вписването на сделка с недвижим имот под условие, то няма как да бъде извършено, тъй като ЗКИР не предвижда производство по вписване на сбъднало се условие. В този смисъл може да се изтъкне един сравнителноправен аргумент – с новия Codice Civile (ИтГК от 1942 г.) в Италия е решен практическият и теоритичен спор възможно ли е извършването на сделка с недвижим имот под срок или условие. В art. 1356, II, и art 1357 е предвидено[26], че сделка с недвижим имот под срок

[25] Както съдията по вписванията, така и нотариусът имат достъп до НБДН, освен това при спор винаги може да се установи настъпването на срока, с оглед различни регистри, ако приемем например, че страните са уговорили като срок смъртта на човешкия индивид.

[26] **Art. 1356 Pendenza della condizione**

In pendenza della condizione sospensiva l'acquirente di un diritto può 2900 e seguenti; Cod. Proc. Civ.670).

или условие е допустима, като настъпването на срока или сбъдването на условието трябва да се впишат в имотния регистър (т.е. има предвидено производство, по реда на което да се извърши съответното вписване), като до момента на вписването срокът или условието, респ. настъпването или сбъдването им, са непротивопоставими на третите лица[27]. Нашият законодател обаче не е довел разбирането си за вписванията докрай, поради което логично можем да си зададем въпроса дали въпреки предвиденото в закона е възможно да се изповяда, респ. впише, такава сделка, след като няма ред за вписването на сбъдването или настъпването на условието (вкл. на потестативното условие) и срока.

Проблемът стои с голяма тежест, с оглед проблематиката на сигурността на гражданския оборот. В контекста на настоящото изследване можем да си зададем въпроса дали даването на недвижим имот в задатък, разглеждано като вид условие – т.е. дали другата страна ще изпълни, отново се сблъсква с процесуалния проблем за реда, по който следва да се впише, но този път в регистърното производство. Тук отново може да се зададе логичният въпрос как съдията по вписванията да провери факта на сбъдването на условието, за да впише това обстоятелство? Впрочем, тук се поставя и още един проблем, а именно, че при реалната система на вписванията се вписват права (ами ако условието е отглателно?), докато при персоналната система на вписвания се вписват обстоятелства (факти). Ако използваме аргумента, даден от ИтГК, ще установим, че всъщност в Италия системата допуска изключение с оглед сигурността на оборота. Но у нас законодателят, въпреки че опитва да изгради реална система, чиято последица е имотен регистър, който би следвало да има позитивна и негативна публичност (т.е. обществено доверие), всъщност в ЗКИР отново се казва, че се вписват обстоятелства, а не права, което е нелогично – вж. чл. 59, ал. 1, т. 3 ЗКИР, чл. 77, ал. 1, т. 2 и т. 6 ЗКИР.

С оглед така направения кратък преглед на проблематиката на вписванията, досежно вписването на сделки под срок или условие, следва заключението, че е несъстоятелна тезата, че е възможно даването на недвижим имот в задатък, което даване било под условие изпълнението на сделката, тъй като липсва процесуален ред в регистърното производство, по който да се впише сбъдването на условието. От тук

L'acquirente di un diritto sotto condizione risolutiva può, in pendenza di questa, esercitarlo, ma l'altro contraente può compiere atti conservativi.

Art. 1357 Atti di disposizione in pendenza della condizione

Chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva può disporne in pendenza di questa (2852); ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione.

[27] **Таков, Кр.** Персоналната симулация. – Съвременно право, 2005, № 2, с. 25.

можем да направим и един по-генерален извод, че законодателят въпреки, че е уредил вписването на сделки под срок или условие, не е предвидил ред за вписването на сбъдването, респ. настъпването на тези модалитети, като *de lege ferenda* следва да се предвиди такъв ред в регистърното производство. Считам, че *de lege ferenda* е наложително да съществува и разпоредба, която да е подобна на art. 1357 Ит.ГК, по отношение действието на вписването спрямо трети лица, тъй като по този начин гражданският оборот ще бъде защитен. За да това да се случи е необходимо имотният регистър у нас да се ползва с обществено доверие, т.е. да се изгради по реалната система и да се вписват права, а не обстоятелства (факти).

2. На второ място проблематиката на вещния ефект на задатъка може да се разгледа в светлината на правилото *en fait de meubles possession vaut titre*. В исторически план това правило е утвърдено в правната доктрина и практика – чл. 35 от Закона за давността (отм.)[28] и чл. 323 ЗИСС (отм.). От днешна гледна точка правилото намира опора в разпоредбата на чл. 78 ЗС.

Първоизтичникът на цитираното правило е art. 2276 Code Civil (ФГК)[29]. Проследявайки развитието на правилото в исторически план от ФГК до чл. 78 ЗС, достигаме до извода, че релевантният текст от българското право стестнява значително приложното поле на правилото, тъй като изисква възмездност на придобновното основание. С оглед на това се поставя въпросът възмездно ли е придобивното основание по смисъла на чл. 78 ЗС при предоставянето на движима вещ, включително пари като капаро по договор? От гледна точка на вещното право, би следвало да отговорът да е „Зависи". Ако договорът, по който е дадено капарото, е транслативен, т.е. едно деривативно придобивно основание, и е престирана сума или движима вещ, която е част от престацията, тогава можем да заключим, че този договор, респ. даването на капарото като реално действие, ще доведе до вещен ефект на задатъка. Като вещният

[28] „Чл. 35. По отношение на движимите по своето естество вещи и на ценните книжа на предявителя, **владението замества, в полза на трети добросъвестни лица, юридическото основание**. Това правило не се прилага на съвкупности от движими вещи.

Този обаче, който е изгубил една вещ или от когото е открадната тя, може в продължение на три години от изгубването или кражбата, да я иска от тогова, в ръцете на когото се намира с запазване на последния правото на иск за обезщетение против оногова, от когото той я е получил."

[29] „En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient."

ефект ще бъде в зависимост от правата на капародателя – ако сумата или вещта са негова собственост, то ефектът ще е въз основа на транслативната възмездна сделка, а ако капародателят не е собственик, то придобиването ще е a non domino по силата на чл. 78 ЗС. В другия случай е възможно главната сделка да не е транслативна сделка – напр. договор за заем за послужване, договор за наем, но въпреки това едната страна да е дала на другата задатък. Приложимо ли е правилото на чл. 78 ЗС? В доктрината към текста на разпоредбата на чл. 78 ЗС често се добавя – който придобие по възмезден начин владението на движима вещ или на ценна книга на приносител на правно основание, *годно да го направи собственик (к.м.*[30]*)*, т.е. годно да прехвърли правото на собственост – транслативна сделка. Граматическото тълкуване на разпоредбата обаче не води до такъв извод. На практика до такъв извод, не може да доведе и историческото и сравнителноправно тълкуване, тъй като акцентът пада не върху основанието, а върху владението, като понастоящем ограничението е владението да се придобие възмездно. Струва ми се, че тълкуването следва да се разшири като се премахне доктриналната добавка – *годно да го направи собственик*. В този смисъл, дори сделката да не е транслативна, достатъчно е последната да е възмездна, за да може правилото на чл. 78 ЗС да намери приложение.

Проблем представляват обаче сделките, които не са възмездни. С оглед граматическото тълкуване на чл. 93 ЗЗД, няма пречка по сделка, която е безвъзмездна, да бъде предоставено капаро, тогава чл. 78 ЗС не е приложим. Всъщност строго погледнато придобиването на собственост на оригинерно основание по чл. 78 ЗС, може да остави впечатление, че задатъкът няма вещен ефект, тъй като чл. 93 ЗЗД е облигационно основание, а не вещно, каквото е чл. 78 ЗС. Струва ми се обаче, че това не отговоря на законодателната идея. Капарото има реален характер, т.е. трябва да се престира реално. Когато се даде определена сума пари като задатък на основание чл. 93 ЗЗД, дори при безвъзмездна сделка, следва да приемем, че последната преминава в собственост на капароприемателя.

[30] Което обаче е взето от чл. 70 ЗС, което се отнася до предпоставките на добросъвестното давностно владение. На практика смесването е резултат от това, че в теорията се говори за т.нар. мигновена придобивна давност при добросъвестно владение. Колкото и двете правни фигури да си приличат, струва ми се, че разликата е очевидна – най-малко като фактически състав, което само по себе си акцентира върху разбирането на законодателя. Обстоятелството, че една правна фигура прилича на друга, не значи, че двете са производни една на друга. Докато чл. 78 ЗС е следствие на правилото *en fait de meubles posession vaut titre*, придобивната давност се родее с разбирането за изгубване на интереса от страна на собственика да упражнява правото си върху вещта. Вярно е, че и двете защитават оборота, но едва ли има институт на цивилното право, който да не е насочен към това.

Т.е. в чл. 93 ЗЗД е вплетена идеята на правилото *en fait de meubles possession vaut titre*. Последното всъщност е проявление на това, което най-често се случва житейски, а именно, че щом едно лице държи определена вещ, то я и владее, а щом я владее, е собственик[31].

Тази последователност от житейски съждения е намерила израз и в законодателството. При систематическото тълкуване на чл. 68-70 ЗС, правим извода, че държането е упражняване на фактическа власт върху вещ, която лицето не държи като своя, а владението е упражняване на фактическа власт върху вещ, която владелецът държи, лично или чрез другиго, като своя, т.е. с намерение да я свои. Предполага се, че държателят е владелец, т.е. държи вещта като своя, докато не се докаже, че я държи за другиго или че е детенционер – арг. чл. 69 ЗС. Като при владението се предполага и добросъвестността – арг. чл. 70, ал. 2 ЗС. Следователно законодателната воля е отразила това, което най-често се случва в живота, а именно, че щом едно лице държи една вещ, то е с намерение да я свои, т.е. че държи за себе си вещта като своя, т.е. че е владелец, а най-често владелецът е и собственик на вещта, тъй като владението освен фактическо състояние, е и елемент от сложното право на собственост – правомощието владение, което въпреки че по правната си природа се отличава от фактическото състояние владение, то по външното си проявление (фактическото им проявление), те не могат да се различат. Тъй като даването на задатъка има реален характер и фактически и правно се обективира в предаването на съответната движима вещ или пари, можем да заключим, че когато не се изисква форма по-тежка от обикновената писмена, то задъткът по чл. 93 ЗЗД има вещен ефект, тъй като намира приложение правилото *en fait de meubles possession vaut titre*, което е общо за нашето право, а не само за вещното право. ЗЗД сам по себе си акцентира, че правилото е общо, тъй като при родово определени вещи, каквито са парите, които най-често се предоставят в задатък, собствеността се прехвърля, чрез предаването им – арг. чл. 24, ал. 2 *in fine* ЗЗД[32]. При парите вещният ефект струва ми се, че може да се подкрепи и от гледна точка на евентуалната претенция на изправната страна. Най-често изправната страна, ако това е капародателят, иска от съда да осъди капароприемателя да му заплати

[31] D. 43, 17, 1 ,2 (in fine) Ulpianus 69 ad ed. "…. Fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit." (Улпиан в 69-та книга на своя „Коментар към едикта" „.... може да стане така че владелецът и собственикът да са едно и също лице".

[32] Правим уточнението, че чл. 24 ЗЗД се отнася само до транслативните сделки. Въпреки това считам, че аргументът е относим и тук

двойния размер на търсената сума, или да му заплати определена сума, ако са уговорили, че капароприемателят дължи връщането само на сума в размер на даденото капаро. С осъдителния иск с правно основание чл. 93, ал. 2 ЗЗД ще се търси осъждане за заплащане на стойността на определена сума, а не връщането на дадената сума като вещи. От теоретична гледна точка отделните банкноти или купюри са вещи, които могат да бъдат ревандикирани по чл. 108 ЗС[33]. Считам, че това разбиране е само теоретично, без практическа стойност. От практическа гледна точка, за да може съответното лице да предяви ревандикационен иск, в обстоятелствената част и в петитума на исковата молба – арг. чл. 127, ал. 1, т. 4 и т. 5 ГПК, трябва да индивидуализира вещите, за чието връщане се търси защита-санкция чрез осъждането. При банкнотите единственият начин за индивидуализация е чрез тяхната серия, номер и номинал, придадени от БНБ при отпечатването им. Тук логично следва и въпросът относно положението на монетите като законно платежно средство – те нямат серия и номер, бихме ли могли да ги ревандикираме? Без да отговаряме на така задения въпрос, считам че още тук вратите на гражданския процес ще се затворят при проверка редовността на исковата молба, тъй като ищецът няма как да индивидуализира вещта, чието връщане иска, тъй като исковата молба ще бъде върната с разпореждане като нередовна – арг. чл. 129, ал. 3 ГПК.

В подкрепа на горното становище, че правилото *en fait de meubles possession vaut titre*, има общо приложение, можем да приведем още един аргумент. Ако допуснем, че едно лице е записало всички номера и серия на банкнотите, които предоставя, то исковата молба би била редовна, а ако е и допустима, то би могло да се развие едно съдебно производство. При това положение с оглед доказателствената тежест – арг. чл. 154 ГПК, ищецът ще трябва да докаже пълно и главно собствеността си върху парите. Ако правилото *en fait de meubles possession vaut titre*, не намира приложение, то винаги ще сме изправени пред *probatio diabolica*, тъй като няма как да докажем деривативната верига от придобивни основания до нас, за да може да се докаже и нашето право на собственост, дори да приемем, че лицето има титул, в който подробно са описани банкнотите, респ. купюрите. С оглед на това може да се направи заключение, че придобиването на владението върху пари, винаги е основание, владелецът да стане техен собственик. За това и винаги, когато се предостави като капаро сума пари на основание чл. 93 ЗЗД, то последното е основание за придобиване на владението, а оттам и с оглед

[33] **Калайджиев, А.** Цит. съч., с. 200 и сл.

на цитираното правило – на правото на собственост върху парите. Тук може да се добави и един исторически аргумент, който подкрепя приложението на правилото, а именно принципът *Cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis*[34].

2.1. Докато парите като категория родово определени вещи, можем да определим като особен вид вещи, с оглед техния вещен режим[35], то има ли задатъкът вещен ефект като облигационно основание спрямо останалите движими вещи?

2.1.1. Ако задатъкът е част от престацията по транслативна сделка, не виждам проблем да кажем, че капарото има вещен ефект, тъй като антиципирано прехвърля правото на собственост върху част от престацията – съответната движима вещ, доколкото последната е делима. По отношение на неделимите вещи, считам че последните могат да бъдат дадени в задатък като се предадат изцяло или се прехвърли идеална част от правото на собственост върху вещта. Като при това реалният характер на задатъка ще се прояви, чрез „даването" на съответната идеална част. Проблем отново ще бъде двойният размер на връщането на задатъка. Струва ми се, че при това положение следва капароприемателят да върне съответната идеална част от вещта, като за горницата, т.е. за до двойния размер, може да има две позиции. От една страна може да се застъпи становището, тълкувайки волята на страните съобразно чл. 20 ЗЗД, че последните имплицитно са включили във волята си изключване на правилото на чл. 93, ал. 2 ЗЗД, за връщане на двойния размер на задатъка. От друга страна, мислима е и друга хипотеза, връщане на идеалната част от правото на собственост върху вещта и вземане за определена парична сума, равностойна на паричната оценка на върнатата идеална част. При това положение от процесуална гледна точка считам, че вземанията ще са две – едното на основание чл. 93, ал. 2 ЗЗД, което по същността си ще следва да има ефект, подобен на чл. 19, ал. 3 ЗЗД, за да замести волята на страна, която не желае да върне идеалната част от правото на собственост. Проблемът обаче е, че потестативните права се регламентират expressiss verbis, а конститутивните искове са допустими в предвидените от закона случаи – арг. чл. 124, ал. 4 ГПК. При това положение единственото защитно средство, което остава, е осъдителен иск и косвено принудително изпълнение чрез изпълнителни глоби – арг. чл. 527 ГПК.

---

[34] D. 50, 17, 126, 2: Ulpianus 15 ad ed. „Когато става въпрос за интереса на двете страни, по-благоприятно е основаниео на владеещия"

[35] **Сталев, Ж.** Вещноправният режим на парите. – Съвременно право, 1994, № 1, с. 7–16.

Втората претенция – за равностойността, тъй като ще има квазидоговорен характер, считам, че трябва да бъде с правно основание чл. 59, ал. 1 ЗЗД, тъй като няма друго основание, на което да се иска съответната сума. Всъщност мислимо е според мен, ако не искаме връщане на съответната идеална част от правото на собственост от неделимата вещ, да искаме на основание чл. 59 ЗЗД заплащането на двойния размер на стойността на съответната идеална част, тъй като отказването на от договора по чл. 93, ал. 2 ЗЗД, всъщност по правната си природа е проявление на чл. 87 ЗЗД, а е ноторно, че развалянето на договора има обратно действие. Всъщност при отпадане на основанието съгласно чл. 55, ал. 1, пр. 3 ЗЗД, собственикът ще има и облигационна претенция, а също така и вещна такава – арг. чл. 108 ЗС. Но тази претенция ще бъде само по отношение на идеалната част, а ако правилото за връщане на двойния размер не е изключено, то в този смисъл единственият начин да се търси е иск с правно основание чл. 59, ал. 1 ЗЗД. Т.е. ще бъдат налице два обективно кумулативно съединени осъдителни иска с правно основание чл. 93, ал. 2 ЗЗД[36] и чл. 59, ал. 1 ЗЗД.

От така направеното изложение по отношение на движимите вещи, обаче не следва да се направи извод, че задатъка няма вещен ефект. Не мога да приема тезата, че вещните права се защитават само с вещни искове. Считам, че е възможна защитата на вещно право и чрез облигационни искове. Напр. какво пречи на капароприемателя да упражни правото си като се откаже (развали) от договора, след което да предяви отрицателен установителен иск[37], с който да отрече правото на другата страна върху предмета на задатъка.

---

[36] Или чл. 55, ал. 1, пр. 3, или чл. 108 ЗС, като основанието ще бъде чл. 93, ал. 2 ЗЗД, тъй като то е специално по отношение на посочените две основания. В този смисъл различната квалификация може да доведе до направилен доклад на съда, което съгласно т. 2 от ТР 1/2013 г. на ОСГТК на ВКС, може да доведе до довод за грешна правна квалификация във въззивната жалба. Може да се адмирира разбирането на ВКС по отношение на правната квалификация, тъй като страните не се защитават само по фактите, но и по правото, тъй като различната правна квалификация предполага различна защита.

[37] С оглед ТР № 8/2012 г. на ОСГТК на ВКС, ищецът ще трябва да докаже правния си интерес от предявяван на иска, в случая ще трябва, за да бъде допустим искът му да се установи, че има надлежно възникнал договор, от който ищецът се е отказал поради неизпълнение – съгласно т. 1 от цитираното ТР. При това положение интересен е въпросът какво следва да докаже ответникът? Или право на собственост на друго основание, възникнало след даването на вещта в задатък, или ще трябва да проведе успешно насрещно доказване, за ненадлежно упражняване на правото на отказа (разваляне), респ. изпълнение. Ако приемем това, струва ми се се разчупва концепцията относно доказателствената тежест при отрицателните установителни искове. От друга страна ответникът ще трябва да доказва правото си на собственост на всички основания. Считам, че това следва да се приеме, т.е. ответникът ще трябва да докаже правото си на собственост на всички основания, а ищецът освен до докаже наличието

3. На следващо място се очертава проблем с разпоредбите на чл. 152 ЗЗД и чл. 209 ЗЗД. Считам, че за да се разгледа проблемът, следва да разгледаме няколко хипотези чрез допускане на едно или друго схващане.

3.1. Ако приемем, че задатъкът има вещен ефект, то тогава, ако престацията по основното правоотношение е различна от предмета на капарото, можем да си зададем въпроса дали по този начин не се заобикаля чл. 152 ЗЗД, респ. чл. 209 ЗЗД.

Смятам, че чл. 93 ЗЗД изключва разпоредбата на чл. 152 ЗЗД, тъй като целта е изправната страна предварително да държи задатъка, от който да се удоволетвори след като се откаже от договора, поради неизпълнение от контрахента му. Така погледнато обаче в момента на даването на задатъка капароприемателят все още не става собственик на предмета на задатъка. Той ще стане собственик по-късно, когато се откаже от договора и задържи предмета на задатъка. Въпреки това чл. 93 ЗЗД изключва, възможността да се иска прогласяване на нищожност на задатъчната клауза, тъй като целта на капарото е да се уговори предварително удоволетворяване на изправната страна.

Все пак остава проблемът, когато в задатък е даден недвижим имот. При това положение отново се изправяме пред очертаните по-горе проблеми. Ако допуснем все пак, че капарото има вещен ефект, то тогава ще се окаже, че чл. 152 ЗЗД ще бъде обезмислен, тъй като при всяка сделка едната страна ще поиска даването на задатък, чийто предмет ще е недвижим имот и така лесно, може да се уговори един предварителен начин за удоволетворение на кредитора. Струва ми се, че не това е идеята на законодателя. Както беше изяснено, исторически капарото възниква с

на процесуалните предпоставки на правото на иск една от който е наличието на правен интерес ще трябва да докаже надлежното упражняване на задътчното право. Т.е. при надлежното доказване на правото на иск в процесуален смисъл ще се проведе и успешно насрещно доказване, тъй като в този случай вещта ще е преминала в собственост на капароприемателя, което от своя страна ще доведе до това, че съда ще установи правото на собственост на ищеца по отношение на ответника. Последният няма да може да защити правото си, дори при прехвърляне на правото, тъй като СПН по арг. от чл. 298, ал. 2 ГПК има действие и по отношение на правоприемницете (универсални и частни) на страните. В този смисъл въпреки дадения в статията пример, повтарящ примера на Байрактарова, цит. съч. стр. , то СПН ще защити страна дори при прехвърляне на спорното право. В този смисъл интерсното в примера на цитирания автор е, че дори с договор правото на капародателят да бъде прехвърлено (ако приемем, че задатъка няма вещен ефект), то капароприемателят ще може да противопостави поради правилото *en fait de meubles possession vaut titre*, задатъка на новия приобретател, тъй като последния няма да може да се позове на чл. 78 ЗС, защото вещта при капарото ще е във фактическата власт на капароприемателят.

доказателствена функция като се е предоставяла най-честно малка сума пари. Следователно, историческото тълкуване води до извод, че чл. 93 ЗЗД ще изключи приложението на чл. 152 ЗЗД, но само в хипотезата, когато предмет на капарото са пари или заместими вещи, а не недвижими имоти. Ако примем противното, тогава чл. 152 ЗЗД се обезмисля. Нещо повече, при това положение струва ми се, че можем да говорим и за заобикаляне на закона[38].

Типичната сделка, чрез която се обезпечава кредитора по една сделка, когато обезпечението е недвижим имот, е ипотеката. По този начин кредиторът е обезпечен, като за да се удоволетвори от имота, е необходимо да се извърви пътя на исковия и изпълнителния процес. Какво обаче се случва, ако допуснем задатъкът да има вещен ефект? При това положение кредиторът – капароприемател като изправна страна ще се откаже от договора и ще получи собствеността на един недвижим имот, който след това може да задържи за себе си или да извърши други сделки с него. На практика кредиторът ще се удоволетвори с отправянето на адресирано едностранно волеизявление, че се отказва от сделката. Считам, че така не само се заобикаля чл. 152 ЗЗД, но и се ползват нетипични сделки – задатък с предмет недвижим имот, вместо ипотеката, с цел кредиторът да избегне исковия, респ. изпълнителния процес по ГПК. В този смисъл по отношение на неджимите имоти, задатъкът няма как да има вещен ефект, тъй като на първо място институтът не е създаден с тази цел, той е създаден за да има доказателство, че сделката е сключена и някаква вещ или сума, които са в неголям размер, с които изправната страна да може да се удоволетвори от евентуално направени разноски или започване на изпълнението, а не за да се обезпечи кредиторът като се избегне ипотеката. Нещо повече, ипотеката се вписва, докато за задатъка няма предвидено вписване, което ще направи оборота изключително нестабилен.

На следващо място, както се изясни, ако се допусне задатъкът да има вещен ефект по отношение на недвижимите имоти, то се открива пътя за флагрантно заобикаляне на закона. В случая обаче, ако страна по сделката твърди, че е налице заобикаляне на закона, ще трябва да

[38] Според гражданскоправната теория има различни разбирания за заобикаляне на закона (*agere in fraudem legis*). Едно от тях е постигане на забранен от закона резултат, с позволени от закона (правото) средства. Т.е. според това становище е забранен резултата. Според друго разбиране заобикаляне на закона е налице, когато непряко се нарушават императивни правни норми. Като и в двете разбирания се е налице и субективното основание, че страните трябва да съзнават, че преследват неправомерната цел, ползвайки една или система от сделки. Но това им намерение следва да се докаже, тъй като няма установена от закона презумпция.

инициира исков процес, чрез отрицателен установителен иск, за да се прогласи нищожност. По този начин едната страна, която е възможно дори да е икономически по-слаба ще се натовари с разноски и ще поеме по пътя на исковия процес, а преди това евентуално и на обезпечителния, за да може да защити правото си.

3.2. Съгласно чл. 209 ЗЗД, продажбата с уговорка за изкупуване е недействителна, за разлика от търговското право, където ако търговските са уговорили писмено е възможно да имаме продажба с право на изкупуване – арг. чл. 333 ТЗ. Очевидна е волята на законодателя, да защити гражданския оборот и да допусне по-голяма свобода на договоряне при търговсците като професионалисти. В светлината на настоящото изложение, считам че ако допуснем задатъка да има вещен ефект по отношение на недвижими имоти, то чл. 209 ЗЗД ще бъде лесно умъртвен, тъй като страните ще уговарят предмета по главното правоотношение, а като обезпечение лесно ще се предостави недвижим имот като очевидната цел на страните ще е всъщност предотавянето на обезпечение, чрез нетипична сделка, за да се избегне забраната на чл. 209 ЗЗД. Като тук е възможно да се разсъждава в две посоки. Първата е, че подобна сделка ще е нищожна поради заобикаляне на закона, с изложените по-горе аргументи. От друга страна е възможно да се мисли за прикриването на едно фидуциарно прехвърляне чрез система от сделки, която ще излгежда по следния начин – фидуцианта (капародател) предоставя капаро (симулативна сделка) на фидуциара, след това фидуцуанта скрито прехвърля имота (прикрита сделка) на фидуциара без насрещна престация. Между фидуцианта и фидуциара се прави фидуциарна уговорка, като фидуциара дава contra letter, след което фидуциара чрез прикрита сделка връща имота на фидуцианта без насрещна престация, а между временно между двамата има втора симулативна прехвърлителна сделка, която прикрива връщането на имота. При така очертаната фидуция, струва ми се, от какво настъпва транслативния ефект на капарото, след като нямаме отказване от сделката (разваляне). Напрактика дори да имаме система от сделки, считам че те ще бъдат нищожни поради заобикаляне на закона, а не поради наличието на симулация, въпреки че и последното е възможно. Струва ми се, че заобикалянето на закона отговаря на поставения проблем по отношение на чл. 152 ЗЗД и чл. 209 ЗЗД, т.е. не е възможно чрез предоставяне на предемета на капарото да заобиколим забраните на императивнити правни норми. Единственото отклонение, което

законодателят е допуснал в чл. 93 ЗЗД, възможността за задържане предмета на задатъка, респ. искането да се върне в двоен размер, следва да се тълкува само по отношение на пари и заместими вещи.

IV. Вместо заключение

В така представеното съчинение, струва ми се, че се отговори на въпроса по отношение вещния ефект на задатъка при недвижими имоти. На следващо място считам, че поставените в изложението въпроси, подлежат на дикусия и трудно с оглед ограничения обем може да се даде отговор, нещо повече често отговора, както стана ясно не е еднозначен. От друга страна обаче, можем да кажем, че по отношение парите както се изясни, задатъка има вещен ефект, поради техните особености и наличието на правилото *en fait de meubles possession vaut titre*. При това положение не могат да се споделят тези, че a priori задатъка няма вещен ефект, след като се установи, че такъв е налице по отношение на парите като официално платежно средство, което е най-бързо ликвидно. Не мога да споделя оспорената теза, тъй като казуистичното извеждане на правило, считам за грешно, защото правилото е такова при изследването на общия случай, а не от едно изключение да се извежда правило. Подобен подход по-скоро вреди отколкото да помага, тъй като е по-лесно да очертаем общия случай и да отговорим на въпросите има ли задатъка вещен ефект и ако има кога и къде се проявява той. След като отговорим на това, струва ми се че по аргумент от противното, когато не сме в общия случай, попадаме в изключението – т.е. липсата на вещен ефект както е при недвижимите имоти.

ПРЕХВЪРЛЯНЕ НА АРБИТРАЖНАТА КЛАУЗА ПРИ ДОГОВОР ЗА ЦЕСИЯ

*Мария Илиева**

1. Въведение

Предмет на настоящото е в рамките на кратко изложение да бъдат разгледани проблемите, които биха могли да възникнат при различия във вижданията на Върховния касационен съд и институционалните арбитражи на територията на Република България относно арбитражната компетентност при прехвърляне на вземанията чрез договор за цесия. В изложението са обсъдени основните тези, като е направен опит да се илюстрират практическите въпроси, които се пораждат при тяхното възприемане. До този момент Върховният касационен съд не беше имал повод да се произнесе, дали споделя утвърденото в арбитражната практика становище, че арбитражната клауза, включена в договора между цедента и длъжника, има действие в отношенията между цесионера и длъжника. В практиката на търговска колегия на ВКС от последната година, макар и обективирана в мотиви, се възприема теза, обратна на тази, поддържана от арбитражните състави. При липсата на изрична законова уредба, е възможно това становище да бъде възпроизведено в актовете, постановени от същия или други състави на ВКС, както и от останалите съдилища. Това би създало значителна неяснота в материята и нестабилност на постановените арбитражни решения, което би затруднило защитата правата на търговците, търсещи чрез прехвърляне на вземания възможност да осигурят бързо финансиране на своите сделки и подобряване на своята ликвидност в настоящите икономически условия.

2. Значение на арбитража

Арбитражът е способ за разрешаване на частноправни имуществени спорове по силата на постигнато между страните арбитражно споразумение.[1] Източник на компетентността на арбитража е волята на страните, поради което държавата не може да им предостави неограничена свобода да ограничават правосъдната й власт. По тази причина ред спорове са от изключителната компетентност на държавните съдилища. Арбитражът е недържавно, доброволно,

---

* Юрист.

[1] **Сталев, Ж.** Арбитраж по частноправни спорове. С., 1997, с. 15.

договорно частно правораздаване, в което са съчетани договорни с юрисдикционни елементи.

Уговарянето на арбитражна клауза прилича значително на споразумение за избор на компетентен съд.[2] Уговарянето на компетентния решаващ орган и реда, по който да бъде разгледан определен правен спор, има редица предимства от гледна точка на страните по правоотношението. Чрез него страните могат да улеснят организирането на защитата си, да намалят разноските, освен това внасят сигурност и предвидимост в отношенията си, особено в случай на спор, като избират решаващ орган, на чиято професионална компетентност и безпристрастност вярват. Бързината на процеса и качеството на правораздаване, които не винаги държавния съд може да осигури, са от особено значение за отношенията между търговци. Освен това решението на компетентния арбитраж може да бъде атакувано само по исков ред.

Въпреки че арбитражното споразумение не е процесуален договор, с който се дерогира международната подведомственост или местната подсъдност по граждански дела[3], също като споразумението за избор на съд, арбитражното споразумение се характеризира както с облигационен ефект, по силата на който уговореното в него става задължително за страните, доколкото не е отменено с последващо споразумение изрично или мълчаливо, така и с обективно действие. То засяга материалното правоотношение между страните и споровете, произтичащи от него, така както е уговорено. Така, ако предмет на клаузата е само тълкуването и изпълнението, клаузата няма да обхване иск за прогласяване на нищожност на договора.[4] По отношение на действието между страните, както клаузата за избор на съд, така и арбитражната клауза, включена в основния договор, го следва при промяна в страните по него (цесия или суброгация).[5]

3. Арбитражна клауза и арбитражно споразумение

Арбитражната компетентност се основава на волята на страните, изразена в договор за арбитраж. Последният може да се отнася до

[2] Вж. **Тодоров, Т.** Международно частно право. 2 прераб. и доп. изд. С., 2009, с. 95.

[3] **Касабова, К.** Арбитражното споразумение през погледа на арбитражната практика. – Търговско право, 2003, № 5, с. 26, приема, че с арбитражното споразумение спорът се изземва от държавния съд и се възлага на решаващ орган. Тази теза заслужава да се обмисли, тъй като наличието на арбитражно споразумение е относителна отрицателна процесуална предпоставка. Държавният съд не следи служебно за наличие на арбитражно споразумение, респ. арбитражното споразумение не „изземва" само по себе си спора от държавния съд.

[4] **Тодоров, Т.** Цит. съч., с. 99.

[5] Пак там, стр. 100.

бъдещи спорове (арбитражна клауза) или до вече възникнал спор между страните (арбитражно споразумение).[6] Минималното необходимо съдържание на арбитражния договор се изчерпва с взаимното съгласие на страните по определен спор той да бъде разрешен от арбитраж. Спорът може да бъде вече възникнал или бъдещ (евентуален). И в двете хипотези той се конкретизира в арбитражно споразумение с правоотношението, от което е възникнал или по повод на което може да възникне. Арбитражното споразумение относно бъдещ спор или спорове се нарича още арбитражна клауза, защото се включва в материалноправния договор като една от неговите уговорки (клаузи). Арбитражната клауза е гаранция за изпълнение на договора, защото организира отнапред разрешаването на евентуалните спорове по начин, който страните считат за по-ефикасен в сравнение с държавното правосъдие.[7]

3.1. Характер на арбитражната клауза по ЗМТА и практиката на ВКС

Съгласно чл. 7, ал. 1 ЗМТА арбитражно споразумение е съгласието на страните да възложат на арбитраж да реши всички или някои спорове, които могат да възникнат или са възникнали между тях относно определено договорно или извъндоговорно правоотношение. То може да бъде арбитражна клауза в друг договор или отделно споразумение. Константна е практиката на ВКС, според която по своята правна същност арбитражното споразумение е самостоятелен процесуален договор.[8] Предвид последиците от арбитражното споразумение, за валидността му като процесуален договор е необходимо писмено съгласие между страните. Арбитражното споразумение, инкорпорирано в материалноправен договор между страните като клауза, е абсолютна процесуална предпоставка, от чието съществуване се обуславя компетентността на арбитражния съд да се произнесе по спора, с който е сезиран.[9] От друга страна, договорената арбитражна клауза е относителна

[6] **Иванова, Р.** Арбитражната компетентност в практиката на АС при БТПП. – В: Сборник в памет на проф. д-р Живко Сталев. С., 2009, с. 184.

[7] **Сталев, Ж.** Цит. съч., с. 62.

[8] Решение № 109 от 05.07.2012 г. на ВКС по т. д. № 186/2012 г., II т.о., ТК, съдия-докладчик Росица Ковачева; Решение № 46 от 08.05.2013 г. на ВКС по т.д. № 789/2012 г., I т.о., ТК, съдия-докладчик Таня Райковска.

[9] Решение № 249 от 11.02.2013 г. на ВКС по т. д. № 399/2012 г., II т.о., ТК, съдия-докладчик Татяна Върбанова; Решение № 106 от 28.10.2011 г. на ВКС по т. д. № 400/2011 г., I т. о., ТК, съдия-докладчик Таня Райковска.

отрицателна процесуална предпоставка за допустимостта на производство пред държавния съд.[10] Независимо от процесуалните си последици, арбитражното споразумение, респективно арбитражната клауза, предвид факта, че е договор, трябва да отговаря и на общите изисквания за действителността на договорите – дееспособност на страните по него, валидно изразена воля за сключването му и т.н. Недействителността на договора, в който е инкорпорирана арбитражната клауза, не влече задължително недействителност и на клаузата. В този смисъл е разпоредбата на чл. 19, ал. 2 ЗМТА. Арбитражното споразумение, включено в договор, е независимо от другите негови уговорки.

Следвайки утвърдената в практиката си теза за самостоятелния характер на арбитражната клауза, в най-новите си решения ВКС възприема доводите, че сключен договор за цесия, по която се цедират правата по договор, съдържащ арбитражна клауза, не води до встъпване в тази клауза на цесионера. За да стане третото лице страна по арбитражната клауза е нужно то, със съгласието на двете страни по него, да замести една от тях или да е налице универсално правоприемство на една от страните. Извършената цесия на вземането, според ВКС, не води до встъпване в арбитражната клауза на цесионера.[11]

Така изложената и възприета в практиката на ВКС теза дава разрешение абсолютно в съответствие с легалната дефиниция по ЗМТА. Обоснована с един от основните принципи на гражданското право *res inter alios acta*, на пръв поглед не тази теза не поражда никакво съмнение във верността си. Изхождайки именно от цитирания принцип, в контекста на сключен договор за цесия между цедент и цесионер, обаче, може да се стигне и до обратния логически извод. Кое обосновава пренебрегване на изразената от страна на цедирания длъжник воля спор, във връзка с материалноправния договор, сключен между него и кредитора, да бъде разрешен от арбитраж, и то по силата на договор за цесия, по който той не е страна?

Какво ще бъде правното положение на страните в следния пример: търговецът - продавач А от гр. Пловдив е сключил рамков договор за търговска продажба с търговеца - купувач Б от гр. Шумен, който урежда техните отношения във връзка с индивидуалните покупко-продажби на стоки – метални изделия, които продавачът А продава, а купувачът Б

[10] Определение № 791 от 06.12.2012 г. на ВКС по ч.т.д. № 657/2012 г., I т.о., ТК, съдия-докладчик Никола Хитров.

[11] Решение № 70 от 15.06.2012 г. на ВКС по т.д №112/2012 г., I т.о., ТК, съдия-докладчик Любка Илиева.

иска да купи. В него е уговорено приложимо право българското и е включена арбитражна клауза, която предвижда, че всички спорове, породени или отнасящи се до него, включително споровете, породени или отнасящи се до неговото тълкуване, недействителност, изпълнение или прекратяване, ще бъдат разрешавани от Институционален арбитраж (ИА) в гр. Пловдив. Впоследствие, поради икономическите условия в България, продавачът А сключва с „Гръцка банка факторинг" АД, Гърция, действащо чрез регистрирания си клон на чуждестранно юридическо лице в България, договор по силата на който, търговецът А прехвърля по смисъла на чл. 99 ЗЗД на „Гръцка банка факторинг" АД, Гърция, всички настоящи и бъдещи вземания, произтичащи от търговските му взаимоотношения с търговеца Б.

Ще приеме ли за разглеждане ИА – гр. Пловдив дело, образувано по молба на „Гръцка банка факторинг" АД, Гърция, срещу търговеца Б от гр. Шумен по иск с правна квалификация чл. 327, ал. 1 ТЗ вр. чл. 79, ал. 1 ЗЗД, при положение че ответникът оспори компетентността на арбитражния съд? Ако го приеме, каква ще е съдбата на постановеното решение при предявен иск по чл. 47, т. 2 ЗМТА?

В друга хипотеза: Искът с правна квалификация чл. 327, ал. 1 ТЗ във вр. с чл. 79, ал. 1 ЗЗД на „Гръцка банка факторинг" АД, Гърция, срещу търговеца Б от гр. Шумен е предявен пред Окръжен съд - гр. Шумен, който прекратява производството поради възражение за неподведомственост поради наличие на арбитражна клауза. В производството ищецът е сторил разноски в размер на 1000,04 лева за държавна такса и 950,02 лева за адвокатско възнаграждение. Ответникът също е заплатил възнаграждение на своя процесуален представител. След влизане в сила на определението на ШОС, „Гръцка банка факторинг" АД предявява иска си пред ИА – гр. Пловдив, който приема делото за разглеждане, въпреки възражението на ответника за липса на валидно сключено арбитражно споразумение между страните. Постановеното решение е оспорено в срок пред ВКС на основание чл. 47, т. 2 от ЗМТА. Какво ще евентуалното решение на ВКС? В чия тежест ще бъдат сторените в производството пред ШОС разноски?

3.2. Характер на арбитражната клауза според АС

Съгласно разбирането, застъпено в арбитражната практика, решаващият орган ще приеме за разглеждане делото, поради факта, че арбитражната клауза се прехвърля, тъй като същата е принадлежност на

прехвърленото с договора за цесия вземане.[12] С прехвърлянето на едно вземане по чл. 99 ЗЗД, съгласно втората алинея на този член, се прехвърлят наред с привилегиите и обезпеченията и „другите принадлежности". Такава принадлежност към вземането трябва да се приеме, че е и уговорката за начина на търсене правна защита при неизпълнение на задълженията по договора, уговорен между кредитора и длъжника, което се отнася и до арбитражната клауза. Затова при извършената цесия се прехвърля не само вземането - правото да се иска реално изпълнение, а и правото да се иска плащането на неустойка за неизпълнение.[13] Прехвърленото вземане преминава върху новия кредитор с всички привилегии и принадлежности. Такава принадлежност е и клаузата за начина на търсене на правна защита при неизпълнение на задължението. Върху новия кредитор преминава и правото да предявява исковете си във връзка с вземането съобразно съществуващото между първоначалните страни арбитражно споразумение.[14] Цесията на вземане по материалноправен договор прави цесионера страна и по включената в него арбитражна клауза, защото тя е част от целия договор.[15] Наличието на тази арбитражна клауза между първоначалния кредитор (цедента) и длъжника разпростира действието си в отношенията между цесионера и длъжника.[16]

Според изложените аргументи, принадлежност по смисъла на чл. 99, ал. 2 ЗЗД се явява и арбитражната клауза.[17] Освен това съгласно чл. 99,

---

[12] **Калайджиев, А.** Облигационно право. Обща част. 4 доп. и прераб. изд. С., 2007, с. 493. Разбирането, че приобретателят става автоматично страна и по арбитражното споразумение, е разпространено и в чуждестранната литература. Прието е че приобретателят може да предявява претенции и срещу него да бъдат предявявани претенции, които ще бъдат разгледани съгласно уговореното в арбитражната клауза. Възприема се, че причината за това е, че арбитражните споразумения не са „*personal covenants*", а са част от икономическата стойност на прехвърленото материално право. Още повече, счита се, че арбитражното споразумение не би имало никаква стойност за страните, ако едната от тях може да избегне прилагането му чрез възлагане на правото и претенцията на трета страна и това би довело до неговото заобикаляне с прехвърляне на основното вземане.

[13] Така Решение от 20.11.2001 г. по ВАД № 69/2001 г. на АС при БТПП и Решение по ВАД № 44/1993 на АС при БТПП; Обратно Решение № 1357 от 04.11.2009 г. на САС по гр.д. № 478/2009 г., ГО, 4-ти с-в, съдия-докладчик Веселка Марева, според което не може да се приеме, че неустойката съставлява принадлежност към вземането по договор за заем. Принадлежност са лихвите и разноските, но в случая не става въпрос за лихви и разноски, а за различно по същността си вземане. Ето защо съдът приема, че нито част, нито цялото вземане за неустойка са преминали към цесионера.

[14] Решение по ВАД № 44/93 г., Решение от 5.VII.1996 г. по МАД № 7/96 г., Решение от 27.11.2000 г. по ВАД № 92/2000 г., Решение от 20.11.2001 г. по ВАД № 69/2001 г., на АС при БТПП.

[15] Решение от0 6.07.2004 г. по ВАД № 50/2003 г. на АС при БТПП.

[16] Така Определение от 09.10.2003 г. по ВАД № 55/2003 г. на АС при БТПП.

[17] Така Решение от 16.05.2005 г. по арб. д. № 4/2004 г. на АС при БСК.

ал. 2 ЗЗД, вземането е преминало върху цесионера в правното състояние, в което се е намирало у цедента. Това състояние се отнася както за материалноправното, така и за процесуалноправното състояние на вземането, доколкото няма изрично уредени изключения (например чл. 121 ГПК (отм.)[18]). Елемент от това състояние е и арбитражното споразумение, според което върху цесионера по силата на самия договор за цесия е преминала и правната възможност да се търси защита по така уговорения ред.

При наличието на две противоречащи си тези следва да бъде разгледано обстоятелството, кое характеризира в по-голяма степен арбитражната клауза: съгласието на страните да възложат на арбитраж да реши всички или някои спорове между тях във връзка с определено договорно отношение или качеството й на уговорка, обслужваща определеното материално правоотношение и породените във връзка с неговото ненормално развитие спорове. И ако последното обстоятелство дава нейните видови белези, то те толкова ли са съществени, че да обосноват неприлагането на общите правила за договорите, а да я направят принадлежност на материалното право, така че да разпростре действието си и по отношение частните правоприемници в интерес на цедирания длъжник.

В контекста на изложените противоречиви мнения, следва да бъде разгледано и положението на цедента, цесионера и цедирания длъжник от посочения по-горе пример, като на първо място се разгледат основните характеристики на сключените между тях договори, по отношение на които възникват споровете между държавния съд и арбитражните състави.

4. Цесията като правен способ за прехвърляне на субективни права

Цесията е правен способ за прехвърляне на субективни права (вземания), по силата на който настъпва промяна в субектите на облигационното правоотношение - кредитор става цесионерът, на когото цедентът е прехвърлил вземането си по силата на сключен между тях договор. Като всеки договор, цесията трябва да отговаря на всички условия за действителност на договорите. Няма спор в доктрината и в съдебната практика по въпроса, че могат да бъдат цедирани както вземания, така и права, чиято прехвърлимост е допустима от закона и

[18] Чл. 226, във вр. с 222 от ГПК.

следва от тяхното естество - чл. 99, ал. 1 ЗЗД.[19] Според правилото, установено в ал. 2 на посочената норма, вземането преминава върху цесионера в обема, в който цедентът го е притежавал,[20] заедно с привилегиите, обезпеченият и другите му принадлежности, включително с изтеклите лихви, ако не е уговорено противното. Тъй като очевидно арбитражната клауза не е нито привилегия, нито обезпечение, още по-малко лихва, то тя може да бъде само принадлежност. При липса на легална дефиниция, нуждата от определяне на съдържанието, което се влага в понятието „принадлежност", налага смисълът му да се изведе по тълкувателен път.

Според чл. 319 от отменения ЗЗД продажбата или прехвърлянето на едно вземане обема принадлежностите на това вземане, като: поръчителства, привилегиите и ипотеките. Тя не обема, обаче, доходите и изтеклите лихви, ако не е условено другояче. Очевидно изброяването е примерно. Текстът урежда не само правилата за прехвърляне на вземания, но и за прехвърлянето на всички останали права, доколкото те на са подчинени на специален режим. Цесионерът придобива не само субективното право, но и възможността да се приведе в действие принудителната сила на държавата като своеобразна гаранция на правното отношение. Дотолкова доколкото в случай на ненормално развитие на облигационното отношение, притезанието става материалноправна основа на иска, то винаги ще се прехвърли със самото вземане.[21] Що се отнася до привилегиите и обезпеченията, те се отнасят към принадлежността като вид към род. Това кореспондира и с настоящата редакция на чл. 99, ал. 2 ЗЗД. Оттук става ясно, че привилегията и реалните и лични обезпечения, които по своята същност гарантират в по-голяма степен възможността на кредитора да се удовлетвори, имат безспорно качеството принадлежност и цесионерът ги придобива всякога, освен ако е предвидено друго.

Тъй като цесионерът не става страна по договорното отношение с длъжника и не може да бъде господар на това отношение, цесионерът не придобива правото да иска унищожение или разваляне на договора, тъй като тези права не са принадлежност на цедираното вземане, а самостоятелно (лично) право, което принадлежи само на страните по

[19] Вж. и PECL, глава 11, раздел 1, чл. 11:101, ал. 1. – правото да се търси изпълнение (вземане).

[20] Решение № 32 от 9.09.2010 г. на ВКС по т. д. № 438/2009 г., II т. о., ТК, съдия-докладчик Мария Славчева.

[21] Вж. **Милкова, Д.** Обща теория на правото. С., 2009, с. 152.

унищожаемия или подлежащия на разваляне договор.[22] Освен това трудно е да се намери разумен отговор на въпроса, какъв интерес може да има цесионерът да предяви иск, който ако бъде уважен, ищецът ще се окаже в ситуация, в която му е било прехвърлено нищо и ще следва да реализира отговорността на цедента си.

Посочените по-горе примери очертават в общи линии кръга на принадлежностите като посочват кои права представляват принадлежност и кои-не. Следвайки тяхната логика, към кръга на принадлежностите следва също да бъде приобщено правото на задържане, доколкото това право представлява своеобразно обезпечение изпълнението на вземането, а също така създава в полза на неговия титуляр специална привилегия. Доколкото всички привилегии представляват принадлежност на вземането по смисъла на чл. 99, ал. 2 ЗЗД, немислимо е да се отрече това качество на правото, създаващо една от специалните привилегии.

Изрично установеното от закона качество „принадлежност" на обезпеченията не оставя място за съмнение относно прехвърлимостта както на реалните, така и на личните обезпечения, което се потвърждава и от настоящата редакция на текста, а също така и от характера на отношенията при договора за поръчителство, които са intuitu personae единствено по отношение на длъжника, за когото поръчителят гарантира със собственото си имущество. В допълнение следва да се има предвид, че разпоредбата на чл. 99, ал. 2 ЗЗД гарантира, че цесионерът ще получи вземането във вида, в който цедентът е разполагал с него, с всички следващи вземането права. Интересна с оглед настоящото изследване особеност на обезпеченията като цяло е, че не е необходимо цесионерът да е или да стане страна по договорите за учредяването им, напротив, те се прехвърлят единствено поради акцесорния си характер, като особената същност на техния предмет взема превес над правилото *res inter alios acta*.

[22] Така **Апостолов, И.** Облигационно право. Общо учение за облигацията. Фототипно изд. С., 1990, с. 406. Виж и Решение № 494 от 11.IV.1984 г. по гр.д. № 3859/83 г., I г.о., според което потестативното право да се иска обезсилване на решението по чл. 288, ал. 2 ГПК (отм.) обаче не е обезпечение на вземането, нито пък негова принадлежност. Законът има предвид правните категории на обезпечение и принадлежност на вземанията, но не и житейските. Възможността да се иска обезсилване на решението, както и по-общо - разваляне на договора поради неизпълнение по чл. 87, ал. 3 ГПК (отм.), могат да мотивират длъжника да бъде изправен, но това не значи, че тази възможност е обезпечение на неговото задължение. Поради това не може да се приеме, че с прехвърляне на вземането за получаване на парично уравнение цесионерът придобива и възможността да иска обезсилване на решението при неизпълнение.

Доколкото, съгласно изложеното по-горе, прехвърляното вземане включва в себе си както неговия материалноправен аспект, така и възможността то да бъде осъществено по принудителен ред, е немислимо то да бъде прехвърлено на цесионера без своята процесуалноправна защита. В този смисъл цесионерът, който придобива качеството кредитор, придобива правото да упражни правата на длъжника си съгласно чл. 134 ЗЗД, когато с бездействието си последният заплашва интереса на кредитора. Следователно, а и предвид систематичното му място в структурата на ЗЗД, това право следва по-скоро да бъде отнесено към съдържанието на самия термин „вземане", вместо да бъде разглеждан въпросът представлява ли то принадлежност и респективно прехвърля ли се при цесия. Аналогично, придобивайки качеството кредитор, цесионерът може да упражни и правото по чл. 135 ЗЗД. Доколкото придобиването на това качество става вследствие на договора за цесия, както и да бъде квалифицирано правото по чл. 135 ЗЗД (като принадлежност, обезпечение на вземането или друго), то неминуемо ще възникне вследствие на цесията.

При анализиране на изложените по-горе примери могат да се изведат следните общи характеристики на принадлежностите, а именно, че всички те са права; съществуват преди цесията; възникват по силата на закона вследствие съществуването на вземането или по силата на договор, следващ вземането, по който цесионерът не трябва да бъде или да става страна; не са част от самото вземане, но са част от правното му положение преди прехвърлянето.

Този опит за определение обаче не е достатъчен, за да бъде разглеждано арбитражното споразумение като принадлежност. Той не отговаря на въпроса, „кое е по-характерно за арбитражното споразумение, неговото качество на самостоятелно споразумение, сключено между страните по него, или неговият особен предмет, който не може да съществува без материалноправен спор". Без съмнение валидно сключеното арбитражно споразумение предоставя на страните едно право, което може да бъде упражнено при условие, че възникне спор относно основното правоотношение. Това право съществува преди прехвърлянето на вземането. То също така представлява част от правното положение на вземането преди прехвърлителната сделка. Представлява ли обаче арбитражното споразумение обезпечение на процесуалноправния аспект на вземането по начина, по който личните и реалните обезпечения обезпечават неговия материалноправен аспект (като гаранция за изпълнение)? Отговорът на този въпрос следва да бъде

отрицателен предвид обстоятелството, че възможността на лицата да упражнят своето право на иск е гарантирано от законодателството на Република България и съществуващата съдебна власт и система от държавни съдилища. Въпреки това не може да се отрече качеството на арбитражното споразумение на допълнителна гаранция за изпълнение на вземането и за упражняване правото на иск, свързана с избора на институция или личност/и, ползващи се с особено доверие от страните. Тази теза е изложена от проф. д-р. Живко Сталев, който вижда в арбитражната клауза в материалноправния договор една своеобразна гаранция за изпълнение на правата породени и въз основа на него, тъй като организира отнапред разрешаването на евентуалните спорове по начин, които страните считат за по-ефикасен в сравнение с държавното правосъдие.[23] Доверието на страните, обаче, не предполага доверието и на третото лице – цесионер в тази институция или личност. То не може да му бъде натрапено. Същевременно, именно цесионерът е този, който приема да получи вземането в правното му състояние, в което то е било у цедента. Цедираният длъжник по правило не волеизявява при цесия, респективно не е оправдано неговото правно положение да бъде променено и изразеното от него в арбитражното споразумение доверие да бъде подменено без неговото съгласие, вследствие на сделка, по която той не е страна.

Разрешението на този проблем е допълнително затруднено от обстоятелството, че не всички спорове, които могат да възникнат по повод на вземането, касаят прехвърлими права. Така например, дори вземането да бъде прехвърлено на трето лице – цесионер, сключеното между цедента и цедирания длъжник арбитражно споразумение ще намери приложение, доколкото само тези страни могат да водят помежду си спор относно действителността на правоотношението, от което произтича вземането, както и относно разваляне на основния договор.

За да бъде разрешен този проблем, трябва да се изследва пряката и непосредствената цел, която страните преследват, като сключват арбитражното споразумение. Съгласно разпоредбата на чл. 7, ал. 1 ЗМТА, тази цел представлява възлагането на институционален или *ad hoc* арбитраж да реши всички или някои спорове, които могат да възникнат или са възникнали между тях относно определено договорно или извъндоговорно правоотношение. Нищожно ще е споразумението по чл.

[23] **Сталев, Ж.** Цит. съч., с. 62.

7 ЗМТА, по силата на което страните са постигнали съгласие, че всички техни арбитрируеми спорове ще бъдат разрешени от арбитраж, тъй като арбитражното споразумение винаги обслужва конкретно правоотношение – договорна или извъндоговорна облигация. Именно по тази причина клаузата ще произведе своя правен ефект единствено при правен спор, ако той е породен във връзка с посоченото правоотношение. Самото наличие на валидно сключено арбитражно споразумение не поражда насрещни права и задължения за страните по него, в случай че не възникне спор. В тази връзка, арбитражното споразумение не може да бъде лишено от единствената му функция да обслужи процесуалния аспект на вземането.

Ако породеният спор касае правата, възникнали във връзка с принудително реализиране на прехвърленото вземане, както беше изложено по-горе, тъй като те са материалното основание на иска, уговореният по силата на арбитражната клауза ред за тяхното упражняване ще намери приложение, тъй като той не може да бъде отделен от тях. В случай че породеният спор касае допълнителна възможност за кредитора, създадена по силата на закон или частноправно волеизявление с цел да гарантира изпълнението на дълга от страна на длъжника или спор въз връзка с упражняване на правата на бездействащия длъжник, тъй като както същите по силата на разпоредбата на чл. 99, ал. 2 ЗЗД имат качеството на принадлежност на вземането и преминават върху цесионера, с тях ще премине и уговорения ред за тяхното упражняване. Иначе казано уговорката, обективирана в арбитражното споразумение, е принадлежност или на вземането, или на принадлежността на вземането, независимо между кого е постигнато съгласието за сключването му, тъй като нейният предмет не може да съществува, ако не съществува възможност за възникнване на спор по повод посоченото в него правоотношение. Непрехвърлимите лични права не изчерпват предмета на арбитражното споразумение ако той включва всички спорове възникнали въз основа на дадено правоотношение, така както не може да съществува един договор, чийто предмет да се изчерпва с правото той да бъде унищожен или развален. Поради тази причина не е правно оправдано тези спорове да се разглеждат по различен ред от произтичащите от вземането такива, освен ако арбитражното споразумение е сключено само и единствено по отношение на тях. Ефектът на прехвърлянето при арбитражното споразумение е същият като този, който се поражда например при прехвърляне на поръчителството. Ако кредиторът прехвърли вземането

си на трето лице, той наедно с това неминуемо прехвърля на цесионера и претенцията си за реализиране на поръчителевата отговорност, въпреки че отговорността се е породила именно по силата на договор между поръчителя и кредитора, по който цесионерът не е страна.[24] Вероятно именно поради тази причина както старата, така и новата уредба на договора за цесия в ЗЗД, не борави с изчерпателно изброяване на фигурите, имащи качеството на принадлежност. По този начин за правоприлагащия орган остава възможността винаги да прецени, дали една фигура е принадлежност или не, с оглед на нейната функция, а не с оглед на реда за нейното учредяване.

Независимо от прехвърлимостта на арбитражното споразумение, следва да се отбележи, че при прехвърляне на вземането, на основание чл. 99, ал. 3, пр. 2 ЗЗД, цесионерът бива снабден с всички документи, установяващи вземането именно с цел да бъде запознат с неговото правно състояние. Ако не стори това, цедентът ще отговаря за неизпълнение на цитираната разпоредба, а също така няма да се счита положил дължимата грижа при изпълнение на договора. При това положение, ако цесионерът се е запознал с всички документи относно статута на вземането, наясно е със съществуването на арбитражното споразумение и е предявил своя иск пред компетентния решаващ орган съгласно споразумението, не е правно оправдано на обвързания със същото арбитражно споразумение цедиран длъжник да бъде позволено да оспори успешно компетентността на органа само заради обстоятелството, че цесионерът не е декларирал своето съгласие със споразумението, ставайки страна по него. Изявявайки своята воля при сключване на споразумението, цедираният длъжник се е съгласил и е възложил на решаващия орган да реши споровете, възникнали във връзка с вземането. Това волеизявление изразява доверието на тази страна в решаващия орган да разреши конкретния спор, което не е обусловено от личността на другата страна и не може да се счита отпаднало поради обстоятелството, че вземането е било прехвърлено. Ако в хипотезата на чл. 7, ал. 3, пр. посл. ЗМТА, решаващо за учредяване компетентността на арбитража е съгласието на ответника, доколкото съгласието на ищеца се предполага с оглед избора му на форум, то в хипотезата на иск, предявен от цесионера срещу цедирания длъжник пред уговорения арбитраж, съгласието на ответника вече съществува и единственият въпрос, на който

[24] **Кожухаров, А.** Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. Книга втора. Нова ред. проф. О. Герджиков. С., 1992, с. 147.

следва да се отговори, е дали ищецът се доверява на този орган. В този случай компетентността на арбитража ще е налице поради съгласието на страните, не поради прехвърлянето на споразумението.

Именно прехвърлимостта на арбитражното споразумение, обаче, съгласно изложеното по-горе, гарантира, че цедираният длъжник няма да бъде поставен в по-лошо положение без да се е съгласил за това, както и че цедентът няма да злоупотреби със своето право по чл. 99, ал. 1 ЗЗД, използвайки го за да освободи вземането от свързания с него форум и ред за правна защита, като прехвърли правото например на свързано с него лице.

Освен това трябва да се държи сметка и за ефекта на арбитражното споразумение, като част от икономическата стойност на прехвърленото вземане, гарантираща облекчен ред за реализиране на правата.

В допълнение, съгласно принципите на европейското договорно право, предишният кредитор има задължението да прехвърли на новия всички целящи да обезпечат изпълнението прехвърлими права, които не следват вземането, но са свързани с него.[25]

При така изложените становища, в първата хипотеза на дадения пример с търговците от Пловдив и Шумен, твърде вероятно е ИА – гр. Пловдив да приеме за разглеждане иска с правна квалификация чл. 327, ал. 1 ТЗ вр. чл. 79, ал. 1 ЗЗД, предявен от „Гръцка банка факторинг" АД, Гърция, срещу търговеца Б от гр. Шумен, независимо от неговото възражение и в случай че са налице предпоставки за уважаването му, да постанови решение, с което да осъди ответника да заплати претендираната сума. В светлината на някои от новите решения на ВКС обаче съществува вероятност това решение да бъде отменено по реда на чл. 47, т. 2 ЗМТА, освен ако ВКС приеме, че предявявайки иска си пред ИА - гр. Пловдив, въпреки че не е бил страна по арбитражното споразумение, цесионерът е изразил воля да възложи решаването на спора от арбитраж.

Във втората хипотеза на примера: при възражение от страна на цедирания длъжник, ШОС трябва да се отведе поради неподведомственост на спора пред съд, тъй като арбитражното споразумение е прехвърлено и обвързва цесионера. Държавният съд ще уважи възражението на цедирания длъжник – ответник по образуваното дело, ще прекрати производството, като цесионерът, освен че ще изгуби сторените разноски, ще бъде осъден да плати на ответника и сторените от

[25] Виж PECL, глава 11, раздел 1, чл. 11:204, буква „с".

последния разноски.[26] Делото ще бъде разгледано от ИА - гр. Пловдив, тъй като с цесията е прехвърлено и правото на страните да се обърнат към арбитраж. Освен това актът на ШОС обвързва страните и следва да бъде зачетена силата му на пресъдено нещо.[27] В този случай, при предявяване на иск по чл. 47, т. 2 ЗМТА, ВКС ще потвърди решението на ИА - гр. Пловдив. В крайна сметка страните ще се сдобият със стабилно решение, но ще понесат всички негативни последици от неизяснената правна материя и объркващата практика.

В този смисъл, безспорно най-целесъобразно е въпросът да бъде уреден изрично в ЗМТА, за да не бъдат поставяни страните в зависимост от становището, което възприема всеки конкретен съдебен състав.

5. По въпроса „освен ако е уговорено противното"

5.1. При тълкуване на разпоредбата на чл. 99, ал. 2 *in fine* ЗЗД възниква въпросът допустимо ли е цедентът и цесионерът да уговорят, че правото ще се прехвърли без някоя от неговите принадлежности, в това число и арбитражната клауза, и тази уговорка да произведе правен ефект и да обвърже и цедирания длъжник с оглед разпоредбата на чл. 99, ал. 2 ЗЗД. От значение е и въпросът по отношение на кои от изброените характеристики на вземането се отнася уговорката съгласно ал. 2 предл. последно. Очевидно по силата на клауза в договора за цесия не е възможно да се изключи прехвърлянето на общите привилегии, доколкото самата привилегия е неразривно свързана със съществуващото вземане по силата на закона, т. е. не е възможно да съществува привилегия без вземане. В този смисъл, уговорка по силата на която привилегията не се прехвърля, въпреки че е привидно допустима, е не само абсурдна, но не е годна да произведе какъвто и да е правен ефект.

Що се касае до обезпеченията, дотолкова доколкото същите се учредяват чрез правна сделка с цел осигуряване изпълнение на задължението и с оглед гаранция изпълнението от страна на длъжника, уговорка по смисъла на чл. 99, ал. 2, изр. посл. ЗЗД би била допустима, но самостоятелно не би породила правен ефект. Иначе казано следва да бъде

[26] Така Определение № 791 от 06.12.2012г., по ч.т.д. № 657/2012 г., I т.о., ТК, съдия-докладчик Никола Хитров.

[27] Съгласно Решение № 70 от 15.06.2012 г. на ВКС по т.д №112/2012 г., I т.о., ТК, съдия-докладчик Любка Илиева, според което определението, с което делото е прекратено пред Окръжен съд – гр. Бургас поради неподведомственост по направено възражение от настоящия ищец, обвързва страните и следва да бъде зачетена силата му на пресъдено нещо от АС, ако някоя от страните след определението на държавния съд предяви иск пред арбитражния съд.

уговорено друго не само с цесионера, но и със залогодателя, ипотекарния длъжник или поръчителя. Или след придобиване на правото приобретателят едностранно с акт със самостоятелно правно значение да прекрати правната връзка.

Смисълът на текста ще бъде изяснен недвусмислено, ако отново се вземе предвид редакцията му в отменения ЗЗД. Решението, което старият текст е давал е противоположно на възприетото от новата редакция. Прехвърлянето, според този текст, не обема доходите и изтеклите лихви, ако не е условено другояче. В диспозитивното правило на настоящата редакция е предвидено, че изтеклите лихви се прехвърлят. Очевидно уговорка на страните е допустима само по отношение на вземането за лихви, а такава, касаеща останалите принадлежности, не би разпростряла действието си по отношение на цедирания длъжник.

5.2. Непрехвърлимостта на едно вземане може да бъде установена с договор - чл. 99, ал. 1 ЗЗД. Непрехвърлимостта може да е разпоредена със закон, може да произтича от естеството на вземането, но може да бъде уговорена и между страните при поемане на задължението от длъжника. В такъв случай, ако кредиторът прехвърли вземането си при знание на цесионера за клаузата за непрехвърлимост, цесията няма да може да се противопостави на длъжника.[28] Оттук може да се изведе заключението, че уговорка между кредитора и длъжника за непрехвърлимост[29] на арбитражната клауза е допустима и ще е валидна и по отношение на приобретателя на правото.

6. Заключение

В заключение, ако за цесионера е ясно, че за да се сдобие с неотменяемо решение, трябва да предяви иска си първо пред държавния съд, за да се ползва от обвързващата за страните сила на определението за прекратяване на производството поради наличие на възражение за арбитражна клауза, то какво ще бъде положението на цедирания длъжник, който има претенция срещу кредитора си, прехвърлил вземането на свързано с него лице? Твърде вероятно е чрез това си действие цедентът да желае именно отпадане на арбитражната клауза, възползвайки се от разбирането за самостоятелния характер на арбитражното споразумение. На практика с едно напълно правомерно разпореждане с правото си, цедентът лишава едностранно длъжника от

[28] Решение № 1173 от 29.V.1975 г. по гр.д. № 692/75 г., I г.о.

[29] Т.нар. „*non assignment clause*".

възможността да ползва облекчения ред за разрешаване на споровете, правото сам да посочи арбитър, въпреки желанието му делото да бъде бързо, икономично и правилно решено. Очевидно не е обосновано ограничаване на правото на защита по уговорения ред от страна на длъжника, при условие, че той не е страна по договора за цесия. И ако несъгласуваната практика на арбитражните състави е нежелателна и особено неприемлива по въпросите, свързани с арбитражната компетентност[30], но може да бъде контролирана[31], то противоречията между арбитражната практика и практиката на държавния съд са недопустими, тъй като поставят под съмнение както обвързващата сила на арбитражното споразумение както основен принцип, на който се основава арбитражното производство, така и ползата от арбитража изобщо.

[30] **Иванова, Р.** Цит. съч., с. 223.

[31] Вж. Решения от заседание на арбитражните колегии на АС при БТПП, проведено на 18.03.2009 г., прието на основание чл.8, ал.2 от Устава на АС при БТПП.

СЪЩНОСТ НА СЪВКУПНОСТТА ОТ ПРЕСТЪПЛЕНИЯ И ПРОБЛЕМИ В ПРАВОПРИЛАГАНЕТО

Иван Ранчев[*]

В Глава втора, Раздел IV „Множество престъпления“ от НК са уредени възникващите наказателно-правни усложнения в съставомерността и наказуемостта, когато едно лице извърши не едно, а две или повече престъпления.

Законови хипотези за множество от престъпления:

При първата деецът извършва две или повече престъпления, преди да е бил осъден за някое от тях, като в случаите на чл. 23-25 НК говорим за „съвкупности на престъпления“ (СП).

При втората субектът осъществява престъпление, след като е бил осъден с влязла в законна сила присъда за друго инкриминирано деяние и въз основа на разпоредбите на чл. 27 – 30 НК имаме „рецидив“[1].

Отделен тип усложнена престъпна дейност представлява продължаваното престъпление, което е легално уредено в чл. 26 НК[2].

Предмет на настоящото изследване ще бъдат конкретно съвкупностите от престъпления по чл. 23-25 НК, отграничението им спрямо някои сходни правни институти и наказуемостта.

I. Същност на съвкупността от престъпления и нейните видове.

Разпоредбата на чл. 23, ал. 1 НК предвижда две възможности, при извършването от едно лице на няколко престъпления преди да е имало влязла в сила присъда, за което и да е от тях:

- когато с едно деяние са изпълнени съставите на няколко престъпления е налице идеална съвкупност (ИС)[3];
- когато с две или повече деяния са осъществени няколко отделни престъпления има реална съвкупност (РС)[4].

---

[*] Съдия в Апелативния съд – Пловдив; доктор по право.

[1] Вж. **Ненов, И.** Наказателно право на Република България. Обща част. Книга втора. Под ред. А. Стойнов. С., Софи-Р, 1992, § 29, с. 195–230. **Стойнов А.** Наказателно право. Обща част. С., Сиела, 1999, с. 344-358; **Михайлов, Д.** Някои проблеми относно квалификацията на множество престъпления. С., СУ, 1977, с. 1-39. Интересни са **Пионтковский, А.** Курс Советского уголовного права. Учение о преступлений, М., ГИЮЛ, 1961, с. 616-652; **Бояджиев, П.** Съвкупност от престъпления по наказателното право на НРБ. С., Наука и изкуство, 1964, с. 38-65.

[2] Вж. **Ранчев И.** Продължаваното престъпление в българското наказателно право. С., Фенея, 2007, с. 50-54.

[3] ТР. № 71/23.12.1974 г. по н.д. № 64/1974 г. на ОСНК на ВС.

Двете съвкупности са подчинени на един общ режим по отношение на следващото се наказание. При тях имаме налице две или повече престъпления, които са обединени под едно фактическо единство, поради обстоятелството, че техния автор е един и същ и липсва постановен окончателен съдебен акт. Важното е отделните прояви да осъществяват признаците на престъпление, извършителят да е един и същ и наказателноотговорен[5]. Различието между двата вида съвкупности се състои в броя на деянията, чрез които се осъществяват съставите на отделните престъпления.

Реалната съвкупност е два вида. Ако се касае до извършването на две или повече отделни престъпления от един и същ вид, имаме „еднородна реална съвкупност" (ЕРС). Обратно, ако са осъществени две или повече престъпления от различен вид, тогава е налице „разнородна реална съвкупност" (РРС).

II. Случаи, при които няма съвкупност от престъпления

1. Мнима (привидна) идеална съвкупност

При нея се извършва едно деяние, което осъществява само едно престъпление, макар и привидно да са налице съставите на две или повече различни престъпления. В тези случаи обикновено извършеното обикновено съответства на законовите състави на престъпления, при които единият изключва приложението на другия. Тогава не може да имаме множество от престъпления, а само едно престъпление, за което се налага само едно наказание.

А. При отношения на поглъщане на съставите

Няма идеална съвкупност, когато е извършено едно престъпление, при което са засегнати едни и същи обществени отношения и привидно са реализирани два или повече престъпни състава. Затова убийството поглъща телесните повреди, по-тежките телесни повреди – по-леките,

[4] ТР. № 72/5.11.1984 г. по н.д. № 63/1984 г. на ОСНК на ВС, според което при осъществяването на умишлено убийство, след като е било извършено друго убийство, за което не е постановена присъда, налице е реална съвкупност, тъй като първото ще се квалифицира по чл. 115 или чл. 116 НК, а второто винаги по чл. 116, т. 12, пр. 2 НК. Р. № 211/1989 г. на I н.о. , Р. № 696/1982 г. на ВК на ВС.

[5] Вж. отново теоретичните аспекти на съвкупностите у **Ненов И.** Цит. съч., с. 208-218; **Михайлов, Д.** Съвкупност от престъпления, извършени с едно деяние („Идеална съвкупност"). – Правна мисъл, 1962, № 4, с. 66–82.

извършителството – подбудителството и помагачеството, завършеното престъпление – опита и приготовлението и т.н.[6]

Но ако се засягат различни обществени отношения, тогава имаме СП[7].

Б. При алтернативност на съставите

Възможно е да се извърши дейност, при която едновременно са налице два квалифициращи признака, от които единият намалява отговорността на дееца, а другия я утежнява. В този случай деянието се квалифицира само по единия от тях, който утежнява отговорността му[8].

Примерно една от основните разлики между кражбата по чл.194 от НК и обсебването по чл. 206 от НК е това, дали дееецът има фактическата власт върху вещта в момента на извършването им[9].

---

[6] Р. № 311/28.06.1972г., I н.о., Р. № 866/27.08.1969 г., III н.о. на ВС, Р. № 335/3.07.2009 г. по н.д. № 320/2009 г., I н.о., Р. № 117/11.03.2009 г. по н.д. № 72/2009 г., I н.о. на ВКС, когато на един и същ пострадал с едно деяние са били причинени две или повече различни по вид телесни повреди, налице е едно престъпление, което се квалифицира по по-тежкия резултат, т.е. не се носи наказателна отговорност поотделно за тежка и средна телесна повреда, а само за тежката. Самият брой на телесните увреждания, независимо от това дали са еднакви или различни по вид играе само роля относно вида и размера на полагащото се наказание. Р. №475/21.08.1970 г. по н.д. № 443/1970 г., I н.о. на ВС, Р. №449/26.10.2012 г. по н.д. № 1346/2012 г. на II н.о. на ВКС коментират случаи на привидна идеална съвкупност, при която престъплението по чл. 151, ал. 1 НК за съвъкупление с малолетно лице се поглъща от това по чл. 191, ал. 3 (ал. 2 стар) НК за склоняване на лице ненавършило 14 г. за заживяване на съпружески начала. Противоречия в практиката има, когато е извършена кражба, съпроводена с унищожаване или повреждане на чужда движима вещ. Основният критерий за разграничението на двете престъпления е в субективната страна – наличието на намерение за противозаконно присвояване или отнемане с цел увреждане. Р. № 413/27.09.1995 г. на I н.о. на ВС приема, че не може да има реална съвкупност между кражба и унищожаване на чуждо имущество. Съвкупността е привидна, тъй като при кражбата дееецът отнема веща с цел да я присвои и може да се разпореди фактически или юридически с нея като със своя, а унищожаването, консумираните или преработването й е форма на такова разпореждане. Унищожаване или повреждане на чужда вещ може да се извърши в съвкупност с кражба само ако е отнета такава част от веща, без която тя става постоянно или временно негодна по предназначението си. Р. № 178/17.06.1972 г. на II н.о. на ВС застъпва обратната теза, според която, когато дееецът вземе от вещта известна част без съгласието на нейния владелец с намерение противозаконно да я присвои, извършва само едно престъпление – кражба и няма съвкупност от престъпления с повредата на вещта.

[7] Р. № 861/1969 г., III, Р. № 370/1989 г. на ВК, Р. № 1654/1968 г., III н.о. на ВС, касаят транспортни произшествия, при които са причинени телесни повреди или смърт на различни лица. Деянието се квалифицира по по-тежко наказуемия състав на чл. 343, ал. 3, пр. 4, б."а", „б" и ал. 4 НК и нямаме съвкупност.

[8] Р. №288/1986 г. и Р. № 1004/1982 г., III н.о. на ВС, описват случаи при които дееецът след ПТП оказва помощ на пострадалия и избягва от произшествието или след като превози пострадалитеq не се завръща обратно.

[9] Р. № 570/1983 г., I н.о. на ВС.

В. Специален към общ състав

Два законови състава са в отношение на специалност, когато са еднородни и единият от тях – специалният, съдържа в себе си всички признаци на общия, заедно с още един или повече признаци. Ако няма еднородност между съставите, ще имаме съвкупност от престъпления. Подобно е отношението на всеки от квилифицираните или привилегированите състави към общия: убийство по чл. 116 спрямо чл. 115 НК; кражба по чл. 195, чл. 196 или чл. 197 спрямо чл. 194 НК или специалните длъжностни престъпления по чл. 202, ал. 1, т. 1 НК спрямо общото престъпление по служба по чл. 282 НК и т.н.

Възможно е освен признаците на основния състав, да се осъществяват два или повече признаци, които законът поотделно третира като основание за установяване на съответни квалифицирани състави – всички с еднаква наказуемост. Престъплението остава едно, но при едноверменната даденост на няколко квалифициращи признака – убийството съдържа едновременно квалифициращи белези на чл. 116, ал. 1, т. 1-12 НК.

Г. Първоначален към допълнителен (основен към субсидиарен състав)

При субсидиарните състави, обикновено се квалифицира като престъпление една последваща или вторична дейност спрямо основната такава и няма съвкупност от престъпления[10].

Д. Когато съвкупността е въздигната като квалифициращ белег или самостоятелно посегателство

Пример: при противозаконно отнемане на МПС с последвала повреда няма съвкупност между състава на чл. 346, ал. 2, т. 2 НК и на чл. 343, ал. 1, б. „а“ НК, тъй като повредата е възведена като квалифициращ признак за първото и по-тежко наказуемо престъпление [11].

2. Мнима (привидна) реална съвкупност

При нея имаме две или повече деяния, които обаче осъществяват само едно престъпление или липсва множество. За тези случаи също

[10] Р. № 547/17.12.2008 г. по к.д. № 553/2008 г. на I н.о. на ВКС визира случай, при който се приема, че производителят на преправени или неистински парични знаци не носи отговорност за тяхното прокарване в обръщение, придобиване, служене и др., т.е. чл. 244 НК е субсидиарен спрямо чл. 243 НК. Р. № 460/9.05.2011 г. по н.д. № 448/2010 г. на I н.о. коментира привидна идеална съвкупност от престъпления по чл. 251 и чл. 253 НК.

[11] Р. № 408/1985 г. на ВК на ВС.

важи казаното за привидната идеална съвкупност, но в изследването ще обърнем внимание на някои по-особени хипотези.

А. Когато деянията са насочени към един и същ обект

Пример: когато деецът осъществява няколко отделни акта с цел настъпването на един и същ престъпен резултат[12].

Възможно е след извършването на главното престъпление да има други прояви, но последните да не съставляват друго престъпление[13].

Подобни са случаите на подбуждане или подбудителство към едно и също лъжесвидетелство, приготовление или опит към едно и също престъпление, злепоставяне и телесна повреда вследствие на реализиране на предизвиканата с първото опасност и т.н.

Б. Съставните престъпления

При тях има две прояви, всяка от които сама по себе си осъществява отделен състав на престъпление и в крайна сметка общото им наличие обуслява съставомерност на едно друго обществено опасно деяние. Типичният пример е за грабежа по чл. 198 НК, който се състои от принуда по чл. 143 НК и кражба по чл. 194 НК. Идентично е и изнасилването по чл. 152 НК.

В. Двуактните престъпления

Тук отделните прояви не са престъпление или само едната от тях е престъпление, но заедно осъществяват самостоятелно престъпление.

Г. Продължените престъпления

При тях трайно е непрекъснато във времето, през определен период се извършва състава на престъпление, което приключва независимо от волята на дееца поради настъпването на някакви непредвидени обстоятелства – отклонение от военна служба по чл. 381 НК, държането на огнестрелни оръжия и боеприпаси по чл. 339 НК и др.[14]

Д. Престъпленията на системно извършване

---

[12] Убийство с даване на отрова през интервали от време или след продължителни мъчения на жертвата.

[13] Извършване на кражба с последващо укриване на отнетото или ако е прераснала при ексцес в грабеж.

[14] Вж. **Михайлов, Д.** Продължено престъпление. – Правна мисъл, 1963, № 6.

При тях имаме три или повече еднотипни деяния, които в съвкупност формират съставомерните белези на престъпление – контрабандата по чл. 242, ал. 1, б. „а“ НК и др.

Е. Противоправно упражняване на професия или занаят

Типично в тази насока е престъплението по чл. 252, ал. 1 НК - извършване без съответното разрешение на банкови, застрахователни или други финансови сделки или услуги[15].

Ж. Продължавано престъпление

За първи път легално е уредено в чл. 26 НК, но съществува като правен институт в съдебната практика още от началото на XX век.

През периода от 08.08.1997г. до 01.10.2002 г. се отмени правната му уредба и възникна въпросът за определянето на наказанията спрямо отделните престъпни деяния, за които формално са налице признаците на продължаваното престъпление (ПП)[16].

Съдебната практика прие, че в този период ПП не действа в позитивното наказателно право и се прилагат нормите на чл. 23-25 НК. Само при заварените преди отмяната случаи се прави преценка, дали старата уредба не е по-благоприятна за дееца[17].

При извършването на престъпления при условията на опасен рецидив се забрани приложението на чл. 23-25 НК, като следваше да търпят наказанията поотделно за разлика от другите случаи, за които останаха правилата за съвкупността. Практически, при липсата на законов предел спрямо сборния размер на постановените наказания лишаване от свобода, рецидивистите следваше да ги търпят, докато това е житейски възможно.

След възстановяването на стария текст на чл. 26 НК през 2002 г. в § 90 ПЗР ЗИД НК се посочи реда за изтърпяване на наложените наказания на рецидивистите за извършени ПП в периода на отмяната им, но това в

---

[15] Вж. **Михайлов, Д.** Престъпление, извършено по занаят. – Правна мисъл, 1967, № 2.

[16] С ДВ, бр.62/5.08.1997 г., в сила от 08.08.1997 г. в чл. 26 НК отпадна уредбата на ПП, като се предвиди нова норма, според която „разпоредбите на чл. 23-25 не се прилагат за престъпления, представляващи опасен рецидив. Наказанията за тези престъпления се изпълняват поотделно“. Възстанови се като институт с ДВ, бр.92/27.09.2002 г., в сила от 01.10.2002 г.

[17] Вж. ТР№ 2/1999 г. на ОСНК на ВКС, което не реши проблема с извършените в този период при условията на съвкупност престъпления при опасен рецидив. Р. №52/21.06.2002г., н.д. № 667/2011 г., I н.о. на ВКС.

значителна степен затрудни правоприлагането[18]. ВКС опита да въведе ред в съдебната практика, като допусна едно смесване с правилата за съвкупността[19].

При основната обективна особеност за наличието на две или повече деяния, които осъществяват по отделно състави на едно и също престъпление, ПП се доближава до ЕРС. Но за разлика от последната, се изисква допълнително от обективна страна всички прояви са извършени при една и съща обстановка[20]. Другото различие е, че при ЕРС между отделните деяния не съществува обективна и субективна връзка, изискуема в чл. 26 НК[21].

Когато в периода на извършване на едно ПП, деецът е осъден с влязла в законна сила присъда за друго престъпление, за тях са неприложими правилата на съвкупността, нито могат да се обединят по чл. 26 НК и наказанията се търпят пооотделно[22].

<u>Други законови ограничения, при които няма ПП, а съвкупност от престъпления:</u>

- Според чл. 26, ал. 6, пр .1 НК, ПП е изключено при престъпления против личността на различни граждани, т.е. санкционирането им става по реда за съвкупностите, но по аргумент от противното, ако засегнатото лице е едно и също, няма пречка за приложението му.

Когато имаме престъпления против личността на различни граждани по Глава II от НК, при извършването им спрямо различни

---

[18] Според § 90 ПЗР ЗИД НК, обн., ДВ, бр.92/2002 г., изм. ДВ., бр. 103/2004 г., изм. ДВ, бр. 86/2005 г., рецидивистите, осъдени с влезли в сила присъди при условият на действащия до влизането на този закон в сила чл. 26 (в сила от 08.08.1997 г.), изтърпяват наказание за всяко осъждане, но не повече от предвидения в закона максимален размер за най-тежкото от престъпленията, за които са осъдени. Наказанието се определя по реда на чл. 306 НПК. Р. № 98/09.02.2007 г. по н.д. № 774/2006 г. на I н.о. на ВКС.

[19] Вж. **Ранчев И.** Определяне на наказанието. Анализ на съдебната практика: ТР № 1/10.05.2006 г. по т.н.д. № 1/2006 г. на ОСНК на ВКС. – Общество и право, 2007, № 2, с. 52–59.

[20] Деецът трябва да има едно и също трайно отношение към предмета на престъплението, повод, начин на извършване и др.

[21] ТР. №3/1971 г., п. VI, т. 4, и Р. № 542/1987 г., II н.о. на ВС.

[22] ППВС №4/28.06.1965г. по н.д. №2/65г., т.8. Р. №479/31.10.2011г. по н.д. №2270/2011г. на I н.о. на ВКС. Според Р. №712/1969г., II н.о., Р. №37/1982г. на ВК, Р. №39 /1982г. на ВК и Р. №365/1984г. на III н.о. на ВС, когато извършването на продължавано и продължено престъпление е започнало, преди да е било завършило другото престъпление, но е приключило, след като присъдата за другото престъпление е влязла в сила, нямаме основание за групиране на наложените наказания. ТР № 3/1971 г., п. I, т. 2, приема, че ПП, за разлика от ЕРС, може да се състои от две или повече прояви по чл. 9, ал. 2 НК, стига между тях да е налице обективна и субективна връзка, като по чл. 252 НК, чл. 242, ал. 1, б. „а“ НК и др.

лица няма ПП. При тях отделните прояви се квалифицират и санкционират отделно по правилата за съвкупността[23].

При някои от съставните престъпления, като грабеж или изнудване на различни граждани, съдебната практика за разлика от някои представители на доктрината приема, че няма пречка за осъществяването на ПП, тъй като мястото му се намира в Главата за престъпленията против собствеността[24].

- В чл. 26, ал. 6, пр. 2 и пр. 3 НК се предвиди ограничение по отношение на „престъпленията, извършени след внасянето на обвинителния акт за тях в съда, както и за престъпления, извършени преди внасянето на обвинителния акт, но невключени в него“.

Очевидно при първото предложение, обективно е невъзможно да се внесе обвинителен акт в съда за престъпления, които все още не са били осъществени. Явно се имат предвид последващите деяния, които са били извършени след предходни еднородни прояви, за които има внесен обвинителен акт в съда. Така дори и да са налице за всички прояви белезите на ПП, за тези с внесен обвинителен акт в съда, не е наложително връщането на делото обратно на прокурора за включването на новите деяния към тази верига от деяния.

От една страна се постигна ефективност, но от друга държавното обвинение би могло да преценява кои деяния да включва или изключва от продължаваната престъпна дейност и да влоши правното положение на обвиняемото лице. По този начин обвиняемите лица се поставят в неравностойно положение в зависимост от волята на конкретния наблюдаващ прокурор, като за него няма пречка да реши да раздели една продължавана дейност на отделни прояви, за които да се внесат отделни обвинителни актове. Впоследствие да се санкцинират по правилата на съвкупността и дори да се увеличи общото наказание.

С второто предложение се пресече възможността, при констатиране впоследствие на други предходни прояви, попадащи под пределите на ПП ведно с тези за които има внесен обвинителен акт в съда, делото да се връща на прокурора за обединяване на цялостната престъпна дейност по чл. 26 НК, поради нарушаване на правилото за „*non bis in idem*“. По този начин също се постига процесуална икономия, но отново деецът ще се санкционира по правилата за съвкупността, което не винаги се явява благоприятно за него.

[23] Вж. отново ТР № 3/1971 г., п. VI, т. 1 и т. 2 на ОСНК.

[24] Вж. отново **Ненов, И.** Цит. съч., с. 208, т. 525.

При горепосочените алтернативи, съдът няма право да се намесва в преценката на прокуратурата по отношение на начина на формулиране на повдигнатото обвинение, дори и спрямо отделните деяния да са налице белезите за обединяването им като ПП[25].

- Ограничението по чл. 78а, ал. 7, пр. 3 НК забранява освобождаване от наказателна отговорност, когато едно лице извърши множество престъпления[26].

Отново по силата на закона, този институт се явява неприложим спрямо съвкупностите от престъпления и рецидивните престъпни прояви. Но няма пречка при ПП, деецът да се освободи от наказателна отговорност с налагане на административно наказание при условията на чл. 78а НК[27].

Остана обаче възможността, прокурорът по силата на чл. 26, ал. 6, пр. 2 или 3 НК да формира съвкупност от престъпления по отношение на деяния, които биха могли да бъдат обединени като ПП, като се пресича приложението на чл. 78а НК, по силата на ограничението по ал. 7. По този начин вместо лицето да бъде освободено от наказателна отговорност с налагане на административно наказание, при формирани две или повече отделни наказателни производства, то ще се санкционира по общия ред на чл. 23-25 НК[28].

3. Допълнителни случаи, при които не се прилагат правилата за съвкупността

- при амнистия на наложените наказания, защото това е безпредметно[29];

- при престъпления, които по принцип са в съотношение на съвкупност, но за някое от тях деецът за наложеното наказание е бил помилван[30];

---

[25] Екзотични са възможностите по чл. 41, ал.1, пр.1 и ал.3 от НПК, ако съдът реши че има налице изкуствено създадена РС, да преквалифицира отделните деяния като ПП и наложи едно наказание, ако това е по-благоприятно за извършителя.

[26] ДВ, бр.75/2006г.

[27] ТР №2/2010 г. по т.д. № 2/2010 г. на ОСНК на ВКС, прие че ограничението по чл. 78а, ал. 7 НК при „множество престъпления" не се отнася за продължаваните престъпления и за тях е освобождаването от наказателна отговорност с налагане на административно наказание за извършените след 13.10.2006 г. престъпления при условията на чл. 26 НК, когато са налице останалите предпоставки в закона.

[28] Вж. **Ранчев И.** ТР № 2/2010 г. на ОСНК на ВКС. – Общество и право, 2011, № 1, с. 49-61. По повод на Р. №254/13.12.2010 г. по вноxд №538/10г. на I н.с. на ПАС със същия докладчик- http://www.apelsad-pd.bg.

[29] Р. 331/1982 г. , Р. 121/1984 г., двете на I н.о., и ТР № 77/29.11.1984 г. по н.д. №68/1984 г. на ОСНК на ВС.

- по принцип при реабилитиране на дееца за някое от престъпленията част от съвкупността, за него са неприложими чл. 23-25 НК[31], макар че съдебната практика напоследък е противоречива[32].

Последното, обаче не изключва възможността за реабилитация на наложеното общо и най-тежко наказание[33].

III. Определянето на наказание при съвкупност от престъпления

Основни положения:

- условието да има извършени от едно лице няколко престъпления, преди за което и да е от тях да има влязла в сила присъда;

- всички престъпления трябва да се изяснят в присъдата самостоятелно, като за всяко се налага съответното отделно наказание.

- на дееца не се налага за изтърпяване общия сбор от определените за отделните престъпления, а едно общо наказание.

Изисквания към определеното на дееца общо наказание:

Първо - общото наказание е най-тежкото измежду определените поотделно наказания за всяко от престъпленията - чл. 23, ал. 1 НК.

Най-лесно е, когато наказанията са от един и същ вид. Пример: при лишаването от свобода, най-тежкото се явява това, за което е постановен най-дълъг срок. А в зависимост от това, дали глобите са еднакви или различни, накрая се определя общо най-тежко наказание глоба – еднаквата или най-голямата от тях по размер, но не и сбора между тях[34].

Прилага за всички видове наказания, дори когато не са еднотипни. Например, когато имаме поотделно определени за съвкупностите от престъпления наказания лишаване от свобода и пробация, по принципа

[30] Според ТР № 38/3.04.1957 г. по н.д. № 38/1957 г. на ОСНК на ВКС е недопустимо прилагането на съвкупността относно наказание, което подлежи на изпълнение, с наказание, което въобще не е търпяно или изцяло помилвано. Но при намалено с помилване наказание, остатъкът може да се групира с наказание по друга присъда, като се определи най-тежкото от тях. В последния случай от същото се приспадат действително изтърпяното наказание, задържането и времето, намалено с работа.

[31] Р. № 464/14.10.2010г. по н.д. №422/2010г., I н.о. на ВКС.

[32] Р. № 151/15.04.2008 г. по н.д. №62/2008г., I н.о. на ВКС е в обратния смисъл.

[33] ТР № 54/1.06.1961 г. по н.д. №34/1961г. на ОСНК на ВС.

[34] Р. № 46/1976 г., I н.о. на ВС.

на поглъщането, следва да се определи едно общо и най-тежко по вид наказание - лишаване от свобода[35].

При постановена за няколко престъпления при съвкупност пробация, включваща различни пробационни мерки с различни срокове, кое от отделните наказания се явява най-тежко е сравнително по-сложно за определяне, защото с оглед на това законодателно изискване е недопустимо смесването на мерките.

Това е така, защото пробацията, съгласно чл. 42а, ал. 1 НК, съставлява съвкупност от мерки за контрол и въздействие, т.е. е единно наказание и изисква преценката да обхване не само продължителността на определения срок, но и на начина за изпълнението им. Освен задължителните мерки по чл. 42а, ал. 2, т. 1 и 2 НК се прилагат и допълнителните по т. 3-6. В тази връзка се преценява във всеки конкретен случай, коя от постановените пробационни мерки създава най-тежки ограничения за осъденото лице, съобразно срока и интензитета на въведените за него задължения [36].

Ако осъденият неоснователно не изпълнява, определеното му общо най-тежко наказание пробация, няма пречка за замяната му с лишаване от свобода по реда на чл. 43а, т. 2 НК.

Интересна е хипотезата при извършени две или повече престъпления и за тях са наложени поотделно като кумулативни санкции лишаване от свобода, глоби и конфискации. Тогава постановените поотделно наказания за всяко от престъпленията от съвкупността ще са еднородни, което не пречи да се определи едно общо най-тежко наказание, включващо най-тежките видове от тях. В случая разпоредбата на чл. 23, ал. 1 НК дерогира приложението на особената по чл. 23, ал. 3 НК, при която се имат предвид случаите, когато имаме наложени за отделните престъпления различни по вид наказания, но не и еднакъв комплекс от такива. Но тя ще се прилага, когато най-тежкото наказание не съдържа като санкционна последица наказанията глоба или конфискация или ги съдържа, но размерът им се явява по-малък от определения за другите отделни наказания от съвкупността[37].

---

[35] Р. № 73/18.02.2010 г. по н.д. №624/09г., I н.о. и Р. № 95/18.02.2013 г. по н.д. №2321/12г., III н.о. на ВКС.

[36] Р. № 356/25.06.2010 г. по н.д. № 317/2010 г., Р. № 456/11.11.2011 г. по н.д. № 2209/2011 г., двете на III н.о., Р. № 84/17.02.2011 г. по н.д. № 701/2010 г., I н.о., Р. № 16/08.02.2011 г. по н.д. № 681/2010 г. III н.о. на ВКС.

[37] Р. № 109/26.11.1971 г., н.д. № С-117/1971 г. на I н.о. и Р. № 79/14.02.1986 г. по н.д. № 82/1986 г. на ВК на на ВС.

Второ - най-тежкото наказание може да бъде допълнено с определените за други престъпления от съвкупността по-леки по вид наказания като при общественото порицание и лишаването от права по чл. 37, ал. 1, т. 6, 7 и 9 НК, последните задължително се присъединяват към него – чл. 23, ал. 2 НК.

Лишаването от права по принцип не се определя самостоятелно, затова първо се налага съответното основно наказание, към което се присъединява и лишаването от права, а впоследствие като се определи общото, най-тежко наказание отново се извършва присъединяване към него и на това наказание[38].

Ако е постановено лишаване от еднакви права, тогава се налага това с най-дълъг срок.

Трето - когато са постановени наказания от различен вид и някое от тях е глоба или конфискация, съдът има право да прецени, дали да го присъедини изцяло или отчасти към най-тежкото наказание – чл. 23, ал. 3 НК.

Когато има няколко престъпления с наложени лишаване от свобода, глоба или конфискация, при определянето на общото наказание ще се наложи първо най-тежкото от тях - лишаване от свобода и към него съдът преценява, дали да присъедини най-голямата глоба или конфискация. Когато последните са еднакви по размер, тогава ще се наложи, както беше упоменато по-нагоре, само една глоба или конфискация и не се събират[39].

За пробацията се поясни, че не може да се присъединява, като при съвкупност се поглъща от по-тежкото наказание лишаване от свобода. Но, когато пробацията се яви най-тежко наказание, няма пречка към нея да се присъединят по-леките, като обществено порицание и глоба [40].

Отделна е възможността при отлагане на наказанието лишаване от свобода, да се наложи една от пробационните мерки по време на изпитателния срок, съгласно чл. 67, ал. 3 НК, както и санкционни последици при неизпълнение по чл. 68, ал. 3 НК или по реда на чл. 70, ал. 7 НК, но това не е задължително за съда [41].

Четвърто, в случаите на съвкупност е възможно впоследствие по правилата на чл. 24 НК, определеното общо и най-тежко наказание да бъде увеличено, но при следните изрични условия:

---

[38] Р. № 1264/1976 г., III н.о., Р. № 9/1985 г. на ОСНК, Р. № 529/1981 г. на I н.о. на ВС.

[39] Р. № 46/1971 г. на I н.о. на ВС.

[40] Р. № 80/24.02.2009 г. по н.д. №34/2009 г. на I н.о. на ВКС.

[41] Р. № 539/7.01.2009 г. по н.д. №504/2009 г., II н.о. на ВКС.

- трябва наложените наказания да са от един и същи вид;

- увеличаването е в размер до 1/2 или не повече от половината на определеното преди това общо, най-тежко наказание;

- последното да не надминава и сбора на отделните наказания, нито максималния размер или срок, предвиден за съответния вид наказание.

Технологично, първо се извършва групирането на наказанията по чл. 23 НК, а едва впоследствие се прилага чл. 24 НК[42]. Добре е да се има предвид, че това е само възможност, но не е задължително за съда[43].

Особено важно изискване, за приложението на чл. 24 НК е поне по две от престъпленията по съвкупността, наложените наказания да са от един и същ вид, който да е формирал вида на определеното преди това общо и най-тежко наказание[44]. Не е от значение, дали престъпленията са умишлени или непредпазливи и са от един и същи тип[45]. Не е и задължително за всички престъпления да е наложено един същ вид наказание [46].

Няма пречка при наличието на няколко по ред съвкупности, за всяка от тях след определянето на едно общо най-тежко наказание, последното да бъде увеличавано по реда на чл. 24 НК[47]. Трябва, обаче да са били налице нови или необсъдени осъждания на лицето, по отношение на които да се налага извършването на нова групиране[48]. А не да се касае примерно до сезирането за няколко съвкупности, по отношение на част от тях да не са налице условията на чл. 23 НК и въпреки това да се постанови чл. 24 НК. Последното би довело не само до една незаконосъобразност, но и до допускане на съществено процесуално нарушение.

Съдът може да преценява дали да приложи чл. 24 НК и когато групирането е инициирано от подсъдимия[49]. Но ако първоинстанционният съд не стори това и по жалба на подсъдимия, делото се разгледа от въззивен съд по реда на чл. 341, ал. 1 вр. чл. 306, ал.

---

[42] Р. № 331/1982 г. , на I н.о. на ВС.

[43] Р. № 359/1979 г. I н.о. на ВС.

[44] ППВС № 4/28.06.1965 г. по н.д. №2/1965г., т.1., Р. №156/3.06.1986г. по н.д. № 108/1986г., I н.о. на ВС. Р. №134/2.04.2009г. по н.д. №114/2009г. на I н.о. на ВКС.

[45] Р. № 680/1982г. на III н.о. и Р. №624/1968г. на ВС.

[46] Р. № 156/1986 г. на I н.о. на ВС. Р. №158/15.04.2009г. по н.д. №99/2009г., II н.о. на ВКС, визира случай, когато общото, най-тежко наказание е от вид, постановен само по една от присъдите, формирали съвкупността и е отменил постановения акт за групиране на наказанията.

[47] Р.№ 256/17.05.2011г. по н.д. №1382/11г. на I н.о., Р. № 352/6.10.2011г. по н.д. №1808/11г. на II н.о., Р. № 293/12.06.2009г. по н.д. №279/09г. на I н.о. на ВКС.

[48] Р. № 56/5.02.2009г. по н.д. №643/2008г., II н.о. на ВКС.

[49] Р. № 251/1984г. на II н.о. на ВС.

1, т. 1 НПК, последният няма право при липсата на протест самоволно да реши да приложи чл. 24 НК, тъй като би нарушил забраната „reformatio in peus“.

Пето - разпоредбите на чл.23 и 24 НК се прилагат и когато лицето е осъдено за включените от тях престъпления с общи присъди - независимо дали е изтърпяло изцяло, отчасти или изобщо не е търпяло наказанията по някоя от присъдите, според чл. 25, ал. 1 НК.

Ако наказанието по някои от присъдите е изтърпяно изцяло или отчасти, то се приспада, ако е от вида на определеното общо наказание – чл. 25, ал. 2 НК.

Основно положение е, че не се прави ново групиране на наказанията по присъди, по които то е било изтърпяно, тъй като е безпредметно. Единствено трябва да се внимава, когато имаме няколко групи от съвкупности, като независимо от това, че по едната от тях наказанието е било изтърпяно, впоследствие може да се окаже, че следва да подлежи на приспадане от общото наказание по другата съвкупност от престъпления[50].

Въпросът е да не се надхвърли срока на следващото се наказание (деецът да надлежи лишаването от свобода) или когато впоследствие имаме друго престъпление, извършено при условие на рецидив със съвкупността от престъпления, за което ще следва да се извършва квалифицирането му по едната от алтернативите на чл. 29 НК.

Ако по някоя от присъдите от съвкупността, имаме изтърпяно наказание пробация, то се приспада изцяло от лишаването от свобода, както и обратно, като 2 дни пробация се зачитат за 1 ден лишаване от свобода – чл. 25, ал. 3 НК.

Винаги се извършва приспадане на действително изтърпяното наказание, включително с времето на задържане или намалено с работа. Но ако е постановено помилване за част от наказанието, спрямо него не важи приспадането, защото нямаме изтърпяване по отношение на този срок[51].

Съдебната практика е категорична през годините, че съдът следва да изследва при произнасянето си по чл. 25 вр. чл. 23 НК всички осъждания до момента на даденото лице, като преценява наличието на

[50] Р. № 206/11.05.2011г. по н.д. №1231/11г., Р. №435/29.11.2008г. по н.д. №461/08г., на III н.о. на ВКС.

[51] Р. № 38/1957г. на III н.о., Р. 295/1970г., I н.о. на ВС.

предпоставките за групиране в най-благоприятното за осъдения съчетание[52].

Няма пречка в рамките на производството по реда на чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК, да се определи едно общо, най-тежко наказание за съвкупности от престъпления при условията на чл. 23-25 НК и отделно наказание за престъпления при условията на опасен рецидив при § 90 ПЗР ЗИД НК, като отново се изхожда от горепосочения принцип[53].

Когато след условно предсрочно освобождаване, дееецът бъде осъден на по-тежко наказание лишаване от свобода за престъпление, извършено преди постановяване на присъдата, по която е условно предсрочно освободен и му се определи наказание при условията на чл. 25 НК, срокът, за който е бил условно предсрочно освободен не може да се приспада като изтърпяно наказание[54].

Усложнена конструция имаме при формирани две групи реални съвкупности от престъпления, по които са определени две отделни общи най-тежки наказания, съответно лишаване от свобода и пробация. Междувременно се установява, че две от присъдите по второто групиране са били предмет на предходно групиране, при което с влязъл в законна сила съдебен акт на осъдения е било определено общо наказание пробация, но поради неизпълнение е било заменено с лишаване от свобода по реда на чл. 43а, т. 2 НК. Тогава, последното обстоятелство е от особено значение за правилното решаване на делото спрямо втората съвкупност, по която е било определено общо най-тежко наказание пробация и налага отмяната на втория по време съдебен акт по реда на чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК и връщането на делото за ново произнасяне. За втората съвкупност ще трябва отново да се определи едно общо най-тежко наказание пробация и прецени замяната му с лишаване от свобода[55].

Проблем възниква и при изтърпяването на пробацията, когато по време на изпълнението й се наложи за друго престъпление ефективно наказание лишаване от свобода. Последното спира изпълнението на пробационните мерки, като след освобождаването на осъдения се уведомява пробационната служба за продължаването на изтърпяването

---

[52] ППВС №4/1965г., т.9 и Р. №11/1987г. на ОСНК на ВС, Р. №302/16.06.2010г. по н.д. № 255/2010г. I н.о. на ВКС.

[53] Р. №320/6.10.2008г. по н.д. №346/08г., III н.о., Р. №202/7.05.2009г. по н.д. №164/09г., I н.о., Р. №339/30.10.2008г. по н.д. №314/08г., III н.о. , Р. №290/19.06.2009г. по н.д. №295/09г., II н.о., Р. №121/6.03.2009г. по н.д. №81/29г., I н. о.на ВКС.

[54] Р. №20/1989г. на ОСНК на ВС.

[55] Р. №42/19.02.2010г. по н.. №579/2009г. на II н.о. на ВКС.

на остатъка, съгласно чл. 233 ППЗИНЗС, стига да не изтекат давностните срокове за изпълнение, но това няма отношение със съвкупността[56].

При обратната хипотеза, според чл. 234 ППЗИНЗС, когато на осъдения се наложи наказание лишаване от свобода, след изтърпяването на което предстои привеждането на наказание пробация, задължително се уведомява прокурорът, привел в изпълнение лишаването от свобода, с цел определяне на наказание при условията на чл. 23-25 НК.

Възможно е по някоя от присъдите, деецът да е бил освободен от изтърпяване на наложеното наказание по реда на чл. 64, ал. 1 или чл. 66 НК. Тогава, съгласно чл. 25, ал. 4 НК и чл. 39, ал. 2 НПК, съдът определя какво да бъде общото и най-тежко наказание, като отново ще се занимае с въпроса как да се изтърпи. Той може да приложи спрямо общото най-тежко наказание разпоредбите на чл. 64 или чл. 66 НК, както и да откаже да го стори[57]. Дори и всички отделни наказания да са с отложено изпълнение, съдът при определянето на общо и най-тежко наказание няма пречка да реши с оглед на многообразната престъпна дейност да не приложи чл.66 от НК[58].

Допустимо е деецът да бъде осъден с две или повече присъди, за които се следва приложението на чл. 25 вр. чл. 23 НК, като обстоятелството, че по едната от тях е било наложено ефективно наказание и е започнало частичното му изтърпяване, не пречи да се прецени отново, дали да се приложи чл. 66 НК[59].

Първоначално, когато по отношение на едно, повечето или всички от престъпленията включени в съвкупността е приложен института на

---

[56] Р. №206/10.05.2010г. по н.д. №137/10г., I н.о. на ВКС, когато има съвкупност почл.23-25 от НК и отделно престъпление, което спрямо тях е в отношение на рецидив, няма поглъщане на пробацията от лишаването от свобода. Р № 82/08.02.2006г. по н.д. №545/2005 г., I н.о. на ВКС приема, че давностния срок за изпълнение на неизтърпян остатък е обособен и съществува сам по себе си. Затова и давностния срок за неговото изпъленние не би следвало да е тъждествен с давностния срок за цялото наказание. Срокът за изпълнение на неизтърпяваната част се определя по критериите на чл. 82, ал. 1, т. 1-5 НК. Според Р. № 289/08.06.2011г. по н.д.№ 1654/2011 г., I н.о. на ВКС, изпълнителската давност по чл. 82 НК започва да тече от момента, когато наложеното наказание става изпълнимо, примерно на основание чл. 68 НК се приведе в изпълнение отложено наказание лишаване от свобода.

[57] Тези принципи са заложени и в предходния НК. Вж. **Бояджиев, П.** Групиране на условни присъди по реда на чл. 39, ал. 3 НК. – Социалистическо право, 1962, № 2, с. 21-26. Р. № 140/25.03.2009 г. по н.д. №84/2009 г. на I н.о. на ВКС.

[58] Р. № 93/1979 г., II н.о., ТР. №14/1987г. на ОСНК на ВС. Р. № 166/25.03.2010 г. по н.д. № 89/2010 г., I н.о., Р. № 151/15.04.2008 г. по н.д. № 62/2008 г., I н.о., Р. № 553/15.12.2008 г. по н.д. № 600/2008 г. на III н.о., Р. № 476/19.01.2009 г. по н.д. № 442/2008 г. на II н.о., Р. № 30/2.02.2009 г. по н.д. № 724/2008 г., I н.о. на ВКС.

[59] Р. №81/13.06.1994г. по н.д. №82/1994г. на ВК на ВС.

условното осъждане, съдът, на основание чл. 25, ал. 4 НК определя общо наказание. След това, ако прецени, че са налице условията на чл. 66 НК, определя нов изпитателен срок, различен от тези по предходните условни присъди. Той започва да тече, считано от влизането в сила на определението по чл. 25, ал. 4 НК, а не от началото на дадения изпитателния срок по последната присъда от съвкупността, така както правят някои от съдилищата в страната[60]. Това е така, понеже разпоредбата на чл. 66 НК губи своето самостоятелно значение за всяка една от присъдите, по която е била приложена, след като те впоследствие са обхванати от едно общо наказание, определено по правилата на съвкупността[61]. Вярно е, че последното не винаги е справедливо, но при възможността по отношение на общото наказание да се постанови ефективно изтърпяване, все пак е по-благоприятно като краен резултат.

Ако след като се определи едно общо, най-тежко наказание с отложено изтърпяване, деецът в изпитателния срок извърши друго престъпление, тогава ще изтърпи отделно отложеното наказание [62].

Осъществяването впоследствие на ново групиране на наказанията по една реална съвкупност от престъпления с включването на неизвестни до момента такива, като за някое от тях има определен изпитателен срок, в който се извършва друго външно за съвкупността умишлено престъпление, с оглед на разпоредбата на чл. 68, ал. 1 НК се обезсмисля отново да се преценява приложението на чл. 66 или чл. 64 НК.

Това е така, защото правилата по чл. 25, вр. чл. 23 НК и тези по чл. 68, ал. 1 НК са напълно самостоятелни и не се намират в конкуренция помежду си [63]. Затова, когато имаме две съвкупности, които се намират в отношение на рецидив помежду си, само по себе си първото осъждане дефинитивно изключва института на условното осъждане по чл. 66, ал. 1 НК по отношение на общото наказание при една втора група от съвкупности[64].

Напълно е възможно след влизането на присъдата в сила, деецът в изпитателния срок да извърши друго престъпление, за което му се определя наказание пробация, но той не го изпълнява и на основание чл. 43а, т. 2 НК се заменя по реда на чл. 451 и сл. НПК с лишаване от свобода.

---

[60] Р. №505/15.12.2009г. по н.д. №526/2009г. на I н.о. на ВКС.

[61] Р. № 553/15.12.2008г. по н.д. №600/2008г. на III н.о. на ВКС.

[62] Р. № 5/1972 г., I н.о., Р.№144/78г. на III н.о., Р. № 427/1980г. на I н.о., Р.№331/1982г. на I н.о., Р. №365/1984г. на III н.о. и Р.№66/1990г., I н.о. на ВС. Р. №547/8.12.2010г. по н.д. №557/10г., I н.о. на ВКС.

[63] Р. № 35/16.02.2010 г. по н.д. №622/2009г., I н.о. на ВКС.

[64] Р. № 98/17.03.2010 г. по н.д. №21/2010г., III н.о. на ВКС.

След това, съобразно чл. 306, ал. 1, т. 3 НПК, на основание чл. 68, ал. 1 НК, ще се приведе в изпълнение и отложеното по първата присъда наказание лишаване от свобода, понеже в изпитателния му срок на дееца в крайна сметка му е било определено да изтърпи пак наказание лишаване от свобода, макар и първоначално да е било пробация[65].

Няма пречка и да бъде определено едно общо най-тежко наказание лишаване от свобода, чието изпълнение бъде отложено за определен изпитателен срок, в рамките на който по реда на чл. 67, ал. 3 НК му бъде определена пробационна мярка. Ако деецът не я изпълнява без основателна причина, на основание чл. 68, ал. 3 НК, определеното общо и най-тежко наказание, може да се изтърпи изцяло или отчасти.

При групирането на наказанията по две присъди по реда на чл. 25 НК, по едната от които е определено общо наказание по чл.23 от НК за множество престъпления в реална съвкупност, съдът не може да допусне това да стане и за дадено престъпление по втората съвкупност, след като то е било извършено след влизане в сила на присъда по първата съвкупност. В този случай наказанието за това престъпление ще се търпи отделно от групираните в една съвкупност други престъпления по първата и втората съвкупности. Преценява се само дали ще се търпи изцяло или отчасти по чл. 27, ал. 1 НК[66].

Усложнена е хипотезата и когато деецът например е бил осъден с три присъди, при което за наказанията по първата и втората и тези по втората и третата може да се определи общо наказание, но престъпленията по първата и третата да са били извършени при условията на рецидив по чл. 27 НК.

Тогава съдът е длъжен да прецени и определи едно общо наказание за престъпленията по тези две от присъдите, по които сборът на общо определеното наказание и наказанието по останалата присъда следва да се търпи отделно с най-благоприятен или кратък срок за осъдения [67].

Възможно е внасянето на обвинителен акт за съвупност от престъпления, за които съдът констатира в крайния си съдебен акт, че са налице белезите на чл. 26 НК.

---

[65] Р. № 184/16.04.2009 г. по н.д. №133/2009 г. на III н.о., Р. №505/15.12.2009г. по н.д. №526/2009г., I н.о., Р. №121/21.03.2013г. по н.д. №243/2013г. на II н.о. на ВКС.

[66] Р. №4/1970г., III н.о., Р. №562/1982г., II н.о., Р. №65/1986г., I н.о., Р. №24/1986г., I н.о. на ВС.

[67] Р. №129/1988г., II н.о., Р. №147/1990г., II н.о. на ВС. Новите Р. №98/17.03.2009г. на III н.о. и Р. №32/3.02.2010г. по н.д. №615/2009г. на I н.о. на ВКС.

Няма пречка на основание чл. 2, ал. 2 НК да се преквалифицира престъпната дейност като едно по-благоприятно за дееца ПП, за което да му се наложи само едно наказание, но трябва обединената престъпна дейност да не е по по-тежко наказуем и квалифициран състав[68].

IV. Специфични процесуални аспекти на групирането на наказанията при съвкупност от престъпления

Ако съответният първоинстанционен съд разполага с всички минали осъждания на лицето е задължен с присъдата да се произнесе по въпроса за налагането на едно общо наказание – чл. 301, ал. 1, т. 3 НПК.

Възможно е да пропусне това или впоследствие се събират данни за всички осъждания. Тогава съдът насрочва делото в открито съдебно заседание с призоваването на осъдения – чл. 306, ал. 2 вр. ал. 1, т. 1 вр. чл. 25 НК. Определението на съда подлежи на въззивно обжалване в 15-дневен срок по реда на Глава 21 – чл. 341, ал. 1 вр. чл. 306, ал. 3 НПК.

По принцип не е предвиден касационен контнтол, с изключение на случаите, когато има определения на окръжния или апелативен съд по чл. 306, ал. 1 НПК, при постановена нова присъда – чл. 346, т. 3 НПК.

В останалите хипотези, остава възможността по Глава 33 за възобновяване на наказателни дела – чл. 419, ал. 1, пр. посл. НПК.

Компетентен да разгледа делото винаги е съдът, който е постановил последната влязла в законна сила присъда, тъй като има пълните данни за предходните осъждания на дееца – чл. 39, ал. 1 НК. Но ако първоинстанционният съд откаже да стори това, няма пречка по въпроса да се произнесе и въззивния съд. Но при неправилно прегрупиране на наказанията или в едно по-неблагоприятно съчетание за осъденото лице, делото се връща за ново произнасяне [69].

Това правило се отнася и при конкуренцията между различни по ранг първоинстанционни съдилища, като въззивният съд е постановил

[68] Р. №185/19.04.2010г. по н.д. №79/10г. на I н.о. на ВКС, оставило в сила Р. №170/13.10.2009г. по вноxд №274/09г. на ПАС на мой доклад, по което дееецът е бил признат от ПОС за виновен в извършването в РС на общо 9 престъпления, които бяха преквалифицирани в три групи ПП по чл.257, ал.1, вр. чл.255, вр. чл.26, ал.1 от НК, по чл.257, ал.1, вр. чл.256, вр. чл.26, ал.1 НК и по чл.313, вр. чл.26, ал.1 НК. Впоследствие се приложи чл.23 НК, но не и чл.24 НК , тъй като производството беше по искане само на осъдения.

[69] Р. №286/27.05.2010г. по н.д. №196/2010г. на II н.о. на ВКС канстатира, че извършеното от въззивния съд групиране е по-неблагоприятно за осъдения, защото общия сбор на наказанията по променените съвкупности, които ще се търпят от него е по-голям, в сравнение с приетия в обжалвания акт, което е процесуално недопустимо без съответен протест и само по жалба на осъдения.

осъдителна присъда[70]. Ако се наруши императивното изискване на закона за подсъдността, ВКС приема, че е налице съществено процесуално нарушение, поради произнасяне на съдебния акт в незаконен състав и води до отмяната му[71].

Върховният съд е категоричен в становището си (макар и това да не се споделя от всички съдии в страната), че въззивните състави следва да се произнасят при проверката на тези определения по реда, по който се проверява присъдата, т.е. съдебният акт е решение, а не определение[72].

Няма пречка, съдебният състав постановил последната присъда, впоследствие да бъде сезиран и да се произнесе по чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК. В някои случаи, обаче това е обективно невъзможно. Тогава е допустимо определянето на друг съдебен състав от същия съд, който да се произнесе по направеното искане от прокуратурата или осъденото лице[73].

В чл. 39, ал. 2 НПК е посочено, че когато по една или повече от присъдите подсъдимият е бил освободен от изтърпяване на наказанието по реда на чл. 64, ал. 1 или чл. 66 НК, съдът при определянето на общото наказание е длъжен да реши и въпроса за изтърпяването му.

В тези случаи, ако съдът постанови ефективното изтърпяване на наказанието лишаване от свобода, е длъжен да определи първоначалния режим и типа на заведението, в което да стане това – чл. 39, ал. 3 НПК.

Последното е правомощие само на съда, съгласно чл. 301, ал. 1, т. 6 НПК вр. чл. 57, ал. 1 ЗИНЗС, но не и на затворническата администрация. Но ако съдът не го направи или бъде решено по неправилен начин, сме изправени пред съществено процесуално нарушение, водещо до възобновяване на наказателното дело[74].

---

[70] Р. №139/14.09.2012г. по чнд №1487/2012г., I н.о. на ВКС.

[71] ТР. №14/30.04.1987г., н.д. №6/1987г. на ВС, Р. №460/13.11.2008г., н.д. №425/2008г. на III н.о. на ВКС. Опр. №95/14.10.2008г. по чнд №505/2008г. на III н.о. на ВКС, приема, че този въпрос има преюдициално значение, тъй като съдията-докладчик се занимава с него по реда на чл.248, ал.2, т.1 НПК и ако установи, че делото е подсъдно на друг, равен по степен съд, следва да прекрати производсдтвото и да го прати на него. В стадия на съдебното следствие законодателят не е предвидил възможността съдът да прави нова преценка за обстоятелствата по чл.39, ал.1 НПК и на това основание да прекратява образуваното съдебно производство, с изключение на случаите по чл.288, т.2 НПК, т.е. дори и да установи нови съдебни актове, касаещи съвкупността, следва да се произнесе и по тях. Подобно е Опр. №75/20.05.2009г. по н.д. №252/2009г. на II н.о. на ВКС.

[72] Р. №286/27.05.2010г. по н.д. №196/2010г., II н.о. ВКС.

[73] Р. №327/22.06.2011г. по н.д. №1743/2011г. на III н.о. на ВКС.

[74] Р. №523/15.02.2010г. по н.д. №619/2009г., I н.о. на ВКС.

Когато всички отделни деяния от съвкупността са били обхванати само в едно производство, по него се определя първоначалния режим по чл. 61 ЗИНЗС.

Съгласно § 1, ал. 1 ДР ЗИНЗС отделните наказания лишаване от свобода по отношение на едно лице се изпълняват по реда на влизане в сила на присъдите. Но съгласно ал.2 от същия параграф, това е неотносимо по отношение на приложението на чл. 23, 24, 25 и чл.27 НК, т.е. за наложеното общо, най-тежко наказание, трябва да се определи еднакъв режим и тип на затворническо заведение.

Ако не попаднат осъжданията и в категорията на § 3, ал. 1, т. 1 и т. 2 ДР ЗИНЗС за пенитенциарния рецидив и опасния такъв, няма пречка при съвкупност, по отношение на определеното общо и най-тежко наказание да се изтърпи при съответния най-благоприятен режим.

Лекият режим не може да бъде определян с присъдата като първоначален - чл. 70, ал.1 ЗИНЗС. Според чл. 61, т. 3 ЗИНЗС, общ режим се налага на осъдените, които се настаняват в затворнически общежития от открит тип. А въз основа на чл. 59, ал. 1 ЗИНЗС в последните се настаняват осъдените за първи път на лишаване от свобода до 5 години за умишлени престъпления и осъдените за непредпазливи такива, т.е. ако деецът не е търпял до момента лишаване от свобода. Трябва да не са налице и пречките на чл. 59, ал. 2 ЗИНЗС и тогава за постановеното общо и най-тежко наказание, най-лекия първоначален режим е общия. Така при второ осъждане, макар и впоследствие да се установи, че то е в съвкупност с предходните, ако не е налице някое от горепосочените препятствия, отново е възможно за общото и най-тежко наказание да се определи първоначален общ режим в затворническо общежитие от открит тип. В противен случай се определя първоначален режим – строг и се настанява в затвор или затворническо общежитие от закрит тип, съобразно чл. 61, т. 2 вр. чл. 60, ал. 1 ЗИНЗС.

При постановяването на ефективно изтърпяване на отложеното общо най-тежко наказание лишаване от свобода за съвкупност от престъпления и отделното изтърпяване на наказание, извършено впоследствие при условията на чл. 68 НК е възможно за тях поотделно да са налице предпоставките за изтърпяването им при различен първоначален режим. Въпреки това, съдът трябва да постанови изтърпяването им при по-тежкия от тях, тъй като деецът вече е бил

осъждан[75]. В противен случай ще се стигне до абсурда, първоначално да е започнало изтърпяване на едното наказание по по-лекия режим, а впоследствие за другото да продължи по по-тежкия такъв. Осъденото лице няма как да очаква облекчаването в начина на изтърпяване на наказанието лишаване от свобода по чл. 74, ал. 1 и 2 ЗИНЗС, за което има все пак предвиден и специален съдебен контрол.

В зависимост от това, дали деецът е извършил престъпленията от съвкупността като непълнолетен или пълнолетен, при определянето на режима за изтърпяване на наложеното общо и най-тежко наказание лишаване от свобода се прилагат, специалните правила на чл. 191–194 ЗИНЗС или общите такива по чл. 59–61 ЗИНЗС.

При навършване на пълнолетие по време на изтърпяване на наложеното общо най-тежко наказание, за дееца се прилага чл. 194 ЗИНЗС, като му се дава възможност да отиде при навършилите 18г. осъдени лица или да остане в поправителния дом - чл. 195 ЗИНЗС.

Ако престъпленията от съвкупността са извършени при непълнолетие, но при разглеждането на делото лицето е навършило пълнолетие, постановява се изтърпяването на наказанието при общите условия, по аналогия на чл. 394, ал. 1 НПК, но с привилегиите на чл. 63 НК[76].

При решаването на делото със споразумение за съвкупност от престъпления, съдът определя едно общо най-тежко наказание при условията на чл. 23 НК – чл. 381, ал. 8 НПК и съответния режим и вид на затворническото заведение, тъй като споразумението има значението на влязла в законна сила присъда – чл. 383, ал. 1 НПК [77].

Премахна се възможността за извършване на групиране на наказания и по други присъди по смисъла на чл. 25 НК[78], като делото се разглежда по общия ред на чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК.

След влизането в сила на предходен съдебен акт по приложението на чл. 23-25 НК, напълно е възможно да се поиска ново произнасяне по

---

[75] Р. № 198/28.04.10г. по н.д. № 172/10г., Р.№ 13/05.05.10г. по н.д. № 72/10г., Р. № 287/20.05.10г. по н.д. №198/10г., Р.№ 493/6.12.10г. по н.д. № 510/10г. и Р. № 5/14.02.11г. по н.д. № 589/10г., всички I н.о. на ВКС.

[76] ППВС №6/30.11.1975г., изм. ППВС №7/6.07.1987г., т.20.

[77] Вж. Р. №581/1.12.2008г. по н.д. №562/2008г., I н.о. на ВКС, според което при наказателно производство по Глава 29 НПК, с предмет споразумение за извършени от едно лице при условията на съвкупност на две отделни престъпления, приложими са нормите на чл. 23 НК за определянето в един диспозитив на едно общо най-тежко наказание, а е недопустимо това да стане по реда на чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК, тъй като касае отделни присъди.

[78] ДВ, бр.93/2011г.

чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК за извършване на пълно или цялостно групиране на наказанията, но само ако се събират впоследствие доказателства за останали неизвестни за съда предходни осъждания на лицето, за които са налице условията за съвкупност с някое от останалите наказани деяния[79]. Чл. 24, ал. 1, т. 6 НПК изключва възможността срещу едно лице да се водят наказателни производства с един и същ предмет, тъй като би се нарушило правилото „*non bis in idem*". Затова трябва да се събират данни за всички присъди и произнасяния с определения по чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК.

Често в практиката различни състави на първостепенните съдилища са сезирани с идентични искания за произнасяне за наличието на условията за определяне на общо наказание по инициатива на осъденото лице, затворническата администрация или прокурора. В тези случаи, ако се окаже, че са налице две производства с един и същ предмет, второто по ред се явява недопустимо и ако се постанови съдебен акт, той подлежи безусловно на отмяна[80]. Правната прецизност изисква делото да се внесе за разглеждане в открито съдебно заседание с участието на страните, но съдът без да навлиза по същество в казуса, следва да се произнесе с определение, в което да остави без разглеждане направеното искане поради забраната в чл. 24, ал. 1, т. 6 НПК. Постановеният първи по ред съдебен акт има сила на присъдено нещо по отношение на деянията обхванати от съвкупността[81].

Но ако бъде отказано неоснователно произнасяне по този ред, когато има необхванати от съвкупността престъпления, липсва нарушаване на тази забрана и може да се стигне до съществено процесуално нарушение по чл. 348, ал. 1, т. 2 НПК, до отмяната на постановения съдебен акт и възобновяване на производството[82].

Допустимо е ново произнасяне с присъда или с определение по реда на чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК за извършване на пълно и цялостно групиране на наказанията на дадено осъдено лице, въпреки че при предходното произнасяне с влязъл в сила съдебен акт по приложението на чл. 23-25 НК на съда са били известни всички негови осъждания, но едно или повече от тях са останали необсъдени и не са били включени в

[79] ТР. №3/16.11.2009г. по т.д. №3/2009г. на ОСНК на ВКС – т.2.

[80] Р. №597/15.12.2011г. по н.д. №2663/11г. на I н.о., Р. №148/27.04.2012г. по н.д. №172/12г., III н.о. на ВКС.

[81] Р. №165/23.03.2009г. по н.д. №128/2009г. на I н.о. на ВКС.

[82] Р. №295/16.06.2011г. по н.д. №1647/2011г., Р. №427/29.11.2012г. по н.д. №1627/2012г., II н.о. на ВКС.

разгледаната тогава съвкупност. Последното е задължение за съда, дори и ако страната поискала групирането, не е визирала това в молбата си[83].

ВКС дори отива по-надалеч, като счита за допустимо, след ново осъждане за престъпление, което не попада в отношение на съвкупност с нито едно от деянията по предходните влезли в сила присъди, съдът постановил последната присъда, да извърши ново групиране на наказанията с присъдата или по реда на чл. 306, ал. 1, т. 1 НПК, като приложи по отношение на предходните осъждания правилата на чл. 23-25 НК, включително и принципа за най-благоприятното за осъдения съчетание[84]. Но се пренебрегва принципа за силата на присъдено нещо по отношение на постановените преди това съдебни актове спрямо съвкупността и се допуска ново преразглеждане на този въпрос по всяко ново дело за престъпление, което няма отношение към разпоредбите на чл. 23-25 НК. Вероятно се имат предвид случаите, когато императивните срокове за възобновяване са изтекли и липсва друга процесуална възможност за преразглеждането на случая.

При наличието на усложнени форми на множество престъпления, една част от които са извършени в съвкупност, преди за което и да е от тях да е имало влязла в сила присъда, а друга част при условията на рецидив, след влизане в сила на предходните присъди, съдът е задължен да определи групите от съвкупности и прецени най-благоприятното за осъдения съчетание, така че накрая да изтърпи най-малко по размер наказание[85].

В заключение може да се каже, че изследваната проблематика за продължаваното престъпление и съвкупностите от престъпления е не само твърде многообразна, но и преплита в себе си приложението на много от най-важните институти на материалното и процесуално наказателно право.

Това изисква съдебните състави да подхождат много внимателно при решаването на поставените въпроси, тъй като допускането на неправилното и незаконосъобразно правоприлагане, неминуемо би активирало някое от касационните основания по чл. 348 НПК или

[83] Р. №467/31.10.2011г. по н.д. №2232/2011г., Р. №41/4.02.2009г. по н.д. №692/2009г., Р. №25/3.04.2009г. по н.д. №613/2008г., всички на II н.о. и Р. №279/28.06.2009г. по н.д. №253/2010г. на III н.о. на ВКС.

[84] Вж. отново ТР. №3/16.11.2009г. по н.д. №3/2009г. на ОСНК на ВКС - т.3.

[85] ППВС №4/1965г., т.9 и по-новите Р. №48/4.02.2010г. по н.д. №565/2009г., II н.о., Р. №98/17.03.2009г. по н.д. №646/2008г., III н.о. и Р. №32/3.02.2010г. по н.д. №6158/2009г. на I н.о. на ВКС.

възобновяването на наказателното производство по Глава 33 НПК. Да не говорим и за обстоятелството, че последното в никакъв случай не би позволило делата да бъдат разгледани и решени в рамките на разумните срокове, а и не на последно място се решават човешки съдби на лица, очакващи от съда справедливост.

ДЕТЕТО НА ШРЬОДИНГЕР: НОВИТЕ (СТАРИ) КРИТЕРИИ ЗА ЖИЗНЕСПОСОБНОСТ

Делян Недев[*]

Жизнеспособността е основополагащо понятие в гражданското право.

Съгласно чл. 2, ал. 1, б. „б" от Закона за наследството не може да наследява нито по закон, нито по завещание, който е *„роден неспособен да живее"*; следващата алинея въвежда оборимата презумпция, че който е роден жив се смята за жизнеспособен.

При настъпила мозъчна смърт на бременна жена, интензивното лечение може да бъде продължено с цел запазване на плода до срок, който *„би гарантирал жизнеспособен плод"* (чл. 15, ал. 1 от Наредба № 14 от 15.04.2004 г. за медицинските критерии и реда на установяване на смърт, издадена от министъра на здравеопазването)[1].

Жизнеспособността има значение за определянето на един от видовете безплодие – невъзможност да се износи плода, докато стане жизнеспособен (§ 1, т. 2 ДР на Наредба № 12 от 21.07.2014 г. за утвърждаване на медицински стандарт „Акушерство и гинекология", издадена от министъра на здравеопазването).

Липсата на потенциалната жизнеспособност съгласно приложимите медицински стандарти се изисква, за да може плодът да бъде използван като източник (донор) на органи, тъкани и клетки (чл. 4, ал. 1, т. 3 от Наредба № 37 от 28.09.2004 г. за условията и реда за вземане на ембрионални органи, тъкани и соматични, плацентни и амниотични клетки с цел трансплантация, издадена от министъра на здравеопазването).

Но с най-голяма важност остава нормативното обвързване на жизнеспособността със самия живот. Разликата между аборт и раждане се прави именно на базата на това дали прекъсването на бременността е станало преди или след настъпването на потенциалната жизнеспособност.

Законът за здравето (чл. 128, ал. 1) делегира на министъра на здравеопазването правата да определи критериите за жизнеспособност.

---

[*] Юрист, докторант и асистент по гражданско право в Университета за национално и световно стопанство.

[1] За тази хипотеза виж повече у **Ставру, Ст.** Биоправо. Видения в кутията на Пандора. Книга първа. С., Фенея, 2014, с. 439.

Законодателят не е счел за достатъчно важни въпросите за началото на човешкия живот и критериите за жизнеспособност, за да ги уреди в закон. Вместо това ги е оставил на волята и милостта на министъра на здравеопазването. А той, с една подточка към допълнителна разпоредба в подзаконов нормативен акт – юридическият еквивалент на бележката под линия, буквално отсъжда кой се счита за роден, кой се счита за живял и кой се счита за медицински отпадък.

1. Досегашната уредба

През изминалите години в акушерската практика и в нормативната уредба са били приемани различни критерии за жизнеспособност, включващи гестационна възраст, размери на плода, както и определен срок, който той трябва да се преживее. Тук тези по-стари критерии няма да бъдат подробно изследвани. За целите на този текст ще се съсредоточа върху уредбата след 2008 г.

В досега действалия медицински стандарт „Акушерство и гинекология“, утвърден с Наредба № 32 от 30.12.2008 г., потенциалната жизнеспособност (теоретичната възможност плодът да води извънутробен живот) беше определена чрез следните критерии (параг. 1, т. 17 от допълнителните разпоредби):

„а) телесна маса при раждането 600 и повече грама и/или гестационна възраст 22 и повече г.с. - независимо дали плодът е роден жив или мъртъв;

б) телесна маса при раждането под 600 грама и/или гестационна възраст под 22 г.с. - при условие, че плодът е роден жив и е живял поне 3 денонощия“.

В посочения текст е допусната сериозна грешка. Ако в подточка „а“ е оправдан съюзът „и/или”, защото всяка от двете хипотези е достатъчна, за да се приеме, че детето е жизнеспособно, то в подточка „б“ съюзът „и/или” означава точно обратното – всяка от двете хипотези е достатъчна, за да се счита плодът за нежизнеспособен. Освен, че подобно тълкуване на подточка „б“ е морално недопустимо, чисто логически двете подточки си противоречат, например при телесна маса 700 грама и гестационна възраст 20 седмици, приложими се оказват и двете хипотези. Това буквално означава, че детето според наредбата ще бъде едновременно жизнеспособно и нежизнеспособно (подобно на котката на Шрьодингер, затворена в лошо изработена нормативна кутия).

Очевидно съюзът „или“ в подточка „б“ е излишен, тъй като само **заедно** двете обстоятелства могат да доведат до заключението, че детето е нежизнеспособно. Този извод е приет от модерната доктрина[2].

Донякъде посочената грешка е коригирана с приетия по-късно медицински стандарт „Неонатология“ с Наредба № 34 от 03.08.2010 г. на министъра на здравеопазването. В т. 1.4.2 от Раздел I на Приложението към наредбата е дадено същото определение за потенциална жизнеспособност, само че хипотезите на ниски тегло и гестационна възраст са свързани **само със съюза „и“**.

Чрез така дадената дефиниция за жизнеспособност се правеше разграничение между *аборт* и *раждане.* Българското право познава две определения за аборт. Едното – по-тясното, е по Наредба № 2 от 1.02.1990 г. за условията и реда за изкуствено прекъсване на бременност, издадена от министъра на народното здраве и социалните грижи. Съгласно чл. 1 от посочения нормативен акт аборт е *изкуственото прекъсване на бременността*. Второто определение се съдържа в предходния и в сега действащия медицински стандарт „Акушерство и гинекология“. В **досега действалия стандарт** – този от 2008 г., абортът е определен като загуба или прекъсване на бременност, преди плодът (плодовете) да е (са) станал(и) потенциално жизнеспособен. Очевидно определението по Наредба № 2 от 1.02.1990 г. е непълно и трябва да се тълкува стеснително - като изкуствено прекъсване на бременността **преди плодът да е станал потенциално жизнеспособен**[3]. Защото при изкуствено прекъсване на

---

[2] За това корективно тълкуване *„в полза на живота“* вж. **Ставру, Ст.** Цит. съч., с. 437. В **медицинската литература** изискванията също се разглеждат кумулативно. У **Ялъмова, Е. (ред.) и авторски колектив.** Акушерство. За студенти по медицина. С., Медицина и физкултура, 1987, с. 167, за определяне на жизнеспособността на плода се използва стари, по-тежки критерии, но **предвидени заедно:** *„Прекъсването на бременността преди завършването на 28 гестационна седмица, в резултат на което се експулсира плод с телесна маса под 1000 г. и дължина под 35 см се нарича аборт. Ако в посочения срок се роди плод с по-високи тегловни и метрични данни, в гражданските регистри се вписва новородено дете (живо или мъртво). Ако живороден плод с телесна маса и ръст под посочените преживее 6 денонощия, той също трябва да се записва като новородено живо дете*“. Обаче в **по-старите нормативни актове** се натъкваме на същата нормотворческа грешка – използването на съюза *„или*“: в чл. 15, ал. 3 от Правилника за водене регистрите за гражданско състояние, издаден от министъра на правосъдието (обн. ДВ, бр. 35 от 11.02.1950 г.), действал от 1950 г. до 1975 г., за родено живо се смята детето, което е имало белодробно дишане; но ако *„бременността е траяла по-малко от 28 седмици или ако детето е с дължина от върха на главата до петите по-малко от 35 сантиметра, счита се, че има помятане и в тия случаи не се съставя акт за раждане*“.

[3] Така се определя абортът и в медицинската литература – вж. **Хаджиев, Ал., И. Карагьозов (ред.), и авторски колектив.** Акушерство. Учебник за студенти по медицина, С., Медицина и Физкултура, 1995, с. 220, също **Ялъмова, Е. (ред.) и авторски колектив.** Цит. съч.,

бременността след настъпване на потенциалната жизнеспособност ще бъде налице раждане, а не аборт – т. 22 от ДР от отменения стандарт „Акушерство и гинекология".

Изключение от това определение съществува при аборт по медицински показания, извършен след настъпване на минималната възраст, определяща жизнеспособността. По правило аборт по медицински показания се извършва до 20 г.с. - чл. 12, ал. 1 от Наредба № 2 от 1.02.1990 г. Но съгласно ал. 2 на същия член аборт при срок на бременността по-голям от 20 г.с., *без ограничение във възрастта*, се разрешава само при наличие на неотложни причини за спасяване на живота на жената или при доказани груби морфологични промени или тежки генетични увреждания на плода. Възможността плодът да бъде умъртвен поради негови заболявания, особено след настъпване на жизнеспособност, поражда тежки етични въпроси. Но тук се повдига и важен юридически въпрос: **дали изобщо изкуственото прекъсване на бременността след настъпване на жизнеспособност на плода, макар и по медицински показания, може да бъде наречено аборт?** Чл. 12, ал. 2 от Наредба № 2 от 1.02.1990 г. противоречи както на предходния, така и на новия стандарт „Акушерство и гинекология".

Така, терминът „**аборт"** може да означава: 1. **Изкуствено прекъсване на бременността**, което от своя страна се дели на аборт по желание, по медицински показания (терапевтичен аборт) и криминален аборт и 2. **Спонтанен аборт** - загуба на бременността (без човешка намеса)[4], като и в двата случая плодът не трябва да е достигнал потенциална жизнеспособност. Вторият вид е наречен още „*помятане*" в по-старите нормативни актове[5].

В заключение, досегашната нормативна уредба уреждаше жизнеспособността и свързаните с нея аборт и раждане по следния начин:

1. При телесна маса при раждането 600 и повече грама и/или гестационна възраст 22 и повече г.с. плодът **е жизнеспособен**; а ако е роден мъртъв се счита, че **е бил жизнеспособен**. Отделянето на плода в тази хипотеза е **раждане**, независимо дали е предтерминно или не. Ако плодът почине преди раждането, налице е раждане на мъртвородено

с. 167.

[4] Вж. **Хаджиев, Ал., И. Карагьозов (ред.), и авторски колектив.** Цит. съч., с. 220, където е посочена разширена класификация на видовете аборт.

[5] Цитираният по-горе Правилник за водене регистрите за гражданско състояние, издаден от министъра на правосъдието (обн., ДВ, бр. 35 от 11.02.1950 г. многократно изменян, отм. бр. 75 от 30.09.1975 г.)

дете. Съгласно Закона за гражданската регистрация в първия случай се издава акт за раждане, а във втория – акт за раждане на мъртвородено дете.

2. При телесна маса при раждането под 600 грама и (едновременно!) гестационна възраст под 22 г.с., плодът се счита потенциално жизнеспособен при условие, че е роден жив (с признаци на кръвна циркулация) и е живял поне 3 денонощия. В противен случай плодът се счита за **абортиран**. Акт за раждане не се издава. Тази хипотеза поставя много остри морални въпроси: оказва се, че **роденото и живяло известно време дете,** например две денонощия, **нито е било родено, нито е живяло**. Не е родено, защото се счита за абортирано. Не е живяло, защото не е било родено. То няма права, защото съгласно чл. 1 от Закона за лицата и семейството всяко лице *от момента на раждането си* придобива способността да носи права и задължения.

Можем да видим как самият нормотворец се е объркал в поставянето на такива изкуствени ограничения на живота. В цитираната разпоредба четем: „при условие, че (плодът) е **роден** жив и е живял поне 3 денонощия“. Т.е. в самата наредба се посочва, че плодът е **роден**, следователно е налице **раждане**. Едновременно с това обаче ще се окаже, че не е налице раждане, а аборт, ако детето не преживее посочения период[6]. От това следва, че плодът представлява просто медицински отпадък от родилна помощ[7].

Така съществуващата уредба, критикувана в доктрината[8], беше изменена. За съжаление новият медицински стандарт търпи както старите, така и нови критики.

2. Новата уредба

В Държавен вестник, бр. 66 от 08 август 2014 г. са публикувани новите стандарти: Наредба № 12 от 21.07.2014 г. за утвърждаване на

[6] Както д-р Ставру сочи, изводът за наличието на потенциална жизнеспособност „отпада“ - **Ставру, Ст.** Цит. съч., с. 437.

[7] За съжаление такъв отпадък са и мъртвородените деца – вж. **Ставру, Ст.** Мъртвородените деца – човешки същества или биологичен отпадък? – на http://challengingthelaw.com/medicinsko-pravo/martvorodeni-deca-pogrebvane/.

[8] **Ставру, Ст.** Мъртвородените деца…, също **Христова, Из.** Нероденото дете като самостоятелен правен субект от момента на своето зачеване. – на http://challengingthelaw.com/biopravo/nerodenoto-dete/.

медицински стандарт "Акушерство и гинекология"[9] и Наредба № 13 от 23.07.2014 г. за утвърждаване на медицински стандарт "Неонатология"[10].

В новия стандарт "Акушерство и гинекология" потенциалната жизнеспособност **не е дефинирана.** Терминът „жизнеспособност“ е използван само на едно място: при определяне на безплодието (пар. 1, т. 2 от ДР Наредба № 12/2014 г.)

Абортът и раждането са разграничени по подобие на предходния стандарт, като само е посочено, че плодът **отговаря или не отговаря** на определени предпоставки. Това са всъщност критериите за жизнеспособност, макар нормотворецът да е пропуснал да го каже.

Те са завишени и към момента са следните:

а) телесна маса при раждането 800 и повече грама и/или гестационна възраст 26 и повече гестационни седмици;

б) телесна маса при раждането под 800 грама и/или гестационна възраст под 26 гестационни седмици – при условие, че плодът е роден жив и е живял поне 3 денонощия.

Считам подобно нормативно решение за недопустимо. **Колкото по-завишени са критериите, толкова по-ниска е стойността на живота.** Подобна промяна изисква най-малкото широк обществен дебат. Когато зад сложните медицински термини и експертните текстове се крие решение за или против живота, този, който ги съставя, е длъжен да ги представи публично по подходящ начин. За щастие обществото обладава в себе си морал, а не експертни знания, а решенията на науката непрестанно трябва да се тестват пред него за своята **етическа жизнеспособност**.

На следващо място, в новата наредба съюзът „и/или” е запазен в подточка „б“. Тази стара – нова грешка обаче не може да се счита за коригирана от новия Стандарт за Неонатология, защото той, за разлика от стария, не съдържа определение за жизнеспособност.

Така, българската нормативна неопределеност продължава да допуска съществуването на деца на Шрьодингер. Без съмнение, корективното тълкуване (двете предпоставки кумулативно), посочено по-горе, следва да се прилага и в новата хипотеза.

Отделно, в новата наредба е допусната друга грешка. В т. 13 от пар. 1 от новия стандарт „Акушерство и гинекология” раждането е

[9] http://www.lex.bg/bg/laws/ldoc/2136291126.

[10] http://www.lex.bg/bg/laws/ldoc/2136291127.

определено като цялостна (включваща плод и плодни придатъци) експулсия или екстракция на плод, **независимо дали е жив или мъртъв**, който отговаря на посочените по-горе критерии. Критерият по буква „б“ обаче изисква плодът да е жив и да е преживял три денонощия. Няма как да е независимо дали плодът е жив или мъртъв, ако се изисква да е жив. В предходния стандарт това правилно се изискваше само в първия критерий (буква „а“ на т. 17) – когато плодът е минал определената маса или възраст, ако е жив, е потенциално жизнеспособен, а ако е роден мъртъв, се счита, че е бил потенциално жизнеспособен.

Но най-същественият укор, който може да се отправи както към старата, така и към новата правна уредба, е запазването на изискването плодът, ако е под определеното минимално тегло и възраст, да преживее определен период от време, за да се счита *родено* и *живяло.* В противен случай ще е налице аборт. В статията си „Мъртвородените деца – човешки същества или биологичен отпадък?“[11] д-р Ставру застъпва тезата, че определянето на раждането на живо дете като аборт (в тази хипотеза) нарушава правото на живот на живо роденото дете и противоречи на чл. 46 от Закона за гражданската регистрация. Подкрепяйки неговите изводи, които остават валидни и при новата правна уредба, ще изложа още един аргумент в посока на разбирането, че поставянето под понятието „аборт“ на живия, но нежизнеспособен плод противоречи на императивни норми на закона.

Съгласно чл. 2, ал. 1, б. „б“ от Закона за наследството не може да наследява нито по закон, нито по завещание, който е *„роден неспособен да живее*“. Следващата алинея въвежда оборимата презумпция, че който е роден жив, се смята за жизнеспособен. Първо, текстът на закона е ясен: и неспособният да живее е *„роден*“. Второ, ако не беше роден, изобщо нямаше да се поставя въпросът за това дали може да наследява, защото нероденият не е правен субект. Щом в закон се третира въпросът, че който **Е,** .. **не може**, значи **Е** налице субект. Следователно, дори критерият за жизнеспособност да включва определен период от време, през който живият недоносен плод трябва да **продължи да живее**, липсата на този критерий не трябва да води до извода, че е налице аборт. Винаги е налице раждане, защото е роден жив плод. Ако по-късно е налице смърт, това ще е смърт на родения човек, независимо колко време е живял.

[11] http://challengingthelaw.com/medicinsko-pravo/martvorodeni-deca-pogrebvane/

Оттук следва, че дефинициите за аборт и за раждане, както по стария, така и по новия медицински стандарт „Акушерство и гинекология“, противоречат на закона и трябва да се тълкуват корективно – раждането на жив плод винаги да се счита раждане и никога аборт, независимо от теглото и възрастта.

3. Предложения *de lege ferenda*

В заключение, подкрепяйки досегашната критика на предходната уредба, прибавям и препоръки към новата. Така, *de lege ferenda* е необходимо:

1. Абортът да бъде дефиниран като загуба или прекъсване на бременност, преди плодът (плодовете) да отговаря на критериите за жизнеспособност, **с изключение на случаите, при които е роден жив.**
2. Раждането да бъде дефинирано като раждане на цялостна (включваща плод и плодни придатъци) експулсия или екстракция на плод, който е **жив**, **независимо от теглото и възрастта му**, или на мъртъв, който е достигнал приетите критерии за потенциална жизнеспособност.
3. Връщане на старите стойности на тегло и гестационна възраст на плода и ясно посочване, че това са критерии за жизнеспособност. След като дефинициите за аборт и раждане бъдат променени така, че **живият плод винаги да се счита за роден**, изискването за срока, в който е необходимо плодът под необходимото тегло и възраст да преживее, може да бъде запазено. В този случай то би имало значение основно в наследственото право – като оборване на презумпцията, че роденият жив е жизнеспособен.
4. Текстът „*независимо дали е жив или мъртъв*“ да отпадне от цялата предпоставка на т. 13, пар.1 на ДР на новия стандарт и вместо това в подточка „а“ да се включи текстът „*независимо дали е роден жив или мъртъв*“ - в края на изречението.

Тези предложения са изпълними веднага. В по-дългосрочен план считам за задължително уредбата на разгледаните проблеми да бъде извършена на законодателно ниво, след предоставяне на време и възможност за задълбочено обществено обсъждане.

КРИТИЧНИ БЕЛЕЖКИ ПО ОТГОВОРА НА ВЪПРОС № 4, Б. „Г" ОТ ТЪЛКУВАТЕЛНО РЕШЕНИЕ № 4 ОТ 18.06.2014 Г. НА ОСГТК НА ВКС ПО ТЪЛК. Д. № 4/2013 Г.

Румен Неков[*]

1. Уводни бележки

С дългоочакваното тълкувателно решение по въпросите на заповедното производство, Върховният касационен съд даде своите отговори на част от нормативната главоблъсканица, поставена от често и не без основание критикуваната правна уредба на глава тридесет и седма от действащия Граждански процесуален кодекс[1]. Подреждането на Кубчето на Рубик отне около година и четири месеца, а резултатът демонстрира различие от цветове на „стените с питанията" – не всеки поставен въпрос бе разрешен еднозначно, забеляза се позната тенденция – 19 съдии (1/3 от състава на двете колегии) изразиха особено мнение, различно от това на мнозинството[2].

Вярно, че една максима гласеше, че съдебните решения не се коментират, а се изпълняват. Нейният древноримски първообраз – *res judicata pro veritate habetur*[3] – си мисля, че следва да е останал там, където му е мястото (Античността). Така, както мястото на съдебната власт следва да остане в рамките на конституционно установения принцип за разделение на властите (чл. 8 Конст.).

По думите на американския адвокат Гедеон Джон Тъкър животът, свободата или имуществото на никой човек не са защитени, докато

---

* Юрист.

[1] В тази връзка не може да се претендира за никаква изчерпателност. Не остава нищо друго, освен да цитирам и препратя към преждеписалите по проблемите на заповедното производство. Цитатът е по азбучен ред, като не са включени публикации в периодичния печат: **Ангелов, Н.** Заповедното производство в България и ЕС. С., Сиела, 2010, *passim*; **Влахов, К.** Актуални проблеми на новия Граждански процесуален кодекс. С., Сиби, 2009; **Корнезов, Л.** Гражданско съдопроизводство. Том II. Съдебни и несъдебни производства. С., Софи-Р, 2010; **Кюркчиев, С.** Заповедното производство. Европейската заповед за плащане. С., Сиела – в изданията от 2009 г. и 2012 г.; **Кюркчиев, С.** – В: **Пунев, Бл., В. Гачев, Г. Хорозов, Д. Митева, Д. Танев, Е. Кръшкова, Е. Балевска, К. Топалов, К. Влахов, М. Златарева, М. Обретенова, М. Бобатинов, С. Кюркчиев.** Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. С., ИК Труд и право, 2012, с. 873–917; **Попова, В.** – В: **Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова.** Българско гражданско процесуално право. 9 прераб. и доп. изд. С., Сиела, 2012, с. 850–914; **Чернев, С.** Заповедно производство. С., Сиби, 2012, *passim*.

[2] Интересното е, че липсват особени мнения по коментирания в настоящото изследване проблем.

[3] *Решението на съда трябва да се смята за истинно.*

законодателите заседават. Без да се навлиза в теоретичния спор дали тълкувателното решение е източник на право или не, рефлексните практически последици на този набрал широка популярност съдебен акт, струва ми се, са от естество да създадат същото усещане за несигурност у правните субекти.

Нека вземем за пример юридическото разрешение на въпроса налице ли са основанията за издаване на заповед за незабавно изпълнение във всички хипотези на чл. 417 ГПК – по заявление от или срещу правоприемниците на посочените в документа кредитор, съответно длъжник.

2. Разкриването на точния смисъл на разпоредбите

Според възприетото от върховните съдии в т. 4, б. „г" от ТР № 4 от 18.06.2014 г. на ОСГТК на ВКС по тълк. д. № 4/2013 г. разбиране, в случаите на универсално правоприемство *няма основание* да се откаже издаването на заповед за незабавно изпълнение по заявление от или срещу универсалния правоприемник на посочения в документа по чл. 417 ГПК кредитор, съответно длъжник, и установяването на този вид правоприемство *не предполага* доказателства, които стоят вън от документа по чл. 417 ГПК.

В случаите на частно правоприемство на страната на кредитора, респективно приемство в задължения на страната на длъжника[4], ВКС приема следното:

- налице са основанията за издаване на заповед за незабавно изпълнение в полза на частния правоприемник на посочения в чл. 417 ГПК кредитор, когато фактът на правоприемството се установява от самия документ или когато се установява от отделен документ по чл. 417 ГПК, ако в него е индивидуализирано прехвърленото вземане;
- налице са основанията за издаване на заповед за незабавно изпълнение срещу приемника на задължението на длъжника, когато това приемство е удостоверено с отделен документ по чл. 417 ГПК, в който е индивидуализирано задължението.

Основните *опорни точки*, довели до този тълкувателен резултат, са следните:

1. легитимацията за участие във всяко едно съдебно производство (каквото е и заповедното) предпоставя, че страните по последното са

[4] Което се отбелязва като правоприемство в коментираното решение.

страни и по материалното правоотношение, елемент от което е и предявеното субективно право;

2. съдът *има възможност* служебно да провери наличието на универсално правоприемство чрез справка в Национална база данни „Население" (за физическите лица), респективно в Търговския регистър (за търговците);

3. съдът *няма възможност* служебно да проверява частното правоприемство, поради което последното трябва да бъде доказано, но не с какъвто и да е документ, а с такъв по чл. 417 ГПК, тъй като идеята на законодателя била посредством тези документи да се удостоверяват всички индивидуализиращи вземането белези, включително субектите по правоотношението, и само по изключение разпоредбата на чл. 418, ал. 3 ГПК предвиждала различно доказване на изискуемостта[5].

Това, което прави впечатление, е, че се избягва употребата на термина (типична) процесуална легитимация за описване на правното явление по т. 1, както и че не се вменява директно процесуално задължение за заповедния съд да извършва служебна проверка на факта дали е настъпило универсално правоприемство на страната на кредитора или на длъжника, а се отбелязва, че *„съдът е в състояние"* служебно да извърши такава. Причините за това са различни, като на нескритите от тях трябва да се обърне внимание.

3. Процесуалната легитимация – предпоставка за допустимост на заповедното производство?

Макар и изказано с половин уста, явно е, че се държи на наличието на процесуална легитимация на страните и в заповедното производство в качеството му на самостоятелно и специално производство, предшестващо исковото[6].

В теорията и практиката по граждански процес е известно, че процесуалната легитимация е процесуална предпоставка от категорията на абсолютните, т.е. съдът е длъжен да следи служебно за нейното наличие[7]. Поначало тя „обслужва" исковия процес и в качеството ѝ на

[5] Тази теза се застъпва и от **Попова, В.** Актуални проблеми на заповедното производство. Коментар на въпросите, поставени по т. д. № 4/2013 г. на ОСГТК на ВКС. Първа част. – Търговско и облигационно право, приложение, 2013, № 9, с. XXXVII.

[6] Върху тези характеристики на производството се акцентира в мотивите на т. 8 от тълкувателното решение.

[7] Вж. **Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова.** Българско гражданско процесуално право. С., Сиела, 2012, с. 155–156 и цитираната там съдебна практика,

процесуална предпоставка е свързана със съществуването на правото на иск[8]. Полезността ѝ се открива в спестяването на безцелни усилия – решението не ще има сила на пресъдено нещо спрямо надлежната страна и затова няма да сложи край на правния спор, поради което ищецът понася санкцията инициираното от него производство да бъде прекратено. Тя брани колкото съдията, разтоварвайки го от даването на правосъдие там, където няма нужда от такова, толкова и посочения в исковата молба ответник, тъй като бързо го освобождава от един процес, който той не е предизвикал с поведението си. Защитата се открива и в едно друго направление, което често пъти се оказва и по-важното – едно прекратяване на исковия процес още в неговото начало осуетява заплащането на разноски за по-нататъшната защита на ответника срещу него; разноски, за които не съществува никаква сигурност, че могат да бъдат обезщетени впоследствие; пари, за събирането на които и изпълнителният процес, който също не е безплатен, може да се види безсилен.

За да отговори на предназначението си да бъде предпоставка за допустимостта на производството, процесуалната легитимация трябва да е свързана с някакво публично преобразуващо право с адресат съда и да обуславя неговото съществуване. Кое е това право? Граматическото и логическото тълкуване на разпоредбите на чл. 410, ал. 1 и чл. 417 води до извода, че това е искането да бъде издадено съдебно изпълнително основание за принудително събиране на едно безспорно вземане.

Така в хипотезата на издаване на заповед за изпълнение по чл. 410 ГПК легитимацията се проверява единствено въз основа на правното твърдение на заявителя[9], че той е кредитор на определено физическо или

с. 177. Това се поддържа и в съвременната съдебна и тълкувателна практика на ВКС – вж. напр. Решение № 327 от 17.10.2012 г. на ВКС по гражд. д. № 1041/2011 г., IV г. о.; Решение № 93 от 29.07.2011 г. на ВКС по гражд. д. № 208/2010 г., I г. о.; Тълкувателно решение № 1 от 30.03.2012 г. на ВКС по тълк. д. № 1/2010 г., ОСГК, т. 1; Тълкувателно решение № 1 от 9.12.2013 г. на ВКС по тълк. д. № 1/2013 г., ОСГТК, т. 5 и 6. Становището, че легитимацията на страните не е процесуална предпоставка, се застъпва от *Силяновски, Д.* Гражданско съдопроизводство. Том I. С.: Печатница „П. К. Овчаров", 1941, 164–165.

[8] Вж. **Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова.** Цит. съч., с. 177.

[9] Подобно на проверката на допустимостта на иска, която се извършва въз основа на правното твърдение на ищеца в исковата молба, че е носител на накърненото от ответника материално право – вж. Решение № 5 от 06.06.2011 г. на ВКС по гражд. д. № 47/2010 г., III г. о. Разликата е там, че в исковото производство тази проверка за допустимост се прави най-малко още два пъти – в закрито съдебно заседание за подготовка на делото (чл. 140, ал. 1 ГПК) и при разглеждане на делото в открито съдебно заседание (чл. 143, ал. 1 ГПК), т.е. съществува възможност да се вземе предвид и процесуалната защита на ответника, който може да оспори правото на иск на ищеца или неговото надлежно упражняване – вж. **Топалов, К.** – В: **Пунев,**

юридическо лице. По силата на чл. 410, ал. 2 във вр. с чл. 127, ал. 1 ГПК индивидуализирането на предмета на заповедното дело (вземането) изисква посочване на неговото основание (факта, от който произтича вземането), неговото съдържание (напр. вземане за 15 000 лв.; за предаване на движима вещ и т.н.) и на субектите на правоотношението, елемент от което е то – все белези, които не подлежат на доказване от заявителя с оглед обстоятелството, че изначално не се изисква представянето на никакви доказателства (арг. от прякото препращане на цит. чл.). Впрочем именно последното обстоятелство, както и индукцията от съдържанието на процесуалните разпоредби – че в рамките на заповедното производство не се събират доказателства и не се разрешава правен спор, а се цели да се установи неоспорване на вземането, за да може да се постигне неговото бързо и ефективно удовлетворяване – е дало основание да се възприеме, че дори и да са представени документи към заявлението, от тях „не могат да се правят изводи както за съществуване на вземането, така и за основанието, на което същото се претендира", поради което непълната индивидуализация на предмета на заявлението води до неговото отхвърляне (т. 2, б. „б" от решението). Следователно служебната проверка на районния съдия преди издаването на заповедта по чл. 410 е ограничена до предпоставките за допустимост по чл. 411 и до предпоставките за редовност на заявлението[10]. Тъй като съдът така или иначе не събира доказателствени средства, свързани със съществуването или несъществуването на предявеното право, респективно с титулярството на това право и корелативното му задължение (което поначало е въпрос по същество), липсва правна логика да събира такива и за настъпилото правоприемство с цел установяване наличието на процесуална легитимация. Процесуалната защита на длъжника срещу липсата на процесуална легитимация за издаване на заповедта за изпълнение на практика се реализира с възражението по чл. 414 ГПК. Подаването на възражението предизвиква необходимостта заявителят да предяви положителен установителен иск за твърдяното вземане (чл. 415, ал. 1), а проверката на легитимацията се осъществява след издаването на заповедта за изпълнение, в рамките на последващо образуваното исково дело.

Бл., В. Гачев, Г. Хорозов, Д. Митева, Д. Танев, Е. Кръшкова, Е. Балевска, К. Топалов, К. Влахов, М. Златарева, М. Обретенова, М. Бобатинов, С. Кюркчиев. Цит. съч., с. 184–185.

[10] Повече за тази проверка вж. у **Чернев, С.** Цит. съч., с. 110–113.

Прочее, ако се продължат съжденията на ВКС в т. 2, б. „б", заявлението на или срещу правоприемника ще бъде отхвърлено, въпреки представен документ, който доказва правоприемството, ако същото не е отразено от заявителя във формуляра.

Понеже съществуват два вида заповеди за изпълнение, се чувства известно неудобство да се генерализират дължимите процесуални действия от страна на съда, съответно да се провежда разграничение без изрична правна уредба, което би създало усещането за неравно третиране на кредиторите в рамките на т.нар. „доказателствен модел" по чл. 417 ГПК (вж. по-долу). По този начин може да се остане с впечатлението, че заповедният съд е длъжен да проверява легитимацията на заявителя и на длъжника, независимо дали се иска издаване на заповед по чл. 410 или по чл. 417 ГПК, и че тази проверка трябва да почива на сходни юридически критерии. Този резултат умишлено (може би) не е преследван най-малкото поради съображението, че ще се навлезе в противоречие с друг(и) отговор(и) на въпроси от тълкувателното дело.

Например по пътя на сравнението би могло да се стигне до заключението, че щом процесуалната легитимация е всякога предмет на служебна проверка и щом съдът прави същата служебна проверка в исковия процес, където напоследък преобладава мнението, че следва да дава указания на ищеца преди да върне исковата молба[11], не би трябвало да се отхвърля *in limine* (от самото начало) и заявлението за издаване на заповедта, а да се дава срок на заявителя да отстрани допуснатата нередовност, съгласно чл. 101, ал. 1 ГПК. Така още повече ще „лъсне" несъстоятелността на отговора на въпрос № 1 и ще излезе, че едно закрепено в изрични разпоредби общо начало на гражданския процес (чл. 7, ал. 1, чл. 101 ГПК) пада в жертва на друг, неизрично закрепен и изведен чрез тълкуване принцип (по-скоро ratio legis на нормативната

[11] Вж. Решение № 315 от 03.06.2011 г. на ВКС по гр. д. № 1591/2010 г., IV г.о.; Решение № 128 от 29.04.2011 г. на ВКС по гр.д. № 1356/2009 г., IV г.о.; Решение № 128 от 14.10.2011 г. на ВКС по т. д. № 817/2010 г., I т.о. Същевременно, като че ли се формира преобладаващото гледище, че предявеният от ненадлежна или срещу ненадлежна страна иск е недопустим, а не неоснователен. Обратното, в случаите на ненадлежен ответник, сякаш се поддържа от върховен съдия О. Керелска в особеното мнение към т. 5 от Тълкувателно решение от 09.12.2013 г. на ВКС по тълк.д. № 1/2013 г., ОСГТК.

Тезата за поправимост на исковата молба при липса на процесуална легитимация се застъпва и от **Мингова, А.** По някои въпроси относно конституирането на надлежни страни и правото им на участие в исковото производство (коментар по т. 5 и т. 6 от тълк. д. № 1/2013 г. на ОСГТК на ВКС). – Норма, 2013, № 2, 36–50.

уредба) – бързата съдебна защита, която се дава със заповедното производство[12].

Впрочем даденото с т. 1 тълкуване занапред ще доведе до това, че районният съдия директно ще връща заявлението и в случаите, в които искането за издаване на заповед за изпълнение е предявено от или против починало преди подаването на заявлението лице.

На основание чл. 130, ал. 2 ЗСВ юриспруденцията ще е длъжна не да дава указание за отстраняване на недостатъка, а **да отхвърли изцяло заявлението.** Всичко това ще бъде на фона, че въпросният порок не би следвало да се окачести като непоправим в рамките на едно исково дело, където съдът дава възможност за поправянето му[13].

---

[12] **Влахов, Кр.** Актуални проблеми на новия Граждански процесуален кодекс. С., Сиби, 2009, с. 109–110, в цитираната разработка първоначално застава на позицията, че и във всички останали случаи на нередовност, извън уредените в чл. 425, ал. 2 и чл. 128, т. 2 във вр. с чл. 73, ал. 3 ГПК, по аргумент от чл. 101 ГПК заявлението се оставя без движение и срокът за отстраняване на нередовността се определя по усмотрение на съда. Според автора „този подход в по-голяма степен дължи сметка за разума на закона, който изисква съдът да се произнесе по същество (при което да събере дължимата за това държавна такса) само в случай че е надлежно сезиран с редовно заявление, при което наличието на общата разпоредба на чл. 101 ГПК прави излишно необходимостта от изрично препращане към правилата на исковия процес".

[13] Съдебната практика и тук бълва от противоречия – в Решение № 58 от 22.04.2010 г. на ВКС по гражд. д. № 124/2009 г., IV г. о., се приема, че искът срещу починал преди предявяването ответник е недопустим. От т. 5 на Тълкувателно решение № 1 от 17.07.2001 г. по гражд. д. № 1/2001 г., ОСГК на ВКС, се остава с впечатлението, че във всички хипотези извън липсата на правен интерес и процесуална легитимация, прекратяването на производството се постановява **след** неизпълнение на указанията на съда за отстраняване на нередовността на исковата молба. В Определение № 127 от 11.03.2009 г. на ВКС по ч. гражд. д. № 82/2009 г., I г. о., пък се твърди, че насочването на иск срещу лице, което е починало преди завеждането му, не съставлява нередовност на исковата молба, която може да бъде отстранена, а липса на първоначална процесуална легитимация поради неправилно конституиране като ответник на починало лице вместо неговите наследници. Според Определение № 54 от 11.02.2009 г. на ВКС по ч. гражд. д. 401/2008 г., I т. о., конституирането на неправоспособна страна не подлежи на поправка по реда на чл. 101 ГПК. В Решение № 1132 от 22.04.2010 г. на ВКС по гражд. д. № 124/2009 г., IV г. о., се твърди, че текстът на чл. 227 ГПК предвижда „продължаване на производството", а не „поставяне начало на производството" и в тази връзка наследниците на починал ответник, макар и да са получили преписи от исковата молба и от другите съдебни книжа, не следва да се конституират като страна в процеса на мястото на починалия преди предявяването на иска срещу него ответник. В същия смисъл е и Определение № 421 от 17.06.2010 г. на ВКС по ч. търг. д. № 471/2010 г., II т. о. На друго мнение е Решение № 267 от 08.04.2010 г. на ВКС по гражд. д. № 397/2009 г., IV г. о., в което се застъпва, че действията, извършени от и спрямо страна без процесуална правоспособност или без процесуална дееспособност могат да бъдат валидирани с обратна сила, ако бъдат потвърдени, и че съдът е длъжен служебно да вземе мерки, за да се отстрани по възможност нежеланият резултат от липсата на процесуална правоспособност или процесуална дееспособност. Вж. и цитираната в бел. № 11 съдебна практика.

Предвид обстоятелството, че съдът има достъп до НБД „Население", поне би се преустановила практиката да се издават заповеди срещу несъществуващи правни субекти, които заповеди после да се обезсилват като недопустими[14].

3.1. Легитимацията за издаване на заповед по чл. 417 ГПК

Според възприетото тълкуване нещата стоят по-различно при издаването на заповед за незабавно изпълнение по чл. 417 ГПК. В случаите на *частно правоприемство* заявителите оттук нататък ще са длъжни всякога да установяват кои са „актуалните" субекти по материалното правоотношение, елемент от което е вземането, предмет на заповедното дело. Това установяване не би представлявало нищо друго, освен *доказване* на факт, релевантен за предявеното право, а именно промяната на една от страните по материалното правоотношение, осъществено вследствие настъпило прехвърлително частно правоприемство. По същество ВКС въвежда ново изискване за редовност на заявлението – в хипотезите, в които е невъзможно правоприемството да бъде доказано с вече наличния документ по чл. 417 (който се оказва „негоден" да отрази съществуващото правно положение – че кредитор е не описаният в него А, а Б, или че длъжник е не индивидуализираният в него Б, а В), правопроменящият отношенията юридически факт следва да бъде удостоверен в нов документ по чл. 417 ГПК, който, види се, в някои случаи (нотариално заверен договор за заместване в дълг) даже ще замести първоначалния документ и ще изключи необходимостта от неговото представяне.

3.2. „В състояние" ли е съдът винаги да провери универсалното правоприемство?

Според мен твърдението, че съдът е в състояние служебно да провери наличието на универсално правоприемство за физическите лица чрез справка в НБД „Население" и че установяването на този вид правоприемство *не предполагало* доказателства, които стоят вън от документа по чл. 417 ГПК, е неправилно. Тази справка е годна да установи ***единствено*** настъпването на юридическия факт, който поражда универсалното правоприемство – смъртта на физическото лице, както и

[14] Практика, която не е рядкост – вж. Определение № 131 от 4.03.2009 г. на ВКС по ч. търг. д. № 59/2009 г., II т. о.; Определение № 464 от 22.12.2008 г. на ВКС по ч. търг. д. № 510/2008 г., II т. о.; Определение № 485 от 30.12.2008 г. на ВКС по ч. търг. д. № 506/2008 г., II т. о.; Определение № 356 от 30.12.2008 г. на ВКС по ч. търг. д. № 330/2008 г., I т. о.; Определение № 420 от 17.06.2010 г. на ВКС по ч. търг. д. № 486/2010 г., II т. о. и др.

имената на родините и на съпруга на починалия (арг. от чл. 3, ал. 2, т. 14 и 15 от Наредба № 14[15]), но не и самото преминаване на имуществото на праводателя към правоприемниците. Това е така, тъй като по силата на чл. 48, изр. 1 ЗН придобиването на наследството (правата и задълженията) не става автоматично, а е необходимо или изрично приемане на наследството на починалия (чл. 49, ал. 1 ЗН), или конклудентни действия на наследника/наследниците, разкриващи намерение за приемане (ал. 2 на с. чл.), т.е. във всички случаи е нужно *упражняване* на непритезателното субективно право на наследяване от страна на призования наследник. Разпоредбата на чл. 48 ЗН не съставлява оборима презумпция, по силата на която законните наследници носят отговорността по чл. 60, ал. 1 ЗН от момента на откриване на наследството до доказване на приемането му по опис или отказа от него, както се твърди в Решение № 437 от 17.01.2012 г. на ВКС по гражд. д. № 70/2011 г., III г. о.[16] Приемането, съответно отказът от наследство, са факти, които подлежат на доказване и за които следва да намира приложение правилото на чл. 154, ал. 1 ГПК.

Характерът и целите на заповедното производство предполагат доказването да се осъществява единствено и само чрез документи[17]. Това важи в еднаква степен както за факта на възникване на вземането, така и за факта на неговото прехвърляне, който е от значение за активната и пасивната материалноправна легитимация. В този смисъл изричното приемане или отказът от наследство, в качеството им на факти с правно значение за придобиване на правото/приемането на задължението, се доказват с писмени доказателствени средства. Такова доказателствено средство в случая е съдебното удостоверение за вписване на приемането/отказа в особената книга в районния съд. Очевидно съдебното удостоверение не попада сред документите по чл. 417 ГПК. Ясно е, че е еднакво несериозно да се поддържа, че то материализира договор и че може да подлежи на нотариална заверка на подписа, за да

[15] Повече за служебните справки, които извършва съдът по Наредба № 14, и възникващите в тази връзка тълкувателни проблеми, вж. **Георгиев, Ив.** Служебна справка на личните данни на страните в гражданския процес (Спазване на принципите на диспозитивното и служебното начало). – Собственост и право, 2012, № 10, ЕПИ On-line.

[16] Вж. **Петров, В.** За приемането на наследство и доказването му – няколко спорни въпроса в практиката. – В: **Ставру, Ст., В. Петров.** Дискусии в българското наследствено право. Книга първа. С., Фенея, 2013, с. 354–361.

[17] Изводът, че при издаването на заповед за незабавно изпълнение е процесуално недопустимо правопроизводящият факт да се доказва със свидетелски показания, може да се обоснове и със систематичното тълкуване на чл. 164, ал. 1, т. 3 и чл. 417 ГПК.

попадне в обхвата на чл. 417, т. 3 ГПК, или че просто би следвало да бъде заверено от нотариус, имайки предвид, че то е официален свидетелстващ документ, издаден от компетентен орган (районния съдия) в кръга на законовите му правомощия. Оттук лесно може да се види, че аргументът, черпен от разпоредбата на чл. 418, ал. 3 ГПК, която само по *изключение* предвиждала различно доказване на изискуемостта, рухва и не може да подкрепи тезата, че частното правоприемство се доказвало с документ по чл. 417, а универсалното правоприемство не предполагало доказателства извън представения документ. Няма да има правно издържано обяснение защо чл. 418, ал. 3 ще се третира като изключение в хипотезите на частно правоприемство и ще е аргумент за **задължителното** представяне на документ по чл. 417, установяващ правоприемството (разбирай най-вече договор с нотариална заверка на подписите), а в случаите на общо правоприемство разпоредбата няма да бъде третирана като изключение и заявителят ще следва да представя официален документ, който не попада сред изброените в чл. 417.

Правната сигурност, която също се изтъква като довод[18] и зад която реално стои превенция на опасността да бъде образувано изпълнително дело от привиден кредитор или срещу ненадлежен длъжник, тъй като се издава изпълнителен лист заедно със заповедта, също не е в състояние да спаси тезата за различното третиране на хипотезите, защото няма логика да важи за сингуларното правоприемство, а да не важи за общото. Апропо, правната сигурност не е ни най-малко гарантирана. Както в качеството на заявител може да се окаже лице, което не е универсален правоприемник на кредитора, така в качеството на длъжници могат да се окажат предполагаеми наследници, които са се отказали от наследството преди издаването на изпълнителния лист. На практика срещу последните ще се образува изпълнително дело и ще бъдат предприети процесуални действия по обезпечаване на изпълняемото право (запори, възбрани върху тяхно имущество), въпреки че те не са страна по материалното правоотношение[19]. Следва да се напомни, че възражението срещу заповедта за незабавно изпълнение **не спира изпълнението**,

[18] **Попова, В.** Актуални проблеми на заповедното…, с. XXXVII.

[19] Отказът от наследство е равносилен на неприемане на наследството. По силата на чл. 52 ЗН отказът от наследство става по реда, указан в чл. 49, ал. 1 ЗН, и се вписва по същия ред. Както приемането и неприемането на наследството произвеждат действие от откриване на наследството, така и отказът от наследство произвежда действие от същия момент. Това означава, че отреклият се от наследство не е придобивал правата, включени в наследството, а също така, че той не отговаря за задълженията на наследодателя, т.е. не е бил наследник. Отказалият се от наследство в нито един момент след откриването му не е имал право върху него – т. 1 от Тълкувателно решение № 148 от 10.12.1986 г., ОСГК.

освен в случаите по чл. 417, т. 9 ГПК. Следва да се припомни и че не се даде категоричен и изчерпателен отговор на въпроса в кои случаи съдът може сам да обезсили издадената заповед за изпълнение[20]. Така на практика едни съдилища ще се счетат за компетентни да обезсилят заповедта за незабавно изпълнение при представено удостоверение за отказ от наследство, извършен преди издаването на заповедта, а други – не, което ще отмести момента на прекратяване на изпълнителното производство до влизането в сила на съдебно решение, отхвърлящо иска на заявителя. Обезпечителните мерки ще останат наложени до влизане в сила на постановлението за прекратяване на съдебния изпълнител (чл. 433, ал. 2 ГПК).

Служебна проверка на универсалното правоприемство може да бъде извършена в случай че заповедният съд попада в района на откриване на наследството (постоянния адрес на починалия), тъй като изричното приемане и отказът от наследство се вписват в особената книга, водена в районния съд, т.е. би бил налице служебно известен на съда факт по смисъла на чл. 155 ГПК, който принципно остава извън обхвата на доказването. Очевидно е обаче, че дори и в този случай справката в НБД „Население" е недостатъчна.

Що се касае до справката в Търговския регистър досежно правното положение на търговците, тя действително би била достатъчна, доколкото съдилищата имат служебен достъп до електронните дела на търговците съгласно издадената въз основа на чл. 12, ал. 4 ЗТР Наредба за реда и начина на осъществяване на достъп до търговския регистър и делата на търговците по служебен път (обн., ДВ, бр. 95 от 24.11.2006 г., изм. и доп.).

В тълкувателното решение е пропуснат фактът, че кредитор/длъжник може да бъде юридическо лице с нестопанска цел. Две от четирите традиционни форми на реорганизация на този вид юридически лица са свързани с универсално правоприемство – вливането и сливането. Ако се вярва, че новелите на чл. 8 и чл. 14 от Наредба № 7 от 29.06.2006 г. за взаимодействието на регистър БУЛСТАТ с други регистри и информационни системи и за достъпа до данни намират своето реално практическо приложение, би могло да се приеме, че районните съдилища могат да проверяват сравнително леко (по електронен път) и преобразуването на сдруженията и фондациите.

[20] Вж. т. 3 от тълкувателното решение.

3.3. Неравенство между кредиторите? „Забравянето" на завещанията

Ако не бе възприето, че „съдът е в състояние" да проверява универсалното правоприемство и бе развит подробно начинът на доказването при двата вида правоприемство, щеше да се окаже, че кредиторите се третират нееднакво, без това третиране да почива на конкретна процесуална разпоредба, която да обосновава тяхното различно процесуално положение и различните предпоставки за издаване на заповед за незабавно изпълнение при две коренно различаващи се по своя правопораждащ юридически факт правни последици, касаещи титулярството на вземането: 1. смъртта, вследствие на която се открива наследството и която стои вън от волята на кредитора[21]; 2. сделката, която принципно предпоставя изразяването на воля на кредитора[22]. Принципно, защото завещателното разпореждане, било то универсално или частно, съдържа волеизявлението само на една страна – завещателя.

Бележката за завещателното разпореждане дава възможност да се посочи и че тълкувателното решение въобще забрави завещанието като юридически акт, който може да породи правоприемство. Известно е, че общото завещание придава на лицето, в полза на което е направено, качеството на наследник, а частното завещателно разпореждане – качеството на заветник[23], и че в първия случай се поражда универсално правоприемство с предмет правата и задълженията на покойния, а във втория се създава частно правоприемство, чийто обект е конкретно определено имуществено право. Обща черта и за двата вида завещания е необходимостта от приемане на завещаното имущество (чл. 22, ал. 2 ЗН), т.е. отново не е налице автоматичен прехвърлителен ефект. Приемането от страна на призования наследник по завещание или на заветника също не може да се установи посредством справка в НБД „Население".

Отделно от това частното завещателно разпореждане, макар да може да бъде извършено пред нотариус по реда на чл. 24 ЗН, не попада

[21] Освен ако последният е умъртвил лично или в съучастие наследодателя.

[22] Сделката се определя като правомерен юридически факт, който включва в състава си едно или повече взаимно свързани волеизявления на субекти на частното право, насочени към пораждане на правни последици и определящи съдържанието на тези последици – вж. **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част. Том втори. С., 1996, с. 67.

[23] Вж. **Тасев, Хр.** Българско наследствено право. 9 прераб. изд. Нова ред. Г. Петканов и С. Тасев. С., Сиела, 2009, с. 70–72; **Цанкова, Ц.** Завещанието в българското наследствено право. С., 1995; за правния статус на заветника и за някои особени видове завети вж. **Ставру, Ст., В. Петров.** Дискусии в българското наследствено право. Книга първа. С., Фенея, 2013, с. 115–133, 154–229.

сред документите по чл. 417 ГПК, въз основа на които може да се издаде заповед за незабавно изпълнение. Така заветниците, които разполагат например с документ по чл. 417, т. 3 ГПК, удостоверяващ вземане на наследодателя към длъжника, няма да могат да поискат издаване на заповед. За тях вратите на заповедното производство ще са изначално заключени. Те ще могат да се задоволят единствено със средствата на исковия процес. Подобно правно положение е в разрез с разпоредбата на чл. 56, изр. 1 Конст., която закрепва конституционното право на защита на гражданите. Последното предполага задължение за държавата чрез законотворчеството и изпълнението на законите да обезпечи ефективна възможност на гражданите да защитят нарушените или застрашените си права по съдебен ред[24]. Наред с това правото на защита, както многократно е подчертавано в практиката на Конституционния съд, има ***универсален*** характер[25]. Даваната чрез заповедното производство защита също е проявна форма на основното право на защита на гражданите, което в случая е ограничено не посредством законодателен, а чрез тълкувателен акт.

4. Другият възможен тълкувателен извод

С оглед гореизложеното ми се струва, че другото разрешение, което можеше да бъде възприето в т. 4, б. „г" от Тълкувателно решение № 4 от 18.06.2014 г. на ОСГТК на ВКС по тълк. д. № 4/2013 г., е в случаите на правоприемство задължението за представяне на първоначалния документ по чл. 417 ГПК към заявлението за издаване на заповед за незабавно изпълнение да се запази, но правоприемството (когато е необходимо последното да бъде доказано от заявителя) да бъде установявано с обикновен частен документ, съответно със съдебно удостоверение. В случаите, в които заявителят не може да установи приемането/отказа от наследство (или от завета – чл. 22, ал. 2 ЗН), следваше да се признае и възможността по чл. 51, ал. 1, изр. 2 ЗН заповедният съд да определя по свое усмотрение срок на наследниците (заветниците) да заявят дали приемат или се отказват от наследството (завета).

[24] В този смисъл Решение № 6 от 15.07.2013 г. на КС по к. д. № 5/2013 г.

[25] Вж. напр. Решение № 4 от 15.03.2007 г. на КС по к. д. № 10/2006 г.; Решение № 3 от 17.05.1994 г. на КС по к. д. № 1/1994 г.; Решение № 1 от 28.02.2008 г. на КС по к. д. № 10/2007 г.; Решение № 15 от 28.09.1993. г. на КС на РБ по к. д. № 17/1993 г. и др.

ЗА ЗАДЪЛЖЕНИЕТО НА СЪДА ДА ДАДЕ ПРАВНАТА КВАЛИФИКАЦИЯ НА ИСКА

Васил Петров[*]

1. Казусът

Въпросът, предмет на настоящата статия, е инспириран от конкретен казус от съдебната практика, поради което мисля накратко да пресъздам фактологията му:

С решение № 4236 от 11.06.2014 г. по в.гр.д. № 4439/2014 г., Софийският градски съд, III-Г с-в, е потвърдил решение от 03.02.2014 г. по гр.д. № 44861/13 г. на СРС, II ГО, 55-ти с-в, с което е отхвърлен иск с квалификацията на чл. 128, т. 2 КТ за заплащане на трудово възнаграждение. С исковата молба ищецът е посочил, че претендира трудово възнаграждение по точно определен писмен договор, който ищецът е квалифицирал като трудов. Представил е договора като писмено доказателство по делото. Ответникът изобщо не е оспорвал, че е налице такъв договор, а е оспорвал да е налице изпълнение на насрещните задължения на ищеца. Твърдял е и, че процесният договор не е трудов, а има характера на договор за изработка. И двете инстанции не са стигнали до разглеждане на спора „по същество“, т.е. налице ли е изпълнение от страна на ищеца на неговите задължения и дължи ли му се възнаграждение за това. И двете инстанции са се задоволили да констатират, че представеният и приет по делото договор има характера на договор за изработка, а не на трудов договор, поради което са приели, че ищецът не е доказал твърдяното от него трудово правоотношение и само на това основание искът е отхвърлен като неоснователен. И двете инстанции са приели, че недопустимо да бъде преквалифициран договорът, сключен между страните, нито предявеният по делото иск, доколкото твърденията на ищеца в исковата молба били ясни – твърди се трудово възнаграждение по трудов договор, респ. по трудово възнаграждение.

Правилно ли е обаче това становище с оглед конкретиката на случая?

2. Логическите последици на становището на съда

---

* Задочен докторант по административно право и административен процес в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, съдия в Софийския районен съд.

Преди да отговорим на този въпрос, нека извлечем докрай логическите последици от становището на съда, застъпено в предходните актове.

Ако допуснем възможността съдът да отхвърли един иск за заплащане на вземане по договор поради това, че ищецът неправилно е квалифицирал правно договора, то очевидно на ищеца ще следва да се признае възможността да предяви отново иска за същото вземане по този договор, но като постави нова правна квалификация на вземането и договора. Ако горното е допустимо, ще се стигне до умножаване на делата – от един договор, съобразно множеството правни квалификации, които ищецът може да измисли на договора, получаваме голям брой искове и дела. Създава се възможност и за противоречива съдебна практика. Например: по първото дело съдът отхвърля иска по съображението, че ищецът неправилно е квалифицирал договора като трудов, макар той по преценка на съда да е договор за изработка. Ищецът предявява наново иска с твърденията, че договорът е договор за изработка. По второто дело обаче съдът приема точно обратното на това, което е приел първият съд – договорът има характера на трудов договор, поради което отхвърля иска. По какъв начин ще се излезе от тази ситуация на противоречиви становища на съдилищата?

Получава се обаче и нещо друго: по този начин се злепоставя ответникът. В крайна сметка ответникът има интерес да не бъде тормозен повече от веднъж от ищеца и веднъж завинаги да се установи дължи ли или не дължи по този договор, за който страните не спорят, че е правопораждащ спорното право. Следователно трябва да признаем на ответника правото на предяви отрицателен установителен иск, че не дължи на ищеца по този договор. В този процес ответникът, титуляр на вземането, че трябва да изчерпи всички възможни според него правни квалификации на договора, които може да измисли и да докаже претенциите си.

Мисля обаче, че горните усложения са напълно излишни, защото по същество тезата, че неправилната правна квалификация на иска и на спорното правопораждащо право, дадена от ищеца с исковата молба, може да доведе до отхвърляне на иска, е неправилна.

3. Предметът на делото и правната квалификация на иска

Диспозитивното начало в процеса изисква предметът на решението и обемът на дадената от съда защита да съответства на предмета на делото и обема на търсената от ищеца защита. Предмет на делото е

твърдяното от ищеца спорно субективно право. Само по този предмет има право съда да се произнесе.

За да се произнесе по предмета на делото обаче, съдът следва да го квалифицира правно. Това ще рече да се определи абстрактната категория правоотношения, към които спада спорното право (например трудово правоотношение, облигационно отношение по договор за изработка, облигационно отношение по договор за поръчка и пр.). Тя се определя, като се подведе изложеният от ищеца фактически състав под хипотезиса на правните норми. Правоотношението се квалифицира правно, като се посочи нормата или нормите, които го регулират. Това посочване може да бъде изразено съкратено чрез правно-техническото наименование на института, към който спорното правоотношение спада, като му се постави съответният правен етикет. Ищецът не е длъжен да посочи изрично правната квалификация на иска. И да я е посочил, тя не обвързва съда, защото негово – на съда – е задължението да даде правната квалификация на иска. Съдът е призван да установи обективно следващата от закона правна квалификация на предмета на делото, а не да му придаде една несъдържаща се в него квалификация. Правната квалификация на спорното право следва от закона и тя е винаги съставка на предмета на делото, защото няма право без правна квалификация, без правна норма, въз основа на която спорното право да е възникнало. Поради това предметът на делото е твърдяното или отричано от ищеца право, чието правно естество обективно следва от фактическите твърдения и петитума на исковата молба въз основа на правната норма.

Правната квалификация съдът дава с доклада на делото (чл. 146, ал. 1, т. 2 ГПК). Ако в хода на процеса съдът установи, че е допуснал грешка при определянето на правната квалификация на иска, той е длъжен да измени доклада на делото, т.е. изрично да съобщи на страните промененото си становище по отношение на правната квалификация на иска и да им даде възможност за становище и съответни процесуални действия. Със съдебното решение съдът изразява последното си становище по правната квалификация, основано на съдебно установените факти и скрепено със сила на пресъдено нещо[1].

Именно затова съдебното решение влиза в законна сила по онова право или правно отношение, което е било предмет на решаване. Ако фактическият състав е търпял няколко правни квалификации, решението влиза в сила в оная правна квалификация, която съдът е дал с решението

[1] Вж. за тези основни положения в процесуалното право **Сталев, Ж.** Сила на пресъдено нещо в гражданския процес. С., Сиела, 2007, с. 203-206.

си. Това обаче никак не означава, че ищецът може наново да предяви веднъж отхвърления иск на същото основание, позовавайки се на нова правна квалификация. Това е така, защото съдът е имал задължението да изследва всички възможни правни становища и правни норми, под които е могло да се подведе ищцовата претенция по първото дело[2].

4. Как е следвало да процедира съдът в случая?

Съдът е следвало, на първо място, да констатира, че исковата молба е нередовна. Защо това е така? Съгласно чл. 127, ал. 1, т. 4 ГПК ищецът е длъжен да посочи основанието на иска. Относно това какво представлява основание на иска съществуват две теории: теория на индивидуализацията и теория на субстанцирането на иска. Според теорията за индивидуализацията на спорното право ищецът е длъжен да посочи *естеството на правоотношението*, част от съдържанието на което е спорното право чрез правнотехническото му естество – „право на собственост“, „вземане за наемна цена“, „обезщетение за неоснователно обогатяване“ и пр. Посочването на юридическия факт или на фактическия състав, който е породил спорното право, е допустимо, но не е задължително за ищеца, според тази теория, освен при ненаименуваните договори. Според теорията на субстанцирането ищецът е длъжен да посочи не естеството на спорното право, а *фактите, които пораждат съдебно предявеното право* – конкретен договор за покупко-продажба, конкретен договор за дарение, фактическо разместване на блага без правно основание на определена дата, конкретно увреждане на правни блага на определена дата и пр. При тази теория спорното право, напр. право на собственост при един ревандикационен иск, може да произтича и да бъде съдебно предявено при множество основания – договор за покупко-продажба, договор за дарение, давностно владение и пр.[3]

Отдавна е установено, че нашето положително право е възприело теорията за субстанцирането на иска, а не теорията за индивидуализацията[4].

Следователно ищецът е бил длъжен да посочи не естеството на твърдяното според него право или правоотношение, а фактическия състав, от който според ищеца това право или правоотношение е възникнало. Твърдението, че на определена дата ищецът е сключил с

[2] **Силяновски, Д.** – В: **Силяновски, Д., Ж. Сталев.** Граждански процес. Т. I. С., Наука и изкуство, 1958, с. 439-440.

[3] Вж. **Силяновски, Д.** – В: **Силяновски, Д., Ж. Сталев.** Цит.съч., с. 275.

[4] Вж. **Силяновски, Д.** Пак.там.

ответника договор с определено съдържание, е фактическо твърдение и то може да бъде основание на иск за заплащане на цена, възнаграждение или обезщетение по този договор. Твърдението на ищеца обаче, че договорът е трудов договор, не е фактическо твърдение, а правно – ищецът е дал правна квалификация на сключения с ответника договор, която обаче не обвързва съда, защото не е част от основанието на иска, а представлява предложена от ищеца правна квалификация на последния.

Съдът в случая е могъл и е бил длъжен да даде правилната според него правна квалификация на процесния договор и на предявения иск[5], а не да се задоволи с квалификацията, дадена от ищеца.

Разбира се, горните доводи не означават, че съдът е длъжен преди да постанови решението си, да чете процесния договор, приложен към исковата молба и да го квалифицира правно, като се съгласява с правната квалификация на сделката, предложена от една от страните и оспорвана от другата. Това поначало съдът не може да прави нито на етапа на проверка на редовността на исковата молба, нито при съставянето на писмения проект за доклад по чл. 140 ГПК или при устното обявяване на доклад на делото в съдебно заседание по чл. 146 ГПК.

Съдът обаче е могъл и е бил длъжен да провери редовността на исковата молба досежно изложението на фактите, на които се основава искът. Следвало е да констатира, че исковата молба е нередовна, тъй като ищецът е посочил датата, на която е сключен процесният договор и страните по него, но не е посочил *съдържанието* на договора, т.е. правата и задълженията на страните. В случая е налице нередовност на исковата молба. Нередовност поради неспазване на чл. 127, ал. 1, т. 4 ГПК може да има в два случая – когато има *противоречие* в изложените фактически твърдения, или когато има *недостиг* на фактически твърдения. Именно такава е процесната хипотеза – ищецът твърди наличие на договор, но не посочва съдържанието му. Твърдението, че договорът е трудов, не е фактическо, а правно твърдение, правна квалификация. Дори да предположим, че такава неизцяло редовна искова молба не е следвало да се оставя без движение, защото се предполага, че ищецът не може да сгреши относно естеството на договора в случая, то при констатацията за това, че, от една страна, страните не спорят относно това, че процесният договор е обективиран в приложения към исковата молба писмен документ, но спорят относно естеството на правата и задълженията по

[5] Решение № 317 от 27.06.2012 г. по гр.д. № 117/2012 г., IV г.о., решение № 503 от 16.01.2013 г. по гр.д. № 168/2012 г., IV г.о., решение № 161 от 01.07.2013 г. по гр.д. № 564/2012 г., IV г.о., решение № 277 от 03.10.2013 г. по гр.д. № 977/2012 г., IV г.о. решение № 157 от 30.10.2013 г. по т.д. № 1091/2012 г., I т.о., решение № 35 от 16.01.2014 г. по гр.д. № 1209/2013 г., IV г.о. и мн.др.

него, съдът е бил длъжен да остави исковата молба без движение и за задължи ищеца да опише, без да препраща към писмени доказателства, естеството на правата и задълженията по договора, т.е. неговото съдържание.

След остраняването на нередовността на исковата молба, описана по-горе, съдът е следвало да даден правилната правна квалификация на иска, като изхожда от твърденията в исковата молба и в молбата-уточнение за естеството на договора и съдържанието му, и ако е констатирал, че се изнасят твърдения, сочещи на договор за изработка, а не на трудов договор, да укажен изрично това на страните.

Като не го е сторил, според мен съдът е постановил не само недопустимо съдебно решение – постановено по нередовна искова молба. С него съдът е и преклудирал възможността ищецът да търси заплащане на вземането си по процесния договор.

ПРЕГЛЕД НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

ОТНОСНО ПРАВОТО НА МАГИСТРАТА ДА ОБЖАЛВА РЕЗУЛТАТИТЕ ОТ АТЕСТАЦИЯТА СИ, СЛЕД КАТО Е ПОЛУЧИЛ МАКСИМАЛНА ОЦЕНКА ЗА СВОЯТА РАБОТА

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 15627

София, 19.12.2014 г.

Върховният административен съд на Република България, шесто отделение, в съдебно заседание на първи октомври две хиляди и четиринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:МИЛКА ПАНЧЕВА
ЧЛЕНОВЕ:АТАНАСКА ДИШЕВА
РОСЕН ВАСИЛЕВ

при секретар Мариана Салджиева и с участието на прокурора изслуша докладваното от съдията АТАНАСКА ДИШЕВА по адм. дело № 6650/2014**.**

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) вр. чл. 36 от Закона за съдебната власт /ЗСВ/.

Образувано е по жалба на Мариета Неделчева Маринова, съдия в Специализирания наказателен съд, срещу решенията по т. 6.2 и т. 6.4 по протокол № 19 от заседание на Висшия съдебен съвет на 24.04.2014 г. Жалбоподателката поддържа, че оспорените решения са незаконосъобразни, като постановени в нарушение на материалния закон, при съществени нарушения на административнопроизводствени правила и несъответствие с целта на закона. По подробни съображения, изложени в жалбата и в съдебно заседание, моли решенията да бъдат отменени, а преписката върната на Висшия съдебен съвет (ВСС) за коригиране на допуснатите нарушения на материалния закон при атестирането.

Ответникът Висшият съдебен съвет, чрез процесуалния си представител Красимир Казаков изразява становище за недопустимост на жалбата, а при условията на евентуалност – за нейната неоснователност.

При извършената служебна проверка относно редовността и допустимостта на подадената жалба, Върховният административен съд, състав на шесто отделение, приема, че същата е недопустима, поради следните съображения:

Предмет на оспорването пред съда са решенията по т. 6.2 и 6.4, взети по протокол № 19 на заседанието на ВСС, проведено на 24.04.2014 г., с първото от които, в производство по чл. 205, ал. 2 ЗСВ, е оставено без уважение възражението на Мариета Неделчева Маринова – съдия в Специализирания наказателен съд, с ранг „съдия в АС", срещу изготвената й комплексна оценка, а с второто, на основание чл. 206 ЗСВ, е приета комплексна оценка от атестирането на същия съдия „много добра" – 88 точки.

Съгласно чл. 132, ал. 2, т. 3 АПК оспорването на решенията на Висшия съдебен съвет е подсъдно на Върховния административен съд, който разглежда жалбите по реда на дял III от АПК. Оспореното решение по т. 6.4 е прието на основание чл. 206 ЗСВ, в който е предвидено, че комплексната оценка от периодичното атестиране заедно с препоръките към атестирания се приема с решение на Висшия съдебен съвет. В чл. 36, ал. 1 ЗСВ е предвидено общото правило за обжалваемост на решенията на ВСС, според което заинтересованите лица могат да оспорват решенията на Висшия съдебен съвет в 14-дневен срок от съобщаването им. След като жалбите против решения на ВСС са подсъдни на Върховния административен съд, то правилата за допустимост на оспорванията са приложими и по отношение на тези съдебни производства. В чл. 147, ал. 1 АПК е предвидено, че право да оспорват административния акт имат гражданите и организациите, чиито права, свободи или законни интереси са нарушени или застрашени от него или за които той поражда задължения. Оспорените решения на ВСС имат за адресат съдия Мариета Неделчева Маринова, но те не засягат пряко нейните права и законни интереси. В случая е извършено периодично атестиране на дейността на жалбоподателката като съдия в Специализирания наказателен съд за периода 2010-2013 г., като през част от тези период е била съдия и и.д.

председател на Районен съд гр. Елин Пелин, впоследствие – командирована в Софийски градски съд.

В чл. 204а, ал. 3 ЗСВ е предвидено, че комплексната оценка от атестирането може да е положителна или отрицателна. Степените на положителната комплексна оценка са: 1. задоволителна; 2. добра и 3. много добра. В случая с оспореното решение по т. 6.4 по протокол № 19/24.04.2014 г. Висшият съдебен съвет е определил най-високата по степен положителна комплексна оценка, поради което този акт е позитивен за жалбоподателката. В резултат на оспорването не би могъл да се постигне друг, по–благоприятен за нея резултат, тъй като с решението на ВСС е определена максималната по степен комплексна оценка. В ЗСВ не се съдържа разпоредба, която да предвижда в определени хипотези да се взима предвид точково изражение на комплексната оценка. Във всички случаи се отчита степента на комплексната оценка (чл. 169, чл. 207, чл. 209, чл. 234 ЗСВ и др.). Предвид твърденията в жалбата следва да се приеме, че съдия Мариета Маринова оспорва мотивите към комплексната оценка, въз основа на които предложената от помощната атестационна комисия такава (съгласно част IX от Единния формуляр за атестиране) с цифрово изражение 100 точки е определена от Комисията по предложенията и атестирането на „много добра – 88 точки, които са възприети и от ВСС в оспорените решения. След като оспореният акт е благоприятен за жалбоподателката, то нейните права и законни интереси не са засегнати от решенията на ВСС по т. 6.2 и 6.4 от протокол № 19/24.04.2014 г., нито за нея се създават задължения с тези актове. Правен интерес би бил налице в случай, че ВСС е приел по–ниска по степен комплексна оценка от предложената от помощната атестационна комисия. Обстоятелството дали е налице висока професионална квалификация и образцово изпълнение на служебните задължения ще се преценява в друго производство – при повишаване в ранг по чл. 234 ЗСВ. Един от предвидените в цитираната разпоредба критерии е наличието на положителна комплексна оценка от последното периодично атестиране „много добра“, но евентуалното бъдещо провеждане на това производство не обуславя правния интерес за жалбоподателката от търсената съдебна защита срещу оспорените решения на ВСС, с които е определена максималната положителна комплексна оценка за дейността ѝ „много добра”. С оглед изложеното жалбоподателката няма правен интерес от оспорването, поради което подадената жалба следва да бъде оставена без разглеждане като

недопустима, а образуваното въз основа на нея съдебно производство - прекратено на основание чл. 159, т. 4 АПК.

По изложените съображения и на основание чл. 159, т. 4 АПК, Върховният административен съд, шесто отделение,

ОПРЕДЕЛИ:

ОТМЕНЯ определението си от 01.10.2014 г., с което е даден ход на делото по същество и делото е обявено за решаване.

ОСТАВЯ БЕЗ РАЗГЛЕЖДАНЕ жалбата на Мариета Неделчева Маринова, съдия в Специализирания наказателен съд, срещу решенията по т. 6.2 и т. 6.4 по протокол № 19 от заседание на Висшия съдебен съвет на 24.04.2014г.

ПРЕКРАТЯВА производството по адм. дело № 6650/2014 г. по описа на Върховния административен съд, шесто отделение.

Определението подлежи на обжалване с частна жалба пред петчленен състав на Върховния административен съд в 7-дневен срок от съобщаването му на страните.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:/п/ Милка Панчева
ЧЛЕНОВЕ:/п/ Атанаска Дишева
/п/ Росен Василев

ОСОБЕНО МНЕНИЕ на съдия Атанаска Дишева

Не съм съгласна със становището на мнозинството на съдебния състав относно недопустимост на подадената жалба от Мариета Неделчева Маринова против решенията на ВСС по т. 6.2 и 6.4 по протокол № 19 от заседание на 24.04.2014г., и по-конкретно относно извода, че за същата не е налице правен интерес от оспорването на тези решения.

Както е посочено в мотивите на съдебното решение, с първото от оспорените решения на ВСС – по т. 6.2, е оставено без уважение възражението на Мариета Неделчева Маринова – съдия в Специализирания наказателен съд, с ранг „съдия в АС", срещу изготвената й комплексна оценка, а с второто – по т. 6.4, е приета комплексна оценка от атестирането на същата „много добра" – 88 точки.

Вярно е, че според чл. 204а, ал. 3 ЗСВ комплексната оценка от атестирането може да е положителна или отрицателна, а степените на положителната оценка са задоволителна, добра и много добра, поради което „много добра" е най-високата словесна оценка, която може да бъде получена от магистрат при неговото атестиране. Вярно е също, че във всички разпоредбите на Закона за съдебната власт, в които оценката от атестирането на магистрат е свързана с определени правни последици, е визираната единствено комплексна оценка от атестирането, изразена словесно (чл. 169, чл. 207, чл. 209, чл. 234 ЗСВ).

Същевременно обаче в чл. 234 ЗСВ е предвидено, че повишаване на място в по-горен ранг и възнаграждение на съдия, прокурор и следовател може да се извърши при доказана висока квалификация и образцово изпълнение на служебните задължения, ако е прослужил на съответната или приравнена длъжност най-малко три години и има положителна комплексна оценка от последното периодично атестиране „много добра". Както се вижда от съдържанието на тази разпоредба, при преценката за повишаване на място в по-горен ранг, наред с изискването магистратът да има комплексна оценка от последното периодично атестиране "много добра" е предвидено и изискването същият да е доказал висока квалификация и образцово изпълнение на служебните задължения. Тези изисквания са предвидени кумулативно в законовата норма и считам, че това не е случайно, нито се дължи на законодателно несъвършенство. Регламентирането на изискването магистрата да има доказана висока квалификация и образцово изпълнение на служебните задължения, наред с изискването да има комплексна оценка „много добра" от последното периодично атестиране, обуславя извода, че според законодателя не всеки магистрат, който е получил оценка „много добра" е доказал висока квалификация и образцово изпълнение на служебните задължения. Такова разбиране всъщност съответства и на разбирането на Висшия съдебен съвет, обективирано в приетата от същия Методика за атестиране на съдия, прокурор, следовател, административен ръководител и заместник на административния ръководител (приета с решение на ВСС по протокол № 39 от 28.11.2011 г.; изм. с решение на ВСС по протокол № 32 от 26.07.2013 г., изменена и допълнена с решение на ВСС по протокол № 11 от 12.03.2014 г.).

Според разпоредбите на тази методика, всяка комплексна словесна оценка има цифрово изражение в определен брой точки, в диапазон „от…до", който за комплексна оценка „много добра" е от 86 до 100 точки - за съдия прокурор, следовател и от 131 до 150 точки за административен

ръководител и заместник на административния ръководител. В методиката подробно е разписан механизмът на формиране на комплексната оценка от атестирането, като оценяването включва няколко етапа: 1. изготвяне на словесни констатации относно показателите по всеки от критериите за атестиране въз основа на установените факти и обстоятелства за дейността на атестирания; 2. поставяне (определяне) на цифрова оценка по всеки отделен критерий за атестиране с конкретен брой точки въз основа на констатациите относно показателите по съответния критерий; 3. формиране на комплексна словесна оценка от атестирането въз основа на сумарния брой от точки по всеки от отделните критерии за атестиране. Наред с това в методиката изключително подробно са описани критериите за атестиране (общи и специфични за всички магистрати плюс допълнителни – за административните ръководители и заместниците на административните ръководител), показателите за атестиране по всеки от критериите, методите на атестиране (количествено и качествено оценяване на атестирания въз основа на статистически данни и тяхното съпоставяне и сравняване, лични наблюдения, анализ на писмени информация и т.н.). Несъмнено е, че целта на тази регламентация, приета от Висшия съдебен съвет в акт, който по своята правна същност се възприема като вътрешни правила, е да се направи обективна, пълна и цялостна оценка на професионалните, делови и нравствени качества на атестирания магистрат, както и да се гарантира в максимална степен спазването на принципите на атестирането, прогласени в същата методика и в частност да се гарантират равни възможности за кариерно израстване на магистратите. Именно с оглед същността на атестирането и неговите цели е необходимо да се осигури на атестирания магистрат възможност да оспори резултатите от това атестиране, когато счита, че то не дава обективна, вярна, пълна и цялостна оценка на неговите качества и професионална дейност. Преценката относно съответствието на атестационната оценка с действителните професионални, делови и нравствени качества и дейността на магистрата на съответната длъжност следва да бъде направена въз основа на критериите, показателите, методите и механизма на оценяване, които са приети и обявени отнапред от кадровия орган на съдебната система, притежаващ правомощия и в областта на атестирането на магистратите – Висшия съдебен съвет. Такава преценка не би могла да бъде направена по друг начин освен в рамките на съдебно производство по обжалване на резултата от атестирането.

Следователно, за атестирания магистрат е налице правен интерес да обжалва пред съда получената комплексна оценка от атестирането винаги когато счита, че тази оценка не съответства на неговите действителни качества и показани резултати през атестирания период, без значение дали получената комплексна оценка е „много добра" или по-ниска по степен.

Ако целта на законодателя е била достъпът до съдебно обжалване на оценката от атестацията се ограничи само до случаите, когато магистратът е получил оценка по-ниска от „много добра", това би следвало изрично да бъде посочено в законова норма. В сега действащата правна регламентация такова ограничение липсва, поради което правото на достъп до съдебно обжалване не би следвало да се ограничава по тълкувателен път.

От съдържанието на жалбата, подадена от Мариета Маринова е видно, че тя оспорва констатации, анализи и изводи, които са направени при атестирането й, което означава, че въпреки получената комплексна оценка „много добра", оспорващата счита, че тази оценка не съответства на действителните й професионални знания, умения, качества и постигнатите резултати в работата й като съдия. При комплексна оценка „много добра" – 88 точки, каквато е получила жалбоподателката, считам че за нея би било невъзможно или изключително трудно да докаже в едно бъдещо производство по чл. 234 ЗСВ „висока квалификация и образцово изпълнение на служебните задължения". Предвид данните за ранга, който притежава към момента на изготвяне на атестацията - „съдия в апелативен съд" (според съдържанието на Единния формуляр за атестиране) и датата, на която е получен – 22.12.2011 г., същата би могла да поиска повишаване на място в по-горен ранг (съдия във ВКС/ВАС) по реда и при условията на чл. 234 ЗСВ. Като се има предвид, че периодичното атестиране се провежда за период от 4 години от последното периодично атестиране (или друго проведено атестиране, приравнено на периодично, съгласно § 129, ал. 3 ПЗР ЗИД ЗСВ, ДВ, бр. 32/2011г.), то този четиригодишен период или значителна част от него ще бъде включен в тригодишния период, който следва да е прослужен на съответната или по-ниска длъжност за целите на повишаването в ранг по чл. 234 ЗСВ. При наличието на атестационна оценка, приета с решение на ВСС, което е влязло в сила и в този смисъл е станало стабилен административен акт, резултатът от това атестиране не би могъл да бъде изменян или променян за целите на производството по повишаване в ранг по чл. 234 ЗСВ. При сега действащата правна уредба (за разлика от

действащата уредба преди измененията в Закона за съдебната власт с ДВ, бр. 1/2011г., в сила от 04.01.2011г.) не се провежда нарочно атестиране за целите на повишаването на място в по-горен ранг по реда на чл. 234 ЗСВ. Макар жалбоподателката да е получила оценка „много добра", когато тази оценка съответства на цифрова оценка от 88 точки (почти на границата с цифровото изражение на оценка „добра", което е в диапазона от 66 до 85 точки), то очевидно е, че за периода на вече проведеното атестиране не би могъл да бъде направен извод за образцово изпълнение на служебните задължения. От друга страна, ако се приеме, че в едно последващо производство по чл. 234 ЗСВ биха могли да бъдат преразглеждани и променяни резултатите от вече проведено атестиране, приключило с влязло в сила решение на ВСС по чл. 206 ЗСВ, това би означавало да се пренебрегне стабилитета на акта на ВСС за приемане на атестационна оценка, което противоречи на общия принцип за правна сигурност.

Към изложеното следва да се добави и това, че към настоящия момент липсва легално определение на изискването по чл. 234 ЗСВ за „доказана висока квалификация и образцово изпълнение на служебните задължения", а същевременно критерии и/или показатели за преценка на изпълнението на това изискване не са приети и оповестени и от Висшият съдебен съвет (за което в редица решения на Върховния административен съд е обръщано внимание). Все в съответствие със съществуващата правна регламентация е известна практиката на Висшия съдебен съвет от последните години да отказва повишаване на място в по-горен ранг именно поради недоказана „висока квалификация и образцово изпълнение на служебните задължения", дори когато магистратът има комплексна оценка от периодичното атестиране „много добра".

Предвид тези съображения и поради това, че съгласно чл. 147, ал. 1 АПК правният интерес от оспорване пред съда съществува и когато актът само застрашава права или законни интереси на засегнатото лице, то за атестирания магистрат е налице пряк и непосредствен правен интерес да оспорва решение на ВСС, с което е приета комплексна оценка от периодичното му атестирането „много добра", но с цифрово изражение по-малко от 100 точки.

С оглед изложеното считам, че в случая жалбата на съдия Мариета Маринова е допустима и следваше да бъде разгледана по същество. Затова подписвам определението с особено мнение

ЗА ХАРАКТЕРА НА ЗАПОВЕДИТЕ НА АДМИНИСТРАТИВНИТЕ РЪКОВОДИТЕЛИ НА СЪДИЛИЩАТА ВЪВ ВРЪЗКА С ОПТИМИЗАЦИЯТА НА РАБОТАТА НА ОРГАНА НА СЪДЕБНАТА ВЛАСТ

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 12419

София, 20.10.2014 г.

Върховният административен съд на Република България - Шесто отделение, в закрито заседание в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:НАТАЛИЯ МАРЧЕВА
ЧЛЕНОВЕ:РУМЯНА ПАПАЗОВА
ТОДОР ТОДОРОВ

при секретар и с участието на прокурора изслуша докладваното от председателя НАТАЛИЯ МАРЧЕВА по адм. дело № 12046/2014**.**

Производството е по чл. 229, ал. 1, т. 1 АПК.

Образувано по частна жалба на Атанас Симеонов Иванов от гр. Благоевград, съдия в Районен съд - гр. Благоевград, срещу определение № 1430 от 04.08.2014 г. по адм. д. № 445/2014 г. по описа на Административен съд - гр. Благоевград. Релевирани са оплаквания за нарушение на материалния закон и съществени нарушения на съдопроизводствените правила.

Ответникът Административен ръководител Председател на Районен - съд гр. Благоевград моли определението да бъде оставено в сила.

Частната жалба е постъпила в предвидения в чл. 230 АПК 7-дневен преклузивен срок, подадена е от надлежна страна и процесуално е допустима, но разгледана по същество е неоснователна. С определение № 1430 от 04.08.2014 г. по адм. д. № 445/2014 г.,

Административен съд - гр. Благоевград е оставил без разглеждане жалбата на Атанас Симеонов Иванов от гр. Благоевград – съдия в Районен съд - гр. Благоевград, против заповед № 297 от 24.06.2014 г. на Председателя на Районен съд - гр. Благоевград, и е прекратил производството по делото.

Определението, предмет на контрол от настоящата касационна инстанция не страда от визираните в частната жалба отменителни основания по чл. 209, т. 3 вр. чл. 226 АПК.
Със заповед № 297 от 24.06.2014 г., издадена на основание чл. 80, ал. 1, т. 1 и ал. 2 ЗСВ, Председателят на Районен съд - гр. Благоевград, е въвел регистър за участието на съдиите в обучения, в които осъществяват преподавателска дейност, участие в асистентска и друга научна дейност, като е определил реквизити на този регистър. Също така съдиите са били задължени да депозират заявление за участие в посочената не съдийска дейност, като отсъствието на съдията във връзка с последната да се съгласува с Председателя на съда, който с резолюция удостоверява уведомяването си за отсъствието на магистрата, както и съгласието си за това отсъствие. При отсъствие на съдия за посочените дейности за срок по-дълъг от половин работен ден, отсъствието на магистрата се допуска чрез ползване на платен годишен отпуск или издаване на заповед за командироване, които също се отразяват в регистъра. Изрично е посочена и целта на заповедта, а именно оптимизиране на работата на магистратите в Районен съд - гр. Благоевград, и осигуряване на своевременното произнасяне по съдебните дела, налагащи такова за деня на постъпването им, както и с оглед обезпечаване на графиците за дежурства на съдиите.

Правилно първоинстанционният съд е приел, че обжалваната заповед не притежава белезите на индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21 АПК, а същата има вътрешно - служебен характер. Съгласно чл. 80, ал. 1, т. 1 ЗСВ, председателят на районния съд е оправомощен да осъществява общо организационно и административно ръководство. Същият отговаря за дейността на съда. От изложеното по–горе съдържание на оспорената заповед категорично се налага извода, че тя има организационен характер и е издадена в пределите на правомощията на председателя на съда да осъществява административно ръководство в поверения му съд.

Според чл. 2, ал. 2, т. 3 АПК, извън обхвата на този кодекс са актовете, с които се създават права или задължения на органи, подчинени

на органа, издал акта, освен ако с тях се засягат права, свободи или законни интереси на граждани. В административно отношение, съдията е подчинен на председателя на съда. Освен това, задълженията, създадени за магистратите от Районен съд - гр. Благоевград, и в частност за съдия Иванов с процесната заповед имат отношение към организацията на работата в съда, която е прерогатив на председателя, предвид цитирания текст от ЗСВ. Тези задължения се отнасят до работното време на съдиите, които те трябва да спазват, а не до техни права, свободи или законни интереси в качеството им на граждани. В тази връзка частния жалбоподател не отчита и обстоятелството, че съгласно чл. 339 ЗСВ, за неуредените в този закон случаи субсидиарно се прилага Кодекса на труда.

В разпоредбите на чл. 128 АПК изчерпателно са изброени всички дела, исканията, по които са подведомствени на административните съдилища. Процесната заповед не е сред тези актове.

Изложеното налага извода, че в случая липсва годен за оспорване пред съд индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21 АПК. Касае се за не надлежно упражняване на правото на съдебно обжалване, поради което правилно първоинстанционният съд се е позовал на разпоредбата на чл. 159, т. 1 АПК. Наличието на приложното поле на чл. 159, т. 1 АПК изключва възможността за произнасяне на съда по съществото на спора, тъй като процесуално недопустимата жалба не би могла валидно да го сезира.

При това положение, въпросът за наличието на правен интерес у жалбоподателя се явява периферен и не следва да се обсъжда. По изложените съображения частната жалба се възприема като неоснователна, а оспореният съдебен акт се оставя в сила. Водим от горното и на основание чл. 234 АПК, Върховният административен съд, шесто отделение,

ОПРЕДЕЛИ:

ОСТАВЯ В СИЛА определение № 1430 от 04.08.2014 г. по адм.д. № 445/2014 г. по описа на Административен съд - гр. Благоевград.

ОПРЕДЕЛЕНИЕТО не подлежи на обжалване.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:/п/ Наталия Марчева
ЧЛЕНОВЕ:/п/ Румяна Папазова
/п/ Тодор Тодоров

СЪДЕБНА ЕТИКА, БЕЗПРИСТРАСТНОСТ НА СЪДИЯТА, КОНФЛИКТ НА ИНТЕРЕСИ

ОТНОСНО НЕОБХОДИМОСТТА КАНДИДАТИТЕ ЗА МАГИСТРАТИ ДА ОТГОВАРЯТ НА ИЗИСКВАНИЯТА ЗА ЕТИЧНО ПОВЕДЕНИЕ

РЕШЕНИЕ

№ 15247
София, 16.12.2014

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Шесто отделение, в съдебно заседание на деветнадесети ноември две хиляди и четиринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: МИЛКА ПАНЧЕВА
ЧЛЕНОВЕ: ГЕОРГИ ГЕОРГИЕВ
РОСЕН ВАСИЛЕВ

при секретар Мариана Салджиева и с участието на прокурора изслуша докладваното от съдията ГЕОРГИ ГЕОРГИЕВ по адм. дело № 12481/2014 г.

Производство по реда на глава десета от Административно процесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 36 от Закона за съдебната власт/ЗСВ/.

Образувано е по жалба от Валентин Иванов Михов - кандидат с вх. № 4/68 и 6/176 от 17.06.2014 г. в два от конкурсите за първоначално назначаване на магистрати, обявени от ВСС в ДВ бр. 46/03.06.2014 г., срещу решение на ВСС по т. 4 (допълнителна) от протокол № 36 от заседание проведено на 30.07.2014 г. С него е оставено без уважението възражението му срещу недопускане до участие в конкурси за първоначално назначаване на длъжност „съдия“ в окръжен съд

наказателна колегия и на длъжност „прокурор“ в окръжна прокуратура, обявени в ДВ бр. 46/03.06.2014 г.

Поддържа доводи за незаконосъобразност на решението при наличие на отменителни основания по чл. 146, т. 2, 3, 4 и 5 АПК с искане за отмяната му.

Ответникът, Висшият съдебен съвет чрез процесуален представител взема становище за неоснователност на жалбата по съображения, изложени и в писмен вид.

Върховният административен съд, шесто отделение намира жалбата за процесуално допустима като подадена в срок, от лице с правен интерес и разгледана по същество за неоснователна по следните съображения:

Не се спори, а се установява и от приложените доказателства с административната преписка, че жалбоподателят е заявил участие в два конкурса за първоначално назначаване на длъжностите „съдия“ в окръжен съд, наказателна колегия и „прокурор“ в окръжна прокуратура, обявени от ВСС в ДВ бр. 46/03.06.2014 г. Комисията по предложенията и атестирането не го е допуснала до участие в тези конкурси с мотиви, че не отговаря на изискванията на чл. 162, т. 3 ЗСВ. Срещу това решение е подадено възражение от Валентин Михов пред Висшия съдебен съвет. В него са сочени нарушения, изразяващи се в това, че КПА не е посочила нито едно конкретно изискване на Кодекса за етичното поведение на българските магистрати (КЕПБМ), поради което е подходено формално при проверката на конкурсните документи, преценката е необоснована и не отговаря на действителното положение.

С решението предмет на жалбата Висшият съдебен съвет е оставил без уважение възражението с мотивите, че съгласно чл. 181, ал. 2 ЗСВ в конкурса може да участва лице което отговаря на изискванията на чл. 162 и има стажа по чл. 164 ЗСВ за длъжността която заема, а кандидатът Валентин Иванов Михов не отговаря на изискванията по чл. 162 т. 3 ЗСВ, тъй като не притежава необходимите нравствени и професионални качества съответстващи на КЕПБМ. Също така, че с решение на ВСС по протокол 19/14.05.2008 г. кандидатът е наказан с „порицание“, потвърдено от съда. Също така, че с решение на ВСС по протокол № 31/22.07.2009 г. на основание чл. 308, ал. 1, т. 6 ЗСВ на Валентин Михов - прокурор в районна прокуратура Разлог е наложено наказание „дисциплинарно освобождаване от длъжност“, потвърдено с решение на съда. През 2011 г. Валентин Михов е подавал документи за участие в обявените конкурси за

първоначално назначаване, не е бил допуснат и възражението му е било отхвърлено.

При така изложените мотиви е спорен въпроса за законосъобразността на решението на ВСС във връзка с професионалните и нравствените качества от кандидата за да бъде допуснат до участие в конкурсите.

Основното възражение е, че не са обсъдени всички факти, обсъдени са формално документите и се развива тезата, че независимо от наложените в миналото наказания фактическата обстановка сега е различна, нова и следва да бъдат изложени нови мотиви към настоящият момент в преценката за материалните предпоставки по чл. 162, т. 3 ЗСВ. Наред с това се поддържа и довод, че няма мотиви за конкретни изисквания посочени в КЕПБМ. Поддържат се и доводи за нарушения в процедурата обуславящи нарушение на административно производствените правила.

Съдът намира така подадената жалба за неоснователна на всички посочени в нея основания за отмяна. Изискванията на чл. 162, т. 3 ЗСВ са категорични, че кандидатите за първоначално назначаване за съдия, прокурор и следовател следва притежават необходимите нравствени и професионални качества, съответстващи на КЕПБМ. Не е нужно изричното им изброяване тъй като несъответствието на всяко едно от изискванията на КЕПБМ е достатъчно като фактическо и правно основание кандидатът да бъде отстранен и да не бъде допуснат до участие в конкурса. В настоящият случай това несъответствие с изискванията на КЕПБМ е било вече установено по несъмнен начин с налагането на дисциплинарно наказание „дисциплинарно освобождаване от длъжност“ и в тежест на такъв кандидат е да установява, че за периода от наложеното наказание до кандидатстването му за заемане на магистратска длъжност има промяна в неговите качества и поведение. Няма нарушение в действията на административния орган или на помощните му органи, когато констатира миналото дисциплинарно освобождаване от длъжност, а това включва автоматично и констатацията за липсата на качества за заемане отново на такава длъжност. Няма задължение и не е в тежест на органа да установява дали кандидатът е променил поведението си когато няма данни за това, а само твърдения, че отговаря на изискванията по чл. 162, т. 3 ЗСВ. В този смисъл всички твърдения на жалбоподателя по същество са неоснователни като недоказани и като такива следва да бъдат отхвърлени.

Неоснователни са и доводите за нарушения в административното производство, тъй като не се установяват действия или бездействия на органа, с които да се ограничават процесуалните права на жалбоподателя или правото му на защита.

При изложеното по горе жалбата следва да бъде отхвърлена като неоснователна, поради което и на основание чл. 172, ал. 2 пр. последно АПК, Върховният административен съд шесто отделение

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ оспорването по жалба на Валентин Иванов Михов - кандидат с вх. № 4/68 и 6/176 от 17.06.2014 г. в два от конкурсите за първоначално назначаване на магистрати, обявени от ВСС в ДВ бр. 46/03.06.2014, срещу решение на ВСС по т. 4/допълнителна/ от протокол № 36 от заседание проведено на 30.07.2014 г.

РЕШЕНИЕТО може да се обжалва в 14 дневен срок пред петчленен състав на ВАС.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:/п/ Милка Панчева
ЧЛЕНОВЕ:/п/ Георги Георгиев
/п/ Росен Василев

АРХИВ

ДИСЦИПЛИНАРНА ОТГОВОРНОСТ НА СЪДИИТЕ У НАС (1880-1941)[1]

За опущения и грешки, допуснати при изпълнение на служебните длъжности, и за провинения вън от службата, длъжностните лица по съдебното ведомство отговарят дисциплинарно. Тази отговорност е предвидена още със Закона за устройството на съдилищата от 25.V.1880 г.

Дисциплинарно преследване

То се възбужда срещу съдиите, нотариусите и съдиите - изпълнители по реда на надзора, по определение на съда или по предложение на министъра на правосъдието срещу несменяемите прокурори – от министъра, а срещу другите длъжностни лица – от председателя или прокурора.

Длъжностните лица по съдебното ведомство отговарят дисциплинарно:

1) за опущения, които се дължат на невнимание или незнание на служебните длъжности;

2) за нарушение на правилата и формите при движението на делата и при изпълнение на решенията;

3) за неизпълнение на законните нареждания;

4) за бавност;

5) когато са осъдени за престъпления;

6) когато извършват работи извън службата без разрешение от министъра и когато сключват заеми по непредпазлив или лекомислен начин;

7) за постоянна небрежност, неспособност или неподготвеност при изпълнение на службата;

8) за отсъствие без отпуск;

[1] Из **Габровски, М.** Организация на съдебната власт в България. – В: 60 години българско правосъдие (1878-1941). Юбилеен сборник. С., Министерство на правосъдието, 1941, с. 114-117. Авторът е бил председател на отделение във Върховния касационен съд на Царство България. Правописът на текста е осъвременен. Заглавието е на редакцията.

9) за действие вън от службата, което накърнява достойнството на съдията;

10) когато не пазят надлежно приличие в служебните си отношения и

11) когато играят хазартни игри.

Дисциплинарните наказания са забележка, мъмрене с лишение от заплата от три до десет дни, заличаване от таблицата за повишение до три години, преместване на равна длъжност и уволнение от служба.

Тия наказания са установени със Закона за устройството на съдилища от 12.XI.1934 г. Дотогава съгласно Закона от 29.VII.1922 г. дисциплинарните наказания са били: мъмрене с лишение от заплата от три до десет дни, преместване на равна длъжност и уволнение от служба. Преди това наказанията са били: а) от 25.V.1880 г. до 12.I.1899 г.: напомняне, забележка, изобличение и временно лишение от заплата; б) от 12.I.1899 г. до 05.V.1910 г.: забележка, мъмрене, отстранение от служба от 10 дни до 6 месеца без заплата и уволнение от служба; в) от 05.V.1910 г. до 29.VII.1922 г.: забележка, мъмрене с лишение от заплата от три до десет дни, лишение от старшинство за една до две години, лишение от право на повишение за пет години, преместване, отстранение от служба от един до шест месеца без заплата, уволнение.

Уволнените по дисциплинарен ред не могат да бъдат назначени отново на служба. Това е предвидено още със Закона за устройството на съдилищата от 12.I.1899 г. Длъжностните лица, срещу които е възбудено наказателно преследване за престъпление, се отстраняват от длъжност.

Дисциплинарни органи

При всеки областен и апелативен съд, и при Върховния касационен съд има по един дисциплинарен съвет, който разглежда дисциплинарните дела срещу нотариусите, съдиите - изпълнители, кандидатите за съдебна длъжност, секретарите и подсекретарите при съдебните учреждения. Нотариусите и съдиите - изпълнители се съдят дисциплинарно от дисциплинарен съвет при съответния апелативен съд. Тези дисциплинарни съвети се състоят от по трима съдии, избрани за една година от общото събрание на съда.

Дисциплинарните дела срещу съдиите се разглеждат от дисциплинарни съвети (наречени така от 05.V.1910 г.), устройството на които е претърпяло редица промени.

Така:

1) от 25.V.1880 г. до 05.V.1910 г. Върховният касационен съд, общо събрание, е разглеждал дисциплинарните дела срещу апелативните и касационни съдии, а общото събрание на апелативния съд – срещу другите съдии от района му.

2) от 05.V.1910 г. до 30.XII.1911 г. при всеки апелативен съд е имало дисциплинарен съвет, състоящ се от председателя, подпредседател и трима членове на съда, избрани от общото събрание за една година. Той е разглеждал дисциплинарните дела срещу допълнителните членове, мировите съдии и членовете на окръжните съдилища. Дисциплинарните дела срещу другите съдии разглеждаше Висшият съвет при министерство на правосъдието, състоящ се от първи председател на Върховния касационен съд, трима касационни съдии, един съдебен инспектор и двама бивши министри.

3) от 30.XII.1911 г. до 29.VII.1922 г. при всеки апелативен съд е имало дисциплинарен съвет, състоящ се от председателя и шест съдии, избрани от общото събрание за една година. Той е разглеждал дисциплинарните дела срещу допълнителните членове, мировите съдии и съдиите на окръжен съд. Дисциплинарните дела срещу апелативните и касационни съдии се разглеждаха от Висшия дисциплинарен съвет при Върховния касационен съд, състоящ се от първи председател на Върховния касационен съд и шест касационни съдии, избрани за една година от общото събрание на същия съд.

4) от 29.VII.1922 г. до 02.I.1926 г. дисциплинарните дела срещу мировите съдии, съдиите от окръжните и апелативни съдилища се разглеждаха от един дисциплинарен съвет при министерство на правосъдието, състоящ се от трима касационни съдии, един началник на отделение при министерството и един съдебен инспектор, а дисциплинарните дела срещу касационните съдии – от дисциплинарния съвет при Върховния касационен съд, състоящ се от първи председател на същия съд и четири касационни съдии, избрани от общото събрание на съда за една година.

5) Днес, и то начиная от 02.I.1926 г., дисциплинарните дела срещу допълнителните членове и срещу съдиите от околийските, областните и апелативните съдилища, както и срещу заместник - прокурорите при апелативните съдилища (от 16.VIII.1935 г.), се разглеждат от дисциплинарния съвет при Върховния касационен съд, който се състои от пет касационни съдии (четирима до 23.V.1933 г.), избрани за една година

от общото събрание на съда. Този съвет не може да заседава в състав по-малко от трима съдии, когато останалите отсъстват по законни причини.

Дисциплинарните дела срещу касационните съдии, прокурорите от Върховния касационен съд (от 12.XI.1934 г.), прокурорите при апелативните съдилища (от 16.VIII.1935 г.) и приравнените към тях, се разглеждат от общото събрание на Върховния касационен съд.

Дисциплинарният съвет, след като изиска обяснения от обвиняемото лице и събере нужните справки, разглежда делото при закрити врата. Обвиняемият има право да се яви лично или с повереник - адвокат (с изключение през времето от 29.VII.1922 г. до 02.I.1926 г.). При разглеждане на делата съветът не се подчинява на никакви форми, но преди да постанови решението си изслушва заключението на прокурора (с изключение през времето от 29.VII.1922 г. до 02.I.1926 г.), а след това и обясненията на обвиняемия. При постановяване на решението съветът се ръководи от своето убеждение, основано на представените по делото доказателства и от задължението си да пази строго достойнството и престижа на съдийството. Ако при разглеждане на делото се открият обстоятелства, подлежащи на разглеждане от наказателния съд, дисциплинарното производство може да се спре до издаване присъдата от наказателния съд по делото, което ще се възбуди против обвиняемия. Ако няма достатъчно доказателства за виновността на обвиняемото лице, но се установи, че то е изгубило пред обществото онова доверие, уважение и авторитет, които се изискват за длъжността му, дисциплинарният съвет постановява преместването му на равна длъжност.

Решенията на дисциплинарния съвет не подлежат на никакво обжалване. Те се съобщават на министерство на правосъдието, което разпорежда да се приведат в изпълнение. До 29.VII.1922 г. решенията по дисциплинарните дела подлежаха на въззивно обжалване пред по-горния дисциплинарен съвет по жалба, подадена от осъденото лице или от прокурора.

Сменяемите прокурори се наказват със същите дисциплинарни наказания, както и съдиите - направо от министъра на правосъдието.

Архиварите, регистраторите и останалите канцеларски служители се наказват от околийския съдия, председателя или прокурора, при който служат, с дисциплинарните наказания: забележка, глоба до четвърт от месечната заплата или уволнение от служба.

Дисциплинарното производство не може да бъде започнато, ако са изтекли три години от извършване на опущенията или грешките. Ако

срещу осъдения не се възбуди друго дисциплинарно преследване до пет прослужени години, осъждането се заличава.

ДИСКУСИИ

Бележка на Редакционната колегия: През последните години зачести противоречивата съдебна практика както на ВКС, така и на инстанционните съдилища. В рубриката „Дискусии" ще публикуваме съдебни актове на съдилища от районно, окръжно и апелативно ниво.

На първо място, при съдебните актове на първите две инстанции се изясняват в пълнота фактите и съответстващите им правни норми намират израз. На следващо място, на тази практика не се обръща достатъчно внимание, а в голяма част от съдебните актове се съдържат задълбочени, логични и оригинални изводи, които заслужават да получат по-широка трибуна.

Напомняме, че в редакцията се приемат съдебни актове, постановени по спорни и интересни въпроси; актове, които се отклоняват от установената и трайна практика на ВКС или пък такива, разглеждащи конкретен въпрос – позволяващ различно тълкуване и прилагане на закона. Редакционната колегия извършва само селекция на съдебните актове, без да се ангажира със становище относно правилността им.

В настоящия брой сме избрали да публикуваме определение на Апелативния съд – Пловдив, във връзка с давността за изпълнение на наказанието пробация.

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

№ 268

гр. Пловдив, 15 юли 2014г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

ПЛОВДИВСКИЯТ АПЕЛАТИВЕН СЪД, първи наказателен състав, на трети юли две хиляди и четиринадесета година, в открито заседание, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ЮЛИАН РУСЕНОВ
ЧЛЕНОВЕ: ХРИСТО КРАЧОЛОВ
ИВАН РАНЧЕВ

при секретар Нина Стоянова и с участието на прокурора Росен Димов разгледа вчнд **№198** по описа за **2014 г.**, докладвано от съдия **Иван Ранчев,** за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на Глава двадесет и първа НПК

Образувано е по подадена въззивна частна жалба от адв. Д. Ангелова – сл. защитник на осъдения [Х] против Определение от 23.05.2013 г. по чнд № 379/2013 г. на Пловдивския окръжен съд.

С атакувания съдебен акт, на основание чл.43а, т.2 от НК е заменен неизтърпения остатък от наложеното с протоколно определение №226 от 30.10.2007 г. по нохд №1517/2007г., за одобряване на споразумение по реда на Глава 29 от НПК, наказание „Пробация" на осъдения [Х], за престъпление по чл.194, ал.2, вр. ал.1 от НК, включващо пробационните мерки – „Задължителна регистрация по настоящ адрес" със срок от 2 години, „Задължителни периодични срещи с пробационен служител" за срок от 2 години и „Безвъзмезден труд в полза на обществото" в размер на 200 часа – с наказание „Лишаване от свобода" за срок от 3 месеца и 14 дни, което да се изтърпи на основание чл. 57, ал. 1 вр. чл. 60, ал. 1 вр. чл. 61, т. 2 ЗИНЗС при първоначален „Строг" режим в затвор или затворническо общежитие от „закрит" тип.

В жалбата на защитата се изтъкват доводи за незаконосъобразност на атакуваното определение, поради изтичане на абсолютната, изпълнителна давност по смисъла на чл. 82, ал. 4, вр. ал. 1, т. 5 НК, което налага отмяната на постановеното определение на Пловдивския окръжен съд като се остави без уважение предложението на председателя на Пробационния съвет в гр. Пловдив за замяна на остатъка на наложеното на подзащитния й наказание „Пробация" с наказание „Лишаване от свобода".

Първоначално производството е протекло по реда на чл.452, ал.1-4 от НПК пред друг състав на Пловдивския апелативен съд, който с Определение №136/2.07.2013г. по вчнд №233/2013г. е отменил обжалваното определение №347/23.05.2013г. по чнд №379/2013г. по описа на Пловдивския окръжен съд, като е оставил без уважение предложението на ПС - гр. Пловдив за замяна на неизтърпяната част от наложеното наказание пробация с лишаване от свобода на осъдения [Х] по нохд №1517/07г. на Районен съд гр. Пловдив.

По искане на Главния прокурор с Решение №35 от 21.05.2014 г. по н.д. №2176/2013 г., I н.о. на ВКС е отменено по реда на възобновяването

горепосоченото определение и делото върнато за ново разглеждане от друг състав на въззивния съд.

Основните съображения на касационната инстанция, за да приеме за основателно искането на главния прокурор са, че практиката по приложението на чл. 82, ал.2 НК е постоянна – давността започва от момента, когато наказанието става изпълнимо, а не от датата на влизане в сила на осъдителния акт. В случая това е денят след освобождаване на осъдения от изтърпяване на наказанието лишаване от свобода по другото осъждане. [Х] е започнал да търпи пробацията от 11.10.2011 г., което без основателни причини е прекратил след 14.02.2013 г. Поради тези причини, евентуално от тази дата може да се поддържа, че за остатъка започва нова двегодишна изпълнителска давност или тригодишната абсолютна по чл. 82, ал. 4 НК, която обаче до момента не е изтекла.

Последното наложи насрочването на делото от настоящия въззивен състав за повторно разглеждане на подадената въззивна частна жалба от адв. Ангелова.

В съдебно заседание представителят на Апелативна прокуратура намира определението на окръжния съд за обосновано и законосъобразно. Предлага на съда да се съобрази със съображенията на ВКС в отменителното решение, които имат задължителен характер.

Председателят на Пробационния съвет - Пловдив поддържа доводите си за обоснованост и законосъобразност на обжалваното определението и иска да бъде потвърдено.

Осъденият [Х] се установи, че изтърпява поредно наказание от лишаване от свобода в Затвора – Пловдив, като се яви лично и с назначения му служебен защитник адв. Д. Ангелова. Предлагат отново да бъде отменено определението на Пловдивския окръжен съд като незаконосъобразно и необосновано. Твърдят, че въпреки становището на ВКС, изпълнението на наказанието спрямо осъдения [Х] е погасено поради настъпила абсолютна давност.

Апелативния съд се запозна с доводите на страните, прецени обосноваността и законосъобразността на обжалваното определение, като за да се произнесе взе предвид следното:

Постановеното определение противоречи на закона, защото първоинстанционният съд не се е съобразил с императивните норми, уреждащи давността за изпълнение на наложено наказание по чл.82, ал.4, вр. ал.1, т.5 НК.

С определение №226 от 30.10.2007 г. по НОХД № 1517/2007г. по описа на ПРС е одобрено споразумение, влязло в законна сила на същата

дата, според което за престъпление по чл. 194, ал. 2, вр. ал. 1 НК на [Х] е било наложено наказание „Пробация“, включващо пробационните мерки – задължителна регистрация и задължителни периодични срещи с пробационен служител, двете за срок от по 2 години и безвъзмезден труд в полза на обществото – 200 часа за две поредни години.

Наказанието „Пробация“ не е било приведено в изпълнение в срока по чл. 207 ЗИНЗС, защото до 10.10.2011 г. осъденият [Х] е изтърпявал определеното му общо и най-тежко наказание от 2 години и 11 месеца „Лишаване от свобода“ по нохд №1946/2008г. на ПРС.

Поради тези причини, изпълнението на процесното наказание пробация е започнало веднага след това, считано от 11.10.2011 г., но осъденият [Х] не е осъществявал стриктно наложените му пробационни мерки и са му съставени 8 констативни протокола с налагане на следните наказания, съответно на 21.12.2011г. по чл.227, ал.1, т.2 от ЗИНЗС - „Бележка с устно предупреждение“ и на 20.02.2011 г. по чл.227, ал.1, т.2 от ЗИНЗС – „Писмено предупреждение за замяна на пробацията с наказание лишаване от свобода“.

В резултат на това, на 14.03.2013г. е внесено предложение от председателя на ПС-Пловдив, на основание чл.43а, т.2 от НК да се замени неизтърпяната част от наложеното на осъдения [Х] с определение №226 от 30.10.2007г. по нохд №1517/2007г. на ПРС наказание „Пробация“ с „Лишаване от свобода“.

В конкретния казус, противно на становището на част от съдиите от ВКС, постановили решението за възобновяване е невъзможно прилагането на аналогията на закона или правото при тълкуването на материално-правната норма на чл.82, ал.2 НК. В противен случай се стига до едно правотворчество по съдебен ред или дописване от съда на закона, при което се ликвидира напълно законосъобразността на наказателната репресия[1].

На първо място, цитираната от Главния прокурор съдебна практика, в подкрепа на доводите му за възобновяване, отчита безспорното обстоятелство, че изпълнителската давност по чл.82 и сл. НК започва да тече за всички видове наказания от момента на влизане на присъдата в сила – ал.2, изр.1-во или от момента, когато наложеното наказание стане изпълнимо. Но без да се имат предвид, кумулативните

[1] Вж. **Стойнов, Ал.** Наказателно право. Обща част. С., Сиела, 2013 [1999], с. 93; **Ненов, И.** Наказателно право. Обща част. Книга първа. С., Софи-Р, 1992, с. 107-108 и Наказателно право. Обща част. С., Наука и изкуство, 1963, с. 103, според които аналогия на закона е била допусната за кратък период от 1948 г. до 1956 г. в двата предходни НЗ и НК.

изисквания на изр. 2-ро, пр. 1 и 2, отлагащи изпълняемостта на наказанието и стопиращи давността[2].

Поради идентични причини, трудно изпълними се явяват и дадените указания от ВКС в решението за възобновяване по настоящото дело[3]. В него също не са упоменати следващите важни отправни моменти за предвидените изключения от горепосоченото правило - по чл. 82, ал. 2, изр. 2, пр. 1-во и пр. 2-ро НК – в случаите, когато наказанието е отложено по чл. 66 НК по силата на ефективно, налагащата го присъда или когато с друг акт (присъда или определение) при условията на чл. 68 НК е постановено отложеното наказание да се изтърпи.

На второ място, друг сериозен аргумент за неизтекла изпълнителска давност, който трудно може да бъде споделен е обстоятелството, че в някои решения на ВКС се допуска по недопустим начин смесване на изричните разпоредби за давността за изпълнение на наказание по чл. 82 НК с тези по чл. 228, ал. 3 ЗИНЗС и чл. 233 ППЗИНЗС, касаещи практическото спиране или прекъсване на изпълнението на наказанието „пробация“[4].

Безспорно по правило давност не тече спрямо наказание, което се изпълнява, но в конкретния случай, наложеното наказание „пробация“ с Определение №226 от 30.10.2007г. по НОХД № 1517/2007г. по описа на ПРС за одобрено споразумение, изобщо не е привеждано в изпълнение, защото [X] преди това е започнал да търпи определеното му общо и най-тежко наказание от 2 години и 11 месеца „Лишаване от свобода“ по нохд № 1946/2008 г. на ПРС.

В разпоредбите на чл. 228, ал. 3 ЗИНЗС и чл. 233 ППЗИНЗС е предвидено временното спиране на изпълнението на пробационните мерки (т.е. изпълнението наказанието „пробация“ се преустановява) за периода, през който следва да се изтърпи ефективно наложено наказание „лишаване от свобода“. Тогава изпълнението на наказанието „пробация“ продължава след освобождаването на осъдения от мястото за лишаване от свобода, но тези норми не могат да игнорират давността за изпълнение на наказанията. А последното не е било отчетено с привеждането в изпълнение на наложеното на осъдения [X] наказание „пробация“ на

[2] Цитираното от ВКП - Р. №574/28.12.2011г. по н.д. №1868/11г., подобно е и Р. №82/08.02.2006г. по н.д. № 545/05г., двете на I н.о. на ВКС, които обаче обръщат внимание и на тези допълнителни предпоставки.

[3] С Р. №35/2014г. по н.д. №2167/13 г. на I н.о., подобен характер има и Р. №50/2014г. по н.д. №2410/14г. на II н.о. на ВКС, по което отново има особено мнение на член от състава.

[4] Вж. направените разяснения в тази насока в Р. №588/12.03.2014г. по н.д. №1680/2013г. на II н.о. на ВКС.

11.10.2011 г., прекъснато с внасяне на 14.03.2013г. на предложение за замяната на остатъка й с „лишаване от свобода“ по чл.43а, ал.2 НК.

В този ред на мисли е недопустимо основополагащите норми на чл. 82, ал. 1-5 НК да бъдат игнорирани посредством разширителното тълкуване от Върховната съдебна инстанция на други разпоредби на нормативни актове от по нисш характер като ЗИНЗС и ППЗИНЗС, които уреждат единствено фактическото спиране на изпълнението на наказанието „пробация“, докато се изтърпява приоритетното наказание „лишаване от свобода“ и нямат никакво отношение към давността за изпълнение на наказанията.

Наказателният кодекс по смисъла на чл. 4, ал. 1 ЗНА е единственият нормативен акт, който урежда обществените отношения, предмет на цял клон на правната система или обособен негов дял в областта на материалното наказателно право, сред които е и давността за изпълнение на наложено наказание, докато съгласно чл. 1, ал. 1, пр. 1 ЗИНЗС, в него се регламентират последващото изпълнение на наказанията, наложени от съдилищата с влезли в сила съдебни актове.

Отделно, хронологически разпоредбите на чл. 228, ал. 3 ЗИНЗС (обн. ДВ, бр.25.03.04.2009 г.) и чл. 228, ал. 3 ППЗИНЗС (обн. ДВ, бр. 9/02.02.2010 г, изм. ДВ, бр. 20/2014 г.), уреждащи спирането на изтърпяването на наказанието „пробация“ са били приети много след извършване на деянието и влизане в сила на постановения осъдителен съдебен акт. В действащите към онзи момент норми за изпълнение на наказанието „пробация“ в Глава 13 ЗИН (отм. 01.06.2009 г.) и ППЗИН (отм. 01.02.2010 г.), изобщо не е била предвидена подобна възможност[5]. А обратна сила на нормативен акт може да се даде само по изключение, и то с изрична разпоредба, съгласно чл. 14, ал. 1 ЗНА, каквато в случая липсва. Това е така, тъй като съгласно чл. 14, ал. 3 ЗНА не може да се дава обратна сила на разпоредби, които предвиждат санкции, освен ако те са по-леки от отменените, в какъвто смисъл горепосочената теза на ВКС търпи сериозна критика.

[5] В чл. 198, ал. 1 и ал. 2 ППЗИН (нов, обн. ДВ, бр. 71 от 2006 г., отм. 01.02.2010 г.) се изисква единствено, когато по време на изтърпяване на наказанието пробация се приведе в изпълнение съдебен акт за наложено наказание лишаване от свобода, пробационният служител да уведоми съответния прокурор и началника на затвора, като представя справка за размера на изтърпяното наказание пробация. А когато на осъдения е наложено наказание лишаване от свобода, след изтърпяване на което предстои да бъде приведено в изпълнение наказание пробация, се уведомява прокурорът, привел в изпълнение лишаването от свобода, с цел определяне на общо наказание при условията на чл. 23-25 НК.

От гореизложеното може да се направи изводът, че давността за изпълнение на наказанието по чл. 82, ал. 2, изр. 1 НК се отнася до всичките му видове (сред които е и пробацията), включително и спрямо ефективните наказания лишаване от свобода, но няма отношение към тези, изтърпяването на които е било отложено за определен от закона срок[6]. А за наказанието „пробация" нямаме предвидена хипотеза за отлагане, за разлика от „лишаването от свобода". Поради тези причини, само при хипотезите на ал. 2, изр. 1, пр. 1 и пр. 2, законодателят е предвидил по изключение изпълнителската давност да се отложи и да започва да тече от момента на влизането в сила на другите, последващи съдебни актове по игнориране на чл. 66 НК или по чл. 68 НК.

Затова и когато първоначално е имало изпълнение на ефективна осъдителна присъда с наказание „лишаване от свобода" и деецът е условно предсрочно освободен по чл. 70, ал.1 и сл. НК, началото на давностния срок за изпълнение на неизтърпян остатък се отчита по на чл. 82, ал. 2, изр. 1 НК, т.е. отново от влизане на присъдата в сила[7].

Поради тези причини, настоящият въззивен състав споделя напълно изразеното в другите решения на ВС и ВКС различно становище, че съгласно чл. 82, ал. 4 НК, независимо от спирането или прекъсването на давността, наказанието не се изпълнява, ако е изтекъл срок, който надвишава с 1/2 срока, предвиден в чл. 82, ал. 1 НК, т.е. абсолютния давностен срок[8]. А тъй като имаме наложено наказание, различно по вид от лишаване от свобода, според чл. 82, ал. 1, т. 5 НК, срокът на обикновената изпълнителна давност е 2 години, а на абсолютната такава е 3 години. Не е налице и възможност за изключването на приложимостта на абсолютната давност по чл. 82, ал. 5 НК, тъй като наказанието не е глоба[9].

---

[6] Освен горепосоченото от ВКП - Р. № 574/28.12.2011 г. на I н.о., в тази насока са - Р. № 289/08.06.2011г. по н.д. № 1564/2011г. на I н.о., Р. № 137/09.03.2010г. по н.д. №779/2009г. на III н.о. и Р. № 297/16.06.2010г. по н.д. №273/2010г. на III на ВКС.

[7] Посоченото от ВКП в искането за възобновяване Р. № 82/08.02.2006г. по н.д. № 545/2005 г. на I н.о. на ВКС, явно визира съвсем друга хипотеза и е неотносимо към настоящия случай.

[8] Вж. старото, но все още актуално Р. № 107/20.03.1990 г. по н.д. №76/90г, на II н.о. на ВС, според което въпреки прекъсването на давността за изпълнение на наказанието изтеклият срок от влизане на присъдата в сила, който надвишава с една втора срока, предвиден в чл. 82, ал. 1, т. 5 НК се явява пречка за заменяване на неизтърпения остатък от наказанието „поправителен труд" (инкорпорирано като отделна пробационна мярка в сегашното „пробация") с „лишаване от свобода", защото е налице погасяване изпълнението на наложено наказание. Подобно е Р. № 127/12.03.2013г. по н.д. № 234/2013г. на I н.о. на ВКС. В този смисъл е аргументирано и Р. № 237/23.05.2013г. по н.д. № 460/13г., I н.о. на ВКС.

[9] Вж. отново учебника на **Стойнов А.** Цит. съч., т. 2.2 на с. 466 - 467.

Въз основа на гореизложеното, очевидно законодателят е категоричен, че се допуска отклонение от правилото за отлагане на момента, от който започва да тече давността за изпълнение на наказанието, само когато е наложено като вид – „лишаване от свобода“, но не и спрямо „пробация“, дори и впоследствие да се стига до преценката за замяната й с предходното по-тежко по вид наказание по чл. 43а, т. 2 НК. Естествено, ако наказанието „пробация“ е било своевременно заменено с наказание „лишаване от свобода“, преди да изтече давността за нейното изпълнение по чл. 82, ал. 1, т. 5 НК, тогава изпълнителната давност вече е за по-голям срок, примерно този по т.4[10].

Затова и абсолютният давностен срок за изпълнение на наказанието „пробация“ спрямо осъдения [Х], съгласно чл.82, ал.4 от НК е бил изтекъл след изминаването на 3 години от влизане в сила на определението, с което му е било наложено - на 30.10.2010г. и препятства не само последващото му изтърпяване, но и заменяването на неизтърпения му остатък с лишаване от свобода, поради погасяване на възможността за изпълнението му.

Не се оспорва обстоятелството, че на осъдения [Х] междувременно му е било наложено и е изтърпявал наказание „лишаване от свобода“, водещо съгласно чл. 207 ЗИНЗС до невъзможност да се приведе в изпълнение и наказанието „Пробация“, за което нямат вина пробационните служители. Дори и хипотетично да се счете, че изпълнението на приоритетното наказание „лишаване от свобода“ поражда прекъсване или спиране на изпълнителската давност за предходното или последващо наложено наказание „пробация“, в крайна сметка е недопустимо пренебрегването на протичането междувременно на абсолютната давност, за която в чл.82, ал.4 от НК няма предвидени каквито и да е условности.

Ако към датата 11.10.2011 г. не е била изтекла абсолютната давност за наказанието „пробация“, нямаше да има пречка след изтърпяването на наказанието „лишаване от свобода“, същото да се приведе в изпълнение. Но ако изпълнението бъде преустановено при неизтърпян остатък, няма как по отношение и на него да се счита, че започва да тече изцяло нова изпълнителска давност.

Възприемането на генералната теза, че абсолютната давност за изпълнение на едно наказание спира не само когато това наказание се изпълнява, а и когато се изтърпява друго приоритетно наказание е твърде опасна, защото позволява при подобни хипотези на многократното

[10] Р. № 285/19.05.2010г. по н.д. №259/2010 г. на III н.о. на ВКС.

отпочване не само на обикновената, но и на абсолютната изпълнителска давност, последната многократно да бъде отлагана във времето при все по-честите случаи на усложнена престъпна дейност[11]. Обстоятелството, че изпълнението на това наказание не е изобщо започнало, защото е трябвало да се изчака да се изтърпи, наложеното на осъдения [X] друго приоритетно наказание „лишаване от свобода“, след което се е пристъпило към неговото изпълнение, в каквато връзка са възраженията на прокурора и председателя на пробационния съвет са ирелевантни и непротивопоставими на разпоредбата на чл. 82, ал. 4 НК за „абсолютна погасителна изпълнителска давност“. След като е налице изтичане на този срок, както е в настоящия случай, наказание различно от „лишаване от свобода“, без каквито и да е изключения не подлежи на изпълнение.

Ако се приеме безусловно становището в решението за възобновяване, че давността за наложеното наказание „Пробация“ е започнала да тече едва към момента, в който то е станало изпълнимо, т.е. след 11.10.2011 г., прекъсването без основателни причини на изпълнението му след 14.02.2013 г. отново няма как да води по отношение на остатъка му до протичането на нова двугодишна изпълнителска давност или тригодишна абсолютна такава. Последното е нормативно неиздържано, тъй като е недопустимо подобно дописване на материалния закон от касационната съдебна инстанция.

Най-ярка илюстрация на абсурдността на подобно тълкуване е обстоятелството, че в конкретния случай, след виновното спиране от страна на осъдения [X] на изпълнението на наложените му пробационни мерки и протичането на настоящото производство, междувременно с Протоколно определение №898/21.12.2013г. по нохд №6908/13г. на ПРС за одобряване на споразумение същият е признат за виновен за извършено престъпление по чл.196 от НК и му е наложено второ по ред наказание от 7 месеца „Лишаване от свобода“. Последното, отново се явява приоритетно и изтърпяването му налага поредното спиране на изпълнителската давност за остатъка от неизтърпяната част от процесното наказание „Пробация“, т.е. трябва след повторното му излизане от затвора да започне да тече изцяло нова давност. По тази логика, няма пречка фактически размерът на абсолютната давност за наказанието „пробация“ след всяко прекъсване или спиране на изпълнението му, поради изтърпяването на друго приоритетно

[11] Вж. **Гиргинов, Ан.** Изводи №2 и №3, в монографията му „Давността в наказателното право“. С., изд. БАН, 1992, с.180 и коментара по този повод в Р. № 237/23.05.2013 г. по н.д. № 460/13г., I н.о. на ВКС.

наказание „Лишаване от свобода“ да се удължава за нов срок, който като сбор многократно надвишава, фиксирания от законодателя до 3 години, което не само е напълно незаконосъобразно, но и житейски неоправдано.

Неслучайно и в ТР. №6/30.06.2014г. на ОСНК на ВКС се приема, че производството по реда на чл. 451 и сл. НПК касае постановяването на определение с характера на присъда, с което в резултат на неправомерното поведение на вече осъденото лице се извършва последваща замяна на наложеното с влязъл в законна сила предходен съдебен акт наказание „Пробация“ с „Лишаване от свобода“, съгласно чл. 43а, т.2 НК. Но за да се стигне изобщо до стартирането на подобна процедура, която изрично се подчертава от ОСНК, че няма „ретроактивно действие“, следва преди това да са налице общите условия за привеждането в изпълнение на наложеното наказание „пробация“, сред които се откроява липсата на изтичане на давността за изпълнението му, а в случая това е така и не позволява осъществяването му.

В заключение, в резултат на изтичането на срока на изпълнителската давност, основната правна последица е, че осъденото лице – [X] се освобождава от изпълнение на наложеното му наказание по влязлото в законна сила споразумение за съответното престъпление и се погасява възможността същото да бъде изпълнено.

Тя не заличава осъждането на лицето, но поради нейното изтичане става недопустимо изпълнението на наложеното наказание. Приложението на Института на изпълнителната давност е обусловено от сериозно намаленото полезно въздействие върху дееца и обществото, тъй като заради забавата при изпълнение на наказанието /в случая близо 7 години от влизане в сила на осъдителния съдебен акт/, очакваната социална полза и преследвания обществен резултат, вече са изгубили в значителна степен своето предупредително и възпитателно въздействие като цели на наказанието.

Не бива и да се забравя, че през 2004 г. „пробацията“ е инкорпорирана от другите европейски държави в санкционната система на българското наказателно право и основните мотиви на законодателя да я въведе като нов вид наказание са - тя да се яви като алтернатива на наказанието лишаване от свобода[12]. Затова и същото като йерархия в

[12] Терминът „пробация“ произхожда от латинската дума „*probare*“ и английската „*probation*“ като означава - проверка, изпитание, изпробване. Мотивите към Законопроект на Министерски съвет №202-01-22 от 19.04.2002г. за ЗИДНК, обн. ДВ, бр.92/2002г., в сила от 01.01.2004г. с въвеждането в системата на наказания на „пробацията“ са, като „алтернативни мерки на наказанието лишаване от свобода, в съответствие с европейските стандарти за третиране на правонарушителите, регламентирани с ЕКЗПЧ, Европейската конвенция за

системата от наказания в чл.37, ал.1, т.2 от НК стои след наказанията доживотен затвор и лишаване от свобода.

Поради тези причини при изтекла изпълнителна давност е напълно безпредметно, без наличието на опора в материалния наказателен закон да се постановява отложеното приложение на пробацията след изтърпяването на други, нови прояви на деeца, санкционирани с ефективно налагане на наказание лишаване от свобода.

Всичко това обосновава незаконосъобразността на обжалваното определение, налага отмяната му и постановяване на ново, с което предложението на Пробационния съвет гр.Пловдив да се остави без уважение.

Водим от горното и на основание чл.452, ал.1-4, вр. Глава 21 от НПК, Апелативният съд,

О П Р Е Д Е Л И:

ОТМЕНЯ Определение № 347 от 23.05.2013 г. по чнд № 379/2013 г. по описа на Пловдивския окръжен съд и вместо това **ПОСТАНОВЯВА**:

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ предложението на Пробационния съвет в гр. Пловдив за замяна на основание чл.43а, т.2 НК на неизтърпяния остатък от наложеното на осъдения [X] наказание „Пробация“, наложено по нохд №1517/2007 г. на Районен съд гр. Пловдив.

Определението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ: **ЧЛЕНОВЕ: 1.**

2.

предотвратяване на изтезанията, Европейските правила за затворите, както и с препоръките на Съвета на директорите на европейските затворни администрации към правния департамент на Съвета на Европа, които определят лишаването от свобода като най-тежка крайна мярка за противодействие на престъпността“. В тази насока са и заключенията на участниците в организираната Конференция 24-25 юни 2002 г. от Министерство на правосъдието в издадения сборник „Приложимостта на пробацията“, С., 2002.

ФОНДАЦИЯ „АМЕРИКА ЗА БЪЛГАРИЯ"

Фондация „Америка за България" подпомага израстването и укрепването на динамична пазарна икономика и демократично общество в България и подкрепя страната в постигане на пълния й потенциал на успешна и модерна европейска нация. Основана през 2008 година, фондацията е наследник на Българо-американския инвестиционен фонд, създаден от правителството на САЩ чрез Американската агенция за международно развитие. Грантовете, които фондация „Америка за България" предоставя, продължават отношенията на доброжелателство и приятелство между народите на САЩ и България.

The America for Bulgaria Foundation assists in growing and strengthening a vibrant market economy and democratic society in Bulgaria, helping the country to realize its full potential as a successful, modern European nation. Founded in 2008, the ABF is a successor to the Bulgarian American Enterprise Fund, an investment fund created by the U.S. government acting through the U.S. Agency for International Development. The grants provided by ABF build on the legacy of goodwill and friendship that exists between the American people and the citizens of Bulgaria.

http://www.americaforbulgaria.org

СЪЮЗ НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ

Съюзът на съдиите в България е независима, доброволна, професионална организация, обединяваща съдиите в България и съдействаща за защита на техните професионални, интелектуални, социални и материални интереси, за укрепване на престижа на съдилищата в България. Дейността си Съюзът осъществява съобразно нормите на Конституцията на Република България, действуващото в страната законодателство и своите цели, без да разпределя печалба.

Целите на Съюза са: да обединява съдиите в България в общо цяло за спомагане защитата на техните професионални, интелектуални, социални и материални интереси; да работи за укрепване на професионалния и обществен престиж на съдилищата в България; да работи за повишаване на квалификацията на съдиите и да подпомага професионалната им реализация; да подпомага създаването и приемането на законопроекти, касаещи ефективната дейност на съдебната система.

http://www.judgesbg.org

СЪЮЗ
НА СЪДИИТЕ
В БЪЛГАРИЯ

AMERICA FOR BULGARIA
FOUNDATION
Фондация Америка за България

РАЗПРОСТРАНЯВА СЕ БЕЗПЛАТНО