

СЪДИЙСКИ ВЕСТНИК

Издание на Съюза на съдиите в България

статии

коментари

новини

преглед на съдебната практика

кн. 3/2013 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 3
юли – септември 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

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 бюджета на съдебната власт за 2014 г.	5
Програмни продукти за случайно разпределение на делата.....	9
Правила за случайното разпределение на делата.....	11
Писмо до 42-то НС относно избора на главен инспектор към ВСС.....	15
Предложение към Етичната комисия на Висшия съдебен съвет	19
Становище на Съюза на съдиите в България по проекта за нов Наказателен кодекс	23
Годишно общо събрание за 2013 г.	26
Правото на убежище и наказателната отговорност.....	27
„Новата концепция за дееспособността според Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания“	29
Проект „Изграждане на благотворна среда за независима съдебна власт в България“	32
Блог за съдебната практика на Европейския съд по правата на човека и съда на ЕС	34
Човек на годината	35
100 години съд в Благоевград.....	36
Семинари, организирани от Съюза на съдиите в България.....	37

СТАТИИ

За някои проблеми, свързани с неустойката, задатъка и отнетината - <i>Цветелина Байрактарова</i>	38
Недействителност на клаузата за изменение на лихвата в договора за банков кредит – <i>Андрей Георгиев</i>	65
Измененията и допълненията в Закона за защита на държавата от юли и ноември 1943 г. – <i>Емануил Димитров</i>	77
Дискусионни въпроси, свързани с прилагането на чл. 43 от Закона за обществени поръчки: цесия, още едно мнение – <i>Николай Генчев</i>	85
Библиография на трудовете на проф. Петко Венедиков – <i>Васил Петров</i>	97

ПРЕГЛЕД НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

За обезщетението на военните следователи в качеството им на магистрати	105
--	-----

СЪДЕБНА ЕТИКА, БЕЗПРИСТРАСТНОСТ НА СЪДИЯТА, КОНФЛИКТ НА ИНТЕРЕСИ.

Представява ли дисциплинарно нарушение неспазването на процесуалния закон от страна на съдията?	112
---	-----

АРХИВ

Доказване на „отрицателни обстоятелства“	157
--	-----

ДИСКУСИИ

Дискусии	160
----------------	-----

TABLE OF CONTENTS

REPORTS

Statement of the Bulgarian Judges Association Regarding the Budget of the Judiciary for 2014.....	5
Software for Random Distribution of Court Cases.....	9
Rules for Random Distribution of Court Cases	11
Letter to the 42-nd Parliament Regarding the Election of Chief Inspector at the SJC	15
Proposition to the Ethics Commission of the Supreme Judicial Council	19
Statement of the Bulgarian Judges Association Regarding the Draft of a New Criminal Code	23
Annual General Meeting for 2013.....	26
Right to Asylum and Criminal Liability	27
„The New Concept of Competence According to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities "	29
Project „Establishing a Beneficial Environment of Independent Judiciary in Bulgaria“	32
Blog on the Judicial Practice of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union	34
Person of the Year	35
100 Years Court in Blagoevgrad.....	36
Seminars Organized by the Bulgarian Judges Association	37

ARTICLES

On Some Problems with Regards to Liquidated Damages, Forfeit and Earnest – <i>Tsvetelina Bayraktarova</i>	38
Invalidity of the Clause Amending the Interest in Bank Loan Contract – <i>Andrey Georgiev</i>	65
Amendments and Supplements in the Law on State Protection from July and November 1943 – <i>Emanuil Dimitrov</i>	77
Discussion Questions Regarding the Application of Art. 43 of the Public Procurement Act: Cession. Another Opinion – <i>Nikolay Genchev</i>	85
Bibliography of the Works of Prof. Petko Venedikov – <i>Vassil Petrov</i>	97

JUDICIAL REVIEW

On the Compensation of Military Investigators in Their Capacity of Magistrates	105
--	-----

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

Does the Non-compliance with Procedural Law by the Judge Constitute a Disciplinary Offense?.....	112
--	-----

ARCHIVE

Proof of „Negative Facts“	157
---------------------------------	-----

DISCUSSIONS

Discussions.....	160
------------------	-----

НОВИНИ

СТАНОВИЩЕ НА СЪЮЗА НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ ОТНОСНО БЮДЖЕТА НА СЪДЕБНАТА ВЛАСТ ЗА 2014 Г.

ДО ПРЕДСЕДАТЕЛЯ НА НАРОДНОТО СЪБРАНИЕ
ДО МИНИСТЪРА НА ПРАВОСЪДИЕТО
ДО МИНИСТЪРА НА ФИНАНСИТЕ
ДО ВИСШИЯ СЪДЕБЕН СЪВЕТ

Уважаеми представители на законодателната, изпълнителната и съдебната власт,

През последните седмици сме свидетели на разгорещеното обсъждане на държавния бюджет и по-специално предложението от Висшия съдебен съвет бюджет за съдебната власт за 2014 година. Отново възникна конфронтация по повод на коригирания бюджет от Министерството на финансите, който е предложен в Народното събрание, като в средствата за масова информация се появиха становища, че управляващите са на път да блокират финансово съдебната система.

Това не е ново явление и същият проблем беше поставен на дневен ред през миналата година, когато се обсъждаше бюджета на съдебната система за 2013 година. Тогава се обърнахме едновременно към бившия министър на финансите Симеон Дянков и Висшия съдебен съвет за предприемане на съвместни действия за оптимизиране на бюджета на съдебната власт.

Съюзът на съдиите в България винаги е отстоявал позицията за пълна прозрачност по въпросите, свързани с осигуряване на необходимите финансови средства за функционирането на съдебната власт, които са и гаранция за независимостта и ефективността на съдебната система.

Напомняме Ви, че още в становище № 1/2001 г. на Консултативния съвет на европейските съдии е констатирана очевидната връзка между

финансирането и управлението на съдилищата и принципите на Конвенцията за правата на човека. „Достъпът до правосъдие и правото на справедлив процес не са надлежно гарантирани, ако делата не могат да бъдат разглеждани в разумен срок от съд, който разполага с подходящи средства и ресурси, за да действа ефикасно“.

Недостигът на финансов ресурс, който е необходим за нормалното функциониране на съдебната система, води до широк набор от недостатъци, които се изразяват в неподходящ материален ресурс за изпълнение на задълженията и пълна липса на подпомагане, от което се нуждаят съдиите за адекватно изпълнение на задълженията си (квалифицирани служители, съдебни помощници, достъп до електронни документационни източници и други). Така с години най-натоварените в страната - в София и Варна, и много по-малки съдилища бяха оставени да работят в унизителни условия на труд, без да се обезпечи решаването на проблема със сградите им.

Съдиите не могат да бъдат натоварени с несвойствени задачи по материалното организиране на провежданите процеси. През последните три години финансово се обезпечават единствено заетите щатни бройки за магистрати и съдебни служители, което води до невъзможност за кадровото обезпечаване на съдебната система, респективно - за нормално разпределение на натовареността.

Натрупват се значителни задължения, особено на Прокуратурата, за заплащане на обезщетения на гражданите за вреди от незаконни действия, а не се предприемат никакви мерки тези недостатъци да се отстранят, като се включат като критерии за оценка качествата на магистрата и като се провеждат системни обучения за отстраняването им.

Остават нерешени проблемите с разумното разходване на средства за външни услуги и със събирането на съдебните разноски, направени за решаването на делата.

В резултат на трайния отказ за разрешаване на споменатите проблеми заетите в съдебната система се демотивират, тъй като не виждат политическа воля за преодоляването им, но най-вече - гражданите страдат, защото не могат да получат очакваното качество на обслужване от правораздавателните органи.

Висшият съдебен съвет е натоварен от Конституцията със задължението да осъществи прекия контакт с парламента при оценката на нуждите на съдилищата. От друга страна - не получихме достатъчно ясен и конкретен отговор на писмото на Съюза на съдиите в България от 07.12.2012 г., с което се обърнахме към ВСС с искане публично да оповести финансов отчет за законосъобразността и целесъобразността на разходването на бюджета на съдебната власт.

Апелирахме да се предостави информация за фактическото състояние на наличностите по бюджетните сметки на съдебната власт; има ли разлика между изпълнението на бюджета и предвиденото в приетия бюджет; извършвани ли са от ВСС разходи в отклонение на предвижданията.

Поставихме въпроси какви конкретни мерки са предприети при формирането и предлагането на бюджета, за да не възникнат отново недостиг и затруднения в дейността на органите на съдебната власт, на какво се дължи значителното увеличение на разходите за ВСС и набелязани ли са мерки за оптимизиране на разходването на бюджета на съдебната власт през следващата година.

Напълно осъзнаваме трудността да се определят приоритетните за финансиране от държавния бюджет области в условията на финансова и социална криза и необходимостта от подпомагане на уязвимите групи от българските граждани. Същевременно проблемите в нито една социална и икономическа сфера не могат да бъдат успешно решени без качествено правосъдие. За съжаление, в продължителен период от време, икономическите аспекти надделяват при обсъждането на важните структурни промени в съдебната власт и ефикасността ѝ.

Убедени сме, че приемането и разпределението на бюджета на съдебната система пряко отразяват постигнатото съгласие между трите власти дали да се провежда реформа в съдебната и в каква степен.

Затова апелираме към Вас незабавно да се формира консултативна група между представители на Висшия съдебен съвет, Министерство на финансите, Министерство на правосъдието и Парламента, която да

извърши анализ какви средства са необходими за нормалното функциониране и провеждане на предвидените реформи в съдебната система; как те могат да се обезпечат и разпределят във времето; какви мерки следва да се предприемат за оптимизиране на разходите. Единствено оповестяването на резултатите от такава задълбочена оценка може да стои в основата на политическия дебат и информираното обществено мнение какви средства да се отделят за утвърждаването на независима и ефективна съдебна система.

11.11.2013 г.

От името на УС на ССБ

Таня Маринова – председател

Управителен съвет:

Атанас Атанасов

Борислав Белазелков

Иван Ранчев

Милена Златкова

Мими Фурнаджиева

Петко Петков

Станислав Цветков

ПРОГРАМНИ ПРОДУКТИ ЗА СЛУЧАЙНО РАЗПРЕДЕЛЕНИЕ НА ДЕЛАТА

ДО ВИСШИЯ СЪДЕБЕН СЪВЕТ

Уважаеми членове на Висшия съдебен съвет,

От медиите узнахме за разпространеното на 19.11.2013 г. съобщение от Пресцентъра на Висшия съдебен съвет, съдържащо отговор на изпратеното от нас (на същата дата) писмо във връзка с продуктите за случайното разпределение на делата.

Доколкото това явно не е позиция, гласувана от пленарния състав на Съвета, настояваме писмото ни да бъде обсъдено на заседание на Висшия съдебен съвет на 21.11.2013 г., който да се произнесе с решение, взето по предвидения в закона ред.

При вземането на решение, молим ВСС да вземе под внимание следното:

- Декларираме готовност да обезпечим участието на независими и висококвалифицирани експерти от държавни институции, които да изготвят независима оценка на двата продукта (АСУД и LawChoice) за случайно разпределение на делата в съдилищата.

- Продължаваме да считаме, че без отговор на поставените в писмото ни въпроси обсъждането и приемането на Правила за случайното разпределение е лишено от основание.

- Припомняме, че Съветът вече е взел решение (т. 13.5 от протокол от 31.10.2013 г.), с което приема, че трябва да се назначи независима експертиза с експерти от БАН или други държавни институции на двата продукта за разпределение.

- Настояваме, на осигурените от нас експерти да бъде предоставена възможност да проверят „доработката“ на „LawChoice“, да сравнят всички релевантни технически характеристики на двата софтуера след анализ на техния сорс код, да извършат нужните, съобразно експертното им усмотрение, проверки, да получат достъп до цялата необходима им информация, за да отговорят мотивирано и обосновано на всички въпроси, касаещи функционирането и надеждността на двата продукта.

Без участието на независими експерти в диагностицирането и отстраняването на проблемите на системите за случайно разпределение на делата е невъзможно да се гарантира тяхната сигурност. Продължаващата защита на LawChoice и препятстването на независима

експертиза всяват силно съмнение в наличието на воля за реално гарантиране на случайността на разпределение на делата. Ако ВСС не допусне независима експертиза и не вземе предвид останалите ни предложения, ние ще продължим да считаме, че отсъстват гаранции за законосъобразното разпределение на делата, а това е ключова антикорупционна мярка, гарантираща независимостта на съда.

От началото на създаването на Гражданския съвет към ВСС, участващите в него организации сме инвестирали немалко усилия, за да подпомогнем работата на ВСС, като винаги сме изразявали готовност да споделяме професионалния си опит. Със съжаление трябва да установим, че в повечето случаи ВСС по никакъв начин не е показвал, че се съобразява или взема под внимание становищата на Гражданския съвет. Отношението към изразените от Гражданския съвет позиции по изключително важния въпрос за случайното разпределение на делата е поредното доказателство за това.

Развитието и последващите действия на ВСС по този важен проблем ще покажат дали съществуването на Гражданския съвет е от значение или е по-добре да преосмислим участието си в него.

Съюз на съдиите в България

Фондация „Български адвокати за правата на човека“

Фондация „Български институт за правни инициативи“

Сдружение „Сефита“

Институт за развитие на публичната среда

„Център на НПО – Разград“

ПРАВИЛА ЗА СЛУЧАЙНОТО РАЗПРЕДЕЛЕНИЕ НА ДЕЛАТА

До Висшия съдебен съвет

Уважаеми членове на Висшия съдебен съвет,

Проверките на въведените системи за случайно разпределение на делата и публично достъпната информация за нарушения на този принцип във Върховния административен съд и Прокуратурата, изведоха две основни направления, в които е необходимо приемане на общи правила. Проверките разкриха сериозен проблем, свързан със степента на защита и надеждността на използвания продукт LawChoice, като накратко може да се обобщи, че той не гарантира действително случайното разпределение на делата, защото са възможни технически манипулации, чието извършване не оставя следи. Установи се различна практика на административните ръководители в отделните съдебни органи за определяне на съставите и прилагане на изключения от законоустановения принцип за случаен избор, засягащи заложения процент на разпределение на дела за всеки магистрат, възможността за промяната му и избор на конкретно определен съдия, прокурор или следовател.

В предложените за обсъждане Правила за случайно разпределение на делата в районните, окръжните, административните, военните и апелативните съдилища сте приели, че до въвеждането на единен централизиран софтуер за случайно разпределение на делата, инсталиран на сървър във ВСС, в съдилищата ще „се използва специализирания продукт LawChoice“. С решение от 31.10.2013 г. (т. 13.2 от протокола) се запазва използването и на модула за случайно разпределение в системата за управление на съдебните дела АСУД, където е въведен, и се предвижда да се „доработи“ продукта LawChoice. Останаха напълно неясни мотивите за избора на ВСС да запази използването на компрометирания продукт LawChoice в повечето съдилища вместо доказалата надеждността си програма АСУД. Не обявихте и техническите изисквания към програмата за случайно разпределение на делата, на които трябва да отговаря „доработката“ на програмата LawChoice и които се очаква да залегнат в основата на бъдещия единен централизиран продукт за разпределение на делата. Изготвените към момента правила не са насочени към тази крайна цел, тъй като по необясними причини предвиждат самостоятелни системи,

действащи за ВКС, за ВАС, за всички останали съдилища и за прокуратурата.

Разпределянето на делата на принципа на случайния подбор е основна гаранция за разглеждане на делата от независим и безпристрастен съд и една от най-съществените мерки срещу корупционни практики. Това логично обяснява засиления обществен интерес към проблема както от българското общество, така и от международните институции, които наблюдават правораздавателната система в България.

Приветстваме решението Ви (в т. 13.5) да съобразите становището на независими високоспециализирани експерти. Споделяме разбирането Ви, че само в координация с Гражданския съвет и с участието на независими специалисти от държавни институции може да се подсигури ефективното и правилно разрешаване на проблема с използвания продукт за разпределението на делата.

Заявяваме, че няма да участваме в обсъждането на проекта за правилата докато не се изготви независима експертна оценка на двата продукта, защото би било напълно безпредметно приемането на правила без изясняването на най-важния специализиран въпрос за защитеността на софтуерните продукти. Същевременно, за да можем да можем да се включим в усилията на ВСС предлагаме Съветът да вземе решение, с което:

Да се определи срок, до който организациите от ГС могат да предлагат IT специалисти, отговарящи на изискванията на решението на ВСС.

Да се определят условия за работата на експертите, включително заплащане, като се предвиди изрично, че те могат да изискват материали, да извършат необходимите проверки на системите в съдилищата и да поставят допълнителни въпроси по тяхно експертно усмотрение.

Да се предвиди изрично, че окончателният избор на състава на експертната група ще стане след консултации с ГС и с мотивирано решение на ВСС.

Да се определи, че конкретното задание за работата на експертите ще стане след консултиране на ГС, но и, че ще включва:

- оценка на защитеността на Law Choice и АСУД и по-специално - съществуват ли възможности за манипулиране на работата и архива им;
- изработване на препоръки относно начините за преодоляване на установените проблеми на сигурността на всеки от софтуерните продукти;

- други препоръки относно компютърните конфигурации и системни изисквания към компютрите, чрез които ще се извършва случайното разпределение и всички други технически изисквания, свързани с гарантиране на сигурността на прилагане на принципа за случайно разпределение на делата.

5. Да се предвиди, че изборът на приложим програмен продукт и работата по надграждането му следва да се осъществяват въз основа на констатациите и препоръките на експертите и в съответствие с тях.

6. Да се предвиди, че експертите следва да оценят и крайния резултат от изпълнението на надграждане на софтуерните продукти за случайно разпределение преди вземане на решение за въвеждането му в съдилищата.

Тъй като Правилата трябва да включват технически изисквания за сигурността и за начина на използване на програмата, е безпредметно обсъждането им преди вземането на решение в горния смисъл.

От друга страна - подчертаваме, че дори след постигане на необходимото ниво на сигурност на продукта по разпределение на делата, само по себе си това няма да бъде достатъчно за осигуряване на прилагането на принципа на случайното разпределение. Правилата за случайно разпределение трябва да предвиждат освен изисквания за сигурност на използвания програмен продукт и обща регулация за използването му, валидна за всички съдилища, прокуратури и следствени служби. В същата връзка е нужно още да се приемат следните дейности:

- Стандартизация на протоколите за случайно разпределение;
- Създаване на публичен регистър на всички актове на председателите на съдилища, относими към приложението на принципа на случайното разпределение;
- Изработване и приемане на План за действие по отношение развитието на ИТ капацитета и капацитета за независими проверки на ВСС и ИВСС;
- Председателите на ВКС и ВАС, членове на ВСС, да предприемат действия за уеднаквяване начина на формиране на съставите и отделенията и разпределянето на материята между тях, за да се преодолее различната практика в двете върховни съдилища;
- Прехвърляне на компетентността по вземане на решенията, регламентиращи администрирането на системата за случайно разпределение на делата в конкретния съд, от председателите към общите събрания на съдиите;

- Цялостна преоценка на статута на съдебните IT експерти с оглед постигане на ефективна отговорност за сигурността на компютърните системи и намаляване на степента на лична зависимост от усмотрението на председателите.

Съюз на съдиите в България

Български адвокати за правата на човека

Български институт за правни инициативи

Сдружение „СЕФИТА“

Институт за развитие на публичната среда

Център на НПО в Разград

ПИСМО ДО 42-ТО НС ОТНОСНО ИЗБОРА НА ГЛАВЕН ИНСПЕКТОР КЪМ ВСС

ДО НАРОДНИТЕ ПРЕДСТАВИТЕЛИ
ОТ 42-РОТО НАРОДНО СЪБРАНИЕ

КОПИЯ: ДО ВИСШИЯ СЪДЕБЕН СЪВЕТ, ДО МИНИСТЪРА НА
ПРАВОСЪДИЕТО, ДО ЕВРОПЕЙСКАТА КОМИСИЯ

Уважаеми народни представители,

С писмо от 1-ви октомври тази година се обърнахме към Вас с призив да изпълните задължението си, произтичащо от Конституцията и Закона за съдебната власт, за откриване на процедура за избор на главен инспектор в Инспектората към Висшия съдебен съвет. Почти два месеца след внасянето на нашето писмо и повече от година след изтичане на предвидения в чл. 44, ал. 1 от Закона за съдебната власт срок за това, на 19.12.2013 г. Народното събрание прие Процедурни правила за издигане на кандидатури, представяне и публично оповестяване на документи, изслушване на кандидати и подготовка за избор на главен инспектор в Инспектората към Висшия съдебен съвет. Съгласно тези правила в срок до 27.12.2013 г. народните представители следва да направят своите предложения за кандидати за главен инспектор в Инспектората към ВСС.

Няма да повтаряме съображенията си, изложени в предходното ни писмо, за важността на Инспектората към ВСС и на конкретно възложените функции на главния инспектор за функционирането на правовата държава. Считаме обаче, че предвиденият в приетите Процедурни правила срок от три работни дни за внасяне на предложения за кандидати по време на Коледните празници поражда усещане за прикритост. Създава се впечатление, че дори да е проведена дискусия в парламентарно представените партии за необходимостта от реформа на Инспектората на съдебната власт и за специфичния висок професионализъм, който изисква тази ситуация от главния инспектор, дебатът и селекцията отново са задушливи.

Както и в позицията си до 41-тото Народно събрание във връзка с процедурата за избор на парламентарната квота във Висшия съдебен съвет, така и сега изразяваме убедеността си, че основното предназначение на прозрачността на процедурата по избор на длъжности в съдебната власт е да се осигури възможността на

магистратите и останалите граждани да видят как се извършва внимателният и обоснован подбор на кандидатите – по какъв начин партиите стигат до определена номинация, какви препоръки за нея са били търсени в професионалните среди, на какво вътрешно партийно обсъждане е била подложена, как са осъществени дебатите с другите парламентарно представени партии.

Този изискващ време процес не може да предхожда процедурата, защото без него тя остава куха – опразнена от съдържание. Напротив – процесът, в който партиите обсъждат кого да номинират и как съгласуват кандидатурите, е важна част от демократичната процедура по избор на главен инспектор и затова тя, в пълното си съдържание, трябва да се проведе прозрачно.

Предвидените три работни дни за внасяне на кандидатури обезсмислят двумесечния срок за публично обсъждане на кандидатурите и за представяне на становища до избора. Възниква съмнение, че след като народните представители приемат този срок за номинации за достатъчно продължителен, кандидатурите вече са съгласувани предварително и бъдещият главен инспектор е известен на народните представители. Основание за това е и направеното преди време изказване на председателя на Народното събрание г-н Миков, в което той определя като пречка за провеждане на процедурата за избиране на главен инспектор невъзможността да се постигне нужното мнозинство от 2/3 заради разпределението на гласовете на политическите партии, представени в Парламента.

Конституционното изискване главният инспектор да бъде избран с мнозинство от 2/3 от народните представители обаче не е уредено, за да бъдат фаворизирани кандидати, ползващи се с партийна подкрепа и избрани след предварително съглашателство „на тъмно”. Напротив – изисква се прозрачно постигане на съгласие около кандидатури, чиято защита не се изчерпва с това да имат професионален стаж и да не са извършили престъпление, а включва публична дискусия за високите им професионални постижения през призмата на длъжността на главния инспектор.

Допълнително основание за съмнения, че е налице предварителна договореност сред парламентарно представените политически сили е фактът, че след изтичане на два от предвидените за внасяне на предложения три работни дни такива все още не са внесени.

Както вече посочихме в писмото си до Вас от 1-ви октомври, за да бъдат предложени подходящите кандидатури и за да вземете

информирано решение коя е най-добрата, се налага да направите анализ (на основата на годишните доклади за дейността на Инспектората, на препоръките на магистратската общност, стандартите за инспектиране на съдебна власт на институциите на Съвета на Европа и практиката на ВАС) на приоритетите и перспективите на дейността на този орган, от които да се изведат основните критерии за оценка на професионалния капацитет и концепциите на кандидатите.

Уважаеми народни представители, призоваваме Ви да обявите мотивите за определянето на този срок за внасяне на кандидатурите, а представителите на парламентарно представените партии и коалиции да оповестят налице ли е предварително формирано съгласие между тях за избиране на определен кандидат. Ако такова съгласие е постигнато, считаме, че трябва да съобщите съображенията си за такава обща подкрепа.

Очакваме да огласите и разбирането си за естеството на дейността на Инспектората на съдебната власт, за положителните и отрицателните аспекти от работата му до настоящия момент в контекста на ефективността, отчетността и независимостта на съдебната власт и укрепването на нейния авторитет.

Бихме приветствали наличието на квалифицирано мнозинство сред народните представители, което да демонстрира ясен и неотклонен ангажимент за провеждане на цялостна реформа на съдебната система, обхващаща промяна на структурирането на Висшия съдебен съвет; разделянето на кадровите и дисциплинарните функции на съвета по отношение на съдиите и прокурорите в съответствие с препоръките на Венецианската комисия; отчитането на различните функции на тези магистратски длъжности при уредбата на администрирането на системите от съдебни и прокурорски органи.

В светлината на многократно изразяваните от нас становища за необходимост от отчитане на спецификата на съдийската и прокурорската длъжности при администрирането на съдебната власт смятаме, че следва да се осмисли и структурирането на дейността на инспектората, който да осъществява проверка на организацията на дейността едновременно и на съдебните, и прокурорските органи – моментът за обсъждане на тази тема е сега, а поради правомощията Ви – мястото ѝ е в Народното събрание.

Надяваме се, че предстоящият доклад на Европейската комисия по Механизма за сътрудничество и оценка не е решаващият повод да се

обяви процедурата по избор на главния инспектор, както и че сред настоящия състав на Народното събрание наистина може да се формира мнозинство от народни представители с обща воля за действителна съдебна реформа, независимо от конкретната партийна или коалиционна принадлежност на отделните депутати.

От името на УС на ССБ

Борислав Белазелков – изпълнителен секретар

Управителен съвет:

Таня Маринова -председател

Атанас Атанасов

Екатерина Николова

Иван Ранчев

Милена Златкова

Петко Петков

Станислав Цветков

ПРЕДЛОЖЕНИЕ КЪМ ЕТИЧНАТА КОМИСИЯ НА ВИСШИЯ СЪДЕБЕН СЪВЕТ

До: Висшия съдебен съвет

Дами и господа членове на Висшия съдебен съвет,

Повод за обръщението ни към ВАС е проведеното на 06.01.2014 г. изслушване на кандидата за Главен инспектор – Веселина Тенева, от Етичната комисия на ВСС, продиктувано от разкритата в медиите информация за смущаващи факти, свързани с имотното ѝ състояние. Без съмнение съдия Тенева подходи професионално, като поиска изслушване от Комисията „Професионална етика и превенция на корупцията“ към ВСС, тъй като международните стандарти относно принципите на професионално поведение, етиката, несъвместимото поведение и безпристрастност на съдиите, възпроизведени и в Становище № 3 на Консултативния съвет на европейските съдии, насърчават ролята Ви на орган, който да консултира и съветва съдиите в случай на несигурност, че дадена дейност в частната сфера е в съответствие със статута им на магистрати. Безспорно всеки кандидат за висша държавна длъжност дължи отговор на публично изнесената информация за личните и имуществените си отношения, тъй като позицията, за която е предложен, следва да бъде заемана от личност с безупречна репутация и следва да бъде дадена възможност да разсее всички съмнения, свързани с личността му. Затова категорично не сме съгласни, че проверката и решението на Етичната комисия към ВСС могат да се изчерпят с немотивирано становище, че имущественото положение на кандидата е „строго лично имуществено отношение“. Че не е такава следва на първо място от разпоредбата на чл. 228 от Закона за съдебната власт, задължаваща всеки магистрат ежегодно да декларира настъпилите промени в благосъстоянието си. Съдиите са публични личности, концентриращи общественото внимание, и затова изпълнението на законоустановеното им задължение да декларират имотното си състояние не изчерпва обществения интерес към начина на придобиването му. Ваше задължение е според чл. 39а ЗСВ да извършвате проверки и изготвяте становища относно притежаваните нравствени качества на кандидатите, включително при подадени сигнали от граждани, други държавни органи или публикации в медиите. Ниската степен на обществено

доверие както във Вас и вашите действия, така и в съдебната система като цяло, задължава всички вълнуващи обществото факти да бъдат обсъдени публично. Проверката би следвало обема изследването на всички въпроси, относими към изясняването в пълнота на конкретния случай. В противен случай, в общественото съзнание не само се създава усещането за симулиране на дейност, но и за издаване на „индулгенции“ на проверяваните. А това е еднакво вредящо и за престижа на съдебната власт, и за този на конкретния магистрат, проверяван от Етичната комисия. В случая не личи да сте взели отношение по твърденията, изнесени в медиите, след задълбочена проверка и проучване на конкретните факти. Констатацията за надлежното деклариране на обстоятелства от имущественото положение няма общо с тези факти и не може да бъде адекватен отговор. Медийният отзвук от извършената от Вас проверка изцяло подкрепя наблюдението ни, че приложеният в нея подход не е ефективен да разсее съмненията в обществото, а по-скоро обратното – да ги подсили. Ако няма данни за нарушения на етичните правила от страна на проверяван магистрат, това трябва да бъде изяснено убедително в публичното пространство, защото иначе се вреди още повече на репутацията на проверявания.

Необходимостта от подобно отношение към етичните казуси в съдебната система следва и от Бангалорските принципи, според които съдията е обект на постоянен публичен контрол и в тази връзка следва да възприеме доброволно съществени ограничения в личния си живот, които на останалите граждани биха се сторили тежки.

Използваме случая да Ви припомним за друг етичен казус, разтърсил съдебната система преди броени месеци. В статия от 8 ноември 2013 г. в седмичния вестник „Капитал“ със заглавие „Съдиите са ни скъпи“ и подзаглавие „Как председателят на Варненския окръжен съд получи изгоден ипотечен кредит от Корпоративна търговска банка“ бяха изложени твърдения за съдържанието и условията на сключените договори за банков кредит между съдия Ванухи Аракелян, председател на Варненския окръжен съд (ВОС), и „Корпоративна търговска банка“ АД (КТБ), които повдигат съществени въпроси, нуждаещи се от задълбочена проверка от страна на ВСС. Вместо такава проверка да бъде извършена, с решение, взето на съвместно заседание, проведено на 09.12.2013г., Комисията за разкриване и предотвратяване на конфликт на интереси и взаимодействие с Инспектората на ВСС и Комисия „Професионална етика и превенция на корупцията“, установявайки формално, че са подадени изискуемите декларации по ЗПУКИ, са взели решение за липса

на извършено нарушение на Кодекса за етично поведение на българските магистрати. От публикувания на Интернет страницата на ВСС протокол от това заседание не става ясно въобще провеждана ли е дискусия и обсъждани ли са въпросите, които посоченият журналистически материал е поставял. Изнесената в публикацията фактология неминуемо е изисквала да се изясни както конкретно, така и в принципен план, поведението на съдията в качеството му на субект на договорни отношения. Именно съответните комисии на ВСС е следвало да установят дали визираният в публикацията съдия и ръководител на орган на съдебната власт в официален контакт се е възползвал се от служебното си положение и дали е използвал правомощията си, за да извлече лична облага (т. 5.4 от Кодекса за етично поведение на българските магистрати). ВСС, както в своя пленарен състав, така и чрез своите комисии, предвид сочените в публикацията размер на уговорена лихва и предоставен гратисен период, е следвало да извърши проверка и дали конкретните условия на визирания в журналистическия материал договор за банков кредит се различават драстично или не от обичайните условия за такива договори. В тази връзка считаме, че именно ВСС следва да изработи критерии, за да се намери баланс между утвърдилата се практика за предлагане от страна на банките на преференциални условия на магистратите при сключване на договори за кредит и високите изисквания, поставени пред нас, за независимост и безпристрастност, като се отговори коя е разумната граница, при която не възниква конфликт на интереси. Този въпрос е особено важен в случаите, в които същите търговски дружества, предоставили по-изгодни условия за сключване на кредити, са страни по делата пред конкретния решаващ орган.

Естествено е едно демократично общество да поставя все по-големи изисквания към съдебната си система. Разбираемо е, че професионалните и морални качества на съдията се приемат от обществото като основна предпоставка за доверието в съдилищата. Общественото доверие и уважението към съдебната власт са гаранции за ефективността и независимостта на съдебната система. Затова всеки отделен съдия трябва да прави всичко възможно за утвърждаването на авторитета ѝ както на институционално, така и на лично равнище, а Вие сте създадени като независим орган, за да отстоявате независимостта на съдебната власт от външни политически и икономически влияния.

Несъмнено значително по-лесно е да се обобщят правилата за безпристрастност и дължимо поведение от магистратите при упражняване на професионалната им дейност, отколкото тези извън съда. Основната цел на Етичната комисия е да установява стандарта за съдържанието и значението на етичните норми и да бъде естествен коректив на недопустимото служебно и обществено поведение. Тази дейност трябва да се разграничава от закононарушенията и основанията за образуване на дисциплинарно производство. Затова очакваме решенията Ви да не се изчерпват със становище, че не е извършено нарушение, а отправяме настоятелно искане към Вас да извършвате задълбочени проверки по поставените проблеми и публично да оповестите събраната при тях информация.

Водени от разбирането, че в частния си живот съдиите трябва да се държат почтено, по начин достоен за уважение, смятаме, че сте длъжни винаги да отговаряте на въпроса дали в даден социален контекст по преценка на разумния и информиран член на обществото може да се стигне до обоснован извод, че съдията се е заел с дейност, която може да компрометира личната му безпристрастност и авторитета на съда. Само по този начин ще защитите личната и институционалната независимост, без да поставяте непреодолими бариери между съдиите и обществото.

От името на Управителния съвет
на Съюза на съдиите в България

Таня Маринова – Председател

Управителен съвет
Атанас Атанасов
Борислав Белазелков
Екатерина Николова
Иван Ранчев
Милена Златкова
Мими Фурнаджиева
Петко Петков
Станислав Цветков

СТАНОВИЩЕ НА СЪЮЗА НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ ПО ПРОЕКТА ЗА НОВ НАКАЗАТЕЛЕН КОДЕКС

До: г-жа Зинаида Златанова –
заместник министър-
председател и министър на
правосъдието

ОТВОРЕНО ПИСМО

УВАЖАЕМА ГОСПОЖО МИНИСТЪР,

На 21.12.2013 г. в сайта на Министерство на правосъдието бяха публикувани проект за нов Наказателен кодекс (НК) и мотиви към него. От публикации в медиите стана ясно, че е планирана дискусия в началото на 2014 г., както и че е предоставен срок от три седмици за изразяване на становища по законопроекта.

От изявлението Ви пред медиите разбираме, че проектът за нов НК ще бъде внесен за разглеждане в Министерския съвет на 15.01.2014 г. Същевременно Вие декларирахте, че: „Всички конструктивни предложения ще бъдат взети предвид, след което проектът ще бъде внесен за одобряване от Министерския съвет“.

Видно е, че за обсъждането на проекта за новия НК са предоставени три календарни седмици, две от които съвпадащи с коледните и новогодишни празници. По същество за дебатването върху проекта за новия кодекс е оставена една седмица и очевидно не е предвидено време за обсъждане на каквито и да било предложения преди внасянето му за разглеждане в Министерския съвет.

Оценяваме стремежа за изпълнение на поетите ангажменти от няколко поредни правителства, но сме убедени, че приключването им преди изготвянето на предстоящия доклад на Европейската комисия не може да бъде самоцел.

Проектът на новия Наказателен кодекс е изработен в мандата на трима министри и две правителства от експертна група, в която взеха участие различни представители на професионалните среди и на неправителствения сектор. Същевременно дейността по подготовка на законопроекта не беше предшествана или съпътствана от дискусия какви следва да са принципите на новия Наказателен кодекс и каква

наказателна политика същият следва да изразява. Тези особености на процеса по изготвяне на проекта допълнително затрудняват изработването на мотивирани и задълбочени становища по публикувания текст и са още една обективна причина за удължаване на срока за обществено обсъждане, който и бездруго е неразумно кратък.

Както знаем от класическата доктрина за наказателната кодификация, Наказателният кодекс има първостепенно значение за основните права на гражданите. Тъкмо затова проф. Фон Лист е казал това, което знаем от студенти, че Наказателният кодекс е великата харта на свободата. По същата причина отговорността и на законодателя, и на юридическата общност е голяма – не бива да се поемат и минимални рискове некачествен нормативен продукт, който може да има тежки репресивни последици, да стане действащо право.

Задълбочено професионално и публично обсъждане не може да бъде проведено за една седмица, нито пък следва да е под формата на изпращане на предложения и коментари на електронен адрес на Министерство на правосъдието. Дискусията изисква публично огласяване и коментиране на изразените позиции, обсъждане на конкретните предложения и внимателно осмисляне. Тя по условие не може да се осъществи, когато няма достатъчно време дори за запознаване с текстовете на проекта (близо 600 разпоредби) и когато не е предвидено обсъждането им в широк обществен формат. Добрите световни практики за обсъждане на толкова съществени нормативни изменения в наказателното право обхващат дългогодишни дискусии.

Съзнавайки собствената си отговорност на практикуващи юристи и представители на гражданското общество, ние сме поставени в особено тежка ситуация – от една страна, не можем да останем безучастни, когато се предприема такава съществена нормативна промяна и се чувстваме задължени да представим становища по законопроекта. От друга страна – непосилно краткият срок не позволява да проведем реална задълбочена дискусия на цялостната концепция на законопроекта и на всеки текст – какъвто би следвало да бъде пътят за изработване на компетентния професионален анализ.

Ето защо, госпожо министър, настояваме да удължите срока за обсъждане на проекта за нов НК и да не прибързвате с внасянето му за разглеждане в МС. Считаме, че предметът на предложението законопроект и важните му последици изискват поне шестмесечно обсъждане, организирано от Министерство на правосъдието, в което да се включат всички юридически професии. Това би довело до повишаване на

доверието в законодателния процес и до разсейване на всички тиражирани в медиите съмнения от последните дни, че краткотрайните политически цели надделяват над държавническата отговорност.

Съюз на съдиите в България

Български адвокати за правата на човека

Български институт за правни инициативи

Български Хелзински комитет

Център за изследване на демокрацията

Риск монитор

Програма Достъп до информация

Институт за развитие на публичната среда

Асоциация за европейска интеграция и права на човека

Център на НПО в Разград

Програма за развитие на съдебната система

Професор, доктор Антон Гиргинов

Доцент, доктор Светла Маргаритова

ГОДИШНО ОБЩО СЪБРАНИЕ ЗА 2013 Г.

На 25 и 26 октомври 2013 г. в хотел Тримонциум гр. Пловдив се проведе годишното общо събрание на Съюза на съдиите в България за 2013 г.

Гости на събранието бяха г-жа Зинаида Златанова - Министър на правосъдието, проф. Лазар Груев - председател на ВКС, г-н Атанас Илиев – член на УС на АПБ, г-н Ленко Ленков – Фондация Америка за България.

Събранието премина при следния ДНЕВЕН РЕД:

1. Отчет на УС на ССБ за изминалия период - Таня Маринова - Председател на УС на ССБ;

2. Доклад на Контролния съвет - Николай Гунчев - Председател на КС на ССБ;

3. Обсъждане и приемане на Стратегическия план за 2014 – 2016 г.

Лекции

1. „Практически въпроси при провеждане на емпирично изследване за тежестта на делата”

Лектори: Калин Калпакчиев (ВСС), Лилия Станкова и Живко Георгиев;

2. 2 алтернативни панела за наказателни и граждански съдии на тема „Обзор на тълкувателната практика на ВКС през последната година”.

Лектори: Павлина Панова (зам. председател на ВКС и председател на Наказателната му колегия) и Борислав Белазелков (съдия във ВКС);

3. „Отстояване независимостта на съдебната власт – предпазване от външни и вътрешни влияния върху съдиите” и “Повишаване членската активност на професионалната съдийска организация”

Лектори: съдия Ейми Нектъм (Съд за непълнолетни, Бостън) и съдия Джоан Ирион (Апелативен съд, Калифорния);

4. „Предизвикателствата пред националния съдия при прилагане правото на Европейския съюз”

Лектор: Иван Стойнев

ПРАВОТО НА УБЕЖИЩЕ И НАКАЗАТЕЛНАТА ОТГОВОРНОСТ

На 18 октомври 2013 г. в Конферентната зала на Съдебната палата се проведе семинар на тема „Правото на убежище и наказателната отговорност“.

Гост на семинара бе г-н Субаш Уости - Съветник по закрилата към ВКБООН.

Неотложната необходимост от задълбочен професионален разговор между съдиите и прокурорите във връзка с увеличаващите се дела за незаконно преминаване на границата по чл. 279 НК е извън всякаво съмнение. По данни на Сирийския център за наблюдение на човешките права, цитиран от информационната агенция „Ройтерс“, в продължаващата вече две години и половина гражданска война в Сирийската арабска република са загинали над 115 000 души. Реалната опасност за живота им мотивира хиляди сирийски граждани да търсят убежище в други държави. Република България, като съседна държава на граничещата със Сирия Република Турция, е естествена дестинация на бежанците, често междинна в пътя им към Западна Европа. Нарастващата миграционна вълна (по данни на главния секретар на МВР през септември броят на бежанците е над 4500) неизбежно създаде нови предизвикателства пред правоохранителните, правозащитните и правораздавателните органи на Република България. Съдебната практика по делата с обвинения за незаконно преминаване на границата породила множество негативни реакции в средствата за масово осведомяване и оставила впечатление, че прокурорите и съдиите срещат затруднения при правилното тълкуване на разпоредбата на чл. 279, ал. 5 НК, според която не са престъпления криминализираните нарушения на граничния режим, ако са извършени от хора, които се ползват от правото си на убежище. Проблемът е мащабен в хуманитарен аспект и съдебната власт е длъжна сама да идентифицира веднага опасността уязвими граждани, които се ползват от международноправна защита, да бъдат третираны от нейните органи като престъпници. Не можем да не си дадем сметка, че дори съмнението за такова незаконно третиране ще има деморализиращо въздействие върху правосъзнанието на българските граждани, защото ще подхранва враждебни обществени настроения на страх, недоверие или дори на омраза към бежанците.

Участници в семинара бяха съдия Павлина Панова, председател на Наказателна колегия на ВКС, съдиите и прокурорите от районните

съдилища и прокуратури в гр. Елхово, гр. Свиленград, гр. Малко Търново, гр. Ямбол, гр. Тополовград, гр. Средец, прокурори и съдии от съответните второинстанционни окръжни прокуратури и окръжни съдилища.

Бе проведена професионална дискусия по следните теми:

- Съдържание на правото на убежище. Международноправни стандарти - водещ дискусията Илиана Савова - директор на програмата за правна защита на бежанци и мигранти, БХК;

- Предпоставки за отпадане на наказуемостта по чл. 279, ал. 5 НК – водещи дискусията съдия Мирослава Тодорова (СГС) и прокурор Сава Петров (ВКП);

- Особености при доказването на предпоставките за отпадане на наказуемостта по чл. 279, ал. 5 НК – водеща дискусията съдия Весислава Иванова (СГС) и прокурор Виктор Тарчев (СРП);

- Придобиване на статут на бежанец и отношението на административната процедура към наказателната отговорност по чл. 279 НК – водещи дискусията съдиите Милена Славейкова (АССГ) и Мирослава Тодорова.

Семинарът бе организиран от Съюза на съдиите в България и Асоциацията на прокурорите в България с финансовата подкрепа на Институт „Отворено общество“

„НОВАТА КОНЦЕПЦИЯ ЗА ДЕЕСПОСОБНОСТТА СПОРЕД КОНВЕНЦИЯТА НА ООН ЗА ПРАВАТА НА ХОРАТА С УВРЕЖДЕНИЯ“

На 17.01.2014г. в Конферентната зала на Съдебната палата се проведе семинар на тема „Новата концепция за дееспособността според Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания“.

Събитието бе организирано от Съюза на съдиите в България в партньорство с Български център за нестопанско право и с подкрепата на Фондация „Отворено общество“.

Семинарът протече под формата на професионална дискусия между съдии от ВКС, окръжни и апелативни съдилища от цялата страна, представители на МП и неправителствения сектор, заместник омбудсмана, академичната общност и др.

Следните теми станаха обект на дискусия по време на събитието:

- Запрещението. Лабиринт без изход. Преглед на практиката на Европейския съд по правата на човека във връзка с ограничаване/лишаване от дееспособност
- Правни механизми и възможности за приемане на конкретни разрешения в съответствие с Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания според действащото законодателство. Делото „СТАНЕВ срещу България“
- Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания: визия, принципи и предизвикателства, сравнителен преглед на концепцията за дееспособността на хората с увреждания
- Смяна на парадигмите в контекста на чл. 12 от КПХУ – търсене на решения за хората с психичноздравни проблеми
- Овластяване на хората с интелектуални затруднения: стъпка по стъпка към подкрепено вземане на решение от хора с интелектуални затруднения и/или аутистични проблеми

Конвенцията на ООН не само популяризира човешките права на хората с увреждания, но и коренно променя класическите правни теории и законодателства, отнасящи се до правоспособността и дееспособността на физическите лица. Чл. 1 от Конвенцията дефинира, че хората с увреждания са „лица с трайна физическа, психическа, интелектуална и сетивна недостатъчност, която при взаимодействие с обкръжаващата ги среда би могла да възпрепятства тяхното пълноценно и ефективно участие в обществото равноправно с останалите“. Чл. 12 от Конвенцията

признава правоспособност и дееспособност на хората с увреждания (психически, интелектуални и физически увреждания) наравно с всички останали хора във всички сфери на живота, т.е хората с увреждания са равнопоставени правни субекти. Те не само притежават права, но също така следва да могат да ги упражняват чрез лични действия. Намесата на държавата в ограничаване на тези права е силно ограничена само до осигуряване на мерки за защита и мерки за подкрепа, чрез които се осигурява личния избор на лицето според неговите желания и предпочитания. Конвенцията признава на хората с увреждания правото да притежават и наследяват имущество, да контролират собствените си финансови дела и да имат равен достъп до банкови кредити, ипотeki и други форми на финансово кредитиране, както и защита в случай на произволно отнемане на тяхно имущество. Чл. 13 гарантира достъпа на хората с увреждания до правосъдие, чл. 23 – правото да се сключи брак и се създаде семейство, да бъдат родители, чл. 29 – да гласуват и да бъдат избирани и т.н. Това е само кратък и неизчерпателен преглед на гарантираните права, които посочва, че се налага ревизия на института на запрещение по българското право, за да не бъде в противоречие с принципите на Конвенцията на ООН. В редица свои решения Европейският съд за правата на човека се е произнасял във връзка с установени нарушения на конкретни права на запретените лица.

Република България е подписала Конвенцията на ООН през 2007г., външният министър на България е подписал Препоръка № R (99) 4 на Комитетът на министрите на Съвета на Европа с ангажменти в същата насока още през 1999г., а през 2012г. България бе осъдена от Европейския съд по правата на човека по делото Станев срещу България за отказан достъп до съд на български гражданин поради поставянето му под запрещение. Въпреки тези ясни ангажменти за българската държава до ратифицирането на Конвенцията през 2012г., а и до сега - началото на 2014 г., вътрешното ни законодателство не е подготвено и приведено в съответствие с принципите на Конвенцията.

Българските съдии, които разглеждат дела за поставяне на граждани с увреждания под запрещение, срещат обясними затруднения при приложението на вътрешното законодателство в съответствие с чл. 12 от Конвенцията. Прякото приложението на Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания и на ЕКПЧ на основание чл. 5, ал. 4 от Конституцията не решава проблемите на хората с уврежданията, защото липсват вътрешно правни механизми за определяне на конкретните мерки за защита и за подкрепа, които държавата и в частност съдът

следва да осигури на хората с увреждания в България. Съдът е поставен в положение директно да прилага принципи и норми, за които липсват конкретни мерки по приложението, като по този начин е в риск да не даде пълна защита на лицата с увреждания - уязвима група на обществото. Това неминуемо доведе до противоречива съдебна практика. Съществува реалната опасност от множество дела срещу България както пред Европейския съд по правата на човека, така и пред Съда на европейския съюз за правата на хората с увреждания, но въпроси по приложението на Конвенцията може да бъдат поставени и пред Комитета на ООН. Не това обаче трябва да бъде мотивът за нужната реформа, а общественият интерес и необходимостта държавата да гарантира и осигури на своите граждани дължимата закрила на основните им човешки права и адекватните мерки за защита и подкрепа.

ПРОЕКТ „ИЗГРАЖДАНЕ НА БЛАГОТВОРНА СРЕДА ЗА НЕЗАВИСИМА СЪДЕБНА ВЛАСТ В БЪЛГАРИЯ“

През ноември 2013 г. започна изпълнението на проект „Изграждане на благотворна среда за независима съдебна власт в България“, финансиран от Правителството на Кралство Нидерландия. Партньор на ССБ по проекта е Холандския Съюз на съдебната власт (Nederlandse Vereniging Voor Rechtspraak, NVvR). Сроктът за изпълнение на инициативата е 30 месеца, а общият размер на предоставения грант е € 150,390.

Проектът е насочен към:

1. Обмен на информация, знания и добри практики, свързани с:
 - управление потока на делата, отстраняването и преодоляването на затрудненията в работата на отделния съдия;
 - дефинирирането на индивидуалната норма за натовареност на съдията и тази на съда, в който работи; за мерките за регулиране на еднаква натовареност и за преодоляване на свръхнатовареност;
 - влиянието на нормата за натовареност върху бюджетирането.
2. Сравнителноправно изследване на дисциплинарния процес на съдията в Кралство Нидерландия за търсене на решения за преодоляване на недостатъците на дисциплинарния процес на българските съдии и привеждането му в съответствие с международните стандарти за независимост на съда;
3. Разработване на система за обучение на съдии и студенти по право на нова юридическа дисциплина – “устройство и организация на съдебната власт”, която обхваща всички въпроси за юридическия статут на съдията, за възможностите му за честно кариерно израстване и укрепване на независимостта му като резултат и от повишаване на личната компетентност за служебния му статут, за изискванията към административното управление на съда и за границите на допустимия контрол върху работата му.
4. Започване на съвместната работа по изготвяне на сравнителен анализ на правната регламентация в Холандия и България от гледна точка на стандартите на ЕКПЧ и практиката на ЕСПЧ, Венецианската комисия и КСЕС:
 - статут на съдията; възникване, изменение, прекратяване на правоотношението на съдията;
 - критерии за професионална оценка на работата на съдията;

- критерии за оценка на качеството на съдебните актове;
 - основания и процедура за налагане на дисциплинарни наказания;
 - анализ на дейността на ИВСС – нормативна уредба и фактическа практика – дефинирането на границите на външния контрол върху работата на съдията, без това да позволява накърняване на неговата независимост; възможност, като същевременно повишава ефективността на дейностите, които съдействат за осъществяване на правораздаването (по администриране и управление на съда);
 - практически правила за сътрудничество между съдилищата от държавите членки на ЕС по конкретни дела;
5. Наръчник, в който се съдържа практически анализ на резултатите от т. 1, 2 и 3, който може да бъде използван като курс за обучение за юридическите факултети и Националния институт на правосъдието.
6. Наръчник за управление на съдилищата, съставен на базата на изготвения анализ и систематизиране на действащите правила в България и др.

БЛОГ ЗА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪД ПО ПРАВАТА НА ЧОВЕКА И СЪДА НА ЕС

Уважаеми колеги,

Представяме ви блога „Европейски съдилища“ (EuropeanCourts.blogspot.nl) – блог за съдебната практика на Европейския съд по правата на човека и Съда на ЕС. Съдържащата се в него информация е достъпна на английски език.

Блогът „Европейски съдилища“ се посещава основно от съдии, университетски преподаватели и адвокати. Той представлява платформа за обмяна на знания, опит и идеи в сферата на правото на ЕС и съдебната практика на ЕСПЧ. Основната цел на блога е бъдещо сътрудничество и по-добро разбиране между европейските съдии и адвокати.

„Европейски съдилища“ публикува ежемесечен бюлетин (на холандски) и всяка седмица актуализира съдебната практика на ЕСПЧ в Страсбург и Съда на ЕС. Бюлетинът се нарича Rechtspraak Europa и се съставя в сътрудничество с Апелативния съд в Амстердам.

Блогът „Европейски съдилища“ е създаден през 2013г. от Марк де Верд (Marc de Werd), съдия в Апелативния съд в Амстердам и главен редактор на този блог. Може да се свържете с "Европейски съдилища" на: europeancourts@gmail.com

ЧОВЕК НА ГОДИНАТА

За шеста поредна година Българският хелзинкски комитет (БХК) раздаде наградите за принос към правата на човека и правозащитността. С голямата награда „Човек на годината“ 2013 бяха отличени бежанците и групата „Приатели на бежанците“.

С втора награда "Човек на годината" бе отличен Калин Калпакчиев - член на ВСС. Мотивите за избора му бяха, че работи неуморно за една по-прозрачна съдебна система, за решаване на проблема със случайното разпределение на делата, както и затова, че изразява остри позиции за лишената от обществено доверие кадрова политика на ВСС. Не на последно място, Калин Калпакчиев е поощрен и за създаването на блог, чрез който осигурява достъп на гражданите в дебатите, свързани с дейността на ВСС.

100 ГОДИНИ СЪД В БЛАГОЕВГРАД

През 1913 година за обединените околии на гр. Горна Джумая, Мелник, Неврокоп, Петрич и Струмица, се създава общ Окръжен мирови съд със седалище в гр. Струмица.

През 1920 година седалището на Окръжния съд е преместено в гр. Горна Джумая, където остава и до днес.

На 10 декември 2013 г. в Съдебната палата на Окръжен съд се проведе празнична церемония по повод 100 години съд в Благоевград.

СЕМИНАРИ, ОРГАНИЗИРАНИ ОТ СЪЮЗА НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ

На 18 октомври 2013 г. в Съдебната палата на Окръжен съд-Благоевград се проведе обучение на тема "Електронни документи, електронни подписи и електронни доказателства" с лектори Борислав Белазелков - съдия във ВКС и доц. д-р Георги Димитров - адвокат и експерт в областта на е-правосъдие.

Обучението бе организирано с партньорството на Съюза на съдиите в България, ОС - Благоевград и РС - Благоевград.

Лекторите представиха мултимедийна презентация, в която включиха темите за електронното изявление в електронните документи, автор и титуляр на електронния документ, видове електронен подпис, изпращане и получаване на електронни документи, представяне на електронни документи като доказателства в съдебния процес и оспорването им по делото.

На обучението присъстваха съдии и прокурори от целият Благоевградски съдебен район.

На 16 ноември 2013 г. в зала „Дали“ на хотел Голдън Тюлип, гр. Варна Съюзът на съдиите в България проведе обучение по следните теми:

1. „Актуална практика по ЗСПЗЗ“ с лектор Красимир Влахов – зам. председател на Върховен касационен съд

2. „Практика по Семейния кодекс“ с лектор Силияна Григорова – зам. председател на Софийски районен съд

3. „Предизвикателствата на възстановителното правосъдие в България“ с лектор Румен Петров – преподавател в НБУ

На обучението присъстваха съдии от районен съд Варна, окръжен съд Варна, районен съд Провадия и районен съд Добрич.

СТАТИИ

НАГРАДА НА СЪЮЗА НА СЪДИИТЕ В БЪЛГАРИЯ

Съюзът на съдиите в България (ССБ) връчи Специалната награда на ССБ за най-добра писмена работа в Националния конкурс за студенти - 2013 г., на Цветелина Христова Байрактарова – студент в Юридическия факултет на Софийския университет „Св. Климент Охридски“, за съчинението „За някои проблеми, свързани с неустойката, задатъка и отметнината“.

Имаме удоволствието да представим на Вашето внимание и наградената статия.

ЗА НЯКОИ ПРОБЛЕМИ, СВЪРЗАНИ С НЕУСТОЙКАТА, ЗАДАТЪКА И ОТМЕТНИНАТА

*Цветелина Байрактарова**

I. Съдържание

ВЪВЕДЕНИЕ

НЕУСТОЙКА

Същност и функции

Видове неустойки и въпросът за кумулацията

Намаляване на неустойката поради прекомерност

Може ли да се търси уговорената неустойка при разваляне на договора?

ЗАДАТЪК

Същност и функции

Възможност за намаляване на задатъка поради прекомерност и за търсене на надхвърлящите го вреди

Кумулация на задатък и неустойка

ОТМЕТНИНА

Същност и функции

* Студент по право в Юридическия факултет на Софийския университет „Св. Климент Охридски“.

Предмет

Възможност за намаляване на отметнината поради прекомерност и за търсене на надхвърлящите я вреди

Упражняване на правото на отмятане

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

II. Въведение

Точното изпълнение от страна на длъжника е цел, която стои в основата на всяко облигационно отношение. Поради това и въпросите за обезпечаването на това изпълнение, както и за обезщетяването на изправната страна в случай на неизпълнение, са от изключителна практическа значимост. В настоящата разработка последователно са разгледани неустойката, задатъкът и отметнината като способи за предварително определяне обема на договорната отговорност при неизпълнение. Анализирани са същността и функциите на отделните институти, техният вещен ефект, както и проблемът за кумулиране на различни видове обезщетения. Статията е съсредоточена и върху спорните въпроси за дължимостта на неустойката при развален договор, върху някои проблеми при намаляването на неустоечното задължение, както и върху възможността правилата за търсене на по-големите вреди и намаляването поради прекомерност в уредбата на неустойката да намерят аналогично приложение спрямо задатъка.

III. Неустойка

1. Същност и функции

Според чл. 92, ал. 1, изр. 1 ЗЗД неустойката обезпечава изпълнението на задължението и служи като обезщетение за вредите от неизпълнението, без да е нужно те да се доказват. С неустоечната клауза страните се отклоняват от чл. 82 ЗЗД, като предварително определят размера на обезщетението, което ще дължи изправната страна в случай на даден вид виновно неизпълнение, без да е налице пряка обвързаност между размера на неустойката и действително причинените от неизпълнението вреди.

С оглед на това бихме могли да открием и следните функции на неустойката¹:

¹ Апостолов, И. Облигационно право. Част първа. Общо учение за облигацията. С., 1990г., стр. 312. Калайджиев, А. Облигационно право. Обща част. С., 2010г., стр. 464.

а) Неустойката има обезпечителна функция, тъй като чрез косвения натиск, който упражнява върху длъжника, неустойката подтиква последния да изпълни задължението си точно както е уговорено.

б) Наред с това неустойката има обезщетителна функция, доколкото чрез неустоечното съглашение предварително се определя размерът на дължимото при неизпълнение обезщетение. Тъй като обичайно неустойката се уговаря в интерес на кредитора, законът позволява неустоечното задължение да търпи корекции спрямо договореното в две насоки. На първо място, кредиторът не е лишен от възможността да търси по общия ред обезщетение за вреди, които надхвърлят размера на неустойката². Едно решение в противен смисъл би означавало уговорилият неустойка кредитор да се намира в по-неблагоприятна позиция от този, който не се е обезпечил при сключването на сделката. Тъй като обаче неустоечната клауза облагодетелства изправната страна, доколкото изплащането на неустойката не е свързано с доказаване на вредите от неизпълнението, чл. 92, ал. 2 ЗЗД въвежда възможността неустойката да бъде намалена, когато нейният размер е прекомерно голям в сравнение с претърпените вреди или когато задължението е изпълнено неправилно или отчасти.

в) Макар че в литературата и съдебната практика тезата за наличието на санкционна (наказателна) функция на неустойката е преобладаваща³, в правната доктрина подобна функция е отречена от някои автори⁴. Без да навлизам в дълбочина на спора, за целите на настоящото съчинение приемам, че неустойката би могла да има санкционна функция в определени случаи. Така е възможно една неустойка чувствително да надхвърля размера на вредите, но да остава на границата на прекомерността, тоест длъжникът да е лишен от правото да иска нейното намаляване по реда на чл. 92, ал. 2 ЗЗД. Ако до момента на

² Извън случаите, когато неустойката е уговорена като изключителна.

³ Апостолов, И. цит. съч. стр. 312; Кожухаров, А. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. С., 2002г., стр. 393; Калайджиев, А. цит. съч., стр. 464; Garcia, I. M. Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law - A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties, in EJLS Volume 5, Issue 1, p. 98-123; TP №1/15.06.2010г. ОСТК; Решение №865/23.12.2010г. ВКС IV г.о.; Решение №208/29.12.2010г. ВКС II т.о.

⁴ Така Конов, Т. Още веднъж за съотношението между договорна и деликтна отговорност и обезщетяването на неимуществени вреди, Търговско право, бр.3/2012г., стр. 20-21, макар че в Основание на гражданската отговорност, С., 2010г., стр. 30-31, става ясно, че авторът отрича функцията на неустойката като възмездие (наказание в същински смисъл), а не възможността да има наказателни неустойки, които обезщетяват вредите в неколнократен размер и които в настоящата статия се приемат за проявление на санкционната функция на института; Първанова, Б. За санкционната функция на неустойката и някои проблеми, свързани с приложението на института, Търговско право, бр. 4/2012г.

неизпълнението така уговорената неустойка осъществява своята стимулираща функция върху длъжника, то след настъпването на неизпълнението и последвалото го изплащане на неустойката, чийто размер надхвърля този на претърпените вреди, стимулиращата функция се е трансформирала в санкционна.

2. Видове неустойки и въпросът за кумулацията

а) Неустойката може да бъде уговаряна за различни форми на неизпълнение. Така страните могат да предвидят компенсаторна неустойка за пълно неизпълнение, мораторна неустойка за забавено изпълнение и неустойка за лошо изпълнение. Ако с оглед точното изпълнение на дадено задължение са предвидени различни видове неустойка, то те могат да се кумулират само ако се отнасят до форми на неизпълнение, които не се поглъщат. Затова не може да се търси неустойка за забава, ако е настъпило пълно неизпълнение, за което също е предвидена неустойка⁵.

В тази връзка е любопитен въпросът относно това, дали е допустимо да се кумулират неустойка за забава и лихва за забава по чл. 86 ЗЗД. На този въпрос следва да се отговори отрицателно, доколкото и неустойката, и лихвата в този случай служат за обезщетение на един и същ интерес от забавеното изпълнение и ако в договора е уговорена мораторна неустойка, кредиторът не би могъл да търси и лихвата за същия период на забава. Няма пречка страните да предвидят, че при забава длъжникът ще дължи определена неустойка наред със законната лихва, тъй като в случая няма да става въпрос за кумулация, а за особен вид определяне рамера на неустойката⁶. Не би могло обаче наред с така определения размер на неустойката кредиторът да търси и лихва по чл. 86 ЗЗД. В хипотеза, в която мораторната неустойка е с по-нисък размер от предвидената законна лихва, кредиторът би могъл да претендира горницата до мораторната лихва по пътя на чл. 92, ал. 1, изр. 2 ЗЗД, но след като докаже размера на претърпените вреди.

Не става въпрос за кумулация на обезщетения и когато е налице уговорена мораторна неустойка с предел (например договорено е, че ще се дължи определна сума за период до 30 дни или че ще се начислява дадена неустойка до достигане на 10% от общата стойност на дължимата

⁵ Калайджиев, А. цит. съч., стр. 465.

⁶ След като общият размер на неустойката може да бъде поставен в зависимост от най-различни индекси, защо да не може страните да го обвържат със законната лихва за забава. Решение №60/23.03.2011г. ВарнаАС т.о.

престация и т.н.), след достигането на който се дължат лихви за забава. Поради акцесорността на неустоечното задължение след достигането на уговорения предел неустойката се превръща в самостоятелно вземане спрямо дължимата по договора главна престация. При изтичане на периода, през който се начислява неустойката, по принципа *dies interpellat pro homine*, заложен в чл. 84 ЗЗД, последната става изискуема като едно общо вземане и върху нея започват да се начислява лихвата по чл. 86 до изплащането ѝ⁷. Възниква в тази връзка въпросът дали за периода от момента, в който вече не се начислява мораторна неустойка поради достигане на уговорения предел, до момента на изпълнение на главното задължение, може да иска изплащане на лихва за забава по чл. 86 ЗЗД върху главницата. Считам, че след като страните са уговорили неустойка с таван, то те са преценили, че изплащането на определена крайна сума би обезщетило вредите от забава с каквато и да е продължителност, поради което не е възможно да се търси лихва върху главницата за посочения период. Това не означава, че е препречен пътят на кредитора да търси увеличаване размера на неустойката, след като си докаже претърпените вреди.

Когато кредиторът реши да реализира правата си по съдебен ред, неустойката за забава без предел, компенсаторната неустойка и неустойката за лошо изпълнение се начисляват до деня на подаване на исковата молба и от този момент до окончателното изплащане на неустойката може да се иска лихва по чл. 86 ЗЗД върху цялото неустоечно задължение и върху главницата като две самостоятелни вземания⁸. Същото решение следва да се приеме и в хипотеза, в която е била уговорена мораторна неустойка с предел и между достигането на този предел и подаването на исковата молба е текла лихва за забава. Тогава при търсене на реално изпълнение кредиторът има три вземания – за главницата (1), за мораторната неустойка (2) и за лихвата върху неустоечното задължение от достигане на предела до предявяване на иска по чл. 79, ал. 1, предл. 1 ЗЗД (3), и би могъл да претендира изплащането на лихва за забава по чл. 86 ЗЗД само върху главницата и неустойката от момента на завеждане на иска до окончателното им изплащане. Върху вече натрупаната лихва за забава поради неизплащане в срок на неустойката няма да се кумулира втора мораторна лихва, тъй като подобно повторно олихвяване би довело до анатоцизъм. Последният е забранен в гражданското право, а между търговци е допустим само ако е

⁷ Решение №230/13.07.2011г. ВСК II т.о.

⁸ Решение №73/29.06.2011г. ВСК I т.о.; Решение 597/06.06.2005г. ВКС II т.о.

изрично уговорен (арг. чл. 294, ал. 2 ТЗ), и доколкото в описания случай кредиторът релеева една законова последица от забавата, следва да се отрече възможността да се претендира олихвяване на вече изтекли лихви.

Съществува и схващане, че не може да се търси мораторна лихва върху изискуемо задължение за изплащане на неустойка за забава нито от деня на изпадане в забава по отношение на неустоечното задължение, нито от деня на предявяване на исковата молба до окончателното изплащане на неустойката. Аргумент в подкрепа на това становище е, че така се стигало да двойна санкция – веднъж чрез неустойката и втори път чрез лихвата – за едно и също неизпълнение⁹. Подобно виждане не отчита обстоятелството, че неустойката обезщетява неизпълнението на главното задължение по договора, а лихвата върху неустойката е дължима поради неплащане на падежа или съответно след поканата на неустоечното задължение като едно самостоятелно и независимо от главната престация вземане на кредитора. Действително са налице две обезщетения, но те имат в основата си два различни правопораждащи факта – неизпълнението на главното договорно задължение, от една страна, и изпадането в забава по отношение на неустоечното задължение, от друга, поради което не може да става въпрос за двойна санкция за едно и също неизпълнение.

Във връзка с разглеждания проблем за съотношението между искането за начисляване на мораторна лихва по чл. 86 ЗЗД и претенцията за неустойка за забава е и Решение №2/01.03.2010г. на АС БТПП. В него е застъпено становището, че при наличието на действителна уговорка за неустойка за забавено плащане на парично задължение, тя изключва изцяло приложението на чл. 86 ЗЗД включително за времето след предявяване на исковата молба, тоест неустойката ще се начислява до окончателното плащане на главницата. Доколкото правилото на чл. 86 ЗЗД има диспозитивен характер, тъй като страните биха могли да уговорят мораторна неустойка, която да замества законната лихва, то действително при уговорена неустойка за забава е изключено приложението на чл. 86 ЗЗД по отношение възможността кредиторът да избира какво да претендира – договорената неустойка или законната лихва¹⁰. В противен случай на изправната страна ще се призае правото едностранно да измени договора. Следва обаче да се отбележи, че провеждането до край на извода, до който стига АС при БТПП, се оказва

⁹ Решение № 35/22.01.1997 г. ВКС V г.о.

¹⁰ Калайджиев, А. цит. съч., стр. 459-460.

невъзможно поради необходимостта исковата молба да съдържа конкретизация на претендираното вземане, а по същество искането за заплащане на неустойка от момента на изпадането в забава до окончателното изплащане на главницата е неопределяемо по размер и следователно недопустимо. Подобен петитум е недопустим¹¹ и от гледна точка на обстоятелството, че към момента на подаване на исковата молба с него кредиторът би релевирал изплащане на едно свое бъдеще, още неизискуемо вземане, тоест при евентуално уважаване на иска би се сдобил с изпълнително основание за вземане, което не е индивидуализирано като размер и падеж. Поради това следва да се приеме, че след предявяване на исковата молба ищецът може да търси само лихва по чл. 86 ЗЗД върху главницата и вече натрупаната неустойка до тяхното окончателно изплащане, доколкото това е законово предвидена последица от неизпълнението с ясно установен размер.

Свързан с видовете нестойки с оглед вида на неизпълнението, за който са уговорени, е и въпросът за това може ли кредиторът да претендира изплащане на компенсаторна неустойка, когато е налице забавено, лошо или друго неточно или частично изпълнение, и обратно – да търси мораторна неустойка или такава, уговорена за неточно изпълнение, когато е налице пълно неизпълнение. Разрешението на първата хипотеза е заложено в закона, тъй като чл. 92, ал. 2 ЗЗД предвижда възможност да се иска намаляване на неустойката, когато задължението е изпълнено неправилно или отчасти. Тоест когато е уговорена компенсаторна неустойка, а е осъществено лошо или частично изпълнение, прието от кредитора, длъжникът би могъл да иска само намаляване на неустойката, не и да възразява, че последната е уговорена единствено за случай на пълно неизпълнение. Не виждам логична причина на изправната страна да бъде отказано да търси уговорената неустойка и в обратната хипотеза, а именно - когато е уговорено неустоечно задължение само за даден вид неточно изпълнение, а е налице пълно неизпълнение. Всъщност ако разглеждаме неустойката като договорно отклонение от чл. 82 ЗЗД като общ ред за определяне на размера на вредите при неизпълнение, бихме стигнали до извода, че смисълът от това да се конкретизира за какво неизпълнение се предвижда дадена неустойка е да се посочи вредите от кое неизпълнение (респективно неточно изпълнение) кредиторът няма да е длъжен да доказва по общия ред. Доколкото отговорността за пълно неизпълнение винаги поглъща отговорността за лошо, забавено, частично и всякакъв

¹¹ Решение №145а/17.11.2010г. ВКС II т.о.

друг вид неточно изпълнение, когато е уговорена неустойка за неточно изпълнение, а е налице пълно, кредиторът ще може да иска тази неустойка заедно с обезщетение за вредите, които не се покриват от неустойката, като си ги докаже. Неустойката в тези случаи ще се явява минимално дължимо обезщетение на кредитора.

б) Неустойката може да бъде различен вид и с оглед на това, какво е съотношението между уговорената неустойка и обезщетението за вреди¹².

В чл. 92 ЗЗД е уредена зачетната неустойка, която се дължи вместо обезщетение за вреди по общия ред, като кредиторът не е лишен от възможността да търси обезщетение за вреди, чийто размер надхвърля уговорената неустойка, стига да ги докаже.

При уговорена алтернативна неустойка и настъпило съответно неизпълнение кредиторът може да иска изплащане или на договорената неустойка, или на обезщетение за вредите. Тоест в случай, че избере неустойката, изправната страна се лишава от възможността си да търси обезщетение за причинените вреди, които не се покриват от неустойката, и обратно – реши ли да търси компенсация за реално причинените вреди, кредиторът ще изгуби правото си да получи неустойката, ако не успее да докаже вредите си по общия ред.

В доктрината¹³ се отбелязва, че неустойката може да бъде уговорена и като кумулативна, тоест дължаща се наред с обезщетението за вреди. Действително предвид диспозитивния характер на чл. 92 ЗЗД няма пречка страните да уговорят специфичен начин за определяне на неустойката – дадена сума ще се дължи наред с обезщетението за реално претърпените вреди, които кредиторът докаже. От това обаче не следва, че така уговорената неустойка не би могла да се намалява поради прекомерност¹⁴, тъй като подобно решение би създадо условия за твърде лесно заобикаляне на възможността длъжникът да иска намаляване на неустойката, когато тя е прекомерна, тоест надхвърля дори санкционната си функция и се превръща в средство за неоснователно обогатяване на кредитора. Доколкото правото на длъжника да иска намаляване на неустойката се въвежда с действащия ЗЗД именно за да се овладее злоупотребата на икономически по-силната страна с неустоечните клаузи

¹² Пак там, стр. 465-466.

¹³ Пак там.

¹⁴ Обратно **Калайджиев, А.** цит. съч., стр. 473; **Матеева-Стоянова, Е.** Към понятието „неустойка“ и нейната правна същност: Исторически и сравнителноправен преглед на концепциите относно понятието „неустойка“ и нейната правна същност в ГСУЮФ 83-83, 1992/2, стр. 245-246.

в условията на чл. 135 ЗЗД (отм.)¹⁵, е недопустимо чрез уговорката за кумулативна неустойка да се стигне до предварителен отказ право¹⁶, още повече че точно при уговорки за кумулативна неустойка е много вероятно последната да е прекомерна. Поради това мисля, че при уговорена кумулативна неустойка не е оправдано да се ограничава правото на длъжника да иска нейното намаляване по реда на чл. 92, ал. 2 ЗЗД. Тук не би се стигнало и до ощетяване на изправната страна, при все че неустойката би се намалила не до размера на действителните вреди, а до границата на прекомерността¹⁷, тоест присъденото обезщетение пак ще надхвърля претърпените вреди, като в тежест на длъжника ще бъде да доказва, че неустойката е прекомерна.

Неустойката е уговорена като изключителна, когато при неизпълнение кредиторът може да претендира само нея без оглед размера на вредите, които реално е претърпял. По същество подобна уговорка представлява предварителен отказ на страната, в чиято полза е уговорена неустойката, да иска обезщетение за вредите, които надхвърлят стойността на неустойката. Такъв тип клауза следва да е допустима като израз на желанието на страните да ограничат отговорността за неизпълнение в определена степен, но не и като възможност за недоброръчно изключване на отговорността на неизправната страна. Това би влязло в противоречие с чл. 94 ЗЗД, доколкото *ratio legis* е да не се допуска пълно предварително екскулпиране на неизправната страна по правоотношението. Всъщност когато е уговорена изключителна неустойка, която е значително по-малка по размер в сравнение с предвидимите вреди от неизпълнението¹⁸, то тя би била и противна на добрите нрави и следователно нищожна и на друго самостоятелно основание - чл. 26, ал. 1, предл. 3 ЗЗД. В тези случаи на нищожност на неустоечното съглашение кредиторът ще може да търси обезщетение за неизпълнението по общия ред.

3. Намаляване на неустойката поради прекомерност

Правилото на чл. 92, ал. 2 ЗЗД въвежда възможност длъжникът по отговорността да иска намаляване на неустойката в три хипотези: 1.

¹⁵ „Когато съглашението гласи, че този, който не го изпълни, трябва да заплати една определена сума за вреди, не може да се определи на другата страна по-голяма или по-малка сума. Това правило се пази и когато определянето на вредите е станало във форма на неустойка или посредством задатък, даден при сключването на договора.“

¹⁶ Така **Таков, К.** Към въпроса за намаляването на неустойката в Юбилеен сборник в чест на професор Живко Сталев, С., 2005г., стр. 428, 432.

¹⁷ **Таков, К.** цит. съч., стр. 425-426; **Русчев И.** Проблеми на намаляване на неустойката по граждански и търговски сделки, Съвременен прова – проблеми и тенденции, С., 2011г., стр. 182.

¹⁸ Тоест е обратната на екзорбитантната неустойка крайност.

когато неустойката е прекомерна в сравнение с претърпените вреди; 2. когато задължението е изпълнено неправилно; 3. когато е налице частично изпълнение. Към тях следва да се добавят и 4. случаите, когато има съпричиняване на вредите от страна на кредитора (арг. чл. 83 ЗЗД)¹⁹.

Така се въвежда едно потестативно право на длъжника, което той следва да упражни по съдебен ред, и то преди да е платил неустойката²⁰. Ако е осъществено частично плащане на неустойката, неизправната страна по договора би могла да претендира намаляване само на неизплатената част. Следва да се отбележи, че това е именно само право на длъжника и обратно на буквалното тълкуване на разпоредбата на чл. 92, ал. 2 ЗЗД съдът не може служебно да изследва въпроса за намаляване на размера на неустойката поради прекомерност²¹. След като в процеса, в който претендира заплащане на неустойка, кредиторът не е натоварен с доказването на претърпените вреди, а и длъжникът не оспорва неустоечното задължение като прекомерно, за да е ангажиран с доказването на вредите, не може да се възприеме, че съдът по свое усмотрение би могъл да събере доказателства за действително претърпените от кредитора вреди и съответно да намали неустойката до границата на прекомерността.

Правото си да иска намаляване на неустойката длъжникът може да упражни чрез възражение срещу иска на кредитора за заплащането ѝ или чрез конститутивен иск. Възражението следва да бъде отправено най-късно с отговора на исковата молба, тъй като след този момент правото ще се счита за преклудирано (арг. чл. 133 ГПК). Що се отнася до конститутивния иск, мисля, че за да бъде последният допустим, следва неустойката да е станала изискуема, тоест да е настъпило неизпълнението²². Това е така, защото съдът не преценява дали неустойката е прекомерна по принцип, а дали е налице чувствително надвишаване на нейния размер спрямо действително настъпилите вреди. Ако към момента на депозиране на исковата молба такива вреди няма, защото не е налице и неизпълнение, няма спрямо какво съдът да прецени прекомерността, да определи нейните граници и да намали неустойката до тях. Все пак необходимост от такъв иск би имало например в случаите, когато неизправната страна не оспорва неустоечното си задължение,

¹⁹ Обратно **Таков, К.** цит. съч., стр. 419.

²⁰ Така **Калайджиев, А.** цит. съч., стр. 474; **Таков, К.** цит. съч. стр. 420, 423-424; §343 BGB.

²¹ Така **Таков, К.** цит. съч., стр. 424; **Русчев, И.** цит. съч., стр. 183-184; изрично това е посочено и в §343 BGB; Обратно **Кожухаров, А.** цит. съч, стр. 400.

²² Така **Русчев, И.** цит. съч., стр. 172; Обратно **Таков, К.** цит. съч., стр. 422.

поради което и кредиторът не търси вземането си по съдебен ред, но длъжникът смята неустойката за прекомерна и иска от съда да определи дължимия размер, преди да я е платил изцяло или отчасти.

В търговското право възможността за намаляване на неустойката е еднозначно отречена с правилото на чл. 309 ТЗ. Обичайно въвеждането на това ограничение се обяснява с по-голямата грижа, която следва да полага търговецът при изпълнение на сключените сделки, и съответно със завишената отговорност при неизпълнение. От тази гледна точка ми се струва по-целесъобразно да се възприеме не че поначало неустойка по търговска сделка, сключена между търговци, не може да бъде намалявана поради прекомерност по реда на чл. 92, ал. 2 ЗЗД, а че просто в отношенията между търговци критериите за прекомерност ще бъдат различни от характерните за тези в гражданския оборот. Ограничението на чл. 309 ТЗ единствено лишава страните от възможността за гъвкаво уреждане на отношенията им, като по този начин принуждава и съда често изкуствено да обосновава института на екзорбитантната, тоест нищожна поради противоречие с добрите нрави, неустойка, когато последната е просто прекомерна и би могла да бъде намалена. Вместо това неустоечната клауза бива обявена за нищожна, а кредиторът – принуден да търси обезщетение по общия ред. Възможна е и противоположната ситуация – налице е прекомерност, но липсват предпоставките за екзорбитантност на неустойката, поради което длъжникът бива осъден да плати обезщетение, което чувствително надвишава действителните вреди от неизпълнението, като по този начин явно се толерира неоснователното обогатяване на кредитора.

Следва да се отбележи, че нищожността на неустойката поради противоречие с добрите нрави е хипотеза, която се различава от възможността за нейното намаляване по чл. 92, ал. 2 ЗЗД и може да бъде релевирана винаги независимо от това, дали става въпрос за неустоечно съглашение между търговци, или между гражданскоправни субекти в тесен смисъл²³.

4. Може ли да се търси уговорената неустойка при разваляне на договора?

Така поставеният проблем намира противоречиво разрешение и в правната доктрина, и в съдебната практика²⁴. Според едното становище, когато кредиторът реши да развали договора като реакция срещу

²³ Обратно **Калайджиев, А.** цит. съч., стр. 472.

²⁴ Тъй като са налице противоречиви решения (вж. бел. 24 и 25) на ВКС, постановени по реда на чл. 290 ГПК, следва по въпроса да бъде образувано тълкувателно дело.

виновното неизпълнение на насрещната страна, той губи правото си да претендира уговорената неустойка за неизпълнение, тъй като обратното действие на развалянето води до отпадането на една от предпоставките за съществуването на самото състояние на неизпълнение – валидно задължение, а оттам и до възможността кредиторът да търси обезщетение за неизпълнение по реда на чл. 79, ал. 1 във връзка с чл. 82 ЗЗД или съответно уговорената неустойка като отклонение от чл. 82 ЗЗД. Според поддръжниците на тази теза кредиторът би могъл да претендира неустойка само ако такава е изрично предвидена в договора за случай на разваляне²⁵.

Привържениците на противоположната теза смятат, че тъй като законодателят в чл. 88, ал. 1, изр. 2 ЗЗД изрично е изключил от обхвата на обратното действие на развалянето възможността кредиторът да търси обезщетение за неизпълнението по общия ред²⁶, а следователно и уговореното в отклонение от този общ ред обезщетение под формата на неустойка, следва да се приеме, че изправната страна има право да търси тази неустойка и след като е развалила договора²⁷.

Макар че привидно последователно прокарва принципа за обратното действие на развалянето на договорите, първата теза съдържа едно вътрешно противоречие. Безспорно по силата на една законодателна фикция, заложенa в чл. 88, ал. 1, изр. 1 ЗЗД, с осъществяването на фактическия състав на развалянето договорът се счита прекратен с обратна сила освен ако е с продължително или периодично изпълнение. Но ако волята на законодателя е била да заличи с обратна сила всички последици от сключването на една сделка и съответно постигнатите с нея договорености, то трудно бихме си обяснили как предвиждането на неустойка за случай на разваляне в същата тази сделка би "надживяла" развалянето, но не и уговарянето на "обикновена" неустойка.

Всъщност след като урежда принципното ретроактивно действие на развалянето на двустранните договори, правилото на чл. 88 ЗЗД въвежда и изключенията от приложното поле на този принцип. По същество обратното действие на развалянето не засяга: 1. договорите за

²⁵ Така **Калайджиев, А.** цит. съч., стр. 477; Решение №17/09.03.2010г. ВКС I т.о.; Решение №279/03.07.2012г. ВКС IV т.о.

²⁶ Подобно решение е възприето недвусмислено в §346 (4) BGB.

²⁷ Така **Апостолов, И.** цит. съч., стр. 293,296,319; **Стефанов, С.** Гражданска отговорност при развален договор – ТП 2000/4, бел.№ 30; Решение №48/30.06.1986г. ВС ОСГК; Решение №206/05.05.2010г. ВКС II т.о.; Решение №706/30.12.2010г. ВКС III т.о.

продължително и периодично изпълнение; 2. правото на кредитора да иска обезщетение за неизпълнение; 3. правата, придобити от трети лица преди вписването на исковата молба за развалянето. Видно е тоест, че целта на обратното действие на развалянето е да отвори път на кредитора към иска по чл. 55, ал. 1, предл. 3 ЗЗД за връщането на даденото поради отпаднало основание, а не да ограничава възможностите му във връзка с обезщетението за неизпълнение. Именно поради това и чрез изричното правило на чл. 88, ал. 1, изр. 2 ЗЗД се запазват правата на изправната страна да търси обезщетение за вредите от неизпълнението на договора. На тази основа, след като законът запазва правото на кредитора да търси обезщетение по чл. 82 ЗЗД, следва да се приеме, че *ratio legis* е да се запазят и отклоненията от общия ред, договорени от страните, и в частност – неустоечното съглашение.

По-конкретно съображенията ми са следните:

i) От направения преглед на видовете неустойки става ясно, че никъде в доктрината не се посочва неустойка за случай на разваляне като отделен вид, доколкото класификациите се правят главно въз основа на това за какво неизпълнение е предвидена неустойката и какво е съотношението ѝ с настъпилите действителни вреди. Тъй като предпоставка за развалянето на договора е виновно неизпълнение от страна на длъжника, законодателят отчита, че и след развалянето фактически е налице неизпълнение и изправната страна не бива да бъде лишавана от възможността си да получи уговореното обезщетение за това.

ii) Поначало въвеждането на обратно действие на даден факт рефлектира върху нормалната логическа последователност на явленията и поради това както самата фикция, така и изключенията от нея винаги се предвиждат изрично от законодателя²⁸. Ако приемем, че чл. 88, ал. 1, изр. 2 ЗЗД няма значение на правило, което запазва правата на кредитора да иска обезщетение за неизпълнението по общия ред (респективно според уговорките на страните, когато са предвидили неустойка) и поради това, за да се търси неустойка при развален договор, такава трябва да е уговорена изрично между страните, то по същество отричаме извършеното от законодателя изключване на определени права на изправната страна от приложното поле на ретроактивното действие на развалянето, но пък признаваме правото на страните свободно да се отклоняват от законовите фикции.

²⁸ Вж. напр. чл. 17, ал. 2; чл. 25, ал. 2; чл. 33, ал. 3; чл. 41, ал. 2; чл. 135, ал. 1, изр. 3; чл. 227, ал. 5 ЗЗД.

iii) При все че една от предпоставките за развалянето на двустранен договор е виновно неизпълнение на насрещната страна, ми се струва противоречащо на всякаква правна, а и стопанска логика да се допусне неизправната страна да се облагодетелства от собственото си недобросъвестно поведение, като се приеме, че развалянето на договора лишава изправната страна от правото да претендира уговорената неустойка и я изправя пред необходимостта да доказва вредите си по общия ред.

iv) Доколкото второто изречение на чл. 88, ал. 1 ЗЗД недвусмислено запазва правата на кредитора да търси обезщетение за вредите от неизпълнението, следва да се приеме, че същото правило урежда и “преживяване” на договора в частта му относно последиците от неизпълнението и в частност – на уговорката за неустойка за пълно неизпълнение. Между другото едно такова разрешение не изглежда да е чуждо на ЗЗД, при все че една от предпоставките изправната страна да търси в двоен размер или да задържи уговорения задатък е да се откаже от договора, в който договор именно е предвиден претендиращият задатък (арг. чл. 93, ал. 2 ЗЗД)²⁹. Че този отказ представлява специфична хипотеза на разваляне, без да е налице фактическият състав по чл. 87, ал. 1 ЗЗД, е широко застъпена в теорията теза³⁰.

След като при развален договор законът запазва възможността кредиторът да претендира компенсаторното обезщетение минус собствената си престация, която е трябвало да изпълни по договора, се поставя и въпросът за това, в какъв размер следва да се присъди неустойка, уговорена за пълно неизпълнение. Поради липсата на пряка връзка между действителните вреди и размера на неустойката, не би следвало в хипотеза на разваляне, за да определи размера на неустойката, съдът просто да извади от неустойката стойността на кредиторската престация и така получената сума да бъде присъдена като обезщетение³¹. Струва ми се, че в случая длъжникът ще трябва да направи възражение за прекомерност на неустоечното задължение и съответно, ако такава е налице, неустойката ще се намали до границата на прекомерността.

При разглеждането на видовете неустойки беше възприета и тезата, че уговорянето на неустоечно задължение при всички случаи представлява отклонение от чл. 82 ЗЗД, свързано с определяне на това

²⁹ Решение №865/23.12.2010г. ВКС IV г.о.

³⁰ Така Апостолов, И. цит. съч., стр. 325; Калайджиев, А. цит. съч., стр. 482.

³¹ Обратно Апостолов, И. цит. съч., стр. 319; Стефанов, С. цит. съч.

вредите от кое неизпълнение или неточно изпълнение кредиторът не би бил длъжен да доказва, за да претендира неустойката. Затова кредиторът би могъл да търси компенсаторна неустойка при неточно изпълнение (за която длъжникът ще може да иска да бъде намалявана), както и да претендира неустойката за неточно изпълнение наред с надхвърлящите я вреди при пълно неизпълнение. Тази възможност не следва да бъде отречена и след като кредиторът развали договора. Особено ясно това проличава, когато една неустойка е уговорена за забава, но по същността си се доближава или от един момент направо се трансформира в неустойка за пълно неизпълнение. Така е например, когато страните се уговорили, че ще се дължи определена неустойка за забава на ден до достигането на определен предел – 30 % от стойността на престацията³². Очевидно при сключването на договора е предвидено, че така достигнатият предел би обезщетил вредите от всяка забава, а теоретично една безкрайна забава никак не е далеч от пълното неизпълнение. Действително да се позволи на кредитора да търси неустойка за забава след развалянето на договора открива път за негово недобростъпно поведение с оглед на това, към кой момент ще развали договора, но следва да се има предвид, че и продължителността на забавата, над която изправната страна вече няма интерес от запазването на договора, зависи преди всичко от длъжника, а и последният винаги има възможност да иска намаляване на неустоечното задължение като прекомерно.

IV. Задатък

1. Същност и функции

По същността си задатъкът е тази парична сума или друга имуществена ценност, която едната страна дава на другата при сключване на договора като доказателство, че той е сключен, и за обезпечаване на неговото изпълнение³³. С оглед уредбата на задатъка в чл. 93 ЗЗД могат да бъдат изведени и неговите функции.

а) Задатъкът има доказателствена (потвърдителна) функция, доколкото даването на нещо при сключването на договора е белег за потигнато съгласие между страните. Може да се приеме, че днес значението на тази функция е сравнително ограничено, тъй като даването на задатък не отменя общите изисквания към формата за доказване на някои сделки³⁴.

³² Решение №380/28.02.2013г. САС ГК.

³³ Кожухаров, А. цит. съч., стр. 403.

³⁴ Така Калайджиев, А. цит. съч., стр. 479.

б) Даденият задатък има обезпечителна функция, тъй като стимулира и двете страни да изпълнят задълженията си точно, за да не изгубят даденото или да бъдат принудени да върнат полученото в двоен размер.

в) Законът придава и обезщетителна функция на уговорката за задатък, като предвижда в чл. 93, ал. 2 ЗЗД, че изправната страна може да задържи получения или да иска връщане в двоен размер на дадения задатък, след като се откаже от договора. Както вече беше уточнено, под “отказ” тук следва да се разбира специфична хипотеза на разваляне на договора, без по необходимост да са налице предпоставките на чл. 87, ал. 1 или 2 ЗЗД. И при отказ от договора в хипотезата на чл. 93, ал. 2 ЗЗД обаче приложение ще намери правилото на чл. 87, ал. 4 ЗЗД, което не допуска кредиторът да упражни правото си на разваляне, когато неизпълнението се явява незначително с оглед неговия интерес.

При всички случаи този отказ е предпоставка да се търси или задържи задатъкът, тъй като чл. 93, ал. 3 ЗЗД изрично предвижда, че ако изправната страна предпочита да иска изпълнение на договора, обезщетението за вредите ще се определя от общите правила. Следва също така да се възприеме, че разпоредбата на чл. 93, ал. 2 ЗЗД е диспозитивна и няма пречка страните да отрекат функцията на задатъка като предварително определяне на дължимото обезщетение при неизпълнение или да уговорят друг начин³⁵ на определяне на размера на обезщетението при даден задък – например, че ще може да се иска тройният размер на задатъка³⁶.

г) Когато страните са уговорили, че задатъкът ще се дължи наред с обезщетение за претърпените вреди или самият задатък е с размер, който надвишава действителните вреди, задатъкът има и санкционна функция.

д) По правило, когато даденото като задатък представлява едновременно и част от дължимата престация, задатъкът има и функцията на аванс, тоест даването му поражда последиците на частично изпълнение. Интересен в тази връзка е и върпосът за вещния ефект на задатъка. Когато като задатък се дават пари или вещи, за прехвърлянето на собствеността върху които законът не изисква форма, е ясно, че последните ще станат собственост на капароприемателя с предаването

³⁵ Така **Калайджиев, А.** цит. съч., стр. 479 – може да се уговори, че при неизпълнение ще се задържи или върне двойният размер само на част от задатъка.

³⁶ Решение №474/13.07.2010г. ВКС IV т.о.; Решение № 206/07.12.2010г. ВКС I т.о.; Решение №64/10.09.2012г. ВКС II т.о.; Решение №126/24.04.2012г. ВКС III т.о.; Решение №762/19.10.2010г. САС ГК.

им, ако са част от престацията и имат функцията на аванс, а ако даването им не служи като частично изпълнение - с настъпване на неизпълнението и отказа от договора (арг. чл. 24 във вр. с чл. 93 ЗЗД).

Тъй като обаче законодателят не въвежда ограничения относно това, каква вещ може да бъде предмет на задатъка, като капаро поначало могат да бъдат дадени всякакви вещи включително и недвижим имот³⁷. Когато става въпрос за вещи, за прехвърлянето на собствеността върху които се изисква форма за действителност, следва да се приеме, че те биха станали собственост на капароприемателя, ако договорът е сключен в изискуемата форма. Така например ако е сключен договор за продажба на десет регистрирани автомобили и като задатък са дадени два, те ще станат собственост на купувача само ако договорът е писмен с нотариална заверка на подписите (арг. чл. 144 ЗДвП).

Любопитно е обаче какво става, ако е сключен само предварителен договор в писмена форма за продажба на автомобилите и неговото изпълнение е обезпечено с предаването на два от тях, като далият задатък виновно не изпълнява и следва отказ на капароприемателя от договора със задържане на автомобилите.

Според чл. 93, ал. 2, изр. 1 ЗЗД изправната страна може да се откаже от договора и да задържи задатъка. Така законът дава основание на капароприемателя да държи вещта, като препречва пътя на неизправната страна да предяви иск по чл. 55 ЗЗД за връщане на даденото поради отпаднало основание след развалянето на договора. Изправната страна обаче не е станала собственик на вещта и държането ѝ е с облигационна основа – капароприемателят може да задържа вещта само срещу неизправната страна, не и срещу трети лица, тъй като облигационното ѝ право няма абсолютен характер. Тоест неизправната страна може валидно да прехвърли двата автомобила на трето лице, което съвсем спокойно ще си ги ревандикира от капароприемателя. Очевидно, за да има реален обезпечителен и обезщетителен характер, задатъкът винаги следва да представлява парична сума или вещи, които да представляват част от дължимото по сключения в необходимата форма основен договор, тъй като задатъкът няма a priori вещен ефект.

2. Възможност за намаляване на задатъка поради прекомерност и за търсене на надхвърлящите го вреди

От така направената характеристика е видно, че задатъкът е институт, който със своята обезпечителна, обезщетителна и санкционна

³⁷ Така **Атанасов, Г.** Капарото и правото на отмятане (пишманлък) по българското гражданско и търговско право (Същина и правни действия). С., 1939г., стр. 2.

функция, доста се доближава до неустойката като форма на договорна отговорност. Разликата между двата института следва да се търси в следните насоки:

а) Задатъкът се дава със сключването на договора или във всички случаи – преди настъпването на неизпълнение на същия, докато неустойката е предварително определено обезщетение, което ще се дължи след като вече е налице виновно неизпълнение.

б) Задатъкът може да има функциите на аванс и на потвърждение за сключването на договора, докато неустойката няма такива.

в) Абсолютна предпоставка за реализиране на обезщетителната функция на задатъка е изправната страна да се откаже, тоест да развали договора, което изискване не е налице при неустойката.

Все пак с оглед на функционалното сходство между задатъка и неустойката в литературата и съдебната практика се появява въпросът за това, дали спрямо задатъка е приложима уредбата на неустойката в частта и за възможността кредиторът да търси обезщетение за претърпените вреди, които не се покриват от неустойката, и респективно за правото на длъжника да иска намаляване на неустойката поради прекомерност.

Част от авторите³⁸ отговарят отрицателно на така поставения въпрос. Обобщено техните съображения са следните:

а) Без да се обосновава защо изправната страна не би могла да търси обезщетение за вредите, надхвърлящи стойността на задатъка, се приема, че и аналогично на длъжника не трябва да се позволява възражение за прекомерност поради ирелевантността на вредите при определяне обезщетението при даден задатък.

б) Тъй като неустойката е нещо обещано за в случай, че не се изпълни, а задатъкът – нещо дадено за същия случай и съответно придобито от капароприемателя, е твърде обременително да се иска от кредитора да върне част от нещо, с което вероятно той вече се е разпоредил, а и така ненужно се ограничава наказателната функция на задатъка.

в) След като според чл. 93, ал. 3 ЗЗД, когато изправната страна предпочита да иска изпълнение на договора, обезщетението на вредите

³⁸ Кожухаров, А. Приложима ли е ал. 2 на чл. 92 от ЗЗД спрямо задатъка, Социалистическо право, бр. 8/1956г.; Матеева-Стоянова, Е. Някои въпроси на задатъка (капарото) по нашето съвременно гражданско и търговско право, Съвременно право, бр. 3/1992г.

се определя по общите правила, явно, че законодателят е искал да изключи намаляването на задатъка при частично или неправилно изпълнение. А след като съдът не може по-малкото, той не може и по-голямото – да намалява задатъка поради прекомерност.

Считам, че тези аргументи не следват да бъдат подкрепени по следните причини:

а') Няма никаква правна и стопанска логика да се откаже на кредитора възможността да търси обезщетение за вредите, които не се покриват от капарото, стига да си ги докаже. Обратното би означавало обезпечилият се кредитор да е в по-неизгодно положение от този, който не се е погрижил да обезпечи вземането си, а неизправната страна да черпи права от собственото си недобросъвестно поведение.

Освен това при определяне размера на дължимото обезщетение законодателят се стреми да даде възможност на кредитора да получи максимална компенсация на претърпените вреди – арг. чл. 86, ал. 1, изр. 2; чл. 195 ЗЗД. Разбира се, поради диспозитивния характер на чл. 93 ЗЗД няма пречка страните да уговорят, че изправната страна не би имала право да търси обезщетение, надвишаващо по размер уговорения задатък.

б') Аргументът, според който намаляването на нещо дадено и продобито представлява по-голяма сложност от това да се намали обещаната неустойка, също е юридически неиздържан дори само поради обстоятелството, че не отчита липсата на вещен ефект на задатъка в някои случаи.

Освен това по представената логика бихме могли да отречем и възможността да се иска намаляване на неустойката поради прекомерност, тъй като, знаейки, че има вземане за неустойка в своя патримониум, кредиторът би могъл да поеме друго задължение, което смята да погаси с полученото от неустойката, и с намаляването на неустойката да се създаде прекомерна трудност за изправната страна с оглед изпълнение на поетите от нея задължения. Видимо следването на гореизложената логика би ни довело до абсурдни разрешения.

в') Действително чл. 93, ал. 3 ЗЗД въвежда ограничението, че ако изправната страна предпочете изпълнение – пък било то неточно или частично, тя няма право да задържа задатъка или да иска двойния му размер, а ще трябва да търси обезщетение по общия ред. Но не виждам защо това трябва да се тълкува като обща забрана да се иска намаляване при задатъка, а не просто като ограничаване приложното поле на чл. 92, ал. 2 ЗЗД до хипотезата на прекомерност в уредбата на капарото. Освен

това в гореописаната теза погрешно е приложен принципът комуто е забранено по-малкото, нему е забранено и по-голямото. Ако кредиторът можеше да иска, а съответно съдът можеше да намалява капарото при неточно изпълнение, това би било по-голямото правомощие, защото тогава несъответствието между реално претърпените вреди и размера на задатъка би било по-голямо. Така че чл. 93, ал. 3 ЗЗД забранява по-голямото – да се иска и намалява задатъкът, когато е налице някакво изпълнение, като оставя възможно по-малкото – да се иска и съответно намалява прекомерният задатък при отказ от договора.

Наред с това, доколкото правилото на чл. 93, ал. 2 ЗЗД е диспозитивно, е възможно страните да уговорят, че при неизпълнение от страна на капароприемателя ще се дължи връщане на задатъка в троен, четворен и т.н. размер и така да се достигне до стойност, която далеч надхвърля реалните вреди от неизпълнението. До такъв резултат ми се струва, че ще се стига доста често и в хипотезата на чл. 334 ТЗ, където се предвижда престираната сума по продажба с предварително плащане на цената да служи като задатък, тоест в случай на неизправност продавачът би бил задължен да върне двойния (или съответно по-голям, ако е уговорен) размер на цялата получена в изпълнение на договора сума.

Затова мисля, че съвсем не е лишено от разум да се признае възможността в тези случаи длъжникът да иска намаляването на задатъка. Тук трябва да се има предвид, че поради възприетата аналогия в обезщетителната роля на задатъка и неустойката и при капарото би следвало да намери приложение правилото на чл. 309 ТЗ в двустранно търговските сделки. Неговата принципна несъстоятелност беше вече коментирана.

Въз основа на тези разсъждения приемам, че правилата за искане за намаляване поради прекомерност и правото да се търсят по-големите вреди следва да намерят приложение и при задатъка.

Безспорно между неустойката и задатъка съществуват различия, които обуславят и съществуването на две отделни правни фигури, но по същността си и двата института имат основно обезпечителна и обезщетителна функция, във връзка с които се въвеждат и посочените правила. Доколкото и при двата института кредиторът е освободен от необходимостта да доказва вреди, възможността длъжникът да възразява за прекомерност е коректив срещу евентуална недоборсъвестност и възможност за неоснователно обогатяване от страна на кредитора³⁹. И

³⁹ В този смисъл Тълкувателно решение №142-3/11.09.1954г. ВС ОС.

огледално на това – след като едно обезщетение се уговаря в полза на изправната страна, когато договарящите не са му придали изключителен характер, няма основание тази уговорка да се обърне срещу кредитора, като му се откаже правото да търси по-големите вреди.

3. Кумулация на задатък и неустойка

Спорен в практиката е и въпросът за това, дали кредиторът, след като се е отказал от договора и е задържал получения или е поискал връщане на дадения задатък в двоен размер, може да търси и уговорената неустойка. Според част от решенията това е недопустимо, тъй като след развалянето на договора като предпоставка за задържане или искане на задатъка в двоен размер, кредиторът е получил обезщетение за неизпълнението и паралелна претенция за договорената неустойка се явява неоснователна⁴⁰.

Други решения, опирайки се на договорната свобода, принципно допускат възможността страните да уговорят задължение за кумулативно изплащане на задатък и неустойка при неизпълнение⁴¹.

Струва ми се, че подкрепя следва да намери второ становище. След като страните могат да уговорят, че ще се дължи даденият задатък в двоен, троен и по-голям размер, не виждам причина да не могат да уговорят размера на част от обезщетението да бъде определен на база дадения задатък, а друга – под формата на неустойка. Разбира се, длъжникът по отговорността винаги ще може да възразява за прекомерност на обезщетението и последното да бъде намалявано, ако такава е констатирана.

V. Отметнина

1. Същност и функции

а) Отметнина е обезщетението, което длъжникът е дал при сключването на съглашението или обещава да даде в случай, че се отметне от договора, преди да е започнало неговото изпълнение⁴². Макар че отметнината е уредена в чл. 308 ТЗ, институтът намира приложение и в отношенията между нетърговци.

б) Отметнината разкрива известни сходства със задатъка, но между двете фигури съществуват и значителни различия:

і) При наличие на уговорка за отметнина вещта, предмет на отметнината, може да се даде при сключване на договора или да се

⁴⁰ Решение №34/25.02.2011г. ВарнАС ТК.

⁴¹ Решение №137/20.04.2011г. ВКС III г.о.

⁴² Вж. **Атанасов, Г.**, цит. съч., стр. 31, където се посочва и че наименованието „отметнина“ е дадено от проф. Фаденхехт.

обещае за в случай на отказ от него. При задатъка вещта винаги се дава при сключването на договора или поне преди настъпване на неизпълнението.

ii) Задатъкът се уговаря в полза на изправната страна, която би могла да се откаже от договора в случай на неизпълнение и да задържи получения или да иска връщане в двоен размер на дадения задатък. Напротив, отметнината е уговорка в полза на неизправната страна, която ще има възможност да се откаже от договора.

iii) Правото да се отметне от договора по чл. 309 ТЗ съществува за страната, която е дала или обещала нещо, до започване на изпълнението. При задатъка може да е налице и неточно изпълнение, което изправната страна не приема, а предпочита да се откаже от договора при спазване на чл. 87, ал. 4 ЗЗД.

в) Освен от задатъка отметнината следва да се различава и от законово предвидените възможности за едностранно прекратяване на договор поради наличието на основателна причина. Такаво право имат поръчващият по чл. 268 ЗЗД и довереникът по чл. 287 във вр. с чл. 289 ЗЗД.

И в двата случая са визири хипотези, при които изпълнението на договора е започнало, като в случай на отказ поръчващият ще трябва да заплати на изпълнителя направените разходи, извършената работа и печалбата, която би получил от изпълнението на работата, а довереникът няма да дължи обезщетение, стига да съобщи своевременно на доверителя за основателната причина и отказа си. И двете правила са диспозитивни и страните биха могли да уговорят други условия за едностранно прекратяване на договора, когато изпълнението е започнало, като такива клаузи са допустими и при останалите договори.

г) Въз основа на тези разсъждения можем да заключим, че отметнината има основно обезщетителна функция, тъй като по същността си е облага, която кредиторът получава при отмятане от договора, тоест когато практически е налице пълно неизпълнение. За обезпечителна функция не бихме могли да говорим, доколкото отметнината по-скоро отслабва облигационната връзка между страните⁴³, а и едва ли една уговорка, възползването от която зависи изцяло от волята на длъжника, би могла да оказва косвен натиск върху него.

Макар и характерна за неустойката и задатъка, санкционната функция също не е присъща за отметнината. Ако пишманлъкът

⁴³ Пак там, стр. 32; Калайджиев, А. цит. съч., стр. 486

надвишава значително реалните вреди, които кредиторът би претърпял от неизпълнението на договора – предпоставка да наречем едно обезщетение санкционно, видно е, че длъжникът не би се възползвал от правото да се отметне, предпочитайки да отговоря за неизпълнение по общия ред и съответно да плати по-малко.

При все че ТЗ не придава потвърдителна функция на отметнината, следва да приемем, че последната няма и такава.

Според чл. 308, ал. 2 ТЗ, когато договорът се изпълни, отметнината се връща или прихваща. От това правило обаче не може да се направи изводът, че пишманлъкът може да служи и като аванс⁴⁴, доколкото ако приемем, че има частично изпълнение, длъжникът изобщо не би могъл да се възползва от правото да се отметне от договора.

2. Предмет

Както и при задатъка, предмет на отметнината може да бъде всякаква вещ⁴⁵. И тук тоест се появява въпросът за вещния характер на отметнината в случая, когато е дадено нещо. От буквалното тълкуване на чл. 309 ТЗ следва, че в случай на отказ от договора отметналата се страна губи даденото. Изглежда, че е уреден първичен придобивен способ и дори даденото да представлява вещ, за чието прехвърляне се изисква форма, а тя не е спазена, изправната страна би станала собственик на отметнината на оригинално придобивно основание.

3. Възможност за намаляване на отметнината поради прекомерност и за търсене на надхвърлящите я вреди

При все че отметнината също се явява вид договорно определено обезщетение за неизпълнение, възниква и проблемът за това, следва ли и тук поначало да се признае възможността за намаляване на отметнината и респективно търсене на по-големите вреди от отказа от договора. На този въпрос следва да се отговори отрицателно по следните причини.

а) Отметнината се уговаря в полза на неизправната страна, на тази, която няма да изпълни и въпреки това ще има право да се отметне от договора, стига да не е започнало изпълнението. Затова отметнината, за разлика от неустойката и задатъка, има принципно функция да ограничи дължимото от неизправната страна обезщетение, тъй като се уговаря в нейна полза. Затова и кредиторът не би могъл да претендира обезщетение за по-големите си вреди освен ако това е изрично предвидено в договора, тоест ако специална уговорка между страните отрича значението на отметнината като изключително обезщетение.

⁴⁴ Решение №98/08.06.2011г. ВКС II т.о.

⁴⁵ Пак там; **Хорозов, Г.** За отметнината (чл. 308 ТЗ), Пазар и право, бр. 4/2001г., стр. 27-28.

б) Ако възприемем тезата, че отнетината би могла да се намалява поради прекомерност, когато е уговорена между нетърговци⁴⁶, това би означавало да дадем още една преференция на неизправната страна – от нея зависи дали и кога (стига да не е започнало изпълнението) да се откаже от договора, на нея се дава и право да намалява размера на отнетината. Отказващата се страна не може да обоснове интерес от иска си за намаляване на отнетината – ако смята, че размерът ѝ е прекомерен, да не се възползва от правото си на отмятане. В последния случай неизправната страна рискува да носи отговорност за неизпълнение по общия ред, което, ако пишманлъкът действително е бил прекомерен, с нищо не я ощетява.

4. Упражняване на правото на отмятане

Предпоставка за упражняване на правото на отмятане по чл. 308 ТЗ е изпълнението на договора да не е започнало. При двустранни договори това ще означава нито една от двете страни да не е престирала нещо на насрещната в изпълнение на договора. Тази особеност разкрива и още една разлика между отнетината и задатка – докато отказът при капарото е особено разваляне и има обратно действие, отмятането прекратява облигационно отношение за напред не само защото ретроактивното му действие не е предвидено изрично, но и защото такова не е нужно – страните нищо не са си престирали и фикцията става безпредметна.

Тази постановка създава проблем в случай, когато изпълнението е обвързано със срок, но не е посочен срок за упражняване на правото за отмятане от договора. Хипотезата е следната – длъжникът не изпълнява на падежа, насрещната страна продължително време го кани да изпълни доброволно, но той продължава да не изпълнява, без да се отмята, и евентуално го прави, когато започне процесът за реално изпълнение или търсене на обезщетение за неизпълнението. Видимо длъжникът е недобросъвестен и се появява въпросът дали след като с настъпване на падежа длъжникът е изпаднал в забава, чиито последици не се заличават от отмятането, кредиторът може да иска и обезщетение за забавата извън отнетината.

Мисля, че не бихме могли да признаем такова право на кредитора, доколкото поначало размерът на отнетината би трябвало да се доближава до едно обезщетение за пълно неизпълнение, което съдържа и обезщетение за забава. Освен това едно продължително шиканьозно

⁴⁶ Съобр. чл. 309 ТЗ.

поведение на длъжника се поощрява и от насрещното бездействие на кредитора, който, знаейки за уговорената отсрочка, би могъл по-рано да пристъпи към решаване на спора по съдебен ред или да развали договора, като си търси вреди по общия ред или да претендира уговорената неустойка например. При двустранен договор кредиторът би могъл и да започне изпълнение с цел да осуети правото на насрещната страна да се отсрочи, макар че може да е уговорено именно имащата право да се отсрочи страна да изпълни първа, а и едно точно изпълнение⁴⁷ на неособено добросъвестен контрагент би могло още повече да обремени изправната страна.

VI. Заключение

Въз основа на предложеното изследване могат да бъдат направени следните изводи:

1. Неустойката е уговорка, която по същността си представлява отклонение от чл. 82 ЗЗД и служи за определяне вредите от кое неизпълнение няма да трябва да доказва кредиторът, за да получи обезщетение. Затова при уговорена неустойка за забава и настъпило пълно неизпълнение, кредиторът може да търси мораторната неустойка заедно с обезщетение за надхвърлящите я вреди, след като ги докаже по смисъла на чл. 92, ал. 1, изр. 2 ЗЗД. Обратно – при уговорена компенсаторна неустойка и наличие на неточно изпълнение, кредиторът ще може да претендира неустоечното вземане, а длъжникът да иска намаляването му по реда на чл. 92, ал. 2 ЗЗД.

2. При достигане на своя предел мораторната неустойка се превръща в самостоятелно спрямо главния дълг вземане на кредитора, за изплащането на което последният може да търси законната лихва от деня на забавата, а за мораторни неустойки без предел, компенсаторни неустойки и неустойки за лошо изпълнение – от депозиране на исковата молба до окончателното изплащане.

3. Неустойката се уговоря в полза на кредитора, за да се освободи той от тежестта да доказва вредите от неизпълнението, но може да бъде предвидена и в полза на длъжника, когато цели да ограничи размера на дължимото обезщетение. За да се избегнат възможни злоупотреби и

⁴⁷ При действието на чл. 66 ЗЗД частично изпълнение е възможно само при съгласие на страната, явяваща се кредитор на съответното вземане.

недобросъвестност, следва да се приеме, че длъжникът разполага с правото да иска намаляване на неустоечното задължение като прекомерно и при уговарянето на кумулативна неустойка, а изключителната неустойка, която е значително по-малка от предвидимите вреди, може да бъде обявена за нищожна като противоречаща на добрите нрави.

4. Правото си да иска намаляване на неустойката длъжникът може да упражни по съдебен ред чрез възражение или чрез конститутивен иск, след като неустоечното задължение е станало изискуемо и преди да е платено. Лишаването на длъжника по двустранна търговска сделка от тази възможност единствено пречатства гъвкавото уреждане на отношенията, поради което съществуването на рестриктивното правило на чл. 309 ТЗ е правно и стопански нецелесъобразно.

5. Доколкото чл. 88, ал. 1, изр. 2 ЗЗД запазва правото на кредитора да търси обезщетение за неизпълнението на договора, следва да се приеме, че това правило обуславя възможността изправната страна да претендира изплащане и на уговорената между страните неустойка като отклонение от общия режим на чл. 82 ЗЗД.

6. Поради сходството между задатъка и неустойката с оглед на общите им обезщетителна, обезпечителна и санкционна функция, следва да се признае възможността за аналогично приложение спрямо задатъка на правилата за търсене на по-големите вреди и намаляването поради прекомерност от уредбата на неустойката.

7. Няма пречка страните да уговорят, че при неизпълнение кредиторът ще може да търси и задатъка, и неустойката, като винаги е налице правото на длъжника да иска намаляване на общото обезщетение като прекомерно.

8. Отметнината има главно обезщетителна функция.

9. Тъй като правото за отмятане се уговаря в полза на неизправната страна и за разлика от задатъка и неустойката не само при изрична уговорка, а по принцип цели ограничаване на дължимото обезщетение, следва поначало да се изключи възможността кредиторът да търси

обезщетение за по-големите си вреди. А доколкото упражняването на правото на отмятане зависи изцяло от волята на едната страна, то тя не може да обоснове интерес от иска за намаляване на отметнината поради прекомерност.

10. Правото на отмятане може да бъде упражнено във всеки момент, преди някоя от страните да е претирала в изпълнение на договора. Това право се запазва и след падежа на задължението, стига все още да не е започнало изпълнението. Поради това с оглед гарантиране интереса на кредитора и ограничаване възможностите за продължителна неяснота в отношенията между страните е целесъобразно правото на отмятане да бъде ограничено от определен срок.

НЕДЕЙСТВИТЕЛНОСТ НА КЛАУЗАТА ЗА ИЗМЕНЕНИЕ НА ЛИХВАТА В ДОГОВОРА ЗА БАНКОВ КРЕДИТ

Андрей Георгиев*

Статията представя актуалните проблеми, свързани с действителността на клаузите за едностранно изменение на лихвите по банкови кредити. Стотици подобни дела са висящи пред българските съдилища, но като че ли липсва единна концепция за начина на преценка за действителност на подобни клаузи. Като анализира икономическите стимули за всяка страна по правоотношението и потенциалните ефекти на съдебните решения, статията предлага унифициран подход за оценяване на подобни клаузи, приложим по всеки съдебен спор. Предложени са и варианти за правилна политика по определяне на условията по кредитите от страна на банките. Накрая се разглеждат няколко процесуални проблема, свързани с актуалната практика на Съда на ЕС.

В условията на глобална икономическа криза, растяща безработица и намаляване на доходите след период на бурно развитие на кредитирането в условията на растеж днес особено актуални в българската съдебна практика са исковете за прогласяването на нищожността на клаузи за изменение на лихвите по банкови кредити. Доколкото преди икономическата криза банките рядко се възползваха от тази възможност, тяхната политика при сключване на договорите и определяне на механизмите за изменение на лихвените проценти не винаги е в съответствие със закона. Това закономерно води и до увеличаване на броя на делата с такъв предмет, по които исковете ан потребителите биват уважавани. Съдебната практика обаче показва липса на сериозно и аргументирано изследване на въпроса в мотивите на решенията и обикновено работи „на парче“, без да създаде ясна концепция за това при какви условия се проявява нищожността на подобни клаузи и кога тя е изключена.

Настоящата статия ще се занимае именно с тези въпроси. Тя се състои от пет основни части: в първата са разгледани предварителни въпроси, свързани с икономическата мотивация на страните за включване на клаузи за изменение на лихвата; във втората част се разглеждат

* Студент по право в Юридическия факултет на Софийския университет „Св. Климент Охридски“.

типични клаузи на такива изменения и принципното право на банките да изменят лихвата по кредитите; в третата част се разглеждат условията за недействителност на подобна клауза; петата е посветена на последиците от недействителността за страните, а последната част се съсредоточава върху някои процесуалноправни проблеми, свързани с подобни дела. В статията липсва част, посветена на представянето на подобни проблеми в учебна среда, но би могло да се каже, че тя би представлявала интерес при развитието на умение за телеологично тълкуване на нормите и разглеждане на правото в контекста на икономическите отношения, които то регулира.

В българската правна литература въпросите, разгледани в статията, не са подробно теоретично обхванати от нито едно съчинение. Доктрината най-често се занимава с проблемите за намаляване на неустойката (по които са писани различни статии на Ек. Матеева, Кр. Таков, Г. Стефанов, М. Марков, а учебникът на А. Калайджиев също отделя доста място). Последният учебник само се задоволява да обясни, че лихвата може да е променлива¹. Това налага въпроса за клаузите за изменение на лихвата с още по-голяма сила в доктрината и предполага написване на множество статии по въпроса.

ИКОНОМИЧЕСКИ АНАЛИЗ

Икономическият анализ на правото е сравнително млада наука, зародила се в САЩ около 1960-те². Нейната задача е да обясни стимулите на участниците в правоотношенията, за да направи правото по-ефективен регулатор. За целта се използват инструментите на икономическата наука за предвиждане на ефектите от правоприлагането³. В конкретния случай икономическият анализ на правото би позволил да се обясни защо законодателство въвежда ограничения на договорната свобода при клаузите за изменение на лихвата и защо и с какъв интензитет съдебната власт следва да се намесва в разрешаването на подобни спорове, за да не създава несправедливост.

Поведенческите стимули на страните при сключване на договора за кредит имат силно влияние върху съдържанието му. Така кредитополучателят обикновено е в нужда да получи пари или очаква да направи голяма инвестиция с тях, което го провокира да иска възможно по-бързо получаване на кредита. Това създава стимул да не се запознава с условията по договора и да не отдава голямо значение за

¹ Калайджиев, А. Облигационно право. Обща част. 5. изд. С., Сиби, 2011, с. 227.

² Towfigh, Em. Petersen, N. Ökonomische Methoden im recht. Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, S. 2.

³ Ibidem, S. 4-6.

неблагоприятните за него клаузи. Освен това между страните съществува т.нар. „информационен дефицит“⁴ – банката като страната, която е в позицията на професионалист може много по-добре да предвижда пазарната конюнктура и да защитава интересите си чрез прилагане на различни средства за обезпечаване на задължението. Банкерите придвиждат и икономическите изменения и съответно се стараят да нагодят своите приходи от договора към тях. Потребителите пък въобще не очакват изменения в лихвите и затова са склонни да не се информират за подобни клаузи. В други случаи пък нуждата от пари ги притиска и те не могат да протакат преговорите, за да защитят позицията си. Така предварителната защита на договорната свобода не сработва и се налага правото да осигури последваща.

На втори план пък банките имат стимул да действат противоправно при формулиране на договорните си клаузи, тъй като са наясно, че малък брой кредитополучатели биха потърсили правата си в съда. Така се стига до ситуация от типа на популярния „парадокс на затворника“⁵ – банките са задължени да действат добросъвестно, но знаят, че ще загубят повече, ако го направят, отколкото ако нарушат закона. От своя страна пък потребителите не могат да водят скъпи съдебни процеси, тъй като нямат средствата за организирането им. При това положение съдът по необходимост трябва да избягва всякакво тълкуване *in favorem validitatis* на клаузите за увеличаване на лихвата, защото така би дал лош сигнал на банките – ако те не знаят, че ще загубят много и със сигурност от противоправното си поведение, ще продължат да използват неправомерни прийоми, тъй като общият икономически ефект от тази политика ще доведе до по-малки загуби от случая, при който лихвата остава фиксирана.

ПРАВОТО НА ИЗМЕНЕНИЕ НА ЛИХВАТА

Въпреки тези констатации трябва да се отбележи, че банките трябва да имат право да определят условия за изменение на лихвите по дългосрочните си кредити. В днешно време инфлационните процеси стават все по-трудно контролируеми и икономистите говорят за „нормална“ инфлация от порядъка на 2-3 % годишно⁶, която при проявление в дългосрочен план (или рязко краткосрочно изменение) би обезсмислила кредитирането при фиксирана лихва. Извън това за

⁴ Ibidem, S. 121 ff.

⁵ Ibidem, S. 94.

⁶ Попов, Т. и колектив. Макроикономика. 2. изд. С., ГорексПрес, 2004, с. 141 и сл.

съвременната икономика са характерни и икономическите цикли, които предизвикват резки краткосрочни изменения на цената на привличания от банките паричен ресурс, което в съчетание с невъзможността за изменение на лихвите би довело до липса на ликвидност в краткосрочен план, а оттам – и до несъстоятелност.

Поради това законът изрично разпорежда, че банките имат право да изменят едностранно лихвите по своите кредити (чл. 58, ал. 1, т. 2 ЗКрИ; чл. 11, ал. 1, т. 9 ЗПКр). Нека разгледаме и няколко типични примера за подобен тип клаузи:

„3.1. Кредитополучателят дължи на банката годишна лихва в размер на базовия лихвен процент /БЛП/ на БПБ АД за жилищни кредити в евро.

3.5. Действащият БЛП на БПБ не подлежи на договаряне и промените в него стават незабавно задължителни за страните. Банката уведомява кредитополучателя за новия размер на БЛП чрез обявяването му на видно място в банковите салони. Договорените по договора надбавки не се променя.“⁷

„При кредити, изплащани чрез анюитетни вноски, общия лихвен процент за съответния лихвен период от лихвения план се фиксира в размера по т.4.1а от договора и не се променя, освен когато пазарните условия водят до необходимост от увеличаването му най – малко с два пункта.“⁸

„Банката има право да променя едностранно договорения в чл. 14, ал. 1 годишен лихвен процент, без да е необходимо предоговаряне, при промяна на пазарните условия и лихвената политика, водещи до увеличаване размера на базовия лихвен процент на банката, при запазване на договорената надбавка от 3.3%. Базовият лихвен процент може да бъде променян със заповед на изпълнителните директори на банката при промяна на основния лихвен процент, определян от БНБ или промяна на някой от следните индекси: EURIBOR, ЛИБОР, СОФИБОР или при наличие на други непосочени в договора основателни причини.“⁹

„Лихвата по договор се изменя съгласно промените в стойността на банковия ресурс, който се състои от лихвения процент на междубанковите депозити за съответния период и валута по котировка „предлага“ плюс законоустановените разходи на Банката, в това число за

⁷ Цит. по Р. от 20.07.2012 г. по гр. д. 44461/2011 г. на СРС, 47 състав, не е в сила.

⁸ Цит. по Р. № 1142 от 30.07.2013 г. по гр. д. 4151/2012 г. на РС-Русе, 8 гр. състав, не е в сила.

⁹ Цит. по Р. № 693 от 06.02.2012 г. по в. гр. д. 9180/2012 г. на СГС, 4 „в“ състав, в сила.

поддържане на ЗМР и свързаните с Фонда за гарантиране на влоговете, изчисляван текущо от отдел „Ликвидност и инвестиции“ при Банката.”¹⁰

От анализа на тези клаузи следва да направим извода, че съществуват два вида клаузи за изменение на лихвата – едните предпоставят „изменение на финансовите условия“, а другите опитват да въведат някакви обективни методи за изменение. Доколко обаче това е законосъобразно?

ПРАВОТО НА ИЗМЕНЕНИЕ НА ЛИХВАТА - УСЛОВИЯ

Както беше посочено, законът дава право на банките за изменение на лихвата. Това право обаче не е безусловно. ЗКрИ предвижда в чл. 58, че банката трябва да посочи в договорите си метода за изчисляване на лихвата и условията, при които тя може да се измени. Тази разпоредба обаче е обща. По българското право съществуват и два специални закона, които се прилагат към банковото кредитиране – ЗПКр и ЗЗП. Така основанията за недействителност на клаузата ще бъдат според мен три в зависимост от вида на кредита.

Първото изискване към действителността на клаузата е свързано с ясното ѝ формулиране. То следва от чл. 58, ал. 1, т.2 ЗКрИ, който предвижда общо изискване за яснота при формулиране на клаузата за лихва по всички договори за кредит. При потребителските кредити в обхвата му (вж. чл. 4) ЗПКр обаче предвижда значително повече изисквания: трябва да се посочат и всички пазарни индекси, от които лихвеният процент зависи. Така може да обясним, че при информационните изисквания към кредитите банките са длъжни да спазват два мащаба – един към кредитите, за които се прилага ЗПКр (с конкретно посочване на борсовите индекси, от които зависи лихвения процент, или друга изрична методология за определяне на лихвата), и друг към останалите кредити – по ЗКрИ.

Съдебната практика рядко обръща внимание на изискването за ясно формулиране на клаузата за изменение на лихвата, а то е твърде важно. В това отношение е показателно Решение № 693 по в. гр. д. 9180/2012 г. на СГС, където се твърди, че достатъчно ясна е формулировката „промяна на пазарните условия и лихвената политика“. Тези понятия не дават достатъчно яснота на условията за изменение на лихвата поради факта, че не поставят граници на релевантността на измененията. „Промяна“ в пазарните условия ще бъде налице и при

¹⁰ Цит. по Р. № I-25-248 от 04.04.2013г. по гр. дело № 2741/2012г. на СРС, 25 състав, не е в сила.

минимално изменение на съотношението на привлечените и отпуснатите от една банка пари, при сливане на банки и т.н. Такива изменения обаче не са непредвидими в търговския оборот и не могат да се възложат на едната (и при това онази, за която сделката не е търговска¹¹) страна по правоотношението. В обратния смисъл и с оглед телеологичното тълкуване на разпоредбите на закона (особено при потребителски договори) също са налични решения¹², които акцентират (макар и косвено¹³) върху по-добрите възможности на банката да предвиди икономическата обстановка и собствения си риск. Кредитополучателят е този, който не е наясно с множеството термини от банковия жаргон и административната регулация на банките, поради което се очаква той да получи достатъчно яснота за начина на определяне на лихвения процент, който да се движи в определени граници.

Освен яснотата обаче законът предвижда и други изисквания към клаузата за изменение на лихвения процент при потребителските договори. Те са общоважими за подобни сделки и се уреждат от ЗЗП. Става въпрос за защитата срещу неравноправни клаузи в потребителски договори (чл. 143 и сл. ЗЗП). Банките определят условията на договорите по кредит най-често чрез препращане към общи условия или с подписване на типови договори, което означава, че уговарят неиндивидуално определени клаузи по смисъла на чл. 146, ал. 2 ЗЗП. В практиката рядко се случва да се водят преговори по неосновните клаузи на потребителските договори, а дори и това да е така, банката трябва да проведе пълно доказване, че преговори върху съдържанието на клаузата за изменение на лихвата е имало (чл. 146, ал. 4 ЗЗП).

ЗЗП изрично предвижда случаи, в които една клауза е неравноправна, но дава и общо правило – че неравноправна е всяка клауза, която е във вреда на потребителя, налага му несъразмерно тежки задължения, и не е съобразена с изискванията за добросъвестност и почтеност (чл. 143 ЗЗП). Клаузите, посочени по-горе, ще бъдат неравноправни в две насоки: когато препращат към понятие с неопределено съдържание, определяни изцяло по волята на орган

¹¹ Обстоятелство във връзка с дължимата грижа според изричната формулировка на чл. 294 ТЗ, според която само страната, за която една сделка е търговска, дължи грижа на добър търговец.

¹² Р. № I-25-248 от 04.04.2013г. на СРС, 25 съст. (цит. по-горе); Р. от 22.10.2012 г. по гр. д. № 40854/2011 г. на СРС, 51 състав, не е влязло в сила.

¹³ Решенията се отнасят до потребителски сделки, за които се прилага ЗЗП, но аргументацията е допустима и в други правоотношения, както ще бъде посочено по-долу.

набанката, или когато не изясняват достатъчно методологията на използване на утвърдени борсови индекси.

Първият случай е като че ли вече изживян от българската банкова практика, поне ако съдим по посочените по-горе примери, от които може да се заключи, че с течение на времето банките са започнали да изключват от клаузите си за изменение на лихвата понятия като „пазарни условия“ или директно да я обвързват с решението на някой свой орган. И в двата случая неравноправността се състои във факта, че позволява изменение на договора едностранно от банката, въз основа не непредвидено в него основание (чл. 143, т. 10 ЗЗП). Именно такова непредвидено основание ще се яви самоволното решение на орган на банката и тук няма спорове. При термина „пазарни условия“, обаче, такива се срещат в практиката. В посоченото по-горе решение на СГС се приема, че това е обективен стандарт. Виждането рязко се различава обаче от идеята за динамичността на пазара, характерна за всяка свободна икономика, и идеята, че субектите сами трябва да носят риска от изменение на пазарната конюнктура. Същото кореспондира и на вече изложените икономически разсъждения, особено относно опитността на bankerите в оборота.

Съществува и законодателен аргумент, че изменението на пазарните условия не може да оправдае едностранно изменение в потребителските договори. Това е фактът, че законът изрично урежда потестативно право на страна, увредена от пазарните условия, да измени или прекрати договора. Това става при условията на стопанската непоносимост по чл. 307 ТЗ. Правото обаче се упражнява само по съдебен ред и то неслучайно – законодателят приема, че съдът като безпристрастен и по-справедлив ще разреши въпроса с оглед интереса и на двете страни. Така неравноправността на възможността за едностранно изменение на лихвите се очертава още по-силно.

На последно място, съдебните решения, постановени най-вече по потребителски спорове, рядко отчитат и общия мащаб за определяне на валидност на договорните клаузи по българското право – изискването за ненакърняване на добрите нрави по чл. 26, ал. 1 ЗЗД.

Във връзка с правилата за определяне на лихвата то трябва да се има предвид с оглед на неравноправното икономическо положение на страните и нуждата на едната от пари, както и възможностите за предвиждане на страните. Това изискване важи не само при потребителските сделки, но и в някои търговски отношения. Следва да се

има предвид, че банките са търговци с огромни финансови възможности и икономическо влияние, несъизмеримо с това на едно семейно предприятие, например. Поради това едностранното изменение на лихвата от тяхна страна може и да става с оглед прилагане на определена икономическа политика на натиск.

Затова съдът следва да прилага абстрактния критерий за справедливост в оборота при всеки договор за кредит, независимо дали е потребителски или не. Поради това когато откаже да приложи ЗЗП съдът трябва да обсъди и възможността една клауза да е нищожна поради противоречие с добрите нрави. Практиката обаче показва, че това не се прави¹⁴. А съдът би трябвало да анализира дали с оглед на представената по договора информация за кредитополучателя-търговец изменението на лихвата се движи в определени обективни граници и с оглед потеия от него риск, а не изцяло по преценката на банката. Тук посоченото в Решение № 693 по в. гр. д. 9180/2012 г. на СГС, че „изменението в икономическите условия“ като факт, от който следва изменението на лихвата, е допустимо, освен ако лихвата не е уговорена на двустранен риск, няма как да се приложи. Договорът за банков кредит, макар и правно уреден като двустранен, на практика се превръща в едностранен след първоначално отпускане на кредита. При едностранните договори рискът по правило е за кредитора. Затова уговорката „на двустранен риск“ по-скоро би наложила по-нисък мащаб на предвиждане от страна на кредитополучателя и наличието следва да ни насочва към действителност на клаузата, а не обратното.

Следва да се има предвид, че казаното за приложението на института на стопанската непоносимост не важи при кредити с търговци в същите граници, както при потребителското право. Допустимо е търговците сами да уговорят кои изменения на икономическата конюнктура, които не са обективно измерими, биха довели до изменение и в договора помежду им. Възможността за допълнителни преговори по чл. 300 ТЗ също е отворена. Но изцяло едностранното определяне на лихвата от банката без обективни условия е ситуация, която не оправдава оставането на клаузата валидна.

На последно място следва да се разгледа и въпросът дали липсата на правило за намаляване на договорната лихва е основание за противоречие с добрите нрави. В някои правни системи това е възприето

¹⁴ Р. № 161 от 12.06.2013 г. по в. т. д. № 261/2013 г. на АпС - Варна, не е в сила.

във всички случаи и без възможност за саниране на такива клаузи¹⁵. В българското право засега това надали може да се възприеме толкова категорично. Все пак клауза, която уговаря възможност за увеличаване на договорната лихва с „таван“ няколко процентни пункта над първоначално уговореното, без да дава възможност за обрано намаляване не може да се приеме за противоречаща на почтеността или дори за неравноправна. Липсата на определени граници, до които лихвата би могла да се измени според първоначалните условия на договора, ще бъде основание да се смята, че невъзможността за намаляване на лихвата противоречи на добрите нрави. За банките, следователно, възниква необходимост да преформулират договорните си бланки и общите си условия, за да предвидят механизми не само за автоматично изменение нагоре, но и надолу на лхвените проценти по индивидуалните кредити.

МАЩАБ ЗА ДЕЙСТВИЕ НА СЪДА

Остава и въпросът – към кой момент съдът следва да следи за прилагането на горните критерии и от коя вътрешна позиция е логично да изхожда – за валидност или нищожност?

Чест аргумент на защитниците на банките е, че те не се възползват напълно от правото си да изменят лихвата и винаги го правят в житейски обосновани граници. Затова съдът трябвало да остави клаузата в действие, тъй като банките не злоупотребявали с нея. Този аргумент следва от фактическото и няма правно значение. българското право единодушно приема, че една клауза следва да се преценява за действителна към момента на сключване на договора. Затова действителността на клаузата за изменение на лихвата трябва да се определя не според фактическите промени в кредита, а съобразно с всички *възможни* ефекти на клаузата за определянето ѝ¹⁶. Това правило има едно просто основание, което се корени в материалноправния ефект на силата на пресъдено нещо (СПН). Причината е, че веднъж станалото произнасяне по нищожността или не на една клауза, СПН предотвратява всякакво следващо поставяне на спора пред съд. Затова съдиите трябва да

¹⁵ Виж цитираните в Weidenkaff. § 489, Rn. 10. In: Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. München, Beck Verlag, 2012, S. 707 съдебни решения и съображения на германския Федерален върховен съд.

¹⁶ Това не съответства на тезата на ВКС за нищожност на неустоечните клаузи по ГР № 1/2010 г. по т.д. № 1/2009 г. на ОСТК на ВКС. Същата теза обаче е оспорвана в доктрината – **Таков, Кр.** Към въпроса за намаляването на неустойката. В: Юбилеен сборник в памет на проф. Живко Сталев. С., 2005, с. 398 и сл. **Павлова, М.** Цит. съч., с. 511.

са изключително внимателни при преценката за действителност на клаузата.

Какво може да се каже за принципната предварителна позиция, която съдията трябва да заема при такива казуси. Вярно е, че в България въпросите за т.нар. „правна политика“ са тема табу за правната литература, но същите са твърде значими при правоприлагането и реално въздействат върху практиката (вкл. тълкувателната) на върховните съдилища¹⁷. Това е особено валидно в случаите, когато са намесени неравноправни субекти. С оглед на икономическите наблюдения по-горе, следователно, съдът трябва да има сериозно съмнение за валидността им при всякакви неясноти във формулирането на клаузите за лихва.

Това е така, защото ако клаузата остане действителна, банката остава с възможност едностранно да измени задължението аз лихва и кредитополучателят ще се нуждае да води отрицателен установителен иск, че не дължи. Ефектите личат най-добре от цитираното по-горе решение на СГС, в което се приема, че една клауза, базираща се на твърде абстрактни икономически критерии, остава валидна, но трябва да се докаже, че тези неблагоприятни икономически ефекти са настъпили с голяма степен на тежест. Този анализ е напълно приложим при института на стопанската непоносимост по чл. 307 ТЗ (от чието прилагане вероятно се е ръководил съдебния състав), но не отчита механизмите на изменението на лихвата по силата на договора. А те са съществени. Защото докато при стопанската непоносимост съдът тепърва следва да определи дали договорът ще бъде изменен, при едностранното изменение другата страна по договора вече заплаща „дължимите“ вноски, докато процесът трае, и то под страх от предсрочно обявяване на кредита за искуем (отново право на банката по чл. 432 ТЗ). Същевременно, обратно на казаното за момента за преценка на недействителността, първоначалното решение на съда не формира СПН спрямо каквито и да било бъдещи изменения на лихвените равнища по договора въз основа на останенат в сила клауза. Така това решение всъщност създава мотив за банката да прилага неправомерни практики, като едностранно повишава лихвите, за да се сдобие с пари в краткосрочен план (а в кризисни моменти банката се нуждае най-вече от краткосрочна ликвидност), а в последствие да заплати завишени разходи (за лихви за забава и процесуални разноски),

¹⁷ Така например неписания постулат на търговското право за тълкуване *in favorem validitatis* сериозно влияе върху практиката на ВКС.

но съществено забавени във времето, а и с възможност да ги приспадне от задълженията на кредитополучателя¹⁸.

Тези икономически ефекти предпоставят необходимост съдът „да играе на страната“ на кредитополучателя, за да минимизира евентуалните стимули за противоправно поведение на икономически по-силния играч. В същото време така се постига и известна социална справедливост в случаите на едностранно изменение на договорните клаузи, следствие от закрилната природа на нормите на потребителското право и законите за регулиране на банковата дейност.

Накрая може би е редно да посочим и че банките също имат средства за защита, ако започнат да губят от своите кредити пореди влошена икономическа обстановка. На тяхно разположение винаги стои институтът на стопанската непоносимост по чл. 307 ТЗ, както и няколко процесуални облекчения, които ще разгледаме.

ПРОЦЕСУАЛНИ АСПЕКТИ

Първи важен процесуален въпрос е дали съдът трябва да разглежда служебно правомерността на клаузите аз изменение на лихвата. Повечето учебници по материалноправни дисциплини твърдят, че нищожността се прилага служебно¹⁹. Този възглед е частично правилен – някои видове нищожност съдът следи служебно, но не се взимат предвид процесуалните аспекти на въпроса. Диспозитивното начало в процеса и обвързаността на съда от петитума на иска²⁰ обаче обосновават несъстоятелността на подобна теза. Макар да се твърди, че такова задължение съществува при неравноправните клаузи, произтичащо от практиката на Съда на ЕО, внимателен поглед на практиката разкрива друго. В решението по дело C-243/08 *Pannon GSM Zrt.* СЕО извежда задължение на съда да следи само за неравноправния характер на клаузите, но само ако „са налице необходимите за това правни или фактически обстоятелства“²¹. В случая на българския граждански процес това според автора означава, че следва да се приеме, че съдът не е

¹⁸ В този случай банката би могла да направи и едностранно прихващане и да намали задължението си за лихви, тъй като към момента на възникване на задължението по съдебното решение, че не е имало основание за промяна на лихвите тя най-вероятно ще има изискуеми и ликвидни вземания за вноски към кредитополучателя – ответник по делото. Обратното действие на прихващането пък ще „изчисти“ натрупаните лихви аз забава, дължими от банката.

¹⁹ Виж вместо всички **Павлова, М.** Гражданско право. Обща част. С., Софи-Р, 2002, с. 511.

²⁰ За тях виж в **Сталев, Ж.** и колектив. Българско гражданско процесуално право. 9. изд. С., „Сиела“, с. 92 и сл. и с. 209 и сл.

²¹ Т. 2 от диспозитива на цитираното решение.

обвързано от посоченото от ищеца в петитума на иска основание за нищожността, и при наличие на твърдение за неправомерност например, следва да разгледа и дали клаузата не противоречи на добрите нрави. Това следва от факта, че съдът е обвързан от петитума на иска, но не и от конкретната правна квалификация. А петитумът по-скоро съдържа искане клаузата да се обяви за нищожна поради противоречие със справедливостта, т.е. на едно от посочените по-горе три основания, доколкото същите са приложими.

Втори важен въпрос във връзка с неправомерните клаузи е и ролята им в заповедното производство. Според чл. 417, т. 2 ГПК банките имат право да искат издаване на заповед за изпълнение въз основа на извлечение от счетоводството си. Според чл. 418 ГПК заповедта подлежи на незабавно изпълнение и възраженията срещу нея не спират изпълнението, освен при представяне на обезпечение (чл. 420, ал. 1 ГПК). Практиката на Съда на ЕС обаче постановява, че последната разпоредба не следва да се приложи, ако потребителят възразява за наличие на неправомерни клаузи. Аргументът е, че в този случай прилагането на защита на потребителя по директивата за неправомерните договорни клаузи (Директива 93/13/ЕИО) ще бъде неефективно²². Съобразно с принципа на примата²³ в този конкретен случай българските съдилища трябва да оставят неприложена разпоредбата на чл. 420, ал. 1 ГПК. Така възражението срещу заповедта за изпълнение би имало ефекта на общата норма на чл. 415 ГПК – т.е. ще се спре изпълнението на вземането по изп. лист по чл. 418 ГПК. Това спиране обаче не се осъществява служебно, а потребителят трябва изрично да възрази именно срещу неправомерна клауза в договора.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение можем да кажем, че съдебната практика по действителността на клаузите за едностранно изменение на лихвата засега е противоречива. До произнасяне на ВКС по подобно решение много от въпросите ще останат неясни. Въпреки това предложеният тристъпков тест за действителността удовлетворява максимално изискванията на справедливостта с оглед икономическите позиции на страните и би било радващо да го виждаме по-често приложен на практика. Изводът засега е, че статията се нуждае от пренаписване след няколко години, за да се види дали практиката споделя тезите ѝ.

²² Решение по дело C-415/11 *Mohamed Aziz*, т. 2 от диспозитива и т. 50 от мотивите.

²³ Виж за него **Craig, P. De Búrca, G.** *EU Law. Text, Cases and Materials*. 5th Ed. Oxford UP, 2011, p. 257 ff.

ИЗМЕНЕНИЯТА И ДОПЪЛНЕНИЯТА В ЗАКОНА ЗА ЗАЩИТА НА ДЪРЖАВАТА ОТ ЮЛИ И НОЕМВРИ 1943 Г.

*Емануил Димитров**

През втората половина на 1943 г. България изпада в състояние на тежка социално-политическа криза. След последната визита при Адолф Хитлер царят се разболява и на 28 август 1943 г. умира. Останал без обединяваща и ръководна личност, режимът изпада в тежка политическа криза. Без да бъде свикано Велико народно събрание, XXV ОНС избира за регенти Богдан Филев, ген. Никола Михов и принц Кирил. През септември се сформира правителство начело с бившия финансов министър Добри Божилов (14 септември 1943 – 1 юни 1944 г.).

През лятото на 1943 г., по време на петата извънредна сесия на XXV ОНС, състояла се на 21.VII.1943 г., в заседанията му, е приет нов Закон за изменение и допълнение на Закона за защита на държавата (ЗИДЗЗД/1943 г.), който съдържа девет параграфа. Причините за създаването на ЗИДЗЗД/1943 г. се признават отчасти и от самия законодател. В мотивите към законопроекта се изтъква, че направените изменения и допълнения са резултата от натрупания опит от „досегашното приложение на ЗЗД“¹, но също така това приложение сочи, че са „належащи изменения и допълнения на същия закон, за да бъдат постигнати по-резултатно неговите цели“². А целите са съдебна защита на войската, полицията, жандармерията, военизирания персонал на железниците, пощите и телеграфа.

Интересен е начинът на приемането на ЗИДЗЗД/1943 г. С пристъпването към т. 35 от дневния ред председателстващият заседанието д-р П. Кьосеиванов предлага да не се чете пред Народното събрание текстът на законопроекта, а да се прочетат само мотивите. По принцип, четенето само на мотивите е допустимо по Правилника за вътрешния ред на работата на народното събрание по изключение, ако един закон е прекалено обширен. В случая става дума за законопроект само от 9 параграфа и прочитането на текста не би отнело прекалено от времето на заседанието.

* Докторант по История на държавата и правото в Пловдивския университет „Паисий Хилендарски“.

¹ За целите на статията под ЗЗД ще се разбира Закон за защита на държавата, а не Закон за задълженията и договорите.

² Вж. Стеногр. Дневници на 25 ОНС, V и.с., с. 33.

Интересен е и фактът, че законопроектът се приема на първо четене от „послушния“ парламент без каквито и да било дебати. Непосредствено след гласуването му на първо четене вносителят на законопроекта и министър на правосъдието д-р К. Партов моли второто четене да стане на същото заседание, за да може настоящият законопроект да се приеме по спешност. Второто четене също минава без особени разисквания.³ По този начин в рамките на по-малко от час е приет нов изключителен закон, с който е засилена наказателната репресия в България.

Предприетите изменения и допълнения на ЗЗД, предвидени със ЗИДЗЗД/1943 г., са в **две основни насоки**:

- I. Изменения и допълнения на материално-правните норми.
- II. Изменения и допълнения на процесуално-правните норми.

Към **първата група изменения** спадат измененията и допълненията на ЗЗД, предвидени в §1, 2, 3, 4, 5, 6, и 7 на ЗЗДЗЗД от 1943 г. за следните членове: 5 (§1), 9 (§2), 11, ал.1 (§3), 14 (§4), 16а и 16б (§5), 16з (§6) и 19 (§7). От гледна точка на групите *политически престъпления*⁴, фигуриращи в текстовете на ЗЗД, предвидените със ЗИДЗЗД/1943 г. изменения и допълнения засягат следните инкриминирани деяния:

1. Престъпления свързани с въоръжената форма на съпротива – чл. 11, чл. 12, чл. 16а и чл. 16б.

С постановената в §3 на ЗИДЗЗД/1943 г.⁵ добавка „или сгради за тях“ се разширява съставът на чл. 11, ал. 1. С тази добавка окончателният текст на чл. 11 придобива следното съдържание: *„Който разруши военни материали, инсталации, железопътни, пощенски или телеграфни и телефонни съоръжения, мостове или други пътни съоръжения, минни съоръжения, водни или осветителни инсталации, държавни и обществени сгради, както и онзи, който унищожавя и разграбва хранителни припаси или сгради за тях, наказва се: със смърт или доживотен строг тъмничен затвор и*

³ Пак там.

⁴ Понятието „политическо престъпление“ е дефинирано в нашето законодателство през 1935 г. с Наредбата – закон за екстрадиция и съдебна помощ, където за политически престъпления се приемат деянията, „насочени непосредствено срещу съществуването или сигурността на държавата, срещу Държавния глава, срещу Престолонаследника или срещу член на правителството в качеството му на такъв, срещу законодателното тяло, против изборителното право, или които имат за цел да увредят добрите отношения между две или повече държави“.

⁵ Текстът на §3 гласи: „В чл. 11 към след думите: „Хранителни припаси“ се прибавят думите „или сгради за тях“.“

глоба от 200000 до 500000 лева, а във военно време - със смърт“. Това допълнение към ал. 1 на чл. 11 ЗЗД не е никак случайно. Една от главните задачи на действащите тогава партизански отряди е унищожаването не само на предназначения за войската хранителни припаси , но и на сградите, предназначени за тяхното съхранение.

С включените в §5 ЗИДЗЗД/1943 г.⁶ изменения се разширяват съставите на чл. 16а и чл. 16б в две насоки:

а) С прибавянето като друга хипотеза наред с умишленото убийство и на случаите на предумишлено лишаване от живот или нанасяне на тежка телесна повреда на длъжностно лице, на военнослужещ или на милитаризирано лице.

б) Чрез заличаването на текста на цитираните членове от Наказателния закон, само в рамките на които първоначално е ограничено действието на чл. 16а и чл. 16б.

2. В групата политически престъпления по ЗЗД – тези, насочени против въоръжените сили на Царството, е изменен чл. 9. В тази връзка §2 ЗИДЗЗД/1943 г. постановява, че смъртното наказание се налага не само на този, който пропагандира или организира неподчинение във войската, жандармерията, полицията или в някои техни части, но и на този, който извърши това сред *„железопътния и телеграфо-пощенски персонал, когато е милитаризиран“*. Следователно биват разширени не само обективните признаци в състава на това престъпление, но и неговата санкция.

3. В третата група политически престъпления – тези, които в основата си представляват идейна форма на противодържавна дейност, биват изменени чл. 16з и чл. 19.

Към първоначално предвиденото смъртно наказание в санкцията на престъплението по чл. 16з се добавя и наказанието конфискация на имуществото (с предложението по §6 ЗИДЗЗД/1943 г.). По този начин пълният текст на гореспоменатия член бива финализиран в: *„Който във военно време по радио говори против Българската държава, нейното управление, нейната политика или говори в полза на неприятелска държава или изнася слухове, факти и обстоятелства вредни за народното спокойствие и единство, или уронващи доброто име и честта на Българската държава и управление, наказва се със смърт и конфискация на имуществото му“*.

⁶ Текстът на §5 ЗИДЗЗД/1943 г. гласи: „В чл. 16а и чл. 16б след думата „умишлено“ се прибавя „или предумишлено“ и поставените в скоби членове от Наказателния закон се заличават.

Разширен е и съставът на чл. 19 ЗЗД, като постановеното от §7⁷ прибавяне на чл. 16з ЗЗД към другите първоначално изброени текстове се инкриминира и оправдаването, одобряването или възхваляването на деянията и по този член. По този начин финалният текст на чл. 19 ЗЗД гласи: „Който по предвидения в чл. 6 от тоя закон начин проповядва, оправдава, одобрява или възхвалява създаването на споменати в чл. 1 организации, групи или техни поделения, или пък оправдава, одобрява или възхвалява извършването на някои от посочените в чл. чл. 2, 3, 4, 6, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 16з и 18 деяние се наказва със строг тъмничен затвор от 3 до 10 години и с глоба от 20000 до 300000 лева“.

4. В четвъртата група престъпления по ЗЗД – тези, чиито общ признак е наличието на международен елемент в състава им, е изменен чл. 14 ЗЗД. Постановеното от §4 ЗЗДЗЗД/1943 г.⁸ разширение на състава на чл. 14 е свързано и с предвиждане на наказателна отговорност и смъртно наказание и за този, който установява връзка не само с намиращи се в чужбина лица, група или сдружение, но и с такива, които са изпратени от чужбина в България.

Изменението на чл. 5 ЗЗД, тъй като не съдържа наказателен състав в себе си, трябва да бъде разглеждан вън от материално-правните наказателни норми, включени във всяка една от групите политически престъпления, фигуриращи в текста на ЗЗД. С предвиденото в §1 на ЗЗДЗЗД/1943 г. изменение на чл. 5 ЗЗД се разширява приложното му поле в две направления. От една страна, чл. 5 се допълва в смисъл, че освобождаването от наказателна отговорност може да стане не само когато се съобщава на властта за съществуването на нелегални организации и за лицата членуващи в тях (по чл. 1 и чл. 2 ЗЗД), но и за организациите, визирани в чл. 16 ЗЗД. От друга страна, вече за пръв път се предвижда освобождаване от наказателна отговорност и за лица, които са подпомагали не само организации и групи, но и техните поделения.

Към **втората група изменения** спадат измененията и допълненията, които засягат процесуално-правните норми от текста на ЗЗД: §8 ЗЗДЗЗД/1943 г. – за чл. 22а ЗЗД, и §9 ЗЗДЗЗД/1943 г. – за чл. 24 ЗЗД.

⁷ Текстът на §7 от ЗИДЗЗД/1943 г. гласи: „В чл. 19 след числото 16 се поставя запетайка и след нея се прибавя числото 16з“.

⁸ Текстът на §4 от ЗИДЗЗД/1943 г. гласи: „В чл. 14 след думата „чужбина“ се прибавя „или изпратени оттам в страната“.

С §8 ЗИДЗЗД/1943 г.⁹ в текста на чл. 22, ал. 1 се обявяват за подсъдни на военните съдилища и деянията по чл. 13 ЗЗД. Това не е никак случайно, защото чл. 13 е прибавен към първоначалния текст на ЗЗД със Закон за изменение и допълнение на ЗЗД от март 1925 г. и визира едно от изключително опасните за държавната власт престъпление: съставяне или членуване в чета, както и подпомагането или укриването на четници. Този факт е изрично подчертан и в мотивите към законопроекта, където деянията по чл. 13 ЗЗД са квалифицирани като „важни престъпления“.

В мотивите към законопроекта нашият законодател се опитва да оправдае една от най-абсурдните разпоредби на т. нар. изключително наказателно законодателство в България – тази на §9 от ЗИДЗЗД/1943 г.¹⁰, с мотивировката: „Констатирано е, че организациите, посочени в чл. 1 ЗЗД, за постигане на своите цели използват като дейци за извършване на престъпления по този закон лица, ненавършили 21-годишна възраст, разчитайки на тяхната намалена наказуемост. Срещу тези опити е предвиден §9 от законопроекта, който дава право на съда в особено важни случаи да не заменя наказанията по реда на чл. 58 НЗ и чл. 54 ВННЗ“.¹¹ От казаното до тук, в сравнение с всички изменения и допълнения, предвидени в ЗИДЗЗД/1943 г., най-драстично се нарушават принципите на законността с постановлението на §9. В чл. 58 от Наказателния закон¹² е установен един от фундаменталните принципи на наказателното право, според който за младежите от 17 до 21 години всички наказания съответно са намалени, а смъртното наказание се заменя с 15 години строг тъмничен затвор. С включването на новата ал. 2 на чл. 24 ЗЗД се дава реална възможност **смъртното наказание да бъде налагано даже и на седемнадесетгодишни младежи.**

Необходимо е да се отбележи, че още в приетия през юни 1933 г. изключителен наказателен закон – Закон за допълнение на Закона за ограничаване на престъпленията против личната и обществена

⁹ Текстът на §8 от ЗИДЗЗД/1943 г. гласи: „В чл. 22а, ал. 1 след числото 11 се прибавя числото 13“.

¹⁰ Текстът на §9 от ЗИДЗЗД/1943 г. гласи: „Към чл. 24 се прибавя нова ал. 2 със следното съдържание: „За престъпления по този закон съдът може в особено важни случаи да не заменява наказанията по реда на чл. 58 от Наказателния закон и чл. 54 от Военно-наказателния наредба-закон“. Това е текстът на единствения параграф на Проектозакона за допълнение на ЗЗД получен за IV р.с. на 25 ОНС на 6.XI.1942 г., но необсъден, а приет като ал. 2 на чл. 24 на ЗЗД с §9 от ЗИДЗЗД/1943 г.

¹¹ Вж. Стеногр. дневници на 25-ото ОНС, V и.с., с.33.

¹² Текстът на чл. 58 НЗ гласи: „За пълнолетните престъпници от 17 до 21 година наказанията се заменят...“

безопасност (ЗДЗОП), се предоставя възможността за дерогиране правилото на чл. 58 НЗ и за налагане на смъртно наказание и изпълнение на смъртната присъда на младежи между 17 и 21 години. По този начин още в §1, ал. 3 на този закон се постановява: *„По отношение на непосредствените извършители чл. 58 НЗ не се прилага.“* Съставът, към който това правило се прилага се съдържа в §1, ал. 1 ЗДЗОП и гласи: *„Който като член на организация или пък в нейна услуга, или по заповед на такава лиши или се опита да лиши някого от живот, наказва се със смърт.“*

Ако в гореспоменатия случай се касае за едно дерогиране на принципа прогласен в чл. 58 от НЗ, което е доста ограничено по обseg и се отнася само за случаите на извършване на убийство от страна на лице, което е свързано с дадена организация, било като неин член, или като неин помагач, то по чл. 24, ал. 3 ЗЗД, това дерогиране е доста по-разширено и засяга всички деяния, предвидени във всички състави на ЗЗД (самият текст на нормата говори *„за престъпления по този закон“*). Това разширение на обseга на дерогиране на чл. 58 НЗ българският законодател се опитва в определена степен да оправдае както с военновременната ситуация, която прави обстановката в страната *„ненормална“*, така и с вече допуснатия прецедент с ал. 3 на §1 ЗДЗОП. В мотивите към законопроекта се говори следното: *„Тук трябва да се отбележи, че още през 1933 г. при нормални времена законодателят с §1 от законопроекта за допълнение и изменение на Закона за ограничаване на престъпленията против личната и обществена безопасност отмени приложението на чл. 58 НЗ относно извършителите на убийства по този закон.“*¹³

От всичко казано до тук, вследствие на измененията и допълненията в Закона за защита на държавата посредством ЗЗДЗЗД/1943 г. наказателната репресия бива засилена не само по пътя на разширяване на съставите на разгледаните по-горе членове, но и с разширяване на приложното поле на някои санкции, предвидени в съответните нови текстове или с прибавянето им към съществуващите текстове нови деяния и особено с разширение на приложното поле на смъртното наказание. Това е постигнато и чрез разширение на компетенциите на изключителните съдебни органи, каквито представляват по същество военните съдилища.

Последните промени в ЗЗД са извършени не с нарочен закон, а са предвидени в раздел III на Закона за уеднаквяване на

¹³ Вж. Стеногр. дневници на 25-ото ОНС, V и.с., с.33.

наказателносъдопроизводствените правила по някои закони от 27.IX.1943 г. Те се изразяват в следното:

Изменя се чл. 22 ЗЗД, като целият му текст се свежда до следните две алинеи:

„Делата за престъпни деяния по този закон се разглеждат по реда на гл. II, кн. VI от Закона за наказателното съдопроизводство.

Спрямо виновните по чл. 13 от настоящия закон се прилага Законът за изстребление на разбойниците.“

По този начин всички дела по ЗЗД се поставят под режима на унифицираната изключителна съдебна процедура, предвидена в гл. II, кн. VI ЗНС, но с пояснението, че Законът за изстребление на разбойниците ще се прилага във всички случаи, при които подсъдимите са подведени по чл. 13 ЗЗД.

В чл. 22а, макар и изменен, се запазва напълно подсъдността на военните съдилища по отношение на почти всички дела по ЗЗД. Изменението се състои по същество само в отменянето на ал. 2 на чл. 22а, в който е посочен тридневен срок за насрочване на делото след постъпването му в съда. По гл. II, кн. IV ЗНС този срок е седемдневен, но с това незначително увеличение на срока съвсем не се премахва спешността на процедурата.

Според §20 на Закона за уеднаквяване на наказателносъдопроизводствените правила по някои закони чл. 22г ЗЗД, постановяващ публично изпълнение на смъртните присъди, произнесени по който и да било член на ЗЗД, се отменя, но едновременно с това, както бе отбелязано, се запазва приложението на Закона за изстребление на разбойниците в случаите на чл. 13 ЗЗД, т.е. пак е осигурена легална база за публични екзекуции. Отмяната на публичното изпълнение на смъртните наказания по останалите членове на ЗЗД е до голяма степен резултат на отчетения отрицателен морален и политически ефект от тези екзекуции.

С §22 на Закона за уеднаквяване на наказателносъдопроизводствените правила по някои закони бе отменен и чл. 24 на ЗЗД¹⁴, но тъй като в почти всички състави с изключение само на тези по чл. 10, ал. посл. и по чл. 18, ал. 1 фигурира наказанието строг тъмничен затвор, по същество смекчаване на процедурата по линия на мярката за

¹⁴ Текстът на чл. 24 ЗЗД гласи: „Мярката за неотклонение за всички престъпни деяния по този закон е задържане под стража, с изключение на случая в чл. 7, по отношение на който се прилагат наредбите на закона за углавното съдопроизводство.“

неотклонение за делата по ЗЗД не се постига. Дори вследствие отмяната на чл. 24 ЗЗД мярката за неотклонение „задържане под стража“ се разпространи и за случаите по чл. 7 ЗЗД, тъй като и по него е предвидено наказанието „строг тъмничен затвор“.

ДИСКУСИОННИ ВЪПРОСИ, СВЪРЗАНИ С ПРИЛАГАНЕТО НА ЧЛ. 43 ОТ ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ: ЦЕСИЯ. ОЩЕ ЕДНО МНЕНИЕ

Николай Генчев*

Повод за настоящето изложение е един от въпросите, засегнат в статията, публикувана в Съдийски вестник – кн. 2/2013 г. (Дискусионни въпроси, свързани с прилагането на чл. 43 от Закона за обществени поръчки: непредвидени обстоятелства, цесия и прекратяване – Мария Шаркова), както, естествено, и това, което я е породило – Решение № 162/28.01.2013 г., постановено по т.д.453/2012 г. от състав на I ТО на ТК на ВКС.

Намерението на автора не стига по-далеч от това, да разгори още повече дискусията, като се изложи едно различно мнение по въпроса, с единствената цел – да се намери точното решение или ако намереното вече решение е точно, то да стане по-убедително.

Законът:

Нормата, предмет на тълкуване, е част от съдържанието на Закона за обществени поръчки (ЗОП) и е следната:

Чл. 43. (1) *Страните по договор за обществена поръчка не могат да го изменят.*

Правилата, указващи нужда от извършване на тълкувателна дейност, както и начинът на извършването ѝ, се намират в Закона за нормативните актове (ЗНА), както следва:

Чл. 46. (1) *Разпоредбите на нормативните актове се прилагат според точния им смисъл, а ако са неясни, се тълкуват в смисъла, който най-много отговаря на други разпоредби, на целта на тълкувания акт и на основните начала на правото на Република България.*

(2) *Когато нормативният акт е непълен, за неуредените от него случаи се прилагат разпоредбите, които се отнасят до подобни случаи, ако това отговаря на целта на акта. Ако такива разпоредби липсват, отношенията се уреждат съобразно основните начала на правото на Република България.*

Друга, засегната от решението, правна уредба е тази, на цесията:

Чл. 99. *Кредиторът може да прехвърли своето вземане, освен ако законът, договорът или естеството на вземането не допускат това.*

* Адвокат от Софийската адвокатска колегия.

Решението на съда:

На така изразените от законодателя правила, съдът е придал следното съдържание, след тълкуване:

„Нищожен ли е договорът за цесия по чл.99, ал.1 ЗЗД, ако се прехвърля вземане, възникнало по договор за обществена поръчка, с оглед на разпоредбата на чл.43 ЗОП, според която страните по договор за обществена поръчка не могат да го изменят?

По поставения правен въпрос становището на състава на ВКС произтича от следното:

Разпоредбата на чл.43, ал.1 от Закона за обществените поръчки установява забрана за страните да изменят сключен договор за обществена поръчка. Изключенията от това правило са уредени в нормата на чл.43, ал.2 ЗОП, като изменението може да се отнася до срока, предмета или цената на договора, при изрично определени в закона хипотези. 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 чл.43, ал.1 ЗОП.

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 извърша 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 в ЗОП.

Прехвърлянето на вземане по чл.99 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 на вземанията 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 са последица правото на цесионера да иска изпълнение от длъжника и съответно задължение длъжникът да престира на цесионера. След съобщаване на цесията по реда на чл.99, ал.4 ЗЗД, старият кредитор се счита за заменен с новия кредитор, 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 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”.

Решението на съда се основава на използвания правно-логически способ „аналогия”, при извършване на сравнение между два правни

института или две правни явления – субективна активна новация и цесия, в резултат на което, след като се открива съответствие в съществени елементи от съдържанието им, се приравняват последиците от реализирането им.

Другият аргумент, на който съдът основава решението си, се заключава в съобразяване на целта на закона (телеологическо тълкуване), изведена от принципите, на които се основава правната уредба на този вид отношения.

I. За нуждата от тълкуване:

Хипотезата на чл.46 ЗНА визира случаите, в които се налага тълкуване (става въпрос за прилагане на особените правила за тълкувателна дейност, доколкото всяка една норма, винаги се тълкува преди прилагането ѝ – езиково и граматически, за да се установи заложеното в нея правило): ал.1 - *ако нормите са неясни*; или ал.2 – *ако нормативният акт е непълен*.

В първия случай, чрез изрично или неизрично предвидени от закона, но утвърдени от правната теория тълкувателни способности, търсим изясняване на неясната – двусмислена, безсмислена или противоречиво изразена, правна норма.

Във втория случай – попълваме празнини или непълноти в правото, използвайки логическия способ аналогия: “*analogia legis*” и “*analogia juris*”.

Установената от закона забрана, предмет на тълкуване, има следното съдържание: Чл. 43. (1) *Страните по договор за обществена поръчка не могат да го изменят*.

Точният смисъл на закона, в разглеждания случай, като че ли не буди съмнение и е разбираем, поради което и не се налага извършване на особено тълкуване за разкриването му. Ясно са посочени адресатите на нормата, чрез подлога в изречението – страните по договор за обществена поръчка. При този категоричен израз на закона, не може да става дума и за непълнота – такава би била налице ако липсваше подлог, който да посочва кои са адресатите или ако изразът на закона, указващ кои са адресати на нормата, е неясен, поражда съмнение или налага (поне) двояк смисъл.

При това положение, не остава нищо друго освен да приложим разпоредбата на нормативния акт според точния ѝ смисъл, а именно: установената от закона забрана се отнася само страните, но не и за други

лица (доколкото те изобщо могат да изменят чужда тям облигационна връзка).

На този смисъл следва да се подчини и изводът на съда в решението - *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 чл.43, ал.1 ЗОП*, т.е. така установената забрана се отнася за страните и за никой друг. Няма място за „a pari“, нито за “*analogia legis*“, още по-малко “*analogia juris*“, което поставя под съмнение необходимостта, а от там и правилността на по-нататъшната тълкувателната дейност, извършена от съда, при изследване на поставения въпрос.

Малко по-абстрактно в нормата е посочено установеното правило за поведение – да не изменят договора, доколкото изменението на един договор може да има по-многообразен израз. Именно затова, ако е необходима, тълкувателната дейност би следвало да се насочи именно в тази посока – към разкриване на съдържанието на абстрактната норма. Във всички случаи, изменение на един предмет или явление (каквото е и договорът) има тогава, когато се измени поне един от неговите елементи. Сключването на договор е един от способите за създаване на облигационно правоотношение. Елементи на правоотношението са неговите субекти, неговият предмет (количество, качество, стойност), основание, срок, условия и други модалитети. Изменението, на който и да било от тези елементи (за разглеждания случай дори няма значение дали това изменение е съществено или не, каквото трябва да бъде изменението, според някой автори), би довело до изменение на договора. В това отношение мнението на автора съвпада с възприетото разрешение в разглежданото решение, доколкото като изменение на договора е възприето изменение и на обективния, и на субективния елемент от правоотношението.

II. Субективната активна новация и цесията:

„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 и случаят на прехвърляне на вземането на изпълнителя чрез договор за цесия ... След съобщаване на цесията по реда на чл.99, ал.4 ЗЗД, старият кредитор се счита за заменен с новия кредитор, като

се постига резултат аналогичен на активната субективната новация, но без длъжникът да е страна по договора между цедента и цесионера”.

От тези съображения на съда, може да се направи извод, че крайният резултат, до който той е достигнал, се основава на тезата, че е налице аналогия на крайния резултат, при два различни правни способа: субективна активна новация и договор за цесия. Ако тезата на съда, използвана като предпоставка, е правилна, то ще бъде правилен и крайния извод, който се основа на тази предпоставка. Обратното обаче не е непременно вярно: дори и да не е правилна предпоставката, използвана от съда, за формиране на крайния извод, последният може да е правилен, но ... по други съображения (комутативността не е свойствена на импликацията).

Новацията се определя като способ за погасяване на задължения, поради една от последиците, които се налагат с нея. Най-общо, новацията се определя като договор, с който се поема едно ново задължение, с цел то да замести едно друго, старо задължение. Предпоставките на новацията са следните: 1. Наличност на предшестващо задължение; 2. Пораждане на действително ново задължение; 3. Намерение за подновяване – поемането на новото задължение погасява старото. Действието на новацията е следното: 1. Старото задължение се погасява. Вместо него може да се иска изпълнение само на новото задължение, което има напълно самостоятелно съществуване (при последваща невъзможност за изпълнение на новото задължение, то се погасява, без обаче с това да се възобновява стария дълг, дори длъжимата по него престация да е все още възможна); 2. Съдържанието на новия дълг се определя от волята на страните.

В зависимост от това кои елементи на едно облигационно правоотношение се променят, се различават субективна и обективна новация. При субективната новация се променят страните по правоотношението – кредитор или длъжник, т.е. променят се или кредиторът или длъжникът. При обективната новация се променя съдържанието на дълга по правоотношението – предмет, кауза, време, място, условия и пр.

За разглежданата хипотеза ни интересува само активната субективна новация. Това е договорът, с който се променят страните по едно правоотношение и по-точно кредиторът. Във всички случаи на активна субективна новация – независимо от това по чия инициатива тя се реализира: дали длъжникът предлага на своя кредитор да погаси задължението си към него като се задължи към друго лице – нов

кредитор, или кредиторът предлага на своя длъжник да приеме за погасено задължението му, срещу което длъжникът да поеме нов дълг към друго лице - нов кредитор, е необходимо изричното съгласие и на трите страни – участници: длъжник, стар кредитор и нов кредитор.

И доколкото чл.43, ал.1 ЗОП ограничава две от страните да извършат това – длъжника и стария кредитор, това не може да бъде извършено. Ако трябва да бъдем още по-точни, едната част от активната субективна новация може да бъде осъществена без проблем – длъжникът и старият кредитор, страни по договора за обществена поръчка, да се споразумеят, че дългът се счита за погасен, без плащане. Другата обаче не може да се осъществи – пораждането на нов дълг, към друго лице. Именно за пораждането на този нов дълг е необходимо провеждане на процедурата по ЗОП, съобразявайки приложението на принципите, заложили в него.

Една от последиците от реализирана субективна активна новация и при това много съществена, е следната: длъжникът, който се е съгласил със замяната на своя кредитор, губи всички възражения, основани на отношенията му със стария кредитор, тъй като задължението му към него е погасено (съответно и правоотношението му с него е прекратено). Такива биха могли да бъдат, както правоотлагателни възражения – задържане заради неизпълнено или неточно изпълнено насрещно задължение или несбъднатото условие за изпълнение, ако такова е предвидено, така и правопрекратителни – унищожаемост.

С договора за цесия едно лице – цедент, прехвърля на друго лице – цесионер, едно свое вземане, срещу свой длъжник. По практическия си резултат субективното активно подновяване напомня за прехвърляне на вземане или цесия – един нов кредитор идва да замести стария. Съществената разлика обаче е най-напред в това, че: 1. при цесията не се иска съгласието на длъжника; 2. цесията безусловно запазва старото задължение, заедно с всички свързани с него права: - същински - давност, неизпълнение, задържане, в тесен смисъл; - разрушаващи или погасяващи вземането – изпълнение, сливане, опрощаване, прихващане и пр.; изключващи – унищожаване или разваляне. 3. Новият кредитор не става страна в договора, вземането по който му се прехвърля.

От направеното бегло сравнение, е видно, че макар и да се наподобяват един друг в крайния си резултат, двата сравнявани правни института се различават съществено, при това в основни свои характерни черти. За това не би могло те да се приемат за аналогични и да се

приравняват правните им последици - поне в разглеждания случай – при цесия на вземане по задължение за плащане.

При това положение, няма как страните по един договор за цесия, да изпитат ограничението на чл.43, ал.1 ЗОП, особено когато предмет на цесията е право на вземане за възнаграждение по договор за обществена поръчка (парично вземане): 1. Длъжникът не е страна по договора за цесия и не нарушава забраната. Защо това е така, е видно от резултата от цесията. Правата на длъжника по никакъв начин не се засягат – неговото парично задължение съществува и доколкото парите са еквивалент на стойност, то няма аргумент, с който той би могъл да се противопостави на кого да плати. Неговият легитимен интерес се простира единствено до това – като извърши плащане, без значение на кое лице, да се погаси облигацията му към първоначалния кредитор или иначе казано, да се погаси задължението му; 2. Старият кредитор, макар да е страна по договора за цесия, не нарушава забраната, тъй като не договаря с длъжника за изменение на договора, нито за престациите по него; 3. За новия кредитор визираната забрана не се отнася, тъй като той не е нейн адресат.

В резултат на изложеното, се налага извода, че договорът за цесия на парично вземане, било то и произходящо от договор за обществена поръчка, не е договор за активна субективна новация на задължението по договора за обществена поръчка, макар да го наподобява в известни свои характеристики.

След като договорът за цесия не е договор за активна субективна новация, това означава, че възприетият от съда извод в разглежданото решение, остава необоснован, тъй като не следва по необходимост от изложената за него предпоставка. Дори крайният извод да е правилен, сам по себе си, то той се нуждае от различна обосновка.

Разглеждан дори като частен случай – договор за цесия на парично вземане по договор за обществена поръчка, а не на друго, различно от парично вземане право, ако характеристиките на общото (родът) – прехвърляне на каквото и да е право, не могат да се наложат към частното (видът) – прехвърляне на парично вземане, то изводът не може да бъде генерализиран, както е сторено в решението – *„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“*.

И още нещо, по отношение на ограниченията на цесията.

Чл. 99. Кредиторът може да прехвърли своето вземане, освен ако законът, договорът или естеството на вземането не допускат това.

От правилото, че всяко вземане може да бъде прехвърлено, съществуват изключения, основани на закона, договора и естеството на вземанията. От тези изключения в случая ни интересува само първото, но дори и тогава, непрехвърлимостта на този род вземания не се основава с разпоредбата на чл.99, ал.1 ЗЗД. Тази норма е препращаща, т.е. тя няма самостоятелно съществуване и винаги трябва да се съчетава с друга, конкретна правна норма, съдържаща се в специален закон, която да съдържа конкретна и изрична забрана. Такива забрани съществуват напр. чл.56, ал.1, изр. второ - *Ползувателят не може да отчуждава своето право*; чл.16, изр. първо ЗАПСП - *Неимууществените права по т. 2 и 4 на ал. 1 от предходния член са неотчуждими*.

В нито една от гореописаните категории не попада прехвърляне на вземането за възнаграждение по договор за обществена поръчка: вземането нито е лично, нито е *intuitu personae*, нито е принадлежност към друго, главно, право, нито по естеството си представлява право, което може да принадлежи само на определена категория лица, нито е налице изрична забрана за прехвърлянето му от закона – няма как да се приеме при този словесен изказ, че чл.43, ал.1 ЗОП създава ограничение за прехвърляне на вземане за плащане, освен ако не се подмени съдържанието му, чрез превратно тълкуване на текста (доколкото обаче нормата е пределно ясна, тълкуване не е наложително).

III. Принципите на ЗОП:

Чл. 2. (1) *Обществените поръчки се възлагат по процедурите, предвидени в този закон, в съответствие със следните принципи:*

1. *публичност и прозрачност;*
2. *свободна и лоялна конкуренция;*
3. *равнопоставеност и недопускане на дискриминация.*

Другият аргумент, използван от съда, за обосноваване на крайния резултат, се изразява в подчиняване на тълкувателната дейност на установените от специалния закон правни принципи, които изместват действието на общите правни принципи, установени в правото (*Lex specialis derogat legi generali*).

Обществените поръчки се възлагат, в съответствие със следните принципи: *публичност и прозрачност; свободна и лоялна конкуренция и равнопоставеност и недопускане на дискриминация*. Каквото и съдържание да се дава на така установените от закона принципи, те приключват своето действие в момента, в който възлагането на обществената поръчка

е приключило, тъй като те вече са се изчерпали към този момент като са осъществили своята цел.

Именно реализирането на тези принципи към този момент налага запазване на статуквото, чрез забрана за изменение на създаденото облигационно отношение.

Но да ги използваме още по-късно, когато не само, че не се изменя, но дори обществената поръчка е вече изпълнена от изпълнителя, изглежда самоцелно и неудачно.

IV. Стълкновение с друг (също и фундаментален) принцип в частното право:

Чл. 133 ЗЗД - *Цялото имущество на длъжника служи за общо обезпечение на неговите кредитори, които имат еднакво право да се удовлетворят от него, ако няма законни основания за предпочитане.*

Проблемите, които се появяват обаче с цитираното решение, могат да бъдат много повече и при това в различни области.

След „разкрепостяването“ на длъжниците в съвременната правна уредба, отговорността им е само имуществена. Длъжникът не отговаря за дълговете си с личността си или иначе казано, кредиторът не става негов господар, който според собствените си възгледи и разбирания да издевателства над личността му. По тази причина, интересът на длъжника от запазване на своя първоначален кредитор, отстъпва на интереса на кредитора, да се разпорежда, както намери за добре, със своето имущество, интереса на другите лица, приобретатели на такива вземания и интереса на оборота изобщо.

В разглежданата хипотеза възложителят е длъжник - този, който не е изпълнил задължението си за плащане към изпълнителя. Последният, притиснат от другите участници в общия стопански (търговски) оборот, трябва да изпълни към тях, но не може, тъй като самият той още не е получил от възложителя си. И ако изпълнителят е ограничен в действията си по отношение на вземането си (като част от имуществото си), то тогава: един път наказваме този изпълнител, който добросъвестно е изпълнил задълженията си към възложителя на обществената поръчка, но не си е получил възнаграждението за това от него и съответно не може да се разплати със своите контрагенти, тъй като не може да осребри част от имуществото си; втори път наказваме останалите търговски субекти, които са кредитори на изпълнителя, тъй като те няма да могат (или най-малкото ще бъдат ограничени в средствата) да си съберат вземанията от последния; трети път,

стимулираме недобросъвестното поведение на държавата да не изпълнява точно задълженията си, тъй като няма способ, с който да бъде принудена да стори това или този способ е значително ограничен, без обяснима и видима причина (в много случаи неизпълнената част от задължението на възложителя се натрупва, тъй като изпълнителят не смее да проведе принудително изпълнение под страх от неблагоприятно третиране, та дори и прекратяване на договора от възложителя, а трети заинтересовани лица, каквито са кредиторите на изпълнителя, нямат такива опасения, но и нямат такава възможност).

Така се създава и едно привилегировано положение на всички изпълнители на обществени поръчки, което няма обяснение – не цялото им имущество ще служи за удовлетворение на техните кредитори; има имущество – вземане по обществена поръчка, което остава несеквестрируемо. Ако и към всички спорни или гранични хипотези включим и евентуална недобросъвестност на изпълнителя, тогава съвсем целенасочено ще го превърнем в длъжника-господар, от което най-много ще пострада правната сигурност. И странното е, че точно тази несигурност се създава от държавата (като обобщен образ на възложител) и се обосновава в името на неуточнен обществен интерес.

V. Смисълът на ограничението – телеологично и езиково тълкуване.

Колкото и банално да звучи, най-важната причина за налагането на забраната от закона е липсата у нас на респект към правния ред и създадената в резултат на това непочтена практика обществените поръчки да се възлагат на ограничен брой, едни и същи лица (доколкото помня, в тази насока беше и една от критиките на Европейската комисия към страната, в последния доклад, който беше разпространен от средствата за масова информация).

Едната страна на проблема е недопускането до участие на широк кръг субекти или ако може така да го наречем, субективния елемент от възлагането.

Другата, е незапазване на предмета на поръчката – така да се каже обективният елемент – количество, качество, цена и др. условия.

В резултат на провеждане на процедурата по обществена поръчка се стига до сключване на двустранен, синалагматичен договор, при който престацията на изпълнителя е характеризираща (определяща) вида договор – продажба, поръчка или изработка, а задължението на

възложителя е само парично. Доколкото задължението на възложителя е само парично, то е еквивалент на стойността на получената от него престация, т.е. не е уникално, а заместимо. За това, когато се стреми да опази предмета на договора, законът трябва да опази престацията на изпълнителя, а не на възложителя. Ето защо забраната за изменение следва да се отнася към престацията на изпълнителя, тъй като тя се нуждае от защита, доколкото задоволява обществения интерес или потребност. Реципрочната ѝ престация - на възложителя, не представлява нищо друго, освен еквивалента на полученото, при това в пари. Обществен интерес тук няма. Тъкмо обратното. Тук интересът е частен и не съществува оправдание да се засяга този частен интерес, още повече, когато той е неприкосновен.

Заклучение: мнението на автора е ясно. То съвпада с мнението на автора на статията, дала повод за настоящето, че не трябва да се налагат ограничения на свободата на страните и търговския оборот, когато това не е необходимо. Дали е правилно мнението на автора – не е ясно, но при съществуващото към момента разрешение на юриспруденцията – със сигурност не е. Във всички случаи обаче, възприетото авторитетно решение на дискуссионния въпрос, от най-висшия правораздавателен орган, се нуждае от по-пълни и по-убедителни мотиви, за да стане по-разбираемо за стопанските субекти и да не тежи единствено със силата на своята принуда.

Използвана литература: Иван Апостолов - Облигационно право, част I Общо учение за облигацията, фототипно издание, София – БАН, § 33 и § 37; Веселин Христов – Правоприлагане по аналогия в гражданското право, сп. Правна мисъл, кн.4/2004 г., стр.40; Ангел Бънков – Логика, четвърто издание, НИ-1975 г., част II, гл. II, § 5, стр. 140

БИБЛИОГРАФИЯ НА ТРУДОВЕТЕ НА ПРОФ. ПЕТКО ВЕНЕДИКОВ

*Васил Петров**

Книги, монографии, учебници

- Кратък курс по римско право. С., печ. С. М. Стайков, 1936. 280 с.+XIV.
- Система на българското вещно право. I изд. С., печ. С. М. Стайков, 1937, 352 с. II изд. С., печ. Книпеграф, 1939, 408 с. III изд. С., Университетска печатница, 1947, 423 с. IV изд. (фототипно). С., 7М, 1991, 429 с.
- Ипотеки, залог, привилегии. Систематичен курс. I изд. С., печ. С. М. Стайков, 1938, 308 с. II изд. С., Университетска библиотека, 1948. III прераб. изд. С., Сиби, 1994, 304 с. IV изд. С., ИК „Петко Венедиков“, 2000, 323 с.
- Система на българското наследствено право. I изд. С., печ. Книпеграф, 1939, 422 с. II изд. С., печ. Книпеграф, 1945, 405 с.
- Увод в правото. С., печ. Книпеграф, 1946, 107 с.
- Коментар на Наредбата-закон за брака. С., печ. Хр. Пелитов, 1947, 400 с.
- Римско право. I изд. С., Общ фонд за подпомагане на студентите, 1945, 282 с. II изд. С., Фонд за подпомагане на студентите, 1948, 276 с.
- Римско право (заедно с ред. доц. М. Андреев). С., Наука и изкуство, 1949, 435 с.
- Писмени доказателства и свидетелски показания в гражданския процес. I изд. С., Наука и изкуство, 1964, 123 с. II прераб. изд. С., Сиби, 1994, 128 с. III изд. С., ИК „Петко Венедиков“, 2000, 115 с.
- Договор за гледане и издръжка. I изд. С., Наука и изкуство, 1967, 131 с. II прераб. изд. С., Сиби, 1994, 128 с. III изд. С., ИК „Петко Венедиков“, 2000, 119 с.
- Запазена част в наследството. I изд. С., Библиотека на практикуващия правник, 1972, 142 с. II прераб. изд. С., Наука и изкуство, 1991, 83 с. III изд. С., Сиби, 112 с. IV изд. С., ИК „Петко Венедиков“, 2000, 90 с.
- Съсобственост. Правни въпроси. I изд. С., Наука и изкуство, 1975, 174 с. II изд. С., Сиби, 1994, 175 с. III изд. С., ИК „Петко Венедиков“, 2000, 186 с.
- Въпроси на съпружеската имуществена общност. I изд. С., Централен съвет на адвокатурата, 1988, 188 с. II прераб. изд. С., Сиби, 1994, 128 с. III изд. С., ИК „Петко Венедиков“, 2000, 126 с.

* Докторант по административно право и процес в Юридическия факултет на Софийския университет „Св. Климент Охридски“; съдия в Софийския районен съд.

Договори за придобиване на недвижими имоти между граждани. С., Наука и изкуство, 1990, 96 с.

Записки по римско право. I изд. С., книгоизд. Родина, 1930, 195 с. II изд. С., Сиби, 1994, 224 с. III изд. С., ИК „Петко Венедиков“, 1999, 168 с.

Ново вещно право. I изд. С., Сиби, 1995, 256 с. II изд. С., ИК „Петко Венедиков“, 1999, 265 с.

Спомени. С., ИК „Петко Венедиков“, 2003, 560 с.

Съдебни речи. Френски и руски оратори от 19 век. Превод, съставителство и коментари. С., ИК „Петко Венедиков“, 2005, 487 с.

Циклостилни лекции

Българско гражданско право. Основни начала. Записки. С., литопеч., 1941, 126 с.

Курс върху основните начала на гражданското право. По лекциите на... С., летопеч. Николов, 1943, 207 с.

Курс върху основните начала на гражданското право. По лекциите на... 2 прераб. и доп. изд. С., летопеч. Щастие, без год., 163 с.

Увод в правната наука. Съкращение на лекциите на... С., литопеч. Щастие, 1945, 91 с.

Гражданско право (Преговорни лекции за II курс – правен отдел). С., цикл. печ. Бърз печат, 1948. 202 с.

Статии и студии

Смесените бракове според каноните и практиката на нашата черкова. – Юридически преглед, г. XXVIII (1927), 258-264.

Exceptio doli и *exceptio non numeratae pecuniae*. – Юридически архив, г. I (1929-1930), № 5, 609-626.

Гражданско дружество и имуществена общност. – Юридически архив, г. II (1930-1931), № 5-6, 476-489.

Клаузи за неотчуждаемост. – Юридически архив, г. III (1931-1932), № 5-6, 486-516.

Affectio societatis. – Юридически архив, г. III (1931-1932), № 4, 352-360.

Actio praescriptis verbis и римското право преди Юстиниановата кодификация. – ГСУЮФ, т. XXVII (1931-1932), 1-167. Също отделен отпечатък: С., печ. Гутенберг, 1932. 164 с.+III.

Допустим ли е иск за незаконно обогатяване срещу държавата. – Юридически архив, г. IV (1932-1933), № 1, 17-34.

Naturalis obligatio в класическото право. Встъпителна лекция. – ГСУЮФ, т. XXVIII, 1932/1933, 1-32.

Бележки върху чеиза и зестрата по действащото право у нас. – Юридически архив, г. V (1933-1934), № 6, с. 489-511.

Изследвания върху римското право. – ГСУЮФ, т. XXX (1934-1935).

Habitatio и *operae servi*. – ГСУЮФ, т. XXXI (1935-1936), 1-24.

Към съединението на вещи в римското право. – ГСУЮФ, т. XXXI, 1936, 1-21.

Даренията между годеници и чл. 317, ал. 3 на Закона за наследството. – Юридически архив, г. VI (1934-1935), № 6, 537-550.

Суперфиция и собственост върху постройка на чуждо място. – Юридически архив, г. VII (1935-1936), № 2, 109-120.

Der strafrechtliche Schutz des Staates in Bulgarien. – Zeitschrift für Osteuropäisches Recht, Vol. 3 (1936/1937), 135-148.

Встъпването в правата на удовлетворения кредитор в римското и българското гражданско право. – ГСУЮФ, т. XXXIII, 1937/1938, 1-150.

Действие на актовете за прехвърляне на вещни права върху недвижими имоти преди и след вписването им. – ГСУЮФ, т. XXXIV, 1938/1939, 2, 1-50.

Понятието *furtum*. – ГСУЮФ, т. XXXVI, 1940/1941, 1-140. Също отделен отпечатък: С., Университетска печатница, 1941, 140 с.

Положението на кредиторите при делбата. – Архив за правни науки, г. I (1940-1941), № 1, 29-42.

По въпроса за злоупотреблението с правото. – Архив за правни науки, г. II (1941-1942), № 6, 570-580.

Доклад до Съвета на Юридическия факултет по конкурса за частен хонориран доцент при катедрата по обща теория и философия на правото. – ГСУЮФ, т. XXXVII (1942), 1-9.

Длъжна ли е жената да следва мъжа си. – Юридическа мисъл, г. I (1945), № 1, 56-63.

Правото на съпруга в случай на развод да получи част от това, което другият съпруг е придобил по време на брака. – Социални закони, 1946, № 2, 33-37.

Задължение за издръжка по закона между съпрузи. – Социални закони, 1946, № 3, 76-80.

Отговорност на единия съпруг за сделки, сключени от другия. – Социални закони, 1946, № 6-9, 194-195, № 7, 217-219.

Съглашението за издръжка на децата при развод по взаимно съгласие. – Социални закони, 1947, № 1.

Чл. 14, ал. 7 СК и правото на запазена част. – Правна трибуна, бр. 9-10 (25 май 1969 г.), с. 3.

Проектът за ГПК и делбата. – Правна трибуна, бр. 23-24 (26 януари 1970 г.), с. 3.

Тежестта на доказването при иск за недължимо платено. – Правна трибуна, бр. 65-66 (28 декември 1971 г.), с. 3.

Даренията между съпрузи и разводът. – Правна трибуна, бр. 71-72 (11 март 1972 г.), с. 3.

Частична трансформация по чл. 13 от Семейния кодекс. – Правна трибуна, бр. 77-78 (13 юни 1972 г.), с. 3.

Възлагането по чл. 288, ал. 2 ГПК и частичната трансформация. – Правна трибуна, бр. 105 (27 февруари 1974 г.), с. 3.

Приносът на адвокатурата в правната литература. – Правна трибуна, бр. 113 (12 октомври 1974 г.), с. 2.

Из практиката на Върховния съд. – Правна трибуна, бр. 110 (12 юли 1974 г.), с. 3, бр. 111 (7 август 1974 г.), с. 3, бр. 112 (3 септември 1974 г.), с. 3, бр. 114 (12 ноември 1974 г.), с. 3, бр. 115 (18 декември 1974 г.), с. 3, бр. 116 (16 януари 1975 г.), с. 3, бр. 117 (14 февруари 1975 г.), с. 3, бр. 118-119 (15 март 1975 г.), с. 5, бр. 120 (15 април 1975 г.), с. 3, бр. 121 (21 май 1975 г.), с. 3, бр. 122 (12 юни 1975 г.), с. 3, бр. 123 (18 юли 1975 г.), с. 3.

Оспорване на завещателни разпореждания (лекция). С., Софийска адвокатска колегия, 1973, 15 с.

Залятата с витриол съперница (известни процеси от миналото). – Общество и право, 1986, № 3, 26-27.

Тройното убийство (известни процеси от миналото). – Общество и право, 1987, № 10, 32-34.

Завещание и душевна болест (известни процеси от миналото). – Общество и право, 1988, № 6, 32-34.

Писмата на министъра (известни процеси от миналото). – Общество и право, 1988, № 11, 32-34.

Една закъсняла изповед (известни процеси от миналото). – Общество и право, 1989, № 11, 34-36.

Завещателни разпореждания под срок. – Наука, 1991, № 2, 4-6.

Преподавателите в Юридическия факултет през 1924-1944 година. Кратки спомени. – Съвременен право, 1992, № 2, 67-80.

Прехвърляне на наследствен имот или дял от наследствен имот (чл. 76 ЗН). – Български законник, 1994, № 4.

Преглед на законодателството у нас и в чужбина

Женевската конвенция за унифициране на менителничното право от 7 юни 1930 г.. – Юридически архив, г. II (1930-1931), № 2, 161-167.

Новите италиански „Разпореждания върху несъстоятелността, превантивния конкордат и малките несъстоятелности“. – Юридически архив, г. II (1930-1931), № 4, 388-398.

Около законопроекта за предпазния конкордат. – Юридически архив, г. III (1931-1932), 252-264.

Новият закон за бюджета, отчетността и предприятията. – Юридически архив, г. V (1933-1934), № 4-5, 405-414.

Закон за спестовно-строителните дружества. – Юридически архив, г. VII (1935-1936), № 1, 67-73.

Наредба-закон за етажната собственост. – Юридически архив, г. VII (1935-1936), № 2, 173-174.

Наредба-закон за трудовия договор. – Юридически архив, г. VIII (1936-1937), № 2, 196-207.

Наредба-закон за задълженията за издръжка. – Юридически архив, г. IX (1937-1938), № 2, 201-206.

Закон за изменение и допълнение на Наредбата-закон за облекчение на длъжниците и за здравяване на кредита. – Юридически архив, г. X (1938-1939), № 2-3, 311-316.

Законът за уреждане собствеността върху недвижими имоти в земите, присъединени към царството 1913-1915 г.. – Архив за правни науки, г. I (1940-1941), № 5, 491-493.

Изменения в Закона за наследството от 1992 г. – Български законник, 1994, № 1.

Преглед на съдебната практика у нас и в чужбина

Мъжът, който след като е съжителствувал незаконно дълго време с една жена, я остави, дължи на тая жена обезщетение за вредите и загубите, които тя е претърпяла от това, даже когато съжителството е започнало без виновни действия от негова страна. Решение на Италианския касационен съд от 5 март 1929 г. – Юридически архив, г. I (1929-1930), № 4, 526-528.

Този, по чието неоснователно оплакване е възбудено следствие срещу едно лице, е длъжен да обезщети това лице за понесените от него вреди и загуби поради възбуждането на следствието, стига да е действувал

небрежно с подаването на оплакване, независимо от това, че следствието е било прекратено без обвиняемият да е бил предаден на съд. Решение на Италианския касационен съд от 14 ноември 1930 г. – Юридически архив, г. II (1930-1931), № 5-6, 526-528.

Названия на вестници и списания могат да се регистрират като индустриална марка. Р. на *Beschwerde Abteilung* от 14 февр. 1931 г. (д. № 4400) (28). – Юридически архив, г. III (1931-1932), № 1, 75-81.

Договор за заем при прекомерно висок лихвен процент е нищожен поради непозволена причина, макар и законът да не определя максимален процент за договорните лихви. Р. на Миланския апелативен съд от 28 ноември 1930 г.. – Юридически архив, г. III (1931-1932), 408-412.

Нищожен е договорът между група акционери на едно акционерно дружество, който между другото съдържа клауза, според която договарящите са длъжни да гласуват на общото годишно събрание така, както предварително реши мнозинството от тях. Решение на Италианския касационен съд от 27 юли 1932 г.. – Юридически архив, г. IV (1932-1933), № 4-5, 425-430.

Може ли да се наруши правото върху марка чрез фирмен надпис. Решение № 1137 на ВКС, II у.о., от 7 ноември 1933 г.. – Юридически архив, г. V (1933-1934), № 3, 300-304.

При подаряване на парична сума с уговорката, че с тази сума надареният ще купи определен недвижим имот, ако дарението се окаже нищожно, може ли дарителят да търси от надарения не броевите пари, а купения с тях имот?. Решение на Генуезкия апелативен съд от 31 януари 1931 г., Решение на Италианския касационен съд, общо събрание, от 20 януари 1932 г.. – Юридически архив, г. V (1933-1934), № 2, 171-179.

Регистрирана марка не може да се обърне в наименование на стока. Решение на ВАС № 580 от 15 ноември 1933 г.. – Юридически архив, г. VI (1934-1935), № 4-5, 475-477.

Как трябва да се разпределят между собствениците на апартаменти разносните за поддържане на общите части в състояние, годно за нормално използване (разноски за чистота, осветление и пр.). Решение № 405/1936 г. на ВКС, г.о. – Юридически архив, г. VIII (1936-1937), № 6, 692-695.

Когато се прехвърля ипотечно вземане нужно ли е да се съобщи на длъжника за прехвърлянето, ако то е отбелязано в ипотечните книги. Решение № 177/1933 г. на ВКС, I г.о. Сборник 1933 г., стр. 47. – Юридически архив, г. IX (1937-1938), № 1, 72-74.

Нужно ли е договорът за наем на недвижим имот за повече от три години

да бъде вписан, за да има действие между страните. Решение № 523/1937 г. на ВКС, I г.о. Сборник, № 316. – Юридически архив, г. IX (1937-1938), № 5-6, 592-594.

В кои случаи може да се издаде изпълнителен лист въз основа на ипотечен акт. – Юридически архив, г. X (1938-1939), № 6, 602-606.

Може ли да бъде упражнено правото на изкупуване по закона при продажбата на наследствени права. Решение № 651/1938 г. на ВКС, IV г.о. Сборник 1938 г., стр. 102. – Юридически архив, г. XI (1939-1940), № 4, 400-402.

Каква е наследствената част на преживелия съпруг, когато наследява заедно с две деца от разен пол, но които получават равни дялове. Решение № 556/1938 г. на ВКС, III г.о. Сборник 1938 г., стр. 839. – Юридически архив, г. XI (1939-1940), № 4, 402-407.

Правата на собственика върху ползите и доходите от общия имот. Решение № 6/1940 г. на ВКС, III г.о.. – Архив за правни науки, г. III (1942-1943), № 5, 419-422.

Рецензии, отзиви, съобщения

Преглед на чуждестранния периодичен печат. – Юридически архив, г. I (1929-1930), № 2, 259-272, № 3, 392-404, № 4, 541-544, № 5, 679-683, № 6, 792-795; г. II (1930-1931), № 4, 408-412, № 5-6, 626-628; г. III (1931-1932) - (заедно с В. Берон), с. 224, с. 421, с. 608.

Рец.: *Studi in onore de P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*. Milano, 1930. – Юридически архив г. III (1931-1932), с. 419.

Рец.: *P. Bonfante. Scritti giuridici varii*, Torino, 1930. – Юридически архив г. III (1931-1932), с. 419.

Рец.: *Мух. н. Геновски и Ив. Тамамджиев*. Речник на латинската юридическа терминология. – Юридически архив, г. II (1930-1931), № 2, 184-185.

Рец.: *Index interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*. Editionem a L. Mitteis in choatam ab aliis viris doctis perfectam curaverunt E. Levy et E. Ravel. Tomus I ad libros Digestorum I – XX pertinens. Weimar. Hermann Böhlhaus Nachfolger. 1929. Стр. XXIV-402. – Юридически архив, г. II (1930-1931), № 2, 185-187.

Виторио Шалоя (24 април 1856 г. – 20 ноември 1933 г.) - Юридически архив, г. V (1933-1934), № 2, 190-191.

Рец.: *Вл. А. Маниулов, секретар на ВКС, I г.о.* Закон за привилегиите и ипотеките, разяснен с практиката на Върховния касационен съд. С

предговор от проф. В. Ганев. – Юридически архив, г. VIII (1930-1931), № 3, с. 359.

Рец.: *Prof. Luigi Cariota-Ferrara. I negozi sul patrimonio altrui.* Стр. 1-412. изд. CEDAM – Padova. – Архив за правни науки, г. I (1940-1941), № 1, 101-102.

Рец.: Х. Вълчанов. Коментар върху Закона за давността. 352 стр., 140 лв. – Архив за правни науки, г. I (1940-1941), № 1, с. 102.

Рец.: *Бележки по повод нов труд на проф. А. Пантев върху годините 1887-1918.* – Демокрация, г. IV (1993), бр. 216 от 16.09.1993 г., с. 4.

За него

Диков, Л. Петко Венедиков. Система на българското вещно право. Изд. 1937 година. Печатница С. М. Стайков, 352 страници. – Юридически архив, г. VIII (1936-1937), № 4-5, 574-577.

Редколегия. Петко Венедиков. Система на българското вещно право. С., печ. С. М. Стайков, 1937 г. 352 с. – Правна мисъл, г. III (1937), № 3, 255-256.

Василев, Л. Петко Венедиков. Ипотеки, залог, привилегии. Систематичен курс, С., 1938. – Юридически архив, г. IX (1937-1938), № 5-6, 647-648.

Диков, Л. Петко Венедиков. Система на българското наследствено право, 1939 година, 425 с. – Юридически архив, г. XI (1939-1940), № 1, 105-106.

Диков, Л. Петко Венедиков. Система на българското вещно право, II издание, 1939 година, 405 с. – Юридически архив, г. XI (1939-1940), № 1, 106-107.

Таджер, В. Петко Венедиков. Съсобственост (Правни въпроси). С., Наука и изкуство, 1975. 174 с. – Социалистическо 1975, № 9, 61-65.

Чолов, Р. Проф. Петко Венедиков на 85 г. – Съвременно право, 1990, № 2, 68-71.

Пантев, А. По повод една статия. – Дума, г. IV (1993), бр. 276 от 25.11.1993 г., с. 11.

Гуджева, Н. Една забележителна премиера. [Представяне на монографията на Венедиков, Петко. Ипотеки, залог, привилегии] – Съвременно право, 1994, № 2, 117-118.

Таджер, В. В памет на проф. Петков Венедиков. – Български законник, 1995, № 4, 1-2.

Юбилеен сборник в памет на професор Петко Венедиков. Научна редакция и биографични бележки проф. Вл. Петров. С., Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2008, 383 с.

Иванова, Н. Проф. Петко Венедиков – изтъкнат юрист и блестящ преподавател. – Общество и право, 2011, № 1, 128-130.

ПРЕГЛЕД НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

ЗА ОБЕЗЩЕТЕНИЕТО НА ВОЕННИТЕ СЛЕДОВАТЕЛИ В КАЧЕСТВОТО ИМ НА МАГИСТРАТИ

РЕШЕНИЕ

№ 167

София, 24.07.2013 г.

Върховният касационен съд, ГК, III г.о. в публично заседание на дванадесети юни, две хиляди и тринадесета година в състав:

Председател: Капка Юстиниянова

Членове: Любка Богданова

Светла Димитрова

при секретаря Райна Стоименова

като изслуша докладваното от съдията Богданова гр.д №.1372 по описа за 2012 год. за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 290 ГПК.

Образувано е по касационна жалба на С. Е. С. от [населено място] срещу въззивно решение от 28.08.2012 г. по гр.д. № 4395/2011 г. на Софийски градски съд, с което е отменено решението на Софийски районен съд от 7.01.2011 г. по гр.д. № 33935/2010 г. в частта, с която Окръжен съд [населено място] е осъден да заплати на С. Е. С. сумата 2 296 лв. на основание чл.225, ал.1 ЗСВ и сумата 624.18 лв. на основание чл.86, ал.1 ЗЗД мораторна лихва за периода 2.06.2008 г. до 14.07.2010 г., като вместо него в тази част е постановено ново, с което са отхвърлени исковете и е потвърдено първоинстанционното решение в частта, с която са отхвърлени за разликата до пълния предявен размер. Поддържа се, че решението е постановено в противоречие с материалния закон, със съдопроизводствените правила и е необосновано- основания за касационно обжалване по чл.281, т.3 ГПК.

Ответната страна-Окръжен съд, [населено място] не е изразила становище по касационната жалба.

Върховният касационен съд, състав на III г.о., констатира че касационната жалба е подадена в срока по чл. 283 ГПК, срещу подлежащ на обжалване акт на въззивен съд и е допустима.

С определение № 340 от 19.03.2013 г. е допуснато касационно обжалване по въпросите: стажът като следовател към Военно-окръжна прокуратура, [населено място] набран до приемането на Закона за съдебната власт /ДВ бр.64/2007 г./ следва ли да се зачете като такъв в органите на съдебната власт; кой е законът приложим към правоотношението, възникнало на основание чл. 225, ал.1 ЗСВ, при определяне основателността на вземането за обезщетение по него и за квалифициране на заеманите от жалбоподателя длъжности в миналото като такива включени в магистратските- действалият към момента на набиране на стажа за съответната длъжност закон, или този който действа при възникване на основанията за обезщетяване; включва ли се размерът на средствата, изплащани като допълнително материално стимулиране в този на brutното трудово възнаграждение по чл. 225, ал. 1 ЗСВ.

По поставеният въпрос- стаж като следовател към военно-окръжна прокуратура набран до приемане на Закона за съдебната власт /ДВ бр.64/2007 г./ следва ли да се зачете като такъв в органите на съдебната власт настоящият съдебен състав намира следното:

С разпоредбата на чл. 119, ал. 1 от Конституцията на Република България са предвидени отделно от общите съдилища военни съдилища, които с нормата на чл. 66, ал. 2 ЗСВ /отм./ са приравнени на окръжните. С нормата на чл. 67, ал. 2 ЗСВ /отм./ е посочено, че към военния съд има прокуратура и военни следователи. Логическото тълкуване на чл. 66, ал. 2 и чл. 67, ал. 2 ЗСВ /отм./ налага извода, че при изброяването на съдийските, прокурорските и следователските длъжности в разпоредбата на чл.125 ЗСВ /отм./ не са посочени изрично съдийските, прокурорските и следователските длъжности във военните съдилища. Разпоредбата на чл. 124, ал. 1 ЗСВ /отм./ установява, че съдиите, прокурорите и следователите се назначават, повишават, понижават, преместват и освобождават от длъжност с решение на Висшия съдебен съвет, въз основа на което се издава съответен акт от административния ръководител по чл. 30, ал. 1. Според ал. 2 от същата разпоредба назначените на длъжностите по ал. 1 във военните съдилища се приемат на кадрова военна служба и им се присвоява офицерско звание. Те обаче са съдии, прокурори и следователи по см. на чл. 129, ал. 3 от Конституцията и на чл. 124 ЗСВ /отм./ наравно със съдиите, прокурорите и следователите при общите

съдилища. В качеството им на кадрови военнослужещи за преминаването на службата им се прилага Закона за отбраната и въоръжените сили /отм./, доколкото неговите правила не са дерогирани с правилата на Закона за съдебната власт. Лицата, които са изпълнявали тези длъжности във военните съдилища, са съдии, прокурори и следователи наравно със съдиите, прокурорите и следователите в общите съдилища и стажът им следва да бъде зачетен като такъв в органите на съдебната власт.

По въпроса кой е законът, приложим към правоотношението, възникнало на основание чл. 225, ал. 1 ЗСВ, при определяне основателността на вземането за обезщетение по него и за квалифициране на заеманите от жалбоподателя длъжности в миналото като такива включени в магистратските- действалият към момента на набиране на стажа за съответната длъжност закон, или този който действа при възникване на основаниято за обезщетяване настоящият съдебен състав приема следното:

Правото на парично обезщетение /или разликата между новополагащото се и вече получено такова/ е имуществено право, което възниква съгласно разпоредбата на чл. 225 от Закона за съдебната власт при освобождаване от длъжност на съдия, прокурор или следовател с повече от 10 години стаж на такава длъжност, като съгласно § 14 ПЗР ЗСВ за военните съдии, военните прокурори и военните следователи се прилагат разпоредбите на Закона за отбраната и въоръжените сили на Република България, като прослужените години в системата на Министерството на вътрешните работи се смятат за военна служба.

По въпроса включва ли се размерът на средствата, изплащани като допълнително материално стимулиране в този на brutното трудово възнаграждение по чл.225, ал.1 ЗСВ съдът приема следното:

Обезщетението по чл. 225, ал. 1 ЗСВ се определя според броя на прослужените години в съдебната система и се съизмерява със съответстващия им брой месечни brutни възнаграждения. В ЗСВ не е определен начинът, по който се формира brutното месечно възнаграждение при изчисляване на обезщетението по чл. 225, ал. 1 от същия. По силата на препращането, регламентирано в нормата на чл. 229 ЗСВ за неуредените в закона случаи се прилага Кодекса на труда. При изчисляване размера на обезщетенията по КТ за база се взема brutното трудово възнаграждение за месеца, предхождащ месеца, в който е възникнало основаниято за съответното обезщетение или последното получено от работника или служителя месечно brutно трудово

възнаграждение, доколкото друго не е предвидено чл. 228 КТ. Съобразно правилата на Наредбата за структурата и организацията на работната заплата - чл. 17, ал. 1 от наредбата, в брутното трудово възнаграждение в случаите на чл. 228 КТ се включва основното трудово възнаграждение, възнаграждението над основната заплата, определено според прилаганите системи за заплащане на труда, допълнителните трудови възнаграждения с постоянен характер, определени с наредбата, с друг нормативен акт, с колективния или индивидуалния трудов договор или с вътрешен акт на работодателя, доколкото друго не е предвидено в КТ и други изрично изброени възнаграждения. В чл. 15 НСОПЗ, като допълнителни трудови възнаграждения с постоянен характер наредбата определя тези, които се заплащат за образователна и научна степен и за придобит трудов стаж и професионален опит, както и тези допълнителни възнаграждения, които се изплащат постоянно заедно с полагащото се за съответния период основно възнаграждение и са в зависимост единствено от отработеното време. Следователно, в брутното трудово възнаграждение се включват основното трудово възнаграждение и допълнителни трудови възнаграждения с постоянен характер - предвидими и сигурни, определени в колективен трудов договор и/или във вътрешните правила за работната заплата в предприятието и в индивидуалния трудов договор. Целевата награда и месечната премия поради предназначението си да стимулират трудовото участие и да наградят показан висок трудов резултат, явно не спадат към допълнителните трудови възнаграждения с постоянен характер.

При дадените отговори на поставените правни въпроси настоящият съдебен състав намира касационната жалба за частично основателна.

Софийски градски съд е отменил решението на първата инстанция в частта, с която Окръжен съд, [населено място] е осъден да заплати на С. Е. С. сумата 2 296 лева, на основание чл. 225, ал. 1 ЗСВ, представляваща обезщетение при освобождаване от длъжност "окръжен съдия" в Окръжен съд, [населено място] за една година в системата на органите на съдебната власт, лихва за забава върху същата в размер на 624.18 лева и е отхвърлил исковете, като е потвърдил първоинстанционното решение в отхвърлената част. Приел е, че длъжността "военен следовател" във Военно-окръжна прокуратура, [населено място], която ищецът е заемал през периода 10.03.1993 г. до 15.06.1998 г. е била извън системата на съдебната власт, тъй като с нормата на чл.113, ал.1 ЗСВ /отм./ военна прокуратура изрично е изключена от органите на съдебната власт, като военно учреждение. Към момента на прекратяване на правоотношението

между страните магистратския стаж на ищеца е бил 11 години, девет месеца и един ден. Дължимото обезщетение по чл. 225, ал. 1 ЗСВ за 11 години магистратски стаж, определено съобразно brutното трудово възнаграждение за последния месец е в размер на 25 256 лева, което е изплатено в пълен размер. Приел е, че в размера на brutното трудово възнаграждение, получено за последния отработен месец не следва да се включва допълнителното материално стимулиране, тъй като то няма постоянен характер по смисъла на чл. 17, ал. 1, т. 3 НСОПЗ. В обобщение е приел, че дължимото обезщетение е изплатено в пълен размер и е отхвърлил исковете.

С оглед приетото, че длъжността военен следовател се включва в системата на съдебната власт следва, че периода от 10.03.1993 г. до 15.06.1998 г., в който ищеца С. е работил като такъв се включва като стаж в съдебната система по смисъла на чл.225, ал.1 ЗСВ. Ищецът има общо 17 години стаж в съдебната система, от които 2 години като следовател към Окръжна следствена служба, [населено място], 5 г., 3 м. и 5 дни като военен следовател във Военно-окръжна прокуратура, [населено място] и 9 г., 7 м. и 1 ден като окръжен съдия в Окръжен съд, [населено място]. Безспорна е по делото, че на същият е изплатено обезщетение по чл.237, ал.1 ЗОВС в размер на пет brutни месечни възнаграждения, при освобождаването му от длъжност военен следовател. При освобождаването от длъжност окръжен съдия на С. е изплатено обезщетение в размер на 25156 лв. на основание чл. 225, ал. 1 ЗСВ.

При тези данни настоящият съдебен състав намира, че размерът на дължимото еднократно парично обезщетение при освобождаване от длъжност съдия на ищеца е равен на толкова brutни месечни възнаграждения, колкото прослужени години има в органите на съдебната власт. Обезщетението е еднократно и се определя според броя прослужени години в системата на съдебната власт и се съизмерява със съответстващия им брой brutни трудови възнаграждения, но не повече от 20. В случая ищецът има 17 прослужени години в органите на съдебната власт и размера на паричното обезщетение по чл. 225, ал. 1 ЗСВ е равен на 17 brutни месечни възнаграждения. При отчитане еднократността на дължимото обезщетение и обстоятелството, че прослужените години като военен следовател се включват като такива в органите на съдебната власт следва, че при повторно освобождаване от съдебната система се дължи разликата за допълнително прослужените след първото освобождаване години. При прекратяване на

правоотношението му за длъжността военен следовател същият е получил обезщетение по чл. 237, ал.1 ЗОВС /отм./ в размер на 5 брутни месечни възнаграждения. От дължимото обезщетение по чл.225, ал. 1 ЗСВ следва да се приспадне обезщетението, получено при предишното освобождаване, съгласно разпоредбата на чл.225, ал.4 ЗСВ, т.е. на ищеца се дължи разликата между новополагащото му се и вече полученото такова. В настоящия случай на ищеца е следвало да бъде изплатено обезщетение в размер на 12 месечни брутни възнаграждения, след приспадане на изплатеното при предишното му освобождаване обезщетение в размер на 5 брутни възнаграждения /разликата между дължимото и получено обезщетение/. Приспадат се съответния брой брутни възнаграждения, а не сумите по тях. При изчисляване размера на дължимото обезщетение, с оглед препращането към КТ за база следва да се вземе брутното трудово възнаграждение за месеца, предхождащ месеца, в който е възникнало основанието за обезщетението. Ищецът е освободен от длъжност съдия в Окръжен съд, [населено място] с решение на ВСС № 3 от 16.01.2008 г. и следва да се вземе предвид брутното трудово възнаграждение за м. декември 2007 г., което възлиза на 2296 лв. С оглед приетото, че при изчисляване на месечното брутно трудово възнаграждение не се включва допълнителното материално стимулиране, тъй като не представлява постоянен доход по см. на чл.17, ал.1 и ал.2 НСОПЗ от полученото ма м. декември 2007 г. трудово възнаграждение следва да се приспадне допълнителното материално стимулиране в размер на 2 522.32 лв. При изчисляване на дължимото обезщетение по чл.225, ал.1, вр. ал.4 ЗСВ следва да се приспадне броя на изплатените брутни месечни възнаграждения, които са 5, а не същото да се изчислява съобразно стажа за длъжността военен следовател от която е бил освободен. Дължимото в случая обезщетение според броя прослужени години в системата на съдебната власт и съизмерено със съответстващия им брой брутни трудови възнаграждения е равно на 12 месечни брутни трудови възнаграждения в размер общо на 27 552 лева. Ответникът му е изплатил обезщетение съответстващо на 11 месечни брутни трудови възнаграждения в размер на 25 256 лева. За сумата 2296 лв. /разликата над 25 256 лв. до 27 552 лв./ искът следва да бъде уважен. Върху посочената сума следва да се присъди лихва за забава в размер на 624.18 лв., за периода 2.06.2008 г. до 14.07.2010 г., на основание чл.86 ЗЗД. Ищецът е отправил покана за заплащане на обезщетение по чл.225, ал.1 ЗСВ, получена на 2.06.2008 г.

Искът за сумата 2296 лв. е основателен и предвид изпадането на длъжника в забава за посочения период, последният дължи лихва в този размер.

По изложените съображения настоящият съдебен състав намира, че решението на въззивния съд в частта, с която е отхвърлен иска по чл.225, ал.1 ЗСВ за сумата 2 296 лв. и искът за лихва за забава в размер на 624.18 лв. е неправилно. На основание чл.293, ал.2 ГПК в тази част ще следва да се реши по същество от касационната инстанция, като на основание изложените мотиви исковете за посочените суми се уважат. В останалата част решението като правилно ще следва да се остави в сила.

Водим от горното, Върховният касационен съд, III гражданско отделение

РЕШИ:

ОТМЕНЯ въззивно решение от 28.08.2012 год. по гр.д. № 4395/2011 год. на Софийски градски съд в частта, с която са отхвърлени, предявените от С. С. срещу Окръжен съд, [населено място] иск с правно основание чл.225, ал.1 ЗСВ за сумата 2296 лв. и иск с правно основание чл.86, ал.1 ЗЗД за сумата 624.18 лв. и вместо него в тази част ПОСТАНОВЯВА

ОСЪЖДА Окръжен съд, [населено място], [улица] да заплати на С. Е. С. от [населено място], [улица], вх. А, ап.6 сумата 2296 /две хиляди двеста деветдесет и шест/ лева, представляваща обезщетение при освобождаване от длъжност съдия в Окръжен съд, [населено място] за една година прослужено време в органите на съдебната власт, на основание чл.225, ал.1 ЗСВ, ведно със законната лихва считано от 14.10.2010 г. до окончателното изплащане на сумата, както и сумата 624.18 /шестотин двадесет и четири лева и осемнадесет стотинки/ лева, представляваща лихва за забава върху главницата, за периода 2.06.2008 г. до 14.07.2010 г., на основание чл.86, ал.1 ЗЗД.

Оставя в сила въззивното решение в останалата обжалвана част.

Решението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ :

ЧЛЕНОВЕ :

СЪДЕБНА ЕТИКА, БЕЗПРИСТРАСТНОСТ НА СЪДИЯТА, КОНФЛИКТ НА ИНТЕРЕСИ

**ПРЕДСТАВЛЯВА ЛИ ДИСЦИПЛИНАРНО НАРУШЕНИЕ
НЕСПАЗВАНЕТО НА ПРОЦЕСУАЛНИЯ ЗАКОН ОТ СТРАНА НА
СЪДИЯТА?**

РЕШЕНИЕ

№ 13036

София, 09.10.2013

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Шесто отделение, в съдебно заседание на десети септември две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: АЛЕКСАНДЪР ЕЛЕНКОВ

ЧЛЕНОВЕ: ГЕОРГИ ГЕОРГИЕВ

АНЕЛИЯ АНАНИЕВА

при секретар
на прокурора

Росица Тодорова
Валентина Драганова

и с участието
изслуша
докладването

от председателя **АЛЕКСАНДЪР ЕЛЕНКОВ**
по адм. дело № 6000/2013.

Производство по чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 323 от Закона за съдебната власт (ЗСВ). Образувано е по жалба на Мария Иванова Иванова от гр. София срещу решението на Висшия съдебен съвет по т. 29 от заседанието на 11.04.2013 г., с което ѝ е наложено дисциплинарно наказание по чл. 308, ал. 1, т. 8 ЗСВ - дисциплинарно освобождаване от длъжността съдия в Софийски градски съд.

Жалбата е редовна от формална страна и е процесуално допустима - подадена е от лицето, на което наложено дисциплинарното наказание и е постъпила във Върховния административен съд на 17.04.2013 г., т.е. в срока по чл. 323, ал. 1 ЗСВ.

Настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, като обсъди основанията за отмяна на оспореното решение, посочени от оспорващата и като провери въз основа на представените от страните доказателства законосъобразността на това решение на всички основания по чл. 146 АПК, приема за установени следните факти и произтичащи от тях правни изводи:

I. От доказателствата по делото е видно, че:

1. Със заповед № Ж-01-653 от 22.07.2011 г. главният инспектор при Инспектората към Висшия съдебен съвет, позовавайки се на подаден от адвокат Пламен Славов сигнал № Ж-01-653 от 01.07.2011 г. по описа на Инспектората, на основание чл. 56, ал. 1, пр. 2 и чл. 58 ЗСВ е разпоредил да се извърши проверка по образуването, движението и приключването на гражданските дела и обезпечителните производства за 2011 г., разпределени на съдия Мария Георгиева в Софийски градски съд

Забележка: По това време жалбоподателката е била с фамилно име Георгиева по акт за граждански брак, но след прекратяването на брака с развод, непосредствено преди процесното заседание на ВСС, отново е с фамилното име преди гражданския брак - Иванова, т.е. имената Мария Иванова Георгиева или само Мария Георгиева са имена на жалбоподателката Мария Иванова Иванова.

С тази заповед главният инспектор е възложил разпоредената от него проверка на инспектор Незабравка Стоева с подпомагащи експерти Николай Илиев и Мая Михайлова. По делото няма доказателства дали главният инспектор е определил проверяващия инспектор и подпомагащите го двама експерти на принципа на случайния подбор чрез електронно разпределение според поредността на постъпване на сигналите (императивно правило по чл. 57, ал. 2 ЗСВ).

Проверката е приключила с Акт за резултати от извършена проверка, който се намира на л. 93 - 117 от настоящето адм. дело № 6000/2013 г. на ВАС-VI о.

2. Въз основа на данните от проверката Инспекторатът към ВСС е изготвил и внесъл във Висшия съдебен съвет Предложение за налагане на дисциплинарно наказание изх. № Ж-01-653 от 20.10.2011 г., подписано от главния инспектор, с което е направил предложение по чл. 54, ал. 1, т. 6

ЗСВ да бъде образувано дисциплинарно производство срещу съдия Мария Иванова Георгиева за извършени от нея нарушения на чл. 307, ал. 4, т. 1, 2, 4 и 5 ЗСВ с оглед налагане на дисциплинарно наказание по чл. 308, ал. 1, т. 6 ЗСВ - дисциплинарно освобождаване от длъжност. В предложението на Инспектората са описани следните твърдяни от него дисциплинарни нарушения на Мария Иванова (Георгиева):

а) дисциплинарно нарушение по смисъла на чл. 307, ал. 4, т. 1 ЗСВ - системно неспазване на сроковете, предвидени в процесуалните закони, при изготвянето на съдебните актове по:

аа) 44 броя административни дела, от които:

- по 34 дела към 05.08.2011 г. (към която дата са данните в изготвената за целта на проверката писмена справка) не са постановени решения, като на делата е даден ход по същество и са обявени за решаване в периода 02.02.2010 г. - 27.04.2010 г., т.е. решенията по делата не са постановени след изтичането на период от 15 - 17 месеца;

- по 11 от тези 44 административни дела, обявени за решаване в периода 15.10.2009 г. - 27.04.2010 г., решенията са постановени след изтичането на период от 9 - 16 месеца.

(Тук е вмъкнато пояснение, че „в периода от 10.05.2010 г. до 31.03.2011 г. съдия Мария Георгиева е била в отпуск по болест и горепосочените 44 бр. дела са били обявени за решаване преди началото на продължителния отпуск по болест, но въпреки наличието на обективни причини за постановяване на решенията по посочените дела в законоустановения едномесечен срок, следва да се посочи, че дори след завръщането на съдия Георгиева на работа на 31.03.2011 г. е изтекъл период от повече от четири месеца без по делата да са постановени решения“.)

аб) 12 дела, образувани по молби за допускане на обезпечение на бъдещ иск, по които към 11.07.2011 г. (датата, на която е била направена проверката по тези дела) няма произнасяне на съдия Мария Георгиева в нарушение на разпоредбата на чл. 395, ал. 2 ГПК, съгласно която молбата за допускане на обезпечение се разрешава в закрито заседание в деня на подаването ѝ, а описаните (в таблица на с. 4 от предложението, респ. на л. 86 от настоящето дело) 12 дела са били образувани в периода 18.04.2011 г. - 21.04.2011 г., като в този смисъл периодът, в който няма произнасяне на съдията - докладчик е почти 3 месеца.

(Тук са вмъкнати две пояснения: първото има по-кратко съдържание и пояснява, че „към приключването на проверката по 6 от 12-те дела, посочени в таблицата, има произнасяне на съдия-докладчика с

постановени съдебни актове; второто е по обширно по съдържание и пояснява, че по ч.гр.д. № 9712/2011 г. и ч.гр.д. № 10394/2011 г. са констатирани „изключително бързо извършване на процесуални действия от страна на съдия Георгиева“, което налага извод „за тенденциозно отношение на съдия Георгиева, каквито оплаквания се съдържат и в сигналите, постъпили в ИВСС.)

б) дисциплинарно нарушение по смисъла на чл. 307, ал. 4, т. 2 ЗСВ - действие или бездействие, което неоправдано забавя производството:

ба) по ч.гр.д. № 5358/2011 г. (съдия Мария Георгиева) не извършва в продължение на повече от два месеца реални действия по администриране и изпращане на подадена жалба във ВКС; на 01.07.2011 г., на 21.07.2011 г. и на 22.08.2011 г. в СГС са постъпили общо 3 писма на ВКС с искане за незабавно изпращане на ч.гр.д. № 5358/2011 г., защото е направено искане за спиране на изпълнението (вероятно по чл. 309 ГПК); делото е било изпратено във ВКС чак на 26.08.2011 г. с писмо изх. № 15141 от същата дата, въпреки че отговор по искането за отмяна е бил даден от другата страна още на 30.06.2011 г.

бб) (съдия Мария Георгиева) не проверява и не следи своевременно за редовността на подадени жалби до Апелативен съд - София, което е основание за връщането им за окомплектоване - ч.гр.д. № 4944/2011 г. и ч. гр. д. № 5196/2011 г.;

бв) (съдия Мария Георгиева) без основание задържа дела в кабинета си - гр. д. № 9879/2011 г.

в) дисциплинарно нарушение по смисъла на чл. 307, ал. 4, т. 5 ЗСВ - неизпълнение на други служебни задължения:

ва) (съдия Мария Георгиева) не е изпълнила служебното си задължение по чл. 126, ал. 1 ГПК (когато в един и същ съд ... има висящи две дела между същите страни, на същото основание и за същото искане, по-късно заведеното дело се прекратява служебно от съда) - по молби с едни и същи страни и предмет, по които са образувани дела и същите са разпределени на доклад на съдия Мария Георгиева, съдебният състав не е прекратявал по-късно образуваното дело, което създава впечатление, че съдията съзнателно е задържал и двете производства с цел постановяване на ново определение за допускане на обезпечение, в случай на отмяна от горната инстанция на допуснатото вече обезпечение; такива дела са: - ч.гр.д. № 5064/2011 г., образувано на 20.04.2011 г. по молба вх. № 35929 от 20.04.2011 г. за обезпечение на бъдещ иск с правно основание чл. 26, ал. 2 ЗЗД (според тази разпоредба нищожни са и договорите, които имат

невъзможен предмет, договорите, при които липсва съгласие, предписана от закона форма, основание, както и привидните договори) и цена от 180000 евро, подадена от „Медиа Плент“ ЕООД със седалище и адрес на управление гр. Пловдив срещу "Българска банка за развитие" АД и ч.гр.д. № 5054/2011 г., също образувано на 20.04.2011 г. по молба вх. № 35808 от 19.04.2011 г., също подадена от „Медиа Плент“ ЕООД срещу „Българска банка за развитие“ АД за обезпечение на бъдещ иск със същото правно основание - чл. 26, ал. 2 ЗЗД и за същата сума от 180 000 евро; по второто от тези дела е постановено определение от 21.04.2011 г., с което е допуснато обезпечение на бъдещ иск чрез спиране на принудителното изпълнение по изпълнително дело, определена е парична гаранция в размер на 3000 лв. (чл. 390, ал. 4, изр. 2 ГПК) и е определен максималният едномесечен срок за предявяването на иска (чл. 390, ал. 3, изр. 1 ГПК), а по първото от посочените дела с разпореждане от 26.04.2011 г. молбата за обезпечение е оставена без движение с указания да бъде внесена държавна такса;

- ч. гр. д. № 5186/2011 г. е образувано на 21.04.2011 г. по молба с вх. № 36343 от 20.04.2011 г. за обезпечаване на бъдещ иск с правно основание чл. 19, ал. 3 ЗЗД (Всяка от страните по предварителния договор може да предяви иск за сключване на окончателния договор. В такъв случай договорът се счита сключен в момента, в който решението влезе в законна сила.), подадена от „Олимпия“ ООД срещу „София Риал Естейтс“ ООД, за спиране на принудителното изпълнение по изп. дело № 20108440402864 на ЧСИ Стоян Якимов като обезпечителна мярка и възбрана на недвижим имот, също като обезпечителна мярка, и ч.гр.д. № 5091/2011 г., образувано на 20.04.2011 г. по молба вх. № 35697/19.04.2011 г., която, според предложението на главния инспектор, била идентична с молбата по първото дело; и по двете дела молбите за обезпечаване са били оставени без движение за внасяне на държавна такса, но и двете съобщения, изпратени до молителя, не са били върнати.

вб) (съдия Мария Георгиева) е нарушила правилата, определени с чл. 14, ал. 1 ГПК (на съдилищата са подведомствени всички граждански дела), чл. 389, ал. 1 ГПК (във всяко положение на делото до приключване на съдебното дирене във въззивното производство ищецът може да иска от съда, пред който делото е висящо, да допусне обезпечение на иска) и с чл. 390, ал. 1 (обезпечение може да се иска и преди предявяване на иска от родово компетентния съд по постоянния адрес на ищеца или по местонахождението на имота, който ще служи за обезпечение) и ал. 3 ГПК (В случая по ал. 1 съдът определя срок за предявяване на иска, който

не може да бъде по-дълъг от един месец. Ако не бъдат представени доказателства за предявяването на иск в определения срок, съдът служебно отменя обезпечението.):

- по ч.гр.д. № 9705/2011 г. съдът е допуснал спиране на изпълнително дело, образувано от частен съдебен изпълнител с район на действие Окръжен съд - гр. Бургас, с което е нарушена разпоредбата на чл. 390, ал. 3 ГПК (тук вероятно е допусната техническа грешка, като е изписан чл. 390, ал. 3 ГПК вместо чл. 390, ал. 4, изр. 1-во ГПК, според който молбата за обезпечение на бъдещ иск чрез спиране на изпълнението се подава до родово компетентния съд по мястото на изпълнението)

- по ч.гр.д. № 5076/2011 г. (съдия Мария Георгиева) допуска обезпечение на бъдещ иск, който не е бъдещ - по този иск, вече предявен към датата, на която е допуснато обезпечението, е било образувано и висящо към момента на проверката гр.д. № 2076/2010 г. на СГС.

вв) (съдия Мария Георгиева) не е спазила разпоредбите на чл. 391, ал. 1, т. 2 и ал. 3 ГПК по посочените в предложението на главния инспектор дела, по които е определяла размер на паричната гаранция по чл. 180 и чл. 181 ЗЗД без ясно очертан критерий, в резултат на което по две от тези дела - ч.гр.д. № 805/2010 г. и ч.гр.д. № 5076/2011 г. - при тъждественост на спора и страните, по първото дело е определила гаранция от 10000 лв. при цена на иска 75000 евро, а по второто дело - 3000 лв. парична гаранция при същата цена на иска от 750000 евро.

(Тук в предложението на Инспектората е изразено становище, че „липсата на законови критерии за определянето на конкретните парични гаранции е осигурило възможност за прилагане на безпринципен и недобросъвестен подход от съдия Мария Георгиева, довел до нееднаквото третиране на различните молители в отделните производства от една страна и до неравностойни възможности за ответниците, от друга страна, да бъдат обезщетени за причинените им от обезпечителните мерки вреди“. Тези обстоятелства, според предложението, създават недопустими по отношение на орган на съдебната власт съмнения за тенденциозност, ангажираност и игнориране на очакванията за професионална отговорност при изпълнението на един от основните принципи в работата на съдията - безпристрастност, определен с Кодекса за етично поведение на българските магистрати.)

вг) (съдия Мария Георгиева) не е спазила изискването на чл. 390, ал. 2, изр. последно ГПК (ако не бъдат представени доказателства за

предявяването на иск в определения срок, съдът служебно отменя обезпечението - но от 05.06.2009 г. ал. 2 на чл. 390 ГПК е вече ал. 3, защото с § 7 от Закона за изменение и допълнение на ГПК, обн., ДВ, бр. 42 от 05.06.2009 г. в чл. 390 е създадена нова ал. 2, а ал. 2 и 3 стават съответно ал. 3 и 4), като не е направила необходимата служебна проверка по ч.гр.д. № 4906/2011 г. и по ч.гр.д. № 4916/2011 г. на СГС, по които не са били представени доказателства, че (бъдещият) иск е предявен в определения от съда по обезпечението срок.

вд) не е спазила разпоредбата на чл. 128, т. 3 ГПК (към исковата молба се представят преписи от исковата молба и от приложенията към нея според броя на ответниците) по гр. д. № 10394/2011 г. - намиращият се по делото препис от исковата молба с отбелязване „за ответника“ не е идентичен с исковата молба, която се намира на стр. 4-7 от делото.

ве) (съдия Мария Георгиева) е заобиколила установеният с чл. 49, ал. 1, т. 4 ПАРОВАС (Правилник за администрацията в районните, окръжните, административните, военните и апелативните съдилища, издаден от ВСС, обн., ДВ, бр. 66 от 18.08.2009 г.) ред за приемане на молби по делата, като е приемала директно иски и други молби за съществени процесуални действия по делата - по ч.гр.д. № 4906/2011 г. е приложена искова молба за предявен иск, която няма входящ номер, подпис и печат на деловодството; същото и по ч.гр.д. № 5358/2011 г., и по делата, по които с акта за резултатите от извършената проверка се отчита свръх бързина на произнасяне (ч.гр.д. № 9712 от 2011 г. и гр. д. № 10394 от 2011 г. - виж по-горе второто пояснение в скоби към б. „аб“ на тази т. 1, б. „а“), както и по други, непосочени в предложението дела.

вж) (съдия Мария Георгиева) не е изпълнила задълженията си по чл. 5 и чл. 7 ГПК (с които са установени принципите за законност и за служебното начало в гражданския процес; според първия принцип съдът разглежда и решава делата според точния смисъл на законите, а когато те са непълни, неясни или противоречиви - според общия им разум; при липса на закон съдът основава решението си на основните начала на правото, обичая и морала; а според втория принцип съдът служебно извършва необходимите процесуални действия по движението и приключването на делото и следи за допустимостта и надлежното извършване на процесуалните действия от страните.):

- по гр. д. № 10394/2011 г. допуска обезпечителна мярка „спиране на изпълнението“ на 4 обезпечителни заповеди, издадени от (други състави на) СГС по т.д. № 2457/2011 г., ч.гр.д. № 8634/2011 г., ч.гр.д. № 8640/2011 г. и

ч.гр.д. № 9560/2011 г. и така на практика обезсилва действието на съдебните актове, постановени от равни по степен съдии;

- по същото гр. д. № 10394/2011 г. съдия Мария Георгиева с определение от 04.08.2011 г. е допуснала обезпечение на иск с правно основание чл. 124 ГПК (В предложението на Инспектората обаче не е посочено на кое от няколкото основания по чл. 124 ГПК е предявен този иск) чрез налагане на обезпечителните мерки: забрана за разпореждане с правата върху търговската марка на общността, RED KING, рег. № 004501128, словна, за стоки клас 34, от „Морой Ассетс Лимитед“ ТД и „Ен Джи Мобил“ ЕООД; забрана за използване на правата върху същата търговска марка на общността, RED KING, рег. № 004501128, словна, за стоки клас 34, от притежателя „Морой Ассетс Лимитед“ ТД и ползвателя на изключителна лицензия „Ен Джи Мобил“ ЕООД; спиране на изпълнението на обезпечителните заповеди, издадени от (други състави на) СГС по посочените в предходния абзац дела - т.д. № 2457/2011 г., ч.гр.д. № 8634/2011 г., ч.гр.д. № 8640/2011 г. и ч.гр.д. № 9560/2011 г.;

(Тук в предложението е изразено становище, че „следва да се обърне особено внимание на факта, че по идентични като съдържание молби - разликата е само в посочените ответници и ищци - на 03.08.2011 г. са образувани още 12 дела, исковите молби по които са неподписани и към тях няма никакви приложения, въпреки че са описани такива; по повечето от тези дела, с изключение на гр.д. № 10396/2011 г. и гр.д. № 10400/2011 г. - са постъпили молби с дата 03.08.2011 г. от Дорета Иванова Ангелова за оттегляне и прекратяване на погрешно внесени иски молби, чиито адресат следвало да бъде Окръжен съд - гр. Пловдив“.)

- ч.гр.д. № 5358/2011 г. е било образувано и разгледано (от съдия Мария Георгиева) без да отчете, че изпълнителното дело, по което е постановен обжалвания отказ на ЧСИ, е било образувано във връзка с изпълнението на Решение № 38 от 11.08.2009 г. по адм. д. № 3585/2009 г. на Административен съд - София град, с което е изменена заповед на кмета на СО в частта, относно определения размер на обезщетението за отчужден недвижим имот, и в този случай ЧСИ действа като орган по изпълнението по смисъла на чл. 271, ал. 1 АПК и контролът върху действията на ЧСИ следва да бъде осъществен от административния съд по мястото на изпълнението, съгласно чл. 296, ал. 1 АПК; според главния инспектор в този случай съдията, приел за разглеждане делото, не е съобразил, че изпълнителното дело е образувано незаконосъобразно, тъй като в решението на Административен съд - София град, послужило като

основание за предприемане на изпълнителни действия, липсва осъдителен диспозитив и не представлява годно изпълнително основание.

вз) (съдия Мария Георгиева) грубо е нарушила чл. 9 ЗСВ (разпределението на делата и преписките в органите на съдебната власт се извършва на принципа на случайния подбор чрез електронно разпределение съобразно поредността на постъпването им), като: - по ч.гр.д. № 4944/2011 г., ч.гр.д. № 4906/2011 г., ч.гр.д. № 4910/2011 г. е допуснала обезпечение на бъдещи иски по отношение на молител, който не фигурира в молбата за обезпечение, по която е образувано съответното дело и обезпечителните мерки са наложени спрямо ответник по бъдещия иск, данни за когото също не се съдържат в молбата, по която е образувано съответното дело; с уточняващи молби по тези дела са въвеждани различни страни и предмет; по този начин на практика е бил заобиколен принципа за случайния подбор при разпределянето на делата, регламентиран в чл. 9 ЗСВ, както и правилата за образуване и разглеждане на граждански дела;

- по ч.гр.д. № 805/2010 г. съдия Мария Георгиева с определение от 28.01.2010 г. е допуснала по искане на Борислав Иванов Монгов обезпечение на бъдещ иск по чл. 19, ал. 3 ЗЗД срещу Кирил Балабанов, основан на обстоятелството, че ищецът и съпрузите Кирил и Веселина Балабанови на 02.03.2009 г. били сключили предварителен договор за продажба на апартамент в кв. Бояна. С посоченото определение съдия Мария Георгиева била определила обезпечителна мярка спиране на публична продажба по изп. дела № 4405/2009 г. и № 915/2009 г. с взыскател „Уникредит Булбанк“ АД. По частна жалба на банката - взыскател, с определение № 2084 от 30.12.2010 г. по ч.гр.д. № 1533/2010 г. Софийският апелативен съд отменил определението на съдия Мария Георгиева от 28.01.2010 г. с мотиви: „Представените писмени доказателства не удостоверяват допустимостта и вероятната основателност на иска по чл. 19, ал. 3 ЗЗД, насочен единствено към съпругата Веселина Балабанова. Продавачите-съпрузи са задължителни другари, поради което бъдещият иск само срещу единия от тях би бил недопустим. Липсват доказателства за причините, поради които страните не са пристъпили към сключване на окончателен договор до изтичане на уговорения срок - 02.12.2009 г.“ В същото време искът по чл. 19, ал. 3 ЗЗД бил предявен и за разрешаването на заявления с него правен спор на 24.02.2010 г. е било образувано гр.д. № 2076/2010 г. на СГС, I г.о., 12-ти състав и по време на проверката, извършена от инспектор Незабравка

Стоева (проверката е била извършена през периода 01.08.2011 г. - 15.09.2011 г.) това гр. дело е било все още висящо. Въпреки това по нова молба на Борислав Иванов Монгов за обезпечение на бъдещ иск, на 20.04.2011 г. е било образувано ч.гр.д. № 5076/2011 г., по което с определение от 12.05.2011 г. е допуснато исканото обезпечение, въпреки че посочената като бъдещ иск претенция се отнася до имот, предмет на висящото и неприключило производство по гр.д. № 2076/2010 г.

(Тук в предложението на Инспектората е изразено становище, че тъждественият предмет на бъдещите иски и еднаквата обезпечителна мярка по тези две дела - ч.гр.д. № 805/2010 г. и ч.гр.д. № 5076/2011 г. - имат за последица повторно спиране на изп.дело № 915/2009 г. на ЧСИ Милен Бъзински с взыскател „Уникредит Булбанк“ АД, след като първото спиране на изпълнителното производство е било отменено от САС и по този начин съдия Мария Георгиева е толерирала шиканьозно упражняване на права от молителя, като едновременно с това е пречатвала взыскателя да реализира свои законни права и интереси.)

- по жалби на „ИРИС-БН“ ЕООД срещу действията на съдебен изпълнител по изп. д. № 00073 от 2011 г. в СГС са били образувани за времето от 23.03.2011 г. до 28.04.2011 г. общо 65 дела, като само по ч.гр.д. № 5358/2011 г. със съдия - докладчик Мария Георгиева жалбата срещу постановлението на ЧСИ Иван Чолаков от 14.03.2011 г. е била уважена.

- на 20.07.2011 г. в СГС са били образувани 8 частни граждански дела по молби за обезпечение на бъдещ иск, подадени от Диан Драгомиров Митев, като по 7 от тези 8 дела производството е било прекратено, а само по ч.гр.д. № 9712/2011 г. със съдия - докладчик Мария Георгиева производството не е било прекратено и исканото обезпечение на бъдещ иск е било уважено.

(Тук в предложението е изразено становище, че „по гореописаните дела се констатира съмнения за определена зависимост между молителите и съдия Мария Георгиева. Създаденото впечатление за нерегламентирана ангажираност е несъвместимо с професионалната етика и морал, на които трябва да отговаря цялостното съдийско поведение“. Освен това, „от анализа на справката, отразяваща статуса на обезпечителните производства, образувани по молби от 15 - 30.07.2011 г. и разпределени на различни докладчици, се установява, че тези от тях, които са били образувани по молби на едни и същи молители и съдържащи идентични искания, са били прекратявани или молбите са били оставяни без уважение, а само тези, образувани в резултат на

превратно упражняване на процесуални права от такива молители и разпределени на съдия Георгиева, са били решавани при пълно или частично уважаване на исканията“.)

г) дисциплинарно нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 4 ЗСВ: Според Инспектората към ВСС нарушенията, осъществени от съдия Мария Георгиева, в тяхната съвкупност водят до отрицателна обществена оценка за професионалния морал на магистрата и компроментират доброто му име. Тези действия, според главния инспектор, разколебават моралния интегритет на съдебната власт като цяло, с което накърняват престижа ѝ в обществото и представляват дисциплинарно нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 4 ЗСВ.

3. С решение по т. 55 на протокол № 34 от 27.10.2011 г. Висшият съдебен съвет е образувал дисциплинарно производство и е избрал чрез жребий тричленен дисциплинарен състав, на когото е възложил да проведе дисциплинарното производство - дисциплинарно дело № 12/2011 г.

Първото заседание на дисциплинарния състав е било насрочено за 30.11.2011 г., но е било отложено по искане на съдия Георгиева, представила копие на болничен лист, удостоверяващ временна неработоспособност за времето от 29.11. до 06.12.2011 г., причинена от остър бронхит.

4. По искане на главния инспектор дисциплинарният състав е направил предложение по чл. 232 ЗСВ, въз основа на което с решение по т. 24 на протокол № 40 от заседанието, проведено на 01.12.2011 г., Висшият съдебен съвет е отстранил съдия Мария Георгиева от длъжност за срок от 6 месеца, считано от датата на решението.

На 07.12.2011 г. на съдия Мария Георгиева са били връчени чрез председателя на СГС съобщения, че е отстранена от длъжност за срок от 6 месеца и че дисциплинарно дело № 12/2011 г. е насрочено за разглеждане от 13 часа на 14.12.2011 г. в заседателната зала на Висшия съдебен съвет.

С молба от 14.12.2011 г. Мария Георгиева е поискала разглеждането на дисциплинарното дело да бъде отложено поради необходимостта от лечение в домашен режим, удостоверена с болничен лист, издаден от хирургичен кабинет при УМБАЛСМ „Н.И. Пирогов“. Молбата е била уважена и дисциплинарното дело е било пренасрочено за 18.01.2012 г., но опитите тази дата да бъде съобщена на Мария Георгиева са били неуспешни. Поради това дисциплинарният състав е предприел действия за изясняване на постоянния и настоящ адреси на Мария Георгиева, след което е изпратил съобщения на всеки от тези адреси, че заседанието по

дисциплинарното дело е насрочено за 21.03.2012 г. Тези съобщения не са били връчени, поради което заседанието по дисциплинарното дело е било пренасрочено за 25.04.2012 г., а новите съобщения са били изпратени за връчване чрез Бюро „Призовки“ на Софийския градски съд, но и този опит за връчване е останал безуспешен. За новата дата 12.06.2012 г. било потърсено съдействие от председателя на СГС. Върху писменото съобщение, адресирано до съдия Мария Георгиева, и.д. адм. секретар на СГС е отбелязал, че при разговор по телефона Мария Георгиева съобщила, че заминава за Германия и не може да се яви в СГС да получи съобщението. Все пак и.д. административен секретар на СГС е осъществил връчване на съобщението лично на адресата на 11.06.2012 г. С молба от 12.06.2012 г. Мария Георгиева е представила болничен лист, издаден от МБАЛ „Токуда“ за домашно лечение до 14.06.2012 г. Съобщение за новото заседание по дисциплинарното дело, насрочено от дисциплинарния състав за 26.06.2012 г., е било връчено на Мария Георгиева на 15.06.2012 г., но то отново не е проведено поради внезапно заболяване на Мария Георгиева, удостоверено с болничен лист за времето от 25.06.2012 г. до 29.12.2012 г.

5. На 10.07.2012 г. е било проведено първото заседание по дисциплинарно дело № 12/2011 г. В това заседание Мария Георгиева не се е явила, но е била представлявана от пълномощник - адвокат Георги Миленов, чието пълномощно е на л. 271 от делото. В това заседание е бил разпитан като свидетел Георги Иванов Георгиев, съпруг на Мария Георгиева, който е разказал как е било открито, диагностицирано и лекувано, вкл. и чрез оперативна интервенция, заболяването (с диагноза злокачествено новообразувание на млечната жлеза), за което тя е отсъствала продължителен период от време, а след това ѝ е била призната за срок от една година 80 % трайно намалена работоспособност с експертно решение № 1091 от 14.06.2011 г. на Териториална експертна лекарска комисия (ТЕЛК) по общи заболявания с онкологична насоченост към Специализирана болница за активно лечение на онкологични заболявания, гр. София (на л. 294 от дисциплин. дело).

По искане на адвокат Георги Миленов заседанието по дисциплинарното дело е било отложено за 07.08.2012 г., а на тази дата отново е било отложено за 21.08.2012 г., когато пък е отложено за 25.09.2012 г., а на тази дата е отложено без да бъде определена дата за следващо заседание.

6. Мандатът на Висшия съдебен съвет междувременно е изтекъл, а новоизбраният Висш съдебен съвет с решение по т. 25 на протокол № 46 от заседанието, проведено на 01.11.2012 г. избира чрез жребий нов дисциплинарен състав, на когото възлага да продължи производството по дисциплинарно дело № 12/2011 г. Делото е насрочено за 28.11.2012 г. с резервна дата 05.12.2012 г., но заседанието по него е проведено още на първата дата и делото е обявено за решаване по същество. В това заседание привлечената към дисциплинарна отговорност Мария Иванова Георгиева е заявила, че трите ѝ имена вече са Мария Иванова Иванова.

С решение № 10-00-005 от 14.02.2013 г. по дисциплинарно дело № 12/2011 г. дисциплинарният състав е предложил Висшият съдебен съвет да наложи на съдия Мария Иванова Иванова дисциплинарно наказание "забележка". Към решението дисциплинарният състав е изложил подробни мотиви, в които на 17 страници е обяснил защо не споделя констатациите и изводите в Акта за извършена проверка и в предложението на главния инспектор за налагане на дисциплинарно наказание на съдия Мария Георгиева (сега Иванова). В тези мотиви дисциплинарният състав е посочил, че приема за установено само едно от твърдяните от главния инспектор дисциплинарни нарушения - това по пункт III, т. 4 от предложението на главния инспектор за неспазено изискване на чл. 390, ал. 2, изречение последно от ГПК по ч.гр.д. № 4906/2011 г. и ч.гр.д. № 4916/2011 г. (виж по-горе т. 2.в.вг от настоящите мотиви).

С решение по т. 2 на протокол № 7 от заседанието, проведено на 21.02.2013 г. Висшият съдебен съвет е отложил вземането на решение по предложението на дисциплинарния състав и е разпоредил на своята администрация да се изиска информация от ВКП за резултата от извършени проверки по сигнал на Инспектората към ВСС.

II. На 20.03.2013 г. дисциплинарният състав е провел ново заседание по дисциплинарно дело № 12/2011 г., на която е приел постъпили по делото след 21.02.2013 г. материали, изпратени до ВСС с писмо № 11-12-124/2012 г. от 13.03.2013 г. на Главния прокурор на Република България и с писмо № 11-12-124/12 г. от 07.03.2013 г. на административния ръководител Председател на Софийски градски съд.

С решение № 10-00-011 от 25.03.2013 г. за допълване и изменение на Решение № 10-00-005 от 14.02.2013 г. дисциплинарният състав е изменил първото свое решение в частта, с която е определено дисциплинарно наказание „забележка“ и е предложил Висшият съдебен съвет да наложи на съдия Мария Иванова Иванова дисциплинарно наказание по чл. 308,

ал. 1, т. 3 ЗСВ - намаляване на основното трудово възнаграждение с 25 на сто за срок от една година. За да предложи по-тежко наказание този път, дисциплинарният състав е приел за установени, освен дисциплинарното нарушение, описано в мотивите на предходното свое решение, и следните дисциплинарни нарушения, извършени от съдия Мария Иванова:

а) посоченото в пункт II, т. 1 на предложението на ИВСС дисциплинарно нарушение, изразяващо се в неизвършени от съдия Мария Иванова през периода 01.07.2011 г. до 22.08.2011 г. дължими процесуални действия по администриране и изпращане във ВКС на ч.гр.д. № 5358/2011 г. (виж по-горе в тези мотиви т. 2. б. „ба“).

Дисциплинарният състав не е изложил мотиви защо счита, че очевидно забавеното изпращане на делото във Върховния касационен съд се дължи на виновно поведение на съдията-докладчик. Задоволил се е да посочи, че „твърдението на адв. Миленов, че през разглеждания период делото не е било докладвано на неговия докладчик във връзка с постъпилите писма от ВКС се опровергава от поставените от докладчика две резолюции от 02.08.2011 г. върху молбата и от обясненията на съдия Мария Иванова пред дисциплинарния състав и при изслушването ѝ от ВСС на заседанието 21.02.2013 г.“

б) посоченото в пункт III, т. 7.1 от предложението на Инспектората към ВСС нарушение на чл. 5 и чл. 7 ГПК (виж по-горе т. 2.в.вж от тези мотиви).

Според дисциплинарният състав „грубо погазвайки принципа за законност по чл. 5 от ГПК и при нарушение на принципа за служебното начало по чл. 7, ал. 1 ГПК, с определението от 04.08.2011 г. по гр. д. № 10394/2011 г. съдия Мария Иванова Иванова е допуснала обезпечение чрез спиране на изпълнението на четири обезпечителни заповеди, издадени от СГС по т.д. № 2457/2011 г., гр. д. № 8634/2011 г., гр. д. № 8640/2011 г. и гр. д. № 9560/2011 г. (а) след като това определение е било отменено от Софийския апелативен съд с определение от 23.12.2011 г. по ч. гр.д. № 4133/2011 г., без да е налице ново сезиране (по делото липсва молба за ново обезпечение), съдия Мария Иванова Иванова отново е допуснала същата обезпечителна мярка, като освен това и без да има искане за разноси е присъдила на „Кингс Табако“ ЕАД адвокатско възнаграждение в размер на 108 000 лева и е постановила издаване на изпълнителен лист за горната сума; с определение № 650 от 26.03.2012 г. по ч.гр.д. № 1016/2012 г. на САС е обезсилено като недопустимо

определението от 23.08.2011 г. по гр.д. № 10394/2011 г. на СГС, както и издадения по него изпълнителен лист.”

По-нататък в изложените от него мотиви дисциплинарният състав е посочил, че „постановеното в нарушение на чл. 5 и чл. 7 от ГПК определение от 23.08.2011 г. по гр.д. № 10394/2011 г. на СГС не е от кръга на правораздавателните актове, част от решаващата дейност на съдията, за които инстанционната проверка изключва обсъждането им в дисциплинарното производство; обратно, в случая съдията виновно и недобросъвестно е упражнил по гражданско дело процесуалните си правомощия, като се е произнесъл с недопустим съдебен акт, чрез който се е целяло да се постигнат незаконосъобразни правни последици”. Завършвайки мотивите към новото решение, дисциплинарният състав е обобщил:

„По изложените съображения дисциплинарният състав приема, че по дисциплинарно дело № 12/2011 г. на ВСС се установяват за безспорно доказани извършените от съдия Мария Георгиева дисциплинарни нарушения, както следва:

- **по чл. 307, ал. 4, т. 2 от ЗСВ** - за неоснователно задържане и неизпращане на ВКС на ч.гр.д. № 8358/2011 г. (тук дисц. състав е допуснал очевидна фактическа грешка - касае се за ч.гр.д. № 5358/2011 г.) през времето от 01.07.2011 г. до 22.08.2011 г. (пункт II, т. 1 от предложението);

- **по чл. 307, ал. 4, т. 4 и т. 5 от ЗСВ** - за нарушение на чл. 5 и чл. 7 от ГПК при допускане на обезпечителни мерки по гр. д. № 10394/2011 г. (пункт III, т. 7 на предложението);

- **по чл. 307, ал. 4, т. 5 от ЗСВ** - за неизпълнение на служебните задължения по чл. 390, ал. 3, изр. 2 от ГПК по ч.гр.д. № 4906/2011 г. и ч.гр.д. № 4916/2011 г. (пункт III, т. 4 на предложението).”

III. В заседание по чл. 320 ЗСВ Висшият съдебен съвет приел процесното решение по т. 29 на протокол № 14 от 11.04.2013 г., с което наложил „на Мария Иванова Иванова, съдия в Софийски градски съд, дисциплинарно наказание по чл. 308, ал. 1, т. 6 от ЗСВ - дисциплинарно освобождаване от длъжност за извършено дисциплинарно нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 2, 4 и 5 от ЗСВ.”

Решението е съобщено лично на съдия Мария Иванова веднага след вземането му от Висшия съдебен съвет и това обстоятелство е отразено на стр. 34 от посочения в предходния абзац протокол № 14.

Това решение Висшият съдебен съвет е взел по предложение на Калин Калпакчиев (член на ВСС от квотата на съдиите - чл. 17, ал. 3,

предл. първо ЗСВ), обосновано със следните мотиви (стр. 29 - 31 от протокола, респ. л. 39 и 40 от настоящето дело):

1. Констатираните в решенията на дисциплинарния състав, а и в акта на Инспектората нарушения се отличават със системност и особена тежест - по 44 административни дела, посочени в таблица към акта на Инспектора, съдебните решения са постановени в срокове от 9 до 17 месеца, което просрочие се отнася за периоди, в които съдия Георгиева не е била в отпуск по болест.

2. Третото внесено от дисциплинарния състав в допълнителното решение нарушение - повече от два месеца съдията не е администрирала материалите по ч.гр.д. № 5358/2011 г. - също с нищо не е оправдано и е довело до сериозни увреждания на интересите на страните по делото.

3. Установено е също, че съдията без основание е задържала дела в кабинета си.

4. Особено груби са нарушенията, свързани със заобикаляне на установения в Правилника за администрацията в районните, окръжните, административните, военните и апелативните съдилища ред за приемане на молби по делата. Установено е, че съдията е приемала директно в кабинета си молби по дела - ч.гр.д. № 4906/2011г. - без подпис и печат от деловодството; в същото време са налице данни в акта (за проверката) за свръхбързо произнасяне по други дела - ч.гр.д. № 9712/2011 г., например, и гр.д. № 10394/2011 г.

5. Установено е, че по гр.д. № 10394/2011 г. и по ч.гр.д. № 5358/2011 г. са допуснати груби нарушения на чл. 5 и чл. 7 ГПК във връзка с допуснати от съдията обезпечителни мерки.

6. Много грубо е констатираното нарушение на чл. 9 ЗСВ на принципа за случайно разпределение на делата. Така например, по ч.гр.д. № 4944/2011 г. съдията е допуснала обезпечение на бъдещ иск по отношение на молител, който не е фигурирал в молбата за обезпечение.

7. Констатира се по редица дела, че от определен молител са подавани многобройни искания в СГС, като впоследствие всички молби и искания са оттеглени от останалите състави, а е останала за произнасяне само тази, която е на състава на съдия Георгиева. Такъв е случаят с ч.гр.д. № 9712/2011 г. Останалите седем частни граждански дела, с идентични предмет и страни, са били своевременно оттеглени.

Според членът на ВСС Калин Калпакчиев, доколкото се констатира системност и многобройност на нарушенията, свързани с неизпълнение на служебни задължения, действия и бездействия, които неоправдано

забавят производството по делата, както и неспазването на сроковете, предвидени в процесуалните закони, съразмерното на тежестта на установените нарушения дисциплинарни наказания е най-тежкото - по чл. 308, ал. 1, т. 6 ЗСВ.

IV. Дисциплинарно наказаната Мария Иванова Иванова е оспорила законосъобразността на това решение със следните доводи:

1. При постановяването на решението са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствени правила:

а) решението по т. 29 на протокол № 14 от заседанието на Висшия съдебен съвет, проведено на 11.04.2013 г., не е мотивирано - според чл. 320, ал. 4, предл. 2 ЗСВ за мотиви на решението се смятат и мотивите на решението на дисциплинарния състав, както и изказаните съображения от членовете на ВСС, а в случая мотивите и в двете решения на дисциплинарния състав не могат да бъдат мотиви на решението на Висшия съдебен съвет, защото в мотивите към тези решения и по-специално в мотивите към решението от 25.03.2013 г. дисциплинарният състав е изложил подробни съображения защо на жалбоподателката не следва да се налага дисциплинарно наказание по чл. 308, ал. 1, т. 6 ЗСВ и защо дисциплинарното наказание трябва да бъде това по чл. 308, ал. 1, т. 3 ЗСВ, респ. в изказванията на членовете на ВСС, предложили да на жалбоподателката да бъде наложено най-тежкото дисциплинарно наказание, не са изложени никакви съображения, защо считат, че фактическите и правни изводи в мотивите към двете решения на дисциплинарния съвет не са правилни;

б) решението е постановено на заседание, на което след изслушването на жалбоподателката тя е била изведена от залата, а в същото време вносителят на предложението за дисциплинарно наказание е останал в залата, което представлява нарушение на принципа за равенство на страните в процеса - според чл. 8, ал. 1 АПК във връзка с чл. 328 ЗСВ, всички лица, които са заинтересовани от изхода на производствата по този кодекс имат равни процесуални възможности да участват в тях за защита на своите права и законни интереси, а с отстраняването от заседателната зала само на жалбоподателката, тя е била лишена от това свое право, докато вносителят на предложението за дисциплинарното ѝ освобождаване от длъжност е имал възможност в нейно отсъствие на изложи допълнителни доводи, на които тя не е могла да направи възражения;

в) според чл. 54, ал. 2 ЗСВ Инспекторатът приема решения с мнозинство повече от половината от членовете си; по делото е представен

заверен препис на Протокол № 20 от заседание на инспекторите, проведено на 17.10.2011 г., на което е взето решение да бъде внесено предложение за дисциплинарното освобождаване на жалбоподателката от длъжност и при вземането на това решение освен инспектор Незабравка Стоева са участвали и Мария Кузманова, Милка Итова, Васил Петров и Ясен Тодоров, които сега са членове на Висшия съдебен съвет и е следвало да се отведат от разглеждането и приемането на обжалваното решение - чл. 10, ал. 2 и чл. 35 АПК във връзка с чл. 328 ЗСВ.

2. Оспореното решение е издадено в противоречие с материалноправни разпоредби:

а) решението е издадено в нарушение на чл. 310, ал. 1 ЗСВ, според който дисциплинарно производство се образува със заповед, съответно с решение, на наказващия орган в срок до 6 месеца от откриването, но не по-късно от три години от извършването на нарушението, а когато тези срокове са изтекли, дисциплинарно производство не се образува;

б) жалбоподателката не е извършвала приетите от дисциплинарния състав за установени дисциплинарни нарушения:

ба) аргументите в подкрепа на този довод започват с възражението, че „в хода на цялото производство пред дисциплинарния състав, пред ВСС и пред ВАС не се установява жалбоподателката да е имала на доклад ч.гр.д. с № 8358/2011 г., както и да е била проверявана във връзка с такова дело“; все пак жалбоподателката е съгласна, че най-вероятно се касае за техническа грешка и че всъщност дисциплинарният състав е имал предвид ч.гр.д. № 5358/2011 г.;

бб) първото прието за установено от дисциплинарния състав в решение № 10-00-011 от 25.03.2013 г. нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 2 ЗСВ, изразяващо се в неоснователно задържане и неизпращане на ч.гр.д. № 5358/2011 г. за времето от 01.07.2011 г. до 22.08.2011 г., не е извършено от жалбоподателката - като писмено доказателство по делото е прието определението от 27.06.2011 г., неразделна част от което е особеното мнение на съдия В.Бойкинов, изготвено и подписано от него на 23.08.2011 г. и от това писмено доказателство е видно, че ч.гр.д. № 5358/2011 г. е било на доклад при този съдия за изготвяне на особеното мнение и тази е причината, поради която делото не е било изпратено своевременно във ВКС; във връзка с така вмененото нарушение не е отчетен периодът, през който жалбоподателката е била в отпуск, а именно от 05.08.2011 г. до 12.08.2011 г. и от 15.08.2011 г. до 20.08.2011 г., видно от удостоверение изх. № 342 от 06.06.2013 г. на СГС;

бв) по отношение на второто прието за установено от дисциплинарния състав в същото негово решение нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 4 и 5 ЗСВ, изразяващо се в нарушение на чл. 5 и чл. 7 ГПК при допускане на обезпечителни мерки по гр.д. № 10394/2011 г. не са били взети предвид от Висшия съдебен съвет съществените обстоятелства по чл. 309 ЗСВ:

- че гр.д. № 10394/2011 г. е било прекратено поради отказ от иска, тоест страните по всички дела, свързани с него, са постигнали извънсъдебно уреждане на спора помежду им;

- по делото наистина са били издадени обезпечителни заповеди, с които е спряно изпълнението на други четири обезпечителни заповеди, издадени по т.д. № 2475/2011 г., по гр.д. № 8634/2011 г., по гр.д. № 8640/2011 г. и по гр.д. № 9560/2011 г., всичките на СГС и всичките впоследствие отменени от САС с мотиви, че въпреки близостта на регистраните в Патентното ведомство на Република България търговски марки „RED KING” на дружествата „Морой Асет Лимитид” и „Ен Джи Мобил” ЕООД, и „The KING” и „KING” на дружествата „Финансконсулт” ЕООД и „Кингс Табако” ЕАД, упражнявайки правата върху тези търговски марки, посочените търговски дружества няма как да извършат нарушение по Закона за марките и географските означения, за което да бъдат санкционирани, респ. претенциите по този закон са неоснователни;

- независимо от така изразеното от САС становище, въз основа на обезпечителните заповеди, издадени по посочените по-горе дела (т.д. № 2475/2011 г., гр.д. № 8634/2011 г., гр.д. № 8640/2011 г. и гр.д. № 9560/2011 г., всичките на СГС), са били образувани изпълнителни дела пред ЧСИ Мариян Петков и ЧСИ Трифон Димитров, в хода на които по един ясен и недвусмислен начин са били засегнати правата и законните интереси на „Финансконсулт” ЕООД и „Кингс Табако” ЕАД, по повод на което същите са предявили исковите си претенции по гр. д. № 10394/2011 г. и гр. д. № 10400/2011 г. и са направили искане за допускане на обезпечение на тези икове;

бг) третото прието за установено от дисциплинарния състав в решение № 10-00-011 от 25.03.2013 г. нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 5 ЗСВ, изразяващо се в неизпълнение на служебните задължения по чл. 390, ал. 3, изр. 2-ро ГПК по ч.гр.д. № 4906/2011 г. и ч.гр.д. № 4916/2011 г., в първата му част не съществува, защото по делото се представени и приети като писмени доказателства страници от 1 до 10, определение от 03.05.2011 г., молба от 03.05.2011 г. и молба с вх. № 66608 от 14.07.2011 г. по ч.гр.д. № 4906/2011 г., от които се установява, че допуснатото обезпечение не е

отменено, тъй като с представената от него искова молба молителят е доказал предявяването на иска в законния срок, а във втората му част - по ч.гр.д. № 4916/2011 г. - нарушението наистина е допуснато от формална страна, но с оглед на неговата изолираност и с оглед на общия обем извършена работа от съдия Мария Иванова през същия период от време, то не е виновно, според практиката на Върховния административен съд, изразена с решение № 1568 от 02.02.2011 г. по адм. д. № 9576/2010 г.

в) жалбоподателката не е извършвала твърдяните от члена на Висшия съдебен съвет Калин Калпакчиев дисциплинарни нарушения:

ва) в мотивите към решение № 10-00-005 от 14.02.2013 г. и решение № 10-00-011 от 25.03.2013 г. дисциплинарният състав е изложил подробно аргументирани съображения защо една съществена част от всички останали дисциплинарни нарушения, твърдяни с предложението на Инспектората при ВСС, не са доказани, а другата част не са били допуснати виновно от съдия Мария Иванова, поради което, основавайки предложението си за най-тежкото дисциплинарно наказание този член на ВСС е бил длъжен да изложи аргументи в подкрепа на предложението на Инспектората и като е приел това предложение без необходимите доказателства в подкрепа на обвиненията, Висшият съдебен съвет е лишил жалбоподателката от възможността да се защити срещу тях;

вб) по изброените в предложението на Инспектората при ВСС 44 административни дела дисциплинарният състав е изложил достатъчно убедителни съображения защо не е налице виновно извършено от съдия Мария Иванова дисциплинарно нарушение, поради което, пренебрегвайки тези аргументи без никакви мотиви защо ги счита за неоснователни, Висшият съдебен съвет не е обсъдил и същественото обстоятелство, че Мария Иванова е отсъствала поради тежко заболяване за времето от 10.05.2010 г. до 31.03.2011 г., след което е била инвалидизирана при 80 % трайно намалена работоспособност за срок от една година, а както това се изясни впоследствие в хода на съдебното производство по настоящето адм. д. № 6000/2013 г. на ВАС-VI отд. от вещите лица, изпълнили съдебно-медицинска и съдебно-психологическа експертизи това заболяване, породените от него физическа отпадналост и психически стрес, както и останалите трудности и житейски препятствия пред жалбоподателката, значително са намалили възможността ѝ да извършва възложената ѝ работата с необходимите бързина и ефективност; в тази връзка ВСС не е отговорил на довода ѝ, че с оглед на предстоящото продължително отсъствие, за което тя е известила

ръководството на СГС, тези 44 административни дела е следвало да бъдат преразпределени за разглеждане от друг съдебен състав;

вв) твърдението, че неоснователно е задържала в кабинета си гр.д. № 9879/2011 г., е опровергано от представената в хода на дисциплинарното производство компютърна справка на деловодството на СГС, от която е видно, че към 25.07.2011 г. делото се е намирало в деловодството на СГС, тъй като на тази дата е записан отвод на съдията Мария Иванова по делото;

вг) твърдението, че съдия Мария Иванова е приемала в кабинета си молби по дела, които молби не били регистрирани в деловодството, е опровергано от първите страници на молбите по посоченото от члена на ВСС Калин Калпакчиев ч.гр.д. № 4906/2011 г., върху които са поставени съответните щемпели и е отразена съответната регистрация в деловодството на съда;

вд) неоснователно е и обвинението за дисциплинарно нарушение по ч.гр.д. № 4944/2011 г., защото първоначално подадената молба не отговаря на изискванията на чл. 390 ГПК - не съдържа искане и не е подписана, а същинската молба, която отговаря на посочените изисквания, е тази, по която е съдът се е произнесъл с определение от 02.06.2011 г.; в тази насока ВСС не е съобразил задължението на съдията да се произнася по всички молби, постъпващи по съответното дело;

ве) неоснователно е и обвинението, че от молител Диан Драгомиров Митев били постъпили няколко молби за обезпечение на бъдещ иск, производствата по които били прекратени и само съдия Мария Иванова се била произнесла с позитивно за този молител определение по ч.гр.д. № 9712/2011 г., защото в хода на дисциплинарното производство са представени доказателства, че определянето на докладчика по това дело е направено при спазването на принципа за случайен подбор, а освен това съдът не може да влияе на страните относно това колко молби да подадат и с какво съдържание.

г) наложеното на съдия Мария Иванова дисциплинарно наказание не е съобразено с изискването на чл. 309 ЗСВ, защото при неговото определяне ВСС не е взел предвид тежестта на нарушението, формата на вината, обстоятелствата, при които са извършени нарушенията, и поведението на нарушителя.

3. Оспореното от Мария Иванова решение не съответства на целта на закона, защото целта на дисциплинарната отговорност по ЗСВ е да бъде мобилизиран виновния магистрат, да бъдат предотвратени бъдещи негови нарушения, а така също да се въздейства предупредително на

останалите магистрати и тези цели не са постигнати с наложеното ѝ наказание, което създава у нея впечатлението, че дисциплинарното наказание ѝ е наложено с оглед на някакви други цели, различни от предвидените в закона.

V. Останалите страни по делото - Висш съдебен съвет и Инспектората при ВСС - чрез своите процесуални представители по пълномощно са изразили становища за неоснователност на оспорването, а прокурорът при Върховната административна прокуратура е изразил становище за основателност на жалбата - според него наложеното на жалбоподателката дисциплинарно наказание по чл. 308, ал. 1, т. 6 ЗСВ е неимоверно тежко с оглед допуснатите нарушения и пропуски от жалбоподателката при решаването на делата в периода, когато е било открито нейното сравнително тежко онкологично заболяване.

VI. Настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, приема за установени от фактическа страна следните дисциплинарни нарушения:

A.1. От наличните в дисциплинарно дело № 12/2011 г. данни е видно, че на 22.06.2011 г. в Софийски градски съд е образувано **гр.д. № 2457/2011 г.** на VI-1 състав по искова молба вх. № 57202 от 21.06.2011 г. на чуждестранното търговско дружество „ТД Морой Ассетс Лимитед“, регистрирано на Британските Вирджински острови (задморска територия на Обединеното кралство на Великобритания и Северна Ирландия), подадена от пълномощник с адрес в гр. София, с която е предявен иск по чл. 76, ал. 1 от Закона за марките и географските означения (ЗМГО) срещу всяко от търговските дружества „Финансконсулт“ ЕООД и „Кингс Табако“ ЕАД, двете със седалища в гр. Пловдив. Ищцовото дружество твърди, че притежава регистрирана марка на Общността „RED KING“, словна, за стоките от клас 34 „тютюн; принадлежности за пушачи“, но през м.март 2011 г. установило, че на пазара се предлагат тютюневи изделия - цигари и кълцан тютюн - етикетирани с означението "KING" във вариации „red“, „gold“ и „white“. След проверка в Патентното ведомство и в сайта на Министерството на финансите било установено, че търговското дружество „Финансконсулт“ ЕООД е притежател на регистрирани марки „THE KING“, рег. № 67813, словна и „KING“, рег. № 70588, също словна, а търговското дружество „Кингс Табако“ ЕАД предлага на пазара тютюневи изделия под марката „KING“.

С исковата молба (ксероксно фотокопие от която се намира на л. 634 - 638 от дисц.д. № 12/2011 г.) е направено особено искане на основание чл. 76ж, ал. 1, т. 1 и 2 ЗМГО да бъдат допуснати привременни мерки:

а) забрана за извършване на действията:

- предоставяне на лицензии, производство, предлагане и разпространение на тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с наименованието "KING", и

- извършване на рекламни кампании и разпространение на рекламни материали, свързани с промотиране на тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с наименованието „KING“;

б) изземване на материали и заготовки за опаковки на тютюневи изделия, означени с наименованието „KING“.

На 05.07.2011 г. чуждестранното търговско дружество - ищец е подало допълнителна молба вх. № 62504 (на л. 650 от дисц.д. № 12/2011 г.), с която е направило нови искания за привременни мерки по чл. 76ж ЗМГО:

в) забрана за производство на тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING“, „the KING“, „the KING RED“ и „RED the KING“ от „Кингс Табако“ ЕАД, гр. Пловдив и „Финансконсулт“ ЕООД, гр. Пловдив;

г) забрана за използване в търговската дейност на тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING“, „the KING“, „the KING RED“ и „RED the KING“ от „Кингс Табако“ ЕАД, гр. Пловдив и „Финансконсулт“ ЕООД, гр. Пловдив;

д) изземване на произведената от „Кингс Табако“ ЕАД, гр. Пловдив, продукцията - тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING“, „the KING“, „the KING RED“ и „RED the KING“, намиращи се в търговската мрежа и складовете на производителя.

Забележка: На л. 640 от дисциплинарно дело № 12/2011 г. се намира служебна бележка, издадена от Софийски градски съд, търговско отделение, с която се удостоверява, че т.д. № 2457/2011 г. има идентичен предмет и страни с т.д. № 2455/2011 г. на VI-12 състав, образувано по искова молба вх. № 57197 от 21.06.2011 г. и т.д. № 2456/2011 г. на VI-9 състав, образувано по искова молба вх. № 57199, също от 21.06.2011 г. На следващите листове от дисц. дело № 12/2011 г. (л.642 - 649) се намират ксероксни фотокопия от молби и определения, от които се вижда, че:

- по исковите молби, по които са образувани т.д. № 2455/2011 г. на VI-12 състав и т.д. № 2456/2011 г. на VI-9 състав не са били внесени дължимите държавни такси, а освен това

- с молби вх. № 57576 от 22.06.2011 г. и вх. № 57579, също от 22.06.2011 г. (съответно на л. 641 и л. 642 от дисц.д. № 12/2011 г.) е било заявено оттегляне на исковите молби вх. № 57197 от 21.06.2011 г. (по която е било образувано т.д. № 2455/2011 г. на VI-12 състав) и вх. № 57199 от 21.06.2011 г. (по която е било образувано т.д. № 2456/2011 г. на VI-9 състав);

- с определение от 28.06.2011 г. (на л. 644 от дисц.д. № 12/2011 г.) СГС, ТО, VI-9 състав е прекратил производството по т.д. № 2456/2011 г. поради оттегляне на иска без да е необходимо съгласието на ответника за това;

- а с разпореждане от 23.06.2011 г. (на л. 649 от дисц.д. № 12/2011 г.) зам.председател на СГС е оставил без движение производството по т.д. № 2455/2011 г. с указание чуждестранното търговско дружество - ищец в едноседмичен срок от съобщението да внесе държавна такса в размер на 400 лв. за неоценяемите искове и 4 % върху цената на останалите искове, предявени с общата искова молба, като тази цена следва да бъде конкретизирана.

- тези указания не са били изпълнени, но с определение от 05.07.2011 г. производството по т.д. № 2455/2011 г. е било прекратено на основание чл. 232 ГПК, т.е. поради оттегляне на исковата молба, за което не е необходимо съгласието на ответника.

На същата дата - 05.07.2011 г., на която е подал допълнителната молба вх. № 62504, пълномощникът на чуждестранното търговско дружество „ТД Морой Ассетс Лимитед“ е подал и допълнителна молба вх. № 62348 от 05.07.2011 г. (на л. 646 от дисц.д. № 12/2011 г.), с която заявява, че представя „квитанция за допълнително платена държавна такса в размер на 310 лева (а) необходимостта от доплащане размера на дължимите д.т. бе установена на 27.06.2011 г. при получаване на Разпореждане за заплащане на такси по т.д. № 2455/2011 г. (...)”.

С определение № 4095 от 15.07.2011 г. по т.д. № 2457/2011 г. (на л. 660 - 662 от дисц.д. № 12/2011 г.) СГС, ТО, VI-1 състав, на основание чл. 389, чл. 391 и чл. 397, ал. 1, т. 3 ГПК вр. чл. 76ж ЗМГО допуска обезпечение на предявените от „ТД Морой Ассетс Лимитед“ обективно и субективно съединени искове по чл. 76, ал. 1 ЗМГО чрез привременните мерки, поискани с допълнителната молба вх. № 62504 от 05.07.2011 г.:
- забрана за производство на тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING“, „the KING“, „the KING RED“ и „RED the KING“ от „Кингс Табако“ ЕАД, гр. Пловдив и „Финансконсулт“ ЕООД, гр. Пловдив в;

- забрана за използване в търговската дейност на тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING”, „the KING”, „the KING RED” и „RED the KING” от „Кингс Табако” ЕАД, гр. Пловдив и „Финансконсулт” ЕООД, гр. Пловдив;

- изземване на произведената от „Кингс Табако” ЕАД, гр. Пловдив, продукция - тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING”, „the KING”, „the KING RED” и „RED the KING”, намиращи се в търговската мрежа и складовете на производителя. С определението СГС, ТО, VI-1 състав, е разпоредил препис от него да се изпрати на ответниците на основание чл. 76ж, ал. 3 ЗМГО.

2. Едновременно с чуждестранното търговско дружество и българското търговско дружество „Ен Джи Мобил” ЕООД, гр. София, заявявайки, че притежава изключителна лицензия за територията на България за ползване на марка на Европейската Общност "RED KING", която е собственост на „ТД Морой Ассетс Лимитед”, подава молби вх. № 60546 от 29.06.2011 г. (на л. 675 от дисц. д. № 12/2011 г.), вх. № 60596 от 30.06.2011 г. (на л. 688 от дисц.д. № 12/2011 г.) и 67272 от 18.07.2011 г. (на л. 695 от дисц.д. № 12/2011 г.), с които прави идентични искания за допускане на обезпечение на бъдещи иски по чл. 76, ал. 1, т. 1, 2 и 4 и чл. 76, ал. 2, т. 2 и 3 ЗМГО чрез привременни мерки по чл. 76ж ЗМГО, а именно:

- забрана за производство на тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING”, „the KING”, „the KING RED” и „RED the KING” от „Кингс Табако” ЕАД, гр. Пловдив и „Финансконсулт” ЕООД, гр. Пловдив;

- забрана за използване в търговската дейност на тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING”, „the KING”, „the KING RED” и „RED the KING” от „Кингс Табако” ЕАД, гр. Пловдив и „Финансконсулт” ЕООД, гр. Пловдив;

- изземване на произведената от „Кингс Табако” ЕАД, гр. Пловдив, продукция - тютюневи изделия и артикули за пушачи, означени с марките „KING”, „the KING”, „the KING RED” и „RED the KING”, намиращи се в търговската мрежа и складовете на производителя.

По тези молби в СГС са образувани ч.гр.д. № 8634/2011 г., ч.гр.д. № 8640/2011 г., двете на АО, III-B състав и ч.гр.д. № 9560/2011 г. на ТО, VI-6 състав, по които с **определение от 22.07.2011 г. по ч.гр.д. № 8634/2011 г.** (на л. 683 - 686 от дисц.д. № 12/2011 г.), с **определение от 27.07.2011 г. по ч.гр.д. № 8640/2011 г.** (на л. 690 - 692 от дисц.д. № 12/2011 г.), както се каза по-горе и двете на СГС, АО, III-B състав, и с **определение от 18.07.2011 г.**

по ч.гр.д. № 9560/2011 г. (на л. 699 - 701 от дисц.д. № 12/2011 г.) на СГС, ТО, VI-6 състав, са допуснати исканите от „Ен Джи Мобил“ ЕООД привременни мерки по чл. 76ж ЗМГО като обезпечение на бъдещи иски, които са идентични на вече допуснатите по искането на „ТД Морой Ассетс Лимитед“ привременни мерки. За разлика от определението по т.д. № 2457/2011 г. в тези определения е разпоредено, че подлежат на обжалване по реда и в сроковете по чл. 396 ГПК, т.е. те не се съобщават на търговските дружества - евентуални ответници по бъдещите иски, а за тях те ще бъдат уведомени чрез връчване на съобщение за наложените обезпечителни мерки от съдебния изпълнител (интересен, според настоящия състав на ВАС-VI отд., е въпросът дали обезпечителните мерки на бъдещи иски по чл. 76, ал. 1 и 2 ЗМГО, представляващи по своята същност привременни мерки по чл. 76ж ЗМГО, не са други подходящи мерки, определени от съда, по смисъла на чл. 397, ал. 1, т. 3 ГПК и поради това подлежащи на съобщаване от съда по силата на чл. 396, ал. 1, предл. последно, ГПК).

3. Научавайки за неколккратно разпоредените от различни състави на СГС привременни мерки, търговските дружества „Финансиконсулт“ ЕООД и „Кингс Табако“ ЕАД, предприемат редица процесуални действия в защита на своите интереси:

а) с частна жалба вх. № 71143 от 29.07.2011 г. са оспорили определение № 4093 от 15.07.2011 г. по т.д. № 2457/2011 г.;

б) с частни жалби вх. № 71145 и вх. № 71146, и двете от същата дата - 29.07.2011 г. - са оспорили определенията от 22.07.2011 г. по ч.гр.д. № 8634/2011 г. и от 27.07.2011 г. по ч.гр.д. № 8640/2011 г. на СГС, АО, III-B състав;

в) с частна жалба вх. № 71438 от 01.08.2011 г. са оспорили определението от 18.07.2011 г. по ч.гр.д. № 9560/2011 г. на СГС, ТО, VI-6 състав.

Всичките частни жалби са били уважени - с определение № 1905 от 21.10.2011 г. по ч.гр.д. № 3486/2011 г., определение № 1906 от 21.10.2011 г. по ч.гр.д. № 3487/2011 г., определение № 2019 от 07.11.2011 г. по ч.гр.д. № 3524/2011 г. и с определение № 2026 от 07.11.2011 г. по ч.гр.д. № 3747/2011 г. Софийският апелативен съд отменя всички определения, с които съставите на СГС са наложили описаните по-горе привременни мерки по т.д. № 2457/2011 г., ч.гр.д. № 8634/2011 г., ч.гр.д. № 8640/2011 г. и ч.гр.д. № 9560/2011 г.

В мотивите към определение № 2026 от 07.11.2011 г. по ч.гр.д. № 3747/2011 г., с което отменя определение № 4093 от 15.07.2011 г. по т.д. № 2457/2011 г. (привременните мерки по предявените от „ТД Морой Асетс Лимитед“ искове по чл. 76, ал. 1 ЗМГО) Софийският апелативен съд е изразил и становище, че „за да е налице нарушение на правото на търговска марка по смисъла на чл. 73 ЗМГО, трябва да е осъществено някое от посочените в чл. 13 ЗМГО действия или пък такова по чл. 73, ал. 2 ЗМГО (но) тези действия трябва да са противоправни, т.е. лицето да няма законово основание за извършването им; в случая обаче „Финансконсулт“ ЕООД, гр. Пловдив и „Кингс Табако“ ЕАД, гр. Пловдив, притежават правото да използват търговските марки „KING“ и „the KING“, като същите са регистрирани в Патентното ведомство на Република България (и) затова те могат да упражняват всички права, които произтичат от регистрацията на тези марки, включително и това да ги използват с търговската си дейност, включително и като ги поставят върху стоките и услугите си“ (мотивите към посоченото определение по-натък съдържат интересен анализ на правните способности за защита на по-рано регистрирана търговска марка, но те са неотносими към същността на сега обсъжданото дисциплинарно нарушение).

4. Независимо от предприетата защита с подадените от тях частни жалби (описани в предходната б.В), най-вероятно поради обстоятелството, че обезпечителните заповеди, издадени по т.д. № 2457/2011 г., ч.гр.д. № 8634/2011 г., ч.гр.д. № 8640/2011 г. и ч.гр.д. № 9560/2011 г. са били приведени в изпълнение преди да бъдат отменени от САС и в частност въз основа на тях са били иззети големи количества кашони и стекове с цигари, търговските дружества „Финансконсулт“ ЕООД и „Кингс Табако“ ЕАД са предприели и една по-особена правна защита на своите интереси.

На 03.08.2011 г. в Софийски градски съд е било образувано **гр.д. № 10394/2011 г.** по искова молба вх. № 71864 от 02.08.2011 г. (на л. 94 и на л. 628 от дисциплинарното дело) на търговските дружества „Финансконсулт“ ЕООД и „Кингс Табако“ ЕАД срещу търговските дружества „Ен Джи Мобил“ ЕООД, гр. София и чуждестранното „ТД Морой Асетс Лимитед“, регистрирано на Британските Вирджински острови, с която е предявен отрицателен установителен иск, че ищците не осъществяват нарушение на правата на ответните дружества по чл. 13 ЗМГО върху ползваната, респ. притежаваната от тях търговска марка „RED KING“, рег. № 004501128. С тази искова молба е направено и следното особено искане:

„В полза на ответниците СГС е постановил четири определения, служебно известни на съда (по т.д. № 2457/2011, VI-1 с.; ч.гр.д. № 8634/2011 г., АО, III-B с.; ч.гр.д. № 8640/2011 г., АО, III-B с. и по ч.гр.д. № 9560/2011 г., VI-6 с.), с които е допуснал КУМУЛАТИВНО налагане на ВСИЧКИ, съгласно закона алтернативно допустими, привременни мерки по чл. 76ж от ЗМГО, като обезпечение на предявен и три бъдещи техни искове. Предявеният и бъдещите искове, по които е допуснато налагане на мерките са ИДЕНТИЧНИ - за установяване на нарушение, неговото преустановяване, унищожаване на стоките, предмет на нарушението, за заплащане на вреди. (...) Като резултат от наложените привременни мерки не само търпим вреди, които ще бъде невъзможно впоследствие да обезпечим, доколкото СГС не е определил никаква гаранция за ответниците - офшорна компания и новоучредено дружество със собствен капитал от 2 лв. и никакви активи, но е реално възможно Кингс Табако ЕАД да бъде поставено в ситуация, в която ще бъде принудено да направи съкращения сред работниците и служителите в предприятието. Предвид на това (...) Ви моля да допуснете обезпечение на иска ни по чл. 76, ал. 1, т. 1 ЗМГО като допуснете следната обезпечителна мярка - спиране на изпълнението на обезпечителна заповед, издадена въз основа на определение на СГС от 15.07.2011 г. по т.д. № 2457/2011 г., VI-1 с. (следва изброяване на обезпечителните заповеди, издадени по посочените в началото на искането дела на СГС).”

По това искане на 04.08.2011 г. съдия Мария Иванова е постановила определение, с което е допуснала обезпечение на предявения отрицателен установителен иск чрез налагане на обезпечителни мерки забрана за ползване и разпореждане от страна на „ТД Морой Асетс Лимитед“ с правата му върху марка „RED KING“ рег.№ 004501128 и спиране на изпълнението на четирите издадени от СГС обезпечителни заповеди по т.д. № 2457/2011 г., ч.гр.д. № 8634/2011 г., ч.гр.д. № 8640/2011 г. и ч.гр.д. № 9560/2011 г. при гаранция в размер на 5000 лв. Сезиран с въззивна частна жалба (вх. № 74127 от 11.08.2011 г. на СГС), подадена от чуждестранното търговско дружество, Софийският апелативен съд с определение № 2409 от 23.12.2011 г. по в. гр. д. № 4133/2011 г. е отменил определението от 04.08.2011 г. по гр.д. № 10394/2011 г. на СГС и вместо него е постановил друго, с което е отхвърлил искането за обезпечение на предявения отрицателен установителен иск. За да постанови този резултат САС е приел, че:

а) Обезпечение на бъдещ иск се допуска когато същият е допустим и вероятно основателен, налице е обезпечителна нужда и исканата обезпечителна мярка е допустима и подходяща с оглед целта на търсената защита, а в случая предявеният с исковата молба отрицателен установителен иск е недопустим, тъй като липсва правен интерес от предявяването му. Липсата на правен интерес се обосновава от факта, че към момента на завеждането на исковата молба вече е налице висящ спор между страните по положителен установителен иск, предявен от ответниците по настоящия отрицателен установителен иск, в което производство със сила на пресъдено нещо ще бъде разрешен спорът между страните налице ли е или не нарушение на правата върху същата търговска марка, т.е. в зависимост от изхода на спора по първото дело, ще бъде постигната целената от ишците по гр.д. № 10394/11 г. правна защита;

б) сочените от молителите обезпечителни мерки са неподходящи и

в) третата поискана обезпечителна мярка – спиране на изпълнението на четирите издадени вече от съда обезпечителни заповеди - освен неподходяща, е и недопустима, тъй като с нея фактически се постига ефекта на отмяната на вече допуснато обезпечение в нарушение на предвидения от законодателя процесуален ред.

Междувременно, обаче, след като на 11.08.2011 г. е постъпила въззивната частна жалба срещу определението от 04.08.2011 г., съдия Мария Иванова е постановила ново определение с дата 23.08.2011 г. (на л. 843 - 845 от дисц.д. № 12/2011 г.), с което отново е допуснато същото по вид обезпечение на предявените отрицателни установителни искове чрез спиране изпълнението на обезпечителните заповеди, издадени от СГС по посочените по-горе т.д. № 2457/2011 г., гр.д. № 8634/2011 г., гр.д. № 8640/2011 г. и гр.д. 9560/2011 г. и е осъдено чуждестранното търговско дружество да заплати на молителите - ищци сумата от 108 хиляди лева за адвокатско възнаграждение.

По подадената на 15.09.2011 г. частна жалба вх. № 80852 в Софийския апелативен съд първоначално е било образувано в.гр.д. № 150/2012 г., но с определение № 229 от 18.01.2012 г. производството по него е прекратено, а делото е върнато в СГС за „представяне на доказателства за уведомяването на частния жалбодател и за връчване на преписи от частната жалба” на насрещната страна за отговор (чл. 396, ал. 2 ГПК). След изпълнението на тези указания в САС е образувано ч.гр.д. № 1016/2012 г., по което с определение № 650 от 26.03.2012 г. този съд е обезсилил като недопустимо определението на СГС от 23.08.2011 г. по гр.д. № 10394/2011 г. в частта, с която е постановено спиране на

изпълнението на обезпечителните заповеди и в частта, с която е присъдено адвокатско възнаграждение от 108 000 лв. За да постанови този резултат САС е приел, че "определението на градския съд е недопустимо, тъй като съдът повторно е наложил обезпечителни мерки, каквито вече са били наложени с предходно определение (а) освен това, определението, включително и в частта, с която ответникът е осъден да заплати адвокатско възнаграждение, е постановено без по делото да е документирано такова искане".

След постъпването на частната жалба вх. № 80852 от 15.09.2011 г. съдия Мария Георгиева (сега Иванова) на 21.09.2011 г. е издала ново определение, с което отново е допуснала обезпечение на отрицателния установителен иск, но този път чрез:

- изземване от складовете на „ДИМИ 2007“ ЕООД, гр. София, кв. Горубляне, на предадената на 28.07.2011 г. стока - подробно описани кашони и стекове с цигари - иззета на 28.07.2011 г. от ЧСИ № 851 Мариян Петков, с район на действие СГС, с протокол изх. № 104859 от 28.07.2011 г., и предаването на тази стока на „ВАТ 94“ ООД;

- изземване от адв. Марин Стефанов от АК Бургас на иззетите на 02.08.2011 г. от ЧСИ № 801 Трифон Димитров, с район на действие Бургаски окръжен съд, с протокол изх. № 2281 от 02.08.2011 г. от „АЛ-ВА“ ООД и предаване на "АЛ-ВА" ООД също подробно описани кашони и стекове с цигари.

С определение № 634 без дата по ч.гр.д. № 1013/2013 г. САС е отменил и това определение, но поради обстоятелството, че „преди влизане в сила на определението от 21. 09. 2011 г., с което е допуснато обезпечение на предявения иск, производството по гр. д. № 10394/2011 г. на СГС, I-15 с-в. е прекратено с определение № 3346/27. 02. 2012 г., влязло в сила на 23. 03. 2012 г., поради отказ от иска."

Според настоящия състав на Върховния административен съд, шесто отделение, така описаните правораздавателни действия, извършени от съдия Мария Георгиева в качеството ѝ на едноличен, независим и безпристрастен съд, са не само процесуално недопустими, а представляват и нелегитимно превишаване и превратно упражняване на съдебната правораздавателна власт. Никой съд няма предоставена от закона власт да спира изпълнението на постановени от друг, равен по степен съд, обезпечителни мерки и да разпорежда възстановяване на първоначалното положение, ако тези обезпечителни мерки са били вече приложени, дори когато те са били незаконосъобразно допуснати от

другия, равен по степен съд. Освен това, обезпечителната мярка по чл. 397, ал. 1, т. 3, предл. последно, ГПК има за цел да преустанови занапред изпълнителните действия по висящ изпълнителен процес. Наложеният от съдебния изпълнител обезпечителни мерки (към каквито се приравняват привременните мерки по чл. 76ж ЗМГО) финализират обезпечителния процес, който се състои в тяхното допускане и налагане, а действията на съдебния изпълнител по налагане на обезпечителни мерки не са действия в изпълнителен процес. Щом обезпечителният процес е финализиран с налагането на допуснатите от съда обезпечителни мерки, няма как той да бъде спрял. Но наложените обезпечителни мерки може да бъдат изменени или отменени от съда, който ги е допуснал и издал обезпечителна заповед за тяхното налагане или от съда, пред който е висящо исковото производство, по което те са били допуснати. Несъмнено това не може да бъде друг, равен по степен съд.

5. Според чл. 4, ал. 1 от Конституцията Република България е правова държава, която се управлява според Конституцията и законите на страната.

А правова е държавата, в която установеният, легитимиращ я правен ред притежава три неотменими характеристики:

а) върховенство на закона, което гарантира, че законите в държавата са ефективни, прилагат се според точния им смисъл и се спазват безусловно;

б) върховенство на правото, което гарантира социален ред, основан на равенство пред законите и на независим съдебен процес;

в) върховенство на правосъдието, което гарантира, че всеки един правен спор може да бъде безпрепятствено отнесен до независим съд за разрешаване чрез справедлив съдебен процес.

На този фон същественият въпрос в процесния случай е: допустимо ли е незаконосъобразно изземване на стока на очевидно значителна стойност, основано на неправилни съдебни актове, постановени по недопустими от процесуалните правила искания за съдебна защита, да бъде отстранено чрез също така незаконосъобразни действия, също основани на неправилни съдебни актове, постановени също по недопустими от правния ред искания за съдебна защита.

Настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, счита, че на този въпрос следва да бъде даден отрицателен отговор - в правовата и демократична държава не е допустимо една незаконосъобразност и нейните негативни последици да бъдат

отстранявани чрез друга, още по-голяма незаконосъобразност, защото в този случай незаконосъобразността ще бъде издигната в норма на поведение, безусловно елиминираща върховенството на закона, на правото и на правосъдието. Разбира се, този отговор може да бъде даден само ако преди това бъде даден позитивен отговор на въпроса съществува ли и днес изразената в преамбюла на Конституцията решимост България да бъде демократична и правова държава.

В процесния случай постановените от съдия Мария Георгиева (сега Иванова) обезпечителни мерки - спиране на изпълнението на другите четири, макар признати след това по установения ред за незаконосъобразни, обезпечителни заповеди - не съответстват на правилата на обезпечителното производство в много по-голяма степен от тези, за чието преодоляване са постановени, поради което постановените от съдия Мария Георгиева три последователни обезпечителни заповеди представляват действия, накърняващи престижа на съдебната власт в правовата държава и поради това са дисциплинарно нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 4 ЗСВ.

Но не трябва да бъде отминато с мълчание същественото обстоятелство, че събраните в дисциплинарното производство и описани по-горе в тази т.VI.A. данни по гр.д. № 10394/2011 г. на СГС, недвусмислено сочат на съществуващ в системата порок - недопустимата, но очевидно реално съществуваща възможност (категорично не само при съдия Мария Георгиева) чрез множество идентични иски молби, в т.ч. и молби за обезпечение на бъдещ иск, да бъде „избран точния съдия“ по делото и то не непременно защото с него съответната страна в правния спор е уговорила преследвания от нея резултат по делото, а защото този съдия, чрез показания от него в други съдебни актове начин на тълкуване и прилагане на закона, е предпочитания от страната съдия по правния спор.

Б. 1. Със заповед № РД-40-141 от 12.05.2009 г. на кмета на Столична община е отчуждена реална част от недвижим имот, собственост на търговското дружество „ИРИС-БН“ ЕООД, гр. София и е определено обезщетение в размер на 4 539 150 лв. Търговското дружество е оспорило заповедта в частта за оценката на отчуждения имот. С решение № 38 от 11.08.2009 г. по адм. дело № 3585/2009 г. Административен съд - София град е уважил жалбата и е изменил размера на обезщетението, което Столична община следва да заплати за отчуждения имот, на 8 588 572 лв. Със същото решение Административен съд - София град (АССГ) е

присъдил в полза на „ИРИС-БН“ ЕООД 20 450 лв. разноски по делото. Решението е окончателно и не подлежи на касационно обжалване, поради което е влязло в сила на датата, на която е било обявено - 11.08.2009 г. По искане на „ИРИС-БН“ ЕООД е издаден изпълнителен лист за присъдените му 20 450 лв. разноски по делото и Столична община е изплатила тази сума.

С писмо рег. № 1124-00-1024 от 13.08.2009 г. и с последваща нотариална покана от 04.02.2010 г. „ИРИС-БН“ ЕООД е поискало Столична община да му преведе присъденото равностойно парично обезщетение за отчуждения имот, а на 08.02.2010 г. дружеството е предприело действия за образуване изпълнително дело и принудително събиране на сумата 8 588 572 лв. По изпълнително дело № 73/2011 г. (20117830400073) частният съдебен изпълнител (ЧСИ) Иван Чолаков, рег. № 783, с район на действие СГС, е изпратил до Столична община покана за доброволно изпълнение, връчена на 10.02.2011 г., след което е издал две заповрни заповрни съобщения - изх. № 1856 от 25.02.2011 г. и изх. № 1857 от 25.02.2011 г. - с които е наложил заповри върху банкови сметки на общината.

Столична община е оспорила по реда на чл. 294 и сл. АПК действията на ЧСИ пред Административен съд - София град, който с подробно мотивирано решение № 1089 от 11.03.2011 г. по адм.д. № 1641/2011 г. е отменил всички извършени действия на ЧСИ по изп.д. № 73/2011 г., вкл. действията по образуването на това изпълнително дело и посочените по-горе две заповрни съобщения. Със същото решение АССГ е задължил ЧСИ с рег. № 783 да не предприема действия по принудително изпълнение на решение № 38 от 11.08.2009 г. по адм. д. № 3585/2009 г. За да постанови този резултат АССГ е приел, че с чл. 29, ал. 6, 7 и 8 от Закона за общинската собственост (ЗСО) „са предвидени механизми за защита на правата на отчуждените собственици“ - неплащането на определеното от съда равностойно обезщетение за отчуждения имот е юридически факт, който поражда задължение за кмета на общината по искане на собственика да отмени заповедта за отчуждаване, а в хипотезата на чл. 29, ал. 8 ЗСО - да обезсили тази заповед.

Изпълнявайки това решение на АССГ, ЧСИ с постановление от 14.03.2011 г. е отказал да извърши исканото от „ИРИС-БН“ ЕООД изпълнително действие - налагане на заповри върху извънбюджетни средства на Столична община в БНБ и във всички действащи на територията на Република България търговски банки. „Взискателят е уведомен за този отказ на 19.03.2011 г., видно от отбелязване на гърба на

постановлението” (с тази констатация започва абзац трети от първата страница на решението от 09.05.2011 г. по ч.гр.д. № 5358/2011 г. на л. 572 - 574 от дисц.д. № 12/2011 г.). Според Инспектората при ВСС „за времето от 23.03.2011 г. до 28.04.2011 г. по жалби на „ИРИС-БН“ ЕООД срещу действията на ЧСИ по изп. д. № 73/2011 г. в СГС са били образувани общо 65 дела”.

2. Три от тези 65 дела са:

а) ч.гр.д. (в) № 3622/2011 г., образувано на 23.03.2011 г. по жалба вх. № 25210 от 22.03.2011 г. на „ИРИС-БН“ ЕООД срещу действията на ЧСИ, рег. № 783, по изп.д. № 73/2011 г.;

б) гр.д. № 3683/2011 г., образувано на 24.03.2011 г. по жалба вх. № 25612 от 23.03.2011 г. на „ИРИС-БН“ ЕООД срещу действията на ЧСИ Иван Чолаков по изп.д. № 73/2011 г.;

в) **гр.д. № 5358/2011 г.**, образувано на 27.04.2011 г. по жалба вх. № 37528 от 26.04.2011 г. на „ИРИС-БН“ ЕООД срещу действията на ЧСИ Иван Чолаков по изп.д. № 73/2011 г.

Производството по първото от тях - ч.гр.д. (в) № 3622/2011 г. на СГС, ГО, I-ви брачен въззивен състав - е било прекратено с определение от 28.03.2011 г. и жалбата е изпратена на ЧСИ за администриране по реда на чл. 436 ГПК, излагане на мотиви по обжалваните действия и едва тогава да бъдат изпратени всички книжа, заедно с препис от изпълнителното дело по компетентност на СГС.

По второто дело - гр.д. № 3683/2011 г. на СГС, ГО, II-г състав - на 01.04.2011 г. е постъпила молба вх. № 57126 от тази дата, с която жалбата се оттегля, но производството по делото е завършило с решение от 04.04.2011 г., с което жалбата на „ИРИС-БН“ ЕООД срещу постановлението от 14.03.2011 г. на ЧСИ е отхвърлена като неоснователна.

Този състав на СГС, ГО, е изразил становище, идентично с това на АССГ по адм.д. № 1641/2011 г. – „ако в 6-месечен срок от влизането в сила на заповедта по чл. 25, ал. 2 ЗОС или на съдебното решение дължимото обезщетение не бъде преведено по сметка на собственика, кметът на общината отменя заповедта за отчуждаване по искане на собственика; така законодателят е защитил интереса на собствениците, които имат отчужден имот за мероприятие по подробен устройствен плана или ПУП, а не е изплатено обезщетение, поради което и решението по адм.д. № 3585/2009 г. на Административен съд София град в частта, в която е определен по-висок размер обезщетение не е с характер на осъдително решение и неправилно е образувано изпълнително дело при ЧСИ.”

По третото дело - **гр.д. № 5358/2011 г.** - тричленен съдебен състав с председател съдия Мария Георгиева, която е и докладчик по делото, е постановил решение от 09.05.2011 г., с което е приел, че жалба вх. № 37528 от 26.04.2011 г., по която е образувано това дело, е идентична на жалба вх. № 25210 от 22.03.2011 г., по която е било образувано прекратеното ч.гр.д. (в) № 3622/2011 г. на СГС, ГО, I-ви брачен въззивен състав, поради което, „макар че ч.гр.д. № 3622/11 г. да е прекратено за администриране на жалбата, то съдът дължи произнасяне, тъй като правото на обжалване е упражнено в срок и жалбата е била администрирана от ЧСИ.” Със същото решение тричленният съдебен състав с председател и докладчик съдия Мария Георгиева е отменил отказа на ЧСИ по изп.д. № 73/2011 г., обективизиран в постановление от 14.03.2011 г. да извърши исканото изпълнително действие за принудително събиране на дълга чрез налагане на запори върху извънбюджетни средства, находящи се в банкови сметки на длъжника Столична община във всички действащи на територията на РБългария търговски банки, както и на извънбюджетните средства в тези, открити в БНБ и е задължил ЧСИ да извърши това изпълнително действие.

Със същото решение тричленният състав е осъдил Столична община да заплати на „ИРИС-БН” ЕООД 150 000 лв. адвокатско възнаграждение.

3. С молба вх. № 48863 от 30.05.2011 г. Столична община е поискала на основание чл. 248 ГПК съдът да измени постановеното от него решение в частта за разноските, а на 31.05.2011 г. Столична община е подала молба вх. № 49498 от тази дата за отмяна по реда и на основание чл. 303, ал. 1, т. 4 ГПК с довода, че между същите страни, за същото искане и на същото основание е постановено преди него друго влязло в сила решение - от 04.04.2011 г. по гр.д. № 3683/2011 г. на СГС, ГО, II-г състав, което му противоречи. Двете молби са администрирани едновременно така:

а) с разпореждане от 03.06.2011 г. молбата за отмяна е оставена без движение с указание да бъде внесена държавна такса; с молба вх. № 55286 от 15.06.2011 г. Столична община е представила документ за внесена държавна такса; с разпореждане от 21.06.2011 г. съдът е разпоредил „препис от молбата за отмяна да се изпрати на ответната страна за писмен отговор в едноседмичен срок от съобщението”; такъв отговор е бил внесен от „ИРИС-БН” ЕООД в деловодството на СГС с вх. № 60910 от 30.06.2011 г.;

б) с разпореждане от 07.06.2011 г. съдът е разпоредил препис от молбата по чл. 248 ГПК да се изпрати на ответната страна за отговор в

едноседмичен срок от съобщението, а на 27.06.2011 г. тричленен състав на СГС с председател съдия Мария Георгиева е постановил определение № 11678, с което е отхвърлил като неоснователно искането на Столична община за изменение на решението от 09.05.2011 г. в частта за разносните. Съдия Валентин Бойкинов е отказал да подпише това определение № 11678 от 27.06.2011 г. На стр. 50 от процесния Акт за резултати от извършена проверка в СГС е отразена констатацията, че "същото определение не е подписано от съдия В.Бойкинов и към момента на извършване на проверката - поставено е листче на кориците на делото". На 23.08.2011 г. съдия Валентин Бойкинов е изготвил особено мнение по определението от 27.06.2011 г. (ксероксно фотокопие от което е представено от адв. Г.Миленов с молба вх. № 11-12-124/2011 г. от 25.03.2013 г. на ВСС и се намира в преписката на ВСС като неномериран лист, непосредствено след справката за движението на гр.д. № 5358/2011 г., която е с номер 878; поради това настоящият състав на ВАС-VI отд. постави върху посочената молба на адв. Г.Миленов номер 878/А, а върху представеното с тази молба фотокопие - 878/Б).

След като съдия В.Бойкинов е изготвил своето особено мнение с дата 23.08.2011 г., на 26.08.2011 г. гр.д. № 5358/2011 г. е било изпратено във ВКС с писмо изх. № 15141 (като препоръчана пощенска пратка), където е получено на 20.09.2011 г. и е регистрирано с вх. № 14051 от същата дата. По молбата на Столична община за отмяна на решението от 09.05.2011 г. по гр.д. № 5358/2011 г. е било образувано гр.д. № 1293/2011 г. на ВКС-IV г.о., по което с решение № 492 от 14.11.2011 г. ВКС-IV г.о. е отменил на основание чл. 303, ал. 1, т. 4 ГПК решение № 2818 от 09.05.2011 г. по ч.гр.д. № 5358/2011 г. на СГС - поради това, че между същите страни, за същото искане и на същото основание е постановено преди него друго влязло в сила решение - от 04.04.2011 г. по гр.д. № 3683/2011 г. на СГС, ГО, II-г състав, което му противоречи. Според чл. 307, ал. 4 ГПК в случаите по чл. 303, ал. 1, т. 4 ВКС отменя неправилното от двете противоречащи си решения. В случая ВКС е отменил решението по гр.д. № 5358/2011 г., приемайки, че то е неправилното решение по смисъла на чл. 307, ал. 4 ГПК, защото „само по себе си определянето на паричното обезщетение с влязъл в сила административен акт, независимо от това дали той е бил обжалван пред съд, не е изпълнително основание - собственикът на имота няма право за принудително изпълнение, а имотът не е отчужден до момента, в който е изплатено определеното обезщетение“.

4. При тези данни Инспекторатът при ВСС е приел, че в случая съдия Мария Георгиева е извършила две дисциплинарни нарушения:

а) дисциплинарно нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 2 ЗСВ - действие или бездействие, което неоправдано забавя производството, тъй като по ч.гр.д. № 5358/2011 г. не извършва в продължение на повече от два месеца реални действия по администриране и изпращане на подадена жалба във ВКС - т.П.1. от предложението за налагане на дисциплинарно наказание (л. 86, стр. 2 от настоящето адм.д. № 6000/2011 г.), преразказана в т. I.2.б.ба. по-горе в настоящите мотиви;

б) дисциплинарно нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 5 ЗСВ - неизпълнение на други служебни задължения, тъй като:

- не е изпълнила задълженията си по чл. 5 и чл. 7 ГПК, допускайки да бъде разгледан по същество правен спор, подсъден на административен съд по правилата на дял V от АПК - т.Ш.7.2. от предложението на Инспектората при ВСС за налагане на дисциплинарно наказание;

- грубо е нарушила принципа за случайно разпределение на делата по чл. 9 ЗСВ - т. Ш.8.3. от предложението за налагане на дисциплинарно наказание (л. 90, стр. 2 от настоящето адм.д. № 6000/2011 г.), преразказана в т. I.2.в.вз. по-горе в настоящите мотиви.

Дисциплинарният състав е приел за установено само първото посочено в предложението на Инспектората дисциплинарно нарушение, което, обаче, е формулирал така: „неоснователно задържане и неизпращане във ВКС на ч.гр.д. № 8358/2011 г. (несъмнено очевидна фактическа грешка - делото ч.гр.д. № 5358/2011 г.) през времето от 01.07.2011 г. до 22.08.2011 г. (пункт II, т.1 на предложението)” - стр. 3 и 4 на решение № 10-00-011 от 25.03.2013 г.

Членът на ВСС Калин Калпакчиев в предложението си за вида на дисциплинарното наказание е посочил, че приема за извършени и двете дисциплинарни нарушения по предложението на Инспектората - по-горе т. Ш.5. от тези мотиви, но второто дисциплинарно нарушение е определил като нарушение на принципите по чл. 5 и чл. 7 ГПК, т.е. дисциплинарното нарушение, според този член на ВСС, е по чл. 307, ал. 4, т. 5 ЗСВ.

5. При същите данни настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, счита, че забавеното изпращане на гр.д. (или ч.гр.д.) № 5358/2011 г. не се дължи на виновно поведение от страна на съдия Мария Георгиева, защото основната причина за това забавяне е късното изготвяне на особено мнение и подписване на

определението от 27.06.2011 г. от съдия Валентин Бойников, т.е. до 23.08.2011 г. посоченото определение е било незавършен съдебен акт. Не може да бъде вменено във вина на съдия Мария Георгиева и обстоятелството, че търговското дружество „ИРИС-БН“ ЕООД е подало общо 65 жалби срещу отказа на ЧСИ да наложи заповед за извънбюджетни средства на Столична община, върху които да насочи принудителното събиране на определеното от АССГ равностойно обезщетение за отчужден имот. Неправилна е масово възприетата в съдилищата практика да се образуват дела без оглед на обстоятелството дали е внесена държавната такса и без предварителна проверка дали по идентична жалба, искова молба, молба за обезпечение на бъдещ иск и т.н. няма вече образувано дело в същия съд. Поради това всеки заинтересован може да подаде и повече от 65 идентични жалби в един и същ съд, всичките без необходимата държавна такса и в указания му срок за отстраняване на нередовността, но по вече образуваните съдебни дела, да избере предпочитания от него съдия или съдебен състав и само по това дело да отстрани нередовността. Това интензивно явление в СГС не е непознато в останалите съдилища, а е повсеместно.

Обосновано е обаче изразеното от Инспектората към ВСС и от члена на ВСС Калин Калпакчиев становище, че по гр.д. (или ч.гр.д.) № 5358/2011 г. съдия Мария Георгиева (сега Иванова) съзнателно е извършила съществени нарушения на принципите за законност и служебно начало в гражданското правораздаване (чл. 5 и чл. 7 ГПК), като:

а) е постановила решение по същество по една недопустима като подадена след законния срок жалба срещу постановление на ЧСИ, нямаща никаква процесуална връзка с жалбата по гр.д. (в) № 3622/2011 г., изпратена от друг състав на СГС за администриране от ЧСИ;

б) е приела за разглеждане дело, което е подсъдно на АССГ, защото се оспорват действията на ЧСИ като орган по изпълнението на влязло в сила решение на АССГ, което изменя административен акт - заповед за отчуждаване на недвижим имот, т.е. изпълнителното основание (макар че в случая решението на АССГ и заповедта на кмета не са изпълнителни основания) е по АПК, а не по ГПК;

в) е отменила законосъобразен отказ на ЧСИ да наложи заповед върху извънбюджетни сметки на Столична община и незаконосъобразно е задължила този ЧСИ да наложи исканите от вискателя заповори и да събере принудително от Столична община сумата 8 588 572 лв. без

изпълнителен лист или друг акт, подлежащ на изпълнение - чл. 426, ал. 1 ГПК.

И тук, макар не без съдействието на останалите членове на съдебния състав, както и по гр.д. № 10394/2011 г., съдия Мария Георгиева е превишила и превратно (нелегитимно) е упражнила предоставената ѝ от правовия ред правораздавателна (съдебна) власт, което, освен че съставлява нарушение на служебните ѝ задължения по чл. 5 и чл. 7 ГПК, уронва престижа на съдебната власт.

По тези съображения настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, счита, че по гр.д. (или ч.гр.д.) № 5358/2011 г. съдия Мария Георгиева съзнателно е извършила тежко дисциплинарно нарушение по чл. 307, ал. 4, т. 5 ЗСВ във връзка с чл. 5 и чл. 7 ГПК и предложението на Инспектората към ВСС, както и това на съдия Калин Калпакчиев, член на ВСС, направено в заседанието на ВСС от 11.04.2013 г., са законосъобразни, обосновани и основателни.

В. Настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, по принцип счита за правилно изразеното с предложението на Инспектората към ВСС становище, че в обезпечителните производства съдия Мария Георгиева е допускала множество нарушения на процесуалните правила, напр. с уточняващи допълнителни молби се въвеждат страни и предмет, каквито не са заявявани с молбата, въз основа на която е образувано съответното дело; молби за обезпечаване на бъдещи иски са оставяни без движение с указания за внасяне на държавна такса и т.н.

Обезпечителното производство пред съда се развива едностранно, особено когато се иска да бъде допуснато обезпечение на бъдещ иск. То започва по молба за допускане на обезпечение, препис от която не се връчва на другата страна - чл. 395, ал. 1 ГПК. Молбата се разглежда и разрешава в закрито заседание в деня на подаването ѝ - чл. 395, ал. 2 ГПК. Законодателят не е възложил задължение на съда да проверява редовна ли е тази молба и да дава срок за отстраняване на нередовности.

Следователно, молбата за допускане на обезпечение, към която не е приложен документ за платена държавна такса, на право се оставя без разглеждане поради тази причина и образуваното по нея обезпечително производство се прекратява. Молителят ще подаде нова молба за допускане на обезпечение, вече с приложен към нея документ за платена такса. По същество няма никаква разлика в това дали молителят ще подаде нова молба за обезпечение или ще подаде молба, с която заявява,

че е отстранил нередовността на оставената без движение молба за допускане на обезпечение.

С още по-голяма сила казаното в предходния абзац за нередовната молба за допускане на обезпечение важи и за т.нар. уточняващи молби, с които по същество се конституира нов молител в обезпечителното производство - наред с първоначалния молител или вместо него. По своята същност тази т.нар. уточняваща молба е нова молба за допускане на обезпечение и по нея следва да бъде образувано ново обезпечително производство при спазване на принципа по чл. 9 ЗСВ. Впрочем, възможността да бъде подавана уточняваща молба съществува единствено поради неизпълнение на императивното правило по чл. 395, ал. 2 ГПК, според която молбата за допускане на обезпечение се разрешава незабавно още в деня на подаването ѝ. Обезпечително производство, което продължава повече от един ден е незаконосъобразно и поражда съмнение дали съдията по него е безпристрастен.

По тези твърдения за дисциплинарни нарушения, направени с предложението на Инспектората при ВСС за налагане на дисциплинарно наказание и с предложението на Калин Калпакчиев, член на ВСС, настоящият състав не може да направи задълбочено и аргументирано обсъждане, защото доказателствата за тях, ако въобще са събирани такава, са разпиляни, неподредени, без указание съответния препис от молба, жалба или съдебен акт по кой пункт или точка от предложението за дисциплинарно наказание се представя, кое от твърденията за дисциплинарни нарушения обуславя и т.н.

VII. Разбира се, тази неподреденост и вероятната липса на някои от доказателствата в дисциплинарното дело може да бъде отстранена чрез указание до ВСС или до Инспектората при ВСС за тяхното подреждане или представяне, но според настоящия състав на Върховния административен съд, шесто отделение, в процесния случай това не е необходимо, защото оспореното от съдия Мария Иванова решение на Висшия съдебен съвет е постановено при следните съществени нарушения на процесуални правила за неговото издаване:

1. Висшият съдебен съвет е колективен, висш административен орган, който осъществява ръководство на структурите на съдебната власт и чиято основна цел е да осигурява нейната независимост - Решение № 8 от 15.09.1994 г. на Конституционния съд на Република България по конст. д. № 9/1994 г. и Решение № 10 от 15.11.2011 г. на Конституционния съд по к. д. № 6/2011 г. Неговите основни правомощия са конституционно

установени и едно от тях е да налага дисциплинарни наказания понижаване и освобождаване от длъжност на съдиите, прокурорите и следователите - чл. 130, ал. 6, т. 2 от Конституцията на Република България. Това свое правомощие Висшият съдебен съвет осъществява по правилата на глава XI на ЗСВ, завършваща с разпоредбата на чл. 328, според която за неуредените въпроси (точният израз е: „доколкото в тази глава няма особени правила“) се прилагат правилата на АПК (защото ВСС е колективен адм. орган на съдебната власт).

Според чл. 35, ал. 1, пр. последно ЗСВ член на Висшия съдебен съвет няма право да участва в гласуването на решение, ако са налице други обстоятелства, които пораждат съмнение в неговата безпристрастност.

Според чл. 54, ал. 1, т. 6 ЗСВ Инспекторатът към ВСС прави предложения за налагане на дисциплинарни наказания на съдии, прокурори, следователи и административни ръководители на органите на съдебната власт. Несъмнено за да упражни това свое правомощие Инспекторатът взема решение с мнозинство по чл. 54, ал. 2 ЗСВ. В процесния случай такова решение Инспекторатът е взел по протокол № 20 от заседанието на инспекторите, проведено на 17.10.2011 г. (л. 206 - 208 от настоящето адм.д. № 6000/2013 г.). От съдържанието на протокола е видно, че при вземането на това решение са участвали инспекторите Незабравка Стоева, Мария Кузманова, Милка Итова, Ясен Тодоров и Васил Петров, а от съдържанието на протокол № 7 от 21.02.2013 г. и протокол № 14 от 11.04.2013 г. се вижда, че от тях - вече като членове на ВСС - единствено Незабравка Стоева се е отвела от вземането на решение по предложението на Инспектората за налагане на дисциплинарно наказание. Останалите четирима инспектори, вече членове на наказващия орган, са участвали при вземането на оспореното от съдия Мария Иванова решение за нейното дисциплинарно освобождаване от длъжност. Нещо повече - бившият инспектор и настоящ член на ВСС Мария Кузманова в заседанието на 21.02.2013 г. е изразила становище, че изброените по-горе 5 инспектори, сега членове на ВСС, не следва да участват като заинтересовани при гласуването на решението, а в следващото заседание на 11.04.2013 г. е заявила: „Считам, че в случая не са налице основанията на чл. 35 от ЗСВ и считам, че имам право да участвам в това гласуване, тъй като в предходното заседание бях на друго мнение, а именно след като в качеството си на инспектор съм участвала при вземането на решението по чл. 54, ал. 2 ЗСВ (но) с оглед допълнително събраните доказателства и допълнителното решение (на

дисциплинарния състав) няма основание фактически да поддържам този мой отвод, поради което ще участвам в гласуването”.

Настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, счита, че членовете на ВСС, които в предишното си служебно качество на инспектори са участвали при вземането на решението по чл. 54, ал. 2 ЗСВ, нямат право да участват в гласуването на решението на ВСС по предложението на Инспектората по чл. 54, ал. 1, т. 6 ЗСВ, направено въз основа на решението по чл. 54, ал. 2 ЗСВ, защото в осъществяването дисциплинарно производство те всъщност са били членове на колективния орган, направил предложение за дисциплинарно освобождаване от длъжност на съдия Мария Иванова и след това като членове на колективния дисциплинарно наказващ орган са участвали във вземането на решение за налагането на това дисциплинарно наказание. Предишното служебно качество на инспекторите Мария Кузманова, Милка Итова, Ясен Тодоров и Васил Петров е обстоятелство, което поражда съмнение в тяхната безпристрастност, вече като членове на ВСС, при гласуването на решението по направеното и от тях предложение за дисциплинарно наказание. Нещо повече - недопустимо е да бъде оттеглен впоследствие направен вече самоотвод на член на ВСС, дори когато, поради забраната този член на ВСС да участва в гласуването, ВСС не може да постигне необходимия кворум за решение. Когато е налице основание по чл. 35, ал. 1 ЗСВ членът на ВСС се отвежда по свой почин или по искане на заинтересована страна - чл. 10, ал. 2 и чл. 33, ал. 1 АПК във връзка с чл. 328 ЗСВ. Неизпълнението на това задължение е съществено нарушение на принципа за безпристрастност и поради това е отменително основание по чл. 146, т. 3 АПК във връзка с чл. 328 ЗСВ в случаите, когато без участието на подлежащия на отвод член на ВСС не са налице необходимите кворум и мнозинство на гласовете за приемането на оспореното решение (реш. № 10 от 15.11.2011 г. на КС по к. д. № 6/2011 г.). Настоящият случай е такъв - оспореното от съдия Мария Иванова решение по т. 29 от протокол № 14 от заседанието, проведено на 11.04.2013 г., е взето с резултат 15 гласа „за” дисциплинарното й освобождаване от длъжност, което означава, че отнемането на 4 гласа на членовете Милка Итова, Мария Кузманова, Васил Петров и Ясен Тодоров има за последица липса на необходимото мнозинство за това решение.

2. Главният инспектор участва в заседанията на Висшия съдебен съвет, но не участва в гласуването - чл. 60, ал. 2 ЗСВ. Според настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, в

дисциплинарното производство, образувано по предложение на Инспектората към ВСС, главният инспектор не бива да участва и в разискванията, които правят членовете на ВСС преди да гласуват предложението на Инспектората и това на дисциплинарния състав. Обратното разбиране определено води до съществено нарушение на принципа за равенство на страните в административния процес - според чл. 8, ал. 1 АПК, приложим в дисциплинарни производства по глава XVI на ЗСВ по силата на чл. 328 ЗСВ, всички лица, които са заинтересовани от изхода на производствата по този кодекс, имат равни процесуални възможности да участват в тях за защита на своите права и законни интереси. Това означава, или дисциплинарно наказваното лице също да присъства на разискванията преди гласуването на предложението за неговото дисциплинарно наказване, или заедно с това лице от заседателната зала да бъде отстраняван и главният инспектор, като процесуален представител на колективния орган, вносител на предложението за дисциплинарно наказване, т.е. като процесуален представител на насрещната в дисциплинарното производство страна. По тези съображения настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, счита, че участието на главния инспектор в разискванията, преди гласуването на предложението на Инспектората и предложението на дисциплинарния състав в двете заседания на ВСС - това от 21.02.2013 г. и това от 11.04.2013 г. - има за последица съществено нарушение на принципа за равенство на страните в дисциплинарното производство и поради това е отменително основание по чл. 146, т. 3 АПК във връзка с чл. 328 ЗСВ.

3. За мотиви на решението се смятат и мотивите на решението на дисциплинарния състав, както и изказаните съображения от членовете на Висшия съдебен съвет - чл. 320, ал. 4, изр. 2-ро ЗСВ. За мотиви на решение на Висшия съдебен съвет, прието с тайно гласуване, с което не се приема направено предложение (в случая на дисциплинарния състав), се смятат изказаните от членовете на Висшия съдебен съвет отрицателни становища - чл. 34, ал. 3, изр. 1-во ЗСВ.

Според настоящия състав на Върховния административен съд, шесто отделение, в случаите, когато член на ВСС изразява отрицателно становище по предложение на дисциплинарен състав, той следва да посочи кои изводи за релевантни факти и свързаните с тях правни последици в решението на дисциплинарния състав не споделя и да изложи аргументи за това (т. 4 на тълк. реш. № 1 от 18.04.2006 г. по тълк. д. № 1/2006 г. на ОС на съдиите от втора колегия на ВАС е актуална и при

действието на ЗСВ от 2007 г.), както и да обсъди тежестта на всяко от дисциплинарните нарушения, които счита за установени, формата на вината, обстоятелствата, при които е извършено всяко нарушение, и поведението на нарушителя (арг. чл. 309 ЗСВ).

В процесния случай дисциплинарният състав, след като е обсъдил задълбочено всички факти и основанията на тях доводи, инвокирани с предложението на Инспектората към ВСС, към мотивите на своето решение е изложил добре аргументирани становища кои твърдения за извършени от съдия Мария Георгиева дисциплинарни нарушения счита за недоказани и кои доводи на вносителя на предложението счита за неоснователни. В отрицателното становище на членът на ВСС Калин Калпакчиев, обаче, липсва посочване кои изводи на дисциплинарния състав счита за неправилни и по какви съображения. Поради това основаното на неговото предложение за вида на дисциплинарното наказание решение на ВСС не е мотивирано - съществено нарушение на посочените по-горе процесуални правила, което е отменително основание по чл. 146, т. 3 във връзка с чл. 328 ЗСВ.

VIII. По отношение на всички останали дисциплинарни нарушения (извън обсъдените по-горе в т. VI на тези мотиви), твърдяни с предложението на Инспектората към ВСС, настоящият състав на Върховния административен съд, шесто отделение, счита за законосъобразни и обосновани направените от дисциплинарния състав фактически и правни изводи в мотивите към решение № 10-00-011 от 25.03.2013 г. по дисциплинарно дело № 12/2011 г., които споделя напълно. Водим от изложените мотиви, Върховният административен съд, шесто отделение,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решението на Висшия съдебен съвет по т. 29 от заседанието на 11.04.2013 г., с което на Мария Иванова Иванова от гр. София е наложено дисциплинарно наказание по чл. 308, ал. 1, т. 8 от Закона за съдебната власт - дисциплинарно освобождаване от длъжността съдия в Софийски градски съд и на основание чл. 173, ал. 2 АПК във връзка с чл. 328 ЗСВ **ИЗПРАЩА** делото като преписка на Висшия съдебен съвет, който да реши по същество въпроса, поставен с предложението на Инспектората към Висшия съдебен съвет за налагане на дисциплинарно наказание на Мария Иванова Георгиева (сега Мария Иванова Иванова) от

гр. София за изложените в предложението дисциплинарни нарушения, извършени или допуснати от нея като съдия в Софийски градски съд.

ОСЪЖДА Висшият съдебен съвет да заплати:

а) на Мария Иванова Иванова от гр. София сумата 430 (четиристотин и тридесет) лева разноси по делото, от които 400 лв. възнаграждения на две вещи лица за изпълнени от тях по делото съдебни експертизи, 10 лв. държавна такса и 20 лв. държавна такса за съдебни удостоверения (квитанции на л. 133, л. 234, 235 и л. 236 от делото);

б) на Върховния административен съд сумата 30 (тридесет) лева възнаграждение на вещо лице - съд. протокол от 25.06.2013 г. на л. 209 и 210 от делото.

РЕШЕНИЕТО може да се обжалва с касационна жалба пред петчленен състав на Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:/п/ Александър Еленков

ЧЛЕНОВЕ:/п/ Георги Георгиев

/п/ Анелия Ананиева

АРХИВ

ДОКАЗВАНЕ НА „ОТРИЦАТЕЛНИ ОБСТОЯТЕЛСТВА“

Бележка на Редакционната колегия: С Тълкувателно решение № 1 от 02.04.2014 г. по тълк. д. № 1/2014 г., ОСГТК на ВКС беше отклонено предложението на председателя на ВКС за издаване на тълкувателно решение по въпроса: *Отрицателните фактически твърдения на страните в гражданския процес подлежат ли на доказване, по какъв начин и как се разпределя доказателствената тежест?*

Самото Тълкувателно решение беше подписано с много особени мнения, което показва, че въпросът все още е актуален. Именно поради значимостта на посочения проблем, решихме да предложим на вниманието на читателите 3 решения, касаещи въпросите на доказването на отрицателни обстоятелства, които са били поставени на вниманието на ВКС през 30-те и 40-те години на XX в. Цитатите са от **Пенчев, С.** Законът за гражданското съдопроизводство. Коментирани с тълкувателната практика на ВКС. Книжнина. Образци. Том I. С.: Издателство „Задруга“, 1947, с. 313-314.

„Възможността или невъзможността да се установят обстоятелствата не дава основание да се делят те на положителни и отрицателни, както се излага в оплакването. Неприемливо е по този начин да се определя кои обстоятелства могат да се установяват и кои не могат. Според това неприемливо е да се въвежда в правило, че обстоятелствата, които касаторът нарича отрицателни, не биха могли да се установят, и че за тяхното установяване не следва да се допускат доказателства. Затруднението, което евентуално би се срещнало при установяването на подобни обстоятелства, не ги прави отрицателни, в смисъл на неустановими. Инстанцията по същество, съобразно основанията на иска, възраженията и обясненията на страните, е властна да определи, до колко са от значение за решаването на делото известни обстоятелства и до колко са допустими доказателствата, посочени в установяването им, без да се ръководи от правило за разделяне обстоятелствата на положителни и отрицателни.“ – Решение № 417/1935, II отд. на ВКС

„Съдът е приел, че несъществуването на пълномощното от Р. П. П. към ответника П. Др. за продажба на имота ѝ следва да се установи от ищеца и с това възлага нему тежестта на доказването на това отрицателно обстоятелство. Това схващане е погрешно. Съгласно чл. 164 ЗГС, обстоятелствата от които произтича едно право, трябва да се докажат от оная страна, която иска да осъществи това право, ония пък обстоятелства, които изключват пораждаването на предявеното право или погасяват това право, трябва да се докажат от противната страна. В своята искова молба ищецът твърди, че ответниците са действали лично и затова е предявен искът против тях. При това положение не е имало защо да се доказва, че последните са действали лично, защото се предполага, че всякой е сключил договора за себе си. За да отблъснат предявения против тях иск, ответниците са възразили, че П. Д. е сключил въпросния договор като пълномощник на Р. П. П. и тъй като с това се иска да се изключи правото на ищеца да дири от тях последствията от неизпълненията на договора, те са които трябва да докажат, че е имало пълномощно по силата на което са могли да продават имоти на Р. П. П. Така са схванали нещата и самите ответници и затова именно в своята въззивна жалба са посочили на доказателства, за да установят, че действително Р. П. П. ги е била упълномощила да продадат въпросния имот, които са били допуснати, но несъбрани по тяхна вина. Прочее, като е възложил на ищеца тежестта на доказване липсата на пълномощно от Р. П. П. към ответника П. Д. за продажба на имота ѝ, когато ответниците които се позовават на наличността на пълномощие е трябвало да установят това обстоятелство, съдът е нарушил постановлението на чл. 164 ЗГС.” – Решение № 469/1943, I отд. на ВКС.

„Дървените материали и други горски продукти, които са били заловени при нарушението, по силата на чл. 184 от Закона за горите, се задържат и предават на съхранение на най-близките горски, полицейски или общински власти, след което по нареждания на лесничея, се продават на публичен търг. Така че оставените на съхранение дървени материали и горски продукти или добитите от продажбата им суми се връщат на нарушителите, ако последните се оправдаят и съдът е постановил връщането им, и ако искането за връщането им е било направено в срок от една година от влизането на присъдата в законна сила. Тия две съществени условия нарушителят е длъжен да докаже, за да може предявеният от него иск да бъде уважен. Те, при иск предявен от държавното съкровище, трябва да бъдат доказани от ответника и нарушител, за да се освободи от връщането или заплащането стойността на материалите, ако последните му са били

предадени на съхранение и ако той ги е използвал за свои нужди. Това са обстоятелства, които изключват пораждането на предявеното от държавното съкровище право и за това те трябва да бъдат доказани от ответника. На ищеца не може да се възложи тежест за доказване на тия обстоятелства, които изключват предявеното от него право, нещо противно и на логиката и на наредбата на чл. 164 ЗГС.” – Решение № 263/1942, II отд. на ВКС.

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 гражданско дело, в което подробно са разгледани критериите за определяне на родителските права при развода.

РЕШЕНИЕ

№ 300

гр. София, 02.12.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният касационен съд на Република България, трето гражданско отделение, в съдебно заседание на двадесет и четвърти октомври две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ТАНЯ МИТОВА
ЧЛЕНОВЕ: ЕМИЛ ТОМОВ

ДРАГОМИР ДРАГНЕВ

при участието на секретаря Р. Иванова
изслуша докладваното от съдията Емил Томов гр. дело № 2846/2013
година.

Производството е по реда на чл. 290 ГПК.

Образувано е на касационна жалба на Н. Ц. Т. чрез адв. Ж. К. срещу решение от 12.02.2013 г. по гр. дело № 358/2012 г. на Окръжен съд [населено място], с което след отмяна на решение от 30.10.2012 по гр. д. 418/2012 на Ломски районен съд, упражняването на родителските по отношение на детето Г. П. В., [дата на раждане] е предоставено на бащата П. Г. В. и е постановено местоживее на детето в [населено място], по адрес на бащата, при определен режим на лични контакти с майката, понастоящем касатор и е присъдена издръжка, съответно е отхвърлен насрещния иск на настоящата касаторка за предоставяне на родителските права и издръжка, включително за минало време на основание чл. 149 СК.

Касационната жалба съдържа искане за отмяна на решението като постановено в нарушение на материалния закон, в нарушение на процесуалните правила при обсъждане на доказателствата и необоснованост. Незаконосъобразно и необосновано в решението е придадено определящо значение на материални и социални условия, които местожителството на бащата би осигурило, като е игнорирана съвкупната преценка на съда по критериите, изразени в ППВС №1/12.11.1974 г. Игнорирана е ниската възраст на детето, това, че до сега то не е отделяно от майка си, която полага адекватните грижи за него. Решаващо е прието от въззивния съд, при особеното мнение на председателя на състава, че при предстоящо начално обучение в първи клас интересът на детето налага бащата да упражнява родителските права, тъй като местожителството му е в [населено място], докато това на майката е в [населено място], обл. М; детето ще учи в училище в голям град, при друга социална среда, без да се налага да пътува. Така са игнорирани критериите по ППВС №1/12.11.1974г кои обстоятелства са определящи и решаващи за интереса на детето при съвкупна преценка, не са обсъдени и преценени съответно и доказателствата, приетата по делото съдебно- психологическа експертиза. Детето мъчно би се адаптирало към нова среда. Съображения са развити в жалбата с искане да се отмени решението и да се постанови друго, да се присъди

издръжка. Претендират се разносните за всички инстанции. Ответникът по касационната жалба П. Г. В. оспорва в обжалваното решение да е допуснато противоречие с ППВС №1/12.11.1974 г. във връзка с преценката на различните възможности, които големият град ще даде за развитието на детето. Всяко дете има право на жизнен стандарт и среда, съответстваща на нуждите му съгласно Конвенцията на ООН за правата на детето, което е висш интерес. Родителите и институциите са длъжни да осигурят това. В критериите по ППВС №1/12.11.1974 г. има съответната градация, но и указание преценката по тях да е съвкупна, а всеки от критериите има и относителна самостоятелност. Предимството на града пред селото в случая не е презюмирано от съда, то е реално и висшият интерес на детето изисква същото да бъде отчетено при възможностите на родителите да осигурят необходимото за развитието му. Това е по-задълбоченото разбиране на критериите по ППВС №1/12.11.1974 г., което е правилното, Изтъква се още, че предвид доказателствата въззивният съд е проявил необосновано снизхождение към майката, като е приел относително равенство в родителския капацитет - отговорност към детето, разбиране на интересите му и възможност за създаване на добри условия за живот и развитие, като в писмената защита се изтъкват съображения относно предимствата на бащата.

Претендират се разноски.

С определение № 751 от 17.06.2013г на ВКС, III г. о. жалбата е допусната до разглеждане на основание критерия по чл. 280, ал. 1, т. 1 ГПК поради това, че се касае за преценка относно интерес на дете, по въпроса за прилагането на критериите в ППВС №1/12.11.1974 г., в конкретния случай относно обстоятелственото значение на вида населено място при различно местожителство на двамата родители с оглед интереса на детето, за осигуряване на образователна и социална среда при предстоящо начално обучение, при спор за упражняването на родителските права.

По изведения въпрос, обусловил допускане на касационната жалба до разглеждане, Върховен касационен съд приема следното:

Постановление № 1 от 12.11.1974 г. на Пленума на ВС обобщава практиката на съдилищата по предоставяне упражняването на родителските права и определяне на личните отношения между децата и родителите, като дава указанията за упражняване на родителски права и мерките да бъдат определени конкретно, т.е. от значение са не отделни обстоятелства, а съвкупността от обстоятелства на разглеждания случай и съдът е длъжен да извърши преценката си за това на кого от двамата

родители да предостави упражняването на родителските права единствено на базата на задълбочена съпоставка на всички съотносими в конкретния случай обстоятелства. Тази относимост е зададена в изведени по тълкувателен път критерии, които не са изчерпателни и търпят развитие в обемането на относимите и съпоставими към тях факти, но установено в практиката остава разбирането за степенуването им по решаваща значимост : възпитателските качества на всеки от родителите, моралния облик, начина, вида, продължителността, ефективността на полаганите от родителя грижи към детето, на изразената му готовност да живее с детето не само като заявление, но и като реално предприети действия за това, пола и възрастта на детето с оглед неговите нужди, изследване към кого от двамата родители в по-голяма то е привързано и защо, разполага ли родителят с помощта на трети близки до детето лица, на които при нужда може да разчита, включително, макар и допълнително, следва съобразяване със социалната среда, в която предстои да живее детето, не само като финансови и материални възможности, но и начина на живот. При критериите не се игнорират и предпоставките за отглеждане и възпитание, в това число и обучение на децата, свързани с материалните условия на живот, които предпоставки също са конкретно, а не абстрактно обусловени от населеното място, обема социални услуги в него, инфраструктурата и редица обективни фактори. Необходима е комплексна преценка на всички по-горе изброени обстоятелства, от които не се изключва и осигуряването на среда, подходяща и гарантираща на детето съответно образование. Не може обаче да се приеме, че на етап начално обучение на дете (в първи клас) и при местожителство на родителите в населени места от различен тип, за решението на съда на кого да предостави упражняването на родителските права може да е определяща абстрактната съпоставка на условията, които училищата в малките населени места дават в социален, или тясно образователен аспект, спрямо училищата в големия град. Изтъкването на подобен мотив за предпочитание сочи на липса на съотносимост и съпоставимост и е в противоречие с критериите на ППВС.

Съобразно така дадения отговор на поставения въпрос - подадената касационна жалба е основателна.

Въззивният съд неправилно е определил и мотивирал предпочитанието към единия родител абстрактно, а не конкретно: предвид възможностите на големия град. Като е придал решаващо значение на предпоставки и фактори, вместо на релевантните по

критериите на ППВС № 1 от 12.11.1974 г. обстоятелства - без да е подложил на конкретно изследване и анализ тези предпоставки, а по водещите за преценката критерии необосновано е преценил паритет между родителите при настоящата възраст на детето, въззивният съд е постановил незаконосъобразно и необосновано решение. Не е съобразена ниската възраст, обусловената от полаганите грижи привързаност към майката, стабилната за детето в емоционален и психологически план среда, осигурена от нея след конфликтната раздяла между двамата родители и същевременно среда, в която е осигурено главното, от което един първокласник ще има нужда. Видно от данните по делото и приетата психологическа експертиза, раздялата между родителите и смяната на местожителството се е отразила на детската психика, но стресът е преодолян. Не е съобразена значимостта на отрицателния ефект, който би предизвикала една промяна на този етап от психо-физическо развитие на детето, в полза на обективно, но абстрактно преценяваните по-добри възможности на големия град и нивото на училищата в него. При сегашното местожителство на майката в [населено място], до близкия [населено място] има организиран училищен транспорт, какъвто детето може да ползва, включително понастоящем за посещение на детска градина и предучилищна подготовка в близкото [населено място], макар че майка му използва лек автомобил. Детето е в тази среда от четири годишна възраст. Съображението за предстоящ избор на училище не обосновава необходимост стабилността да бъде пренебрегвана при избора на упражняващия родителски права, нито да бъдат пренебрегвани водещо указаните критерии за преценка съгласно ППВС № 1 от 12.11.1974 г., особено когато се касае за начално образование, при седем годишна възраст на детето, а не за необходимост от профилирано образование, в който случай и при вече друга възраст, предлаганите от местожителството на другия родител предимства на социалната среда, включително образователна в [населено място], би се оказало от значение. Въпросът кой от двамата родители да упражнява родителските права и обусловените от това въпроси следва да бъдат решени по същество, като според настоящия състав на Върховен касационен съд упражняването на родителските права следва да бъде предоставено на майката поради следните съображения:

Детето Г. е [дата на раждане] в [населено място], където родителите му са съжителствали до раздялата си през м. април на 2011 г., предшествана от конфликти и съдебни спорове в производства за защита от домашно насилие, повдигани от майката Н. Ц. В резултат на Заповед

за незабавна защита от 27.04.2011 г., с което временното местожителство на детето е определено при майката, последната е могла да напусне [населено място] заедно с детето и се е установила с него в [населено място], обл. М. Създадените конфликтни отношения между родителите до м. април на 2011 г. са ескалирали именно заради спорното бъдещо местожителство на детето след раздялата, като стремежът на бащата и неговата майка да не се допусне именно това - майката Н. Ц. да отведе четиригодишния Г. от [населено място], на който детето е било свидетел, е довел до ситуацията, обусловила намеса по реда на ЗЗДН. Понастоящем исканията на страните за предоставяне упражняването на родителските права са насрещни, като исковата молба на основание чл. 123, ал. 2 СК е предявена от бащата, който се противопоставя местожителството на майката в [населено място], в дома на нейните родители, да е определящ за изхода на този спор. Майката Н. Ц. е отвела детето със себе си въпреки противопоставянето на бащата, но не е в положение да опровергава в процеса твърдения или предположение, че е отвела детето в друго населено място в свой, а не в негов интерес, след като нейното оставане в жилището на неговата майка, или в собственото на бащата друго жилище в [населено място], се оказало нетърпимо за нея. След установяването на майката и детето в [населено място], до завеждането на иска и определянето на привременни мерки в хода на настоящето производство, срещите на бащата с детето са били първоначално инцидентни. Бащата не само желае, но и от пролетта на 2012г ревностно полага грижи да съхрани връзката си с момчето, като в хода на съдебния спор е имал възможност и да го отвежда до [населено място] за една седмица всеки месец, въпреки значителните разстояния, които се налага да пропътува. По делото са приети социални доклади на АСП, изготвени разделно от отделите за Закрила на детето в [населено място] и [населено място], снети са показанията на социалния работник към Дирекцията [населено място] и [населено място], изслушани са родителите и свидетели. Както настоящите условия за отглеждане и възпитание на детето, така и предлаганите от бащата и неговата майка в жилището в [населено място] са преценени положително, както и родителският и капацитет и ресурс. Материалните възможности на бащата са по-добри, майката има затруднение с намирането на постоянна работа. Ангажирани са свидетелски показания за отношенията между страните преди и след раздялата им, за битовите условия в които детето живее понастоящем, но никоя от страните не е установила обстоятелство, което да компроментира качествата на другия родител по

отношение на родителския капацитет, моралния им облик и полагането на необходимите грижи. Същия извод следва и по отношение на спорно преценяваната от страните към настоящия момент необходимост от спешност на операция поради урологичен проблем (диагноза hydrocele dext към дата 19/03/2012 г.) По делото е приета съдебно психологична експертиза след освидетелстване на малолетния Г. (на петгодишна възраст), според чието заключение детето е контактно, ориентирано, в период на личностно изграждане, не е отчужден към бащата, когото възприема като добронамерен, помагач и подкрепящ, възприема семейството като едно цяло. Когато се касае обгрижване той предпочита майка си, когато се касае за оцеляване или развлечение, предпочита баща си.

И двамата родители са грижовни, имат възпитателски качества, но при родителския капацитет като цяло майката има предимство, тъй като детето е още малко и има нужда от нейните грижи постоянно. Дори възможностите на двамата родители по установените в съдебната практика критерии да бъдат преценени като равни по отношение на качества, морална пригодност, полагани от тях грижи според обстоятелствата и въпреки раздялата им, обичта и привързаността от страна на детето към двамата, не може да се приеме доводът на ответника по касационната жалба, че срещу психологическата привързаност на детето към него, радостта от срещите и общуването, се противопоставя една само биологична привързаност, към майката. Не е обосновано да се противопоставя осигурената на детето среда като „изцяло женска“ в противовес на идентифицирането на детето с бащата и възприемането на „мъжки модел поведение“. Не е разумно и оправдано също така, изборът на училище при първокласник да бъде довод за необходимост от постановяване на рискова промяна в средата, която детето възприема положително, за откъсване от преките грижи на майката, които са адекватни и свидетелстват за правилен родителски и възпитателски подход и освен това, на този етап тъкмо тези грижи са безспорно необходими. Майката се е грижила за детето досега, осигурила е понастоящем подходяща социална среда, включително образователна, в района на нейното местожителство. Не само усилията на бащата, но и възпитателния подход на майката е създал правилни нагласи у детето за възприемане и на двамата родители. Касаторката се явява по-пригодният родител на този етап от развитието и възпитанието на детето.

Въззивното решение следва да бъде отменено в тази част и следва да бъде поставено друго, с което да бъде уважен иска на Н. Ц. за

предоставяне упражняването на родителските права по отношение на малолетното дете Г., при определяне на подходящ режим на виждане с другия родител, а и предвид служебното задължение на съда да определи режима в този случай. Искът по чл. 123, ал. 2 СК, предявен от бащата, следва да се отхвърли.

При определяне на режима на лични отношения следва да бъде съобразен интересът на детето. Той налага осигуряването на възможност за най-пълноценни контакти и с двамата родители, независимо, че същите не полагат за него съвместни грижи в едно домакинство. Родителят, който не упражнява непосредствено родителските права не е лишен от тях и също следва да има възможност пълноценно да изразява своята родителска обич и да полага грижи, още повече когато този родител (в случая бащата) търси начини за постоянни контакти и информация за детето. Контактите на детето с бащата в имат видимо положителна роля за малолетния Г. Той е във възраст, в която се установяват и укрепват отношенията на доверие и емоционална привързаност между родител и дете. Режимът на лични отношения следва да е по-разширен за първоначалния ищец поради изградената в резултат на усилията му в последно време добра основа за общуване с детето и емоционалната привързаност между двамата. Режимът обаче следва да бъде и подходящ съобразен с училищната подготовка на Г., а местожителството на бащата в [населено място] е сравнително отдалечено. През време на учебната година е удачно бащата да има възможност да взема детето при себе си веднъж месечно от петък, след приключване на учебните занятия, до неделя, всяка първа седмица от месеца. След приключване на учебната година и за периода на лятната ваканция бащата ще има възможността да отвежда детето при себе си за един месец, но и допълнително една цяла седмица – винаги първата на м. септември, всяка година. Също възможност за личен контакт, с отвеждане от бащата, следва да има за една от двете големи ваканции – за всяка четна календарна година (напр. 2014, 2016 и пр.) през Коледните празници, включително Нова Година бащата ще взема детето при себе си, а през Великденските празници същата година детето ще е при майката. При нечетна календарна година (напр. 2013, 2015 и пр.) редът ще е обратен, през Коледните празници детето ще е при майката, а пред Великденската ваканция – при бащата. При избора на този режим настоящият съд съобразява сегашното местожителство на двамата родители. Основателен е и иска на касаторката за месечна издръжка, която другият родител да заплаща. В насрещната искова молба

касаторката е заявила искане на основание чл. 149 СК да се присъди издръжка и за една година назад в заявения размер от 200 лева, считано от 12.06.2011 г., както и до завеждането на насрещния иск, за който период последната сама е полагала грижи за детето. В хода на процеса е постановено издръжка в минимален размер да се заплаща привременно от бащата (определение от 26.06.2012г на РС-Лом) По искането за присъждане на издръжка, считано от завеждане на насрещната искова молба, съдът намира следното:

Разпоредбата на чл. 143, ал. 2 СК предвижда, че родителите дължат издръжка на своите ненавършили пълнолетие деца, независимо от това дали са трудоспособни и дали могат да се издържат от имуществото си. По отношение на ненавършило пълнолетие дете правото да получи издръжка е безусловно. В случая родителите не са сключвали граждански брак. Размерът на издръжката, съгласно чл. 142, ал. 1 СК, се определя в зависимост от нуждите на детето, и възможностите на родителя, който я дължи. За нуждите на дете, което през м. януари на 2014 г. ще навърши седем години, цялостната издръжка съдът определя на 240 лева, необходима с оглед на правилното му отглеждане, здравословното състояние, нужди от получаване на образование, задоволяване на неговите потребности при преценка на нормалните, ежедневните нужди на детето от храна, облекло, учебни спортни и културни занимания. На съобразяване подлежат възможностите на родителя да заплаща издръжка с оглед на доходите, имотното му състояние, квалификация, дали има задължения за издръжка към други лица.

И двамата родители понастоящем не дължат издръжка на други лица и са в трудоспособна възраст. Родителят, комуто е предоставено упражняването на родителските права, следва да поеме по-малък размер от общата месечната издръжка на детето, доколкото той дава част от издръжката в натура, а и неизбежно върху майката в случая ляга тежестта от възпитанието и ежедневните грижи за детето. От друга страна, безспорен е заявеният от бащата месечен доход на бащата от 1000 до 1500 лева заплата като шофьор, допълнителен доход от наем (250 лв. месечно) неговата имуществена обезпеченост с жилище в [населено място]. Майката реализира доходи от дейността на фирма, която е регистрирала и които доходи не са постоянни. С оглед данните за доходи на страните и материалните им възможности – и двамата в трудоспособна възраст, като бащата, предвид по-добрите му материални възможности и липсата на установени задължения по издръжката на други лица, както и с оглед нуждите на Г. като първокласник, издръжката следва да бъде определена

на 240 лева в общ размер, като бащата следва да бъде осъден да заплаща 150 лева месечно, със законните последици при просрочие, на вноски. Искът за издръжка срещу него е предявен в завишен размер. Останалото следва да поеме другият родител, на когото съдът предоставя упражняването на родителските права и майката в случая има материална възможност да поеме този дял от задължението.

Искът за издръжка за минало време, за една година назад, т.е. от 11.06.2011 г. до 11.06.2012 г., също е основателен в обжалваната част (т.е. над присъдените вече 60 лева месечно), макар и не в предявения размер от 200 лева. За периода не се установява бащата да е давал издръжка, каквато дължи като родител, но следва да се има предвид, че за същия период нуждите на детето, с оглед възрастта му, сочат на основателност на иска в размер на 100 лева месечно. До пълния предявен размер този иск също следва да се отхвърли.

С оглед изхода на делото, ответникът по касационната жалба П. Г. В. дължи на Н. Ц. Т. разноски за инстанциите, пред които нейни разноски са установени и претендирани, в негова тежест са и съответните държавни такси по иска за издръжка в една част вече присъдени (с първоинстанционното решение, в необжалваната му част). Ответникът по жалбата следва да заплати още 72 лева държавна такса, а на насрещната страна следва да заплати 1430 лева разноски за всички инстанции

Водим от горното, Върховният касационен съд, III г.о.

РЕШИ:

Отменява решение от 12.02.2013 г. по гр. дело № 358/2012 г. на Окръжен съд [населено място] в частта по исковете за родителските права, режима на лични отношения на другия родител и присъдена издръжка от майката, по издръжката в частта, с която е отхвърлен иска на Н. Ц. Т. за разликата до 150 лева месечна издръжка, считано от завеждане на иска и за присъждане на издръжка за минало време, до размера от общо 480 лева за периода 11.06.2011 г. – 11.06.2012 г. (по 40 лева месечно), частта относно държавната такса в тежест на Н. Ц. Т. и в частта за присъждане на разноски по делото и вместо това **постановява**:

Отхвърля иска на П. Г. В. ЕГН [ЕГН] от [населено място] против Н. Ц. Т. ЕГН [ЕГН] от [населено място] обл. М. с правно основание чл. 127, ал. 2 СК да му бъде предоставено, в качеството му на баща, упражняването на родителските права по отношение на малолетното дете Г. П. В., [дата

на раждане], с определяне на режим на лични контакти с другия родител и присъждане на издръжка.

Предоставя упражняването на **родителските права** върху малолетното дете Г. П. В., [дата на раждане] с [ЕГН], на майката Н. Ц. Т. с ЕГН [ЕГН], която да полага непосредствените грижи за отглеждане и възпитание на детето и при която детето да живее.

Постановява бащата П. Г. В. ЕГН [ЕГН] да има право на **режим на лични отношения** с детето Г. П. В., [дата на раждане] като го вижда и взема при себе си, в следния обем: всеки първи петъчен ден от месеца, след приключване на училищните занятия на детето, до 18.00 часа в неделния ден на същата седмица, в който час да го връща на майката Н. Ц. Т., в местоживеенето на детето. Предоставя на бащата П. Г. В. ЕГН [ЕГН] и правото да взема детето Г. при себе си за по тридесет (30) дни през летните месеци всяка година, по време на лятната училищна ваканция, което време не съвпада с годишния отпуск на майката, както и през първата седмица на месец септември всяка календарна година, за времето от 12.00 часа на неделния ден, прехождащ седмицата през която детето ще е при бащата, до неделята, когато следва да върне детето в неговото и това на майката местожителство най- късно до 17.00 часа, както и правото да взема при себе си детето Г. всяка четна календарна година през Коледните празници, включително Нова Година, като за същата година през Великденските празници детето ще е при майката, а при нечетна календарна година бащата да взема детето през Великденската ваканция, а за Коледните празници, включително Нова Година детето ще е при майката, като при определения режим за времето на двете ваканции бащата следва да връща детето на майката в последния ден на училищната ваканция, не по-късно от 17.00 часа.

Осъжда П. Г. В. ЕГН [ЕГН] от [населено място], [улица] да заплаща на малолетното си дете Г. П. В., [дата на раждане] с [ЕГН], чрез неговата майка и законен представител майката Н. Ц. Т. с ЕГН [ЕГН], живуща в [населено място], обл. М. [улица], ежемесечна издръжка в размер на 150 (сто и петдесет) лева, считано от 12.06.2012 г., до настъпването на причина за нейното изменяване или прекратяване, ведно със законната лихва върху всяка просрочена вноска, както и да заплати издръжката за периода от 11.06.2011г до 11.06.2012г още по 40 лева месечно - издръжка за минало време, съставляващи разликата между присъдения размер от 60 лева месечно по решение от 30.10.2012 по гр.д 418/2012 на Ломски районен съд, влязло в сила в тази част, до размера от 100 лева месечна издръжка, за който размер искът е основателен, ведно със законната

лихва върху този присъден размер от общо 480 лева, считано от 12.06.2012 г., до окончателно изплащане.

Осъжда П. Г. В. да заплати на Н. Ц. Т. сумата 1430 лева разноси по делото за всички инстанции, а по сметка на Върховен касационен съд да заплати държавна такса от 72 лева.

Оставя в сила решението в останалата обжалвана част.

Решението е окончателно.

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