

СЪДИЙСКИ ВЕСТНИК

Издание на Съюза на съдиите в България

статии

коментари

новини

преглед на съдебната практика

кн. 2/2013 г.

СЪЮЗ НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ

СЪДИЙСКИ ВЕСТНИК

Издание на Съюза на съдиите в България

СЪДИЙСКИ ВЕСТНИКЪ

Органъ на Сдружението на българските съдии

*периодично издание
година II, книжка 2
април – юни 2013 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 МИТКОВА – юрист

Любослава ЙОРДАНОВА – юрист

Преслав РОЛИНСКИ – 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

Становище на Съюза на съдиите в България относно липсата на критерии при командироването на магистрати.....	5
Становище на Съюза на съдиите в България по повод проблеми с атестациите на съдии, участващи в конкурси за повишаване и преместване	8
Становище на Съюза на съдиите в България по повод коментар относно работата на съдии от съдебния район на Окръжния съд – Смолян в телевизионно предаване.....	10
Становище на Съюза на съдиите в България относно ролята на Висшия съдебен съвет за отстояване на авторитета и независимостта на съдебната власт	13
Становище от младши съдии по повод критериите за избор на членове на конкурсните комисии за провеждане на конкурсите за младши съдии.....	18

СТАТИИ

Развитието на върховенството на закона и независимостта на съдебната система в съвременна Европа - <i>Бърнард Макклоски</i>	233
Какво (не) знаем за съда, оправдал Георги Димитров по време на така наречения „Процес за опожаряването на Райхстага“ – <i>Нели Куцкова</i>	355
Тежестта на доказване на оставането без работа след незаконно уволнение на работник или служител – <i>Васил Петров</i>	39
Дискусиионни въпроси, свързани с прилагането на чл. 43 от Закона за обществени поръчки: непредвидени обстоятелства, пестия и прекратяване – <i>Мария Шаркова</i>	500
Размисли относно юридическата същност на нормата от особената част на наказателния закон – <i>Христофор Манчев</i>	600
Проблемите свързани с придобивната давност и упражняването на правата на длъжника по чл. 134 ЗЗД, в светлината на Тълкувателно решение № 4/2012 Г., ОСГК на ВКС – <i>Борислава Първанова</i>	711
Към проблематиката на морския протест – <i>Васил Александров</i>	95

ПРЕГЛЕД НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

Процесуално легитимиран ли е административният ръководител на орган на съдебната власт, да обжалва решение на Висшия съдебен съвет за определяне броя на магистратите в съответния съд или прокуратура.....	116
---	-----

СЪДЕБНА ЕТИКА, БЕЗПРИСТРАСТНОСТ НА СЪДИЯТА, КОНФЛИКТ НА ИНТЕРЕСИ.

За съотношението между образувано досъдебно производство срещу магистрат и стандартите на доказване в дисциплинарното производство	121
--	-----

АРХИВ

Искове за обезщетение на вреди и загуби, причинени от съдии, прокурори и други съдебни служители – <i>Димитър Силяновски</i>	131
--	-----

ДИСКУСИИ

Дискусии.	135
----------------	-----

TABLE OF CONTENTS

REPORTS

Statement of the Bulgarian Judges Association Regarding the Lack of Criteria for the Commissioning Magistrates to Other Districts.....	5
Statement of the Bulgarian Judges Association Regarding Problems with Attestation of Judges Participating in Competitions for Promotion and Transfer	8
Statement of the Bulgarian Judges Association Regarding Television Program Commentary on the Work of Judges from the Region of Smolyan District Court.....	10
Statement of the Bulgarian Judges Association Regarding the Role of the Supreme Judicial Council for Upholding the Authority and Independence of the Judiciary.....	13
Statement of Junior Judges Regarding the Selection Criteria for Members of the Selection Committees for the Competitions for Junior Judges	18

ARTICLES

Development of the Rule of Law and Independence of the Judiciary in Contemporary Europe – <i>Bernard McCloskey</i>	23
What We (Do Not) Know about the Court that Acquitted Georgi Dimitrov in the So-called “Reichstag Fire Trial” – <i>Nely Koutsikova</i>	35
Burden of Proof for Absence of Employment after Wrongful Dismissal of an Employee – <i>Vassil Petrov</i>	39
Discussion Questions Regarding the Application of Art. 43 of the Public Procurement Act: Contingency, Cessio and Termination – <i>Maria Sharkova</i>	50
Reflections on the Legal Nature of the Norm of the Special Part of Criminal Law – <i>Hristofor Manchev</i>	60
Problems Associated with Prescription and the Rights of the Debtor under Art. 134 of the Obligations and Contracts Act, in light of Interpretative Decision № 4/2012 of the General Meeting of the Civil Panel of the Supreme Court of Cassation – <i>Borislava Parvanova</i>	71
To the Problems of the Sea Protest – <i>Vassil Alexandrov</i>	95

JUDICIAL REVIEW

Does the Administrative Head of a Body of the Judiciary Have the Procedural Standing to Challenge a Decision of the Supreme Judicial Council Determining the Number of Judges in the Respective Court or Prosecution.....	116
---	-----

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

On the Correlation between Pre-trial Proceedings against Magistrates And the Standards Of Proof In Disciplinary Proceedings	121
---	-----

ARCHIVE

Claims for Damages and Losses Caused by Judges, Prosecutors and Other Court Officials – <i>Dimitar Silyanovski</i>	131
--	-----

DISCUSSIONS

Discussions.....	135
------------------	-----

НОВИНИ

СТАНОВИЩЕ НА СЪЮЗА НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ ОТНОСНО ЛИПСАТА НА КРИТЕРИИ ПРИ КОМАНДИРОВАНЕТО НА МАГИСТРАТИ

ДО: ВИСШИЯ СЪДЕБЕН
СЪВЕТ НА РЕПУБЛИКА
БЪЛГАРИЯ

КОПИЕ: ДО Г-Н ГЕОРГИ
КОЛЕВ, ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
ВАС

Уважаеми членове на Висшия съдебен съвет,

От огласена в медиите информация научихме, че бившият член на Висшия съдебен съвет, г-н Петър Стоянов, считано от 20.03.2012 г. е командирован във Върховния административен съд.

Настоящото писмо няма за цел да обсъжда правните познания и личните качества на командированя, но кратката професионална биографична справка за г-н Стоянов показва, че той няма опит в гражданското и административното правораздаване. Това е от съществено значение, доколкото като съдия в Трето отделение на Върховния административен съд, г-н Стоянов ще бъде последна инстанция по дела, свързани с държавната и общинската собственост, актове на органите на местното самоуправление и местната администрация и др. – дела с огромен материален и обществен интерес.

Ние не отричаме института на командироването, защото считаме, че той е полезен за краткосрочно решаване на проблеми, свързани с възникване на временен кадрови дефицит в даден орган на съдебната власт. Същевременно, тъкмо неотложността налага да бъдат командировани съдии, които няма да имат нужда тепърва, във върховната инстанция, да се запознават с правната материя. Неведнъж сме имали възможност да заявим, че командироването по еднолично усмотрение на председателя на съда може да е опасна тенденция, тъй

като се превръща в прикрит способ за кариерно израстване, игнориращ конкурсното начало.

Командирането без правила търпи упреци, че се основава на личните симпатии на председателя на съответния орган и че създава опасност, съдии без необходимата професионална подготовка да правораздават в горестоящ, включително върховен, орган на съдебната власт. То създава професионална несигурност у командированите магистрати и ги прави податливи на влияние от страна на председателите и несигурни от това, че командироването може да бъде прекратено отново по еднолична преценка. Това, освен че действа демотивиращо върху останалите магистрати, не е и в интерес на правосъдието, защото е един от механизмите за създаване на вътрешни за съдебната власт зависимости.

Тенденцията командироването да замества конкурсното начало и да се превръща в заобикалящ закона способ за кариерно израстване е особено отчетлива в последните години и е следствие от абдикацията на няколко поредни състава на ВСС да изпълняват вменените им от Закона за съдебната власт и чл. 130, ал. 6, т. 1 от Конституцията на Република България задължения да организират дейността по назначаване, повишаване и преместване на магистрати в органите на съдебната власт.

Настоящият състав на ВСС встъпи в длъжност с твърдо заявеното намерение да намери бързо и качествено решение на кадровия проблем чрез извършване на анализ на натоварването, регулярното провеждане на конкурси за повишаване и преместване в органите на съдебната власт и чрез въвеждане на правила и прозрачност при командироването. Въпреки демонстрираната при учредяването си воля да не допуска действия или бездействия, които уронват престижа на съдебната власт и създават усещане за непрозрачни механизми за вземане на решения, само в последните две седмици за трети път общественото внимание е ангажирано с обсъждането на спорни кадрови назначения. Такива бяха тези на Петьо Петров и Делян Пеевски, които поставиха отново на дневен ред ролята на ВСС в проверката и контрола на етичните качества на магистратите при назначаването и повишаването им. Липсата на обсъждане на твърдени зависимости и несъвместимости действа деморализиращо на магистратската общност и не поставя ясни критерии за дължимото етично поведение. Командироването на бивши членове на ВСС (на Радка Петрова от Окръжна прокуратура – Перник във ВКП, на Мая Кипринска от следовател към Окръжна прокуратура – Благоевград в

НСлС, на Георги Шопов от Окръжен съд – Пазарджик в Апелативния специализиран наказателен съд и на Петър Стоянов от Военен съд – София във ВАС) оставя сред магистратите и гражданите впечатление, че те получават чрез заобикаляне на закона своите „кариерни бонуси“. Същите „кариерни бонуси“, за които Петър Стоянов твърдеше пред Правната комисия на Народното събрание, че ако не бъдат гарантирани, членството във ВСС ще бъде „близко до мазохизъм и граничещо със здравия разум“. Във всички тези случаи съзираме и друга опасност – от задълбочаване на недоверието в съда.

Считаме, че в интерес на доброто управление на съдебната система е провеждането на необходимите конкурси да се осъществява ритмично и ако е необходимо – повече от веднъж годишно, а командироването да се извършва въз основа на изготвени от ВСС правила, което би отхвърлило съществуващите в обществото съмнения, че се използва като средство за награда, а понякога – и за наказание (например, обективен показател за справедлив подбор при командироването, лишен от намеци за непотизъм, би бил спазване на поредността на класирането на съдиите, които не са били назначени при предишния конкурс за съответния орган на съдебна власт).

По тази причина настояваме да извършите необходимото за изготвяне на правила за командироване, които административните ръководители да спазват и да въведете в практиката си ясни критерии за дължимото етично поведение от магистратите.

*От името на УС на ССБ,
Таня Маринова - председател*

**СТАНОВИЩЕ НА СЪЮЗА НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ ПО ПОВОД
ПРОБЛЕМИ С АТЕСТАЦИИТЕ НА СЪДИИ, УЧАСТВАЩИ В
КОНКУРСИ ЗА ПОВИШАВАНЕ И ПРЕМЕСТВАНЕ**

**До председателя на Комисията по
предложенията и атестирането към
Висшия съдебен съвет**

**На вниманието на госпожа Милка Итова и
господин Камен Иванов**

Уважаеми госпожо Итова и господин Иванов,

Обръщам се към Вас по повод на съобщението от господин Камен Иванов, което отпрати до членовете на Гражданския съвет към ВСС на 10.05.2013 г., че не се насрочват дати за събеседване по обявените конкурси за повишаване и преместване, тъй като голяма част от кандидатите нямали актуални атестации.

В тази връзка и след анализ на относимите разпоредби на ЗСВ и Правилата за провеждане на конкурси за младши съдии и младши прокурори, за първоначално назначаване и за повишаване в длъжност и преместване на съдии, прокурори и следователи (Правилата) считаме, че не е налице нормативна пречка за паралелното организиране и провеждане на двете процедури (по събеседване и по периодично атестиране на кандидатите). Валидната атестация не е условие за допускане до конкурса, за което, съгласно чл. 191, ал. 2 ЗСВ, във вр. чл. 32, ал. 3 от Правилата, се изисква единствено заявление с приложение на изброените документи. Правомощието на Комисията по предложенията и атестирането на съдии, прокурори и следователи по чл. 191, ал. 3 ЗСВ е да допуска кандидатите до конкурс само въз основа на извършена проверка на тези документи.

Съгласно чл. 192, ал. 1 и ал. 2 ЗСВ атестирането има значение при определяне на общата оценка и класирането. Подготовката на конкурсните комисии за събеседването също изисква технологично време. Считаме, че не е налице пречка да се изберат изпитните комисии, като едновременно с това се изготвят периодичните атестации на кандидатите.

Вярваме, че обявените от Вас конкурси за повишаване в длъжност и преместване ще бъдат проведени прозрачно, тъй като приетите от Вас Правила в пълна степен гарантират това. В същото време, предвид изключителния кадрови дефицит в някои звена на съдебната власт, те следва да бъдат проведени и експедитивно.

Убедени сме, че това може да се случи, доколкото организирането на предстоящото събеседване, едновременно с процедурата по периодично атестиране на кандидатите, би съкратило необходимото технологично време значително. Честното класиране на кандидатите може да бъде гарантирано като се съобрази времето, необходимо за влизане в сила на атестациите с датите на насроченото събеседване, така че конкурсната комисия да разполага с тях. Убедени сме, че опитът Ви в процедурите по атестиране ще позволи да постигнете оптимална организация на конкурсите.

В тази връзка, позволете да Ви предложим да разпоредите необходимото съдействие на ПАК и изпитните комисии за събеседването по обявените от Вас конкурси за повишаване в длъжност и преместване и едновременно с това да довършите периодичното атестиране на кандидатите, което да приключи преди провеждане на събеседването, за да се ускори процеса, но и да се гарантира честното класиране на кандидатите.

*От името на УС на ССБ,
Таня Маринова - председател*

СТАНОВИЩЕ НА СЪЮЗА НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ ПО ПОВОД КОМЕНТАР ОТНОСНО РАБОТАТА НА СЪДИИ ОТ СЪДЕБНИЯ РАЙОН НА ОКРЪЖНИЯ СЪД – СМОЛЯН В ТЕЛЕВИЗИОННО ПРЕДАВАНЕ

Уважаеми колеги съдии, членове на Съюза на съдиите в България,

Както е известно на всички ни, намираме се в ситуация на предизборна надпревара, когато изкушението да изтъкнеш себе си, охулвайки другите, е твърде силно. В последните две седмици наблюдаваме, че хулите нееднократно се насочват срещу българския съд, въпреки че той не е участник в изборите. Преминава се границата между основателната критиката и неподправената манипулация.

Такъв пример е предаването „Паралакс“ на телевизия „СКАТ“ от 13.04.2013 г., в което в продължение на няколко часа бяха обсъждани решения на районен съд Златоград и окръжен съд Смолян по дело, което все още е висящо и предстои да бъде разгледано от Върховния касационен съд. Делото е брачно и основният спорен въпрос по него е за родителските права върху малолетно момиченце, което живее със своя баща в град Неделино. Съдът е предоставил упражняването на родителските права на майката, което в никакъв случай не е в противоречие с трайно установената съдебна практика. В случая майката е румънка, поради което се променя и местоживеенето на детето. Разбираема е мъката на всеки един родител, който се бори за детето си, за нас съдиите е добре познато и ожесточението на родителите по тези дела. Поради това не би следвало бащата да бъде упрекуван за внушенията и оскърбленията, изречени в ефир срещу съдиите. В случая обаче прави впечатление, че политическата сила Национален фронт за спасение на България, която участва в изборите като „партията на телевизия СКАТ“, на 30 март (2 седмици преди предаването), е учредила в Неделино своя партийна структура. Предаването беше озаглавено „Съдии се изгавриха с живота и съдбата на българско дете“ и в него бяха подложени на цинично обсъждане личният живот на конкретните съдии, семейният им статус, правните им познания. Нееднократно бяха направени внушения за корупция и бяха обругани всички съдии от Смолян – и то не от бащата, а от водещи на партийната телевизия.

Подобни медийни внушения не допринасят нито за подобряване на правораздаването, нито за изграждане на правосъзнанието, нито

отговарят на европейските стандарти за зачитане правата на всички граждани на страни-членки на Европейския съюз, независимо от тяхната националност. Съдът не може да проявява пристрастност в такива процеси, а публичното им използване за външни манипулации винаги засяга най-силно психическото развитие на детето. Отговорното медийното отразяване на подобни случаи, включително при защита на правата на български граждани в чужбина, следва да е основано на добрите журналистически практики за разясняване на правните аспекти и съдебните актове без да се засягат необосновано личното и професионално достойнство на правораздавателните органи.

На 23.04.2013 г. не партия или медия, а деполитизирана държавна институция – Агенция „Митници“ излезе с гръмкото изявление: **„Тази нощ законът коленичи и монополът победи“** по повод акт на Софийския административен съд, приложил предвидена в закона мярка „спиране на предварителното изпълнение на административен акт“. И това също по висящо дело, което предстои да бъде разглеждано по същество на няколко съдебни инстанции.

Апелираме към членовете на ВСС да упражняват ефективно правомощието си, което публично обещавах при представяне на концепциите преди избора им, да защитават независимостта на съдебната система и на колегите си, особено когато е засегната от междуинституционални нападки и е обект на посегателства, преследващи политически цели.

Очевидно непрекъснато следва да бъдат припомняни установените европейски стандарти – например задължителната за всички държави-членки на Съвета на Европа препоръка на Комитета на министрите *CM/Rec(2010) 12*, в която изрично е регламентирана независимостта на съдиите от външен натиск, внушения и манипулации **„Външната независимост на съдиите не е прерогатив или привилегия, предоставена в интерес на самите съдии, а в интерес на върховенството на закона и на хората, търсещи и очакващи справедливо правосъдие. Независимостта на съдиите следва да се възприема като гаранция за свобода, зачитане на човешките права и безпристрастно прилагане на закона.“**

Управителният съвет на ССБ се обръща към своите членове с призив, внимателно да следят предизборните дебати и изяви на политически сили по места. Да запомнят интелегентните и конструктивни идеи за подобряване на правосъдието, ако такива бъдат

представени, за да ги обсъдим после заедно и да ги подкрепим. Същевременно, незабавно да сигнализираме УС за случаи, при които съдът бива обругаван с политическа цел. УС на ССБ заявява, че няма да остави без реакция опитите да се влияе върху изхода на висящи дела чрез публично обругаване на колеги съдии, въпреки че не разполага с властническите правомощия на ВСС и прокуратурата.

*От името на УС на ССБ,
Таня Маринова – председател*

СТАНОВИЩЕ НА СЪЮЗА НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ ОТНОСНО РОЛЯТА НА ВИСШИЯ СЪДЕБЕН СЪВЕТ ЗА ОТСТОЯВАНЕ НА АВТОРИТЕТА И НЕЗАВИСИМОСТТА НА СЪДЕБНАТА ВЛАСТ

Госпожи и господа членове на Висшия съдебен съвет,

Обръщаме се към Вас, обезпокоени от липсата на адекватни действия, които да дадат отговор на множеството въпроси, вълнуващи професионалната общност и цялото общество, за състоянието на независимостта на съдебната власт и авторитета на нейни представители. Многократно сме поставяли за обсъждане конкретните мерки, които се налагат за възстановяването на доверието в съдебната власт, включително чрез отстояване на независимостта на съда от политически натиск, от влияния от икономически и властови лобита, от вътрешно-системните форми на нерегламентирано въздействие по административен път, от ниския праг на толерантност към конфликтите на интереси и търговията с влияние.

В края на април 2013 г. публично бяха оповестени в медиите 18 аудиозаписи на разговор между бившия премиер Бойко Борисов (към момента на разговора – кандидат-депутат), бившия министър на земеделието Мирослав Найденов (към момента на разговора – обвиняем) и тогавашния градския прокурор на София Николай Кокинов. Оттогава досега очаквахме ВСС да вземе становище по този случай. Не е пресилено да признаем, че скандал с такава интензивност в съдебната власт не се е случвал, защото никога в такава драстична степен из основи не е бил компрометиран конституционният принцип на разделението на властите. Извън конкретното недопустимо поведение на участниците в разговора по обсъждане на неприключили наказателни разследвания, от съдържанието на аудиофайловете, широко медиино отразени, гражданите научиха, че градският прокурор на София (избиран за два последователни мандата от два състава ВСС) счита, че кариерата му (и възходите ѝ, и неудачите) не зависи единствено от кадровия орган на ВСС и собствените му качества. Недвусмислено ясно е изразено и разбирането, че неговата кариерна съдба не е изключение (г-н Кокинов показва убеденост, че г-н Борисов като премиер е “избрал” главния прокурор). Уронването на престижа на съдебната власт и на доверието в нейната независимост се задълбочават и от убедеността на събеседниците, че

изходът от делата, които коментират, не зависи единствено от доказателствата и закона.

Впоследствие главният прокурор потвърди, че такъв разговор действително е бил проведен, а Вие приехте оставката на г-н Кокинов от длъжността на административен ръководител на Софийската градска прокуратура. Съдържанието на разговора обаче остана необсъдено от Вас, не извършихте и проверка на тревожните факти за зависимост на прокурори от участниците в записи и от други лица, останали неназовани. В подобни случаи, макар и по-малко съкрушителни за авторитета на съдебната власт и правовата държава, ВСС е назначавал специална комисия (например за разпределението на делата в Благоевградския съдебен район; по случая “Красимир Георгиев” и др.), която да проучи твърденията, да провери фактическото състояние, да изведе системните проблеми и да предложи конкретни решения за преодоляването им. Само публичното оповестяване на Вашата оценка за това кое приемате за нередно и недопустимо в разпространения разговор може да доведе до начало на оздравителен процес за възстановяване на разрушеното доверие на редовите магистрати към конкурсите за повишаване и за избор на административни ръководители. Не съществува и друг начин за защита на собствената Ви независимост, която също беше поставена под съмнение в разговора между г-н Кокинов и бившия премиер с твърдението, че министър-председателят, а не Вие, е избрал главния прокурор.

Бездействието Ви се превръща в още по-остър проблем, защото предстои избор за овакантия пост на градски прокурор на София – същата прокуратура, която представлява интерес в подслушания разговор, овластена да разследва управляващите, магистратите и тежките икономически престъпления. Междувременно в медиите бяха публикувани нови дискредитиращи съдебната власт и Вас лично разговори, които се оказаха законно изготвени веществени доказателствени средства. В разговорите, разпространени миналата седмица, между лица, за които се твърди, че са магистрати (прокурори, настоящ член на ВСС и съдия), отново се поставя под съмнение легитимността на избора Ви като членове на ВСС. Еднозначното тълкуване на изнесеното съдържание (добило широка публичност) създава силно съмнение, че събранията за избори на членове на съдебния съвет са компрометирани от упражнено влияние от административни ръководители с цел да бъде постигнат точно определен желан от тях

резултат. От същите разговори става ясно и че упражняването на това влияние не е било безкористно, нито основано на принципни съображения. Официалното съобщение на прокуратурата за идентичността на оповестените в медиите разговори с такива, документирани чрез използването на специални разузнавателни средства в рамките на досъдебно производство, водено срещу магистрати, отхвърля възможността публикуваните в медиите реплики да са неавтентични или с манипулирано съдържание.

Дискредитирането на независимостта на ВСС рефлектира върху убедителността на цялостната му дейност, а в очите на гражданите вече е оспорена независимостта и на редовите съдии, прокурори и следователи.

В същото време продължи провеждането на конкурси за председатели на съдилища и административни ръководители на прокуратури, които публично бяха отразени в същия контекст на тревожните съмнения от разпространените разговори между представител на съдебната власт и бивши високопоставени представители на управляващите. Някои от изборите бяха определени като предрешени и като продължение на вредната за мотивацията на редовите съдии и за независимостта на съдебната власт тенденция да се създава съдебна номенклатура – председатели на съдилища да бъдат назначавани за председатели на други съдилища.

Считаме, че няма по-спешни проблеми пред съдебната власт от тези, свързани с разрушеното доверие на редовите съдии и прокурори към кадровия им орган. Липсата на доверие, че конкурсите се провеждат честно, отблъсква почтените и компетентни магистрати да участват в конкурси за избор на председатели на съдилища и административни ръководители. В същото време се разраства съмнението, че решенията „се договарят“ предварително и непрозрачно, че в процеса на решаване влияят икономически и политически фактори, поради което индивидуалните качества на кандидата остават унижително без значение. Несъмнено точно тази представа е и в основата на гражданското недоверие в независимостта на съдебната власт.

Уважаеми членове на Висшия съдебен съвет, очакваме Вашите незабавни действия за задълбочено изясняване на фактите, които демонстрират тревожно ниско ниво на институционална независимост на съдебната власт и на конкретни нейни представители. Изисква се да анализирате подробно, задълбочено и честно съдържанието на споменатите медийно разпространени разговори, да формулирате

проблемите и да дадете отговори: съществуват ли зависимости на членове на ВСС, прокурори, съдии и следователи от задкулисни центрове на власт; какъв е процесът, по който вземате решения; какви са резултатите от проверката на делата на г-н Кокинов (след пълна проверка на всяко негово съпричастие по дела, доколкото остана неопровергана информация в медиите, че той е докладвал резултатите от разследването срещу собственици на медии на министър-председателя); как се е осъществявало кариерното израстване на другите споменати магистрати и дали те са независими; какви мерки ще вземете, за да убедите съдиите и прокурорите, че изборите за председатели на съдилища и прокуратури не са предрешени и има смисъл те да участват в тях, защото ще ги класирате по способностите им, а не заради влиянието, което стои зад тях.

Убедени сме, че Законът за съдебната власт дава достатъчно възможности на Висшия съдебен съвет да предприеме активни действия в настоящата кризисна ситуация. Продължаващото бездействие в конкретната обстановка ще се възприеме от обществото като знак, че не търсите решение, защото сте част от проблема. В същото време всяко Ваше добросъвестно усилие по разкриване на проблемите на управлението на съдебната власт ще срещне нашата конструктивна подкрепа. Съдийската общност от години поставя във фокуса на общественото внимание въпроса за конституирането на ВСС тъкмо в аспекта на порочните практики при избор на делегати. Ненапразно предлагаме и продължаваме да застъпваме становището, че членовете на ВСС от съдебната квота трябва да се избират пряко от магистратите, за да няма съмнения, че изборът е предпоставен от упражняване на административно влияние. Обща наша отговорност е да въведем стандарт за независимост и етично поведение на съдиите, прокурорите, следователите и членовете на ВСС. Можем да продължим реформаторския процес заедно, защото само това ще убеди гражданите, че се водим единствено и само от обществения интерес.

От името на УС на ССБ

Таня Маринова – председател

Управителен съвет:

Атанас Атанасов

Борислав Белазелков

Екатерина Николова

Иван Ранчев

Милена Златкова

Мими Фурнаджиева

Петко Петков

Станислав Цветков

**СТАНОВИЩЕ ОТ МЛАДШИ СЪДИИ ПО ПОВОД КРИТЕРИИТЕ ЗА
ИЗБОР НА ЧЛЕНОВЕ НА КОНКУРСНИТЕ КОМИСИИ ЗА
ПРОВЕЖДАНЕ НА КОНКУРСИТЕ ЗА МЛАДШИ СЪДИИ**

До: Висшия съдебен съвет (ВСС)
на Република България

От: младши съдии, випуск 2005
г., 2006 г., 2007 г., 2009 г. и 2010 г.
(поименен списък в края на
писмото)

Относно: определяне броя и
съставите на конкурсните
комисии за провеждане на
конкурса за младши съдии

Уважаеми членове на ВСС,

Обръщаме се към Вас във връзка с взетите на 21.02.2013 г. решения¹ за определяне броя и съставите на конкурсните комисии за провеждане на конкурса за младши съдии.

Изразяваме нашата тревога от твърде широко формулираните критерии за избор на членове на конкурсните комисии, както и от начина на тяхното избиране. Приетите от ВСС *Правила относно реда за провеждане на конкурсите и за избор на административни ръководители в органите на съдебната власт*² (Правилата) дават доста широка дискреция на Съвета да въведе различни допълнителни изисквания към членовете на конкурсните комисии. Чл. 9, ал. 5 от Правилата изисква членовете да са съдии в окръжен съд, а съобразно решението на ВСС от 21.02.2013 г. по т. 2.1, тези съдии трябва да имат не по-малко от 10 години стаж в органите на съдебната власт, от които поне 5 години като съдия в окръжен съд.

Според нас така въведените критерии са крайно произволни и не дават възможност за създаването на основа за компетентно и обективно оценяване на кандидатите. Позицията на младшия съдия не следва да се

¹ Вж. Кратък стенографски протокол № 7 от заседанието на Висшия съдебен съвет, проведено на 21.02.2013 г.

² Приети с решение на ВСС с Протокол №39 от 28.11.2011 г., с последващи изменения и допълнения.

подценява. Става въпрос за член на въззивен (в повечето случаи) наказателен или въззивен граждански състав, с равен глас на останалите членове от съдебния състав. Въззивните съдебни актове в голямата си част не подлежат на обжалване и са окончателни. Ролята и значението на младшите съдии е била и обект на анализ в задължителната практика – вж. *Тълкувателно решение № 2 от 26.05.2005 г. по тълк. гр. д. № 2/2005 г., ОСГК и ТК на ВКС*. По наше мнение, това налага проверката на знанията на кандидатите за младши съдии да бъде извършвана от съдии, които имат идентични становища по въпросите на правото и сравнително висок процент на потвърдени актове от страна на Върховния касационен съд (ВКС) – единственият съд, който по силата на чл. 124 от *Конституцията на Република България* осъществява върховен съдебен надзор за точното и еднакво прилагане на законите от всички съдилища. В конкретния случай качеството на работата на членовете на конкурсните комисии, както и нивото им на правоприлагане не е отчетено по никакъв начин. След като за успешното завършване на висше юридическо образование е необходимо да се премине през изпит пред комисия, в която задължително участва съдия от ВКС (чл. 11, ал. 3, т. 2 от *Наредбата за единните държавни изисквания за придобиване на висше образование по специалността „Право“ и професионална квалификация „юрист“*), то на още по-силно основание, когато се провежда конкурс на „входа“ на съдебната система, той следва да бъде проведен от компетентна комисия, с единни критерии за оценка.

Освен това, макар и със своето решение ВСС да е ограничил кръга на потенциалните членове на конкурсните комисии, това не е станало достатъчно ясно. Така например, не е ясно дали в групата на съдиите са включени тези, които са командировани в апелативните съдилища, както и във Върховния касационен съд. Защото последните напълно отговарят на въведените изисквания, но по реда на инстанционния контрол могат да проверяват работата на другите членове на конкурсната комисия, което поставя тези лица в условията на конфликт на интереси. Не без значение е и възможността в комисииите да бъдат включени съдии с влезли в сила дисциплинарни наказания.

Друг въпрос, на който бихме искали да обърнем внимание, касае броя на конкурсните комисии. Максималната обективност при проверката на знанията на кандидатите налага избягването на всякаква възможност за различен подход при изпитването и оценяването. Такава обективност може да бъде осигурена единствено със съществуването само

на една комисия, без значение за какъв период от време ще ѝ се наложи да работи. Освен всичко друго, по този начин могат да бъдат оптимизирани и финансовите разходи – проблем, който стои с пълна сила пред настоящия състав на ВСС³.

За нас не стана ясно и по какъв критерий са подбрани членовете на комисиите – представители на академичната общност, както и кои лица са включени като потенциални участници. За преподавателите по правни науки също могат да бъдат въведени определени изисквания, на които да отговарят, с цел осигуряването на приблизително еднакво ниво на изпитване и оценяване.

Освен изложените съображения относно съставите на комисиите, според нас е допуснато нарушение и при самия избор на членовете. Според чл. 9, ал. 5 от Правилата, поименният състав на комисиите се определя на основата на „...изтеглен на публично заседание жребий...“. Жребият предполага физическото наличие на еднакви по вид предмети, които имат значението на условен знак с имената на потенциалните членове, като изборът на конкретните става чрез посочването им и „изтегляне“. Както в законодателството, така и в съдебната практика, няма жребий, който да се осъществява чрез компютърна програма. Задача на администрацията на ВСС е да обезпечи технически възможността за реален избор на членовете на конкурсните комисии, чрез жребий, като имената на съответните съдии бъдат „изтеглени“.

Съобразно *Становище № 1 (2001 г.) на Консултативния съвет на европейските съдии относно стандартите на независимост на съдебната власт и несменяемостта на съдиите*, първоначалното назначаване на кариерните съдии трябва да почива на „...обективен успех в изпит“ (“objective success in examination”). Ние не оценяваме качествата на подбраните съдии за членове на конкурсните комисии, защото в голямата си част тяхната работа ни е неизвестна, но смятаме, че за да се достигне до максимална равнопоставеност и обективност за кандидатите, биха могли да се въведат допълнителни критерии за включването в списъците на потенциалните изпитващи. По наше мнение, добър вариант е съставянето на списъци с имената на конкретни съдии, които да бъдат изготвени от съдиите във ВКС на общо събрание. Върховните съдии познават работата на колегите си и ежедневно оценяват техния професионализъм. Освен това, предоставянето на избора на съдиите от ВКС ще отстрани всички съмнения, че ВСС може да има интереси при

³ Видно и от последното проведено заседание на ВСС от 21.02.2013 г. – решение по т. 8.

провеждането на конкурсите. Така или иначе, ролята на административния орган при подбора на конкурсните комисии, се изчерпва с провеждането на предвидения в Правилата жребий.

При приемането на своите актове ВСС трябва да действа външно убедително и да изключи всички възможни съмнения. Провеждането на конкурси за млади съдии е отговорна дейност и към нея следва да се подхожда с необходимата степен на ангажираност, без оправдания за липса на време и желание за работа. До провеждането на конкурса има достатъчно време за преразглеждане на посочените решения и за създаването на условия за обективно съревнование между кандидатите за млади съдии и избор на най-добрите от тях.

Използваме случая да Ви пожелаем спорна работа!

С уважение:

Татяна Костадинова – съдия в Софийски районен съд (випуск 2005 г.)

Биляна Балинова – съдия в Софийски районен съд (випуск 2005 г.)

Райна Мартинова – съдия в Софийски районен съд (випуск 2006 г.)

Деница Славова – съдия в Районния съд – Варна (випуск 2006 г.)

Лора Митанкина – съдия в Софийски районен съд (випуск 2007 г.)

Галина Василева – съдия в Районния съд – Силистра (випуск 2007 г.)

Пламен Пенев – съдия в Районния съд – Луковит (випуск 2007 г.)

Стою Згуров – съдия в Районния съд – Смолян (випуск 2007 г.)

Мария Дончева – съдия в Софийски районен съд (випуск 2009 г.)

Васил Петров – младши съдия в Софийски градски съд (випуск 2010 г.)

Владислава Цариградска-Бировска – младши съдия в Окръжния съд – Ловеч (випуск 2010 г.)

Иван Георгиев – младши съдия в Окръжния съд – Видин (випуск 2010 г.)

Илина Златарева – младши съдия в Окръжния съд – Враца (випуск 2010 г.)

Силвия Хазърбасанова – младши съдия в Окръжния съд – Сливен (випуск 2010 г.)

Васил Ставрев – съдия в Районния съд – Дряново (випуск 2010 г.)

Атанас Христов – съдия в Районния съд – Разград (випуск 2007 г.)

Надежда Александрова – съдия в Районния съд – Русе (випуск 2006 г.)

Лилия Александрова – съдия в Административния съд – Бургас (випуск 2006 г.)

Милен Бойчев – съдия в Окръжния съд – Русе (випуск 2010 г.)

СТАТИИ

РАЗВИТИЕТО НА ВЪРХОВЕНСТВОТО НА ЗАКОНА И НЕЗАВИСИМОСТТА НА СЪДЕБНАТА СИСТЕМА В СЪВРЕМЕННА ЕВРОПА¹

*Бърнард Маккლოსки**

[1] Принципът на върховенство на закона категорично не е достояние само на т.нар. цивилизовани или икономически развити страни. Безспорно е обаче, че в страните, които са засегнати в голяма степен от икономически проблеми и лишения, понятието „върховенство на закона“ е относително изпразнено от реално съдържание. Размишлявайки върху проблемите на бедните, лишените и онеправданите, установяваме, че е налице връзка между върховенството на закона и икономическите и социалните права. Можем ли да говорим за истински действено върховенство на закона там, където тези права не се зачитат?² Необходимостта практикуващите юристи и съдиите не само действително да служат на обществото, но и да се осигури общественото доверие в тази тяхна мисия, днес е по-наболяла от всякога.

[2] **Независимостта на съдебната система е неотделима от върховенството на закона.** Независимостта на съдиите е гарантирана отчасти чрез закони, които им осигуряват несменяемост, и отчасти чрез мерки, чиято цел е да се гарантира в максимална степен, че те са достойни личности, които са назначени въз основа на техните качества, а не на политическите им връзки. Налице е конкретна заплаха за независимостта на съдебната система, която следва да ни тревожи. Става

¹ Доклад, изнесен в посолството на Република Ирландия в гр. София на 15.03.2013 г. Редакционната колегия изказва благодарност на автора за предоставянето на текста, както и на служителите в посолството на Република Ирландия за осъществено съдействие и за представения превод на доклада.

* Съдия във Върховния съд на Северна Ирландия. Заместник-председател на Комисията за границите на избирателните райони в Северна Ирландия. Преподавател в Кралски университет в Белфаст. Член на Асоциацията на европейските административни съдии.

² Тези права *не* са предмет на защитата, регламентирана от Закона за правата на човека от 1998 г. За сметка на това те са включени в проекта на Закон за правата, внесен от Комисията за правата на човека на Северна Ирландия в Изпълнителния орган в Стормонт. Макар че този професионално изготвен документ заслужава като минимум да бъде предмет на рационален и информиран обществен дебат, за момента той остава без разглеждане.

дума за все по-изразената тенденция политици и журналисти да отправят невъздържани и дори агресивни нападки срещу съдии, произнесли решения, които те не приемат.

Гаранции за независимостта на съдебната система

[3] Макар че от днешна гледна точка може да изглежда изненадващо, независимостта на съдебната система в Обединеното кралство е призната официално от държавата едва със Закона за конституционна реформа от 2005 г.³ Законодателството на Северна Ирландия съдържа аналогични разпоредби в раздел 1 от Закона за правосъдието (Северна Ирландия) от 2002 г. Съгласно тях първият министър, заместник първият министър, министрите на Северна Ирландия и всички лица, на които са възложени отговорности, свързани със съдебната система или правосъдието, *„трябва да отстояват трайната независимост на съдебната система“*.

ЕКПЧ

[4] В член 6 от Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) е предвидено следното:

*„Всяко лице, при определянето на неговите граждански права и задължения или при наличието на каквото и да е наказателно обвинение срещу него, има право на справедливо и публично гледане на неговото дело в разумен срок от **независим и безпристрастен съд**, създаден в съответствие със закона“*.

[Подчертаването е на автора].

Съвет на Европа

[5] Гаранцията за независимо правосъдие е едно от всеобщо признатите **права на човека**. Съвременната история на защитата на правата на човека на европейско равнище започва с Устава на Съвета на Европа, приет в Лондон на 5 май 1949 г. Това е една от най-важните

³ Вж. по-конкретно раздели 1 и 3.

европейски и световни [ООН] инициативи, предприети като реакция на ужасите на Втората световна война.

[6] В Устава на Съвета на Европа целта на тази организация е определена по следния начин:

„... да постигне по-тясно единство между своите членове с оглед съхраняването и осъществяването на принципите и идеалите, които са тяхно общо наследство, и да подпомага техния икономически и социален прогрес“.

Освен това е посочено, че тази цел ще бъде преследвана посредством органите на Съвета. В член 3 е предвидено следното:

„Всяка държава-членка на Съвета на Европа признава принципа на върховенството на закона и принципа, по силата на който всяко лице, намиращо се в пределите на нейната юрисдикция, трябва да се ползва от правата на човека и основните свободи. Всяка държава-членка се задължава да сътрудничи искрено и активно за постигане на целта на съвета...“

Членовете на Съвета на Европа понастоящем наброяват 47 държави. България стана 26-та държава-членка през май 1992 г., след падането на Комунистическата партия от власт и произтеклите от това радикални политически промени, включващи свободни избори.

[7] Да направим разграничение между Съвета на Европа и Европейския съюз, който има 27 държави-членки. Тези две международни организации са много различни както по отношение на конституционната им основа, така и по начина им на функциониране. Важно е обаче да се подчертае, че два основни фактора, които са общи за двете организации, са върховенството на закона и защитата на основните права и свободи на гражданите.

ЕКПЧ

[8] В кратък срок след приемането на Устава на Съвета на Европа, през 1950 г. е приета и Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи. Тя съдържа, наред с другото, следната резолюция:

„... като правителства на европейски страни, които имат общи ценности и общо наследство от политически традиции, идеали, свободи и върховенство на закона, да направят първата крачка към съвместното осъществяване на някои от правата, провъзгласени от [Всеобщата декларация за правата на човека на ООН, 10 декември 1948 г.]“.

Заявявайки своето съгласие със съдържанието на ЕКПЧ, държавите — страни по конвенцията, декларират:

„... своята дълбока вяра в тези основни свободи, които представляват фундамент на справедливостта и мира в целия свят и могат по-ефикасно да бъдат осъществени, от една страна, по пътя на действената политическа демокрация, а от друга, чрез общо разбиране и спазване на правата на човека, от които тези свободи зависят“.

България ратифицира ЕКПЧ през 1992 г., с което конвенцията стана част от българското законодателство. От този момент българските граждани се ползват от правото да подават индивидуални жалби пред Европейския съд по правата на човека в Страсбург (след изчерпване на възможностите за защита на правата им съгласно националното законодателство), един от чиито членове е български гражданин. Понастоящем българският съдия е Здравка Калайджиева.

[9] В цяла Европа широко се приема мнението, че ЕКПЧ служи като катализатор за законодателни промени, задълбочаване на защитата на правата на човека на национално равнище и непряко стимулира процеса на хармонизиране на законодателството в Европа.

ЕКПЧ И ЕС

[10] Един от факторите, които са общи за България, Република Ирландия и Обединеното кралство, е членството в Съвета на Европа и ратификацията на ЕКПЧ. Следва да се отбележи, че всички държави,

които са се присъединили към ЕКПЧ, са се отказали доброволно от част от своя суверенитет. Те са приели да се подчиняват на механизмите на ЕКПЧ, които по-конкретно ги задължават да признаят правото на индивидуална жалба и да приемат юрисдикцията на един наднационален съд — Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ), със седалище в Страсбург. Историческото обяснение и обосновка за този доброволен частичен отказ от държавен суверенитет са видни от приведените по-горе цитати. Нещо повече, неговата аргументация изглежда необорима. Принципите, ценностите и стандартите, които обединяват държавите-членки на Съвета на Европа, като цяло съвпадат с тези, които обвързват държавите-членки на ЕС.

[11] Тези разсъждения ни напомнят за един от основните атрибути на системата на ЕКПЧ, която се отличава със съчетание от смиреност и образование:

- а) **смиреност**, защото отделните суверенни държави са предали доброволно част от своя суверенитет на структурите (включително Съд, който осъществява контрол) на една наднационална организация;
- б) **образование**, защото всяко решение на този наднационален съд има за цел да идентифицира слабости в системите за защита на правата на човека на държавата ответник, да мотивира последната да не допуска отново тези слабости и по този начин да ориентира, насочва и обучава **всички държави-членки на Съвета на Европа**.

[12] Наред с горното следва да се подчертае, че актът на ратификацията на ЕКПЧ от България не предизвика лавина от жалби. През 2012 г. Съдът в Страсбург разгледа 1 496 жалби, засягащи България. От тях 1 424 бяха обявени за недопустими или бяха отхвърлени. В останалите случаи Съдът в Страсбург се произнесе с решения по дела, засягащи България, които обхващат широк спектър от предметни области и дейности: условията в психиатрично лечебно заведение, поведението на полицейски органи, вътрешната организация на религиозни общности, правата на политическите партии, принудителното извеждане на роми от жилища, незаконно построени на

общинска земя, държавните пенсии за осигурителен стаж, заплащането на такси за училищно обучение в България от руски граждани, депортирането на чужденци, забавянията на съдебните производства, условията в местата за лишаване от свобода и контрола върху специалните разузнавателни средства. През цялата история на Съда в Страсбург, този списък е сходен за по-голямата част от държавите-членки на Съвета на Европа, включително Ирландия и Обединеното кралство.

[13] Република България притежава всички атрибути на правова държава. Това ѝ качество на произтича от нейната нова конституция, приета от Великото народно събрание на 12 юли 1991 г. — знаково събитие, предхождано от свободни избори. Конституцията прогласява в член 4, в главата „Основни начала“, че:

„Република България е правова държава. Тя се управлява според Конституцията и законите на страната“.

В следващата алинея от член 4 е предвидено, че:

„Република България гарантира живота, достойнството и правата на личността и създава условия за свободно развитие на човека и на гражданското общество“.

Не е съвпадение, че България ратифицира ЕКПЧ на следващата година след приемането на Конституцията. По принцип конституциите регулират отношенията между гражданите и държавата и по този начин признават и защитават индивидуалните права и свободи. Конституцията на България не прави изключение в това отношение, което се потвърждава по-конкретно от разпоредбите в глава 2. Освен това Конституцията установява ясно разделение на властите. В това отношение бих искал да привлека по-специално вниманието към разпоредбата на член 117:

„Съдебната власт защитава правата и законните интереси на гражданите, юридическите лица и държавата. Съдебната власт е независима. При осъществяване на своите функции съдиите, съдебните заседатели, прокурорите и следователите се подчиняват само на закона“.

Тази разпоредба отразява конституционните принципи и разпоредби, възприети в целия свят. Тя подчертава красноречиво централната роля на независимата съдебна система. В настоящия момент България се намира в период на социална и политическа несигурност и промени. Тези процеси ще поставят на изпитание нейната конституция. Най-стабилните конституции не просто оцеляват при подобни процеси. Те следва да функционират като опорна точка за всички граждани, като източник и основание за промените и реформите, **като същевременно** са източник на увереност, сигурност и стабилност. Имаме всички основания да очакваме, че Конституцията на Република България, един солиден и свършен правен инструмент, ще окаже такова влияние. Тя трябва да се приема **от всички** като пътеводна светлина за **гражданите**.

ПРОБЛЕМИ, СВЪРЗАНИ С НЕЗАВИСИМОСТТА НА СЪДЕБНАТА СИСТЕМА

[14] Следва да подчертаем един конкретен проблем, който е общ, практически за всички европейски държави. Наличието на действено върховенство на закона и на действително независима съдебна система предполага да бъдат обезпечени необходимите системи за финансиране и подкрепа, които да гарантират подходящо първоначално образование и изчерпателно продължаващо образование.

[15] В местния контекст идейната концепция за изменение на Закона за съдебната власт от февруари 2012 г., разработена от Съюза на съдиите в България съвместно с 11 водещи НПО, активни в сферата на правосъдието, е документ, който провокира размисъл. Тясната връзка на този документ с препоръките на Европейската комисия и становищата на Венецианската комисия е особено впечатляваща. Извън границите на България подобна инициатива би била приветствана и насърчена. Очевидно е, че въпросите, във връзка с които следва да се предприемат мерки, включват назначаването и повишаването на съдиите, административното управление на съдилищата, независимостта на съдиите от прокурорите, независимостта им от правителството и ефикасният надзор върху всички тези аспекти. Изглежда е налице голямо пространство за сериозен дебат и значителни реформи. Дебати относно необходимостта от действителната прозрачност, ефективна отчетност,

резултатен и независим надзор и реално обществено участие се провеждат в много конституционни демокрации. Недостатъчното доверие в съдебната система на която и да е държава подкопава разделението на властите, отслабва защитата на правата и свободите на гражданите и в крайна сметка е предизвикателство към принципа на върховенство на закона. Опитът на всички държави-членки на ЕС и Съвета на Европа показва, че действителното и ефективно зачитане и популяризиране на принципа на върховенство на закона изисква силна политическа воля. Когато такава липсва, сме изправени пред нарастващо разочарование, липса на доверие, отчаяние и беззаконие — накратко, самата противоположност на върховенството на закона. Това е поуката от историята. Към нея можем да добавим всеизвестната истина, че пълното и правилно разбиране на истинското значение на свободата на изразяване на мнения, която е основно право, защитено от член 10 от ЕКПЧ, предполага, че медиите също изпълняват фундаментална роля в тази сфера в целия свят. Вярвам, че за всички европейски държави трайното членството в Европейския съюз и Съвета на Европа ще бъде положителен стимул за провеждане на реформи.

ПРИНЦИПЪТ НА ЗАКОННОСТ И НЕЗАВИСИМОСТТА НА СЪДЕБНАТА СИСТЕМА

[16] В актуалния си вид принципът на законност има признато значение за всички държави-членки на ЕС. Основният смисъл на върховенството на закона е, че всичко трябва да се прави в съответствие с него. Следователно, всеки министър или държавна агенция, които упражняват своите правомощия в която и да е област, трябва да обосновават своите действия със закона, което по принцип (макар и не винаги) означава, че тези действия трябва да се основават на парламентарен законодателен акт. Действията на държавните органи, в изпълнение на техните правомощия, по правило имат последици по отношение на законните права, задължения и свободи на физическите лица. Всички тези действия трябва да се основават строго на законодателно предвидени правомощия. Въпросът за наличието на необходимото правно основание за действията на тези органи се решава от съда. Това означава, че върховенството на закона се основава на принципа на законност. Върховенството на закона има и важно *вторично* значение във всички добре развити административноправни системи,

съгласно което действията на администрацията следва да се осъществяват в рамките на признати правила и принципи, които ограничават оперативната самостоятелност и имат за цел да предотвратят злоупотребите с нея. Отново съдът е компетентен да се произнася относно законното упражняване или злоупотребата с изпълнителните правомощия на администрацията.

[17] В този контекст изпъква жизненоважното значение на независимата съдебна система. Съгласно практиката на Съда на ЕС **основното право на ефективна съдебна защита е общ принцип на правото на Общността**. [вж. решението на Съда по дела C-154/04, **Alliance for Natural Health и други**, и C/362/06, **Sahlstedt срещу Комисията**]. Следователно законодателството на ЕС признава общото право на достъп до независими съдебни органи за решаване на спорове, свързани с правата, произтичащи от това законодателство. Същото право е признато и от ЕСПЧ като един от основните елементи на правото на справедлив процес, гарантирано от член 6 от ЕКПЧ. С Договорите е създадена особена правна система на ЕС, която е неразделна част от правните системи на държавите-членки и която националните съдилища са задължени да прилагат [вж. решението по дело ECR 585, **Costa срещу Enel** [1964 г.], стр. 593]. Във връзка с това следва да подчертаем три основни принципа:

- а) цялостното законодателство на ЕС се прилага като неразделна част от националното законодателство на държавите-членки, минимум на равноправни начала с това законодателство;
- б) законодателството на ЕС може да създава права в полза на физическите лица, на които те могат да се позовават пряко пред националните съдилища;
- в) националните съдилища са пряко задължени от законодателството на ЕС да прилагат това законодателство и да защитават гарантираните от него права на физическите лица.

В член 4, параграф 3 от Договора за Европейския съюз е предвидено, че:

„Държавите-членки вземат всички общи или специални мерки, необходими за гарантиране на задълженията, произтичащи от Договорите или от актовете на институциите на Съюза“.

Това задължение се прилага по отношение на националните съдилища на държавите-членки, както и към всички техни публични органи или институции. Казано накратко, всеки съдия в държава-членка на ЕС е и съдия на ЕС, който е задължен да защитава гарантираните от законодателството на ЕС права на гражданите. **Съдиите са обвързани преди всичко с правото на ЕС, чиито правни норми се прилагат с предимство пред националните. В определени случаи те трябва да прилагат с предимство законодателството на ЕС, което надделява над националното законодателство.**

[18] Във всички правни системи, национални или европейски, съдът е натоварен с конституционните правомощия да гарантира, че правата на гражданите не се нарушават в резултат на противозаконно упражняване на изпълнителни правомощия. Макар че в определени области (например националната сигурност) съдът се съобразява по подходящ начин с експертния капацитет на отговорните изпълнителни органи, той не трябва да се отклонява от своето основно задължение да дава правосъдие на всички категории лица. Това поставя в светлината на прожектора назначените съдии, системите за назначаването им условията, при които те изпълняват своите задължения. Никой не би оспорил, че независимостта на съдебната система е основополагаща ценност във всички развити страни. Не по-малко безспорна е взаимната връзка между върховенството на закона и независимостта на съдебната система: едното е невъзможно без другото.

[19] Отговорността на съдебните органи е, разбира се, обвързана с тяхната независимост. Така, както съдилищата са длъжни да прилагат парламентарните нормативни актове, независимо дали ги одобряват или не, както и да привеждат в действие законосъобразните решения на административните органи, независимо дали ги одобряват или не, така и Парламентът и административните органи трябва да изпълняват

съдебните решения, независимо дали са съгласни с тях, освен ако и докато те бъдат отменени.⁴

В ЗАКЛЮЧЕНИЕ

[20] Ще се позова на авторитетните и мъдри думи на лорд Бингам [бившия председател на Върховния съд на Обединеното кралство]:

„Основните характеристики на едно управление, което погизва върховенството на закона, са за съжаление твърде познати: среднощното чукане по вратите, внезапните изчезвания, показните съдебни процеси, подлагането на затворниците на генетични експерименти, измъкването на признания чрез изтезания, Гулаг и концентрационните лагери, газовите камери, геноцидът и етническото прочистване, разпалването на завоевателни войни. Списъкът е безкраен. По-добре е да се примирим със съществуването на някои спривави съдии и алчни адвокати“.

Амин! — биха казали всички в един глас. Но на по-прозаично равнище аз бих предложил към горния списък да се добави съвременният проблем с непропорционалните ограничения на достъпа до правосъдие. Ако не е осигурен подходящ такъв за всички членове на обществото, прогресивното подкопаване на върховенството на закона се превръща във все по-реална и тревожна перспектива. **Посланието в това отношение е, че самодоволството е враг на върховенството на закона.**

[21] Припомняйки повода за днешното събитие - отдаването на почит на Джеймс Баучер, би било подходящо заключение на моята презентация. За тази цел ще си послужи с думите на Майкъл Фоли (от Дъблинския технологичен институт):

„След смъртта на Баучер много кръгове засвидетелстват своята почит към него. Бившите министър-председатели на Гърция и България го описват като приятел на техните страни...“

⁴ B Re McFarland [2004 г], UKHL 17 и [2004 г.], 1 WLR 1289, параграф [7].

Като епилог, този забележителен журналист, потомък на англо-ирландски род, е почитан от крале, селяни, политици и дори от комунистическите власти в България.“

Баучер е погребан в центъра на българската православна духовност — Рилския манастир, а името му е дадено на булевард в столицата на страната. Простите думи на плочата, поставена на фасадата на бившия Грандхотел България, където той е живял, описват красноречиво Джеймс Баучер като:

„Искрен приятел на българския народ и радетел за българските национални интереси“.

И накрая, колекцията от статиите му, издадена от „София прес“ съдържа следните прости, но трогателни думи:

„България пази свещения спомен за Джеймс Баучер.“

Моята съпруга Катлийн и аз поднасяме искрените си благодарности на нашите любезни домакини и на всички вас за вашето внимание.

КАКВО (НЕ) ЗНАЕМ ЗА СЪДА, ОПРАВДАЛ ГЕОРГИ ДИМИТРОВ ПО ВРЕМЕ НА ТАКА НАРЕЧЕНИЯ „ПРОЦЕС ЗА ОПОЖАРЯВАНЕТО НА РАЙХСТАГА“

Нели Куцкова*

Тези, които сме тръгнали на училище преди 1989 г. знаем много за Лайпцигския процес и за героичното поведение на подсъдимия Георги Димитров, обвинен заедно с още двама българи – Васил Танев и Благой Попов, с германския комунист Ернст Торглер и с холандския комунист Маринус ван дер Любе за умишленото подпалване на Райхстага. Знаем също, че Димитров, Попов и Танев, както и Торглер са били оправдани от имперския съд в Лайпциг.

Какво обаче е не толкова известно у нас за общественото-политическите условия в Германия по време на процеса и кои са били членовете на съдебния състав

Приложимо право

Подпалването на Райхстага на 27.02.1933 г. е повод за приемане на *Наредбата за защита на народа и държавата*, чрез която на германските граждани се отнемат основни права като свобода на личността, право на свободно изразяване на мнение, свобода на сдружаването и на събранията. Тази Наредба е приета на 28.02.1933 г., на следващия ден след пожара. Предвидено е обратно действие на наказателния закон, като се въвежда смъртно наказание за престъпления като подпалвачество и държавна измяна, дори когато деянията са извършени преди промяната на закона. Този закон е приложен спрямо подсъдимия Маринус ван дер Любе, който е осъден на смърт и гилотиниран, като на семейството му е отказано дори предаване на мъртвото тяло.

Съдебният състав

Председател на съдебния състав е бил **д-р Вилхелм Бюнгер**, юрист с богата биография: прокурор, участник в Първата световна война, народен представител от Германската народна партия в парламента на Саксония от 1920 г. до 1930 г.; 1924 - 1927 г. министър на правосъдието, а от юли 1929 г. до февруари 1930 г. – министър-председател на Саксония.

* Съдия в Софийския апелативен съд.

От 1931 г. е съдия в имперския съд в Лайпциг. Умира на работното си място през 1937 г.

Останалите членове на съдебния състав са Херман Кьондерс, Валтер Фрьолих, Емил Лерш и Герхард Руш.

Следствието

По време на полицейското разследване са били разпитани над 500 свидетели. Първият съдия-следовател е бил отстранен и заменен с верен на режима такъв, който последователно е отказвал доказателствените искания на обвиняемите. Георги Димитров е държан в продължение на 5 месеца постоянно с белезници. Следственото дело е от 32 тома, резултатите от което са обобщени в значителен по обем обвинителен акт.

Съдебният процес

Процесът е открит на 21 септември 1933 г. Изследователи считат, че националсоциалистическото ръководство на Германия би искало да си спести нормален публичен процес. Към този момент това обаче не било възможно, тъй като преходът към диктатура още не е бил приключил. А освен това е имало и натиск от чужбина, включително в Лондон се провеждал паралелен процес.

В каква обстановка е правораздавал имперският съд в Лайпциг:

Процесът е бил наблюдаван критично както от управляващите в Хитлерова Германия, така и от международната общност.

В книгата „Пожарът в Райхстага. Кариерата на едно престъпление“, издадена през 2008 г. от автора Свен Келерхоф – редактор на ежедневника Die Welt, се казва:

„Нямало нито едно сериозно доказателство в полза на това обвинение. Нацистите даже не са се постарали да назначат начело на съда „свой“ съдия. Георги Димитров е бил известен оратор и в Лайпциг се е възползвал от предоставената му трибуна. Слабостта на позицията на нацистите е, че са се опитвали да докажат недоказуемото. Нито германските, нито българските комунисти са имали някакво отношение към подпалването на Райхстага. Председател на съда на процеса в Лайпциг е Вилхелм Бюнгер. Той не е бил противник на властта на нацистите, но и не я е приветствал. Обещал е да води „сериозен процес“, така и прави, макар нападките на нацистите срещу него да са били много остри“.

За илюстрация на политическата обстановка и отношението на управляващите към правораздаването, предоставям в превод **Откъси от речи на Херман Гьоринг** – вторият човек в държавата след Хитлер, който по силата на изричен закон, приет през 1934 г., е посочен за приемник на Хитлер в случай на неговата смърт. Известно е, че Гьоринг е разпитван като свидетел по делото срещу подсъдимите за подпалването на Райхстага.

ПРАВОВА ДЪРЖАВА

„Националсоциалистическата държава е и ще остане правова държава. Държавата, която ние създадохме заслужава много повече да бъде наречена „правова“, най-вече с оглед на това, че нейното право и нейните закони са създадени в общността на народа, защото всеки наш другар има съзнанието, че неговото очакване за справедливост ще бъде изпълнено. И най-после, че на всеки другар, който изпълнява задълженията си към обществото и работи за изграждането на държавата, ще му бъдат осигурени жизнено пространство, сигурност за живота и свобода на живота.

НИКАКЪВ ТЕРОР НА ПРАВОТО!

„Слава на Бога това състояние при нас е преодоляно веднъж завинаги. Искам с пълна яснота да подчертая следното: Както националсоциалистическата държава безмилостно настъпи срещу вътрешния враг на държавата и народа, срещу държавните изменници, които се опитваха да разклатят нашата устойчивост, така тя няма да позволи и никакъв терор и произвол в правосъдието. При нас никога няма да стане възможна присъда, при която да се налагат драконовски наказания срещу истински мъже, които са верни на гласа на своята кръв и с нищо не са нарушили действащи международни споразумения...”

НАШИЯТ ИДЕАЛ ЗА СЪДИЯ

„Към съдията на нашия Райх има най-високи очаквания. Съдията трябва да бъде жив носител на мироведа на националсоциализма. Нашият идеал за съдия е мъж, който е дълбоко свързан с народа и поради това може да прецени кое е полезно за народа и кое му вреди...”

Процесът

Първоначално процесът е бил предаван директно по радиото и записван на грамофонни плочи, като е бил целен политически пропаганден ефект. И до днес има съхранени аудиозаписи от съдебните заседания. След като обаче се оказало, че поведението на подсъдимите – най-вече на Георги Димитров, който се е защитава решително и компетентно на немски език, поставя в неизгодна позиция управляващите, директните радиопредавания били преустановени. Присъствието на многобройни представители на чуждестранната преса осигурявало международна трибуна на подсъдимите. Дори някои от свидетелите, които били принудени в концентрационни лагери да свидетелстват срещу подсъдимите, пред съда смело се отказали от показанията си, дадени по време на предварителното разследване.

Присъдата

На 23 декември 1933 г. съдът произнася присъдата. Маринус ван дер Любе бил признат за виновен и осъден на смърт. Останалите четирима подсъдими са оправдани – поради недостатъчно доказателства.

Според изследователи на Лайпцигския процес, въпреки същественото ограничаване на независимостта на съда, оправдал четирима от петте подсъдими, към декември 1933 г. все още режимът на Хитлер не е имал пълен контрол върху правосъдието.

След постановяване на оправдателната присъда по отношение на Димитров, Попов, Танев и Торглер, **Йозеф Гьобелс** /министър на пропагандата и информацията в нацистка Германия/ публично заявява: *„Това е невероятно, трябва да се погрижим за създаването на съдилища, които вземат решения в духа на партията.“* Скоро време след това така и става – нацистите учредяват „народен“ трибунал, оглавен от Роналд Фрайслер. Последният се прочува с това, че има само една присъда за почти всички обвиняеми: смърт.

Използвани материали:

Книгата *Justiz und Nationalsozialismus*, издадена през 1989 г. от Федералното министерство на правосъдието на Германия;

„Der Reichstagsbrandprozess in Leipzig 1933“ – Hans-Georg Breydy – 1997-1999;

„Пожарът в Райхстага. Кариерата на едно престъпление“ – 2008 г., автор Свен Келерхоф.

ТЕЖЕСТТА НА ДОКАЗВАНЕ НА ОСТАВАНЕТО БЕЗ РАБОТА СЛЕД НЕЗАКОННО УВОЛНЕНИЕ НА РАБОТНИК ИЛИ СЛУЖИТЕЛ¹

*Васил Петров**

1. Уводни бележки

Настоящият доклад е посветен на въпроса за тежестта на доказване на оставането без работа след незаконно уволнение на работник или служител.

Интересът към въпроса е въвн от всяко съмнение. Искът по чл. 344, ал. 1, т. 3 КТ за обезщетяване на вредите, претърпени от работника или служителя вследствие на незаконното уволнение, е процесуално средство за реализиране на материалноправната претенция по чл. 225 КТ. Нейната цел е да даде обезвреда на работника или служителя за загубения му доход вследствие на правонарушението на работодателя – незаконното уволнение. А загубеният трудов доход в повечето случаи е главният доход на работника или служителя, негово средство за издръжка и препитание. Именно това колкото правно, толкова и социално предназначение на иска, е основание да се очаква пълната безпротиворечивост на съдебната практика и на правната теория досежно предпоставките на тази претенция и нейното доказване.

2. Противоречивата практика на Върховния касационен съд

За съжаление, единство в практиката не е налице.

¹ С разпореждане от 20.06.2013 г. председателят на ВКС е образувал тълкувателно дело № 6/2013 г. по описа на гражданската колегия на ВКС по въпросите: 1. Отрицателните фактически твърдения на страните в производствата по граждански дела подлежат ли на доказване, по какъв начин, как се разпределя доказателствената тежест. 2. При предявен иск по чл. 344, ал. 1, т. 3 вр. чл. 225, ал. 1 КТ работникът или работодателят носи доказателствената тежест да установи факта, че след уволнението работникът е останал без работа и не е получавал трудово възнаграждение. Тълкувателното дело е образувано по реда на чл. 292 ГПК, след като състав на ВКС, IV г.о., допускателно касационно обжалване на решение № 7174 от 02.11.2012 г. по гр.д. № 7062/2011 г., на Софийския градски съд, е констатирал противоречива практика на отделни състави на ВКС по тези въпроси. Тъй като бях член на съдебния състав, постановил въззивното решение, което подписах с особено мнение именно по въпроса за тежестта на доказване на отрицателния факт на оставането на работника без работа след уволнението, мисля, че настоящият доклад би представлявал интерес. Изнесен е на Международна научна конференция по случай 20-годишнината от основаването на Юридическия факултет на Пловдивския университет, състояла се на 29-30.09.2012 г., и е използван като основа на особеното ми мнение по посоченото въззивно дело на Софийския градски съд.

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

ВКС в редица свои решения, постановени по реда на чл. 290 ГПК – решение № 97 от 02.03.2010 г. по гр.д. № 5156/2008 г., IV г.о., решение № 517 от 08.07.2010 г. по гр.д. № 335/2009 г., IV г.о., ВКС, и решение № 224 от 23.06.2011 г. по гр.д. № 1184/2010 г. III г.о., др., приема, че тежестта на доказване на обстоятелството, че след незаконното уволнение работникът или служителът е останал без работа, е върху работника или служителя. Приема се, че искът по чл. 344, ал. 1, т. 3 КТ за заплащане на обезщетение за времето, през което незаконно уволненият работник или служител е останал без работа, е осъдителен. За да бъде уважен този иск, трябва да са налице следните предпоставки: признаване уволнението за незаконно, наличие на вреда, която в случая се съизмерява с пропуснатото трудово възнаграждение или с разлика във възнагражденията за предвидения от закона максимален срок от 6 месеца. Доказването на вредата (оставане без работа по трудово правоотношение) е в тежест на ищеца, поради това, че този иск не е конститутивен за разлика от исковете по чл. 344, ал. 1, т. 1 и т. 2 КТ. Това доказване се приема, че може да стане с всички доказателствени средства – най-често на практика – трудова книжка и удостоверение от бюро по труда.

Налице е и практика в противния смисъл. С решение, постановено по реда на чл. 290 ГПК – № 394 от 18.05.2010 г. по гр.д. № 1584/2009 г., III г.о., ВКС приема, отрицателните факти не подлежат на доказване. Поради което за страната, която се позовава на такъв факт и има интерес от установяването му, не съществува доказателствена тежест за неговото доказване. ВКС приема, че разпоредбите на чл. 127, ал. 1 ГПК (отм.), респ. чл. 154, ал. 1 ГПК, касаят положителните факти, които се твърдят от страните и на които същите основават своите искания и възражения. Само тези факти като състояли се събития са се обективирали в действителността и с оглед на това могат да бъдат доказани.

ВКС определя като неправилна практиката на съдилищата при разрешаване на спор за присъждане на обезщетение по чл. 225, ал. 1 КТ да се възлага в тежест на работника установяването на факта, че за това време не е работил на друго място и не е получавал възнаграждение. Предявявайки иска за присъждане на обезщетение за определен период от време в рамките на законоустановените 6 месеца, работникът имплицитно навежда твърдение, че през това време е останал без работа и не е получавал доходи, поради което в тежест на работодателя е да установи в процеса обстоятелството, че работникът е работил на друго място и е получавал възнаграждение.

Съгласно мотивната част на Тълкувателно решение № 2/2010 г. от 28.09.2011 г. по т.д. № 2/2010 г., ОСГТК, решенията на тричленните състави на ВКС трябва да съдържат мотиви, в които се посочва правилната съдебна практика по въпросите, по които е допуснато касационно обжалване. Именно това обстоятелство в светлината на режима на касационното обжалване по новия ГПК съществено отличават тези решения както от решенията, които постановяват другите съдебни инстанции, така и от решенията на ВКС, постановени при действието на отменения ГПК. Тези мотиви, макар и изложени в процеса по решаването на конкретното дело, по необходимост имат по-общ характер, тъй като изясняват действителния смисъл на законовата разпоредба и дават принципно разрешение на поставения правен въпрос, приложимо при разрешаване на сходни казуси от съдилищата. Решенията по чл. 290 ГПК са задължително в тълкувателната си част за долустоящите на ВКС съдебни инстанции по силата на предоставената на тричленния състав на ВКС институционална компетентност да уеднаквява практиката, формирана от решения на въззивните съдилища и решения на Върховния съд или на Върховния касационен съд, постановени преди влизане в сила на действащия ГПК, като част от общото правомощие на ВКС да осъществява върховен съдебен надзор за точното и еднакво прилагане на законите от всички съдилища.

По въпроса, предмет на настоящия доклад, обаче е налице противоречие между възприетото тълкуване на закона от различни състави на ВКС, постановили решения по реда на чл. 290 ГПК. Съгласно т. 2 от посоченото по-горе Тълкувателно решение това противоречие е основание за постановяване на Тълкувателно решение от ОСГТК по въпроса, предмет на настоящия доклад. До постановяването на такъв задължителен тълкувателен акт съдиите по същество са свободни, в съответствие с вътрешното си убеждение, да следват което и да е от двете, застъпени становища, предвид обстоятелството, че и двете са подкрепени с ръководна практика, формирана по реда на чл. 290 ГПК.

3. Становището на трудовоправната доктрина

Трудовоправната доктрина също не е единна. Дискусия обаче няма, дотолкова, доколкото едното становище се е застъпвало единодушно в доктрината по КТ (1951), а другото – единодушно в доктрината по сега действащия КТ (1986).

Така в по-стари работи², издадени през 1954 г., 1964 г. и 1971 г., се приема, че тежестта на доказване на оставането без работа след незаконното уволнение по иск с правно основание чл. 93, ал. 1 КТ (1951) лежи върху работодателя (предприятието). Съображенията са, че съществува „законно предположение“, че уволненият незаконно е загубил доход в законния срок, за който може да претендира обезщетение, поради което в тежест на работодателя е да докаже противното, ако твърди, че работникът или служителът е започнал работа другаде след уволнението³. Изтъква се, че оставането без работа след незаконно уволнение е отрицателен факт, поради което не подлежи на доказване⁴. В този смисъл е била и тогавашната практика на ВС на НРБ – р. 1546–1965–III г.о., р. 507–1966–III г.о., р. 1721–1968–III г.о., р. 224–1969–III г., и др.⁵

Напротив, авторите, пишещи при действието на КТ (1986), единодушно приемат, че тежестта на доказване оставането без работа след незаконно уволнение е на работника или служителът. Приема се, че това положение следва от обстоятелството, че за разлика от исковете по чл. 344, ал. 1, т. 1 и т. 2 КТ, искът за обезщетение по чл. 344, ал. 1, т. 3 КТ е осъдителен. Лицето, претендиращо, че е носител на имуществената претенция за обезвреда – работникът или служителът – е този, който трябва да установи предпоставките за възникването ѝ и в частност вредата, която твърди, че е претърпял и иска да бъде отстранена – оставането си без работа. Сочи се и, че това положение следва от общото правило за разпределение на доказателствената тежест в гражданския процес – чл. 127, ал. 1 ГПК (1952)⁶.

Посочената разлика в становищата на по-старата и на по-новата трудовоправна доктрина според мен не може да се обясни с разлика във формулировките на разпоредбите, уреждащи имуществената претенция

² Велев, В. Коментар на Кодекса на труда. 2 изд. С., Наука и изкуство, 1954, с. 476; Мирков, Д. Трудово правораздаване в Народна Република България. Прераб. и доп. Ж. Сталев. С., Наука и изкуство, 1964, с. 161-162; Мръчков, В. Правна защита срещу неправилно уволнение. С., изд. БАН, 1971, с. 174-175.

³ Велев, В. Цит. съч. и място; Мръчков, В. Цит. съч., с. 175.

⁴ Мирков, Д. Цит. съч., с. 162.

⁵ Цит. по Мръчков, Д. Цит. съч., с. 175.

⁶ Становището е изразено в следните трудове, подредени хронологически: Мръчков, В. Трудово право. Специална част. С., Сиби, 1997, с. 505 (също и в последващите издания на учебника); Василев, Ат. Трудово право. Бургас, БСУ, 1997, с. 527; Милованов, Кр. Трудов договор. 2 прераб. и доп. изд. С., Труд и право, 2008, с. 441; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. С., УИ „Св. Кл. Охридски“, 2010, с. 496.

на незаконно уволнения работник или служител за обезщетение за оставането му без работа, в двата кодекса на труда. Такава разлика, доколкото я има⁷, е несъществена с оглед на интересуващия ни въпрос.

4. Дискусията в гражданскопроцесуалната доктрина за тежестта на доказване на отрицателните факти

Както стана дума, едно от главните съображения за възприемане на тезата, че върху работника или служителя не тежи задължението да доказва оставането си без работа, е, че това обстоятелство е отрицателен факт, поради което по дефиниция за доказването му тежест не може да има.

Ето защо централен за обсъждания въпрос е и спорът за доказването на т.нар. отрицателни факти, вълнуващ гражданскопроцесуалната доктрина.

Според едното становище правилото *negativa non sunt probanda* в исковото съдопроизводство е преодоляно и страната, която се ползва и позовава на отрицателен факт, трябва да го докаже⁸. При една такава постановка например по иск за недължимо платено ищецът трябва да докаже не само, че е престира на ответника, но и, че престацията е била недължима, без правно основание⁹. Поддържа се, че съображението, че онова, което не е станало, мъчно може да се докаже, няма никаква сила в съвременната доктрина и съдебна практика. Признава се, че има отрицателни факти, които поради своята неопределеност не могат да бъдат доказани¹⁰, но се поддържа се, че поначало когато законодателят е предвидил един отрицателен факт като елемент от фактическия състав на

⁷ Съгласно чл. 93 КТ (1951) в случай, когато уволнението на работника или служителя бъде признато за неправилно от съда или помирителната комисия, той се възстановява на работа, като му се заплаща обезщетение за времето, през което е останал без работа поради това уволнение, но за не повече от два месеца, а съгласно чл. 225, ал. 1 КТ (1986) при незаконно уволнение работникът или служителят има право на обезщетение от работодателя в размер на брутното му трудово възнаграждение за времето, през което е останал без работа поради това уволнение, но за не повече от шест месеца.

⁸ **Силяновски, Д.** Гражданско съдопроизводство. Т. I. С., Университетска печатница, 1941, с. 130.

⁹ **Силяновски, Д.** Пак там; обратно **Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова.** Българско гражданскопроцесуално право. 8 прераб. и доп. изд. С., Сиела, 2006, с. 272, по съображението, че в случая ищецът спрямо отричаното свое задължение е в положението на ищец по отрицателен установителен иск.

¹⁰ **Силяновски, Д.** – В: **Силяновски, Д., Ж. Сталев.** Граждански процес. Т. I. С., Наука и изкуство, 1958, с. 337.

дадена правна норма, той е изхождал от съображението, че този факт може да бъде доказан от страната, която се позовава на тази норма¹¹.

Изтъква се, на следващо място, че тежестта на доказване за ищеца пада върху фактите, върху които се основава искът, а това са фактите, образуващи основанието на иска и наведени в исковата молба. Тези твърдени от ищеца факти са факти, визирани в хипотезиса на правната норма, от която се извежда правото, по повод на което се търси правна защита, сиреч правопроизводящите факти¹². По-общо формулирано, правилото гласи, че тежестта на доказване се състои в правото и задължението на съда да приеме за ненастъпила тази правна последица, чийто юридически факт не е настъпил. Тежестта за доказване на юридическия факт се носи от страната, която извлича от този факт изгодна за себе си правна последица¹³.

Според второто становище¹⁴ страните по принцип са длъжни да докажат твърденията от тях положителни факти, от които черпят правни последици. По изключение, само в случаите на законно оборими презумпции, страната, която се стреми да обори презумирания в презумпцията факт, ще трябва да докаже с пълно обратно доказване отрицателния факт на неговото неосъществяване. Причината за възприемане на това становище, е, че според автора, който го застъпва, доказването на искове с отрицателни факти поначало е непълно и поради това няма как да бъде поставено в основата на съдебните актове по съществото на спора. Така, ако по иска за връщане на недължимо платено ответникът единствено отрече твърдението на ищеца, че плащането е недължимо, без да заяви положително твърдение за основанието и дължимостта на престацията, ищецът ще бъде принуден да доказва липсата на безбройните възможни основания за дължимостта на извършеното плащане – липсата на договор за заем, за наем, плащане по регресна претенция, деликт, покупко-продажба и пр. Пълното изчерпване на всички възможни основания и доказването на тяхната липса е невъзможно да бъдат доказани от ищеца, ако се възприеме тезата, че тежестта на доказване обхваща и отрицателните факти¹⁵.

¹¹ Силяновски, Д. Пак там; също Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова. Цит. съч., с. 267, 272.

¹² Силяновски, Д. Пак там.

¹³ Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова. Цит. съч., с. 271.

¹⁴ Стамболиев, О. Доказването в гражданския процес. 2 прераб. и доп. изд. С., Сиела, 2010, с. 55.

¹⁵ Стамболиев, О. Пак там.

5. Моето становище

Според мен работникът или служителът не е длъжен да доказва оставането си без работа като елемент от правопораждащия фактически състав на претенцията по чл. 225, ал. 1 КТ.

До този извод обаче не може да се достигне при тълкуване на разпоредбата на чл. 225, ал. 1 КТ или на тази на чл. 344, ал. 1, т. 3 КТ. Посочените разпоредби не съдържат изрично законово указание относно страната, върху която лежи тежестта на доказване на факта на оставането без работа. Такова изрично законово правило вероятно би било полезно, но КТ не съдържа. Цитираните норми не съдържат и законова презумпция, т.е. доказателствено правило, което да задължава съда да приеме, че щом е налице фактът, визиран в хипотезиса на презумпцията (т.нар. презумпционна предпоставка), налице е и презумираният факт¹⁶. Твърдението за наличието на такава законова презумпция в част от старата доктрина е неоснователно¹⁷. Оборими презумпции се въвеждат от законодателя с изрична законова норма. Обстоятелството, че част от съображенията на законодателя (*ratio legis*) за уреждане на имуществена претенция в полза на работника или служителя за обезщетяване на загубения му трудов доход след незаконно уволнение за 6-мес. период след уволнението, са именно предположението, че в този период работникът или служителът не ще може лесно да си намери нова работа, не означава, че е въведена законова презумпция. Мотивът на закона не е закон, а единствено един от способите за тълкуване на неясната воля на законодателя. Впрочем, известно е, че въвеждането на обективна (безвиновна) отговорност на работодателя при незаконно уволнение за шестмесечен период по чл. 225, ал. 1 КТ е създадено не само в полза на работника или служителя, но и на работодателя. Ограничението на периода, за който се дължи обезщетение, до шест месеца след уволнението и по размер – само до загубения трудов доход, цели да стимулира самия работник или служител да си търси работа след незаконното уволнение¹⁸, като по този начин отговорността на работодателя не е безгранична.

¹⁶ За законните оборими презумпции и за доказването чрез и против тях вж. Силяновски, Д. – В: Силяновски, Д., Ж. Сталев. Цит. съч., с. 341-344; Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова. Цит. съч., с. 269-270, Стамболиев, О. Цит. съч., с. 36-37.

¹⁷ Вж. авторите, цитирани в бел. № 2 по-горе.

¹⁸ Мръчков, В. Трудово право. 7 прераб. и доп. изд. С., Сиби, 2010, с. 668.

При горното положение и като в специалната норма не се съдържат изрични правила за разпределение на тежестта на доказване следва да се обърнем към общите правила на гражданския процес и към въпроса за тежестта на доказване на отрицателните факти.

На първо място, следва да се отбележи, че отрицателните факти подлежат на доказване. Както не съществува пречка да се доказва, че едно лице не е имало определено поведение, така не съществува пречка да се доказва, че е липсвало определено психическо състояние (незнание, липса на дължима грижа), а също така и, че не е настъпил определен факт или причинно-следствен процес.

Въпросът е друг: дали, при липсата на изрична законова норма, отрицателните факти могат да бъдат възлагани в тежест на страната.

По моему не. За страната, която се позовава на отрицателен факт и има интерес от установяването му, не съществува доказателствена тежест за неговото доказване. Разпоредбите на чл. 127, ал. 1 ГПК (1952), респ. чл. 154, ал. 1 ГПК, касаят положителните факти, които се твърдят от страните и на които същите основават своите искания и възражения. Тези факти като състояли се събития са се обективирали в действителността и с оглед на това трябва да бъдат доказани. Доказването на положителните факти може да бъде пълно, поради което и само то може да бъде възложено в тежест на страната.

Доказването на отрицателните факти е напълно допустимо, но то почти винаги е непълно и затова не може да бъде възложено в тежест на доказване на страната, черпеща благоприятна правна последица от установяването им. Доказването на отрицателните факти е косвено, а не пряко¹⁹. Т.е. с тях се цели да се удостовери не пряко правнорелевантен факт, защото това е тук невъзможно (липсата на нещо не може пряко да бъде установена), а се цели да се удостовери такъв факт, от който може да се направи доказателствен извод за правнорелевантния факт. Тежест на доказване относно доказателствено релевантни факти обаче в строг смисъл няма²⁰. Тежестта на доказване е относно правнорелевантните факти, доколкото разпределението на тежестта на доказване следва непосредствено от материалноправната норма и цели да даде указание на съдията как да реши делото когато факт от значение за пораждаване на

¹⁹ За разликата между пряко и косвено доказване вж. **Силяновски, Д.** – В: **Силяновски, Д., Ж. Сталев**. Цит. съч., с. 333-334; **Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова**. Цит. съч., с. 265-66, **Стамболиев, О.** Цит. съч., с. 37-38.

²⁰ Обратно **Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова**. Цит. съч., с. 273.

спорното право или за неговото погасяване, прекратяване, унищожаване и пр. не е доказан пълно по делото²¹.

Горното ме кара да възприема становището, че оставането без работа след незаконно уволнение като отрицателен факт може да бъде доказвано от работника или служителя по предявения от последния иск с правно основание чл. 344, ал. 1, т. 3 КТ, но върху работника или служителя не лежи тежестта да го докаже. Предявявайки иска за присъждане на обезщетение за определен период от време в рамките на законоустановените шест месеца след незаконното, работникът навежда твърдение, че през това време е останал без работа и не е получавал доходи, поради което в тежест на работодателя е да установи в процеса обстоятелството, че работникът е работил на друго място и е получавал възнаграждение като положителен факти.

Именно съображението, че доказването на/с отрицателни факти поначало не може да бъде пълно, ме кара да възприема горното становище.

Как например работникът или служителят ще докаже оставането си без работа, което е едно чисто отрицателно състояние, ако се възприеме становището, че тежестта на доказване е негова? Отговорът, който се дава в съдебната практика, е: с констатация за липса на вписване на нововъзникнало трудово правоотношение в трудовата книжка²². Приема се, че констатацията, че след незаконното прекратяване на трудовото правоотношение в трудовата книжка на работника няма отбелязване работникът или служителят да е започнал работа при друг работодател, е „достатъчно доказателство“ за установяване на факта на безработицата, тъй като трудовата книжка е официален документ, който се ползва с материална доказателствена сила²³.

Посоченото становище обаче е неправилно. Трудовата книжка е официален документ и има материална доказателствена сила за *вписаните* в нея обстоятелства, свързани с трудовата дейност на работника или служителя. – арг. чл. 347 КТ. Вписването обаче на възникването на трудово правоотношение в трудовата книжка на работника или

²¹ Сияяновски, Д. – В: Сияяновски, Д., Ж. Сталев. Цит. съч., с. 353; Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова. Цит. съч., с. 272.

²² Решение № 132 от 11.03.2011 г. по гр.д. № 1513/2009 г., IV г.о., ВКС.

²³ Оставям настрана въпроса доколко ВКС има правомощието да посочва на съдилищата по същество, при липсата на изрично законово правило в този смисъл, кое доказателство е „достатъчно“ за установяване на един факт, при положение, че съдилищата по същество оценяват доказателствата *по вътрешно убеждение*. – арг. чл. 12 ГПК, чл. 188, ал. 1 ГПК (1952).

служителя не е изискване за действителност на същото, ето защо и неписаното в трудовата книжка трудовото правоотношение не е нищожно, нито несъществуващо. Трудовата книжка *няма* материална доказателствена сила за *невписани* в нея обстоятелства. Ето защо не може да се приеме, че констатацията за липса на вписване на ново трудово правоотношение след незаконното уволнение е „достатъчно“ доказателство сама по себе си за установяването на факта на оставането без работа. То не е такова.

Отделен е въпросът, че невинаги работникът или служителят може да си послужи с трудовата книжка, ако например тя е незаконно задържана от работодателя, изгубена е или поради друга причина не е на разположение на работника или служителя.

Не е „достатъчно“ доказателство за оставането без работа и представеното удостоверение от Бюрото по труда, че едно лице е регистрирано там като безработно и ползва правата по Закона за насърчаване на заетостта. Лицето може формално да е регистрирано като безработно, а да получава доходи от трудова дейност²⁴. Обратно, възможно е лицето да е избрало да не се регистрира като безработно не защото вече си е намерило другаде работа, а по ред други съображения.

Тези доказателствени трудности за работника или служителя съвсем не са за пренебрегване при разрешаване на иначе доктриналния спор за разпределението на тежестта на доказване за оставането без работа след уволнението като отрицателен факт.

Не намирам за убедителен, на последно място, и довода, че обстоятелството, че работникът или служителят трябва да докаже оставането си без работа, следва от характера на предявения от него иск – осъдителен, а не конститутивен, каквито са исковете за отмяна на уволнението и за възстановяването на работа по чл. 344, ал. 1, т. 1 и 2 КТ. Ако въобще е допустимо да се прави извод относно разпределение на тежест на доказване само според вида на предявения иск, каквото становище според мен няма опора в закона, то изводът би бил по-скоро точно в обратната посока – че по исковете с правно основание чл. 344, ал. 1, т. 1 и чл. 344, ал. 1, т. 2 КТ работникът или служителят трябва да докаже иска си, т.е., че уволнението е незаконно, а веднъж доказано това, то по обусловения иск с правно основание чл. 344, ал. 1, т. 3 КТ – работодателят е този, който трябва да докаже липсата на елемент от фактическия състав на имуществената претенция на работника или служителя по чл. 225 КТ.

²⁴ Кое то поведение, естествено, е противоправно.

Понастоящем обаче това схващане не се възприема в съдебната практика и в доктрината²⁵.

6. Заключение

Тезата, че фактът на оставане без работа не следва да бъде доказван от работника или служителя, а ако работодателят възразява, че уволненият от него работник или служител си е намерил работа след уволнението, то той е длъжен да докаже този факт, застъпена в настоящия доклад, не претендира за категоричност, а да постави въпроса на дискусия в правната общност. Разискването му и *законосъобразното* и *справедливото* му разрешаване под осветлението на науката е от особено важност за интересите на страните по трудовото правоотношение

²⁵ В миналото проф. **Радоилски, Л.** Трудово право. С., Наука и изкуство, 1957, с. 579, заб. № 68, е изразил аргументирано мнението, че тежестта на доказване при иска за възстановяване на работа лежи върху работника или служителя. Въпреки че в теорията това схващане е изолирано (вж. критичните бележки у **Мръчков, В.** Правна защита..., с. 129-131, и цит. там литература), в практиката на ВКС, формирана при действия на новия ГПК, като че ли то все повече си пробива път. Така, макар да продължава да се декларира, че работодателят е този, върху който лежи тежестта за доказване законосъобразността на уволнението при предявени иски по чл. 344, ал. 1, т.т. 1-2 КТ, то се приема, че доказването на практика се състои само в оборване на конкретно заявените от работника или служителя в исковата молба пороци на уволнението. В този смисъл са решение № 665 от 01.11.2010 г. по гр.д. № 242/2009 г. на ВКС, IV г.о., решение № 459 от 27.10.2011 г. по гр.д. № 1532/2010 г., IV г.о. и др., ВКС, постановени по реда на чл. 290 ГПК. Това становище доближава искивия процес за отмяна на уволнението и възстановяването на уволнения работник до контролно-отменителен процес по проверка на акта на уволнението и упражняване на потестативното право на отмяна на работника или служителя върху този акт – заповедта за уволнение, при това само на основанията, заявени от работника или служителя. Обсъждането на тежестта на доказване по исковете с правно основание чл. 344, ал. 1, т. 1 и чл. 344, ал. 1, т. 2 КТ обаче излиза извън предмета на настоящия доклад.

ДИСКУСИОННИ ВЪПРОСИ, СВЪРЗАНИ С ПРИЛАГАНЕТО НА ЧЛ. 43 ОТ ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ: НЕПРЕДВИДЕНИ ОБСТОЯТЕЛСТВА, ЦЕСИЯ И ПРЕКРАТЯВАНЕ

*Мария Шаркова**

Със Закона за обществените поръчки се въвеждат принципи, които имат за цел да осигурят предвидената в чл. 1 ефективност при разходването на бюджетните и извънбюджетните средства, както и на средствата, свързани с извършването на определени в закона дейности с обществено значение.

Тази ефективност се осигурява с въведените процедури, предхождащи сключването на договори за обществени поръчки, чиито контрол е възложен на Комисията за защита на конкуренцията и ВАС. Настоящото изложение обаче ще се занимае с дискуссионни въпроси, свързани с правилата в Закона за обществени поръчки, които регулират поведението на страните след сключване на договора. Тези правила също са въведени, за да осигурят ефективното разходване на бюджетните средства и поставят редица проблеми пред страните по такива договори.

1) Изменение на договор за обществена поръчка

Без значение от вида на процедурата за възлагане на обществена поръчка, документацията за участие в процедура за възлагане следва да има определено съдържание, предвидено в чл. 28, ал. 1 и 2 ЗОП: предмет, обект на поръчката; място и срок за изпълнение; стойност; условия и начин на плащане. (чл. 28 ЗОП).

Особено важна част от документацията е посочването на критерия за оценка на офертите, тъй като същият е определящ за избор на изпълнител. Възможностите на възложителите са два: или критерии „най-ниска цена“ или „икономически най-изгодна оферта“. В последния случай задължително се въвеждат и показателите за комплексна оценка с тяхната относителна тежест или подреждането им по важност в низходящ ред, когато по обективни причини е невъзможно да се посочи относителната им тежест. Единствено офертите, които отговарят на предварително обявените от възложителя условия, подлежат на оценяване съобразно въведените критерии (чл. 37, ал. 3, т. 1 ЗОП), а възложителят е длъжен да сключи договор с изпълнителя, който съответства на приложения в документацията проект, допълнен с всички

* Адвокат от Пловдивската адвокатска колегия.

предложения от офертата на участника, въз основа на които е определен за изпълнител. (чл. 41, ал. 2 ЗОП).

За да се гарантира ефективното разходване на публичните средства като основна предпоставка за защита на общественения интерес, не е достатъчно само да се предвиди задължение за възложителя да сключи договор с избрания изпълнител, който да съответства на този, приложен в документацията. Ето защо е напълно логично въведеното изключение от правилото на чл. 20а ЗЗД, който предвижда, че страните могат да изменят договора при наличие на взаимно съгласие.

Забраната за изменение на договор за обществена поръчка, уредена в чл. 43, ал. 1 ЗОП, гарантира, че съдържанието на така сключения договор няма да бъде изменено впоследствие. По този начин се избягва възможността даден участник да бъде избран, защото е предложил най-ниска цена, която в последствие със съгласие между страните да бъде изменена; да бъде увеличено количеството на доставките, обемът на услугите или срокът на договора.

В кои случаи може да има изменение на договор за обществена поръчка?

В чл. 43, ал. 2 ЗОП са изброени изчерпателно основанията, при наличието на които страните могат да изменят договор за обществена поръчка. Сред тях са т.нар. **непредвидени обстоятелства**. Същите са легално дефинирани в § 1, т. 14б ДР на ЗОП: *„обстоятелствата, включително от извънреден характер, възникнали след сключването на договора, независимо от волята на страните, които не са могли да бъдат предвидени и правят невъзможно изпълнението при договорните условия“*.

В мотивите към закона за изменение и допълнение на ЗОП (с което е въведено понятието „непредвидени обстоятелства“) се посочва, че понятието „непреодолима сила“ отпада, тъй като същото се поглъща от „непредвидени обстоятелства“ като по-широко по обхват понятие.

Според съдебната практика такива несъмнено са: пожар, производствени аварии, военни действия, природни бедствия – бури, проливни дъждове, наводнения, градушки, земетресения, залежавания, суша, свличане на земни маси и др. природни стихии, ембарго, правителствени забрани, стачки, бунтове, безредици и др. Интересно е обаче, че част от изброените обстоятелства (залежавания, суша, бури, наводнения, които са природни бедствия) са обхванати и от друга легална дефиниция в ЗОП, а именно тази в § 1, т. 28а: **„Събитие от извънреден характер“**. Това събитие е дефинирано като *„...природно бедствие, авария*

или катастрофа, както и друго събитие, което непосредствено застрашава живота и здравето на хората или околната среда“. Очевидно е, че законодателят е разграничил **„непредвидените обстоятелства“** от **„събитията от извънреден характер“**. Последните се поглъщат от първите, но включват и други такива.

Понеже, освен като основание за изменение на договор за обществена поръчка, непредвидените обстоятелства и събитията от извънреден характер са основания за избор на процедура за договаряне без обявление по смисъла на чл. 90, ал. 1, т. 4 и т. 8 ЗОП, е полезно да се посочи практиката на Агенцията за обществени поръчки (АОП) при осъществяване на предварителен контрол за законосъобразен избор на тези две основания.

Например според АОП не са събития от извънреден характер: обжалването на решение за възлагане на обществена поръчка пред КЗК, тъй като в ЗОП е предвидена правна възможност за обжалване на процедурите. В този смисъл действия в тази посока са предвидими и възложителят следва да ги вземе под внимание при планиране на поръчките си. Не са такива и случаите на едностранно прекратяване от страна на изпълнителя на договора за обществена поръчка, когато това се дължи в резултат на неспазване на договора от страна на възложителя. Не са такива обстоятелства и падналите дъждове и сняг сами по себе си^{1,2}.

Непредвидени обстоятелства са (**но не и събития от извънреден характер**) например случаите, в които не са предвидени определени строително-монтажни дейности, а такива следва да бъдат извършени, защото не могат да бъдат отделени от първоначално предвидените и без тях проектът не може да бъде реализиран. Необходимо е обаче тези СМР да не са могли да бъдат предвидени въпреки полагане на дължимата грижа³.

При възникването на такива непредвидими и непреодолими обстоятелства, обаче, страните могат да променят само определени

¹ Анализ на Изпълнителна агенция Одит на средствата от ЕС, МФ, на често срещаните нередности, свързани с възлагането на обществени поръчки, установени при одитите на операциите през 2012.

² АОП – Предварителен контрол на основание чл. 19, ал. 2, т. 24 ЗОП – възложители: ДП Национална компания „Железопътна инфраструктура“ /НКЖИ/ – София; Община Радомир; Изпълнителна агенция „Военни клубове и военно-почивно дело“ /ИА „ВКВПД“/ старо наименование /Изпълнителна агенция „Социални дейности на Министерството на отбраната“ /ИА „СДМО“/.

³ АОП – Предварителен контрол на основание чл. 19, ал. 2, т. 24 ЗОП – възложител УМБАЛ „Свети Георги“ ЕАД, гр. Пловдив.

елементи от съдържанието на договора. Такава промяна може да настъпи в сроковете; в предмета на поръчката при частична замяна на дейности при поръчка за строителство или услуга, когато това е в интерес на възложителя и не води до увеличаване стойността на договора; или намаляване общата стойност на договора в интерес на възложителя поради намаляване на договорените цени или договорени количества или отпадане на дейности. Въпреки че не е изрично установено в ЗОП, промяната в сроковете на договора, доколкото е пряка и непосредствена последица от настъпилото непредвидено обстоятелство, ще следва да е пропорционална на времетраенето на същото или на времето, което е или е било нужно, за да се преодолеят тези обстоятелства.

2. В контекста на забраната за изменение на договор за обществена поръчка интерес представлява въпросът допустимо ли е да се цедират вземания, възникнали по договор за обществена поръчка?

Както вече беше изложено по-горе, изменение на договор за обществена поръчка е допустимо само при наличие на изчерпателно изброените основания и то единствено на посочените в чл. 43, ал. 2 ЗОП елементи от съдържанието на договора. По аргумент на противното всички други изменения на договорите са нищожни поради противоречието им с императивна норма (чл. 43, ал. 1 ЗОП).

Поставя се въпросът дали в такъв случай е допустимо прехвърлянето на вземания (цедирането им) от страна на кредитора по договор за обществена поръчка, доколкото това съставлява изменение на страна по договор.

Тезата, оправдаваща допустимост на цесията е, че забраната на чл. 43 ЗОП за изменение на договора, обхваща страните, предмета и цената, но само докато се изпълнява задължението на изпълнителя. В случая доставките са извършени от изпълнителя и няма промяна на предмета на договора или на цената, като прехвърлянето на вземането за цената не е забранено от закона.

Върховният касационен съд поддържа обратната теза, която е подробно развита в решение, постановено по реда на чл. 290 ГПК⁴. Промяна на страните – възложител или изпълнител, не е предвидено в изключенията по чл. 43, ал. 2 ЗОП, поради което по отношение на този вид изменение на договора за обществена поръчка действа установената законова забрана в ал. 1.

⁴ Решение № 162/28.01.2013 г. , постановено по т. д. № 453/2012 г., I т. отд. на ВКС.

„Договорите за обществена поръчка се сключват по реда на специалния закон – ЗОП, в който са определени принципите, условията и реда за възлагане на обществените поръчки, с цел осигуряване на ефективност при разходването на бюджетните и извънбюджетните средства и на средствата, свързани с извършването на определени в закона дейности с обществено значение – чл. 1 ЗОП. В този смисъл, изключенията от принципа на свободата на договаряне по чл. 9 ЗЗД, чрез предвиждане на специален ред за провеждане на процедури за възлагане на обществена поръчка; кръга на обектите и субектите на обществените поръчки; регистрационния режим; правилата за определяне на изпълнител; контролът върху решенията на възложителя при провеждане на процедурата, са установени в обществен интерес с повелителни правни норми.

Разпоредбата на чл. 45 ЗОП препраща към нормите на ЗЗД и ТЗ за неуредените въпроси във връзка със сключването, изпълнението или прекратяването на договорите за обществени поръчки. Субсидиарното прилагане на правилата на ЗЗД се извърши, доколкото същите са съвместими с целите и принципите на специалния закон. Така например правилото на чл. 14, ал. 1 ЗЗД - за сключване на договорите с постигането на съгласие между страните, не може да намери приложение при договора за обществена поръчка, предвид на уредените процедури по възлагане. Прехвърлянето на вземане по чл. 99 от ЗЗД представлява договор между кредитора по едно облигационно отношение и трето лице – нов кредитор, по силата на който вземането преминава върху цесионера и има действие за длъжника от деня на съобщаването на цесията от цедента на длъжника.

Правилата за прехвърляне по чл. 99 ЗЗД установяват забрана за сключване на договор за цесия по отношение на вземания, чието прехвърляне не се допуска от закона. Непрехвърлимостта на вземането представлява отклонение от общия принцип за свободата на договаряне по чл. 9 ЗЗД, поради което това изключение следва да се прилага за вземания, чиято непрехвърлимост по силата на закона е установена с императивна правна норма.

Длъжникът не е страна по договора за прехвърляне на вземането, но действието на цесията спрямо него има за последица правото на цесионера да иска изпълнение от длъжника и съответно задължение длъжникът да престои на цесионера. След съобщаване на цесията по реда на чл. 99, ал. 4 ЗЗД, старият кредитор се счита за заменен с новия, като се постига резултат аналогичен на активната субективната новация, но без длъжникът да е страна по договора между цедента и цесионера.

Забраната на чл. 43, ал. 1 ЗОП за промяна на страните по договора за обществена поръчка следва да се тълкува съгласно целите и принципите, установени в специалния закон, регулиращ обществените поръчки. Изменението на договора за обществена поръчка е забранено от специалния закон не само ако замяната на една от страните се е осъществила чрез договор за субективна новация, но и ако чрез друга правна сделка се постига същият резултат, какъвто е и случаят на прехвърляне на вземането на изпълнителя чрез договор за цесия. В този смисъл разпоредбата на чл. 43, ал. 1 ЗОП не допуска прехвърляне на вземането от изпълнителя по договор за обществена поръчка на трето лице.

Установената забрана в специалния закон за изменение на договора за обществена поръчка създава непрехвърлимост на вземането, произтичащо от изпълнение на договор за възлагане на обществена поръчка. Непрехвърлимостта е уредена в императивна правна норма и съгласно чл. 99, ал. 1, пр. 1 ЗЗД предмет на договора за цесия е вземане, чието прехвърляне не се допуска от закона.

По тези съображения съставът на ВКС, ТК, I отделение дава отговор на поставения правен въпрос в следния смисъл: Договорът за цесия по чл. 99, ал. 1 ЗЗД, с който се прехвърля вземане, възникнало по договор за обществена поръчка, е нищожен с оглед на разпоредбата на чл. 43, ал. 1 ЗОП, според която страните по договор за обществена поръчка не могат да го изменят."

Тъй като чл. 162 ЗЗД предвижда, че могат да се залагат вземания, които могат да се прехвърлят, а установихме, че вземанията по договор за обществена поръчка са непрехвърлими, защото законът го забранява, то договор за залог на вземане, възникнало по договор за обществена поръчка, също е нищожен.

3. Допустимост на клауза за едностранно прекратяване на договор за обществена поръчка.

Освен коментираната забрана чл. 43, ал. 4 ЗОП предвижда едно особено основание за прекратяване на тези договори. Възложителят може да прекрати договор за обществена поръчка, ако в резултат на обстоятелства, възникнали след сключването му, не е в състояние да изпълни своите задължения. В този случай възложителят дължи на изпълнителя обезщетение за претърпените вреди от сключването на договора.

Наличието на тази разпоредба е дало повод за дискусии в практиката относно това дали страните могат да предвиждат други

прекратителни клаузи в договор за обществена поръчка, като например едностранно прекратяване от страна на възложителя с предизвестие.

Срещат се екзотични тези във връзка с предвидената възможност в посочената разпоредба, а именно, че възложителят няма право да прекрати договор за обществена поръчка на друго основание освен посоченото. Има и доста по-крайни мнения, а именно, че след като се забранява изменението на договор за обществена поръчка по отношение на срока на същия, освен при наличието на предвидените и разгледани по-горе обстоятелства, то по аргумент на по-силното основание се забранява и едностранното му прекратяване, освен когато не са налице обстоятелствата на чл. 43, ал. 4 ЗОП (защото прекратяването било изменение на срока, който се съкращавал)⁵.

Според нас изложените горе хипотези са неприемливи. Няма да се спираме на разликата между изменение и прекратяване на договор, тъй като същата е съществена и не е създала повод за дискусии в доктрината и практиката. В чл. 43, ал. 1 от ЗОП законодателят ясно е предвидил, че забранява изменението на договор за обществена поръчка освен при наличие на предвидените изключения. Липсва обаче подобна забрана по отношение на прекратяването му. Всъщност предвидената възможност в чл. 43, ал. 4 въобще няма за цел да постави ограничения пред хипотезите за прекратяване на договор за обществена поръчка. Целта на тази разпоредба трябва да се разглежда като част от целите на ЗОП, които бяха споменати в началото на изложението - защитата на обществения интерес.

Целта на предвидената възможност в чл. 43, ал. 4 е не да ограничи възложителя в основанията за прекратяване на договор за обществена поръчка, а да ограничи обхвата на вредите, които насрещната страна може да претендира от прекратяването на договора само до т. нар. негативни вреди (тези от сключването на договора).

Следователно, страните могат да предвидят други основания за прекратяване на договор за обществена поръчка, тъй като чл. 45 ЗОП предвижда, че за всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договорите за обществени поръчки се прилагат разпоредбите на Търговския закон и на Закона за задълженията и договорите. Очевидно законодателят е счел, че не е изчрепал (уредил) въпроса с прекратяването на договор за обществена поръчка с предвиждането на една единствена възможност за това.

⁵ Решение № 76/2012 г., постановено по т. д. № 101/2011 г. на Пловдивския окръжен съд.

Следователно и на основание чл. 20а ЗЗД договорът може да бъде прекратен по взаимно съгласие на страните, каквото, щом са предвидени подобни клаузи в договора, очевидно е налично⁶.

Относно законосъобразността на подобна клауза се е произнесла и Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) по повод обжалвано решение за откриване на открита процедура за възлагане на обществена поръчка. Въпросът, който е поставен с жалбата, е относно нищожността на клауза за едностранно безвиновно прекратяване на договор с 7-дневно предизвестие от страна на възложителя. Според жалбоподателя предвидената в общите условия на договора хипотеза за прекратяване противоречи на целите на ЗОП и на чл. 43, ал. 4, като дава възможност на възложителя да прекрати сключения договор във всеки един момент, само и единствено по своя субективна преценка, независимо че предвиденият срок за изпълнение на дейностите по обществената поръчка е 36 месеца, и то без задължение за никакви финансови компенсации към съответния изпълнител. Становището на КЗК обаче поддържа обратната теза: *„И предвиденото в чл. 43 ЗОП прекратяване, и разписаната в договора възможност се отнасят за случаите на преустановяване действието на договор при безвиновно поведение от страна на изпълнителя и по причини, съдържащи се у възложителя. В ЗОП няма забрана за едностранно прекратяване на договора от страна на възложителя и без вина на изпълнителя, и възложителят има свободата едностранно да определя клаузите на проекта на договор за възлагане на обществена поръчка, тъй като изготвянето на документацията (включваща и проекта на договора) е в административната фаза от процедурата, характеризираща се с метода на власт и подчинение, то КЗК счита, че предвиждането на такава клауза в проекта на договор или в Приложение № 1 („Общи условия на договора за възлагане на обществена поръчка“), неразделна част от него, е законосъобразно.“*⁷

Накрая, логично е да се постави и следният въпрос - в случай, че страните не спазят забраната, предвидена в чл. 43, ал. 1 ЗОП и сключат споразумение, с което изменят договор за обществена поръчка, което безспорно е нищожно, дали е допустимо да се приложи чл. 293, ал. 3 ТЗ. Допустимо ли е в случай на нищожност на договор за обществена

⁶ Решение № 791/2012 г., постановено по т. д. № 3358/2011г. на Апелативен съд – София и Решение № 109/2013 г., постановено по т. д. № 1185/2012 г. на Апелативен съд – Пловдив.

⁷ Решение № 651/2012 г. на КЗК.

поръчка поради неспазване на императивни разпоредби на ЗОП, страните да се позовават на чл. 293, ал. 3 ТЗ?

По този въпрос ВКС се е произнесъл с решение, постановено по реда на чл. 290 ГПК. Според него: „систематичното място на цитираната разпоредба е в чл. 293 ТЗ, който в шест алинеи урежда формата на търговските сделки, в кои случаи е необходима писмената форма като условие за действителност на този вид сделки - ал. 1, последиците от неспазването ѝ - ал. 2 и кои особени случаи на сключване се приравняват на спазена писмена форма /ал. 4-5/. Именно поради спецификата на търговските сделки, сключвани между търговци, които ги извършват по занятие /чл. 1 от ТЗ/и с оглед вменената от закона като дължима грижа на търговците „грижата на добър търговец“ /чл. 302 ТЗ/, законодателят прегражда в разпоредбата на чл. 293, ал. 3 ТЗ възможността на страната да се позовава на нищожността поради порок във формата за действителност на търговска сделка, ако от поведението ѝ може да се заключи, че не е оспорвала действителността на изявлението при самото му възникване. Същата е приела насрещното изпълнение, но отказва самата тя да изпълни, тъй като формата за действителност не е спазена при сключването на търговския договор, което е проява на недоброръководност в търговските отношения и като такава не се толерира от законодателя.

От изложеното следва, че правилото на чл. 293, ал. 3 ТЗ се прилага единствено в отношенията по търговски сделки и засяга само нищожността на същите поради неспазена писмена форма за действителност. Следователно, чл. 293, ал. 3 ТЗ е неприменима, когато се касае за нищожност на търговска сделка поради противоречие на съдържанието ѝ с императивните разпоредби на закона. Това следва от чл. 288 ТЗ, който препраща при неуредените в ТЗ положения към разпоредбите на гражданското законодателство: в случая тази в чл. 26, ал. 1 ЗЗД, съгласно която нищожни са договорите, които противоречат на закона.

Изложените дискуссионни въпроси са само част от проблемите, възникващи при решаване на спорове между възложител и изпълнител по повод сключените между тях договори за обществени поръчки. Както вече беше отбелязано, уредбата на обществените поръчки цели защитата на обществения интерес при разходването на публични средства, което води до наличието на голям брой императивни норми, ограничаващи свободата на договаряне между страните. Забелязва се тенденция във все по-детайлна регулация, която има за цел да ограничи нарушенията при провеждане на процедурите. Следва да се отбележи, че разширяването

на правомощията на АОП при осъществяване на контрол ex ante, е ефективен начин за осъществяване целите на ЗОП, без да се въвеждат все повече промени, ограничаващи свободата на страните и търговския оборот. Предвид особената уредба на ЗОП обаче, се очаква все повече дискуссионни въпроси да получат отговор по реда на чл. 290 ГПК от Върховния касационен съд.

РАЗМИСЛИ ОТНОСНО ЮРИДИЧЕСКАТА СЪЩНОСТ НА НОРМАТА ОТ ОСОБЕНАТА ЧАСТ НА НАКАЗАТЕЛНИЯ ЗАКОН

Христофор Манчев*

*„Наказателният закон създава особено
отношение на държавата към престъпника“*

Н.С.Таганцев¹

I. Критична линия

1/ Историята на познанието на наказателноправната норма от особената част на наказателното право² свидетелства, че в българската правна наука обикновено се приема, че тя е *охранителна*, респ. *забранителна* правна норма.³ Тази нейна характеристика засега се счита за меродавна и по принцип не се оспорва⁴. Въпросът обаче е дали за юриспруденцията това е *точната, действителната* нейна *юридическа (догматична) характеристика*. Един по-дълбок юридически анализ, насочен към идентифицирането на *правната ѝ същност*, ни изправя пред донякъде смущаващата констатация, че посоченото по-горе дефиниране, е по своята природа изцяло **(правно)социологическо**. Прави впечатление обаче, че това парадоксално положение не притеснява особено сериозно изследователите, ангажирани повече или по-малко с проблематиката на наказателноправната норма. Изглежда, че за много от тях въпросът за действителната ѝ правна същност стои извън сферата на изследователски им интереси.

* Юрист.

¹ Таганцев, Н. С. Руское уголовное право (лекции), Общая часть, том I, С.Пб 1902, с. 144.

² По-нататък само наказателноправната норма. Нормите от общата част на наказателното право и от други клонове на правото ще бъдат изрично подчертавани.

³ Радев, Д. Обща теория на правото. С. 2008, с. 205.

⁴ Руският учен М. А. Краснов посочва, че: „Правото регулира значителна част от обществените отношения, създавайки своеобразна „кристална решетка“ на обществения живот, определяйки, в съвкупност с другите социални норми, направлението и рамките на поведението на всички субекти на правото. Но изпълнявайки *регулативна функция*, правото в процеса на своето въздействие на обществените отношения не може да се осъществи и без **охранителната функция**. Именно благодарение на нея правото играе социално значима роля.“ Краснов, М. А. Юридическая ответственно стьцелостное правовое явление. Сп. Советского государство и право. 1984/3., с. 73-77.

2/ Основания за **безпокойство** обаче има достатъчно. Хвърлената върху полето на познанието на наказателноправната норма **социологическа "сянка"** поражда неспирни дискусии не само по въпросите за нейната същност, но и относно тези за структурата ѝ – от две или три части се състои, за *modus operandi* (начин на действие), както и за природата и функциите ѝ. И въпреки изписаните в юриспруденцията не малко страници, все още няма еднозначно решение на всички тези въпроси⁵. Очевидно е, че това положение в крайна сметка само **проблематизира** научната им легитимност и точна идентификация и дефиниция, спъвайки по този начин развитието на наказателноправната наука, а и не само на нея.⁶

2.2. Незатихващите *теоретични спорове* засега свидетелстват единствено, че наличното в българската правна наука *познание* относно *юридическата* същност на наказателноправната норма все още не може да отговори на днешните изисквания.⁷

3/ С настоящия *текст* искаме да добавим и свой щрих към усилията за създаването на вярна научна картината относно *истинската* *юридическа* същност на нормата от особената част на наказателния закон. Фундаменталната теза, която ще залегне в основата на нашето понататъшно изложение е идеята, че наказателноправната норма е **вид конститутивна правна норма**⁸.

3.2. Предлагащите в текста виждания, доколкото сме успели да подредим в известна логическа последователност, наричаме "размисли",

⁵ Особено остро стои проблемът за научния статус на елементите на *структурата* на наказателноправната норма. В правната книжнина те непрекъснато се ампутират, субституират, трансформират или пресемантизират, а понякога се срещат и странни случаи на понятийно-терминологично „сродяване“ на частите на наказателноправната норма. Манчев, Хр. (1) Размисли относно структурата на нормата от особената част на наказателния закон. Съдийски вестник кн. 2/2012 г., с. 108 и сл.

⁶ Имали сме вече възможност да посочим, че **противоречивите сигнали**, които наказателноправната наука изпраща на наказателнопроцесуалната такава, сериозно дестабилизира научните основи на последната. /Вж. Манчев, Хр. (2) Осъждането /"обявяване извън закона"/ – исторически корени (генезис), развитие, значение; /in oppositio с „наказателната отговорност“/. – Правен преглед, 2007, кн. 1, с. 304-337/.

⁷ Все още няма единна, логически стройна и безпротиворечива *теория* на наказателноправната норма. Не е изработен дори общ подход към нея.

⁸ Норми, създаващи, променящи или заличаващи правно положение, респ. правен статус. Такива са напр. т.нар. съдебни норми. /Срв. Радев, Д. Нормативната структура на правото. С. 2008, с. 141./.

т.к. *програмните моменти* в тях – за евентуални бъдещи научни търсения, доминират над чисто *съдържателните* такива.⁹

4/ Изследването си ще започнем с опит да посочим „методологическата основа“ на някои от основните гносеологико-методологически **грешки (противоречия)** в *историята на познанието* на наказателноправната норма. Източниците на трудностите се коренят според нас най-малко в *две* насоки:

а/ от една страна, при анализа на нормата, на нейния строеж, структурни елементи и функции, е налице волна и/или неволна тяхна **социологизация**.

б/ от друга страна, немаловажен проблем се явява обстоятелство, че все още **няма яснота** и по въпроса за наказателноправната норма като юридически феномен, което дава и негативно отражение върху съпътстващото го *понятие*.

4.2. Логиката на изложението ни задължава на първо място да се осмислят и обосноват основните **теоретични затруднения**, които се наблюдават в научната интерпретация на *юридическата същност* на наказателноправната норма. Но, както Вл. Висоцки казва в една от песните си, преди да стигнеш до правилните отговорите, трябва да стигнеш до правилните въпросите.

II. Размисли върху социологическата парадигма за наказателноправната норма.

1/ И така какви са методологическите ни възражения (и предупреждения) срещу гносеологическите възможности на *социологията*, респ. юридическата социология. Известно е, че при изясняване **вида** на дадена правна норма, включително и наказателноправната, социологическата рефлексия е насочена основно към изясняване на нейното *предназначение*. На тази основа правните норми се делят на **позволителни, забранителни** и пр. Въпросът обаче е, че социологическото изследване се съобразява с многообразието на много **съвкупни характеристики** на включените в предмета му явления¹⁰, с

⁹ Стремежът е да се представи едно *мнение*, което да укаже *посоката* на изследване, която трябва да се следва; да се посочи друг *подход*.

¹⁰ И тази „двуликост“ на социалните норми, въобще не притеснява представителите на социологията. /Вж. **Пеньков, Е.М.** Социальные нормы – регуляторы поведения личности. М. 1972. с. 91. **Смирнов,**

П.И. Норма: регулятор поведения и одно из основных понятий социологии. Теор. журнал Credo new. 2011, с.25; **Плахов В. Д.** Традиции и общество: опыт философско-социологического исследования. М. 1982., с. 77.и сл..

което се излиза извън юридическите предели на конкретния изучаван правен феномен. А това от своя страна води до значително **отдалечаване** от основния му *юридически* смисъл и *правно* съдържание.¹¹ В следствие се стига до **пренебрегване** на твърде много *самостоятелни (същностни)* черти на изследваната правна норма.¹²

1.2. Същевременно при изследването на наказателноправните норми, **неотчетената** доминация на социологията е позволила при правните анализи да се използват много по същество (правно) социологически понятия като: „правни *позволения*“, „правни *забрани*“, правни *последиви*, *основания* за освобождаване от наказателна отговорност и пр., и пр.¹³ Ще се опитаме да открием причината за това.

2/ Нека за начало просто да се *ориентираме* в това първо **препятствие** при познанието на наказателноправната норма, което е особено съществено. Историята на нейното осмисляне ни разкрива, че то се изправя пред авторите, потърсили път към обяснението (идентификацията и дефинирането) на наказателноправната норма винаги, когато същите се опитват да и придадат едновременно *две* независими характеристики – **правносоциологическа** (*правна забрана*), която е доминиращата, и **юридическа** (според *правното съдържание*¹⁴), която обикновено **не се търси** особено настоятелно.¹⁵

2.1. От методологическа гледна точка обаче решението на въпроса ще бъде принципно невъзможно, т.к. при *изграждането* на наказателноправната норма в цялост и отделните ѝ елементи, следва да се стъпва само на един единствен *системоформиращ принцип*, който елиминира всеки друг заради изискването за *единна логическа основа* и *относително автономно* правно съдържание на нейните структурни части.¹⁶ Ще илюстрираме твърдението си като вземем за пример т. нар. *позволителни* правни норми. По линията на тяхното предназначение е

¹¹ Работа се състои в това, че социологията спира до т. нар „социално сравнение“, което в дълбочина не работи. По отношение на *юридическото деление* на правните норми, тя е индиферентна.

¹² Методологическата **уязвимост** на такива социологически подходи е очевидна. Необходимо е те да се преразгледат и изоставят при строго юридическите анализи.

¹³ Този подход е привнесен отвън – от продължаващата „*експанзия*“ на социологическата наука във всички равнища и във всички сфери на обществените науки.

¹⁴ Под *правно съдържание* разбираме статуираните в нейната диспозиция права и задължения, респ. правомощия.

¹⁵ Михайлова, М. Теория на правото. С.Феня. 2002., с. 72.

¹⁶ Логическата структура на наказателноправната норма е **основа** за нейната конкретизация и реализация. Маринова, Св.. Към понятието правен принцип. Икономически алтернативи. 2009/бр. 5, с. 78.

възможно да бъдат характеризирани не само „външно“ („**позволения**“ или „**разрешения**“), т.е. правносоциологически, но и „вътрешно“ (юридически, догматически) като **конститутивни** правни норми с оглед на *правното съдържание* на диспозицията им. А от тук се открива възможност да се видят *вътрешните връзки* между елементите на структурата на „**позволителната**“ норма и да се открие не само нейната стройна логическа линия на изграждане, но и *правното ѝ съдържание*, състоящо се от съответното *преобразуващо (потестативно) правомощие* и статуираното в нейната **диспозиция**¹⁷.

2.2. От изложеното е видно, че двете научни дисциплини, съобразно собствения си предмет, понятиен апарат и изследователски методи, използват *различни критерии* за дефиниране вида на правните норми¹⁸.

3/ При наказателноправната норма, безпроблемно възприемана досега като *охранителна (забранителна)*, въпросът е дали и тя може да бъде причислена (като *вид*) към *конститутивните* правни норми? Следователно, при изясняването на *юридическата ѝ същност* следва да приложим **догматическия подход**. Той ни задължава да насочим усилията си в търсенето на съответната (наказателноправна) диспозиция и *правното съдържание*, които по принцип определят *вида* на конкретната норма¹⁹.

4/ Споделените размисли относно правносоциологическата парадигма обаче не следва да водят до извода, че сме изпаднали в някакъв **юридически фундаментализъм**. Точно обратното - ние не отричаме тотално класификацията на наказателноправните норми като *охранителни (забранителни)*. Смятаме дори за *полезно* това деление (поне за първоначална ориентация и особено за читатели, непритежаващи юридическо образование), стига да не се задоволяваме с един **непълен** и на практика **неточен** юридически анализ.

III. Размисли върху второто гносеологическо затруднение

¹⁷ При това положение тази част на наказателноправната норма може да бъде обхваната от една единствена *логическа схема*, позволяваща съпътстващите я понятие и термин да имат строго определен *юридически смисъл*.

¹⁸ Затова фундаментална задача на всяка научна дисциплина е да осигури *единен подход* към съответните явления, попадащи в предмета и.

¹⁹ А това според нас е точният юридически език, на който следва да говори наказателноправната наука.

1/ По силата на една дълбоко вкоренена традиция се приема, че наказателноправните норми са *регулативни*. Нека проверим основателността на това виждане.

Известно е, че извършването на престъпление **не поражда обществени отношения** – нито между дееца и обществото, нито между него и другите членове, дори нещо повече - при престъплението се касае за *разрив, разпад* на жизненоважни обществените връзки.²⁰ Престъплението застрашава или уврежда устоите на обществото, насочено е срещу здравословното съвместно съществуване на неговите членове. Но щом не се поражда обществено отношение, т.е. няма го нужния *материален носител* на съответното „наказателно правоотношение“²¹, спрямо престъплението не може да се приложи метода на регулация (т.е. регулация по хоризонтала). Това *изменя критериите* за същността на понятието наказателноправната норма.

Разбира се всяка държава реагира на престъпленията. Но решението върви по *друга линия*. Използва се *друга законодателна конструкция*²², друг вид правна норма. С други думи за *институционализирането* на престъплението²³ е необходим друг *способ*, а именно чрез правната му *регламентация*²⁴. Смятаме, че засега този начин на институционализиране на престъпленията теоретично все още не е задоволително осмислен. Но поне като начало на правносоциологическо ниво ни позволява да обозначим нормите, с които законодателят се противопоставя на престъпленията като *регламентиращи*. Разбира се, това също е *социологическо разграничение* на наказателноправните норми по вид, наред с названията охранителни, забранителни, но *предметно* е по-точно. Макар и крачка напред в изясняването на *същността* на наказателноправната норма, тази социологическа парадигма разбираемо е, че не ни задоволява.

IV. Изходна обяснителна схема

²⁰ **Могилевский, А.Л.** Истоки правонарушения. Ашхабад. Ылым. 1987. с. 93.

²¹ Обратното **Бойчев, Г.** Правният институционализъм. Методология на юриспруденцията .С. 2009, с. 130.

²² **Кискинов, В.** Юридически конструкции. Съвременно право, 2011/кн. 5, с. 7-22.

²³ Т.е. превръщането му във факт с правно значение, в *юридически факт*.

²⁴ **Бойчев, Г.** Правният институционализъм. Методология ..., с. 130.

1/ Всичко това ни принуждава да потърсим помощ от правната история²⁵. В своето *историческо* развитие законодателната практика и правната мисъл са създали редица *законодателни* образци за *реакция* срещу престъплението. В случая ще извършим *наблюдение* върху няколко древни текста. Според чл. 7 на Кодекса на Хамурапи: „Ако човек купи от ръката на син на човек, или от ръката на роб на човек, без свидетели и договор, тоя човек е **крадец**, той трябва да бъде **убит**“²⁶.

Да хвърлим един поглед и върху някои библейски текстове: „Ако някой **удари** човек с нож и го убие, да се накаже със смърт. Ако пък го е ударил с камък, който може да го убие и човекът умре, той е **убиец**“²⁷: да се накаже със смърт²⁸.

Историческият екскурс ще приключим с чл. 407 на Руския имперски наказателен закон от 1867 г.: „**Виновният** /в убийство на майка или законен баща/ се наказва с безсрочна каторга.“²⁹

2/ Общото, което наблюдаваме в приведените исторически примери е, че **дееца**, чрез извършването на **престъпното деяние**, сякаш сам се „*обявява извън правото*“, „*извън защитата на закона*“, сам се *изолира и откъсва от социума*. С други думи престъпникът се превръща в лице, което *губи* покровителството и протекцията на държавата (и обществото). За законодателя деецът вече е **престъпник (крадец, убиец или обобщеното древнобиблейско понятие - „виновен“**³⁰), т.е. лице с по-малко, повече или дори тотално променен *правен статус*³¹ Касае се за загуба на *юридически качества*³², за *лишаване* на дееца от права (депривация). И това отношение на държавата към дееца е на ниво *статика*, т.е. *оценката* на деянието и виновния е преди обективизирането на правната норма в съответната *правна връзка*, т.е. още когато нямаме

²⁵ Венгеров, А.Б. Значение археологии и этнографии для юридической науки. Сов. государство и право. 1983/кн. 3., с. 20 и сл.

²⁶ Хрестоматия по истории древнего Востока. М., 1963 г., стр. 196.

²⁷ Виждането ни ще представим малко по-надолу.

²⁸ Числа 35: 16, 17.

²⁹ Таганцев, Н.С. Русское уголовное право (лекции), Общая часть, том I, С.Пб 1902, с. 151.

³⁰ Манчев, Хр. (3) Щрихи към наказателноправното понятие „виновен“. Общество и право 2011/4 с. 103.

³¹ В зависимост от правната оценка на деянието и дееца, която е изразена в санкцията на наказателноправната норма. /Вж. Гунева М. и Ал. Усс. Отговорност и укоримост., Държава и право. 1988/кн. 6, с. 3-11/.

³² Д. Милкова първа и засега единствена акцентира върху *особения вид* юридически факти, тези, при които се *губят правни качества* или казано с други думи: върху *деинституционализацията* на субектите /Вж. Милкова, Д. Обща теория на правото. С. 2003., с. 146./

правна норма в *действие*, преди осъществяването на престъплението. Визираме наказателноправната норма като *модел* на държавна *реакция*, като *потенциал*.

3/ Въпросът, който се поражда обаче е - как може деецът, като *субект* на правото, да *загуби* някои или всички свои *юридически* качества. Отговорът не е труден. Според нас срещу престъпленията законодателят реагира чрез *конститутивните наказателноправни норми*. Тук е вложена изначалната идея, замисълът и целите на тези норми. Неслучайно Н.С.Таганцев акцентира вниманието върху обстоятелството, че: "Наказателният закон създава *особено отношение* на държавата към престъпника."³³ Адаптирано към съвременното ниво на знанието за наказателноправната норма, това означава, че между държавата и престъпника (по *вертикала*), в резултат на извършеното престъпление, възниква не правоотношение, а *специфична* наказателноправна *връзка*.³⁴ Акцентът, който поставяме е върху *правното* съдържание на наказателноправната диспозиция, т.е. върху статуираното в нея *публично преобразуващо* правомощие.³⁵

Засега в правната книжнина липсва точната терминологично-езикова единица, с която да обозначим това потестативно правомощие на държавата. Разбира се, веднага ще побързаме да посочим, че в случая съзнателно не се задълбочаваме върху търсенето (идентифицирането) на *истинската* диспозиция на наказателноправната норма, т.к. вече е имало възможност да се направи това по-рано³⁶. Според нас по-важно е на настоящия етап да се започне изграждането на *теоретична схема*, в рамките на която въпросното правомощие ще може да бъде изследвано с цел да бъде дефинирано от нейния *собствен (чисто догматичен)* изследователски тъгъл.

³³ Таганцев, Н. С. Русское уголовное право (лекции), Общая часть, том I, С.Пб 1902, с. 144.

³⁴ Виж задълбоченото изследване на проблематика на *правните връзки* в: Колев, Т. Правни отношения и правни връзки. С.1998, с. 76-89.

³⁵ Това *правомощие* се упражнява само по *съдебен ред* и се реализира с помощта на присъдата. Същността му се свежда до *лишаването* на дееца или тотално от правоспособност (от *статус* на *субект на правото*), или лишаването му от определена категория *основни, конституционно гарантирани права* - свобода, здраве, собственост, труд, чест и достойнство и др.) чрез *отказ (al bando)* на държавата от неговата защита /Вж. Относно историята и еволюцията на института у Манчев, Хр. (2), цит. съч., с. 304-337.

³⁶ Настоящата статия е пореден номер от замислен цикъл статии и за да избегнем повторението на част от съдържанието им насочваме вниманието на читателя към: Манчев, Хр.(1). цит. съч., с. 108 и сл.; Манчев, Хр. (2), цит. съч., с. 331; Манчев, Хр. (3), цит. съч., с. 106.

3.2. Имайки предвид, че същото се упражнява единствено по *съдебен ред*, ние го свързваме с голяма условност с “осъждането” (*jus dicere*), макар и последното да е доста дискуссионно понятие и да се нуждае от задълбочени изследвания.³⁷ Това всъщност е и основната *схема* на постановката ни относно наказателноправната норма.

4/ Логиката на изследването ни задължава да се спрем и на *правното* съдържание на третата част на наказателноправната норма – *санкцията*. От римските юристи ни е останало разграничението на правното съдържание на тази норма на *jus dicere* - правото да се *осъди* престъпника и на *jus puniendi* - правото на държавата да го *накаже*.

Логично е да се приеме, че *jus dicere* (ако се приеме, че е материално право) се статуира в диспозицията, а *jus puniendi* е правното съдържание на санкцията. За съжаление въпросното деление и естеството на посочените права, както и въпросът за техния субект³⁸ не е предизвикало нужния академичен интерес.

4.2. Тук се изправяме пред т. нар. „Парадокс на Шмит“³⁹. За по-голяма релефност ще вземем за пример института на римското смъртно наказание *jus gladii* (правото на меч). Ако деецът, с извършването на деянието, по силата на материалния наказателен закон (*ex lege*) се лишава (в *юридически* смисъл) от *правосубектност*, т.е. престава да бъде субект на правото, то във *физически* смисъл той продължава да съществува.

И до момента на изпълнението на смъртното наказание, като човешки индивид (в своя психофизически интегритет) той продължава да е в правната и фактическата власт на държавата. По такъв начин едновременно е и „извън обществото“, но същевременно е и „вътре“ във властта на държавата – това е моментът от признаването му за **homo sacer** (посветен на подземните богове⁴⁰), респ. древнобиблейското „**ВИНОВЕН**“, до изпълнението на смъртната присъда⁴¹. Това поне ни дава *правната* история.

³⁷ Боянов, В. Проблеми на понятието осъждане по наказателния кодекс на НРБ. Държава и право, 1988/кн. 6, с. 36-45.

³⁸ Манчев, Хр.(1)., цит. съч., 103.

³⁹ Schmitt, C. (1) Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von Souveränität München-leipzig, 1922m S. 31. Schmitt, C. (2) Uler schuld und schularten, Eine terminologische Untersuchung Breslau, 1910.

⁴⁰ Агамбен, Дж. Homo sacer. Суверенната власт и оголения живот. С. 2004, с.87-138.

⁴¹ Особено очевидна е *промяната* в *правното* положение (не правния статус) на признатото за **ВИНОВНО** лице, когато преди да бъде разпънато на кръста напр. древноримските литори (биячите) му нанасят жесток побой с бичове, с вплетени в нишките им метални парчета и кости. Юридическото положение на осъдения на смърт е почти същото, разбира се без

5/ От изложеното досега е видно, че в наказателноправната норма в статика са статуирани *две* преобразуващи (потестативни) правомощия, които при *съдебното им упражняване* се динамизират в *правни връзки* между държавата и конкретния деец. Разбира се, ако се приеме за вярно виждането, че наказателноправната норма притежава *три елементна структура*⁴².

5.2. Тази *качествена* определеност на горепосочените потестативни (преобразуващи) правомощия на държавата, ни дават основание да приемем, че наказателноправната норма е вид *конститутивна правна норма*.

V. Изследователски перспективи

1/ Разбираме, че това е *изследователска територия*, която все още не е овладяна напълно от юриспруденцията, а още по-малко от съдебната практика. Ще е необходимо да се извърши огромна научно-теоретична дейност, за да се утвърди парадигмата, че наказателноправната норма е *конститутивна правна норма*.

2/ Дешифрирането ѝ като *такава* има ключово значение за развитието на българската наказателноправна наука. Това ще наложи да се видят в нова светлина всички останали нейни институти (категории и понятия).⁴³

Разбирането, че наказателноправната норма е конститутивна трябва да стане една от *водещите линии* на българската наказателноправна наука. Ако досега знанието се обогатява в една или друга степен описателно (дискриптивно), сега това разбиране се издига на *ново качествено ниво*. Това ще доведе до излизане на преден план на *нова парадигма*⁴⁴.

2.2. Това основно положение трябва да бъде един от мотивите за създаването на новата съвременна теория за наказателноправната

нечовешката жестокост, в много от модерните демократични държави, все още запазили института на смъртното наказание./Вж. подробно у **Mattingly, J.P.**. Crucifixion: In Origin and Application to Crist. Unpublished Th. M. Thesis, Dallas Theological Seminary. Dallas. 1961.

⁴² **Манчев, Хр. (1)**. цит. съч., с. 108 и сл.

⁴³ Анализът, осмислянето и обективното оценяване тепърва предстоят.

⁴⁴ Новото знание за наказателноправната норма ще помогне и на наказателнопроцесуалната наука да се изведат нови водещи(системообразуващи) понятия; до промяна или преосмисляне на редици познавателни структури.

норма.⁴⁵ За целта са нужни нов опит и усилия, които да имат за цел да се *надхвърлят* границите на досегашните (общо взето правносоциологически⁴⁶) знания относно нормата. Необходимо е да се задълбочи познанието на *субстанцията* на явлението, за да се видят причините на явлението. Оpozнаването на *истинската и юридическа* същност безспорно ще е *нова* крачка по посока на научното разбиране на наказателноправната норма.

3/Същевременно е необходимо да се започне един процес на *постепенно извеждане* от правната ни наука на многото и твърде дълго **застояли се (правно)социологически парадигми.**

Предложеният текст разглеждаме като едно скромно начало в осмислянето на *истинската юридическа същност* на наказателноправната норма, което надяваме се ще подбуди *активни изследователски* търсения и сред други членове на научната общност у нас в указаната насока.

⁴⁵ Проблематика около създаването на наказателноправната норма, нейната структура и идейно-концептуална насоченост все още си е предизвикателство за правната наука. В случая смятаме, че предлаганите по-горе разсъждения показват *един възможен път* за преодоляването на редица теоретико-гносеологически **затрудненията** при създаването на цялостна теория за наказателноправната норма.

⁴⁶ Така напр. теоретико-догматичната оптика относно *природата и начина на действие (modus operandi)* на наказателноправната норма все още е твърде неясна. Надяваме се, че на друго място ще успеем да дадем отговори и на тези въпроси.

**ПРОБЛЕМИТЕ СВЪРЗАНИ С ПРИДОБИВНАТА ДАВНОСТ И
УПРАЖНЯВАНЕТО НА ПРАВАТА НА ДЛЪЖНИКА ПО ЧЛ. 134 ЗЗД,
В СВЕТЛИНАТА НА ТЪЛКУВАТЕЛНО РЕШЕНИЕ № 4/2012 Г., ОСГК
НА ВКС**

*Борислава Първанова**

*На Коко,
който никога не се притесняваше да каже
какво мисли и да застане зад думите си.*

1. Въведение

Придобивната давност като правен институт с многовековна история е била обект на множество изследвания. Целта на настоящия труд не е да повтаря достигнатите разрешения и изводи в тази област, а да даде поглед върху въпроси, които макар и да не изглеждат спорни, позволяват все още разсъждения. Това се дължи на факта, че се пораждаат известни съмнения за противоречието им с някои основополагащи принципи в областта на гражданския оборот, както и колебания в справедливостта, залегнала в тях. Предмет на разглеждане ще бъдат постановките, възприети от Върховния касационен съд (ВКС) в Тълкувателно решение № 4 от 17.12.2012 г. по тълк. д. № 4/2012 г., ОСГК на ВКС (ТР №4/ 2012 г.). Разглежданото решение, въпреки позитивите си, свързани с разрешаването на спорен на теоретично и практическо ниво въпрос, съдържа негативи, поради противоречия във възприетите обосновки и удачността на част от крайните изводи, които могат да окажат неблагоприятно въздействие в различни посоки.

2. Относно фактическия състав на придобивната давност

Въпросът за фактическия състав на придобивната давност и противоречията, които пораждаше на ниво правна литература и съдебна практика, трябваше да бъде решен по окончателен начин с ТР № 4/ 2012 г., ОСГК на ВКС, в което бе прието, че позоваването по чл. 120 Закона за задълженията и договорите (ЗЗД) във връзка с чл. 84 Закона за собствеността (ЗС) на изтеклия давностен срок, не е елемент от фактическия състав на придобивната давност, уреден в чл. 79 ЗС. Този краен извод на ВКС, обаче не намира стабилна опора в мотивите към него, които следва да

* Юрист.

бъдат насока относно начина, ефектите и значението от извършването на това позоваване, а точно обратното.

2.1. Съображенията на ВКС и някои възражения срещу тях

2.1.1. След като приема, че придобивната давност е сложен юридически факт от типа на правомерните юридически действия, чиято правна последица – придобиване на вещното право, е нормативно свързана само с юридическите факти предвидени в чл. 79 ЗС, непосредствено след това ВКС отрича възможността придобиването на правото на собственост или друго вещно право да става автоматично – с изтичането на законоустановения срок. Това виждане Върховният съд обосновава с твърдението, че настъпването на правните последици *ex lege* било типично за юридическите събития. Този възглед на ВКС, обаче не е изцяло в съответствие с теорията, на която самият той се позовава. Всеки юридически факт се свързва с предвидени в закона правни последици, които настъпват при осъществяването му, а при фактическите състави – при осъществяването на предвидените в закона елементи, част от съдържанието им. В едни случаи, тези правни последици настъпват *ex lege*, с осъществяването на юридическия факт, в чиято диспозиция са предвидени, без да е необходимо допълнително волеизявление от страна на съответния правен субект. В други случаи, наличието на такова е предвидено като предпоставка за пораждаването им. Това обаче не означава, че правните последици настъпват *ex lege* само при юридическите събития като юридически факти, а точно обратното. Например: нищожността на сделките е винаги изначална, те *ex lege* не пораждат правни последици, без да е необходимо допълнително волеизявление на страните по тях, но това не ги превръща в юридически събития, напротив сделките са едни от най-ярките представители на правомерните юридически действия. Ето защо според мен именно изтичането на законоустановеният срок завършва фактическия състав на придобивната давност и води до придобиване на съответното право.

2.1.2. Приемайки, че позоваването не е елемент от фактическия състав на придобивното основание по чл. 79 ЗС, в мотивите си (т. 2 от ТР №4/ 2012 г.), ВКС стига до противоречия с този извод. Първо правилно се посочва, че „за да се трансформира фактическото състояние на упражнявана фактическа власт чрез действия, съответстващи на определено вещно право в самото вещно право, е необходимо потвърждаване наличието на намерение за своене *чрез позоваване на последиците* (к. м.) от придобивната давност“, т. е. собствеността вече е придобита. След това,

обаче е застъпено обратното схващане, което е в пълно противоречие с приетото в диспозитива на решението, а именно: „ До момента в който предполагаемото от закона намерение за своене не бъде потвърдено чрез волево изявление, не може да се придобие и правото на собственост (к. м.)“, т. е. до момента на позоваването правото не е придобито. Посочените разсъждения ВКС завършва със следното разрешение, което пък е точно противоположно на застъпеното в предходното изречение: „При наличие на позоваване, правните последици (к. м.) - придобиване на вещното право - се зачитат от момента на изтичане на законно определения срок съобразно елементите на фактическия състав на придобивното основание по чл. 79, ал. 1 ЗС и по чл. 79, ал. 2 ЗС“. Следва да отбележа, че противоречията не спират до тук. В следващия параграф, започвайки разсъжденията си по друг въпрос поставен за разглеждане в ТР №4/2012 г., ВКС отново прави извод, несъгласуван с този, с който завършва в предходния, а именно: „Позоваването на придобивна давност има за **последица** придобиване (к. м.) на правото на собственост само при осъществен фактически състав по чл. 79 ЗС.“ От посочената логическа аргументация, предполагам, че всеки, който се сблъска с изследваното решение на ВКС и който реши да се запознае с мотивите, а не само с диспозитива му, би останал озадачен. В крайна сметка, не става ясно дали позоваването води единствено да зачитане на правните последици на придобитото към момента на изтичане на законоустановения срок вещно право и ако е така, не е ли това право придобито автоматично, което ВКС отрича да е възможно, или пък това право се придобива към момента на позоваването.

Освен това, само по себе си, схващането на ВКС, че: „При наличие на позоваване, правните последици - придобиване на вещното право - се зачитат от момента на изтичане на законно определения срок (к. м.)“, противоречи на закона и по-специално на чл. 14, ал. 1 ЗНА. Това се дължи на факта, че с ТР №4/2012 г. се придава обратно действие на позоваването на придобивната давност, без то да е изрично уредено в закона. Такова не е предвидено и в разпоредбите относно погасителната давност, към които чл. 84 ЗС изрично препраща. Обратно действие на позоваването на изтекла давност е придадено по изключение в чл. 103, ал. 2 ЗЗД, но то е именно изключение от общото правило, че правните последици настъпват *ex nunc*, което се свързва с обратното действие и характера на самото възражение за прихващане. Това изключение е приложимо само относно погасителната давност, която е самостоятелен правен институт, различен от придобивната по фактически състав, приложно поле и правни последици.

2.1.3. Аргумент в полза на твърденията, че собствеността се придобива автоматично, след изтичане на предвидения срок и че позоваването няма обратно действие и правните последици на придобиване на правото следва да се зачитат към момента, в който то се извършва, можем да изведем от характера на производството по издаване на констативен нотариален акт по правилата на чл. 587-588 ГПК и правната същност на този документ. В това производство, както посочва същото ОСГК на ВКС в ТР № 11/2013 г. от 23. 03. 2013 г. по тълк. дело № 3/2012 г., нотариусът „се произнася по съществуването на едно право“. Той удостоверява правната последица – съществуването на вече придобито по давност в предходен момент от владелеца право на собственост, а не го създава. В констативния нотариален акт той не удостоверява факт, който се е породил в миналото, а самото право, като формулира правен извод, въз основа на събраните писмени и гласни доказателствени средства. Затова актът няма конститутивно действие, той не поражда вещното право и не удостоверява правопораждащия юридически факт, не е форма за действителност, а има само доказателствено и легитимационно значение – че правото вече се притежава от съответното лице.

2.1.4. Несъстоятелен в тази връзка, според мен, е аргументът в Особеното мнение към ТР №4/2012 г., ОСГК на ВКС, който изтъква, позовавайки се на чл. 77 ЗС, че действащото обективно право не позволява правото на собственост да се загуби поради бездействие на титуляра. Чл. 77 ЗС урежда способите за придобиване на право на собственост и други вещни права, излишно би било в тези хипотези, да се уреждат изрично и способите за загубването им, доколкото щом е налице придобиването на едно право чрез съответния придобивен способ от едно лице, то *per argumentum a contrario*, това води до изгубването му от друго. Въпреки това, чл. 99 ЗС изрично предвижда именно това, че правото на собственост се изгубва, ако друго лице го придобие, а придобиването по давност съгл. чл. 77 ЗС води именно до това. Уреждайки придобивната давност като придобивен способ, то от това следва, че осъществяването на фактическия й състав ще доведе до загубването на правото от лицето, което до момента е било собственик, съотв. титуляр на вещното право. Именно в това е основният смисъл на придобивната давност като институт - да гарантира правната сигурност на оборота, да стимулира титулярите на права да ги

упражняват, ако не желаят да бъдат обвързани от нейните неблагоприятни за тях правни последици.¹

2.2. Изводи.

С оглед на изложените по-горе аргументи, смятам, че не е налице несъвместимост между придобивната давност като сложен юридически факт, от типа на правомерните юридически действия и възможността правото на собственост да се придобие автоматично, *ex lege*, с осъществяването на предвидените в състава му елементи. Това се дължи на факта, че законодателят в чл. 79 ЗС е уредил придобивната давност като двуелементен фактически състав, включващ: владението, което като фактически състав се изразява, съгласно чл. 68, ал. 1 ЗС, в наличието на обективния елемент - упражняване на фактическа власт (*corpus*) и субективния елемент – вещта да се държи като своя (*animus*), и изтичането на законоустановения срок, като е сметнал, че не е необходимо наличието на трети елемент – а именно позоваването, защото правните последици по отношение на лицето, в чиято полза е изтекъл давностният срок, ще настъпят *ex lege*, без да е необходимо неговото изрично волеизявление за това. За това свидетелства и самият текст на разпоредбата на чл. 79 ЗС, който предписва, че “правото на собственост *се придобива (к. м.)*” – така **от гледна точка на материалното право**, законодателят предписва, че лицето става собственик единствено с осъществяването на предвидения във фактическия състав юридически факт, като това става автоматично, *ex lege*, без да е необходимо каквото и да било последващо поведение. Друг е въпросът свързан, с противопоставимостта на тези последици по отношение на други лица и защитата на така придобитите права, когато ще е необходимо позоваване на вече придобитото право, но то няма да има отношение към момента на придобиването му. В тази връзка смятам, че макар и лицето да става собственик с осъществяването на предвидения в чл. 79 ЗС фактически състав, то, за да е то собственик спрямо останалите участници в гражданския оборот, е необходимо да е налице позоваване на вече придобитото право, в което намира израз **процесуалният аспект** на придобивната давност. С манифестирането му лицето ще се заяви като титуляр на вещното право и ще го противопостави на останалите правни субекти, за да са наясно те с това, какво поведение се очаква от тях да имат

¹ Подробно целите на давността (погасителна и придобивна) и различните им проявления – в защита на философски възгледи, в процесуален и административно-съдебен план, по отношение на стабилността на оборота, както и в стопански и счетоводен план, са разгледани от **Таков, К.** в „Неизяснени или неразглеждани въпроси във връзка с давността“, <http://www.christiantakoff.com>.

спрямо него. Това, на първо място, е във връзка с абсолютния характер на правото на собственост - задължението им да го зачитат и да се въздържат от действия, които го смущават и ограничават, и на второ място – във връзка със сигурността на гражданския оборот, който налага лицата да полагат дължимата грижа при придобиването на права, с оглед възможността в противен случай да търпят неблагоприятни за тях правни последици.

При липсата на такова позоваване, за всички, с изключение на владелеца, ще е налице само едно фактическо осъществявано владение през определен период от време. Затова и не можем да говорим за отказ от придобитото право по смисъл на чл. 100 ЗС от страна на владелеца, в чиято полза е изтекъл давностният срок, но който не се е манифестирал спрямо останалия свят като негов титуляр, доколкото целта на чл. 100 ЗС е да даде публичност и да създаде сигурност относно титулярството на права, когато такова не е заявено, излишно става и публичното манифестиране на отказ от него. Ето защо, ако лицето, което е станало собственик, след осъществяването спрямо него на фактическия състав на чл. 79, ал. 1 ЗС, не се манифестира като такъв и не се защити с възражение по предявен иск, то се отказва от изтеклата в негова полза придобивна давност. Този извод можем да направим и *per argumentum a fortiori*, изхождайки от тежестта на доказване при редвандикационния иск (чл. 108 ЗС). Тя тежи върху ищеца и позицията на ответника може да се ограничи единствено в отричане правото на ищеца. Щом последният не успее да установи правото си на собственост, макар и ответникът да не доказва никакво свое право върху вещта, искът трябва да бъде отхвърлен по силата на правилото, че при еднакви основания владелецът се предпочита: *in pari causa melior est condicio possidentis*.² Така дори и ищецът действително да е бил собственик, ако не успее да докаже това, съдебното решение ще установи със сила на пресъдено нещо между страните, че въз основа на фактите по делото, той не е такъв. Дори и при предявен от ответника насрещен установителен иск, че той е собственик, когато ищецът не докаже собствеността си, искът му по чл. 108 ЗС ще бъде отхвърлен. От друга страна, искът на ответника също ще бъде отхвърлен, ако не докаже основанията си, но имотът ще остане в негово владение. Във всички случаи, ако ищецът не докаже основателността на ревандикационния иск, решението ще породи сила на пресъдено нещо, която ще защитава ответника от нов иск от същото лице. Само по себе си, това решение няма да го легитимира като собственик, защото ще е необходимо преди това да докаже придобивното си основание.

² Венедиков, П. Ново вещно право, ИК „Проф. П. Венедиков“, С., 1999 г., с. 230.

Необходимостта от позоваване на изтеклата давност идва именно във връзка с възникнал правен спор, който следва да бъде разрешен от съда в полза на една от страните, за да се възстанови сигурността в гражданския оборот и за да няма основания за съмнения и недоверие в него. Проблемът не стои така остро при липса на позоваване и прехвърляне на придобитото в резултат на давностното владение право, защото правоприемникът в този случай ще разполага със самостоятелна възможност за защита. Това се дължи на факта, че по силата на чл. 82 ЗС той може да присъедини владението на своя праводател и по предявен срещу него иск сам да извърши позоваване на придобивна давност в своя полза или казано по друг начин, той е правоприемник на едно противопоставимо спрямо всички останали право, като, ако желае да получи защита в своя полза, ще е задължен да извърши позоваване на придобитото право и да се манифестира като негов титуляр. В този смисъл продавачът на един имот, в чиято полза е изтекла придобивна давност, но който не е извършил позоваване, не би могъл да отговаря за евикция спрямо купувача на същия, тъй като последният е разполагал сам с възможност да се защити като извърши позоваване и единствено от неговата воля е зависело дали ще спечели, или загуби делото по предявения срещу него иск за вещта. Не така стоят нещата, ако в течение на процеса ответникът, в чиято полза е изтекла придобивна давност, но не се е позовал на нея в отговора на исковата молба, прехвърли спорната вещ. Поради необходимостта от защита интересите на противната страна, в резултат на настъпилата процесуалната преклузия по чл. 133 ГПК, правоприемникът, по силата на чл. 226, ал. 2 ГПК, ако го замести, встъпи или бъде привлечен в процеса, няма да може да се позове на изтеклата давност. В този случай той ще е обвързан от силата на пресъдено нещо на съдебното решение и ще бъде съдебно отстранен от вещта, а прехвърлителят ще отговаря спрямо него за евикция по реда на чл. 188 и сл. ЗЗД. Приобретателят на спорното право, в случая, не може да бъде поставен в по-благоприятно положение от прехвърлителя. Това се дължи на факта, че той е знаел за водения процес поради оповестително – защитното действие на вписването на исковата молба по реда на чл. 114, б. „в“ ЗС и въпреки това е поел риска да договоря с цел придобиването на вещта. Той е обвързан от процесуалните действия и бездействия на прехвърлителя. В хипотезата, в която към момента на предявяването на иска, давността още не е изтекла, тя ще спре да тече и ще бъде прекъсната, по силата на чл. 115, ал. 1, б. „ж“ и чл. 116, б. „б“ ЗЗД. Ако в течение на процеса, вещта бъде прехвърлена, давност няма да тече и за приобретателя

й, именно поради обвързаността му от правните последици на водения относно нея процес и приемството в правното положение на праводателя. Въпреки че чл. 226, ал. 3 ГПК предвижда изрично обвързване само от последиците на силата на пресъдено нещо на решението, няма основание това да не се отнася и за последиците на предявяването на иска, в частност спирането и прекъсването на давността.³ В случаите, когато прехвърлителят запазва качеството си на страна в процеса и не бъде заместен по реда на чл. 226, ал. 2 ГПК, той действа като процесуален субституент, в защита на едно чуждо вече право. Материалното правоприемство в хода на процеса не поражда други процесуални последици, извън посочените в чл. 226 от ГПК и по-специално - не дерогира текстовете на чл. 116, б. „б“ и чл. 115, б. „ж“ ЗЗД вр. с чл. 84. Така, както в хода на висящия процес придобивната давност върху спорния имот спира да тече за страните по делото и те не могат да се позовават на текла през това време придобивна давност, така спира да тече и за третото лице, придобило имота в хода на висящия процес и то също не може да извърши позоваване.⁴

С оглед противоречията в диспозитив и мотиви на разглежданото тълкувателно решение, все пак приемам крайния извод, че позоваването не е елемент от фактическия състав на придобивната давност, така както е уреден в чл. 79 ЗС. Правото на собственост или друго вещно право се придобива от лицето автоматично, *ex lege*, с осъществяването на фактическия състав на придобивната давност: упражняване на владение върху вещ с двата му елемента – установено обществено отношение на фактическо господство върху определена вещ и намерение тя да се свои (чл. 68 ЗС)⁵ и изтичането на определения от закона период от време (десет години и пет години за недвижимите, и пет години за движимите вещи, започнал от установяването на владението), през който упражняването на фактическото господство върху вещта е продължавало⁶. Именно в това се изразява **материалноправното действие** на придобивната давност като сложен юридически факт, с осъществяването, на които законът свързва пораждането на определени правни последици – в случая правото на

³ Така и **Попова, В.** Прехвърляне на спорното право по време на висящия исков процес за делба на недвижим имот. Връзка и съотношение между чл. 226 ГПК и чл. 75 ЗН и новия режим на вписване на исковата молба за делба. Възможност за приобретателя да се позове на придобивна давност (научно – практически коментар на противоречивата практика на ВКС), Публикувано в Сиела Норми, 04.04.2013 г.

⁴ Така Определение № 1153 от 28.11.2011 г. по гр. д. № 459/2011г., Г. К., I Г. О. на ВКС.

⁵ **Василев Л.** Българско вещно право, Университетско издателство “Св. Климент Охридски”, С., 1995 г., с. 305.

⁶ **Василев Л.** Цит. съч., с. 299.

собственост в полза на лицето, спрямо което е изтекъл давностният срок. По отношение на останалите правни субекти обаче, с оглед възможността така придобитото право да бъде защитавано, да бъде обект на различни сделки и като цяло да се гарантира сигурността на гражданския оборот, е необходимо манифестиране на волеизявление или позоваване на придобитото право било чрез предявяване на иск за собственост, чрез възражение по предявен против него иск за собственост или чрез снабдяване с констативен нотариален акт за собственост по обстоятелствена проверка, в което намира израз **процесуалноправното действие** на придобивната давност.

Удачно беше ВКС да изрази едно ясно и добре мотивирано становище въз основа на това разграничение, което той самият е направил в диспозитива на ТР № 4/2012 г., за същността и двата аспекта на придобивната давностна. Приетите постановки вече дословно се претворяват в съдебната практиката⁷, която се позовава на цитираното ТР № 4/2012 г. ОСГК и отхвърля необходимостта от допълнителна аргументация. Изложеното по-горе ме кара отново да се замисля за същността и предназначението на тълкувателните решения на Върховните съдилища и начина, по който изпълняват възможната им отговорна задача. И по други поводи съм имала възможността да споделя⁸ съмнението си относно правилността в подхода на ВКС във връзка с осъществяването на тълкувателната му дейност. Прави впечатление, че допусканияте грешки, непълноти, противоречия не са еднократни. Налице е системна липса на задълбочен и единен подход, както и на обоснованост, именно какъвто трябва да е налице в тълкувателната практика. Така тълкувателните актове вместо „пътеводител“ към уеднаквяването на съдебната практика се превръщат в основание за появата на нови противоречия в решенията на по-долните съдилища, в резултат на различните аспекти за тълкуване, които Върховния съд залага в собствените си тълкувателни решения. Противоречия, които не е известно как ще бъдат преодоляни, след като това не е постигнато по пътя на установения за това ред.

3. Относно възможността за упражняване на чужди права.

В тази точка ще засегна възприетия от ВКС извод в т. 3 на обсъжданото по-горе ТР № 4/2012 г., ОСГК, че е възможно позоваването на

⁷ Решение № 361/12 от 25.02.2013 г., ГК, I Г. О. на ВКС

⁸ Първанова, Б. „За санкционната функция на неустойката и някои проблеми свързани с приложението на института“, сп. „Търговско право“, бр. 4/ 2012 г.

изтекла давност да се извърши от кредиторите на владелеца, тъй като правото не е строго лично и в този смисъл подлежи на наследяване, като в този случай позоваването би могло да стане и от наследниците на лицето. Излагайки аргументи, които пораждат съмнение относно правилността на това становище, ще изразя мнението си като цяло по въпроса за възможността да се упражняват чужди права и границите, до които тя се простира.

3.1. *Упражняване правата на длъжника от кредиторите му по чл. 134 ЗЗД*

Възможността кредиторите да упражняват имуществени права на длъжника, когато бездействието му създава опасност за намаляване на неговото имущество и по този начин застрашава удовлетворяването им е предвидена в чл. 134 ЗЗД. Това правно средство, означавано с термина „косвен иск“, се изразява в предоставено от закона самостоятелно право на иск на всеки кредитор, за да може той да защити интересите си. Освен това, той има и възможност да упражнява правата на длъжника извън исковия процес, включително извънсъдебно.⁹

Безспорно в теорията се приема, че става въпрос само за имуществени права на длъжника като: вземания, които могат да произтичат от сделки; неоснователно обогатяване; вещни права – например ревандикационен или негаторен иск; преобразуващи права – например правото да се развали двустранен договор, правото по чл. 19, ал. 3 ЗЗД.¹⁰ По отношение на други права на длъжника въпросът според мен е спорен – например правото да се позове на изтекла в полза на длъжника придобивна давност, изрично признато и с ТР №4/2012 г., ОСГК на ВКС; правото да се приеме наследство.¹¹

Във връзка с тази възможност, интерес представлява въпросът кои точно права на длъжника може да упражни кредитор и до къде се простират границите, в които той може да интервенира в чуждата правна сфера. С оглед съществуващите противоречия и изхождайки от основния принцип, че субективните права служат за задоволяване на интереса на

⁹ **Калайджиев, А.** Облигационно право – Обща част, Сиби, С: 2010 г., с. 575.

¹⁰ **Калайджиев, А.** Цит. съч., с. 577-578; в този смисъл и: **Кожухаров, А.** Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение, ЮРИСПРЕС, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, С., 2002 г., с. 555-556; **Апостолов, И.** Облигационно право. Част първа. Общо учение за облигацията, Издателство на БАН, С., 1990, с. 473-474; **Голева, П.** Облигационно право, ФЕНЕЯ, С., 2006, с. 150.

¹¹ **Кожухаров, А.** Цит. съч., с. 556; **Апостолов, И.** Цит. съч., 475; **Голева, П.** Цит. съч., с. 150.

техния титуляр и от неговата лична преценка следва да зависи дали да ги упражни, или не, е важно да се изведат ясни критерии, които да определят до къде би била допустима намесата на кредитора в правната сфера на длъжника по пътя на чл. 134 ЗЗД и с оглед на които можем да я определим за недопустима, защото единствено от волята на титуляра на правото ще зависи дали да го упражни или не. В противен случай бе се стигнало до ситуация, в която всяко застрашаващо бездействие на длъжника, би било основание за поставяне в действие на косвения иск, което би довело в много случаи до неприемливи резултати.

3.1.1. Критерии, които следва да се съблюдават при упражняване правата на длъжника по чл. 134 ЗЗД.

3.1.1.1. На първо място, смятам, че границата на допустимата намеса следва да бъде **наличното имущество на длъжника**, което съгласно чл. 133 ЗЗД служи за общо удовлетворение на неговите кредитори, като не могат да се упражняват права, водещи до неговото увеличаване.¹² Както изтъква проф. Ив. Апостолов, правото по чл. 134 ЗЗД е средство за охрана на общото обезпечение на кредиторите и неговите цели не отиват по-далече от запазването на наличното имущество на длъжника.¹³ Този извод се дължи на факта, че към момента, в който кредиторът придобива това качество, е наясно или би следвало да е наясно с имущественото състояние на лицето, с което договаря. В този смисъл, той се съгласява да стане кредитор на това лице, приемайки, че наличното му имущество ще служи за общо обезпечение на вземанията му. Така кредиторът може да се намесва само с оглед запазване на наличното имущество на длъжника¹⁴. Това се дължи на факта, че искът по чл. 134 ЗЗД има обезпечителен характер, което се обосновава и от систематичното му място в ч. VII ЗЗД – „Обезпечение на вземанията“ и не следва да се използва за цели, които надхвърлят това му предназначение. Освен това, в случаите, в които бездействието на длъжника не води до намаляване на имуществото му, респ. не създава опасност за такова (напр. неприемането на наследство; непозоваването на изтекла давност), основателно следва да си зададем въпроса с какво кредиторите му биват увредени и по какъв начин се застрашава удовлетворението им. Не мисля, че в тези хипотези можем да говорим за наличие на увреждащо бездействие от страна на длъжника.

¹² В този смисъл Апостолов, И. цит. съч., с. 474 ; Калайджиев, А. Цит. съч., с. 578-579.

¹³ В този смисъл Апостолов, И. цит. съч., с. 474.

¹⁴ Калайджиев, А. Цит. Съч., с. 578-579.

3.1.1.2. Друг критерий, който следва да се съобразява, е това дали длъжникът е **титуляр на относително право срещу трето лице**, което той не упражнява и което се упражнява от кредитора му.¹⁵ Водени от този критерий смятам, че е **недопустимо по реда на чл. 134 ЗЗД да се упражняват права, които ще доведат до възникване на правоотношения** между длъжника и друг субект. Ето защо не е възможно по пътя на косвения иск да се приеме предложение отправено до длъжника за сключване на договор, да се предприемат действия на управление във връзка с имуществото на длъжника¹⁶. Това би го поставило в отношения с други субекти, в които без наличието на възможностите по чл. 134 ЗЗД, вероятно той никога не би встъпил. Сведено до абсурд, при възникването на такива правоотношения между длъжника и трето лице, означава ли, че ако някой от другите кредитори счете, че това води до увреждането му, може да води иска по чл. 135 ЗЗД и чие знание в случая би било релевантно – на длъжника или на кредитора водил иска по чл. 134 ЗЗД?

3.1.1.3. Третият критерий, който следва да се има предвид, е посочен изрично от закона в чл. 134, ал. 1 ЗЗД *in fine*, а именно **упражняването на правото да зависи от чисто личната преценка на длъжника**. Разглежданите по – горе действия са именно такива, зависещи от личната преценка на длъжника, част от свободата и правоспособността му, от правото му на свободна стопанска дейност, като субект на гражданския оборот да решава сам в какви отношения да встъпва и по какъв начин е най-приемливо за него да управлява имуществото си.

Винаги, когато следва да се разреши въпросът дали е възможно едно право да се упражнява от кредиторите, следва да се съобразяват тези правила, в противен случай би се достигнало да една неоснователна намеса в чужда правна сфера. Неоснователна, на първо място, защото тази интервенция е изключение, а не правило, тъй като субективните права се упражняват по преценка на титулярите им и на второ място, защото кредиторът е имал представа или при полагане на дължимата грижа е би следвало да има такава, за наличното имущество на длъжника и е неоправдано впоследствие със собствените си действия да предизвиква увеличаването му, с оглед по-пълното си удовлетворяване.

3.1.2. Позоваване от кредиторите на изтекла в полза на длъжника давност.

¹⁵ В този смисъл **Тончев, Д.** Коментаръ върху закона да задълженията и договорите, т. V, С., 1930 г., с. 70.

¹⁶ В този смисъл **Апостолов, И.** Цит. съч., с. 474; **Тончев, Д.** Цит. съч., с. 70.

Водена от изведените по-горе критерии, смятам, че е неправилно възприетото от ВКС в т. 3 на ТР №4/2012 г., ОСГК на ВКС виждане, че правото да се извърши позоваване на изтекла давност не е строго лично и може да се извърши от кредиторите на владелеца. Това схващане надхвърля обезпечителната функция на иска по чл. 134 ЗЗД, чиято цел е да защити кредитора при бездействие на длъжника, създаващо опасност от намаляване на имуществото му, като съхрани последното.

3.1.2.1. Неупражняването на правото да се позове на изтекла давност, обаче нито води до намаляване, нито създава опасност от такова, затова не налага и предприемане на действия за съхраняването му, с оглед първия от възприетите по – горе критерии. Напротив, длъжниковото имущество от гледна точка на кредиторите остава същото и в този смисъл не застрашава бъдещото им удовлетворяване.

3.1.2.2. Освен това, изхождайки от втория критерий – съществуването на право срещу трето лице, то при позоваването на изтекла давност, не можем да говорим за такова, доколкото последното е непритезателно субективно право, чието осъществяване не е в зависимост от поведението на друго лице, различно от титуляра му. Напротив, позоваването на изтекла в полза на длъжника давност би било основание за пораждаване на данъчно правоотношение между длъжника и съответната община. Негов предмет ще е данъчното задължение по чл. 44, ал. 3 от Закона за местните данъци и такси (ЗМДТ), за заплащане на данък при безвъзмездно придобиване на имущество, който се дължи и при придобиване на недвижими имоти и ограничени вещни права върху тях по давност. Този данък, съгласно чл. 49, ал. 2 ЗМДТ, се заплаща към момента на издаване на акта, удостоверяващ правото на собственост, който подлежи на вписване. Такъв акт ще е постановеното съдебно решение, респ. издаденият констативен нотариален акт. Както беше изтъкнато по – горе, смятам, че упражняването на правата на длъжника, в случаите, в които в резултат на това ще възникнат правоотношения, в които той е страна, е недопустимо. Това е намеса в неговата правна сфера, която далеч надхвърля функциите на иска по чл. 134 ЗЗД. Така в резултат на действията на кредиторите, длъжникът ще се сдобие с нов, в лицето на съотв. община. Освен това, вземането на общината на основание чл. 136, т. 2 ЗЗД ще е привилегировано спрямо това на кредитора, което не е обхванато от привилегията на чл. 136, т. 1 ЗЗД, като тя ще бъде и присъединен по право вискател в производството по принудително изпълнение, на основание чл. 458 ГПК. Тук може да се

постави въпроса и доколко е налице интерес на кредитора по чл. 134 ЗЗД от това позоваване.

Възможно е, чрез косвения иск да се стигне и до пораждане на други правоотношения между трето лице длъжника. Ако последният е владял само идеална част от съсобствен имот необходимото време, това означава по пътя на чл. 134 ЗЗД кредиторът да го направи част от сложните отношения между съсобствениците, което според мен е недопустимо.

Ето защо е уместно *de lege ferenda* чл. 134 ЗЗД да бъде допълнен в следния смисъл: „Не е допустимо по този ред да се упражняват права, които ще доведат до възникване на правоотношения между длъжника и трети лица.“

3.1.2.3. Несподеляйки тезата на ВКС, смятам, че невъзможността да се извърши позоваване от кредиторите, се дължи и на факта, че става въпрос за строго лично право, упражняването, на което зависи от чисто личната преценка на носителя му. Могат да съществуват редица причини, вкл. и от морален характер, на които да се основава решението на длъжника да не извърши позоваване на изтекла давност. Възможно е това позоваване, като процесуално средство за защита, да не се извършва, защото никой не смущава владението му и не заявява претенции към вещта. Разбира се, с оглед правната сигурност, желателно би било, да предприеме действия насочени към публичното му легитимиране като собственик, но това не е основание да се даде възможност на кредиторите му да направят това по пътя на чл. 134 ЗЗД.

3.1.2.4. Освен това, доколкото позоваването на изтекла давност, както е възприето и в т. 2 от ТР № 4/2012 г., е процесуалноправно действие – осъществено чрез предявяване на иск за собственост, възражение по предявен против него иск за собственост или снабдяване с констативен нотариален акт за собственост по обстоятелствена проверка, възниква въпросът как практически кредиторът би могъл да направи това.

На първо място, позоваването би могло да стане с предявяването на първоначален или насрещен установителен иск по чл. 124, ал. 1 ГПК. Това може да предяви обаче само лице, което има правен интерес и то при наличието на правен спор. Както е известно, легитимацията по установителния иск е твърде широка, като той е предоставен на всяко лице, което има интерес от него. Такъв имат не само субектите на спорното правоотношение, а всички тези трети, чужди на правоотношението лица, чиито права зависят от съществуването или несъществуването на спорното

правоотношение.¹⁷ Доколкото наличието на такъв не би било трудно да се открие у длъжника, за мен представлява интерес въпросът за правния интерес на кредитора по чл. 134 ЗЗД.

Вече беше изтъкнато, че намесата по реда на косвения иск е допустима само с оглед запазване наличното имущество на длъжника, предвид обезпечителния му характер и е недопустимо извършването на действия, които водят до увеличаването му. Освен това, за да упражни кредиторът имуществените права на длъжника, е необходимо бездействието на последния да застрашава удовлетворението му. С какво непозоваването на изтекла придобивна давност от длъжника, обаче създава опасност за изпълнение на задълженията му към кредиторите. То не води до намаляване на имуществото му и в резултат на това не е необходимо предприемане на обезпечителни действия, които да доведат до съхраняването му. Същевременно, възможно е въобще да не е налице правен спор, което би обосновоало правен интерес от установителен иск, вкл. и от чл. 134 ЗЗД във вр. чл. 124, ал. 1 ГПК. Изложените съображения водят към извода, че практически позоваването на изтекла давност от кредиторите на длъжника чрез предявяване на установителен иск, е изключено. С оглед възприетото като краен извод в ТР № 4/2012 г, въпреки противоречията в мотивите, че позоваването не е част от придобиването, а от защитата на вече придобитото право, тук може да се направи възражението, че всъщност то не води до увеличаването на имуществото на длъжника, а именно до съхраняването му, каквато е ролята на иска по чл. 134 ЗЗД и което е в интерес както на кредитора, така и на длъжника. Този аргумент би бил основателен до голяма степен, но все пак не бива да се подминава основният аргумент, който съчетан с възприетите по-горе критерии, води до неприемането на това възражение. Това е, че позоваването на изтекла придобивна давност е право, чието упражняване зависи от личната преценка на титуляра му, поради което то не може да бъде упражнено от кредитор по чл. 134 ЗЗД. При участието си в гражданския оборот, правните субекти са напълно свободни сами да решават какви действия да предприемат, съотв. в какви правоотношения да встъпват, стига да действат в рамките на закона и да не засягат правата на други лица, които обстоятелства, при неупражняване на правото на позоваване на изтекла давност не са налице.

¹⁷ Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р. Българско гражданско процесуално право, Сиела, С., 2012 г., с. 187.

На второ място, позоваването на изтекла в полза на длъжника давност с възражение като отбранително средство, би могло да се направи в рамките на вече висящ процес. В този смисъл, когато длъжникът е ответник по предявен ревандикационен иск, за да се позове на изтекла в негова полза придобивна давност, той трябва да направи това в отговора на исковата молба, съгл. чл. 133 ГПК, в противен случай процесуалното му пропускане ще доведе до преклудирание на възможността това да бъде направено по-късно. Как кредиторът би могъл да упражни това възражение във водения срещу длъжника процес? *На първо място*, той би могъл да поиска да встъпи по реда на чл. 218 ГПК в образувания процес като помагач на ответника – длъжник, доколкото въобще успее да обоснове правния си интерес от това встъпване. В този случай, обаче позоваването на изтекла придобивна давност чрез възражение, той би направил от свое име, а не от името на длъжника. Това се дължи на факта, че встъпилият кредитор става страна в процеса, макар и допълнителна, която разполага със самостоятелни права. Така представлява интерес въпросът, дали пропусъкът на подпомаганата страна да се позове на изтекла давност в отговора на исковата молба, обвързва подпомагащата. Поради липсата на общо правило, в литературата се приема, че това позволява на този въпрос да се даде конкретен отговор, който отчита процесуалното положение на подпомагащата страна и естеството не толкова на извършените, колкото на пропуснатите до този момент процесуални действия.¹⁸ С отлед естеството на възражението за изтекла в полза на длъжника придобивна давност, смятам, че в тази хипотеза кредиторът, като подпомагаща страна, ще е обвързан от настъпилата процесуална преклузия. Първо, защото правото на допълнително встъпване, се упражнява по волята на титуляра му до приключване на съдебното дирене в първата инстанция (чл. 218 ЗЗД), като той преценява дали има интерес да встъпи в положението на делото, в което са настъпили съответните преклузии. Освен това, с предявяването на иска давността се прекъсва и спира да тече. Когато към този момент тя не е изтекла, не следва да се допуска в по – късен момент възражението за изтекла придобивна давност, поради простата причина, че това няма как да се случи, поради посочените последици на предявяване на иска. Когато към този момент тя вече е изтекла и ответникът не се е позовал на този факт в отговора на исковата молба, то следва да се отрече възможността това да направи подпомагащата го страна в един по – късен момент. Обратното би създавало предпоставки за злоупотреба с процесуални права и заобикаляне

¹⁸ Цолова, К. Подпомагащата страна в съдебния исков процес, Сиби, С., 2010 г., с. 181.

на преклузията предвидена в чл. 133 ГПК. Следва да се има предвид и че както правото на иск, така и правото да направи възражение, т. е. процесуалната легитимация, в типичния случай принадлежи на твърдения титуляр на материалното право¹⁹. Допълнително встъпилият, като подполагаща страна кредитор обаче не е такъв и затова не би могъл да направи възражение за изтекла в полза на длъжника-подпомагана страна давност. Вярно е, че той разполага със самостоятелни процесуални права, но те не навлизат и не следва да засягат толкова сериозно сферата на титуляра на материалното право. *На второ място*, съгласно възприетият в ТР, кредиторът би могъл да направи възражение за изтекла в полза на длъжника давност по пътя на чл. 134 ЗЗД. Как обаче би осъществил тази възможност във воден срещу последния процес? Тъй като упражняването на това право – да направи възражение, не се състои в предявяването на иск по смисъла на чл. 134, ал. 3 ЗЗД, то в такъв случай би следвало той да бъде овластен да направи това възражение от съда по реда за обезпечаване на иски, който извод ми се струва абсурден, най-малкото, защото може изобщо да не знае за водния процес. Ето защо смятам, че въобще е невъзможно да се направи от кредитора възражение за изтекла в полза на длъжника придобивна давност.

Не така стои въпросът с предявяването на отрицателен установителен иск или възражение за изтекла в полза на длъжника погасителна давност, което следва да е допустимо, защото в този случай имуществото на длъжника остава непроменено, единствената промяна се свързва с парализирането²⁰ на възможността да се търси принудително осъществяване на съответното вземане, но то остава част от имуществото на длъжника под формата на естествено задължение.

На следващо място, позоваването на изтекла придобивна давност би могло да стане чрез снабдяване с констативен нотариален акт по реда на чл. 587 - 588 ГПК. Въпреки несъгласието си с възприетото от ВКС виждане, имайки предвид задължителната сила на тълкувателните актове, вероятно това ще е единствената възможност, която кредиторите биха могли да използват. В случая ще е необходимо овластяване по реда на чл. 134, ал. 3

¹⁹ Изкл. от това правило е чл. 142 ЗЗД, който дава възможност на поръчителя да противопостави на кредитора всички възражения принадлежащи на длъжника, както и да направи прихващане с негово вземане.

²⁰ В литературата е застъпвано становището, че възражението за изтекла погасителна давност погасява самото право на иск на ищеца – **Сталев, Ж.** Цит. съч., с. 208. В обр. смисъл – **Голева, П., Чернев, С.** За характера на погасителната давност, Бюлетин на СЮБ, № 6, 1989 г., с. 22.

33Д. В производството по издаване на констативен нотариален акт, кредиторът ще има качеството страна, действайки отново като процесуален субституент на длъжника, като ще иска да се удостовери, че в патримониума на последния съществува съответното вещно право. Друг е въпросът, че съгласно възприетото в ТР № 11/2012 г. ОСГК на ВКС, лицето което оспорва така признатото право ще носи тежестта на доказване. Това схващане основателно се критикува в Особеното мнение към ТР, тъй като води до разместването ѝ и се придава на констативния нотариален акт значението на оборима презумпция, каквато не е предвидена в закона. Така лицето, на което нотариалния акт се противопоставя, ще трябва да доказва, че легитимиращия се с него не е собственик. То се оказва обвързано от него, въпреки че не е участвало в охранителното производство по издаването му.²¹ Тук можем да поставим въпроса, доколко е оправдано, действията на кредитор по чл. 134 33Д, чийто длъжник може да бездейства по ред причини, вкл. и от лично естество, да поставят останалите участници в гражданския оборот в положението да провеждат пълно обратно доказване на признатото право, чието съществуване само се удостоверява с нотариалния акт.²²

3.1.2.5. Тук може да се постави и въпросът, дали кредиторите могат, по пътя на чл. 134 33Д, да прекъснат придобивната давност, започнала да тече в полза на трето лице за вещ на длъжника. Смятам, че в тази хипотеза отговорът би следвало да е положителен. Безспорен е правният им интерес в този случай. Установеното от едно лице владение върху вещ на длъжника и бездействието на последния, създават опасност за удовлетворението на кредиторите му. Това се дължи на факта, че продължително дезинтересиране на титуляра на вещното право в законоустановения срок, ще доведе до придобиването на вещта по давност от владелеца, като тя ще престане да бъде част от имуществото на длъжника и кредиторите му няма да могат да се насочат срещу нея за удовлетворяване на вземанията си. *На първо място*, изхождайки от първия от установените в т. 2 критерии - тук става въпрос именно за упражняване на право, което е свързано със **съхраняване наличното имущество на длъжника**, част от което са съответните вещи и което на основание чл. 133 33Д служи за общо удовлетворение на неговите кредитори. *На второ място*, съгласно втория критерий – безспорно става въпрос за **относително право**, насочено срещу

²¹ Вж. за производството по издаване на констативен нотариален акт и т. 2. 1. 3.

²² Проблемите, които се поставят в резултат на възприетото в ТР № 11/2012 г., могат да бъдат предмет на самостоятелно разглеждане.

точно определено лице, което е отнело владението на длъжника и е установило свое такова, без значение дали това лице е добросъвестно или не. *На трето място*, това право, което **не зависи от чисто личната преценка на лицето**. Ако съображенията му, да не прекъсне установеното от друго лице владение, се основават на желанието му това лице да стане собственик на вещта, то той би могъл да го надари със същата, като по този начин ще се избегне необходимостта от изтичането на предвидения в закона – 5, съотв. 10 годишен давностен срок. Разбира се, в тази хипотеза, кредиторите биха могли да се защитят по пътя на Павловия иск по чл. 135 ЗЗД. Така по пътя на чл. 134 ЗЗД, кредиторите биха могли като процесуални субституенти да предявят напр. установителен иск по чл. 124, ал. 1 ГПК, ревандикационен иск по чл. 108 ЗС, негаторен иск по чл. 109 ЗС. С влизането в сила на решението, което уважава такъв иск, ще настъпи ефекта на прекъсването, като по този начин се охранява интереса на длъжника и безспорно се съхранява имуществото му, което е общо обезпечение на кредиторите.

3.1.3. Приемане на наследство по пътя на чл. 134 ЗЗД.

По същите съображения смятам, че е невъзможно да се упражни от кредиторите правото да се приеме наследство.²³ По отношение строго личния характер на правото да се приеме наследството съществуват още повече основания, ето защо упражняването му следва да зависи единствено от преценката на титуляра му. Това се дължи на факта, че единствен той е в състояние най-добре да прецени дали има интерес от придобиването на съответното наследствено имущество, част от което е както актива, така и пасива на наследодателя. Допуснето на тази възможност би могло да доведе до редица усложнения. Ако наследството не е прието под опис, по този начин наследникът – длъжник ще отговаря с имуществото си и спрямо кредиторите на наследството. Те самите пък, ще следва да упражнят правото си по чл. 67, ал. 1 ЗН и да искат отделяне на имуществото на наследодателя от това на наследника, за да не конкурират с кредиторите му. Така упражнявайки иска по чл. 134 ЗЗД, кредиторите ще обвържат имуществото на длъжника с пасива на наследството, а от друга страна ще засегнат и кредиторите на наследството, като им наложат упражняването на правото по чл. 67, ал. 1 ЗН, ако желаят да защитят интереса си. Тук основателно би могъл да се постави въпроса, доколко кредиторът на длъжника въобще има интерес да води иска по чл. 134 ЗЗД, ако той ще доведе до конкурирането му с кредиторите на наследството. Разбира се, би

²³ Обр. Голева, П. Цит. съч., с. 150; Кожухаров, А. Цит. съч., с. 556.

могло да се направи възражение, че в случай, че приемем, че това право би могло да се упражни и от кредитор на наследника, той ще приеме наследството, само ако актива му надхвърля пасива или под опис. Все пак смятам, че това не е достатъчно основание за допускането му.

В литературата²⁴ и съдебната практика, възможността кредиторите да упржнят правото на длъжника да приеме наследството по пътя на чл. 134 ЗЗД, се извежда по аналогия от чл. 56 ЗН, където изрично е предвидена възможност за кредитора, увреден от отказа от наследство, извършен от длъжника, да го унищожи, за да получи по - пълно удовлетворение. Между двете хипотези обаче следва да се прави съществено разграничение. Нормата, която се извлича от разпоредбата на чл. 56 ЗН, е частен случай на чл. 135 ЗЗД. Искът по чл. 135 ЗЗД и искът по чл. 56 ЗН по характера си са отменителни иски в полза на кредитора за отменяване на правните действия на длъжника, които го увреждат. И двата имат в основата си идеята да се опази имуществото на длъжника, за да се даде възможност на кредиторите да се удовлетворят от него за своите вземания, съгласно чл. 133 ЗЗД. С иска по чл. 56 ЗН може да се иска унищожаването на отказа от наследство от всеки кредитор, който е увреден. С него кредиторите са поставени в по-благоприятно положение относно предпоставките за уважаването му, отколкото при иска по чл. 135 ЗЗД, защото те не са задължени да докажат наличността на знанието на длъжника за увреждането.²⁵ При уважаване на иска по чл. 56 ЗН, решението има действие само в отношенията между длъжника и кредитора, но не и по отношение на трети лица, спрямо които направеният отказ от наследство е действителен.²⁶ Такива са последиците и на относителната недействителност по чл. 135 ЗЗД. Освен, че унищожаването на отказа е относително - по отношение само на кредитора, който го е поискал, то е и само доколкото е необходимо за удовлетворяване на визираното в иска вземане.²⁷ След удовлетворяване на кредитора по посоченото вземане, отказът остава действителен за останалото в наследството имущество и по отношение на непредявилите този иск кредитори и всички трети лица.²⁸

Не така стоят нещата с иска по чл. 134 ЗЗД, който по своята същност представлява хипотеза на процесуална субституция, от вида на процесуалното застъпничество, като при предявяването му се иска

²⁴ Апостолов, И. Цит. съч., с. 475.

²⁵ Решение № 365 от 17.09.1960 г. по гр. д. № 4347/60 Г., IV Г. О.

²⁶ Така и Решение № 1281 от 21.01.2009 г. по гр. д. № 5578/2007 г., Г. К., II Г. О. на ВКС.

²⁷ Тасев, Хр. Българско наследствено право, Сиела, С., 2009 г., с. 134.

²⁸ Така и Решение от 17.12.2010 г. по гр. д. № 4986/2010 г. на Районен съд – Пловдив.

постановяване на решение в полза на длъжника, титуляр на спорното материално право. Така резултатът от уважаване на иска ще е напр. получаване на вземане, на което длъжникът е имал право по силата на договор, неоснователно обогатяване и т. н.; защита правото на собственост на длъжника по реда на чл. 108 и 109 ЗС; обявяване на предварителен договор, страна по който е длъжника, за окончателен, по реда на чл. 19, ал. 3 ЗЗД и др. Този резултат ще е от полза за всички кредитори, които ще могат да се удовлетворят или да гарантират удовлетворението си от съответното право. Именно с оглед целта и резултата от воденето на двата иска смятам, че не би могло по пътя на чл. 134 ЗЗД да се упражни правото на длъжника да приеме наследството. В случаите, когато той се откаже от наследството, законодателят дава възможност на отделния кредитор, с оглед защита на интересите му, да унищожи този отказ по реда на чл. 56 ЗН, като в този случай, единствено той, който е проявил активност и се е грижил за интересите си, ще се ползва от последиците на унищожението. В останалите случаи, когато длъжникът не предприема действия за приемане на наследството, би била налице необоснована намеса в правната му сфера, да се допусне упражняването на това право от кредиторите му. То би довело до неочаквано облагодетелстване на всички кредитори, въпреки че всеки от тях се е съгласил да придобие това качество, имайки представа за имущественото състояние на длъжника, без в него да е включено съответното наследствено имущество. Освен това, както беше изтъкнато по-горе, самото унищожаване по чл. 56 ЗН е ограничено - само по отношение на частта необходима за удовлетворение на кредитора, като за останалата част отказът е действителен. Така самият законодател поставя граница спрямо намесата на кредитора във вече изявената воля на длъжника. На следващо място, следва да обърнем внимание на редакцията на двата текста: чл. 56 ЗН предвижда, че кредиторите могат да унищожат отказа, „доколкото не могат да се удовлетворят (к. м.) от имуществото на наследника“, а чл. 134 ЗЗД говори за бездействие на длъжника, което „заплашва удовлетворението (к. м.) на кредитора“. Изхождайки от буквата на закона, можем да направим основателния извод, че за предявяване на иска по чл. 56 ЗН е необходимо кредиторите вече да са предприели действия към удовлетворения на вземанията си, а на този по чл. 134 ЗЗД е необходимо бездействието на длъжника, да създава само потенциална опасност за бъдещото им удовлетворение. След като в хипотезата на предприети вече действия за удовлетворение, когато интересът на кредиторът е пряко насочен към него, той разполага с възможност да

унищожи отказа от наследство само ако последният го уврежда, само до размера необходим за пълното му удовлетворение и само по отношение на себе си, то на какво основание ще му позволим в случая на бездействие на длъжника и неприемане на наследството, той да упражни това негово право, обосновавайки евентуалната опасност за пълното си удовлетворение, резултатът, от който не е ограничен до приемане на частта от наследството необходима за това, а обхваща цялото, като ползва и всички останали кредитори. Необосновано от тази гледна точка ми се струва да се допусне възможността да се приеме наследството по пътя на чл. 134 ЗЗД, което би довело не само до частично, а до пълно преодоляване волята на длъжника. Не без значение е и факта, че бездействието на длъжника и неприемането на наследството от негова страна, може да има своето морално основание в отношенията му с наследодателя, върху което намесата на кредитора би посегнала. Затова смятам, че то е строго лично и упражняването му би следвало да зависи единствено от преценката на титуляра му.

Смятам, че не без основание можем да твърдим, че в случаите, когато става въпрос за упражняване права на длъжника по реда на чл. 134 ЗЗД, се имат предвид такива права, които са резултат от вече изявена воля на длъжника в една или друга посока. Така напр. упражняването на правото по чл. 19, ал. 3 ЗЗД, е възможно, защото вече длъжникът е изявил воля за придобиването му, като е сключил предварителен договор; упражняването на вземане на длъжника по договор е възможно, т. к. той вече го е сключил и е изявил воля да стане титуляр на това право; упражняването на собственическите иски по чл. 108 и 109 ЗС е допустимо, защото сам по себе си длъжникът вече е собственик на съответната вещ. Не така стои обаче въпросът с правото да се приеме наследство, тук не става въпрос за манифестирана от длъжника воля за придобиването му, то се поражда за него по силата на закона или в резултат от волята на наследодателя и допускането възможността да се упражни от кредиторите му, според мен надхвърля предназначението на иска по чл. 134 ЗЗД, като засяга необосновано правната сфера на длъжника. Още повече, както вече беше изтъкнато по-горе, всеки кредитор разполага с възможността, сам, грижейки се за собствения си интерес, в случай на бездействие на длъжника да поиска от районния съд да му определи срок за приемане на наследството по реда на чл. 51 ЗН, а при отказ – да го унищожи в своя полза, съгл. чл. 56 ЗН.

3.2. Позоваване на изтекла придобивна давност от наследниците.

Възприемайки схващането, че правото на позоваване на придобивното основание не е с оглед личността, ВКС постановява, че то „не се погасява със смъртта на владелеца, а се включва в наследството му“, като съвкупност от права, задължения и фактически състояния. В този смисъл Върховният съд застъпва схващането, че „ако едно лице е владяло недвижим имот в изискуемия по 79 ЗС срок, но е починало преди да се позове на последиците от придобивната давност, то в наследството се включва владението върху имота, както и правото (к. м.) на наследниците да се позоват на *изтекла в полза на наследодателя им* (к. м.) придобивна давност щом са продължили владението“.

Позоваването наистина може да бъде извършено от наследниците, но не на изтекла в полза на наследодателя давност и не защото са наследили това право. В случая е налице грубо и недопустимо смесване между възможността да се упражняват, съотв. наследяват чужди имуществени права и възможността предвидена в чл. 82 ЗС да се присъединява владението на праводателя. Наследниците могат да се позоват на изтекла в своя полза придобивна давност, тъй като към владението, което са установили, те са присъединили владението на своя праводател, съгласно чл. 82 ЗС по пътя на правопримството. Това се дължи на факта, че част от имуществото на наследодателя, като съвкупност от права задължения и фактически отношения, съгласно чл. 133 ЗЗД, е не правото на позоваване на изтекла придобивна давност, а владението като фактическо състояние.

Освен това, както посочих по – горе (вж. т. 3.1.), смятам, че правото да се извърши позоваване на изтекла в полза на праводателя придобивна давност зависи от неговата лична преценка и в този смисъл, то въобще не става част от наследствената маса и не подлежи на наследяване. Според мен в случая наследниците не биха имали интерес да извършват позоваване на изтекла в полза на праводателя им давност. Резултатът от това ще даде възможност на кредиторите на наследството да искат отделяне на вещта от имуществото им, за да могат да се удовлетворят от нея. Когато обаче наследниците се позоват на изтекла в своя полза давност, като присъединят към владението, което са установили това на своя праводател и приемат наследството под опис, те ще отговарят за пасивите на наследството само до размера на наследеното имущество.

4. Заключение.

Голямото практическо значение на придобивната давност като институт, налага внимателен, системен и безпротиворечив подход към

същността ѝ. Наличието на такъв е особено необходимо в задължителната съдебна практика на ВКС. Липсата му в разглежданото ТР № 4/2012 г., ОСГК, вместо за преодоляване на проблемите в тази област, породени от противоречивите възгледи относно правната ѝ същност, създава предпоставки за възникване на нови.

Въпросите обсъдени в настоящия труд, са основание за следните изводи:

4.1. Необходимо е да се прави ясно разграничение между **материалноправното действие** на придобивната давност като сложен юридически факт, с осъществяването, на които законът свързва пораждаването на определени правни последици – придобиване правото на собственост или друго вещно право от лицето, спрямо което е изтекъл давностният срок и **процесуалноправното ѝ действие**, изрязащо се в позоваване на придобитото право, чрез предвидените в закона средства, с оглед възможността да бъде защитавано, да бъде обект на различни сделки и като цяло да се гарантира сигурността на гражданския оборот.

4.2. С оглед предвидената в закона възможност да се упражняват чужди права чрез използването на иска по чл. 134 ЗЗД, особено наложително е да се възприемат в съдебната практика или по законодателен път, група критерии, чрез които да се осигури именно обезпечителния характер на това правно средство и да се избегне използването му за цели, които надхвърлят функциите му и водят до необоснована намеса в чуждата правна сфера. Такива критерии биха могли да бъдат: допустимост на иска само с оглед запазване наличното имущество на длъжника, както и недопустимост да се упражняват права, които ще доведат до правоотношения между длъжника и друг субект. В противен случай, основавайки се единствено на въведеното в закона ограничение – упражняването на правото да не зависи от чисто личната преценка на лицето, се създава основа за обосноваване на твърде широко му приложно поле, доколкото в правната литература и съдебна практика, се приема, че и права с подчертано личен характер (правото да се извърши позоваване на изтекла давност, да се приеме наследство), могат да се упражняват чрез косвения иск. Така се създава състояние, в което допустимостта му от изключение, тъй като упражняването на субективните права зависи от интереса и волята на титуляра им, би била се превърнала правило, което е нежелан ефект.

КЪМ ПРОБЛЕМАТИКАТА НА МОРСКИЯ ПРОТЕСТ

*Васил Александров**

I) Въведение

1. Проблемите на доказването, документите и възможностите за оборване и насрещно доказване са занимавали умовете на юрисите във всички епохи. За страните в процеса доказването е от ключово значение, за да могат да защитят материалните си права, а за съда доказването и доказателствата са от значение, за да може да постанови правилно съдебно решение. Така от древността до наши дни юридически са се породили различни способи за набавяне на доказателства за определени обстоятелства, които са от значение за съдебния или арбитражния процес. Тези способи винаги са съобразявани с особеностите на отношенията и дейностите, за които би възникнал евентуален правен спор. Така особеностите на мореплаването, морската търговия и морските отношения са създали предпоставките за зараждането на специфични институти, един от които е морският протест.

От историко-правна гледна точка морският протест е оригинален институт на морското право, който с известни условности намира корените си в древността. В Родоския закон за изхвърленото (*Lex Rhodia de iactu*) е уреден прототипът на система от норми в съвременното морско право, уреждащи т.нар. „обща авария“, и определя разпределението на риска между клиентите по отношение на превозваните товари, когато корабът търпи бедствие и се налага да бъде облекчен, чрез изхвърляне на част от превозвания товар. От тази гледна точка Родоският закон не визира института на морския протест, но свързвайки правните му разрешения с института „рецепт на корабоначалника“, който урежда отговорността на капитана от професионалната му дейност за живота, здравето и свободата на пасажерите, както и целостта и доброто състояние на товара, можем да видим генезиса на морския протест.

Рецептът на корабоначалника предвиждал една обективна отговорност на капитана за всички вреди, щети и пропуснати ползи, като последният не можел да се позовава на „злощастен случай“¹. Единственото основание за освобождаване от отговорност била

* Юрист.

¹ Според терминологията на римското право това е случай, който е било възможно да бъде предотвратен с човешки сили.

непреодолима „божествена“ сила^{2,3}. Това било причина още в този ранен момент да започне своеобразното деклариране на „божествената“ сила пред надлежните власти, с оглед евентуални бъдещи претенции на товародателите.

По-късно, сходно разрешение било възмъствано в Corpus Iuris Civilis, където се предвиждало „*Lege rodia „rhodia” cavetur, ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.*“ (D. 14.2.1.)⁴ и „*Aciwsis eudaimonos nikomydews pros antwninon basilea. kurie basileu antwnine...*“ (D. 14.2.9)⁵, като от тези два текста е видно, че още в този ранен период се е зародила необходимостта от уведомяване на официалните власти за събитията, станали по време на пътуването.

От последващото развитие на института той намира в по-късен период своето място в Consolato del mare⁶, след него – и във френския Ordonnance sur la Marine от 1681 г., а по-късно – и в други кодификации в Европа. У нас за първи път морският протест е уреден позитивно правно в Закона за морската търговия от 1908 г., а след неговата отмяна – в Указа за търговско корабоплаване на НРБ (отм.).

Така морският протест в крайна сметка намира уредбата си в Кодекса за търговското мореплаване, чието заглавие е изменено през 2002 г. като Кодекс на търговското корабоплаване. В КТК институтът на морския протест е уреден позитивно правно в разпоредбите на чл. 347 до чл. 353 като при действащата законова уредба под „морски протест“ можем да разбираме няколко неща:

- институт на морското търговско право, регламентиран в чл. 347 – 353 КТК;
- вид нотариално удостоверяване;
- вид нотариално производство;
- официален писмен свидетелстващ документ⁷;

В изложението ще се засегне всеки от горепосочените аспекти като акцентът ще бъде върху отделни проблеми.

² Чолов, Р. „Римското частно право“, изд. „Сиела“, С., стр. 153

³ Най-често природно бедствия – напр. морски бури, ураган и пр.

⁴ „Казано е от Родоския закон, че където (когато) търговец изхвърли през борда (стоки), за да олекоти, каквато загуба ползва всички, то всички трябва да допринесат за овъзмездяването й“.

⁵ „Петиция на Едомон от Никомедия до император Антониан, че са били нападнати от пирати.“

⁶ Частна кодификация от обичаи, която не е датирана с точност, но се е прилагала в периода XI-XIV век на територията на днешна Испания, Франция, Венеция, Геноа, средиземноморските острови.

⁷ Вж. Матеева, Ек. „Морският протест“, изд. Феней, С., 2007

II) Морският протест като нотариално удостоверяване и производство.

1. Като вид нотариално удостоверяване морският протест носи всички родови белези на понятието за нотариално удостоверяване, а именно – *писмено свидетелстващо изявление на нотариални органи, издадено в пределите на тяхната компетентност и по реда, предписан от закона* (чл. 347-352 КТК), което установява с обвързваща доказателствена сила *удостоверените обстоятелства*⁸. Тези обстоятелства са: **а)** на посочените в акта, дата, час и място капитанът на търговски кораб⁹ е направил заявление за морски протест по чл. 347, ал. 1 КТК със съдържание, отразено в акта; **б)** твърденията на капитана за липса на вина и неотговорност на корабоприитежателя и лицата, за които той отговаря, са подкрепени с показания на лица от командния състав на кораба, във връзка с произшествието и последиците му; **в)** нотариусът е възприел и прегледал лично и е отразил в акта писмените доказателствени средства с определено съдържание (корабен дневник и заверени преписи от него – арг. чл. 351, ал. 1 КТК), които потвърждават обстоятелствата, твърдени от капитана. Тези обстоятелства са от изключително значение, тъй като всеки вид нотариално удостоверяване се издава по ред на нотариалното производство, което е приспособено към предмета на удостоверяването. Спазването на производството, а оттам – и правилното удостоверяване на предмета, обуславя валидността на нотариалното удостоверяване, а чрез това – и доказателствената му сила. В разпоредбата на чл. 179, ал. 1 ГПК се предвижда, че официален документ, издаден от длъжностно лице в кръга на службата му по установените форма и ред, съставлява доказателство за изявленията пред него и за извършените от него и пред него действия. Следователно, обвързващата съда материална доказателствена сила се свързва с формата и реда, по който е извършено съответното удостоверяване, което само по себе си означава, че доказателствената сила се разпростира единствено върху предмета на съответното нотариално

⁸ Така Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р. „Българско гражданско процесуално право“, СИЕЛА, С. 2012, стр. 1252.

⁹ Понятието за търговски кораб се извежда от систематичното тълкуване на чл. 4, във вр. чл. 3 КТК. Търговски кораб е всеки самоходен или несамоходен плавателен съд или плавателно съоръжение, предназначено за плаване и за извършване на дейностите по чл. 3. Това са дейностите за превоз на пътници, багажи, товари и поща с кораби, наемане, други сделки с кораби, влачене и тласкане на кораби и товари, търсене, спасяване и оказване на помощ на търпящи бедствия хора и кораби, извършване на морски и речни услуги, свързани с корабоплаването, стопански риболов, експлоатация на морски и речни ресурси и други стопански дейности с използване на кораби.

удостоверяване¹⁰. От тази гледна точка морският протест е от категорията нотариални удостоверявания на правнорелевантни факти.

2. Морският протест като вид нотариално удостоверяване се извършва по реда на нарочно производство. 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. С оглед на това е необходимо да се изясни в коя точка на чл. 569 ГПК намира отражението си морският протест. Съгласно чл. 569 нотариални са производствата, по реда на които се извършват, т. 3 „... протести“; т. 8 „извършване на други нотариални действия, предвидени в закон“. В доктрината¹¹, за да се отговори на този проблем, морският протест се сравнява с протеста на менителнични ефекти по чл. 496 – 504 ТЗ. Като отлики между двете се очертават: а) предметът на нотариално удостоверяване, който е различен – при протеста на менителнични ефекти се засвидетелства редовно извършено предявяване (за акцептиране или плащане) на една заповедна ценна книга и отказът на длъжника да акцептира или заплати по ефекта, докато при морския протест се удостоверяват фактът на заявлението от капитана за станалото с кораба произшествие, твърдението на капитана, че евентуалните вреди не се дължат на обстоятелства, за които корабоприитежателят отговаря, както и представянето на определени гласни и писмени доказателствени средства – чл. чл. 347, 351, 352 КТК; б) друга разлика е с оглед местната компетентност на нотариалния орган. При протест на менителнични ефекти е компетентен нотариус по мястото на акцептиране или плащане на сумата по ефекта – арт. чл. 501 ТЗ. Докато при морския протест местната компетентност се определя от първото посетено от кораба пристанище – чл. 348 КТК, във вр. чл. 349, ал. 1 КТК; в) протест на менителнични ефекти може да се извърши от държателя на ценната книга, респ. легитимирания от непрекъснатия ред на джирата. Морският протест може да се извърши от капитана (вж. II т. 2.3.); г) различни са последиците и от спазването, респ. неспазване на законоустановените срокове – в единия случай се запазват или губят регресни права, а в другия се или не се осигурява официален свидетелстващ документ.

¹⁰ Особено наложително е да се прави разлика между предмета на различните видове нотариални удостоверявания, с оглед материалната доказателствена сила. Проблемът е особено отчетлив при т.нар. „смесени документи“, където може да имаме частен документ и нотариално удостоверяване – напр. подпис, в този случай материалната доказателствена сила няма да се разпростре и върху съдържанието.

¹¹ Матеева, Ек., цит. съч. стр. 113 и сл.

С оглед на тези разлики според едни автори¹², мястото на морският протест е в чл. 569, т. 8 ГПК. По този начин те поставят морския протест до нотариални удостоверявания, предвидени в други закони¹³. Това мнение не може да бъде прието, тъй като граматическото тълкуване на чл. 569, т. 3 ГПК, води до друг извод. Употребата на множествено число – „протести“ е достатъчна, за да се изведе на преден план волята на законодателя да уреди не само едно от протестните производства (по протест на менителнични ефекти) в чл. 569, т. 3 ГПК, а да постави всички протестни производства в една точка. Тълкуването в друг смисъл е *contra legem*. Разликите между два института, не са нито пречка, нито основание, законодателно те да не бъдат уредени в общ текст като се използва общият им родов термин – в случая „протести“, който ще се яви *terminus technicus*.

2.1. Първата предпоставка за да се извърши валидно нотариално удостоверяване е материална компетентност на нотариуса. Заявлението за морски протест се прави в българските пристанища - пред нотариуса; в чуждите пристанища - пред консула на Република България или компетентното длъжностно лице на чуждата държава по реда, установен в законодателството на тази държава¹⁴ – арг. чл. 348 КТК. Заявлението по чл. 347 КТК за акт за морски протест, по българското право може да бъде направено единствено пред нотариален орган. Това по начало може да бъде нотариус – арг. чл. 2, ал. 1 ЗННД, във вр. чл. 569 ГПК, или помощник-нотариус – арг. чл. 40 ЗННД. По изключение е възможно валиден акт за морски протест да се състави и от съдия по вписванията при условията на чл. 82 ЗННД.

2.2. Втората предпоставка за извършването на морски протест е надлежна форма. В разпоредбита чл. 347-353 КТК, никъде изрично не е записана форма. Тъй като става въпрос за специфичен вид нотариално удостоверяване – акт за морски протест¹⁵, то, подразбиращо се, следва да се извърши в писмена форма. За писмена форма, можем да съдим и от разпоредбата на чл. 347, ал. 1 *in fine* КТК, където се предвижда, че капитанът трябва по съответния ред да направи заявление за съставяне на акт за морски протест.

¹² Пак там.

¹³ Напр. нотариалното завещание, предвидено в разпоредбата на чл. 24 ЗН.

¹⁴ Проблематиката е богата от гледна точка на множество международни актове и МЧП, в изложението те няма да бъдат обсъждани, с оглед ограничения обем и неговата насоченост.

¹⁵ Актът за морски протест е различен от нотариален акт, нотариален надпис (т.нар. „заверка“). Актът за морски протест е самостоятелен.

2.2.1. Кога се подава заявлението по чл. 347 КТК? Чл. 349, ал. 1 КТК предвжидва, че заявлението за морски протест се прави в първото посетено пристанище в срок от 24 часа от пристигането на кораба. От особена важност е характерът на този срок. Срокът започва да тече от момента на пристигането. Под „пристигане“, следва да се разбира, моментът на разрешаване на кораба на т.нар. „свободна практика“ по смисъла на чл. 6, ал. 1 от Наредба № 7/23.05.2001 г. Това значи, че на кораба и екипажа е разрешено влизане в пристанището и товаро-разтоварни и други дейности – арг. § 1, т. 3 ДР от Наредба № 7). От този момента започва да тече предвиденият в чл. 349, ал. 1 КТК, 24-часов срок. В доктрината¹⁶ е застъпено виждането, че характерът на този срок е инструктивен, *„целящ да активира капитана към максимално бързо набавяне на доказателствени средства за липса на вина и неотговорност на корабоприитежателя за станалото с кораба произшествие“*. Поддържа се становището, че ако капитанът не подаде заявлението в срок, може да бъде ангажирана отговорността му във вътрешните му отношения с корабоприитежателя.

Струва ми се, че така даденото тълкуване не държи достатъчно сметка за предвиденото в чл. 350, ал. 1 КТК, че когато не е възможно да се поиска съставянето на морски протест в установения срок, в заявлението **се посочват причините** за това. Целта на посочването на причините е с оглед на това да се прецени дали те са обективни и обуславят в достатъчна степен забавеното подаване на заявлението по чл. 347, ал. 1 КТК. Ако причините отговарят на това изискване, тогава нотариусът ще трябва да издаде акт за морски протест, като отбележи в него закъснелото подаване на заявлението по чл. 347, ал. 1 КТК, както и да посочи обективните причини. По този начин при евентуален процес се създават индиции за отдалеченост във времето на инцидента и подаване на заявлението за морски протест, което с оглед показанията на членове от командния състав на екипажа, които по характера си са свидетелски показания, може да има значение при оценяване на доказателствената стойност на документа, с оглед останалите доказателства по делото. От друга страна, ако приемем горепосоченото становище, можем да стигнем да извод, че дори капитанът да подаде заявлението за морски протест 1 месец по-късно, то нотариусът ще следва да му издаде акт за морски протест, стига да са спазени другите законови изисквания. Т.е. *per argumentum ad absurdum*, капитанът, респ. корабоприитежателят, ще черпи права от собственото си противпоравно поведение. Този извод сам

¹⁶ Матеева, Ек., цит. съч., стр. 144-145

по себе си прави горепосоченото разбиране правно нетърпимо. Считам, че в този случай, когато причините не са обективни и не обуславят в достатъчна степен забавеното подаване на заявлението по чл. 347, ал. 1 КТК, тогава нотариусът ще може да откаже правомерно издаването на акт за морски протест като се позове на чл. 574 ГПК, съгласно който не могат да се извършват нотариални действия относно противоречащи на закона или на добрите нрави сделки, документи или други действия. В случая поведението на капитана на кораба ще бъде противно на закона. Предвиденият в чл. 349, ал. 1 КТК, 24-часов срок за подаване на заявлението има за цел освен да стимулира поведението на активно легитимираното лице – капитана, също така и да предотврати издаването на морски протести, които като официални удостоверителни документи ще имат обвързваща материална доказателствена сила, която съответната страна в процеса ще трябва да оборва. Т.е. волята на законодателя е да не се предоставя благото на официалния удостоверителен документ на страна, която сама не пази интересите си. С други думи още едно проявление на принципа, че никой не може да черпи права от собственото си противоправно поведение. Гаранция за навременното извършване на морския протест е именно възможността да се ангажира отговорността на капитана на търговския кораб във вътрешните му отношения с корабоприитежателя¹⁷.

2.3. Третата предпоставка за извършване на нотариалното удостоверяване е подаване на заявление за морски протест по реда на чл. 347, ал. 1 КТК от активно легитимирано лице. Като такова законът посочва капитана на търговския кораб. Интерес представлява въпросът възможно ли е друго лице от екипажа да подаде заявлението за акт за морски протест? От буквалния прочит на чл. 347 КТК е видно, че отговорът на този въпрос следва да бъде отрицателен. Все пак, струва ми се, че могат да се вземат предвид следните съображения за разбиране в обратен смисъл. От житейска гледна точка морските отношения са особен вид, поради това е предвидено и разглежданото особено нотариално производство и удостоверяване. В този смисъл при едно морско произшествие не е изключено капитанът на кораба да загине¹⁸ или да изпадне в такова обективно състояние, което да не му позволи не само да не спазва 24-часовия срок, но и въобще да не може да подаде

¹⁷ Така за добросъвестното извършен морски протест Решение № 262 ОТ 05.06.2000 г. по гр.д. № 1344/1999 Г., V Г.О. ВКС.

¹⁸ В този смисъл чл. 92, ал. 1 КТК – капитанът няма право да напуска кораба по време на изпълнение на задължения, изискващи да бъде на борда, освен ако изключителни обстоятелства не налагат това.

заявлението по чл. 347, ал. 1 КТК. Житейски, а оттам, струва ми се – и правно, нелогично би било да тълкуваме *stricto sensu*, разпоредбите, предвиждащи активната легитимация. Като възможен аргумент против това разбиране би могло да се изтъкне, че нормата има процесуален характер и е императивна по своята правна същност, както и че чрез разширително тълкуване бихме могли прекалено много да разширим кръга на активно легитимирани лица. Намирам подобно схващане за схоластично. Вярно е, че нормата е процесуална и императивна – регламентираща активната легитимация. От правно-теоретична гледна точка нито характеристиката „процесуална“, нито характеристиката „императивна“ изключват възможността за *interpretation extensive*, т.е. буквата на разпоредбата е по-тясна от нейния смисъл. В този смисъл не императивните и процесуалните, а изключителните норми не могат да се тълкуват разширително¹⁹. Къде е границата на буквата на разпоредбата? Като граница, струва ми се, следва да приемем лицата от екипажа, които освен капитана могат да вписват информация в корабния дневник – помощник-капитани или офицери – арг. чл. 65, ал. 2 Наредба № 5 от 01.09.2004 г., за корабните документи (вж. т. 2.3.1.). Считам това разрешение за оправдано, тъй като посочените лица са длъжностни по своята характеристика, достатъчно квалифицирани са и законодателят им е отредил определени важни функции, свързани с документи, които се предоставят пред нотариуса. Това е и житейски оправданата позиция, тъй като заявлението за морски протест трябва да съдържа освен описание на фактите на произшествието и взетите мерки от капитана за обезпечаването на повереното му имущество – арг. чл. 347, ал. 2 КТК, така също за доказване на фактите, изложени в заявлението на морския протест, капитанът на кораба едновременно с предявяването му или в срок, не по-дълъг от 7 дни от пристигането му в пристанището или от момента на произшествието, ако то е настъпило в пристанището, е задължен да представи на нотариуса или на съответното длъжностно лице за преглеждане корабния дневник и заверени извлечения от него с подписа на капитана на кораба и скрепени с печата на кораба. А при погиване на корабния дневник в заявлението за морския протест трябва да бъдат подробно изложени всички обстоятелства на произшествието, както и обстоятелствата и причините за погиването на корабния дневник – арг. чл. 351 КТК.

2.3.1. Съгласно разпоредбата чл. 81 КТК в зависимост от вида, тонажа и района на плаване българските кораби се снабдяват с корабни

¹⁹ Павлова, М. „Гражданско право. Обща част“, изд. СОФИ-Р, С. 2002, стр. 136-137

документи в съответствие с националното законодателство и международните договори, по които Република България е страна. Видовете корабни документи и всички изисквания, свързани с тях и с издаването им, се определят с наредба на министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията – арг. чл. 86, ал. 1 КТК. Обстоятелства, подлежащи на вписване, формата, реда, съхранение и доказателствената сила на корабния дневник са уредени от разпоредбите на Наредба № 5 от 01.09.2004 г., за корабните документи. От систематичното тълкуване на чл. 2, във вр. чл. 65, ал. 3, следва, че в корабния дневник се вписват факти и обстоятелства, които се изискват от международните договори, страна по които е Република България, и от националното ни законодателство – напр. при отплаване на кораба на рейс в дневника се вписват отправно пристанище, броят на членовете на екипажа и пасажерите и др. По време на плаването се вписват наименованието на водния басейн, жирокомпасен курс, курс по главен магнитен компас и др. При престой в пристанище се вписват място на натоварване или разтоварване на стока, нотиса за готовност за товарни операции и др. Корабният дневник се води от капитана на кораба като носител на властнически функции²⁰ – арг. от чл. 89 и сл. КТК, респ. от вахтените помощник-капитани или офицери в качеството им на длъжностни лица, свързани с кораба и екипажа – арг. чл. 65, ал. 2 Наредба № 5²¹. Вписванията в корабния дневник се извършват с точност до пет минути, без прекъсвания, допълнения, заличавания и поправки – денонощно. Вписванията следва да бъдат точни и обстоятелствени. След попълване на последната страница, дневникът се съхранява от капитана на кораба пет години (съображението за това е общата погасителна давност – арг. чл. 110 ЗЗД), след което се предава на корабоприитежателя, който го пази в продължение на още десет години – арг. чл. 78, ал. 1 и ал. 2 Наредба № 5. Съгласно разпоредбата на чл. 65, ал. 3 Наредба № 5, преди първото вписване в корабния дневник, същият се заверява от директора на съответната дирекция „Морска администрация“ или от овластено от него длъжностно лице, и се вписва в Регистъра на корабните дневници.

От гореизложеното по тълкувателен път и стъпвайки на чл. 65, ал. 2 от Наредба № 5 от 01.09.2004 г. за корабните документи, можем да заключим, че корабният дневник представлява официален писмен

²⁰ Сталев, С. „Морско търговско право“, С., 1991, ц.с., стр. 65.

²¹ Така Матеева, Ек., цит. съч. стр. 157.

свидетелстващ документ²², т.е. документ, ползващ се с материална доказателствена сила.

III) Морският протест като официален свидетелстващ документ в светлината на Тълкуватено решение № 5/2012 г. от 14.11.2012 год по т.д. № 5/2012 г. ОСГТК.

1. Документът е вещь, върху която с писмени или електронни знаци е материализирано изявление. В теорията²³ са разгледани различни видове документи. Официалният свидетелстващ документ доказва с обвързваща съда доказателствена сила, че фактите, предмет на удостоверителното изявление на органа, издал документа, са се осъществили така, както се твърди в документа – арг. чл. 179, ал. 1 ГПК. Т.е. до доказване на противното, съдът е длъжен да счита фактите, отразени в официалния свидетелстващ документ за действително осъществили се²⁴.

2. За да има характера на официален свидетелстващ документ, морският протест следва да покрие изискванията на гореизложеното определение (вж. III, т. 1). Морският протест²⁵ е официален свидетелстващ документ, материализиращ удостоверение на компетентен орган по чл. 348 КТК (нотариус или консула на Република България или компетентното длъжностно лице на чуждата държава), засвидетелстващ факта на извършеното пред него заявление на капитана на търговския кораб (или съответното длъжностно лице от екипажа – вж. II т. 2.3.) относно произшествие с кораба, което е в следствие на обстоятелства, за които корабопризежателят не носи отговорност, но могат да бъдат основание за предявяване на иски срещу последния (арг. чл. 347 КТК). Това разбиране за понятието за морски протест се извлича от систематичното тълкуване на чл. 352 КТК, във вр. чл. 347 и чл. 348 КТК. Тези разпоредби уреждат реда за съставяне на акта за морски протест като документ, издаден по реда и във формата предвидени в чл. 347-353 КТК²⁶, в който се съдържа удостоверително изявление на нотариус (или на български дипломатически или консулски представител в чужбина, съотв. компетентен чуждестранен орган) в качеството му на носител на публична властническа компетентност и в кръга на неговите правомощия.

²² Допълнителни аргументи могат да се извлекат от чл. 91, ал. 1, ал. 3, ал. 4 КТК

²³ Сталев, Ж., Мингова, А, Стамболиев, О., Иванова, Р. цит. съч. стр. 281.

²⁴ Решение № 1107-1971-III.

²⁵ Manifest of sea protest; Note of sea protest (Англ.); Nota di protesta (Итал.).

²⁶ Така Матеева, Ек., цит. съч. стр. 30.

Характеризирането на акта за морски протест като официален свидетелстващ документ е от значение за неговата доказателствена сила. С оглед на правните си признаци, актът за морски протест се ползва с материална (обвързваща) и формална доказателствена сила – чл. 179 ГПК, във вр. чл. 178 ГПК.

2.1. Формална доказателствена сила

Формалната доказателствена сила на акта за морски протест се заключава в това, че:

А) Удостоверението, извършено от компетентния по чл. 348 КТК орган, е наистина направено;

Б) Документът е издаден на мястото и датата, посочени в него;

В) Направеното удостоверяване, извършено от органа по чл. 348 КТК, изхожда именно от този орган, т.е. той е издател на документа.

От гледна точка на евентуален исков процес и използването на акта за морски протест като доказателство, горепосочените обстоятелства имат важно значение, за да може да се прецени, кога точно е издаден актът за морски протест; дали е издаден от компетентен орган; спазени ли са изискванията на законодателството към момента на издаване на акта²⁷. Тези обстоятелства са от значение и за преценка доказателствената сила на документа, тъй като тя се определя съобразно закона, който е бил в сила по времето и мястото, където те са съставени – арт. чл. 178, ал. 1 ГПК.

2.2. Материална (обвързваща) доказателствена сила.

Струва ми се, че тук отново, с оглед пълнота на изложението, трябва да се изведе пред скоби, че 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.

Материалната доказателствена сила на акта за морски протест идва от признаците му на официален писмен документ, с който *erga omnes* се засвидетелства изявлението на капитана (или други лица от екипажа вж. **II т. 2.3.**) по чл. 347, ал. 1 КТК, както и други правнорелевантни факти, които са извършени по начина и със съдържанието, удостоверено от издателя на морския протест.

Обвързващата доказателствена сила на морския протест се простира върху мястото, времето и датата на подаване на заявлението по чл. 347, ал. 1 КТК, установяване самоличността на капитана, който е подписал

²⁷ При отношения с международен елемент се ползва формулата за привръзка *Lex loci actus*.

заявлението (съот. другите лица от екипажа, както и позицията им - вж. **II, т. 2.3.**), дадените от капитана сведения за идентификация на кораба, корабоприитежателя (респ. корабособственика), маршрута на кораба, пасажери, товар, мореходно²⁸ състояние на рейса, подробно изложение на фактите и обстоятелствата, свързани с претърпяното произшествие и последиците му (вреди и щети - като те могат да са не само установени, но и предполагаеми – арг. чл. 350, ал. 2 КТК), мерките, предприети от капитана и екипажа за ограничаване и предотвратяване на вредите и щетите, опазване на товара, имуществото и пасажерите. Предмет на удостоверяването, респ. ползващи се с обвързваща доказателствена сила, са и фактът на изявлението на капитана (респ. другите лица от екипажа вж. **II, т. 2.3.**), че корабоприитежателят (респ. корабособственикът) не носи отговорност, както и фактът на представените в производството писмени доказателствени средства и изслушаните в производството гласни доказателствени средства по чл. 351 КТК и чл. 352 КТК.

Уместно е тук да се направят няколко уточнения по отношение на доказателствената сила на морския протест. Между морския протест като официален свидетелстващ документ, доказателствената му сила и доказателствената сила на обективизираното в документа нотариално удостоверяване не бива да се слага знак за равенство. Доказателствената сила на нотариалното удостоверяване е в това, че до доказване на неговата невярност съдът и другите държавни органи са длъжни да приемат, че удостоверените с акта факти и обстоятелства са се осъществили по начина, засвидетелстван от нотариуса (респ. помощник-нотариуса). Докато актът за морски протест като изходящ от нотариуса официален документ доказва факта на нотариалното удостоверяване, което е обективизирано в нотариалния документ²⁹. В този смисъл необходимо е да се изясни, че нито в КТК (чл. 347-353), нито в ГПК (чл. 569 и сл.) е предвидено актът за морски протест да се подписва от някой друг освен от нотариуса. Следователно, може да се направи извод, че морският протест не се подписва от капитана – той подписва само заявлението по чл. 347, ал. 1 КТК; не се подписва от двамата свидетели, дали показания за релевантните обстоятелства; т.е. единствено нотариусът, респ. помощник-нотариусът, подписват акта за морски протест. Необходимо е също така

²⁸ Според § 1а ДР КТК – мореходност е комплексно качество на кораба по отношение на корпуса, стъкмяването и екипажа, позволяващо му да плава в райони и метеорологични условия в съответствие с класа му, когато има такъв, както и да извършва дейността, за която е предназначен, без да се излага на опасност превозваният товар или животът на екипажа и пътниците.

²⁹ Така Матеева, Ек., цит. съч. стр. 35.

да се изясни, че настъпването на съответното събитие (произшествие) може да се докаже с всички доказателствени средства. Актът за морски протест само улеснява доказването, но съставянето му не е предпоставка за възникване на отговорността – напр. на застраховател³⁰, или екскулпирането на корабоприитежателя.

2.3. Защита срещу акт за морски протест

Характеризирането на морския протест като официален свидетелстващ документ е от значение за пороците на документа и за основанията, на които тези пороци могат да бъдат атакувани, т.е. от значение е за защита на страната в процеса, на която се противопоставя морският протест.

2.3.1. Защита срещу акта за морски протест може да се търси на плоскостта на чл. 300 от ГПК, съгласно който влязлата в сила присъда на наказателния съд е задължителна за гражданския съд, който разглежда гражданските последици от деянието, относно това, дали е извършено деянието, неговата противоправност и виновността на дееца³¹. В този случай налице е било наказателно производство, което е завършило с влязла в сила присъда. В нея акта за морски протест е признат за неавтентичен или неверен, за което виновното за подправката (материална или интелектуална) на документа лице понася наказателна отговорност. Така чрез успешното оборване и доказване на неавтентичност или невярност на документа в наказателното производство, ще се защити лицето, на което е противопоставен морският протест. Струва ми се, че докато тече наказателното производство, особено в хипотезата на „бедно“ откъм доказателства гражданско дело, следва да намери приложение разпоредбата на чл. 229, ал. 1, т. 5 ГПК и делото следва да бъде спряно, поради престъпни обстоятелства, от установяването на които зависи изходът на гражданския спор. Все пак, ако въпреки това, делото не бъде спряно и има влязло в сила решение на гражданския съд, считам че защитата на съответната

³⁰ Така Решение № 262 ОТ 05.06.2000 г. по гр.д. № 1344/1999 Г., V Г.О. ВКС.

³¹ Струва ми се, че в чл. 300 ГПК, има законодателен пропуск. Ratio на разпоредбата е да има зачитане между актовете на съдилищата. Чл. 300 ГПК не съдържа всичко, от което е обвързан гражданския съд – напр. размера на вреди, не е споменат, логично следва да си зададем въпрос „е ли е обвързан и от това, когато вредите са съставомерни в деянието?“ – логично е да бъде, защото в противен случай, ще пререша присъдата, т.е. ако не е обвързан ще може да приеме вреди в различен размер (така в практиката по чл. 290 ГПК – Реш. №221 от 21.06.2011 по гр. д. № 399/2010 г., Г.К. III Г.О. ВКС). Може да се мисли в посока, че гражданския съд няма да е обвързан – при положение, че делото е трябвало да е по квалифициран състав, а е водено по основен. В този случай ще може да се установяват вредите в по-голям размер, тъй като това не води до пререшаване на присъдата.

страна може да се проведе по реда на извънредния способ за отмяна на влезли в сила решения. Като в този случай, струва ми се, ще може да се ползва основанието, дадено в чл. 303, ал. 1, т. 2 ГПК, а именно по надлежния съдебен ред се установи неистинност на документ, на показания на свидетел, върху които е основано решението, или престъпно действие на страната, на нейния представител. Молбата за отмяна се подава в тримесечен срок, считано от деня на влизане в сила на решението или узнаване на присъдата, но не по-късно от една година от влизането ѝ в сила – арг. чл. 305, ал. 1, т. 2 ГПК – като този срок е преклузивен³².

2.3.2. Друг начин за защита е чрез предявяване на установителен иск по чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК. С този иск страна, която има правен интерес, цели да установи истинността или неистинността на документ. Понятията за истински и неистински документ са същите, както по чл. 193 – чл. 194 ГПК (вж. **III, т. 2.3.3.**), т.е. както при инцидентно оспорване на документ. За да може да се предяви този иск, абсолютна процесуална предпоставка за допустимостта е наличието на правен интерес у страната, която иска от съда да реши правния спор със сила на пресъдено нещо, по отношение истинността, респ. неистинността на документа – в случая акта за морски протест. Правният интерес в случая ми се струва, че може да бъде търсен в няколко посоки. От една страна това е висящият исков процес, в който корабоприитежателят противопоставя на другата страна акта за морски протест като официален свидетелстващ документ. От друга страна, правният интерес се основава и на факта на наличието на правен спор между страните по отношение истинност или неистинност на акта за морски протест. От трета страна считам, че правният интерес може да бъде изведен на основата на чл. 10 ГПК, съгласно който съдът осигурява на страните възможност и им съдейства за установяване на фактите, които са от значение за решаването на делото. Или казано по друг начин, конкретният правен интерес може да бъде изведен чрез конкретизиране на принципа за установяване на истината в гражданския процес.

Искът по чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК, може да бъде предявен като инцидентен установителен иск, при съобразяване на разпоредбата на чл. 212 ГПК. Ако корабоприитежателят е ищец, той ще трябва да предяви иска в първо заседание за разглеждане на делото. Тъй като по новия ГПК, делото може да протече и в едно заседание, следва да отговорим на въпроса, дали до края на цялото първо заседание или до друг момент –

³² Сталев, Ж., Мингова, А, Стамболиев, О., Иванова, Р., цит. съч., стр. 670.

напр. края на съдебното дирене. При тази редакция на ГПК, отговорът ми се струва, че не може да е друг, освен цялото първо заседание. Т.е. в случай, че с оглед размяната на книжа и поведението на страните всичко е изяснено от фактическа и правна страна и се даде ход на устните състезания, то в този момент ищецът (корабопритежател) ще може да предяви инцидентен установителен иск. Имайки предвид, че следва да се даде възможност на другата страна да упражни конституционно гарантираното си право на защита, може да се стигне дотам, че съдът ще трябва да отмени определението си за даване ход по същество на основание чл. 253 ГПК, след което да се продължи съдебното дирене. С оглед на това, едва ли това е *ratio legis* и едва ли това е най-доброто законодателно решение, за това *de lege ferenda* чл. 212 ГПК, следва да бъде изменен като възможността ищецът да предявява инцидентен установителен иск се ограничи до края на съдебното дирене. Намирам, че по този начин ще се постигне и една от целите на новия ГПК³³ – да се ускори правораздаването по граждански дела.

Ако корабопритежателят е ответник, той ще трябва да предяви инцидентен установителен иск до срока за отговор на исковата молба. От тази гледна точка дори за неюрист е видна неравнопоставеността между ищеца и ответника.

Необходимо е да се направи и още едно уточнение – чл. 212 ГПК *in fine*, предвижда, че може да се установява съществуването или несъществуване на **правоотношение**. Тази уредба, струва ми се, не е съобразена с чл. 124 ГПК. Установителните искове, предвидени в чл. 124, ал. 1 ГПК за права или правоотношения, не са единствените установителни искове уредени от ГПК. Няма разумна причина инцидентният установителен иск, да е допустим само за правоотношения. Логично ли е, ако законът допуска иск за факт – чл. 124, ал. 4, изр. 2 ГПК, поради стриктното тълкуване на чл. 212 ГПК, да трябва страната в процеса да предяви нов иск, а вече висящият процес да бъде спрял – арг. чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК. Струва ми се, че не това е *ratio legis*, а при оформянето на новия ГПК е допуснат пропуск, който може да се отстрани по тълкувателен път, което едва ли е най-удачното разрешение, особено за такъв важен нормативен акт като ГПК, но *dura lex, sed lex*.

Друга възможност на страната за предявяване на иска по чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК е в отделен процес. В този случай, тъй като ще имаме един

³³ Из обсъжданията преди приемане на новия ГПК - Стенограма от 2006.08.31 на Четиридесето НС - сто шестдесет и първо заседание.

висящ преюдициален въпрос, ще е налице основание за спиране на висящия процес – арт. чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК.

2.3.3. Друг начин за защита срещу акта за морски процес е откриване на производство по оспорване истинността на документ по чл. чл. 193 – 194 ГПК.

Тъй като българското право следва френското и италианското право, по тази причина се уреждат по различен начин установяването на неистинността на един документ и установяването на неверността на съдържанието му. При установяване на неистинността на документ е необходимо оспорващата страна да заяви изрично това и съдът с определение открива производство по проверка на истинността. В това мини-производство са допустими всички доказателствени средства – арт. чл. 194, ал. 1 ГПК.

В случай на установяване на неверността на съдържанието на документа, т.е. оспорва се съдържанието, не се открива производство по проверка на истинността и съществуват ограничения при доказването – напр. не се допускат свидетели на страната, която е подписала документа (арт. чл. 164 ГПК)³⁴.

За да се открие производството по проверка на истинността на акта за морски протест заинтересованата страна трябва да оспори истинността му най-късно с отговора на съдопроизводственото действие, с което той е представен. Ако е представен в съдебно заседание, оспорването може да бъде направено най-късно до края на заседанието. В този случай съдът ще извърши проверка на документа, ако страната (корабопритежателят) заяви, че желае да се ползва от акта за морски протест – арт. чл. 193, ал. 2 ГПК. Тъй като морският протест е официален свидетелстващ документ (вж. т. II), то тежестта на доказване ще се носи от страната, която е оспорила акта за морски протест – чл. 193, ал. 3, изр. 1 ГПК. След извършването на проверката съдът с определение (възможно е и с крайния акт – решението, като е необходимо да има отделен диспозитив при признаване на документа за неистински – чл. 194, ал. 3 ГПК) ще признае документа за истински или неистински. В случай, че актът за морски протест бъде признат за неистински, съдът ще го изключи от доказателствата по делото и ще го изпрати на прокурора – чл. 194, ал. 2 ГПК. След изключването на акта за морски протест от доказателствата по делото, съдът няма да го цени при постановяване на

³⁴ **Сталев, Ж.**, цит. съч; **Венедиков, П.** „Писмени доказателства и свидетелски показания в гражданския протест“, Сиби, С. 1994, стр. 35 и сл.

своето решение, а то ще бъде основано на другите събрани по делото доказателства.

2.3.4. Необходимо е да се разгледа възможността за съчетаване на производството по чл. чл. 193-194 ГПК и иска по чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК. В по-стара доктрина³⁵ е прието, че при пропускане на предвидения в ГПК срок за откриване производство по проверка истинността на документ е възможно страната, която има правен интерес, да предяви установителен иск по чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК³⁶ в отделен процес, като по този начин установи истинността, респ. неистинността на документа (акта за морски протест). Приема се, че това е и основание за спиране на висящото производство на основание чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК³⁷.

Горепосоченото становище, към настоящия момент е отречено, с оглед постановеното от ВКС в Тълкуватено решение № 5/2012 г. от 14.11.2012 г. по т.д. № 5/2012 г. ОСГТК, което е задължително за органите на съдебната и изпълнителната власт, за органите на местното самоуправление, както и за всички органи, които издават административни актове – чл. 130, ал. 2 ЗСВ. Съгласно посоченото тълкувателно решение *недопустим е иск за установяване на неистинност на документ по чл.124, ал.4, изр.1 ГПК, ако ищецът извежда правния си интерес от възможността да се позове на влязлото в сила решение по установителния иск в производството по висящ исков процес, в който документът е бил представен, но ищецът е пропуснал срока за оспорването му по чл.193, ал.1 ГПК. Предявяването на иска по чл.124, ал.4, изр.1 ГПК в посочената хипотеза не представлява основание по чл. 229, ал.1, т.4 ГПК за спиране на производството по делото, по което документът е бил представен.*

Аргументите на ВКС се изразяват в това, че законодателят е уредил срок по чл. 193 от ГПК, в който страната може да оспори представения документ. При пропускане на срока възможността, страната да стори това се преклудира. Като целта на тази преклузия е дисциплиниране на страната и бързо разглеждане на делото. Като изгубването на това право води и до изгубването на възможността за предявяване на иск по чл. 124, ал. 4 ГПК, когато правният интерес се обосновава от наличието на друг висящ процес, в който документът е представен. Т.е. извежда се един извънпроцесуален ефект на преклузията³⁸. От така изложените съображения се извежда, че друго производство по реда на чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК, няма да е основание за спиране по чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК.

³⁵ Матеева, Ек., цит. съч., стр. 36-37; Венедиков, П., цит. съч, стр. 36-39

³⁶ Чл. 97, ал. 3, изр. 1 ГПК (отм.)

³⁷ Чл. 182, ал. 1, б. „г“ ГПК (отм.)

³⁸ Против това становище вж. особените мнения към цитираното ТР.

На плоскостта на това тълкувателно решение можем, да направим извод, че ако страната не оспори акта за морски протест, който корабоприитежателят и противопоставя в срок, ще загуби възможността да направи това по-късно с иск, респ. ще загуби и възможността за спиране на делото. Все пак, струва ми се, че и в този случай страната има какво да направи. Актът за морски протест като нотариално удостоверяване е система от различни обстоятелства, който нотариусът удостоверява, едно от които е, че нотариусът е възприел и прегледал лично и е отразил в акта писмените доказателствени средства с определено съдържание (корабен дневник и заверени преписи от него – арг. чл. 351, ал. 1 КТК). Както беше аргументирано по-горе (вж. **П т. 2.3.1.**), корабният дневник е официален писмен свидетелстващ документ. Считам, че когато на страна бъде противопоставен актът за морски протест, е възможно по реда на чл. 190, ал. 1 ГПК, тя да иска от съда да задължи другата страна да представи намиращ се у нея корабен дневник, като обясни значението му за спора е с оглед обстоятелствата отразени в акта за морски протест. В случая, най-вероятно ще е пропуснат срока по чл. 193, ал. 1 ГПК. Но когато другата страна представи корабния дневник, за него срокът по чл. 193, ал. 1 не е изтекъл, нито е преклудирана възможността, да се предяви иск по чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК. При това положение, ако заинтересованата страна успее да докаже неистинността на корабния дневник, то, струва ми се, че ще бъде оборен по индиректен начин и актът за морски протест, тъй като нотариусът ще възприел, прегледал и удостоверил писмени доказателства, който са неистински. Освен това, няма да са налице и обстоятелства по чл. 351, ал. 1 КТК, във вр. чл. 352 КТК, поради което считам, че неистинността на корабния дневник ще повлече със себе си и неистинността на акта за морски протест, тъй като в противен случай, бихме се изправили пред една своеобразна доказателствена „шизофрения“.

С оглед гореизложеното, логичен е въпросът не торпилира ли това разбиране, посоченото тълкувателно решение, т.е. не се ли злоупотребява с процесуални права? Не е възможно изначално да се изведе пред скоби злоупотребата с процесуални права при подобна конструкция. Тук е ролята на съда да направи преценката съгласно чл. 3 ГПК. Погледнато от друга страна, корабният дневник е отделен документ, което поражда за страната и отделно право на оспорване чрез предвидените в ГПК за това способности.

Поставя се и още един въпрос, приложението на чл. 190, ал.2 във вр. чл. 161 ГПК, при непредставяне на корабния дневник в срок. При това

положение намирам, че с оглед процесуална сигурност, съдът ще следва да зачете обвързващата материална доказателствена сила на акта за морски протест. Тук обаче не трябва да се забравя, че съществува възможност и дневникът или заверен препис да се намира в трето лице – нотариуса (арг. чл. 351, ал. 1 КТК in fine). Така се открива възможността за използване на опцията, предвидена в чл. 192 ГПК. Съгласно чл. 179, ал. 2 ГПК официално заверени преписи или извлечения от официални документи имат същата доказателствена сила, както и оригиналите, по този начин, ще може да се индицира в съда, че има нередност в акта за морски протест и успешно да се проведе насрещно доказване. От друга гледна точка бихме могли да си поставим въпроса възможно ли е да се открие производство по чл. чл. 193-194 ГПК, респ. да се предяви иск по чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК по отношение на преписа от корабния дневник, за да се обори доказателствената му сила? При положителен отговор на този въпрос, струва ми се, че въпреки, че не е представен оригиналът на корабния дневник по реда на чл. 190, ал. 1 ГПК, ще можем на още по-силно основание да приложим чл. 161 ГПК, което по косвен път ще доведе до оборването на акта за морски протест или поне ще създаде достатъчно индиции, които да се вземат предвид от съда при оценяване доказателствената сила на акта за морски протест – арг. чл. 178, ал. 2 ГПК.

2.3.5. Възможност за защита, струва ми се, е налице и когато нотариалното удостоверяване е нищожно, т.е. актът за морски протест като нотариално удостоверяване е нищожен на някое от основанията, предвидени в чл. 576 ГПК.

Нотариалното удостоверяване може да е нищожно, ако обстоятелствата в акта за морски протест са удостоверени от лице, непритежаващо качеството на нотариален орган – напр. пълномощник на нотариуса³⁹. Също така ще е нищожно и нотариалното удостоверяване, ако са удостоверени факти, които не подлежат на нотариално удостоверяване – арг. чл. 569 ГПК, във вр. чл. чл. 347-352 КТК⁴⁰. Възможно е нотариусът да е извършил удостоверяването на акта за морски протест извън своя нотариален район – арг. чл. 573, ал. 1 ГПК⁴¹.

Има хипотези, в които нотариалният орган не е трябвало да извършва акта за морски протест – напр. когато при извършване на акта за морски протест е било налице някое от основанията за отвод на нотариуса по чл. 575 ГПК. Възможно е удостоверяването обстоятелство да

³⁹ Р. № 188 от 08.01.2010 Г. по ГР. Д. № 101/2009 Г. РС- Тутракан.

⁴⁰ В българското право е възприет принципът на законоустановеност на нотариалните удостоверявания, които са *numerus clausus*.

⁴¹ Р 786-1992-II Г.О., Така **Сталев, Ж.**, цит. съч. стр. 1272-1273.

е противозаконно – арг. чл. 574 ГПК – такъв ще бъде случаят с пропускане на 24-часовият срок по чл. 349 КТК (вж. II т. 2.2.1.). Друга хипотеза е свързана с чл. 582 ГПК, когато явяващите се лица не знаят български език и езикът, с който си служат, е непознат на нотариуса. Тази хипотеза е особено важна, тъй като често лицата, явяващи се пред нотариуса – капитан и свидетелите от командния състав на кораба, не знаят български или друг интернационален език. Това е възможно, тъй като при сключване на договор за беарбоут чартър⁴², наемателят на кораба ще може да назначи екипаж, който е напълно възможно да бъде от различни държави и да владее множество различни езици. В този случай нотариусите, могат да изпаднат в затруднение при търсенето на преводач, особено при екзотични езици. Все пак, с оглед спазването на срока по чл. 349 КТК, струва ми се, че е достатъчно капитанът да се е явил със заявлението по чл. 347, ал. 1 КТК на съответния чужд език, за да е спазен законът. От този момент, изискванията за валидно нотариално удостоверяване са в „тежест“ на нотариуса. В този смисъл, затруднение може да представлява и намирането на тълковник в хипотезата на чл. 583 ГПК. Смятам обаче, че това основание е по-скоро хипотетично и няма практически как да се осъществи, с оглед изискванията за образование, физически и психически качества на лицата, изпълняващи функции на капитан на търговски кораб и другите лица от екипажа. В разпоредбата на чл. 576 ГПК, се съдържат и други основания за нищожност, те не се разглеждат в настоящото изложение, тъй като ги намирам за неприложими⁴³.

В гореизложените хипотези, дори да е пропуснат срокът по чл. 193 и сл. от ГПК и да не е предявен иск по чл. 124, ал. 4, изр. 1 ГПК, е възможно да се предяви иск с правно основание чл. 124, ал. 1 ГПК, във вр. чл. 576 ГПК⁴⁴. С този установителен иск, страната, на която се противопоставя морският протест ще следва да докаже, че е налице някое от основанията за нищожност, предвидени в чл. 576 ГПК, което ще направи нотариалното удостоверяване нищожно, а в следствие на това ще отпадне и доказателствената сила на морския протест, той ще бъде едно

⁴² Съгласно §1а ДР КТК, беърбоут чартър е договор за наемане на кораб за уговорен период от време, по силата на който наемателят получава пълни права на владение и контрол върху кораба, включително правото да назначава капитан и екипаж на кораба за целия период на наемане.

⁴³ Така напр. чл. 580 ГПК се отнася до съдържанието на нотариалния акт, който е различен от морския протест, и не може изискванията за съдържание на нотариален акт да се прилагат по аналогия, тъй като в чл. 347 и сл. КТК е предвидено какво е съдържанието на морския протест.

⁴⁴ Р № 1005 от 20.12.2010 Г. по гр. д. № 526/2010 Г., Г. О., IV с-в САС.

правно нищо⁴⁵. Тук веднага се поставя въпросът възможна ли е конверсия. От буквалния прочит на чл. 188 ГПК е видно, че една от предпоставките на конверсията е документът „да е (к.м.) подписан от страните“. В производството по издаване на морски протест не участват никакви страни, а актът за морски протест се подписва единствено от нотариуса (вж. II, т. 2.3.). Следователно, отговорът на въпроса е отрицателен – конверсията не е възможна.

IV) Заключение.

От направения по-горе анализ, може да се направи извод, че проблематиката на акта за морски протест ще нараства за в бъдеще с оглед бързото развитие на евтиния воден (международен и каботажен) транспорт. Това налага законодателят и правоприложителят сериозно да обмислят акцентите на проблематиката, изложени по-горе. Уместно е приемането на направеното предложение *de lege ferenda* чл. 212 ГПК да бъде изменен, като възможността ищецът да предявява инцидентен установителен иск се ограничи до края на съдебното дирене. Това изменение би било от значение не само в контекста на морския протест, но и за целия граждански процес. Намирам за уместно да се направят още две предложения *de lege ferenda*:

- да се измени разпоредбата на чл. 347, ал. 1 КТК като *expressis verbis* се предостави активна легитимация за подаване на заявление и на вахтените помощник-капитани или офицери в качеството им на длъжностни лица;

- в чл. 349 КТК, да създаде ал. 3, която изрично да регламентира последиците от неспазването на срока за подаване на заявление.

Важността на горните предложения се обуславя от голямата натовареност на ВКС при неговата тълкувателна практика. С оглед на това напълно е възможно да се появят противоречиви решения, които ще стъпват на различното тълкуване на буквата на закона. Това явление не е желателно нито от практиката, нито от обществото, тъй като се създават условия за непредвидимост в дейността на съда, което е в ущърб на гражданския и на търговския оборот.

⁴⁵ Ex nihilo, nihil fit. De nihilo nihil et in nihilum nil posse reverti.

ПРЕГЛЕД НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

**ПРОЦЕСУАЛНО ЛЕГИТИМИРАН ЛИ Е АДМИНИСТРАТИВНИЯТ
РЪКОВОДИТЕЛ НА ОРГАН НА СЪДЕБНАТА ВЛАСТ ДА ОБЖАЛВА
РЕШЕНИЕ НА ВИСШИЯ СЪДЕБЕН СЪВЕТ ЗА ОПРЕДЕЛЯНЕ БРОЯ
НА МАГИСТРАТИТЕ В СЪОТВЕТНИЯ СЪД ИЛИ ПРОКУРАТУРА?**

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 7498

София, 03.06.2013

Върховният административен съд на Република България - Шесто отделение, в закрито заседание на двадесет и девети май две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:НАТАЛИЯ МАРЧЕВА
ЧЛЕНОВЕ:АТАНАСКА ДИШЕВА
ТОДОР ТОДОРОВ

при секретар
на прокурора

и с участието
изслуша
докладваното

от председателя **НАТАЛИЯ МАРЧЕВА**
по адм. дело № 1940/2013.

Производството е по чл. 36 от Закона за съдебната власт. Образувано е по жалба на Бойко Евлогиев Найденов - в качеството му на директор на Националната следствена служба и заместник главен прокурор по разследването, срещу решение по допълнителна точка 1.3 от протокол № 1 от заседанието на Висшия съдебен съвет, проведено на 10.01.2013 година.

Така подадената жалба е процесуално недопустима по следните съображения:

Законът за съдебната власт не съдържа разпоредби, създаващи правила за обжалване на решенията на Висшия съдебен съвет, взети на основание чл. 30, ал. 1, т. 1 ЗСВ. Съдът обаче не може да откаже правосъдие под предлог, че няма правна норма, въз основа на която да реши искането – чл. 127, ал. 2 АПК. Поради това следва да се приеме, че решението на Висшия съдебен съвет може да се обжалва от засегнатото лице по общия ред, установен от чл. 36, ал. 1 и 2 ЗСВ, в 14-дневен срок от съобщаването му, пред тричленен състав на Върховния административен съд.

В случая жалбата е подадена от Националната следствена служба, представлявана от Бойко Евлогиев Найденов - директор на НСлС и заместник главен прокурор по разследването. С определение от 05.03.2013 г. съдът е конституирал като страни по делото: оспорващ – директора на Национална следствена служба и заместник главен прокурор по разследването; административен орган – Висшия съдебен съвет.

Разпоредбата на чл. 36, ал. 1 ЗСВ сочи, че заинтересованите лица могат да оспорват решенията на Висшия съдебен съвет в 14-дневен срок от съобщаването им. В Закона за съдебната власт и в АПК законодателят не е дал дефиниция на понятието „заинтересовани лица“, поради което неговото съдържание следва да бъде изведено от общата разпоредба на чл. 15, ал. 1 АПК, която гласи, че страни в административния процес могат да бъдат административният орган, прокурорът и всеки гражданин или организация, чиито права или законни интереси са били или биха били засегнати от административния акт или от съдебното решение или за които те биха породили права или задължения. Параграф 1, т. 1 и 2 от допълнителните разпоредби на АПК дават легални определения за административен орган и организация. В случая административният орган е Висшият съдебен съвет. „Организация“ по смисъла на § 1, т. 2 ДР АПК е юридическо лице или сдружение на юридически или физически лица, което е организационно обособено въз основа на закон.

Жалбоподател по делото може да бъде лице (субект) - било отделен човешки индивид или определена форма на социална колективност, които въз основа на действащото право могат да бъдат носители на юридически права и задължения. Административен орган може да бъде жалбоподател единствено в изрично предвидените от законодателя случаи, какъвто не е настоящият. Пример за изключение от общото правило, касаещо активната процесуална легитимация в процеса, се съдържа в чл. 323, ал. 1 от Закона за съдебната власт, където освен лицето,

на което е наложено дисциплинарно наказание, право на жалба има и вносителят на предложението.

Анализирайки процесуалните предпоставки по възникване на правото на съдебно оспорване, не може да се приеме, че Националната следствена служба може да бъде активно легитимирана страна в процеса, тъй като тя не е правосубектна. Имайки качеството на звено от Прокуратурата на Република България, Националната следствена служба не може самостоятелно да оспорва актове на Висшия съдебен съвет.

Съгласно чл. 137 от Закона за съдебната власт Прокуратурата е юридическо лице на бюджетна издръжка със седалище София и в случай, че са били засегнати права на Националната следствена служба и за последната не е предвидена изрична възможност за оспорване на акта, като жалбоподател може да бъде конституирана единствено Прокуратурата на Република България. След като жалбата не е подадена от Прокуратурата на Република България, следва да се приеме, че Върховният административен съд е сезиран от ненадлежна страна, т.е. при отсъствието на абсолютна положителна процесуална предпоставка за възникване на правото на съдебно оспорване, поради което съдебното производство се явява недопустимо.

Водим от горното и на основание чл. 252 ГПК във връзка с чл. 144 и чл. 159, т. 2 и 4 АПК, настоящият тричленен състав на Върховния административен - шесто отделение,

ОПРЕДЕЛИ

ОТМЕНЯ определенията, постановени в открито съдебно заседание на 08.04.2013 г., за даване ход на делото и ход по същество.

ОСТАВЯ БЕЗ РАЗГЛЕЖДАНЕ жалбата на Бойко Евлогиев Найденов - в качеството му на директор на Националната следствена служба и заместник главен прокурор по разследването, срещу решение по допълнителна точка 1.3 от протокол № 1 от заседанието на Висшия съдебен съвет, проведено на 10.01.2013 година.

ПРЕКРАТЯВА производството по делото.

ОПРЕДЕЛЕНИЕТО подлежи на обжалване в 7-дневен срок от съобщаването му, пред петчленен състав на Върховния административен съд.

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/ Наталия Марчева

ЧЛЕНОВЕ: /п/ Атанаска Дишева
/п/ Тодор Тодоров

ОСОБЕНО МНЕНИЕ на съдията докладчик Наталия Марчева

Считам, че жалбата е процесуално допустима по следните съображения:

Бойко Евлогиев Найденов – в качеството му на изпълняващ функциите на главен прокурор на Република България, е отправил предложение до Висшия съдебен съвет за преразпределение на една щатна бройка за прокурор от щата на Районната прокуратура – гр. Ямбол, по щата на Районната прокуратура - гр. Тополовград.

С решение по допълнителна точка 1.3 от протокол № 1 от заседанието на ВСС, проведено на 10.01.2013 г., кадровият орган е съкратил щатната численост на Националната следствена служба с една щатна бройка за длъжността „следовател“, считано от датата на вземане на решението, на основание чл. 30, ал. 1, т. 3 ЗСВ.

Към момента на отправянето на предложението Найденов е съвместявал функциите на главен прокурор на Република България и директор на Националната следствена служба. При отправяне на предложението по чл. 30, ал. 1, т. 3 ЗСВ ръководителят на органа на съдебната власт не действа като административен орган по смисъла на § 1, т. 1 ДР АПК, упражняващ предоставени му със закон властнически правомощия. Отправеното предложение до ВСС не представлява едностранно властническо волеизявление, създаващо права или задължения за трети лица, а е организационно действие. С отправянето на предложението до компетентния административен орган административният ръководител придобива качеството на страна по смисъла на чл. 15 АПК в образуваното административно производство. При това положение и на основание чл. 153, ал. 1 АПК той може да участва като оспорващ административния акт в съдебната фаза на административния процес.

Съществено в тази връзка е да се отбележи, че директорът на Националната следствена служба е магистрат, на когото е възложено по силата на закона (чл. 150, ал. 2 ЗСВ) да осъществява административното и организационното ръководство на следователите и служителите в Националната следствена служба, както и методическо ръководство на

следователите от окръжните следствени отдели в окръжните прокуратури. Предвид цитираните функции той е пряко засегнат от обжалваното решение на ВСС, с което е съкратена щатната численост на Националната следствена служба с една щатна бройка за длъжността „следовател“. Ето защо считам, че е заинтересовано лице по смисъла на чл. 36, ал. 1 ЗСВ.

Ако се приеме теза, че административният ръководител не е активно легитимиран да обжалва решенията на ВСС по чл. 30, ал. 1, т. 3 ЗСВ, то предвидените в този текст изисквания преди определяне от ВСС на броя на съдиите, прокурорите и следователите да е налице предложение на или съгласуване с административните ръководители на органите на съдебната власт, а за прокурорите и следователите - и с главния прокурор, както и въведеният критерий – степен на натовареност, се обезсмислят.

Дори и при оспорване на административен акт, издаден при оперативна самостоятелност, съдът проверява спазил ли е административният орган изискването за законосъобразност – чл. 169 АПК. В конкретния случай това са посочените в чл. 30, ал. 1, т. 3 ЗСВ изисквания.

СЪДЕБНА ЕТИКА, БЕЗПРИСТРАСТНОСТ НА СЪДИЯТА, КОНФЛИКТ НА ИНТЕРЕСИ

ЗА СЪОТНОШЕНИЕТО МЕЖДУ ОБРАЗУВАНО ДОСЪДЕБНО ПРОИЗВОДСТВО СРЕЩУ МАГИСТРАТ И СТАНДАРТИТЕ НА ДОКАЗВАНЕ В ДИСЦИПЛИНАРНОТО ПРОИЗВОДСТВО

РЕШЕНИЕ

№ 9044
София, 20.06.2013

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България – Петчленен състав – II колегия, в съдебно заседание на единадесети април две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: АННА ДИМИТРОВА

ЧЛЕНОВЕ: АНДРЕЙ ИКОНОМОВ

ДИАНА ДОБРЕВА

ИЛИАНА СЛАВОВСКА

АНЕЛИЯ АНАНИЕВА

при секретар
на прокурора

Мария Попинска
Иво Игнатов

и с участието
Изслуша
докладваното

от съдията **ИЛИАНА СЛАВОВСКА**
по адм. дело № 3571/2013.

Производството е по реда на чл. 208-228 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) вр. чл. 323, ал. 4 от Закона за съдебната власт (ЗСВ).

Образувано е по касационна жалба на Румен Ивайлов Пенев, подадена чрез процесуалните му представители срещу решение № 1279 от 28.01.2013 г., по адм. дело № 8565/2012 г. постановено от тричленен състав на Шесто отделение на Върховния административен съд (ВАС), с

което е отхвърлена жалбата му против решение по допълнителна точка 4 от протокол № 24 от заседание на Висшия съдебен съвет (ВСС), проведено на 14.06.2012 г., с което по т. 4.1 е прието, че като прокурор в Районна прокуратура Шумен е извършил действия, с които е нарушил Кодекса за етично поведение на българските магистрати и е накърнил престижа на съдебната власт – нарушения по чл. 307, ал. 4, т. 3 и т. 4 ЗСВ и по точка 4.2 на основание чл. 308, ал. 1, т. 6 ЗСВ му е наложено дисциплинарно наказание „дисциплинарно освобождаване от длъжност“. В жалбата се излагат подробни доводи за неправилност на решението като постановено в нарушение на материалния закон, съществено нарушение на съдопроизводствените правила и необоснованост. Моли съда да постанови решение, с което да отмени решението на тричленния състав на ВАС и да постанови решение по съществото на спора, като отмени решението на ВСС. Алтернативно моли съда да постанови решение, с което да отмени обжалваното решение и върне делото за ново разглеждане от друг тричленен състав на ВАС. Претендира за направените по делото разноски.

Ответникът – Висш съдебен съвет, в представени от процесуалния му представител писмени бележки оспорва касационната жалба като неоснователна и по изложени подробни съображения моли съда да постанови решение, с което да остави в сила решението на тричленния състав на ВАС, което счита за правилно.

Прокурорът от Върховната административна прокуратура дава мотивирано заключение за неоснователност на касационната жалба.

Върховният административен съд, петчленен състав при втора колегия при извършената служебно проверка на атакуваното решение по реда на чл. 218, ал. 2 АПК и предвид наведените касационни основания приема за установено следното:

Касационната жалба е подадена от активно легитимирана страна в срока по чл. 211 АПК и е процесуално допустима, а разгледана по същество е основателна, поради следните съображения:

За да отхвърли жалбата на Пенев срещу обжалваното пред него решение на ВСС тричленният състав е приел, че същото е издадено от компетентния по смисъла на чл. 311, т. 2 ЗСВ орган, в границите на предоставените му правомощия, при наличие на необходимия кворум. В обжалваното решение е прието, че административният орган е изяснил фактите, като събрал относимите към казуса доказателства, достатъчни за изясняването му от фактическа и правна страна и на базата на правилно

установени факти извел обосновани изводи, които са аргументирани в съответствие с приложимия материален закон. Тричленният състав е приел, че при реализиране на дисциплинарната отговорност на Пенев административният орган не е допуснал съществено нарушение на административнопроизводствените правила, предвидени в глава XVI ЗСВ. Въз основа на събраните в хода на административното производство доказателства е приел, че в случая с извършването на едно деяние от страна на жалбоподателя са осъществени две нарушения - на етичните правила и уронване престижа на съдебната власт, които са извършени виновно. Прието, че в случая самото повдигане на обвинение срещу действащ прокурор и завеждането на съдебно производство срещу същия обективно представлява факт, който накърнява престижа на съдебната власт като институция, призвана да спазва стриктно и неотклонно законността.

Правилно в обжалваното решение е прието, че обжалваният административен акт е постановен от компетентен орган – ВСС, който съгласно нормата на чл. 311, т. 2, б. „а“ ЗСВ налага наказанията по чл. 308, ал. 1, т.т. 3, 4 и 6 с.з. на съдия, прокурор или следовател. Същото е образувано в съответствие с изискванията на чл. 312, ал. 1, т. 4 ЗСВ. Неправилни са обаче изводите на съда, че обжалваният пред него административен акт е постановен при спазване на административнопроизводствените правила при издаването му и в съответствие с материалния закон.

Дисциплинарна наказващият орган е приел, че Пенев, в качеството му на прокурор в РП Шумен е извършил действия, с които е нарушил Кодекса за етично поведение на българските магистрати и е накърнил престижа на съдебната власт – нарушение по чл. 307, ал. 4, т.т. 3, 4 и 5 ЗСВ. Този извод е изведен въз основа на приетото за безспорно установено от дисциплинарния състав, че на 13.01.2012 г. в средствата за масова информация е съобщено, че около 10,30 часа в центъра на гр. Шумен е бил задържан прокурор Пенев от служители на МВР, от чиято кола са иззети 21000 лв., получени от Найдено Стоянов Николов преди това. Прието е, че сумата е била получена от Пенев за да упражни влияние върху колегата си Янко Железов, който да прекрати воденото срещу Найдено Николов досъдебно производство. Установил е, че от приетите по делото писмени доказателства, заверени от СГП е видно, че Николов е адвокат, срещу когото в РП Шумен е образувано и се води досъдебно производство, който уведомил св. Петрова, че е подал сигнал

до ГДБОП за искани му от прокурор Пенев 25000 лв. Свидетелката установила освен това, в качеството си на окръжен прокурор и обстоятелствата, последиците и отражението на получаване на сумата с конкретен размер от Пенев, в работно време и задържането му в центъра на града върху престижа на съдебната власт и в частност на прокуратурата. Дисциплинарно наказващият орган установил и факта, че сумата е иззета от автомобила на Пенев, като банкнотите са били обработени със специален химикал, от който няма следи по ръцете на Пенев.

Така установената от дисциплинарнонаказващия орган фактическа обстановка е приета за доказана безкритично от тричленния състав на ВАС, но настоящият състав намира, че от събраните от административния орган доказателства не може да бъде изведен еднозначен и безпротиворечив извод за наличие на нарушенията, за които е наложено наказание на Пенев.

В хода на дисциплинарното производство са приложени копия от материалите по образуваното срещу Пенев досъдебно производство. От анализа на тези доказателства действително може да се изведе обосновано предположение за извършено от Пенев престъпление по чл. 304б, ал. 1 от Наказателния кодекс (НК), поради което и срещу същия е образувано наказателно производство. Същото към момента на провеждане и приключване на дисциплинарното производство обаче не е приключено, като не е налице и влязла в сила присъда, въз основа на която да се приеме, че Пенев е извършил деянието, за което е привлечен като обвиняем.

Доколкото дисциплинарното производство е самостоятелно и е независимо от наказателното, дисциплинарно разследващият орган е бил длъжен, предвид нормата на чл. 318 ал. 3 ЗСВ да установи фактите, включително поведението на извършителя, след което да извърши преценка дали същите представляват нарушение по чл. 307, ал. 4, ЗСВ, тежестта на същото, при каква форма на вина е извършено нарушението.

В случая, съдът е извел извод за извършено от Пенев нарушение на Кодекса за етично поведение на българските магистрати, с което е накърнил престижа на съдебната власт – нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 3 и т. 4 ЗСВ въз основа на събраните в хода на дисциплинарното производство доказателства. От последните е установен безспорно единствено фактът, че срещу Пенев е образувано досъдебно производство за това, че през месец октомври 2011 г. в гр. Шумен, в качеството му на

прокурор при РП Шумен, поискал от Найден Стоянов Николов дар – парична сума в размер на 25000 лв. и приел на 13.01.2012 г., в 10 ч и 30 минути в гр. Шумен сумата от 21000 лв., която не му се следва, за да упражни влияние при вземане на решение от длъжностно лице, което заема отговорно служебно положение, във връзка със службата му, а именно Янко Тодоров Железов – прокурор опри РП Шумен, за да не повдига същият обвинение и прекрати образуваното от него досъдебно производство № 77/2010 г. по описа на МВР – Шумен, преписка вх. № 253/2010 г. – престъпление по чл. 304б, ал. 1, пр. 1, алт. 1 и алт. 2 НК. Самото образуване на наказателно производство обаче само по себе си не води до извод за доказаност на извършеното престъпление, както и за извършено дисциплинарно нарушение по ЗСВ. Последното следва да бъде доказано с всички доказателствени средства по реда на чл. 316-320 ЗСВ от дисциплинарно разследващия орган.

От приобщените към дисциплинарното производство материали от досъдебното такова, образувано срещу Пенев, не може да бъде установено с категоричност извършването на дисциплинарно нарушение, доколкото на първо място наказателното производство не е приключено, а на второ събраните доказателства за извършеното деяние от Пенев, към онзи момент в досъдебното производство са разнопосочни. Свидетелят Николов установява, че Пенев е искал да му даде парична сума, за да упражни влияние върху свой колега. Този колега – свидетелят Железов, който е наблюдаващ прокурор по делото срещу Николов, не установява Пенев да му е оказвал влияние по делото, но установява, че наблюдаваното от него наказателно производство срещу Николов не е първото образувано срещу него и счита, че същият с твърденията си за Пенев цели да дискредитира РП Шумен по повод образуваните срещу него дела. Същевременно адвокатът на Николов – свидетелят Жечев установява, че Пенев не е искал пари за да упражни влияние върху наблюдаващия прокурор, а е заявил, че сумата се претендира от пострадалият в производството, образувано срещу Николов - свидетелят Денчев.

Дисциплинарният състав е разпитал двама свидетели, като първият от тях св. Петрова е установила, че знае за случая от адв. Николов, който я уведомил, че е подал сигнал до ГДБОП, след което нищо не й било известно до момента, в който в медийното пространство било съобщено, че в Шумен е задържан прокурор Пенев със сума. По-късно, след задържането на Пенев, научила за случая и от наблюдаващия делото

прокурор от СПП. От последния научила, че Пенев е задържан в момента, в който е получил сумата от 21000 лв. в питейно заведение, в работно време. Това обстоятелство, което свързала със сигнала, получен преди време от Николов счела за обезпокоителен факт. Свидетелката установява, че задържането е имало негативен отзвук в региона, като сочи местен сайт www.shum.bg, в който е имало отрицателни отзиви. Обратно на установеното от тази свидетелка, свидетелят Тошев твърди пред дисциплинарно разследващия орган, че преобладаващото мнение на колегите му от Адвокатски колектив Шумен е, че Николов е некоректен човек, докато за Пенев мнението е положително като човек. Заявява, че познава и Пенев и Николов, но с Николов е в много по-близки отношения, тъй като го познава от времето, когато е работил с баща му в МВР. Същевременно в административното производство са представени копия от изразените мнения в сайта www.shum.bg, от които не се установяват изразени отрицателни мнения по отношение на Пенев. Действително следва да бъде отчетено, че същите са представени от защитата на Пенев и отразяват мнения от 15 и 16.01.2012 г., а съобщението за ареста му е направено в сайта на 13.01.2012 г. в 11:41 часа и очевидно не отразяват всички мнения. Това обаче са единствените писмени доказателства по преписката, отразяващи мнението на обществеността в гр. Шумен по случая и от тях не може да бъде изведен извод за наличие на отрицателно мнение в обществеността по случая.

Дисциплинарният състав приел като доказателство копие от протокол № 12/ФЗХ-110 от извършена на 12.03.2012 г. химическа експертиза, извършена от специалист в сектор „Физико-химия“ в ЦЕКИИ към НИКК-МВР по сл.дело № 1-п/2012 г. по описа на СО-СПП, от която се установява, че по предоставените за изследване обтривки от лява и дясна ръка на Румен Ивайлов Пенев, както и по контролната проба, не е установено наличие на специално химическо вещество, идентично по химичен състав с вещественото от сравнителната проба, използвано за белязване по искане за прилагане на СРС № RB421132-001-09/6-17 от 10.01.2012 г.

По дисциплинарното производство е разпитан и Пенев, който установява, че не е бягал при ареста му, тъй като е задържан в момента, в който адв. Николов е излизал от колата му, а той самият е сядал в нея, който факт в случая не е съществен с оглед предмета на производството. Не оспорва факта, че в автомобила му е намерена чанта на Николов, но твърди, че не знаел за нея и по-късно разбрал, че в нея има оставени пари.

От анализа на така събраните доказателства следва извод, че в случая са налице две противоречи тези – тази на адв. Николов и тази на Пенев, като от събраните в хода на административното производство доказателства не е установено по безсъмнен начин, че Пенев е искал пари от Николов за да упражни влияние върху свой колега за да прекрати образуваното срещу Николов досъдебно производство, при което необосновано в обжалваното решение е прието, че нарушението е установено по категоричен начин. В случая дисциплинарно разследващият орган е извел изводите си най-вече въз основа на установеното от Николов, без да обсъди доказателствата в цялост.

Ето защо настоящият състав намира, че независимо, че при разглеждане на образуваното дисциплинарно производство формално е спазена предвидената в чл. 316 – 320 ЗСВ процедура, изводът на дисциплинарно наказващия орган за допуснато дисциплинарно нарушение от магистрата, изразяващо се в нарушаване на Кодекса за етично поведение на българските магистрати, е направен при неизяснена фактическа обстановка. В нарушение на разпоредбата на чл. 35 АПК, решението е постановено без да са изяснени и съобразени всички факти и обстоятелства, относими към конкретния казус. С оглед на това като е приел, че обжалваното пред него решение е постановено в съответствие с материалния закон тричленният състав е постановил незаконосъобразен акт. От събраните в хода на административното производство доказателства безспорно е установен единствено фактът на образуваното срещу Пенев досъдебно производство, но доколкото същото не е приключило с влязъл в сила съдебен акт, от този факт не следва безспорен извод, че с това Пенев е уронил престижа на съдебната власт, тъй като самото образуване на това производство е извън неговата воля и действия. Действително повдигането на обвинение срещу действащ прокурор и образуването на съдебно производство срещу същия води до негативни изводи у обществото и накърнява престижа на съдебната власт като цяло, но само от този факт не може да бъде изведен извод за извършено от магистрата нарушение. В случая, в нарушение на нормата на чл. 318, ал. 3 ЗСВ дисциплинарният състав не е изяснил фактите, обстоятелствата по извършеното нарушение по реда на АПК, с което е допуснато нарушение и по чл. 35 АПК, тъй като решението по т.т. 4.1 и 4.2 от протокол № 24 от заседанието на ВСС проведено на 14.06.2012 г. е постановено без да са изяснени напълно фактите и обстоятелствата от значение за случая.

Основателен е наведеният довод, че в проведеното пред ВСС производство по налагане на дисциплинарно наказание е нарушено правото на защита на магистрата, установено с нормата на чл. 56 от Конституцията на Република България, тъй като Пенев не е изслушан от ВСС, като дисциплинарна наказващ орган. В случая дисциплинарното производство е образувано по предложение на една пета от членовете на ВСС, от които трима са присъствали на заседанието и са взели участие при постановяване на решението. Действително не е регламентирана изрично законово възможност привличения към наказателна отговорност магистрат да участва в заседанието, но това не освобождава дисциплинарно наказващия орган от задължението да предвиди подходяща форма на защита, в съответствие с конституционното право на защита. Още повече, че към настоящият момент, в сега действащият Правилник за организацията на дейността на ВСС и неговата администрация, с разпоредбата на чл. 38 ал. 3 е предвидено, че по решение на ВСС на заседанията могат да се изслушват и лицата, които имат отношение към разглеждания въпрос, които съгласно разпоредбата на ал.4 на чл.38 могат да участват в дискусията и да представят справки по обсъжданите проблеми. Правото на защита на привличения към дисциплинарна отговорност магистрат се състои в неговото субективно лично процесуално право да изложи своята позиция, съображения и доводи в дисциплинарното производство пряко и непосредствено пред членовете на ВСС, което е в съответствие със състезателния характер на производството и позволява на членовете на ВСС да формират своето вътрешно убеждение за това дали от доказателствата се установява извършено дисциплинарно нарушение, неговата тежест и съответно да определят вида на дисциплинарното наказание, т.е. справедливостта при определянето му. Поради това именно изслушването на магистрата в хода на образувано срещу него дисциплинарно производство следва да бъде осъществено пред дисциплинарна наказващия орган, изслушването му само пред дисциплинарния състав е подмяна на конституционното право на защита по чл. 56 от Конституцията. В конкретния случай това право не е осъществено от магистрата.

Настоящият състав намира, че наведеният довод за допуснато съществено нарушение на съдопроизводствените правила, довело до нарушаване правото на защита на касатора в хода на производството пред тричленният състав не е доказано. С касационната жалба е приложено копие от молба за отлагане на съдебното заседание по делото,

насрочено за 08.11.2012 г. поради служебна ангажираност на упълномощените от Пенев адвокати, изпратено по факс до ВАС на 06.11.2012 г., но от него не може да бъде установено дали действително молбата е получена във ВАС, още повече, че липсва такава, постъпила в деловодството.

С оглед на така установеното настоящият състав намира, че обжалваното решение е неправилно, като необосновано и постановено в нарушение на материалния закон, при което следва да бъде отменено. Вместо него следва да бъде постановено ново, с което решение по допълнителна точка 4 от протокол № 24 от заседание на Висшия съдебен съвет (ВСС), проведено на 14.06.2012 г., с което е прието, че като Румен Ивайлов Пенев - прокурор в Районна прокуратура Шумен е извършил действия, с които е нарушил Кодекса за етично поведение на българските магистрати и е накърнил престижа на съдебната власт - нарушения по чл. 307, ал. 4, т. 3 и т. 4 ЗСВ и на основание чл. 308, ал. 1, т. 6 ЗСВ му е наложено дисциплинарно наказание „дисциплинарно освобождаване от длъжност“ да бъде отменено.

При този изход на делото ответникът следва да бъде осъден да заплати на жалбоподателя направените деловодни разноски в размер на 900 лв. в двете инстанции.

По изложените съображения и на основание чл. 222, ал. 1 вр. чл. 221, ал. 2 АПК, Върховният административен съд, Петчленен състав, при Втора колегия

РЕШИ

ОТМЕНЯ решение № 1279 от 28.01.2013 г., по адм.дело № 8565/2012 г., постановено от тричленен състав на Шесто отделение на Върховния административен съд и **ПОСТАНОВЯВА**

ОТМЕНЯ решение по допълнителна точка 4 от протокол № 24 от заседание на Висшия съдебен съвет, проведено на 14.06.2012 г., с което по т. 4. 1 е прието, че Румен Ивайлов Пенев - прокурор в Районна прокуратура Шумен е извършил действия, с които е нарушил Кодекса за етично поведение на българските магистрати и е накърнил престижа на съдебната власт - нарушения по чл. 307, ал. 4, т. 3 и т. 4 ЗСВ и по точка 4. 2 на основание чл. 308, ал. 1, т. 6 ЗСВ му е наложено дисциплинарно наказание „дисциплинарно освобождаване от длъжност“.

ОСЪЖДА Висш съдебен съвет да заплати на Румен Ивайлов Пенев от гр.Шумен направените деловодни разноси в размер на 900 (деветстотин) лева.

Решението е окончателно.

**Вярно с оригинала,
секретар:**

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:

/п/ Анна Димитрова

/п/ Андрей Икономов

/п/ Диана Добрева

/п/ Илиана Славовска

/п/ Анелия Ананиева

АРХИВ

ИСКОВЕ ЗА ОБЕЗЩЕТЕНИЕ НА ВРЕДИ И ЗАГУБИ, ПРИЧИНЕНИ ОТ СЪДИИ, ПРОКУРОРИ И ДРУГИ СЪДЕБНИ СЛУЖИТЕЛИ

(Силяновски, Д. Гражданско съдопроизводство. Т. III. 2 изд. С., печ.
Полиграфия, 1946, с. 167-169)

I. Една от прерогативите на съдиите и прокурорите е тази досежно съденето им. Тази прерогатива е установена с наредбите на чл.чл. 916 и сл. ЗГС, които уреждат условията и редът за разглеждане на исковите за обезщетение на вреди и загуби, причинени по повод на тяхната служба.

Случаите, в които може да се предяви иск да вреди и загуби против съдии и прокурори, са предвидени в чл. 916 ЗГС. Според този текст такива иски се предявяват:

а) **когато съдията или прокурорът е извършил престъпно деяние,** с което е причинил щети на страната. Престъпното деяние трябва да бъде извършено по производството или решаването на делото. Старият текст изрично изброяваше случаите, които даваха правото да се търси обезщетение на вреди и загуби на това основание. Днес законът си служи с общата формула, че иск за обезщетение на вреди и загуби може да се предяви, когато виновният подлежи на наказателно преследване. Следователно всяко престъпно деяние, извършено по повод разглеждането на едно дело, е основание за предявяване на иска за обезщетение, стига от това деяние да са произлезли някакви щети за страната.

б) ако е имало **отказ на правосъдие.** Под отказ на правосъдие трябва да се разбира отказването да се реши делото под предлог, че няма закони или че законите са непълни, неясни или противоречиви (чл. 10 ЗГС). Неприемането на насрещния иск за съвместно разглеждане под предлог, че страната могла да предяви иска и самостоятелно, не съставлява отказ от правосъдие (р. 59/1926 г., II г.о., сб. Меворах и Лиджи, т. III, с. 1446).

в) ако съдията или прокурорът е **оставил без разрешение някое законно искане на страната.** Какво трябва да се разбира под оставяне без разрешение на законно искане, законът определя във втората алинея на чл. 916 ЗГС, като казва, че за такова се касае, когато съдията или прокурорът е оставил без внимание две последователни молби на страната, съдържащи нейно законно искане, предявени в разстояние на

една седмица една от друга, и ако от подаването на последната седмица са изминали две седмици.

г) **ако е имало бавност.** Разбира се бавност неоправдана и от която са произлезли щети. Тя може да бъде основание за предявяване на иска.

II. Както и за искове, предявени против длъжностни лица от административното ведомство, така и за исковете против съдии и прокурори необходимо условие за тяхното предявяване е **предварителното получаване на разрешение**. Според чл. 917, ал. 1 ЗГС получаването на разрешение е необходимо, когато искът за вреди и загуби има основанията си в т.т. 1-3 на чл. 916 ЗГС, но не и в случая, когато вредите и загубите се търсят въз основа на престъпно деяние.

Молбата за даване на разрешение се подава до оня съд, който ще разглежда самото дело. А тоя съд е или Върховният касационен съд, или апелативният съд в общото му събрание. Върховният касационен съд в общото му събрание е компетентен да разглежда делата, заведени против съдии или прокурори, състоящи на служба при ВКС или при апелативните съдилища, а апелативните съдилища в общо събрание, когато делата са заведени против съдии и прокурори при областните съдилища, против съдии следователи или против околийски съдии.

Молбата за даване на разрешение трябва да се подаде най-късно в шестмесечен срок от деня на извършване на действието, причинило вредите и загубите. Към молбата се прилагат толкова преписи, колкото са лицата, против които ще се предявява искът, а така също и всички документи, отнасящи се до иска.

Молбите за разрешение се разглеждат не от общото събрание на компетентния съд, а само от едно отделение и то наказателно отделение, когато неправилните действия на съдията или прокурора са допуснати в производството на наказателно дело, или от гражданско отделение, когато тези действия са допуснати при разглеждането на едно гражданско дело (чл. 918, ал. 1 ЗГС).

Производството по даване на разрешение е еднакво с това по даване на разрешение за искове против длъжностни лица по административното ведомство. Молбата се разглежда в разпоредително заседание с участие на прокурора, и ако съдът намери, че тя би могла да се уважи, постановява да се връчи препис от нея на обвинения съдия или прокурор, който в двуседмичен срок от получаването на преписа може да подаде писмени обяснения или възражения против молбата. След изтичане на тоя срок съдът в разпоредително заседание отново разглежда

молбата и писмените обяснения, ако такива са били подадени, и се произнася дали има основание да се уважи молбата на страната, като ѝ се даде разрешение да заведе иска против съдията или прокурора (чл. 918 ЗСГ).

По въпроса за даване на разрешение за завеждане на иска, съдът се произнася с определение, с което или уважава искането, или го отхвърля. Когато искането за даване на разрешение е отхвърлено, съдът осъжда молителя и на глоба в размер от 500 до 2000 лв. Определението, с което се отхвърля искането за даване на разрешение, подлежи на обжалване пред по-горния съд (чл. 919, ал. 2 ЗГС). Определенията, постановявани по исканията за даване на разрешение за възбуждане дела против съдии или прокурори, състоящи на служба при апелативните съдилища и при ВКС, не подлежат на обжалване, защото няма по-горен съд, пред който да бъдат обжалвани.

Разрешението за възбуждане на иска е условие за допустимостта на последния. Ако искът е бил предявен без нужното разрешение, делото подлежи на прекратяване. Тоя въпрос не може да бъде повдиган от съда служебно, както това е при други аналогични случаи (вж. Т. II § 10, с. 28). Върховният касационен съд приема, че определението, с което се решава въпросът за даване на разрешение, влиза в материална сила (р. 583/1937 г., III г.о., сб. Меворах и Лиджи, т. IV, с. 613). Тоя възглед не може да бъде одобрен защото производството за даване на разрешение не е исково, а охранително, а това означава, че въпросът при нови доказателства може да бъде наново поставен за разглеждане пред съдилищата.

III. След като страната получи разрешение за възбуждане на дело, тя може да **предяви иска против съдията или прокурора**. Искът, обаче, трябва да бъде предявен най-късно до изтичането на един месец от деня на съобщаване на страната преписа от определението, с което се дава разрешението. Препис от това определение трябва да се приложи към исковата молба (чл. 919, ал. 1 ЗГС). Както предявяването, така и производството по тези искове се извършва по обикновения съдопроизводствен ред. Отклонение съществува само досежно подсъдността, обжалването на решението и участието на прокурора. Както се каза и по-горе, компетентен да разгледа иска срещу съдия или прокурор, състоящ на служба във ВКС или в апелативен съд, е ВКС в общо събрание, а за съдии, прокурори и съдии следователи, състоящи на служба при областни или околийски съдилища – апелативните

съдилища в общо събрание (чл. 920 ЗГС). Решенията на ВКС са окончателни и не подлежат на никакво обжалване, а решенията на апелативните съдилища могат да се обжалват пред ВКС в общото му събрание и то в месечен срок от съобщаване на страните препис от решението (чл. 923 ЗГС).

IV. Искове за вреди и загуби, причинени от неправилни или пристрастни действия на **други съдебни служители**, се завеждат пред областните съдилища. Други съдебни служители са например съдиите изпълнители, кандидатите за съдебна длъжност, секретарите, писарите и пр. Не се иска разрешение за предявяване на иск срещу нотариуси или околийски съдии по повод изпълнявана от тях нотариална служба. Това изрично е предвидено в чл. 30 от Закона за нотариусите.

Предварителното разрешение де вата от апелативния съд съгласно с чл.чл. 918 и 919 ЗГС.

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 В(К)С 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 касационно решение по наказателно дело, в което подробно е разгледана възможността за ангажиране на наказателна отговорност на лица по реда на чл. 343в, ал. 2 НК, чиито свидетелства за правоуправление са с изтекъл срок на валидност.

РЕШЕНИЕ

№ 44

Гр. София, 19.02.2013 г.

ВИМЕТО НА НАРОДА

ВЪРХОВНИЯТ КАСАЦИОНЕН СЪД на Република България,
ПЪРВО наказателно отделение, в съдебно заседание на 21 я н у а р и 2013
година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ПЛАМЕН ТОМОВ

ЧЛЕНОВЕ: ЕЛЕНА ВЕЛИЧКОВА

НИКОЛАЙ ДЪРМОНСКИ

при секретар Даниела Околийска
и в присъствието на прокурора Петя Маринова
изслуша докладваното от съдията Николай Дърмонски касационно
наказателно дело № 2161/2012 година

Касационното производство е инициирано по жалба от защитника на подсъдимия О. П. М. от Силистра адв. И.А. от АК-Силистра и е с предмет въззивната присъда № 36 от 05.07.2012 г., постановена по ВНОХД № 109/2012 г. от състав на Окръжен съд – Силистра, която се атакува с доводи за наличие на всички касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1-3 НПК, като се иска отмяната ѝ и оправдаване на подсъдимия по предявеното му обвинение.

Представителят на Върховната касационна прокуратура дава заключение за неоснователност на жалбата.

Подсъдимият О. П. М., чрез защитниците си адв. И.А. от АК-Силистра и адв. М.Н. от САК моли жалбата му да бъде уважена.

Върховният касационен съд провери правилността на обжалваната присъда съобразно пределите на чл. 347 НПК и за да се произнесе, взе пред вид следното:

С присъда № 344 от 02.04.2012 г., постановена по НОХД № 297/2012 г. на районен съд-Силистра подсъдимият О. П. М. от Силистра е признат за невинен в това на 19.03.2012 г. край Силистра да е управлявал МПС – лек автомобил „Ауди“, модел „Q 7“ с рег. № ... без съответно свидетелство за правоуправление и в едногодишен срок от наказването му по административен ред за същото деяние и е оправдан по предявеното му обвинение по чл. 343в, ал. 2 НК.

Присъдата е обжалвана от прокурора от районна прокуратура-Силистра с оплакване за незаконосъобразността ѝ заради неправилното приложение на материалния закон с искане за отмяната ѝ и постановяване на нова, осъдителна присъда.

С въззивна присъда № 36 от 05.07.2012 г. по ВНОХД № 109/2012 г. Силистренският окръжен съд е отменил обжалваната присъда, признал е подс. М. за виновен за осъществяване на престъплението по чл.343в, ал.2 от НК и при условията на чл. 54 НК му е наложил наказание от 8 месеца лишаване от свобода, което същият да изтърпи в затворническо общежитие от открит тип при първоначален общ режим и е лишен от правото му по чл. 37, ал. 1, т. 7 НК – право да управлява МПС за срок от 2 години.

В касационната жалба защитникът на подсъдимия адв. А. заявява несъгласието си с осъдителната въззивна присъда, навеждайки доводи за допуснати съществени процесуални нарушения, за неправилното приложение на материалния закон и за явната несправедливост на наложеното му наказание, като претендира отмяната ѝ и оправдаване на подзащитния му.

В съдебните прения пред касационната инстанция допълнителни доводи в подкрепа на изложените в жалбата се излагат и от другия защитник на подсъдимия адв. Н.

Върховният касационен съд намира, че жалбата е подадена от страна в процеса, имаща право на жалба, в законоустановения срок и има за предмет въззивна присъда, подлежаща на касационна проверка съгласно чл. 346, т. 2 НПК и като такава, за допустима, а разгледана по същество, за **ЧАСТИЧНО ОСНОВАТЕЛНА** по следните съображения:

Макар да са ангажирани всички касационни основания за неправилност на атакуваната въззивна присъда, защитата на подс. М. извлича доводи за наличие на съществени нарушения на процесуалните правила от разминаването между инкриминираните факти за двукратно управляване от него на МПС без съответно свидетелство за управление и повдигнатото му обвинение за извършено престъпление по чл. 343в, ал. 2 НК, затруднили правото му на защита и поставяйки „защитникът в положение на процесуална изненада“. Дори само от това се вижда, че се касае за неправилно приложение на материалния закон, което е касационно основание по чл. 348, ал. 2 вр. ал. 1, т. 1 НПК. Относно нарушението на материалния закон се излагат обилни съображения за отликите между съставите по ал. 1 и ал. 2 на чл. 343в НК. Застъпва се становището, че докато извършителят на деянието по ал. 1 поначало е правоспособен водач на МПС, то този по ал. 2 е изначално неспособен или с отнето право да управлява МПС водач, което е вярно. Всъщност, същественият въпрос за съставомерността на деянието като престъпление по чл. 343в, ал. 2 НК е дали управляването на МПС с изтекъл срок на валидност свидетелство за управление удовлетворява законодателното изискване осъществяването на тази дейност по транспорта да е „без съответно“ свидетелство за управление. Защитата предлага свой анализ на обективните и субективни признаци на това престъпление, включително кой може да бъде негов субект (извършител), както това е сторил и второинстанционният съд и доколко изводите му по правото са верни, които обаче оспорва. В тази насока се коментират разпоредби както на закона за движение по пътищата (ЗДвП), така и на

закона за българските лични документи (ЗБЛД), като се настоява, че инкриминираното деяние съставлява административно нарушение и за него подсъдимият може да носи единствено административно-наказателна отговорност.

Субект и на двете престъпления по чл. 343в, ал. 1 и 2 НК може да е всяко наказателно отговорно лице, за което е установено, че управлява МПС. При престъплението по ал. 1 то е поначало правоспособно, но по административен или съдебен ред е временно лишено от право да извършва такава дейност, в срока на изтърпяване на такова наказание е управлявало МПС и за това е наказано по административен ред и въпреки това отново е седнало зад волана, за което вече следва да му бъде потърсена наказателна отговорност. Тя включва както наказание лишаване от свобода, така и на основание чл. 343г НК се следва и налагане на наказание по чл. 37, ал. 1, т. 7 НК – лишаване от право да управлява МПС, безспорно, от съответната категория, за която е придобило правоспособност и от която то временно е лишено с влязъл в законна сила съдебен или административен акт (по аргумент от чл. 155, ал. 1 ЗДвП – „всеки водач има право да управлява моторно превозно средство от категорията, за която притежава свидетелство за управление“). Наказанието „лишаване от право да се управлява МПС“ се изпълнява с отнемане (изземване, предаване, връщане) на свидетелството за управление (СУМПС) от съответните контролни органи или водача – чл. 172, ал. 2, т. 3 и ал. 3 ЗДвП и чл. 21-23 от Наредба I-157/01.10.2002 г. на МВР. С изтичане на срока на лишаването на водача от това му право обаче той не винаги автоматично го възстановява, като в закона и цитираната наредба са посочени допълнителните изисквания към него (обобщено в чл. 24, ал. 1 от наредбата във връзка с различни текстове от ЗДвП).

Ако в срока на изтърпяване на наказание лишаване от право да управлява МПС водачът отново седне зад волана, включително и управлява МПС от категория, за което не е придобил правоспособност, то той би бил санкциониран по административен ред съгласно чл. 177, ал. 1, т. 1 ЗДвП, а при следващо деяние – за престъпление по чл. 343в, ал. 1 НК. Ако обаче срокът на лишаването му от правоуправление е изтекъл и той не е възстановил правата си било заради не издържан проверовъчен изпит или не изтекъл ограничителен срок да положи такъв, било заради наличие на физически или психически недъг, поради което не отговаря на медицинските или психическите изисквания за управляване на МПС от съответната категория, и въпреки това управлява МПС, то той върши

нарушение по чл. 150а ЗДвП и подлежи на санкция по административен ред по чл. 177, ал. 1, т. 2 ЗДвП, а когато в едногодишен срок от това му наказване с влязло в сила наказателно постановление отново управлява МПС, то тогава осъществява престъпния състав на чл. 343в, ал. 2 НК. Тук се вижда връзката между двата престъпни състава на престъпленията по чл. 343в, ал. 1 и 2 НК, които, макар и самостоятелни, боравят с единни понятия за правоспособността на дееца като водач на МПС и правото му законосъобразно да осъществява такава дейност, за което притежава валидно СУМПС. Транспортната дейност следва да се разглежда свързано с правата на гражданите на свободно придвижване, на работа, свързана с транспорт на пътници или стоки, било в рамките на Европейската общност или извън нея, но като се отчита характерът на регулираните обществени отношения и правомощията на държавата да въведе определени ограничения чрез националното си законодателство на това право да се управлява МПС чрез правилата за контрол и осигуряване на пътната безопасност. Или, за разрешаване на разглеждания проблем от значение е не само вътрешното ни законодателство, но и норми от общностното право в ЕС, част от който е България. На тази база следва да се разрешат въпросите относно правоспособността на водача и защо следва да притежава валидно, съответно СУМПС.

Съгласно чл. 150а, ал. 1 ЗДвП, „за да управлява МПС, водачът трябва да притежава СУМПС, валидно за категорията, към която спада управляваното от него превозно средство“, т.е. според категорията на управляваното от него МПС се съобразява дали притежаваното от него СУМПС е „съответно“. От друга страна, съгласно чл. 157, ал. 1 ЗДвП той получава и контролен талон към това СУМПС и определен брой контролни точки за отчет на извършваните нарушения. Този талон съпътства СУМПС и може да бъде отнет при съставяне на акт за констатиране на административно нарушение по ЗДвП (АУАН), който го замества за един месец от съставяне на акта.

Правното значение на СУМПС е изяснено в чл. 3, ал. 3 ЗБЛД, като тези, издадени от българската държава на нейните граждани имат силата и на документ за самоличност. Основното предназначение на СУМПС обаче е удостоверяване на правоспособността на лицето да управлява МПС от дадена категория. Като страна-членка на ЕС, България е транспонирала в националното си законодателство изискванията на Директива 2006/126/ЕО на ЕС от 20.12.2006 г., изменена с Директива 2009/113/ЕО на Комисията от 25.08.2009 г., Директива 2011/94/ЕС на Комисията от 28.11.2011 г., съответно съгласно § 2 от ПЗР на ЗБЛД

(преименуван ЗБДС, ДВ бр.82/2009 г.) и § 35, т.3 от ДР на ЗДвП (ДВ.бр.54/2010г.). И докато ЗБЛД урежда „условията и реда за издаване, ползване и съхранение на българските лични документи“, включително СУМПС, то ЗДвП „урежда ... изискванията за правоспособност на водачите на ППС, ... както и принудителните мерки, които се прилагат, и наказанията за нарушаване на разпоредбите на този закон и на издадените въз основа на него нормативни актове“, като целта е „да се опазват животът и здравето на участниците в движението по пътищата, да се улеснява тяхното придвижване, да се опазват имуществото на юридическите и физическите лица, както и околната среда от замърсяването от МПС“. Дадено лице ще придобие правоспособност за управление на МПС по правилата на ЗДвП, за което има правото да получи, съответно държавата е длъжна да го снабди със СУМПС по реда, установен в ЗБЛД, за да може да удостовери „правоспособността за управление на МПС“. Съгласно този закон, СУМПС като български личен документ е собственост на държавата (чл. 2) и то се предава на органа, който го е издал, при изтичане на неговата валидност (чл. 10, ал. 1, т. 5 от с.з.), т.е. той е „индивидуален удостоверителен документ за правоспособност за управление на МПС“ от „категорията/ите, за които е валидно“ (чл. 50, ал. 1 и чл. 53, ал. 1, т. 10 ЗБЛД), като сроковете за валидност са определени в двата цитирани закона, съобразено с посочените директиви на ЕП и на ЕС и Комисията на ЕС. С § 1, т. 2, б. „ж“ от ДР на ЗБЛД е дефинирано какво е „нередовен български личен документ“ – „е с изтекъл срок на валидност“, а съгласно чл. 81, ал. 2, т. 6 от с.з. – притежателят му подлежи на санкция по административен ред, ако „използва нередовни български лични документи“ (с ал. 1, т. 7 на същия член, но с изменение на закона в сила след инкриминираното деяние – ДВ бр. 75/2012 г. е наказуемо и неподаването в срок до 30 дни на заявление за издаване на ново СУМПС при промяна на постоянното местоживее на лицето от едно населено място в друго). Изводът е, че по ЗБЛД се урежда документооборотът и ползването на БЛД, съответно предвижда санкции при нарушаване на свързаните с това правила.

За разлика от ЗБЛД, ЗДвП и приетите въз основа на него други подзаконови нормативни актове предписват правила, свързани с управлението на МПС. И докато СУМПС удостоверява правоспособността на лицето да осъществява такава дейност, придобиването и запазване във времето на придобитата от лицето правоспособност се свързва с усвояването на определени знания и постигане на умения от него на основата на определени минимални

стандарти за физическа и умствена годност за управление на съответните ППС, което намира своето отражение при първоначалното издаване или при периодичното подновяване на СУМПС, което, според цитираната Директива на ЕП и ЕС, инкорпорирана в законодателството ни, ще даде възможност за „редовен контрол ... за съответствие“ с тези минимални стандарти за постигане на посочените цели, общи за ЕС, поради което те „следва да съвпадат с подновяването и да се определят от срока на валидност на СУМПС“. По този начин, всяка държава-членка на ЕС, съобразявайки установените за общността срокове за административна валидност на СУМПС, може да ги и намали, за по-ефективен контрол върху годността на водачите на МПС, включително и само за дадена категория МПС с оглед специфичната отговорност на водачите им. Поради това следва да се приеме, че изискването за „съответно свидетелство за управление на МПС“ значи да е валидно както с оглед на срока на неговата „административна валидност“, така и за „категорията МПС“, което се управлява от водача.

Когато дадено лице не е провело обучение и не е издържало изпит за придобиване на правоспособност за управление на МПС, то безспорно не притежава такава и нарушава чл. 150 ЗДвП. Приравнено на него е и правоспособен водач, който съгласно чл. 157, ал. 4 ЗДвП „губи придобитата правоспособност“ заради отнети всички контролни точки. Разумът на това законодателно решение е, че щом той е допуснал множество нарушения на правилата за движение, довело до отнемане на тези всички контролни точки, то има проблем с неговите знания и умения при управлението на МПС и затова следва да ги докаже наново с ново обучение и проверовъчен изпит. Поради това и съдебната практика вече е утвърдила в множество решения на ВКС, включително и цитираните от страните по делото, че чл. 343в, ал. 2 НК е приложим за всички случаи на управление на МПС без съответно СУМПС – както когато такова не е издавано на водача, така и когато то е отнето на някакво основание. Не е съответно и СУМПС с изтекъл срок на валидност, тъй като водачът не е доказал след изтичане на срока наличието на съответствие с минималните стандарти за физическа и умствена годност за управление на МПС от съответната категория, което се доказва със съответните документи, изисквани от контролните органи в съответствие с националното законодателство. При просрочие на валидността на СУМПС и управление на МПС извън този срок водачът първоначално носи административно-наказателна отговорност (уредена в чл. 171, ал. 1, т. 2 вр. чл. 150а ЗДвП), а когато в едногодишен срок от наказването му по

административен ред продължава да управлява МПС без „подновено“ СУМПС, той осъществява състава на чл. 343в, ал. 2 НК. Правилно за това престъпление не е предвидена в чл. 343г НК и санкция по чл. 37, ал. 1, т. 7 НК – лишаването на водача от право да управлява МПС, тъй като при подновяване на СУМПС той следва да докаже пред контролните органи съответствието с минималните изисквания за издаването на съответно СУМПС и едва тогава може да осъществява транспортна дейност било за себе си, съобразно свободата на придвижване в рамките на общността или извън нея, било като работа. Разумът на законодателя да не предвиди такава санкция за тези водачи е както защото те нямат или са загубили правото за управление на МПС, така и защото не са доказали в съответния срок годността си да го упражняват. Законосъобразно въззивният съд е поставил акцента не върху придобитата или загубена от водача правоспособност, а върху задължението на водача да докаже пригодността си за управление на МПС чрез притежаване на валидно за категорията на управляваното такова СУМПС, а това означава и то да е в срока на административната му валидност, за да е годен удостоверителен документ за тази му правоспособност.

С оглед така изложените съображения ВКС намира, че доводите за несъставомерност на деянието както от обективна, така и от субективна страна като престъпление по чл. 343в, ал. 2 НК за неоснователни. И от обясненията на подс. М. се установява, че той е имал съзнанието за невалидността на СУМПС, за което е бил наказан по административен ред и е следвало да направи необходимото за подновяването му, като докаже със съответните документи пригодността си за управление на МПС от категорията на добитата от него правоспособност, както това е сторил месец след инкриминираното деяние (виж писмо изх. № 109-12/2012 г. за новото му СУМПС, издадено на 24.04.2012 г.), като незнанието на закона не го оневинява. Именно и затова до ангажиране на наказателната му отговорност се стига едва след санкционирането му по административен ред, като е даден доста продължителен период от време, през който той да може да отстрани пречките (ако такива съществуват), ограничаващи правото му да управлява МПС. Или, в рамките на правилно установените факти, които и не се оспорват, материалният закон е приложен правилно от окръжния съд и не е налице соченото касационно основание по чл. 348, ал. 2 вр. ал. 1, т. 1 НПК, което да налага отмяна на атакуваната въззивна присъда и връщане на делото за ново разглеждане от въззивния съд или оправдаване на жалбоподателя от настоящата инстанция.

Съдът обаче е допуснал друго нарушение на закона, изразяващо се в отказа да приложи разпоредбата на чл. 78а, ал. 1 НК. Мотивирал се е с факта, че срещу подс. М. има друго, „второ съдебно производство за същото престъпление“, поради което била налице пречката по чл. 78а, ал. 7, пр. 3-то НК. За това друго деяние обаче данни е имало още на досъдебното производство и е следвало да бъде съобразено от прокурора при очертаване на обвинението по настоящето дело, тъй като това „множество от престъпления“ е последица от разкъсването на продължаваното престъпление, каквото се явяват тези две деяния на 08.10.2011 г. и на 19.03.2012 г., дали основание да му се търси наказателна отговорност по чл. 343в, ал. 2 НК, но в две отделни наказателни производства. С това са загърбени и задължителните указания в Тълкувателно решение № 2 от 21.10.2010 г. по т. д. № 2/2010 г. на ОСНК-ВКС.

От представените пред районния съд доказателства е установено, че наказанията при предишното му санкциониране по чл. 78а, ал. 1 НК по НОХД № 591/2007 г. на районен съд-Силистра жалбоподателят е изтърпял на 12.12.2007 г., когато е внесена наложената му глоба, а лишаването му от право да управлява МПС за срок от 6 месеца – от 13.04 до 13.10.2007 г. До инкриминираното деяние е изминал срок, по-дълъг от този по чл. 82, ал. 1, т. 5 НК и той е реабилитиран за това си осъждане на основание чл. 88а, ал. 1 НК и следва да се счита за неосъждан, поради което са налице условията на чл. 78а, ал. 1 НК за освобождаването му от наказателна отговорност и налагане на административно наказание, което може да бъде само глоба, без да се налага наказание лишаване от право да управлява МПС, тъй като в чл. 343г НК такава кумулативна санкция не е предвидена, което бе коментирано по-горе.

ВКС намира, че с оглед обществената опасност на деянието, която не е висока, но от друга страна, дългият период от време, през който подс. М. не се е съобразил с изискванията на закона да поднови СУМПС, миналото му на водач с множество нарушения на правилата за движение, за което е понасял тежки имуществени санкции, както и данните за имотното му състояние от самите му обяснения, то съответно на допуснатото от него деяние е административно наказание глоба в размер на 3000 лв, в какъвто смисъл обжалваната присъда следва да бъде изменена (виж Тълкувателно решение № 1 от 25.10.2011 г. по т. д. № 1/2011 г. на ОСНК-ВКС) с освобождаването му от наказателна отговорност и налагане на посоченото наказание глоба, като се отмени лишаването му

от право да управлява МПС. В останалата част жалбата се явява неоснователна и следва да бъде оставена без уважение.

Водим от горното и на основание чл. 354, ал. 1, т. 1 и 3 НПК
Върховният касационен съд – първо наказателно отделение

РЕШИ:

ИЗМЕНЯ въззивна присъда № 36 от 05.07.2012 г., постановена по ВНОХД № 109/2012 г. по описа на Силистренския окръжен съд, като **ОСВОБОЖДАВА** подсъдимия О. П. М., със снета по делото самоличност, от наказателна отговорност за престъплението по чл. 343в, ал. 2 НК и на основание чл. 78а, ал. 1 НК му **НАЛАГА** административно наказание **ГЛОБА** в полза на държавата в размер на 3 000 – три хиляди лева и **ОТМЕНЯ** наложеното му наказание по чл. 37, ал. 1, т. 7 НК – лишаване от право да управлява МПС за срок от две години.

ОСТАВЯ В СИЛА присъдата в останалата част.

ПРЕДСЕДАТЕЛ :

ЧЛЕНОВЕ :

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 ѝ 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, действащото 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
F O U N D A T I O N
Фондация Америка за България

РАЗПРОСТРАНЯВА СЕ БЕЗПЛАТНО