

ВЪРХУ СТАТУСА НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА КАТО ИЗТОЧНИК НА ПРАВОТО

СИМЕОН ГРОЙСМАН**

Катедра „Теория и история на държавата и правото“

Резюме: Настоящата студия изследва въпроса за това, дали съдебната практика по конкретни казуси трябва да бъде считана за източник на правото, противопоставяйки два подхода. Първият подход е на традиционния за България нормативизъм, използващ като методология правната догматика. Нормативисткият подход най-често отрича на съдебната практика по конкретни казуси качеството на правен източник, сочейки липсата на изрично законово правило, което да прави нейното следване задължително за съдилищата. Вторият подход – този на правния реализъм, е практически неизползван у нас. Правните реалисти, включително представените тук автори от тази школа – Алф Рос и Карл Оливекрона, критикуват традиционния подход с аргумента, че като наука правото трябва да изследва определени факти, а „факти“, показващи практическите ефекти от правното регулиране, могат да са единствено отделните съдебни решения.

За да бъдат сравнени двата подхода, се прави анализ, както на различните становища по въпроса в България, така и на съотношението между правотворчество и пра-

* Доцент по обща теория на правото в Юридическия факултет на Софийския университет „Св. Климент Охридски“. Доктор по право; groysman@uni-sofi a.bg ** Публикацията е подготвена с финансовата подкрепа на Националната програма „Млади учени и постдокторанти“ на Министерството на образованието и науката, за което авторът изразява своята признателност.

Бих искал да благодаря още и на колегите ми д-р Венцислав Л. Петров и д-р Тихомир Рачев, които ми помогнаха, давайки ценни критически съвети върху първоначалната версия на този текст. Същевременно трябва да отбележа, че защитаваните тук тези, неблагоумието да не се съобразя с всички съвети, както и евентуалните грешки и неточности, изцяло остават на моя научна отговорност.

воприлагане. Заета е позицията, че самото естество на правото да регулира чрез общи предписания, изразявани в езикова форма, изисква правоприменителите да конкретизират законовите норми, развивайки и доизграждайки техния смисъл в своите актове.

Традиционното разбиране, според което липсва нормативно основание за задължителното следване на практиката по конкретни казуси от съдилищата, е отхвърлено с развиването на теза за съществуването на задължение в този смисъл, което може да бъде изведено, както от отделни норми на Конституцията и Закона за съдебната власт, така и от принципа на правовата държава.

Ключови думи: Съдебна практика, източници на правото, правотворчество, право прилагане, юридическо тълкуване, правен реализъм, Ханс Келзен, Карл Оливекрона, Алф Рос, Хърбърт Харт, право и език.

ON THE STATUS OF JUDICIAL JURISPRUDENCE AS A SOURCE OF LAW

SIMEON GROYSMAN*

Department of Theory and History of State and Law

Abstract: The present study examines if case law should be considered a source of law in the Civil-law-context of Bulgarian legal system. For these purpose two approaches are compared – the traditional normativism based on the European legal dogmatics and the legal realism. The normative approach denies the status of legal source to case law, pointing to the lack of written legal rule that makes the observance of previous decisions mandatory for the courts. The second approach – that of legal realism, is practically unknown in Bulgaria. Legal realists, including the authors of this school presented here – Alf Ross and Karl Olivecrona, criticize the traditional approach, arguing that as a science, law must examine certain facts, and the very “facts” that can be somehow connected to the law are the judicial decisions.

In order to compare these two approaches, I analyze both the different opinions on the issue in Bulgaria and the relationship between lawmaking and law enforcement. I try to show that the very nature of the law to regulate through general prescriptions, expressed in linguistic form, requires from the courts to specify the statutory norms in a more detailed way, developing and completing their meaning in their acts.

The traditional understanding that there is no legal basis for the mandatory observance of case law by courts is rejected by the demonstration of a thesis on the existence of such an obligation, which can be deduced from individual provisions of the Bulgarian Constitution and the Judiciary Act, and from the principle of the legal state.

Keywords: Judicial jurisprudence, sources of law, lawmaking, judicial reasoning, legal interpretation, legal realism, Hans Kelsen, Alf Ross, Karl Olivecrona, Herbert Hart, law and language.

§ 1. Увод

Този текст изхожда от разбирането, че съдебната практика, включваща произнасянията по конкретни спорове, фактически бива използвана като правен източник, но теорията най-често не ѝ приписва/признава подобно качество. Да разглеждаме съдебната практика като правен източник можем или ако излезем от чисто нормативистката парадигма на анализ (вж. § 5 и § 6), или като открием аргументи за нейната задължителност и от нормативна гледна точка (вж. § 7). Тук ще се опитам да демонстрирам и двете възможности.

Като основен аргумент за твърдението, че съдебната практика не е източник на правото се сочи липсата на норма, според която решенията по конкретни спорове да имат обвързващ характер за съдилищата. От тази гледна точка е налице „само“ едно фактическо положение на спазване, което няма своето нормативно основание; следването на съдебната практика не е задължително, а отклонението от нея е напълно правосъобразно. Пред нас обаче е определен парадокс: съдилищата *фактически* използват съдебната практика като правен източник, без *нормативно* конституцията или законите да ѝ дават подобен статус. Според традиционната теория самото понятие за правен източник включва в себе си идеята за нормативна задължителност, а създаването на източниците на правото става точката на противоречие между нормативно и фактическо, в която най-често се концентрират опитите за фундаментално обяснение на правните системи (вж. § 5.3.). Следователно можем да поставим въпроса, дали твърдението, че „съдилищата *фактически* използват съдебната практика по конкретни спорове като правен източник“ може да означава още и че „съдилищата *фактически* използват/признават/прилагат една норма, според която съдебната практика по конкретни спорове трябва задължително да бъде зачитана при решаването на последващите дела“. По-долу ще покажа, че евентуално такова нормативно положение може да бъде открито чрез извеждането на правило, задължаващо съдилищата да прилагат правото трайно и безпротиворечиво. В светлината на принципа на правовата държава съди лищата се самозадължават да зачитат и за в бъдеще, възприеманите по-рано подходи към правоприлагането. На евентуалното възразение, според което последните са „само тълкуване“, но не и правотворчество, се дава отговор, обосноваващ природата на съдебната практика като конкретизиращо подзаконово правотворчество (вж. § 4.3.).

Отричането на съдебната практика на статуса на правен източник като цяло

е било винаги ожесточено в нашата правна теория. С това имам предвид, че редица автори си поставят за цел да го опровергават, а в правния дискурс (аргументационното поле, формирано от явните и скритите коментари и диалози на разглеждащите въпроса съчинения, нормативни и съдебни актове) многократно – с висока доза критичност, се заявява тезата, че „съдебната практика не е източник на правото“. Най-често когато съществува такъв голям превес

7

на споделянето на определено мнение в теорията, то се възприема като утвърдено и спира да привлича подобно внимание. Напротив, в нашия случай напрежението по темата остава, защото е налице не само доктринален спор, но и несъответствие между утвърдената нормативна теза и фактическите тенденции на правоприлагането.

С настоящия текст не търся „разкриването“ на някаква „неоткрита“ от най-именитите български юристи нормативна истина. Правната теория изследва конвенциите на мисленето за правото и начина, по който те се конструират в юридически аргументи. Затова тук само показвам едно разбиране, как определени вече налични мисловни постулати могат да бъдат използвани в по-различен модел, отговарящ на въпроса за съотношението между съдебната практика и (другите) източници на правото. Статусът на съдебната практика като не/източник на правото сам по себе си поставя интересни въпроси за дълбочинните нива на това правно мислене. Затова си струва нашият спор да бъде погледнат през призмата на два отделни подхода – тези на догматичния нормативизъм и на правния реализъм.

„**Догматичен нормативизъм**“ наричам преобладаващия подход към правото, използван от българската теория и практика. „Догматичен“ тук няма каквато и да е негативна окраска. Използвайки традиционните догматични понятия на юридическото мислене, юристите „извеждат“ правилното решение на един или друг казус въз основа на нормативните текстове и общоприетите в гилдията и легитимирани от правната наука правила за интерпретация. В този смисъл и предпочитам за целите на настоящия текст да не припокривам „догматичния нормативизъм“ с „правния позитивизъм“, защото втората школа, която ще разглеждам – тази на правния реализъм, е също в определен смисъл „позитивистка“. С понятието „догматичен нормативизъм“ се моделира един обобщаващ образ на науката, базираща се на юридическия метод, на традициите на отрасловоправния анализ и на позитивистката правна теория, без да се търси задължително съвпадане на тази теория с „високите“ – и най-често далеч по-сложни и философски многопластови, образци на мислене у автори те-позитивисти като Остин, Йелинек, Келзен или Харт. В този смисъл „догматичният нормативизъм“ е един реален позитивизъм, преподаван в учебните аудитории и използван в практика на

формираните в тези аудитории юристи.

От своя страна **правният реализъм** представлява една от големите школи на правното мислене в световен план, която търси да обясни правото чрез фактически, а не чрез нормативни взаимодействия, критикува правната догматика с твърдения за изкуственост на конструкциите и като цяло остава по-скоро неизвестна в България. Общосоциалният/социалният/изследователският призив за „реализъм“, който се имплицира в случая, изисква модели на функционирането на правото, изработвани в науката, да съответстват

8

на картината на действащото правоприменение, на „живото право“, ако използвате израза на Ойген Ерлих.

§ 2. За някои прилики между математическото и юридическото мислене

2.1. Какво представлява „юридическата математика“

Поставяйки въпроса за статуса на съдебната практика като източник на правото, се нуждаем и от един по-общ отговор за ролята ѝ в правното регулиране. За да надникнем отвъд обичайно изтъкваните положения, според мен трябва да поставим един въпрос, върху който юристите – академични изследователи, по-скоро избягват да рефлектират, а именно: **въпроса за статуса на правото като наука**, за това, кое придава на нашите разсъждения научен характер и определя изводите ни като правилни или неправилни.

С коя наука най-много си прилича правото? Социологията, философията или реториката? Със сигурност то носи по малко от всички тези сфери на познание. Възможните отговори могат да бъдат аргументирани по разнообразен начин, но е сигурно, че различните разбираня в тази насока са функция на различни погледи върху методологията и целите на правната наука.

Нека за полезно сравнение в тази насока ни послужи математиката. Класическата математика, позната ни от училищната програма, бива определяна като аксиоматично-дедуктивна наука. От определени елементарни положения на мисленето, поставени в основата на анализа, тя извежда своите следствия чрез определени *изчислителни* операции. Този начин на мислене свързваме с традиционната Евклидова геометрия или с аритметиката¹. Ако зададем въпроса, коя част от заобикалящия ни свят се изучава от математиката, с какви „факти“ тя доказва своите изводи, бихме тръгнали по подвеждаща следа. Математиката не е емпирична, а формална наука. Тя моделира една цялост на система от абстрактни положения и оперира в рамките на тази система, извеждайки различни резултати от нейното функциониране. Формулирайки една задача, математиката – погледнато най-общо, задава въпрос чрез поре

дица от мисловни символи и намира неговия отговор въз основа на смисъла, влаган в тези символи и начините на тяхното взаимодействие.

В определена – и изключително важна за юридическото мислене, своя част, правната наука е също формална наука, която може да бъде оприличена на математиката. Правото създава абстрактни образи на явленията от заобикалящия ни свят (сферата на съществуващото), стилизирайки ги в схематичните юридически факти и предписвайки правни последици, част от сферата

¹ Вж. Курант, Рихард, Герберт Роббинс. Что такое математика? Элементарный очерк идей и методов. Пер. с англ. под ред. А. Н. Колмогорова. Москва: МЦНМО, 2000 [1947], с. 21-22, с. 192.

9

на дължимото. „Изчислявайки“ отговорите на различни юридически въпроси, юристът може единствено да посочи, какво е дължимото положение на неща та с оглед на нещо случило или случващо се. Неговите отговори са част от сферата на дължимото като сфера на формални изводи въз основа на нормите.

В този смисъл, макар и метафорично, ще си позволя да говоря за **юридическа математика**. Това за мен е онази сфера на силогистическо правно мислене, в която сме свикнали да извеждаме решението на един казус въз основа на познаването на общите предписания – правните норми и принципи, които го регулират. В тази връзка е известен коренът на термина „математика“ в старогръцкото *μάθημα* – изучавано, урок, знание, наука, а оттам в *μαθηματικός* – най-общо научен, но и по-тясно – стриктно „математически“. Що се отнася до *изучаваното от юристите*, тяхното първо, базово, основно познание – юридическата математика, започва – подобно на древния си изчислителен първообраз, като едно **интуитивно познание на изчисляването въз основа на прости форми**. При математиката такива стават числата и геометричните фигури. За юристите това са нормите като съждения, които казват *как трябва да се постъпва*, отнасяни вече към някаква хипотетична или конкретна житейска ситуация, описвана в категориите на юридическите факти.

Въз основа на описаното можем да приемем, че в основата на традиционната правна наука стои юридическата математика. Ако – за да тестваме, до колко е реалистично това разбиране, си представим студент, пред когото е поставен учебен казус, а заедно с него и сборник с нормативни актове, ние постепенно натрупваме условията, които са му необходими, за да може да бъде изведено решение. Няма съществена разлика, дали един въпрос е поставен общо – с оглед на това, какво е изискването на правото *по принцип* или *с оглед на конкретния случай* (на казуса, с който е сезиран съдът или който е поставен пред студента).

Така например, в българското право се поставя въпросът, какво е съотнoшението между вещното укривателство като самостоятелно престъпление

и помагачеството към кражба, тоест като форма на съучастие в друг вид престъпление. От гледната точка на разглежданата юридическа математика отговорът за разликата между двете се формулира въз основа на тълкуване то на отделните санкциониращи тези деяния норми. Отговорът на подобните юридически въпроси се проектира като езиков, логически, систематически извод от разглеждането на различни законови разпоредби. За конкретния пример съдилищата са имали повод да формулират извода, че „[р]азграничителният критерий между вещното укривателство и помагачество към кражба е моментът на даване съгласие за укриване, придобиване или за спомагане да бъдат отчуждени крадените вещи. Ако това става преди осъществяване на кражбата, ще е налице интелектуално помагачество. При вещното укривателство съгласието и инкриминираните действия винаги се осъществяват, след

10

като престъплението е извършено⁴². За да се формулира този извод, се изхожда от предположението, че нормите на Наказателния кодекс (НК) формират цялостна безпротиворечива система, следва да им бъде даван единен прочит, а техният анализ носи извода, че именно времевият момент на даването на съгласието за съдействие разграничава различните състави на помагачество в кражба (чл. 194-197 НК във вр. с чл. 20, ал. 4 НК) от вещното укривателство по чл. 215 НК. Следователно от тази позиция, за да даде отговор на въпроса, поне на теория, юристът се нуждае от текста на нормативния акт и от умения за неговото тълкуване. За сравнение – школата на правния реализъм противопоставя на тази нормативна логика, разглеждаща нормативни текстове, един анализ на факти. Правните реалисти биха обявили логическия анализ, търсещ разграничаването на двата типа престъпно поведение, за схоластичен. Според тях истински научният правен отговор представлява наблюдение, обосновано с факта на това, как съдилищата решават въпроса. Реалистът отхвърля решението „единствено на базата на Кодекса“, той насочва своя анализ към текстовете на множество съдебни актове.

Фактологичният отговор на реализма наистина ни дава само една социологическа вероятност – с оглед предходното поведение на съдилищата е *най-вероятно в следващ случай, те да разрешат* въпроса по определен начин.

Напротив, традиционното юридическо мислене, което използва на всекидневна база е **нормологично**³ **то изхожда от определени разбирания за това, как познаваме изискванията на нормите и в крайна сметка формулира извод, как съдилищата ще са длъжни да отсъдят.**

В реалността обаче виждаме, че през призмата на отделните човешки съзнания (тези на правоприложителите) едни и същи норми могат да получат

² Решение № 780 от 25.10.1991 г. по н.д. № 507/91 г., I н.о., докладчик член-съдията Иван Недев.

³ Тук имам предвид едно разграничение между **фактологичното изследване**, което формира познание, изследвайки определени факти, част от сферата на съществуващото, оценявайки ги – на базата на други факти, като *истинни* или *неистинни*. **Нормологичното изследване** търси познание за определени нормативни взаимодействия, разглеждайки определени *валидни* положения от сферата на дължимото. С различни вариации и аргументи това разграничение е основополагащо за разграничаването между правната наука като нормативна наука и социологията като емпирична наука. За каноничното изложение на това разграничение вж. **Kelsen**, Hans. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode: Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911. От моя гледна точка правните науки са като цяло нормативни науки, защото изследват вътрешните взаимодействия в идеалната нормативна система на националното право или в конкретна подсистема на негов отрасъл. Същевременно в своя общотеоретичен пласт правните науки трябва да разрешат въпросите, свързани с взаимодействието на нормативното и фактическото. Затова Общата теория на правото съчетава в себе си, както емпирично, така и нормативно познание, обяснявайки как знанието за определени факти се превръща в знание за норми.

11

твърде различно значение. Фактологичният отговор (макар и само вероятен) често на практика е по-достоверен от чисто нормологичното предположение, въпреки че според една традиционна юридическа логика именно то ни дава единствено правилното юридическо решение (ще се върнем към тази мисъл в заключението на § 4.3.).

Що се отнася до работата с нормативните текстове – въпрос на методологическо предпочитание е дали ще обособим като отделна или като вътрешна част на **юридическата математика**, още и **юридическата херменевтика**. Последната – представлявайки утвърждения в една правна система канон за интерпретация на юридическите текстове, е също необходима част от „изчисляването“ на дължимите в един правен казус юридически последици.

Когато говоря за „**дължимите в един правен казус резултати**“, стъпвам върху Келзеновото разбиране, според което юридическото мислене разглежда един специфичен свят на нормите. Като социална наука правото би трябва ло да изучава заобикалящата ни социална среда, а резултатите (дължимите правни последици), извеждани в неговия „математически“ пласт да могат да бъдат свързани с определени факти. Това разбиране е в основата на правния позитивизъм с неговото разбиране за **правото като функция на определени социални факти**.

Кои обаче са фактите, които обуславят дължимите правни последици? Очакваният въз основа на утвърдената понятийна рамка интуитивен отговор, според който това са юридическите факти (фактите, с чието настъпване правото свързва определени правни последици) няма да бъде верен. В сферата на нашите юридико-математически изчисления ролята на основна

предпоставка (т. нар. „голяма предпоставка“ в рамките на юридическия силогизъм) играят правните норми. За ясност – юридическите факти имат определени правни последици по силата на наличието на валидната правна норма. Правната на ука изучава нормите и обуславящите ги социални факти. Когато говорим за социални факти, обуславящи наличието (валидността) на определени правни норми, нашето изследване може да се разлее в простора на социологическия дискурс, разглеждайки икономическите, политическите, културните и пр. фактори, обуславящи създаването и спазването на определена норма. Това обаче вече няма да е юридическо изследване в стриктния смисъл на думата. Специфичният юридически поглед върху този проблем, който правната теория концептуализира, говорейки за **юридически метод**, свежда социалните факти, пораждащи правните норми, до **источниците на правото**.

Източникът на правото е социалният факт, на който – по силата на установените в една правна система интерпретационни разбирания, се приписва значението да създава валидни правни норми⁴. Фактическото изпълнение на

⁴Тук имам ключовата за нормативното мислене идея за приписването (Zurechnung/Imputation), тоест за мисленото придаване на един факт на някакво нормативно значение

12

една правотворческа процедура, създава валидната правна норма, защото това е предвидено в нормите на действащата конституция. Ако е налице изпълнението на правотворческия алгоритъм с цялата му богата фактология, която в крайна сметка се концентрира във факта на съществуването на един текст – конкретна законова разпоредба, то юристът счита, че разпоредбата-факт има значението на норма в сферата на дължимото.

2.2. Следствия и въпроси, пораждани от идеята за „математическия пласт“ на юридическото мислене

Може да обобщим изведеното досега:

(1) Обичайните за юриста силогистични и тълкувателни разсъждения, които „извеждат“ дължимите по един казус правни последици, образуват една сфера на формално дедуктивно юридическо познание, „изчисляване въз основа на норми“, което нарекохме „**юридическа математика**“.

(2) В този смисъл правната наука има за задача да формулира система от безпротиворечиви съждения за предпоставките и алгоритмите (процедурите) на юридическата математика – с това се занимава главно общата теория на правото, както и съставянето на цялостни схеми за решаване на определени типове правни задачи (казуси от определена сфера на регулирането).

С последното според мен получаваме една задоволителна представа за задачата на отрасловоправните науки. Един учебник – например по наслед

ствено право, изяснява елементния състав на своя отрасъл (източниците и съдържащите се в тях институти, респективно норми и принципи), излагайки в подробности установените разбирания за тълкуването на тези елементи и процедурите за прилагането им. Усвоени от читателите, тези елементи и процедури, в крайна сметка трябва да се задвижат в един цялостен апарат, позволяващ „изчисляването“ на дължимите наследственоправни последици, били те хипотетични (в един учебен казус) или конкретни.

Заемам вниманието на читателя с идеята за юридическата математика, обяснявайки простото по сложен начин (в мое оправдание – това е нужно за следващите части на изложението) и присвоявам на теорията на правото особена роля по отношение на осмислянето на тези алгоритми. Не отричам обаче, че както *самата* математика се състои не в мисленето за нея, а в решаването на задачи, така и *самото* право – като мисловен апарат и като осъществяваща го социална практика, ще намерим именно в извеждането на дължимите правни последици в абстрактните модели на отрасловоправните науки и в конкретното им прилагане от юридическата практика.

вж. по-подробно **Гройсман**, Симеон. Право и власт. От неограничената държава до пост модерното върховенство на правата. VI. Основната норма като проекция на властнически отношения. § 26. Основите на Келзеновата теория. София: Сиела, 2020, 255-257.

13

(3) Като социална наука правото изучава определени факти от заобикалящия ни социален живот. Утвърденото позитивистко разбиране намира социалното изражение на правото във фактите, създаващи правните норми (източниците на правото) и в прилагащите ги правни актове, на свой ред създаващи правни последици. Съществуването на определени факти задава предпоставки-норми (стойностите в казуса-уравнение), въз основа на които извеждаме правните последици чрез процедурите на силогистичното мислене.

Същевременно изложеното поставя два важни въпроса: (1) Първият се състои в едно **противоречие**. В социалната реалност на правоприложната дейност позоваването на съдебната практика често има определящ характер по отношение на извежданите правни последици. Съществуването на определена практика (като предхождащ решението факт) с висока степен на вероятност ни говори, че фактически в един очакван от страните съдебен акт (нов факт) ще бъдат постановени правни последици (нормативни предписания), съответстващи на досегашното разбиране на практиката. Българската правна теория обаче достатъчно често отрича статуса на съдебната практика като правен източник, а мисловните ѝ модели не винаги успяват по задоволителен начин да обяснят връзката между тук описваните факти и нормативни последици. Наличието на съдебната практика в определен смисъл е

важна част от „формулите“, по които съдиите изчисляват дължимия нормативен резултат, а теорията – поне в своята преобладаваща част, ѝ отказва такова значение.

(2) Вторият въпрос – кои именно факти са важни за правото и какво е тяхното взаимоотношение с нормите, се поставя в рамките на направление то на правния реализъм. Неговите представители твърдят, че ако правото е наука, то трябва да изследва определени факти, а емпиричният опит показва, че определящо значение за това, какви ще бъдат постановяваните съдебни решения, имат предходните такива. Проектираната връзка от едно съдебно решение към друго, подминаваща нормите като определящ фактор в правното мислене, е опит за радикализиране на правния позитивизъм.

Без да предлагам някакъв „реалистичен преврат“ (защо такъв всъщност не е възможен – вж. § 8), твърдя, че тези разбирания – с техните силни и слаби страни, могат да ни помогнат в съставянето на по-добър обяснителен модел по отношение на статуса на съдебната практика като източник на правото в българската правна система.

14

§ 3. Отричане на статуса на съдебната практика като източник на правото

Идеята за мисленето чрез методологията на „юридическата математика“ интуитивно търси отговора на въпроса за статуса на съдебната практика като не/източник на правото в нормативните предписания, регулиращи задължителността на прилагането на определена норма.

Фактите на следването или на незачитането на определени модели на поведение имат своя юридически смисъл само в светлината на определена норма, регулираща това поведение. От тази позиция да кажем, „кой акт е правен източник“, означава да разглеждаме задължителността на неговите правила. Този спор в миналото, а понякога и понастоящем, лесно преминава на една плоскост, свързана с конституционния модел на управление. Органите, създаващи източниците на правото, притежават регулативна власт по отношение на обществените отношения. Монополът в създаването на източниците на правото – главно на конституцията и законите, включително чрез регулирането, кои са източниците с подзаконов характер, се превръща в монопол на политическо управление⁵.

Линията в българската правна наука, отричаща на съдебната практика ха

рактера на правен източник се проследява отчетливо още през първата половина на миналия век. **Венелин Ганев** протестира срещу „смесването“ на правотворчество, тълкуване и правоприлагане, което води до погрешното според него разглеждане на съдебната практика като правен източник⁶. Полемизирайки с Келзен и с неговото приложение на идеята за стъпаловидния строен на правото (Stufenbau der Rechtsordnung), класикът на българската обща теория на правото разграничава правотворчеството като първично – затова и политико-властническо, **създаване** на нормите от вторичното по своя характер тяхно съдебно **приложение**⁷. В крайна сметка аргументите на Ганев търсят обосноваването на разграничаването на функциите на правосъздаващия законодател и на правоприлагащия съд, различната методология между правосъздаването като политически и правоприлагането като

⁵ Този който създава нормите за признаване на определени актове за правни източници (обобщени в хартианското понятие rules of recognition – вж. бел. 52 по-нататък), определя, кои са правните норми. Този, който определя кои са правните норми, управлява обществото. Този възглед – колкото утвърден, толкова и традиционен, пропуска от една страна, че „този управляващ“ може да е по-скоро абстрактна функция, а не постоянен орган (в примера с учредителната власт). Освен това всяка от нормите за признаване, както ще видим по-долу, може да възникне не само въз основа на властническо регулиране, а и децентра

лизирано, чрез формирането на социални конвенции. ⁶ Ганев, Венелин. Извори на правото, тълкуване и приложение. *Юридически архив*, 1934, год. V, кн. 3, с. 202.

⁷ Пак там, с. 199-202.

15

юридически процес и обвързването на съда от закона⁸. Съгласявайки се с тези утвърдени от общото разбиране характеристики на отношенията между законодател и съд, респективно между закон и съдебна практика, смятам, че е възможно идеята за съдебната практика като правен източник да ги включи, а не да влиза в конфронтация с тях.

Йосиф Фаденхехт, коментирайки идеята за формирания чрез устойчивото правоприлагане съдебен обичай (вж. по-долу § 6.1) заема позицията, че макар и еднообразна, съдебна практика не се превръща в съдебно обичайно право и съответно в нормативно задължителен правен източник. Той пише (запазен е авторовият курсив):

„**Наистина фактически** установената дълговременна еднообразна съдебна практика – особено тая на на Върховния касационен съд (ВКС), ... има силата на закон, тъй като, докогато съдилищата се придържат о нея, съдещите се нямат възможност да я изменят и се създава у тях фактически убеждението, че са принудени да ѝ се подчинят и да се съобразяват с нея. Тази *фактиче ска сила* (пак) обаче не може да изключи от *правно гледище* изменяването на съдебната практика от самите съдилища: те са свободни да

напуснат и най-старата установена практика⁹.”

Следователно липсата на юридическо задължение за съда да следва своята практика, прегражда пътя за разглеждането на същата като правен източник. Съществува обаче определена „фактическа (ненормативна) сила на закон“. Така реалната фактология на използването на предходната практика в съдебна

та аргументация създава определено напрежение между догматично конструираното **дължимо и фактическото**, „реалното“ поведение на съдилищата. По-късно правна теория от времето на социализма налага две взаимодействия си разбирания за понятието „източник на правото“ – социологическо, служещо за обясняването на ролята на понятието във функционирането на политическата система, и чисто догматично, запазващо очертанията на традиционната аргументативна функция на източниците на правото – извеждането на това, кои са обвързващите норми. Така, от една страна, източник на право то са фактическите „причини, обуславящи възникването на законите“ и като такива се разглеждат „конкретните исторически и материални условия на живот“, а от друга – формално-юридическите – държавните актове, създаващи правните норми. Това безалтернативно поставяне изключва като източник на правото правния обичай, съдебната практика или юридическата доктрина:

⁸ Пак там, с. 211-216.

⁹ **Фаленхехт**, Йосиф. Българско гражданско право. Обща част. Отдел I: Обективно право. София: Печ. на Армейския военно-издателски фонд, 1929, с. 49.

16

„Понастоящем у нас няма място за въздигане на съдебната практика в източник на гражданското право“, пише през 50-те години на миналия век Л. Ва силев, отхвърляйки напълно идеята юрисдикциите да създават „правни норми на писаното право... [или] юридически [в смисъла на „съдебен“] обичай“. Той сочи, че е налице спор относно ръководните указания на Пленума на Върховния съд, но „с оглед на правото на НРБ не може да се признае за правилно разбирането, според което постановленията на Пленума на ВС са източник на подзаконови правни норми“. Аргументът му е, че правни норми могат да създават „само овластените от Конституцията органи на власт и управление“, а според чл. 96 на тогавашната конституция „съдилищата *прилагат* [курсивът е на Л. В.] законите точно и еднакво към всички граждани“, а съдиите „се подчиняват само на закона“. В този смисъл съдилищата остават „върху плоскостта на тълкуването и приложението на вече съществуващи юридически правила за поведение, а не плоскостта на създаване на нови правни норми“¹⁰.

В крайна сметка Л. Василев стига до извода, че само държавните правору

становяващи актове – нормативните актове, създават правни норми, защото „без държавната власт не могат да се създават задължителни правила за поведение, които да регулират обществени и имуществени отношения“¹¹.

Виждаме, че социалистическата доктрина предоставя значението на източник на правото изключително на нормативните актове, опитвайки се да отрази някакви реални или евентуално желани качества на социалистическата правна система. Тези съждения обаче са чисто нормативни, а не с оглед на някакво емпирично изследване на правоприлагането. Съвременният български правен позитивизъм се стреми да коригира тази позиция, следвайки идеята, че „източници на правото са нормативно изброени в конституционните норми“, но и привнасяйки определен фактически елемент на „признаването“ за източник от системата на юрисдикциите (вж. § 5.2). Именно тук виждаме конфликта между чистата юридическа математика – „няма норма – няма задължение за следване – няма източник“, с нейната безупречна нормативна логика и под хода, търсещ най-малкото да коригира картината на правото, връщайки я към емпиричната реалност на правоприлагането там, където догматиката твърде много се отдалечи от „живото право“.

Подход, сходен с този на Василев, изключвайки еволюцията в нормативно то регулиране на мисленето върху задължителната тълкувателна практика на съдилищата, до голяма степен остава следван и до днес в редица анализи.

При формулирането си този подход е търсел разграничаване с по-старата „буржоаз

¹⁰ Вж. **Василев**, Любен. Гражданско право. Обща част. [1956]. Нова редакция на Ч. Големинов. Варна, 1993, с. 27-31.

¹¹ Пак там, с. 32.

на“ доктрина¹², чийто разсъждения за съдебната практика и доктрина – счита се, в крайна сметка „замъгляват“ реалната представа за властническите отношения в обществото. Подобен мотив, радикално преобърнат, ще видим в произхождащите от правния реализъм Критически изследвания на правото (Critical Legal Studies) с идеята им, че проектирането на определени „нормативни уравнения“, без отчитането на емпириката на правния живот отново има същия резултат – „скриването“ на определена правна реалност зад легитимиращия език на правната догматика. Днес аргументите срещу съдебната практика като източник на правото обаче са се превърнали по-скоро в част от един спор за разделението на функциите между парламентарния и административния законодател от една страна и съдилищата от друга по отношение на въпроса, как и доколко зако

носьобразно съдебното тълкуване влияе, ограничава и понякога изменя регула тивните решения, възприети в нормативните актове.

И понастоящем – без да е нужно да бъдат изброявани всички автори, за ставащи на сумираната тук позиция, нормативисткият подход счита, че съдебната практика не е източник на правото. Можем да обобщим, използвайки съжденията на проф. Русчев, според когото:

„Не представлява източник на частното право трайната съдебна практика по прилагането на определени норми, тъй като тя не е юридически задължителна и най-вече няма отношение към създаването, изменението или отмяната на тези норми. Правната сигурност обаче изисква от трайната съдебна практика да не се отстъпва без основателна причина¹³.“

Изложените тук разбирания търсят отговор на въпроса за статуса на съдебната практика като не/източник на правото в традициите на правната ни догматика, извеждайки съжденията си от наличието и/или липсата на определени нормативни текстове. Дискусията обаче търпи развитие, отправни точки за

което намирам в приведените по-горе пасажки. Така, дадената от Й. Фаденхехт „следа“ за фактическото следване на съдебната практика в противовес на липсата на нормативно изискване за такова, ме насочва към нуждата, изоставяйки

¹² Витали Таджер намеква, че идеята за съдебната практика като правен източник не следва да бъде опровергавана с аргумент, че е „буржоазна идея“ и сочи – в духа на описания тук господстващ подход, че „[т]очен отговор на въпроса... може да се даде само въз основа на конкретното законодателство“, чрез анализ на изрично дадените законови норми, регулиращи източниците на правото – вж. **Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Д. I, София: Наука и изкуство, 1972, с. 77. ¹³ **Русчев**, Иван. Нормативните актове – източник на частното право. София: Албатрос, 2008, с. 30. Идеята, че тълкуването, дадено в мотивите на решенията по конкретни спорове, не е задължително за останалите съдилища, се застъпва и от Мария Павлова, която се аргументира въз основа на сравнение с прецедента в Common law. Вж. **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. София: Софи-Р, 2002, с. 84-85.

временно въпроса, дали съдилищата са длъжни или не да спазват съдебната практика като източник на правото, първо да разгледам **съотношението между правотворчеството, правоприлагането и тълкуването като част от правоприлагането (§ 4)**. След това ще представя алтернативния възглед на **правния реализъм (§ 5)**. Впоследствие идеята – демонстрирана тук във възгледа на Ив. Русчев, че следването на установената практика е изискване на правната сигурност, ще бъде използвана в търсенето на нормативно за

дължение за следването на съдебната практика, произтичащо от принципа на правовата държава (§ 7).

§ 4. Съдебната практика в силогистичното мислене на правото

4.1. Поставяне на въпроса

Често идеята, че съдебната практика не е източник на правото се съпро-
вожда (и по един интуитивен начин – дори се обосновава) чрез разбирането,
според което между тълкуването и правотворчеството съществува ясно оп-
ределена и непропусклива бариера. Съдебната практика възприема опреде-
лено тълкуване. Доколкото тълкуването *изяснява* нормата обаче, съдебната
практика не е източник на правото. Последващото тълкуване от тази гледна
точка само *изяснява* една прехождаща го норма, а не създава нова такава.
Този възглед ми изглежда неправилен или най-малкото до голяма степен
замъгляващ разбиранията ни, както за съотношението между
правотворчество и тълкуване, така и между законодателството и съдебната
практика като основно средство за неговата реализация.

За да поставим разглеждането си върху един по-реалистичен възглед,
предлагам да използваме Келзеновата силогистична структура на правото.
Евентуално възможното възражение срещу използването на келзенианския
нормативизъм в един правно-реалистичен контекст няма да бъде обоснова-
но. Разглежданите досега автори базират своите разбирания върху идеята, че
„съдът извежда разрешението на **конкретния** казус въз основата на **общоф-
ормулираните** правни норми“. Келзенианският възглед – въпреки всички
възражения, че смесва правотворчество и правоприлагане, идва само за да
посочи, че конкретните правни изводи (диспозитивът на съдебното реше-
ние) имат структура почти съвпадаща с тази на правните норми като общи
правила за поведение. Затова следва да бъдат зададени въпросите, (1) дали
правната норма предопределя постигания по тълкувателен път конкретен
правоприложен резултат и (2) може ли да се говори за определена „новост“
на този тълкувателен резултат по отношение на предхождащата и определя-
ща го правна норма.

19

4.2. Келзеновата силогистична структура на правото

Келзеновата теория на тълкуването залага разбирането, че е възможно пра-
воприложната природа на един процес да не изключва неговия творчески еле-
мент. В случая ще се основавам на едно дообясняващо разграничение меж-
ду **творчески** процес в правоприлагането и **правотворчески процес**, което
липсва у Келзен¹⁴.

Един правотворчески акт, например парламентарният закон, (1) създава правило за поведение (и в този смисъл е „творчески акт“), като и (2) му при дава задължителност (превръща го в право). Тези две слети в едно характеристики на правотворчеството – създаването на правилото и придаването на задължителност, могат все пак да бъдат разграничени и разглеждани поотделно. Така, съставянето на един законопроект например, е творчески акт – то създава правила, тоест нормативни съждения за това, какво е задължително и какво не, без едновременно с това да им придава задължителност. Келзенова теория на силогистичното конкретизиране от конституционното в законното правило и от правилото на закона в правилото на съдебното решение ще ни е особено полезна в този план, за да разгледаме първоначално елемента на създаването на правилото, оставяйки отделно въпроса за това, какво, доколко и кога му придава задължителност.

Правоприлагането конкретизира общата норма към частния случай. Прилагането на нормата е нейното индивидуализиране по отношение на процесните факти, завършващо със създаването на индивидуално решение на базата на общото правило¹⁵. Всяка правна норма бива създавана въз основа на оправомощаването на по-горестояща, както и в предвидени в по-горестоящата норма рамки. От тази гледна точка дори парламентарното правотворчество е правоприлагане по отношение на общите конституционни норми, регулиращи субектите, процедурата и съдържателните рамки на законодателството. Келзен ярко обрисова единството на правотворческите и правоприложните процедури като „процес на нарастваща индивидуализация или конкретизация“ – от едно по-общо в ново по-конкретно предписание. Същевременно функцията на съда не е „просто да намери“ правилното решение и да го приложи по един „автоматичен [юридико-математически в използваната тук тер

¹⁴ В „Чистото учение за правото“ и общото правило за поведение на закона и индивидуалното правило за поведение на съдебното решение са все „норми“. Поради тази причина и съдебното решение също е правотворчески акт – то създава норма за страните по спора. Установеният изказ на българската правна наука не приема идеята за „индивидуалната норма“, макар и това неприемане да е по-скоро сблъсък на терминологии, отколкото на съществени разбирания за функционирането на правото. ¹⁵ **Kelsen**, Hans. *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzung ins Italienische 1966, herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck; Wien: Verlag Österreich, 2017, p. 412-413.

минология] начин“, защото на преценка и конкретизация подлежат както конкретните факти, така и предписаните въз основа на нормата конкретни правни последици¹⁶. Съдилищата създават конкретни правила в по-общите рамки на прилаганата законова норма, решавайки въпросите, в какви житейски факти трябва да бъдат припознати като съответстващи на

абстрактно дадените юри дически факти; формулирайки различни тълкувателни предложения и взе майки избор, кое тълкувателно предложение следва да бъде предпочетено; развивайки абстрактното нормативно съдържание с оглед на новосъздаваните от законодателя норми и нововъзникващите социални обстоятелства, търсещи ново по съдържанието си регулиране в „старите“ нормативни форми на пре дходното законодателство. Изхождам от тезата, че съдилищата не „просто“ и „само“ извеждат един предварително зададен и единствено възможен конкре тен тълкувателен резултат чрез чисто юридико-математически заключения от описания по-горе тип. Формулирайки възможните нормативни интерпрета ции и правейки избор между тях, те тълкуват общите правила, като това е и творчески процес – затворен в рамките на законовата норма, без конкретния му резултат да може да бъде абсолютно предопределен в нея. Конкретизирай ки законовата норма, съдът преценява, кои факти не попаднат в нейната хипо теза и как следва да се прилагат нейните правни последици. Във всички тези случаи новото правило, съдържащо се в съдебното решение е по-подробно по своя обхват. На едно най-базово ниво творческият характер на правопри лагането се изразява в детайлизиращата конкретизация на законовата норма. Конкретизираното предписание обогатява смисъла на по-общото, създавай ки точния вид, в който то се конкретизира. Това ще демонстрирам с няколко примера по-долу, изхождайки най-вече от езиковата природа на правото и по стулата, че едно абстрактно съждение (в нашия случай – законовата норма) винаги съдържа неясноти по отношение на своята конкретизация (съдебното решение). Такива неясноти – на още по-силното основание за една мултипли цираща се неяснот при взаимодействието между множество абстрактни съж дения, ще поражда функционирането на законодателството като единно цяло.

С какво ни помага това разбиране? Мога да обобщя, че правоприложното тълкуване е по природата си творчество, създаване на по-конкретно правило, без това да предрешава въпроса за **правотворческия** му характер, тоест дали последващите правоприложители ще са правнозадължени да зачитат пре дходното тълкуване все едно, че е право (норма).

4.3. Проясняване на отношението между правотворчество и тълкува не въз основа на природата на юридическия език

От Модерността насетне правото съществува почти изключително като писмен нормативен регулатор, има своето фактическо битие в текстовете на

¹⁶ Ibid. S. 420, 424-425.

юридическите разпоредби. То получава осмислянето си като мисловна, нема териална (на езика на постмодерността – „виртуална“) система от правила, разбираана посредством каноните¹⁷ на юридическото тълкуване.

През втората половина на XX в. езиковото направление в аналитичната юриспруденция, водено от Х. Харт осмисля последиците на „лингвистичния поврат“ (the linguistic turn) във философията и на юридическата плоскост, из ползвайки идеята за т. нар. „полусянка“ (the penumbra)¹⁸. Според последната в приложението си към заобикалящата ни реалност абстрактният юридически език очертава две преливащи се една в друга зони в регулираната от нормата сфера. Част от използваните езикови понятия са ясни и приложението им в различните случаи не предизвиква спорове. Друга част от тези понятия обаче може да стане причина за спорове по отношение на своята конкретизация. Централната зона на тяхното съдържание е ясна за правоприложителя (изцяло „осветена“, ако следваме идеите за сянка и полусянка). В определени случаи възниква дискусия, дали е налице съответният факт или дали върху процесите факти следва да се разпространят правните последици на разглежданата норма. Поставя се въпросът, как разпоредбата да бъде тълкувана именно по отношение на тези спорни случаи и дали въобще съдържащата се в нея норма ги обхваща. Това явление се обяснява с идеята за неяснотата („vagueness“)

¹⁷ Наричам правилата на тълкуването „канони“, за да покажа, че те често няма да бъдат изрично провъзгласени в нормативните актове. Понеже не са дело на законодателни органи, а характеристика на съответната правна култура, развивана от местната юридическа доктрина, Росен **Ташев** обособява подобните правила като **юридически догми** (Вж. Теория за правната система. София: Сиби, 2007, с. 185-192). В крайна сметка виждаме мултиплицирането на нормативни системи, относими към правото – (1) система на правните норми, свързаната с нея (2) система от правила на мисленето за правото, конкуриращите се (3) научни системи от правила (методологии) за описанието на правото и неговото мислене. Сферата на правото се превръща в поле на действия, регулирани и осмисляни чрез поредица от свързани взаимнонеобходими си нормативни системи (евентуално подсистеми на една цялостна система). Отговорите на юридическите въпроси съответно се нуждаят от многопластов анализ, защо е налице определено правно изискване с оглед на законодателството, (4) съдебната практика като огромна система от субординирани и хронологизирани взаимодействащи си съдебни актове, правната догматика (чисто понятийния аспект), конкуриращите се визии на правната доктрина. **Юридическият въпрос за статуса на съдебната практика като източник на правото – в природата си тъкмо на юридически въпрос**, може да получи единствено такъв многопластов отговор с цялата незадоволителна за външния за системата наблюдател свойства на на юридическата спорност по отношение на голяма част от конкретните разрешения. В този смисъл важните юридически въпроси (били те понятийни като настоящия или тълкувателно-правоприложни) най-често не намират „окончателен“ отговор, а изискват заемането на последователна убедителна позиция, която да може да бъде използвана в правоприлагането.

¹⁸ Вж. **Hart**, Herbert. The Concept of Law. 2nd ed. (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz). New York: Oxford University Press, 1994, p. 121-136.

на езика. Тази неяснота не позволява юридическите предписания да бъдат предварително строго проектирани по своя обхват. Тя превръща тяхната конкретизация в детайлизиране, отхвърлящо едни хипотези като неправилно тълкуване, отпределени факти като несъставомерни, определени правни последици като недължими. Езиковата неяснота, включително като използвана от законодателя недоопределеност, дава „отвореност“ на абстрактния език на правото – поле на спор, дали някои случаи попадат или не в прилаганата хипотеза, съответно какви именно са предписаните за тези случаи последици. „Незавършеността“ като функция на човешкия език предразполага към спорове относно граничните хипотези¹⁹, а „отвореността“ на правните текстове води до увеличаването на зоната на „полусянката“. По-нататъшната работа в този категориален апарат може – използвайки юридическия език като от правна точка, да мултиплицира измеренията на ясност и неясност в правото и диктуващата се от тях нужда за обосноваване и тълкуване. Така например, може да говорим за ясност/неясност в съотношението между конкуриращите се правни норми, ясност/неясност в проектираното с тълкувателна цел „намерение на законодателя“.

Наличието на различни тълкувателни варианти, които в еднаква степен могат да следват от „чисто езиковото“ тълкуване на законовите текстове, да получават аргументи в своя полза и да бъдат възприемани от съдилищата, е безспорно с оглед емпириката на постоянното възникване на противоречива съдебна практика, както и промяната на съдебната практика от самите съдилища. Тук ми се струва полезно да дам няколко базови примера от сферата на гражданското право. Нямам за цел да анализирам приведените по-долу тълкувателни спорове в най-големите им подробности и според богатство то от заявявани по тях становища на изтъкнати автори. Самото наличие на тълкувателни разногласия вече служи като достатъчна илюстрация на тезата за реалността на детайлизиращото правоприлагане на общоформулираните правни предписания.

4.3.1. Пример със спора за отговорността на юридическите лица на основание чл. 45, ал. 1 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Известен е спорът, воден в съдебната практика и доктрината относно възможността юри дическите лица да носят деликтна отговорност на основание чл. 45, ал. 1 ЗЗД – „[в]секи е длъжен да поправи вредите, които *виновно* е причинил другиму.“²⁰

¹⁹ Ibid, p. 252.

²⁰ В тази част основавам изложението си на съдебната практика и анализа, изложен от **Гоцев**, Васил. Договорна и деликтна отговорност – сравнение и конкуренция. София: Наука и изкуство, 1979, с. 18-20.

На езиковото ниво, база за нашия анализ, дадените в курсив думи са послужили за формулирането на две алтернативни становища по въпроса. Ако отговорност на посоченото основание може да носи *всеки* (явно всеки правен субект), то това следва да е допустимо и за юридическите лица. Действително винаги *чрез* своите органи, тези лица – от гледната точка на юридическото мислене, по този начин предприемат действия, следователно могат и да причинят увреждане, за което да търпят санкция. В съдебната практика през 50-те години няколкократно тази възможност бива възприемана, тоест – в контекста на съотношението ясност/неясност и идеята за конкретизацията на общите норми, правилото на чл. 45, ал. 1 бива правоприложно детайлизирано във вида: „Всеки, **включително юридическите лица**, е длъжен да поправи вредите, които виновно е причинил другиму“.

По-късно обаче в ключовото Постановление № 7 от 1959 г. пленумът на Върховния съд приема, че:

„Отговорност за непозволено увреждане по чл. 45 ЗЗД носят само физическите лица, които са причинили вредата чрез свои виновни действия или бездействия. Юридическите лица отговарят за непозволено увреждане на основание чл. 49 и чл. 50 ЗЗД.“

По този начин правилото на чл. 45, ал. 1 получава нова – противоположна по смисъла си конкретизация, а именно, че **не всеки, а единствено физическите лица могат виновно да причинят вреди другиму**, с оглед на което са длъжни да поправят същите. В доктрината е изтъкван възглед, че – макар и заета много категорично, тази позиция като цяло не е подкрепена с изрични аргументи, а се обосновава с оглед нуждите на практиката (целесъобразност) и „с оглед на възможностите, които дават текстовете на чл. 49 и чл. 50“²¹.

Каза

²¹ Пак там, с. 20, където В. Гоцев коментира становището на Л. Василев. Самият В. Гоцев счита, че „[т]езата, според която е невъзможно юридическата личност да осъществи чл. 45 ЗЗД, мъчно може да бъде споделена“, излагайки аргументи, че правният ред при знава на юридическите лица способността да формират воля чрез своите органи; същата воля да се смята за воля на юридическото лице, а не на членовете на органа, с оглед на което – както чрез тази воля може да се предприемат правомерни действия, например да се сключват правни сделки, така следва да бъде възможно и да се осъществяват неправомерни действия, а за тях да се носи отговорност – с. 20-21. Не занимавам читателя с тези подробности случайно. Ако застанем на една чисто юридико-математическа позиция и из ползваме похватите на догматичния нормативизъм можем да продължим разсъжденията на В. Гоцев и да заявим, че са налице нормативни аргументи, обосноваващи дългогодишната неправилна практика по въпроса. Тази неправилност би налагала преосмислянето на цитираните тълкувателни позиции във всеки един момент. Напротив, ако приемем творческия характер на тълкуването на ВС и добавим неговата подзаконова задължителност,

можем да погледнем на възприемането на тази практика като действие в сравнително широка рамка на общоформулираните предписания на ЗЗД. В контекста на принципа на

24

но с други думи – наличието на тълкувателни алтернативи за насочването на съдебната практика в едно или друго русло, е дало възможност на Върховния съд (ВС) да подреди – по явно правотворчески начин, основанията за понасяне на деликтната отговорност от физическите и от юридическите лица. 4.3.2. *Пример със спора за виновния/безвиновния характер на отговорността по чл. 49 ЗЗД.* Нека продължим разсъжденията си в същата материя. Според чл. 49 ЗЗД „[т]ози, който е възложил на друго лице някаква работа, отговаря за вредите, причинени от него при или по повод изпълнението на тази работа.“ Първоначално с оглед на общия принцип, че отговорност се носи за виновно противоправно деяние Върховният съд счита, че става дума за виновна отговорност, понеже „в случаите на отговорност за деянията на други лица вината за тази отговорност лежи в лошия избор, лошо ръководство, липса на контрол и др.“²². Чрез това разбиране ВС конкретизира нормата на чл. 49 ЗЗД, добавяйки (детайлизирайки) изискването за вина като част от нейния фактически състав по аргумент, че вината е по принцип свойствена на отговорността, а при оневиняване няма да е налице деликт. По-късно тази практика е преосмислена – вместо базата на общ принцип за виновния характер на отговорността, са приведени езиково-систематични аргументи – че в хипотезите на виновната отговорност по чл. 45, чл. 47 и чл. 48 ЗЗД (систематичен елемент), законодателят *изрично* допуска оборването на вината (езиков елемент на аргументацията). Добавен е и аргумент по целесъобразност, според който „преследваната от законодателя цел да се обезпечи и гарантира вземането на пострадалия, ... не би се осъществила“, ако се допусне възложителят да доказва, че е положил дължимата грижа при възлагането на работата. Така на нормата на чл. 49 се дава нова, алтернативна конкретизация, добавяща детайла, че възложителят не може да се оневинява. Наличието на спорове по въпроса показва потенциала на подобни различни перспективи на тълкуването, които стават толкова по-широки, колкото по-абстрактни са тълкуваните предписания. Бихме могли напълно да си представим едно развитие на българската съдебна практика, в което по-старата позиция на ВС би била съхранена и развита, а отговорността на чл. 49 – въз основа на по-различна

правовата държава – за разлика от първия подход, ако няма промяна в социалните отношения, изменяща нормативния смисъл, вложен в тълкуваните разпоредби, не е налице основание за внезапно – на практика произволно, изменение на наложеното тълкуване с оглед на аргумента, че **всъщност** нормативният анализ води до различен извод. Макар – на нормативната плоскост, аргументите на В. Гоцев наистина да звучат убедително, дискусиата може да бъде продължена с по-нататъшни, развити от други автори аргументи. С оглед на тук формулирания модел по-скоро са били налице различни тълкувателни възможности, конкуриращи се по своята убедителност и целесъобразност на практическите последици,

а ВС е направил избор в полза на една от тях.

²² Тук и по-долу цитатите са по преосмислящото това становище в Постановление № 7 от 29.XII.1958 г., Пленум на ВС.

25

аргументация, не би имала обективния характер, който вече по традиция ѝ приписва нашата доктрина.

Идеята за съдебната практика като източник на правото може да бъде по-лесно възприета на базата на разбирането, че общите норми (например на закона) формират рамка, в която постепенно биват формулирани норми с по-малка степен на общност (например подзаконовни норми) и в крайна сметка – като завършек на тази конкретизираща верига, предписанията на отделните юридически актове – договори, съдебни решения, административни актове и т.н. Нека да вземем за нашия анализ ситуацията, в която пред съда има действаща норма, съдържаща се във влязъл в сила нормативен акт. Българската теория, отричаща на съдебната практика характера на източник на правото, би задала въпроса – „щом е налице приложима законова норма, кое кара съдът да създава *ново* правило?“ Тази формулировка е едностранчива. Тя се базира на идеята за създаването на правните норми като регулативен процес по политическото управление на обществото. Трябва да имаме предвид, че създава нето по пътя на практиката на „ново“ правило е доразвитие на предхождащо то го по-общо правило, чрез което съдът заема позиция, какъвто е правилният начин за конкретно правоприложно действие във винаги по-широката рамка на прилаганата обща норма. Въпросът е, необходимо ли е на съда да доуточнява общите предписания, конкретизирайки тяхното съдържание в отделното съдебно решение. Отговорът на живото правоприлагане е утвърдителен. Д. Вълчев например счита, че съдебната практика е субсидиарен и непряк източник на правото – като „не установява общи правни норми“, тя все пак оказва **„влияние“** (подчертаването е мое – С. Г.) върху избора на приложимата правна норма и върху нейното тълкуване и прилагане²³. От гледната точка на тук развиваната аргументация можем да кажем, че това влияние се изразява във възникването на по-конкретни правила, създавани от практиката и детализиращи, как да се тълкуват или прилагат приложимите норми. Последните са общата рамка на постановяването на решение, която рамка правоприложителят не трябва да прекрива, а и стига да запази именно детализиращия характер на своите разсъждения и не би могъл да прекрива.

4.3.3. Нека да вземем за един последен пример *отмяната на дарение поради непризнателността на дарения, отказващо даването на издръжка*. Както е известно според чл. 227, б. „в“ ЗЗД „дарението може да бъде отменено, когато дареният отказва да даде на дарителя издръжка, от която той се нуждае“.

Изразено по този най-общ начин това правило е предизвиквало спорове във времето заради своята недовършеност или „езикова отвореност“ по един ва

²³ **Вълчев**, Даниел. Лекции по Обща теория на правото. Ч. 1. София: Сиела, 2016, с. 282-284.

26

жен въпрос – обхващат ли регулираните от нормата случаи и онзи, който не дава издръжка поради материални затруднения.

В рамките на образуваното по-късно тълкувателно дело пред ВКС²⁴, ако перефразираме разглеждания материалноправен въпрос, следва, че върховните съдии са свели различните възможности до две алтернативи, конкретизирайки прочита на обсъжданата норма:

(1) Според **първата версия** „дарението може да бъде отменено, когато дареният отказва да даде на дарителя издръжка, от която той се нуждае, *освен ако дареният не предоставя поисканата от дарителя издръжка по следната оправдателна причина – поради липса на достатъчно средства да издържа себе си и лицата, които е длъжен да издържа по закон.*“

(2) Според **втората версия**, напротив: „дарението може да бъде отменено, когато дареният отказва да даде на дарителя издръжка, от която той се нуждае *независимо от материалните възможности на дарения, докато разполага с дареното до неговото изчерпване.*“

Върховния касационен съд се произнася в полза на първата позиция, обосновавайки се със систематичното тълкуване на чл. 227, ал 1, б. „в“ ЗЗД и по същество излага като системна аргументация сравнение между различните хипотези на отмяна на дарението. Предложеният основен аргумент си струва да бъде демонстриран с един по-обемен цитат (подчертаванията тук и по-долу са мои – С. Г.):

„**Не е справедливо** да се приравнят по последици случаите на убийство и опит за убийство на дарителя, съответно набедяване в тежко престъпление, на случаите, при които дареният сам е в нужда и трудно покрива собствените си потребности и тези на своите близки/най-често ненавършили пълнолетие деца/, на които дължи издръжка по закон. Именно в такива случаи е **неоправдано от гледна точка на справедливостта** дареният да бъде изправен пред моралния избор да предпочете интереса на своя дарител пред интереса на своите ненавършили пълнолетие деца, пред какъвто избор би се изправил, ако дарителят има нужда и иска издръжка, а дареният няма обективна възможност да я осигури, освен ако пренебрегне интересите на своите низходящи.“

Един коренно различен прочит обаче е не по-малко възможен. Защо трябва да бъде отхвърлен възможният смисъл при който дарителят има правото да отмени дарението с оглед на собствената си нужда да използва

едно – явно в перспективата на времето непредвидливо, дадено другиму имущество. Тази гледна точка е обоснована с оглед на законовия текст и не се налага „да доба
вя“ към него някакво допълнително уточняване на причините за отказа да се даде издръжка. Напълно съобразен с тълкувателните ни канони би бил под

²⁴ Вж. Тълкувателно решение на Общото събрание на Гражданската колегия (ОСГК) на ВКС № 1 от 2013.

27

ходът, при който отказът обуславя правото да се иска отмяна, независимо от причините за отказа, защото – според тази възможна логика, ако тези причини бяха от значение за законодателя, той би ги уредил изрично. Такова становище е застъпено в особеното мнение на група върховни съдии, според което – в противовес на по-абстрактния аргумент от справедливостта:

„**Изхождайки от буквата на закона** – чл. 227, ал. 1, б. „в“ ЗЗД, следва да се приеме, че винаги, когато дарителят има нужда от издръжка, дареният е длъжен да я даде и за да може да успее един иск за отмяна на дарението е достатъчно дарителят да докаже само, че има нужда от издръжка и че надареният отказва да му я дава. Без значение е причината за отказа.“

Противопоставя се и по-различна трактовка на моралната страна, според която съществува нравствено задължение за подпомагане на дарителя, „а при отказ последният да може да си иска обратно подареното“. Напротив, ВКС – а именно предходните съдебни състави, насочвали практиката във фарватера на „аргумента по справедливост“, са тълкували правото от морална гледна точка – възможен, но по-скоро резервен, краен от гледната точка на тълкувателната теория способ. Решението за това, кое е – в крайна сметка социално справед

ливо, също не можем да твърдим, че е отнапред налично в тълкувания законов текст, а ВКС само го извежда по юридико-математически път. Като формулира една по-конкретна норма, привидно „просто изяснявай ки“, а, погледнато реалистически, всъщност **избирайки „правилния“ сред възможните смисли** на законовата разпоредба, съдът изработва предписание отново с езикова форма. То има същия потенциал за неясност, разнопосочни интерпретации и бъдещо съдебно надграждане, както всяко правило. Нека отново използваме текста на тълкувателното решение. ВКС не просто по аргумент за справедливост счита, че:

„[Д]арението може да бъде отменено, когато дареният отказва да даде на дарителя издръжка, от която той се нуждае, освен ако дареният не предостави поисканата от дарителя издръжка по следната оправдателна

причина – по ради липса на достатъчно средства да издържа себе си и лицата, които е длъжен да издържа по закон.“

Върховните съдии се нагърбват със задачата да регулират спецификите на прилагането на понятието „издържа себе си или друго“. Колко средства са необходими, за да може едно лице да се издържа? Коя е относимата граница на възможност и невъзможност да издържаш себе си и друго? Отново са възможни различни отговори. Така се стига до становището, че:

28

„[П]ризнателността изисква дареният да намали собствения си стандарт на живот в случаите, при които дарителят му трайно се нуждае от издръжка, **но до нивото на минималните лични и обичайни нужди** на дарения и лицата, на които той дължи издръжка по закон.“

Дори този изказ ще подлежи на спорна интерпретация – „минималните лични и обичайни нужди“ са минималните нужди на оцеляващите в България или частен критерий – нуждите според начина на живот на надарения. ВКС се изказва в полза на втората алтернатива, считайки в крайна сметка, че издръж

ка следва да се дава от достатъка, а не с влошаване на собственото положение. Всичките тези детайли идват да ни покажат, че правните предписания – би дейки предписания, съществуващи изключително в езикова форма, подлежат на различен тип интерпретации. Разглежданите алтернативни конкретизации на чл. 227, ал 1, б. „в“ ЗЗД са в еднаква степен възможни с оглед прочита на самата разпоредба. В противен случай едва ли щеше да се стигне – и въоб ще да се стига толкова често, до противоречива практика при прилагането на закона. Реалистичният подход изисква юристите в България да признаят – подобните законови текстове подлежат на различни тълкувания. Идеята, спо ред която съществува само едно правилно и отнапред закодирано в самия за кон тълкуване, което съдът „просто извлича“, има характера на легитимизи цionen инструмент, а не на научна истина. Тази идея обосновава избора на съда. Разрешението е само едно и никое друго разрешение не е възможно. Съдът „само“ го намира. Напротив, реалистично погледнато в абстрактните разпоредби могат да бъдат влагани различни смисли. Правоприлагайки, съдът разглежда различните възможности в тълкувателната рамка, дадена му от об щата норма и дисквалифицира част от тях като неправилни, а друга обявява за правилни.

Изложеното ми позволява да формулирам два кратки тезисни отговора във връзка с въпросите, зададени в началото на настоящия параграф. (1)

Приехме, че законовата норма не предопределя в пълнотата му постигания по тълкувателен път конкретен правоприложен резултат. Той бива постиган чрез поредица от отговори на детайлизиращи въпроси, как следва да се разбира едно или друго абстрактно понятие в конкретния нормативен текст и в по-широкия нормативен контекст, респективно с оглед на взаимодействията между нормите, на правната система в цялост. В по-широк теоретичен контекст тази теза се свързва с повдигнатата от Р. Дуоркин тема, дали въпросите на правото имат (един единствен) верен отговор (the ‚one-right-answer‘ thesis). Един реалистичен подход възприема идеята, че тълкуването на правото осигурява различни алтернативи, които се конкурират помежду си. От вътрешната гледна точка на правната система, „с оглед волята на законодателя“ едната е правилна, а другата не. Самото юриди-

29

ческо обосноваване търси аргументи в полза на защитаваната теза и в ущърб на критикуваната²⁵. Дуоркин обосновава идеята, че има един-единствен верен отговор на правните въпроси и той се определя от съответствието с една вътрешна за правната система морална идеология. Единствено-правилните отговори по тълкувателните спорове представляват „a matter of sound moral or legal or aesthetic judgment“²⁶. Дозата критичен реализъм обаче изисква просто да се посочи, че на разглежданото морално-идеологическо ниво принципите стават все по-обща, поради което и техните конкретизации – най-разнообразни. От тази гледна точка е принципно възможно и практически реално една норма да получава различни тълкувателни конкретизации, всяка от които да бъде надлежно обоснована от съдилищата.

(2) По-горе се постави и проблемът, дали може да се говори за определена „новост“ на този тълкувателен резултат по отношение на предхождащата и определяща го правна норма. „Новият“ елемент, който разглеждам като творчески аспект на правоприложната дейност, се състои в детайлите, уточняващи по-общото съдържание на законовата правна норма. Р. Ташев, защитавайки статуса на съдебната практика като източник на правото пише, че (подчертаването е мое – С. Г.):

„За да представляват източник на правото като съдебна практика, правните мотиви трябва да съдържат новост за българската съдебна система. Правните мотиви, които са рутинни, тривиални или стандартни, не представляват съдебна практика [като правен източник, макар че са част от съдебната практика като съвкупната практика на съдилищата – б. м. – С. Г.]. **Такива са например правните мотиви, които повтарят или очевидно произтичат от текста на правните норми, или са подчертано или очевидно близки до вече съществували и известни мотиви**²⁷“

Липсата на детайл, добавящ конкретизиращ нормативен смисъл към съдържанието на законовата норма, дисквалифицира съответното правоприлагане като носител на разглеждания творчески елемент, а съдържащата го съдебна практика – като източник на правото. Налице е пряко силогистично правоприлагане. Често обаче нещата стоят по различен начин, което налага по-подробното изследване на правнореалистичния подход и неговото евентуално приложение за разрешаването на тук разглеждания въпрос.

²⁵ Вж. примера със становището на В. **Гоцев** в бел. № 21. ²⁶ **Dworkin**, Ronald. Justice for Hedgehogs. The Belknap Press, 2011, p. 37. ²⁷ **Ташев**, Росен. *Обща теория на правото: Основни правни понятия*, 4. прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2010, с. 114.

30

§ 5. Реалистичен подход към определянето на статуса на съдебната практика

5.1. Идеята за реалистичен подход в изследването на източниците на правото

Школата на правния реализъм понастоящем бива разглеждана в англоезичната юриспруденция като едно от трите основни направления в правната мисъл заедно с естественото право и правния позитивизъм. Що се отнася до континенталните школи, правният реализъм показва силни прилики със социологическите теории на правото.

Реализмът се базира на идеята, че е възможно на юридическата професия да се погледне през по-различна призма, ако правната наука се постави на стриктно социологическа база, изследваща определени факти. Така, основоположникът на **американския правен реализъм** – Оливър Уендъл Холмс (1809-1894), според едно свое известно определение разглежда правото като единно „цяло от систематизирани предвиждания (predictions)“ за „използването на публична сила чрез инструментариума на съдилищата“. Правните норми не са нищо друго освен „предвиждания, че ако нещо се направи или не се направи... [адресатът на правото] ще бъде принуден да страда по един или друг начин с решение на съда“. Радикализирайки своя изказ, Холмс заявява станалата хисторична версия на своето определение: „Под „правото“ – обобщава той, имам предвид предсказанията (the prophecies) за това, какво съдилищата фактически ще направят, и нищо по-претенциозно от това“²⁸.

По-рафинирани са континентално ориентирани разработки на другото крило на школата – **скандинавския правен реализъм**, чийто разбирания ще

демонстрирам на базата на творчеството на може би най-влиятелния му представител – Алф Рос (1899-1979). Рос е повлиян от идеите на Холмс и защитава позицията, че да кажем, че имаме определено валидно правно предписание А, всъщност означава да изложим предвиждането, че при определени условия, това предписание „ще послужи за основа на решения по бъдещи съдебни производства“²⁹. Въпросните предвиждания ще са ефективни, доколкото се основават на едно познаване на мотивите на съдиите да вземат едно или друго решение, да използват едно или друго предписание като обвързваща норма. Според Рос, как ще постъпи един съдия по отношение на даден акт, дали ще го използва като източник на правото или не, се определя от приетата в съот ветната правна система **нормативна идеология за това, кои са източниците на правото**. Последната е част от самото право и се състои от вторични нор

²⁸ Holmes, Oliver Wendell. The Path of the Law. - *Harvard Law Review*, Mar. 25, 1897, Vol. 10, № 8, p. 457-460. ²⁹ Ross, Alf. On Law and Justice [1953], transl. U. Bindreiter. Oxford University Press, 2019, p. 89.

ми, регулиращи не пряко разглежданите от съдилищата спорове, а поведение то на съдиите и това кой източник следва да се приложи³⁰. Идеологията, за която Рос говори, по същество представлява използваното в дадената система **учение за източниците на правото**. Тази идеология „може да бъде намерена само в реалното поведение на съдилищата. Това е основата за предположение нията на правната наука... [за] начина, по който съдилищата ще действат в бъдеще“. Тя може да бъде моделирана единствено въз основа на изучаването на досегашната практика на съдилищата³¹. Това означава, че от значение са не изброяванията на източниците на правото в различните нормативни актове. От тази гледна точка вторичните норми, регулиращи, кой е приложимият правен източник, биват фиксирани по чисто фактически път³². Рос подчертава, че неговият научен подход към източниците на правото не е доктрина, казваща, кой източник трябва да се приложи, а фактически обоснован поглед върху това, кои на практика са нормите, от които се ръководят съдиите. В този смисъл можем да проведем едно разграничение между научното изследване на източниците на правото и разпоредбата, изброяваща източниците на правото – например тази на чл. 5 от Гражданския процесуален кодекс (ГПК), чрез която законодателно се предписва на съдиите да прилагат определени източници. Обосноваването на това предложение, приемливо и за позитивистите и за реалистите, гласи, че ако правилото, според което „нормите на актовете Х са задължителни в правната система Y“ не се спазва фактически, дори то да е валидно от някаква формална гледна точка, пред нас

е една мъртва разпоредба, която не е от значение за практиката в системата У. Фактическото (практиката) и дължимото (изведеното според нормативните изчисления) в крайна сметка трябва да намират своите точки на пресичане. Правната наука и законодателят обаче могат да имат различни възгледи върху това, каква е връзката между фактическо и дължимо, а съдиите въз основа на съвместно формираните си професионални конвенции да формират свой поглед по въпроса.

Продължавайки разсъжденията си върху мотива на Рос за това, какво е научното изследване на източниците на правото, разбирано през призмата

³⁰ При обобщаването на позицията на Рос опростявам детайлното му деление, използвам вашето понятие като „закон“ (обвързващо правило) или директива (в случая – насока за поведението на съдията), за да може читателят да се запознае с тях на един понятен в

българския правен дискурс език. ³¹ Ross, Alf. Opt. cit., p. 90.

³² Подобни изводи защитават и различни по-късни правни позитивисти като Х. Харт, Дж. Колман, А. Мармор, които разглеждат нормите за признаване/разпознаване в крайна сметка като фактически сложили се социални конвенции. По-подробно този развой на правното мислене съм разгледал в Гройсман, Симеон. Право и морал. § 73. Правилото за разпознаване като социална конвенция: усъвършенстването на теорията на Харт от Колман и Мармор. София: Сиела, 2017, 168-171.

32

на фактологичния подход на правния реализъм, виждаме, че това изследване може да фиксира два вида факти:

(1) Фактите на съществуването на определени нормативни разпоредби, например на тази, според която моралът е изброен в чл. 5 ГПК сред възможните основания на съдебното решение при липса на закон или

(2) Факти – емпирично обобщение, сред които ще бъде и този, че моралът се използва твърде спорадично като фактор в съдебното обосноваване. От гледната точка на правния реализъм истинското научно (фактобазираното) познание за правото е насочено към формирането на втория тип изводи. Тази насоченост може да бъде обоснована с най-базовото ни разбиране за съотношението между нормативното и фактическото. Това, че в даден нормативен акт съществува разпоредба, предписваща на съдилищата да прилагат определени източници на правото, не означава, че те я прилагат фактически. Да прогнозираме, как един съд ще реши своето дело – и респективно да планираме поведението си по съответен начин, ще можем ефективно на базата на фактическите действия на съдилищата. Това означава да решаваме хипотетичните съдебни казуси, използвайки като призма обобщения за обичайното в поведението на самия съд, а не гледайки на правото като нормативна система, отделена от своите правоприложители – като на текст, който може да бъде прочетен „сам по себе си“ и да даде правилния отговор за това, което е дължимо.

Ако продължа примера с чл. 5 ГПК, мога да добавя, че тази разпоредба, споменаваща морала като възможно основание на съдебното решение сама по себе си – в контекста на дадените по-горе разбирания за езика на правото, съдържа двоен потенциал. Възможно е – въз основа на нея, да бъде развита правоприложна практика за решаване на делата по морални критерии, но е възможно и тази перспектива да остане само зачатък, лишен от последици в свръхрегулираната среда на съвременното право. В нея липсата на закон е изключение, а предпочитаният начин за преодоляването на тази сравнително рядка ситуация е аналогията на закона и на правото, а не апелването към обичая или морала. И в този пример виждаме, че отделните законови разпоредби могат да получат различни конкретизиращи прочити. Кой е критерият, който ни ориентира, какво е българското право в момента? Казано с други думи – ако правото не е „текст, който четем сам по себе си“, а нормативната ни логика може да ни отведе до най-различни варианти, то кой е контекстът, който ни спомага за неговия прочит?

Ако търсим **прочит, представящ ни истинските цели на правото** – с цялата условност на тази спорна и винаги идеологическа „истина“, прочит спомагащ за баланса между правни изисквания и социални очаквания, вероятно следва да се обърнем към определена морална и/или политическа визия за правилно и неправилно в регулирането. Понастоящем например идеоло-

33

гическият дискурс в Европа съдържа категоричното изискване за четенето на националното право през призмата на идеологиите на върховенството на човешките права и на правовата държава.

Ако обаче търсим **реалистичен прочит**, който не само ни показва една идеална нормативна сфера на нашите права и задължения, а и какви следва да са нашите очаквания по отношение на тяхната интерпретация и защита от държавните органи, правният реализъм ни предлага да четем правото в светлината на макротекста на съдебната практика³³.

5.2. Познаване на правото чрез правоприлагането

Според традиционната представа правото бива опознавано чрез изследването на **задължителната воля** на законодателя, диктуваща съдържанието на съдебните решения като нейни частни проекции. Правният реализъм търси начин правото да бъде опознато пряко чрез своето социално действие, там – където то е дадено вече не като абстрактна логическа формула, а като завършен факт с ясен резултат – в момента на прилагането му. Ще видим тези идеи в тяхната радикална форма, ако се обърнем към творчеството на Карл Оли векрона (1897-1980) – ученик на основоположника на Скандинавската школа Аксел Хегерстрьом (1868-1939), както и самият Рос. Оливекрона критикува като неясна и научно неточна идеята за **задължителния**,

обвързващ характер на правото, настоявайки абстрактният изказ, според който „the law is *binding*“³⁴ да бъде сведен до позовавания на конкретни факти; нормативното да бъде преведено на езика на емпириката:

„Какво е обвързващата сила на правото? Тя явно не е факт. Тя няма място в реалния свят, в света на [заобикалящото ни] време и пространство. В истинския социален живот, който е сферата, в която правото трябва да бъде намерено, ние наблюдаваме множество от факти, определящи действията на хората,

³³ Използвам понятието „**макротекст**“ в смисъл на система от множество текстове, обединени чрез вътрешни връзки. Понятието се използва, както в лингвистиката, така и в компютърната наука, що се отнася до теорията на информацията. Като макротекст правото може да бъде видяно в системата на своите текстови източници (**макротекстът на законодателството**). Тази система се съотнася със **съдебната практика като макротекст**

от огромен брой текстове – съдебни актове, позоваващи се на законите, тълкуващи ги, диалогизиращи помежду си, зачитайки или отхвърляйки определена предходна практика. Вж. **Matthiessen**, Christian, Kazuhiro **Teruya**, Marvin **Lam**. Key Terms in Systemic Functional Linguistics, Continuum, 2010, p. 134; **Rada**, Ray Hypertext: from Text to Expertext, ch. 3, Online access: <https://userpages.umbc.edu/~rada/cv/pubs/hypertextbook/>³⁴ „Правото е *обвързващо* [задължително, създаващо права и задължения, в крайна сметка – нормативно-валидно по отношение на своите адресати]“ – курсивът е на са мия Оливекрона - **Olivecrona**, Karl. Law as Fact. Copenhagen: Einar Munksgaard; London: Humphrey Milford, 1939. Reprinted: London, Wildy & Sons, 1962, p. 9.

34

сред тях и юридическите правила. Техният ефект обаче е винаги относителен и обусловен от други елементи... Абсолютната обвързваща сила на правото не се обхваща от какъвто и да е опит да ѝ намерим място в социалния контекст... [тя] очевидно съществува само във въображението... „Обвързващата сила“ на правото в реалността е само идея в човешките умове. Няма нищо във външния свят, което да съответства на тази идея [като отразяван в нея факт – бел. м. – С. Г.]³⁵“

В тези пасажии Оливекрона спори с „Чистото учение за правото“ на Келзен. Идеята за „неясната, въображаемата, мистичната, мъглява“ – все изрази на Оливекрона, обвързваща сила (валидност) на правото може да намери своето лесно обяснение. Като всички идеи, така и положенията на правната догмата, съществуват чрез своето споделяне (в човешките ни съзнания), записване (в текстуална форма) и прилагане (използване на дело в практиката и на думи в комуникацията). Реалните факти, стоящи зад идеята за обвързващия характер на правото, ще са всички правоприложни действия, използващи тази идея. Съответно нормите намират своето приложение, защото – в рамките на съответната юридическа култура, биват използвани правилата на

правната догматика. На следващо място обаче, нормите намират своето приложение само доколкото и както биват прилагани от съдилищата. Съдебното решение е „повторение“ на нормата, моделиране на отделния случай спрямо нея в съответствие с юридическата техника и процесуалните форми за нейното упражняване³⁶.

5.3. Социални факти и правни норми

Въпросът за отношението между социалните факти и правните норми е въпрос – методологически, социологически, метаюридически, за отношение то между фактическо и нормативно. Имайки предвид неговия фундаментален характер, тук ще се ограничи единствено до обобщаването на няколко тезиса, относими към предмета на настоящото изследване.

(1) Келзенианската теория за правото формулира фактически критерий валидността на правния ред в неговата цялост и нормативен критерий за валидност на отделната правна норма. От тази гледна точка самият правен ред определя начините за създаването на своите норми. Изводът, кои норми са валидни, се прави по чисто умозрителен път – въз основа на логически разсъждения, използващи базови предпоставки, дадени в конституцията. Правото се самовъзпроизвежда, доколкото правните норми се създават въз основа на оправомощавания и процедури за тяхното осъществяване, определени във висшестоящи норми.

³⁵ Ibid., pp. 14-17.

³⁶ Ibid., p. 105.

В крайна сметка А е валидна правна норма, защото съответства на изискванията, посочени във висшестоящата (в крайна сметка – конституционната) норма Б. Въпросът за валидността на нормата А е въпрос на нормативни изчисления, на сверяване на съответствия между източниците на правото. Едно типен нормативистки подход е изцяло утвърден и в българската правна теория. Преподаването и понастоящем в курсовете по гражданско право – обща част разбиране за нуждата от *висша критика на закона* се състои именно в мо делирането на процедура, проверяваща, дали са изпълнени определени чисто нормативни изисквания, за да се създаде правната норма и евентуално, дали тя не е изменена или отменена впоследствие³⁷.

(2) Правният реализъм, напротив, търси **фактически критерий за валидност** не само за правната система в цялост, но и **що се отнася до отделната норма**. Ако сравним този подход с нормативисткото разбиране и с идеята за нисшата критика на закона, правните реалисти не биха се задоволили с една „чисто нормативна проверка“, те задават въпроса, какви са социологическите измерения на прилагането на правната норма, спазва ли се тя **на прак**

тика. Определено правило бива спазвано, защото *фактическото прилагане на санкции* мотивира към спазването му³⁸. Дори да имаме нормативен акт, с който се „декларира“ създаването на една норма, ако предписаното от нея не се спазва фактически, не намира отражение нито в поведението на правните адресати, нито в правоприложните актове на държавните органи, можем ли въобще да говорим за съществуването на някакъв социален **факт**, на нещо **позитивно** (във философския смисъл, тоест на нещо обективно съществуващо), на някакво **реално** значение на провъзгласената от законодателя „норма“?

Реалистическото мислене има заслугата принудително „да изтръгне“ юристите от тяхната „догматична дрямка“ в удобното лоно на формализма с неговата епизодична (понякога постоянна) склонност към дезинтересиране от „живия живот“ на правото. Същевременно описаната логика носи в себе си двоен риск:

(2.1.) На първо място, гледано „реалистически“ всяко законодателно изменение, се оказва в своеобразна „безтегловност“ по отношение на своя обвързващ характер. Ако нормата не е валидна, понеже все още не се прилага, съдът, разглеждащ ключовия първи съставомерен за нея казус, няма да е обвързан да я приложи. Поне на едно логическо ниво законодателното изменение на правото се оказва значително затруднено, ако не и невъзможно.

Това странно противоречие се обяснява по следния начин: правният реализъм търси обяснителен модел „от гледната точка на адвоката“, който иска да посъветва своя клиент, какво да очаква от един съдебен процес. Този модел е работещ и за социолога, който иска да знае, „как работи системата фактически“. Напротив,

³⁷ Вж. **Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Д. I, с. 122-123. ³⁸ **Olivecrona**, Karl. Law as Fact, p. 168-169.

нормативизмът дава модел на вътрешната логика, която юристите и преди всичко самите съдии да използват, обръщайки се към закона и изчислявайки въз основа на него дължимите правни последици.

(2.2.) Правният реализъм, културата Common law и прецедента, страховете пред превръщането на съдебната практика в източник на правото – всичките тези мисловни фактори рисуват една картина на съдебно всемогъщество – критархия³⁹ или съдебен позитивизъм, заместващ правния позитивизъм⁴⁰. От тази гледна точка се задава въпросът, ако законът придобива своя смисъл само през призмата на съдебната практика, кои именно ще са критериите, които карат съдиите – нормативно и/или фактически, да вземат едно или друго решение. Този тип разсъждение в крайна сметка води до критическите измерения на правния реализъм, които виждаме в течения като Critical Legal Studies,

Feminist Jurisprudence или Race and Law. Те – отхвърляйки идеята за някаква вътрешна за правото нормативна логика, започват да разглеждат съдебните решения като проекция на различни – властови, културни, предрасъдни, социални фактори. Откривайки нови – и често достатъчно интересни, пластовете на връзката между юридическо и фактическо (социално), тези течения не могат да моделират вътрешната логика на правото, могат да критикуват, но не и да обяснят юридическото мислене по начин, задоволителен с оглед нуждите на юридическата практика. В резултат юристите бяха обвинявани в слепота/лицемерие по отношение на собствените им политически и морални пристрастия, но могат да създадат само политически теории за правото, не и теория на правото от една юридическа (вътрешна) гледна точка. (3) В континенталното право на Новото време преобладава идеята за нормативния критерий за валидност. Държавата създава правото, следователно юридическата сила на един закон трябва да е функция на парламентарни процедури, а не да се потопи в неясността на последващи преценки, особено били те децентрализирани. Така, нашата правна теория например не приема идеята за възможното фактическо отмиране на нормите (*desuetudo*) като критерий за загуба на юридическа валидност, който би подлежал на преценка от отделния съд, решаващ дела, към които нормата е относима⁴¹. (4) Следва обаче да се отбележи, че Росен Ташев привнася един важен балансиращ момент по отношение на дилемата, дали критерият за валидност

³⁹ „Управление на съдиите“ – от древногръцкото κριτής – арбитър, посредник, съдия и коренът ἄρχ- в глагола ἄρχω – започвам, вода, управлявам.

⁴⁰ С изрази „позитивизъм на съдиите“ (*Richterpositivismus*) се обозначава засилването на значението на съдебната практика за облика на правното регулиране до ситуацията, в която „съдията от последната инстанция се превръща в заместващ законодател“, а обявеното от него – във валидно право – **Rüthers**, Bernd, Christian **Fischer**, Axel **Birk**. *Rechts theorie mit juristischer Methodenlehre*, 10. überarbeitete Auflage, München: C. H. Beck, 2018, S. 314-315.

⁴¹ Вж. **Ташев, Р.** *Обща теория на правото*, с. 162-163.

у нас е нормативен или фактически. Според този автор „простото“ посочване на определен акт или социална практика като правнообвързващи например на конституционно ниво, все още не ни дава пълноценен правен източник, какъвто имаме едва след фактическия процес на утвърждаване. Определението на Ташев за източниците на правото ги представя като „**утвърдените**“ (подчертаването е мое – С. Г.) в една система на правото процедури и актове като критерий за валидността на съдържащите се в тях правни норми⁴². Този възглед понастоящем може да се счита за утвърден в българската правна теория⁴³. Утвърждаването представлява процеса по постепенно налагане на (типа актове⁴⁴ – кандидат за) източник на правото като обвързващ от гледната точка на правоприлагащите органи.

Така по-новата българска правна теория все пак прави крачки в посока на баланса между нормативната логика и отчитането на фактическото използва не на определени норми в преценката дали определен акт или социална практика са източници на правото⁴⁵. Предложението от правния реализъм поглед допълва, че „истинската“ система на източниците на правото може да бъде научно описана въз основа на фактическото използване на определени актове и практики като правни източници. В тази светлина има смисъл да разгледаме мястото на съдебната практика в българския правен живот, след което да анализираме становищата, даващи положителен отговор на въпроса, дали съдебната практика следва да се разглежда като източник на правото.

5.4. Съдебната практика в емпириката на българския правен живот

Разгледаните доктринални разбирания, според които съдебната практика не е източник на правото изразяват напрежението между фактическия прес тиж на съдебната практика, ролята ѝ на основен информационен масив, указващ как да се прилага правото и по същество развиващ правото, и отказът на теорията да ѝ признае качеството на правен източник. В светлината на изложения подход на Алф Рос, можем да твърдим, че съдебната практика в България *de facto* се използва като източник на норми. Т. Колев описва съобразяването с трайната практика на върховните инстанции като действие на един институционален механизъм, при който съдилищата се съобразяват, за да не бъдат отменени техните решения, „но нищо не им забранява – с риска

⁴² Пак там, с. 28.

⁴³ Той се възприема от **Колев**, Тенчо. Теория на правото. София: Сиела, 2015, с. 206 и **Вълчев**, Даниел. Лекции по обща теория на правото. Ч. 1, с. 266.

⁴⁴ Ташев не разглежда изрично въпроса, но ми се струва очевидно, че утвърждаването е на закона, регламентът на ЕС, съдебния precedent и т. н. като източници на правото, а не на отделния закон или отделния регламент например.

⁴⁵ В използваната от мен дефиниция освен юридически актове (целенасочено създаващи норми волеизявления), източниците могат да бъдат и социални практики (например правният обичай) – за това разграничение вж. **Гройсман**, Симеон. Право и власт, § 33.

на последваща отмяна на решението, да поддържат собствена [тълкувателна] концепция⁴⁶. Този ефект лесно се мултиплицира, защото практиката на върховните инстанции все пак включва в себе си техните позиции и върху тълкуванията, предложени от по-долните такива. Системата на съдилищата по същество се превръща в един огромен информационен агрегат, в който даващите тълкувателни предложения, минават през мелницата на институционалния контрол, за да получат в крайна сметка своето потвърждение или отхвърляне. Следва да се потърси, дали този фактически статус на съдебната практика да дава определящи насоки за решенията на съдилищата, може да получи и своето нормативно обяснение.

Определени съдебни актове – тълкувателните решения и тълкувателни те постановления на върховните съдилища, са задължителни за органите на съдебната и изпълнителната власт, за органите на местното самоуправление, както и за всички органи, които издават административни актове (чл. 130, ал. 2 от Закона за съдебната власт - ЗСВ). Тук обаче поставям въпроса за практиката на съдилищата в рамките на произнасянето им по конкретни спорове, а не при случаите на даване на задължително тълкуване.

Делението на **(1) задължителна тълкувателна практика** и **(2) практика по отделни казуси** изрично се използва от Върховния касационен съд⁴⁷. Приема се, че първата е израз на конституционното правомощие по осъществяване на върховен съдебен надзор за точно и еднакво прилагане на законите от съдилищата, а нормативното основание за нейната задължителност е изрично дадено в тук цитираната разпоредба на ЗСВ. Що се отнася до практиката по отделни казуси ВКС е приел, че „[п]остановилият решението съд обаче не е обвързан от така даденото тълкуване при решаване на аналогични дела, нито от приетото разрешение са обвързани други съдебни състави на Върховния касационен съд и първоинстанционните и въззивни съдилища при разрешаване на аналогични правни спорове.“⁴⁸

В групата на задължителната практика преди бяха включвани и актовете на ВКС, постановени по реда на чл. 290 ГПК за уеднаквяване на съдебната практика. С последвалите изменения на ГПК изрично се предвиди, че решението на ВКС по касационни жалби не представляват задължителна съдебна практика. Член 291, уреждащ действията на ВКС за уеднаквяване на практиката в рамките на разрешаването на отделни казуси като касационна (а не

⁴⁶ **Колев**, Тенчо. Теория на правото. София: Сиела, 2015, с. 260-261.

⁴⁷ Тълкувателно решение № 1 от 19.02.2010 г. на ВКС по тълк. д. № 1/2009 г., Общо събрание на Гражданската и Търговската Колегии (ОСГТК), докладвано от съдиите Симеон Чаначев, Любка Илиева и Светла Цачева.

⁴⁸ Тълкувателно решение № 1 от 19.02.2010 г. на ВКС по тълк. д. № 1/2009 г., ОСГТК.

като тълкувателна инстанция) беше отменен⁴⁹. От фактическа страна обаче аргумент за свойството на съдебната практика да извежда различни потенциално правилни, конкуриращи се тълкувания на едни и същи законови текстове, ни дава освен разгледаната по-горе природа на юридическия език, така и тенденцията за постепенно еволюиране на практиката. Дори в експлицитно заявявания консервативен подход на нашия Върховен касационен съд, който отрича на практиката по конкретни казуси характера на правен източник, изрично се предвижда възможността за изменение на практиката по

определени разпоредби, макар че последните са останали неизменни. Така, в Тълкувателно решение № 1 от 19.02.2010 г. на ВКС по тълк. д. № 1/2009 г. на ОСГТК е възприето, че (подчертаването е мое – С. Г.):

„Господстващите възгледи в официалната и по конкретни дела съдебна практика не могат да бъдат неизменни. Тяхната преходност е следствие от непрекъснато настъпващите изменения..., обусловени от динамиката на развитието на обществените условия и законодателство... Изоставянето на съдебната практика, съдържаща трайно, съвпадащо тълкуване на едни и същи разпоредби, формирана по однородни правни спорове ... се налага при промяна на обществените условия и законодателство. Естеството на настъпилите промени изисква търсенето и намирането на нови правни разрешения ... поражда необходимостта от осъвременително тълкуване и създаване на нова съдебна практика ..., **макар и законовата уредба, чиято промяна е закъсняла във времето, текстуално да не се е променила**, за да съответстват правните възгледи на установилите се в обществото нови убеждения, ценности и цели.“

Идеята, че върховният съд може да преосмисля законодателството, преценявайки, кога законодателят е закъснял с определена промяна, всъщност ни показва – на нивото на една от конкуриращите се идеологии на правораздаването, разтварянето на широк дискреционен прозорец. Гледайки през него на законодателството, съдилищата могат да решават, кога да използват аргумента за допустимостта на еволютивното тълкуване – с оглед „установилите се в обществото [дори не в законодателство – б. м. – С. Г.] нови убеждения, ценности и цели“ и кога да предпочетат да останат на по-сигурния бряг на установеното по-старо тълкуване, по принцип и по-стриктно съобразено с буквата на закона. Така върховните съдилища, а освен тях още конституционните юрисдикции, органи като СЕС и ЕСПЧ – въобще всички, които наричам „силни съдилища“⁵⁰, фактически са изправени пред избор между широко/ево

⁴⁹ Закон за изменение и допълнение на Гражданския процесуален кодекс (Обн., ДВ, бр. 86 от 2017 г.).

⁵⁰ Обемът на настоящата разработка не ми позволява да представя тезиса за „силните съдилища“, с който читателят може да се запознае в Гройсман, Симеон. Право и власт,

лютивно или стриктно/консервативно тълкуване. Този избор, както видяхме, често може да е налице и не само по силата на промените в нормативния и социалния контекст, за които се говори в цитираното тълкувателно решение, но и естествената неяснот и недовършеност на човешкия език.

От тази гледна точка разглежданият тук реалистичен подход изисква: (1)

Да се признае, че съдилищата застават пред избори като описания; (2)

Заедно с това да се отчете естеството на съдебната аргументация, която – макар от една вътрешна и **нормативна** гледна точка да се стреми да обосновава, че винаги съществува едно-единствено вярно, произтичащо от правото решение на всеки казус, все пак **фактически** съдържа различни разрешения, които могат да бъдат обосновани достатъчно убедително. Вземането на връх на едно от тези разрешения в крайна сметка има за основание авторитета на съда, решаващ дело. В този смисъл е и напълно логично последващото из ползване на „победилото“ разрешение да се прави с позоваването на решението на съответния съд, а не с пресъздаването на неговите аргументи. (3) Доколкото описаните избори съществуват, а реализацията им **фактически** – дори и когато това не е предписано от изрично кодифицираните норми, регулиращи статуса на правен източник⁵¹, влияе на последващите съдебни решения по сходни казуси, то става необходимо да се разгледа отношението

§ 39. Правният ред и постмодерните съдилища – с. 365-374; § 40. Съдилищата и контролът над властите – с. 374-384.

⁵¹ Х. Харт нарича „правило за разпознаване“ – rule of recognition, предписанията за това, кои са валидните норми. В по-обичайния за българската правна теория изказ това са т. нар. „норми за норми“, уреждащи по задължителен начин „списъка“ на валидни те (задължителните, обвързващите със своите норми) правни източници. От тази гледна точка липсва изрична конституционна или законова разпоредба, която да предоставя на съдебната практика по отделни спорове статуса на правен източник. Харт обаче разглежда да тези правила за разпознаване/признаване (на задължителните за спазване норми) като **фактически дадени социални конвенции**. По подобен начин цитираният тук Алф Рос търси фактически елемент, в крайна сметка, твърдейки, че „източници на правото са онези актове, които фактически се използват като такива“. Подобни елементи можем да открием в теорията за източниците на Келзен, както и в признатата за меродавна в нашия общите оретичен дискурс доктрина за източниците на Росен Ташев. Този спор („за“ и „против“ чисто нормативния подход към въпроса, кои са източниците) само ни предоставя поле за поглед към моделирането на това, как работи българската правна система, той не ни казва автоматично, кои са източниците на правото според вътрешната гледна точка на българската правна система. Като моля читателя да има предвид това уточнение твърдя, че – независимо дали смятаме съдебната практика за правен източник от вътрешната нормативна гледна точка, прокламирана от нашето законодателство, тя **фактически** има определящ характер за последващите решения по сходни дела. Една фактоориентирана наука (каквато твърди да е правният реализъм, на определено ниво правният позитивизъм и в далеч по-малка степен привичната ни правна догматика) следва да предлага обяснение на този факт.

между предходна практика, съдебно решение и последваща практика. Това отношение традиционно нашата теория разглежда с оглед на въпроса за статуса на съдебната практика като правен източник, а сравнението на позитивистките и реалистическите теории може да му даде допълнително осветляване.

§ 6. Опити за примиряване между нормативния и реалния статус на съдебната практика

По естеството си правоприложният процес е свързан с описания по-горе творчески елемент, а фактически съдилищата постоянно имплицитно използват и нерядко експлицитно се позовават, както на нормативно задължителната тълкувателна практика, така и на практиката по конкретни дела. В България са два влиятелните и цялостни опита за обосноваването на нормативния характер на практиката по конкретни дела. Първият – този на Живко Сталев, апелира към нормативност от обичаен тип, а вторият – на Росен Ташев се насочва към едно модернизиране на самото понятие за валидност, за да бъдат по-реалистично моделирани процесите в правната система.

6.1. Трайната съдебна практика като съдебен обичай

Още през първата половина на XX век идеята, че натрупването на сходни съдебни решения има за резултат възникването – у съдиите, на съзнанието за задължителност на тези разрешения, свързва трайната съдебна практика с понятието съдебен обичай. Съдията, пише Л. Диков, „твори право, но не е законодателен орган“, черпи правни разбирания от справедливостта и ги прилага по конкретния случай. Именно с даденото от справедливостта, а не от закона се надхвърля идеята за една чисто логическата формална и едва ли не автоматична дейност по свеждане на общото към частното. Обсъждайки въпроса за статуса на така натрупващите се разрешения по справедливото прилагане на закона, Диков сочи, че „[с]амо тогава, когато множеството на еднакви случаи е било съпроводено с **множество еднакви разрешения и когато благодарение на тази еднаквост се е създал обичай**, можем да говорим за правни норми, създадени от съдебната дейност с обща задължителност“⁵². Това разбиране има своето място и стойност в онази епоха, през която самият правен обичай е широко прилаган, а теорията му отделя значително по-голямо място.

Същите разбирания намират своя подробно разработен отглас в идеите на Ж. Сталев, който убедително защитава идеята, според която натрупването на еднотипни съдебни разрешения придобива обвързващ характер под формата на *трайна съдебна практика*, разбирана като съдебен обичай и правен източ

⁵² Диков, Любен. Курс по българско гражданско право. Т. I. Обща част. София: Печ. П. К. Овчаров, 1940, с. 68.

правото⁵³ Сталев пише:

„[П]оради необходимостта да бъдат нормативните актове тълкувани преди да се приложат, съдилищата неизбежно стават съпричастни в нормотворчеството... [Т]ълкуването е неотделимо свързано с правотворчеството. Чрез него се преодоляват несъвършенствата на нормативните актове. Тези несъвършенства са неизбежни... Когато подлежащият на приложение закон или друг нормативен акт е неясен, противоречив или непълен, той трябва да бъде подложен на тълкуване, за да бъде извлечена нормата, съобразно която делото трябва да бъде решено. Затова съдебната практика е неразривно свързана с тълкуване на нормативните актове. Тъй като по своето естество тълкуването на нормативните актове е неотделимо свързано с правотворчеството, с него се оказва неотделимо свързана и съдебната практика. Тогава тя е също източник на право, както нормативния акт, който тя тълкува, защото той се прилага в този смисъл, който съдебната практика му дава“.

Пред нас е едно в достатъчна степен реалистично по отношение на изложеното за емпириката на българския (а и въобще на континенталния) правен живот, в този смисъл тя е убедителна от фактическа страна. Тази теория дава ясни критерии за ориентация във вътрешната логика на съдебното обосноваване и така ни сочи достатъчно добре нормативните предпоставки, от които изхождат съдилищата, решавайки своите дела. По този начин става възможно – отново на фактическата плоскост, да планираме достатъчно добре своите бъдещи правни действия с оглед очакваното поведение на съдилища

та, действащи все в светлината на трайната си практика. Този механизъм за анализ на правната система – през призмата на четенето на съдебните актове, осъществяващи ключова част от функционирането ѝ, допринася за последващото утвърждаване на становищата от трайната съдебна практика, защото и страните се стремят да съобразяват поведението си с тях, доколкото в бъдеще могат да се позоват на тази практика в рамките на един съдебен процес. Възгледът на проф. Сталев може да бъде прочетен и в контекста на неговите разбирания за водещата роля на психологическите преживявания за функционирането на правната система и цялостния социален облик на правото, както същите са изложени в „Нормативната сила на фактическото“⁵⁴. Идеите, според които правосъзнанието формира отделно правно битие, а правото като цяло съществува и конкретно правоприложно функционира в крайна сметка

⁵³ Съвременно право, 1997, № 6. Цитира се по Онлайн-версията, предоставена от сайта „Съдебно право“: <http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2015/8/6/-1>. ⁵⁴ Сталев, Живко. Нормативната сила на фактическото. София: Унив. изд. „Св. Кл. Охридски“,

ка пречупено през съзнанието на човека, са основа за едно разделение меж ду държавата и правото. Последното наистина се създава чрез държавните актове, но придобива определена самостоятелност, развива се по собствени социологически закономерности. Значението, отдавано на правосъзнанието в правоприложния процес, поставя на преден план една роля на правоприложителя, самостоятелна спрямо идеята за абстрактния и всемогъщ законодател, който регулира отношенията по свой почин и със социално-инженерен размах, имайки съдиите за инструменти в държавната си политика. От тази гледна точка имаме интересен парадокс – теорията на Сталев за нормативната сила на фактическото по-скоро се базира на правнопсихологически пре доставки, които са отхвърлени в съвременната ни доктрина. Същевременно в институционален план тя може добре да отчете механизмите за възприемане на собствени подходи към правото в рамките на съдийската гилдия, подходи, които често ще са склонни да се отклоняват от някакво стриктно тълкуване и прилагане на парламентарната воля в съответствие с една (собствена) визия за принципа на правовата държава като призма за прочит на правото. Макар и достатъчно убедителна⁵⁵, от нормативистка гледна точка тезата на проф. Сталев се сблъсква с липсата на фигурата на съдебния обичай в действителното ни писано право. Поради тази причина в доктрината се сочи, че налагане на определено разрешение като трайно във времето е фактически феномен, без нормативна санкция – съдът, сезиран със сходен спор не е длъжен да приложи трайната практика⁵⁶.

6.2. Двама възгледа на проф. Росен Ташев по въпроса

Защо обаче – като не е нормативно задължен да следва предходната практика, съдията все пак се обръща към нея? Спорейки с идеята за обвързващия характер на съдебния обичай, за която говори Сталев, Ф. Рачев например счита, че неговото възприемане в едно съдебно решение има чисто *информативен* характер по отношение на останалите лица⁵⁷. Същият автор обаче застъпва и мнението, че мотивите на постановените предходни съдебни решения

⁵⁵ В семинарните/лекционните занятия по темата обичам да казвам на студентите, „ако искате да разберете, какво е и как работи трайната съдебна практика – прочетете статията на проф. Сталев; с оглед нуждата да вземете изпита си и да говорите на общ език с преподавателите и колегите си в практиката, вземете предвид... [дълъг списък от теоретични становища и нормативни аргументи]“. Вж. още и възгледа, според който този теоретичен принос на Сталев може да се разглежда като програмен и за настоящото развитие на българското право в единство с неговите европейски модели у **Кунчев**, Константин. Статията на проф. Ж. Сталев „Съдебната практика като източник на правото“ и нейната роля за развитието на правната доктрина у нас, Онлайн версия, достъпна на сайта

„Съдебно право“ – http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2015/8/6/-#_ftnref.⁵⁶ Русчев,

Иван. Нормативните актове – източник на частното право, с. 30.⁵⁷ Рачев, Филип.

Гражданско право. София: Унив. изд. Стопанство, 2003, с. 93.

44

са обвързващи за съдилища в качеството им на правни прецеденти, а задължителното им зачитане има за основание принципите за безпристрастност, обективност, справедливост на съдилищата⁵⁸. Тези противоречия са резултат от един път на различните съчетания между разбирането, че съдилищата не създават правни норми, но авторитетните им разбирания за това, какво предписват нормите, следва да се зачитат⁵⁹. Това интуитивно разбиране получава своята общотеоретична трактовка у Росен Ташев, който говори като за **убедителността на мотивите спрямо другите съдилища, прилагащи същите правни норми**.

Тук ще представя неговите еволюирали възгледи по въпроса, защото – от една страна, те са най-подробното и интересно съвременно изложение по темата, а от друга, понеже в тях е налице определен поврат, преобразуване на становището, което говори за една интересна линия на мислене, която за съжаление проф. Ташев не успя да развие в монографично изложение.

6.2.1. Убедителността на юридическото обосноваване като фактическа основа на един аргументативно обвързващ характер на тълкувателните мотиви. Идеята за „убедителността“ на съдебната аргументация показва пътищата за нейното разпространяване и следване, опитвайки се да не разглежда въпроса на плоскостта на валидността и обвързващия характер на създаденото по съдебен път разрешение. Разглеждането на съдебната практика като непряк източник включва възгледа, че тя няма обвързващ характер, но се използва по силата на своята фактическа убедителност. Така става възможно преодоляването на трудно измеримия количествен критерий за това, кога е налице трайна практика, къде е мисленият рубеж, който веднъж надхвърлен превръща оригиналното тълкуване в достатъчно разпространен начин за мислене. Като не претендира за нормативна задължителност на съдебната практика, проф. Ташев всъщност успява да постави въпроса за нейното следване по един по-радикален начин – тълкувателните мотиви по дадено дело, могат да се превърнат на модел за последващо правоприлагане, дори взети сами по себе си, без елемента на обичайнообразното натрупване на сходни решения (подчертаването е мое – С. Г.):

„Не е необходимо съдебната практика да бъде „трайна“ или „константна“, т. е. да има натрупани определен брой повтарящи се съдебни решения по даден вид дела. ... За да могат новите правни мотиви да се превърнат в съдебна практика, необходимо е практикуващите юристи (и преди всичко съдиите) да бъдат осведомени, да узнаят за тях. Мотивите относно

⁵⁸ Пак там, с. 96.

⁵⁹ Вж. в този смисъл и **Джеров**, Александър. Гражданско право. Обща част. 3. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2012, с. 76.

приложимите правни норми трябва да придобият публичност и в известна степен неформално признание⁶⁰.

Чрез използването на правно-информационните системи става като цяло възможно ретроспективното проследяване на определени мотиви до първото съдебно решение, което ги въвежда. Тази визия може да бъде многократно демонстрирана – както в прозиращото през текстовете на съдебните актове старателното проучване и сравняване на мотивите по предходни дела, така и в мигрирането на цели аргументационни пасажии по “copy-paste” модел, разпоз

наван достатъчно добре и от програмните продукти от типа „антиплагиат“. Убедителността обаче е изцяло фактически феномен и затова е много интересен начинът, по който Росен Ташев пренася този феномен на една (квази) нормативна база в последната си голяма статия.

6.2.2. Идеята за противопоставянето между нормативна и фактическа валидност на правните предписания. Условният „втори“ възглед на проф. Ташев по въпроса е изложен в статията му „Към понятието за правен принцип“⁶¹. Наричам тази промяна в становището му „условна“ доколкото става дума за едно развитие на възгледите му за валидността, което не е пряко отнесено към проблематиката за статуса на съдебната практика. Същевременно можем да видим особено интересни паралели, разглеждайки идеята за „фактическа валидност“ като сходство във фактическото поведение, което се дължи на признаването на това поведение за нормално и дължимо от самите субекти. Фактическата валидност по принцип – при едно нормално развитие на правната система, дублира юридическата⁶². По пътя на официалното заявяване и контрола за спазване чрез централизирана принуда, юридически валидните правила (тези, създадени чрез надлежните правотворчески процедури), стига да се прилагат достатъчно ефективно, първо биват фактически приети за валидни от правоприложните органи, а в перспектива и от „обикновените хора“ – адресати на правото. В този смисъл обаче Ташев пише, че обратният преход – от фактически валидно (спазвано) към юридически валидно (формално задължително от гледната точка на самото право) не може да бъде изкоренен дори във функционирането на модерните правни системи. Правилата, създавани от съдебната практика, следователно – дори с оглед на липсата на изрична норма, която да им дава задължителност, придобиват фактическа ва

лидност и започват да бъдат следвани в последващите дела⁶³. Това може да

⁶⁰ **Ташев**, Росен. *Обща теория на правото*, с. 114-115. ⁶¹ **Ташев**, Росен. Към понятието за правен принцип. – *Съвременно право*, 2001, № 6, с. 24-42.

⁶² Пак там, с. 30.

⁶³ Пак там, с. 31-32. Срвн. с идеята на Ташев за фактическата валидност на правните принципи, които „притежават задължителност поради тяхното приемане в обществото“ – с. 33.

46

бъде обяснено чрез фактическото наличие на една професионална конвенция сред съдиите за нуждата за

валидност и започват да бъдат следвани в последващите дела⁶⁴. Това може да бъде обяснено чрез фактическото наличие на една професионална конвенция сред съдиите за нуждата за

зачитане на тази практика, скрепена с механизмите на инстанционния контрол с неговата склонност да отхвърля тълкувателните разбирания, отклоняващи се от общия консенсус. С оглед на ключовия характер на работата на съдийската гилдия в правовата държава, нейните вътрешноформиращи се методи за работа със закона оформят облика на правоприлагането. Ако използваме

изчерпателния – по съществото си социологически и правно-реалистически, изказ на проф. Сталев:

„Трайната съдебна практика мотивира поведението на съдиите и на адресатите на нормативния акт, до който тя се отнася, по същия начин както самият нормативен акт. Това е достатъчно, за да функционира тя като източник на право“.

§ 7. Посочване на „липсващото звено“ – нормативен аргумент в полза на статуса на съдебната практика като източник на правото

Видяхме, че съдебната практика създава правила; има свойството да следва (възпроизвежда, мултиплира) правила, създадени по предходни дела, но ѝ липсва задължителен характер от гледната точка на нормативния анализ. Преобладава становището, според което правният ред в България не съдържа норма, установяваща юридическата задължителност на съдебната практика за съдилищата. Липсата на задължение за следването на по-старото разрешение тласка теорията към предлагането на алтернативни, фактоориентиращи обяснения на това следване. В своята трактовка върху съдебния обичай проф. Сталев изрично пише, че „нормотворчески[ят] принос на съдебната практика ... не се гради върху нарочно овластяване от

закона“⁶⁵. Това е липсващият „нормативен елемент“, превръщащ съдебната практика в обвързващ правен източник.

В настоящия параграф имам за цел да покажа, че: **(1)** в българската правна система съществува нормативен потенциал за формулирането на такова задължение, **(2)** това задължение само подчертава подзаконовия характер на практиката и обвързаността от законовата рамка и в този смисъл **(3)** възпри

⁶⁴ Пак там, с. 31-32. Срвн. с идеята на Ташев за фактическата валидност на правните принципи, които „притежават задължителност поради тяхното приемане в обществото“ – с. 33.

⁶⁵ Цит. съч.

емането на идеята, че съдебната практика е източник на правото няма да се намира в конфликт с принципа на законността, а ще бъде проекция на принципа на правовата държава. Струва ми се, че тенденциите за все по-широко прилагане на източници от прецедентен тип като решенията на СЕС и ЕСПЧ, засилването на усилията на българските съдилища за дискреционно прилагане не на обвързващи принципи, включително и в корекция на законовите норми, както и цялостната реевропеизация на българска юридическа практика и доктрина, рано или късно ще доведат и българските юристи не само до една реалистична оценка за ролята на съдебната практика в правната ни система, но и до използването на потенциала на тази роля за подобряването на функционирането на тази правна система.

Задължението за правилно и еднообразно тълкуване на правото е основен постулат на правовата държава. Липсата на обосновани и трайно следвани подходи към тълкуването би направило невъзможно постигането от формалната правова държава на идеала ѝ за регулиране чрез достъпни, ясни и стабилни стандарти, позволяващи на правните адресати рационален избор в полза на правосъобразното поведение. Виждаме това разбиране, отразено в правомощието на върховните съдилища за контрол върху тълкуването, давано на законите. Чл. 124 и чл. 125 от Конституцията на Република България (КРБ) говорят за „точно и еднакво прилагане на законите“, вменено в задължение за всички съдилища и намиращо се под надзора на ВКС и Върховния админи

стративен съд (ВАС). Може дори да се говори за цялостна национална традиция в този смисъл. Според чл. 47 на Закона за устройството на съдилищата (ЗУС) от 1899 г. ВКС „се произнася и по въпроси, които на практика подигат съмнение и се решават не еднакво от съдилищата“. Тези му тълкувания подлежат на обнародване „за сведение и ръководство на съдилищата“. Подобна е уредбата и в ЗУС от 1934. Уредбата за издаване на задължителни тълкувателни актове от върховния съд е продължена и по време на социалистическия

режим и в отменения ЗСВ от 1994 г.

Представената по-горе естествена връзка между правоприлагане и тълкуване определя наличието на еднообразно и правилно тълкуване като първо степенна предпоставка за цитирания конституционен стандарт на правоприлагането (аргумент а *contrario* от чл. 124, ал. 1 от действащия ЗСВ). След като върховните съдилища следят за точното и еднаквото прилагане на законите, а неговата липса се счита за нежелателно явление, което подлежи на преодоляване чрез даването на задължителни тълкувания, то става ясно, че всеки съд има задължение да прилага законите точно и еднакво – спрямо собствената си практика и спрямо практиката на останалите съдилища. Условие за това е придържането към единно и правилно тълкуване, чието следване също се явява задължение на всеки съд в правовата държава. Следователно всеки български съд има задължението да дава правилни тълкувания на приложимия

48

закон, и да следва по-рано дадените такива, изработвайки и сам следвайки цялостен стандарт за последователност в съдебната практика. Тази последователност се изразява в **две нива на зачитане** – **(1)** зачитане на нормативните актове, обвързващи както за гражданите, така и за съда и **(2)** зачитане на разбиранията, изложени в предходни съдебни актове, доколкото същите – ако не са били отменени по реда на инстанционния контрол, представляват по презумпция правилни тълкувания на закона⁶⁶. В допълнение може да се твърди, че същата идея за следването на единен тълкувателен подход е намерила отглас и в чл. 280, ал. 1, т. 1 *in fi ne* ГПК. За съдилищата, разглеждащи граждански спорове, съществува задължение за съобразяване освен със „задължителната практика на Върховния касационен съд и Върховния съд в тълкувателни решения и постановления“ така и с останалата практиката на Върховния касационен съд, тоест с тази по конкретни спорове. С изискването си в практиката на съдилищата да не се допуска противоречиво и неправилно тълкуване на закона чл. 124 ЗСВ имплицитно установява задължение за всеки съд **(1)** да прилага закона според наложилото се в практиката правилно тълкуване или **(2)** ако евентуално счете това тълкуване за неправилно, като се обоснове, да предложи свое правилно тълкуване, създавайки основание въпросът да се разгледа чрез процедурите на инстанционния контрол и/или на приемането на тълкувателно решение.

Въпросното изискване за създаване на правилна съдебна практика и зачитане на правилната съдебна практика може и на по-силно основание да бъде изведено не само от чл. 124 ЗСВ, но и на базата на **конституционния принцип на правовата държава**. Съдилищата възприемат определени тълкувателни позиции, чрез които конкретизират правилата на по-общите законови норми. В тези си дейности те са длъжни да бъдат **последователни** в съответствие с изискванията на правовата държава за справедливост и предвидимост

на правосъдието. Тук имам предвид, че **справедливостта** на своето базово ниво изисква равно третиране⁶⁷ – в различните случаи да се съди според *еднакви* норми, а не според *ad hoc* създавани тълкувателни „стандарти“. На свой ред **предвидимостта** изисква адресатите на правото да могат да прогнозира и съобразят в своето поведение възможните действия на съдилищата. Кога то проф. Таджер през 1972 г. пише, че „[к]олкото съдебната практика и да е трайна, няма формално-правни пречки тя да се мени. Съдилищата могат да

⁶⁶ В случая става въпрос не за юридическа презумпция в тесния смисъл, която да има доказателствена функция и да бъде обяснявана чрез съответните постановки на общата теория на правото, а за методологическа презумпция – част от традиционната логика на това, как юристите интерпретират правните текстове.

⁶⁷ Според Ж. Сталев (цит. статия, раздел V.4) липсата на единно тълкуване ще е „не съвместима и с равенството на правните субекти пред закона,... [който] трябва да има един и същи смисъл спрямо всички“.

49

изоставят едно тълкуване и да възприемат друго“, това е вярно при действието на социалистическата правна система. При действието – и в контекста на постепенното развитие в практиката на Конституционния съд, на принципа на правовата държава след 1991 г. следва на въпроса за задължението на съдиите да създават единна, трайна и предвидима практика, да се отговори утвърдително⁶⁸. Нейното постепенно изменение е възможно, ако една промяна в обществените отношения и нуждата от съблюдаването на основополагащи принципи следва да бъде отчетена с предимство пред формалното изискване за последователност в практиката. В този случай промяната трябва да бъде надлежно обоснована – преди всичко в аргументацията на върховните съдиите или на Конституционния съд, и да бъде вече зачитана от съдилищата като цяло.

Така намираме нормативното основание – както конституционно, така и законово, задължаващо съдилищата да прилагат закона по правилен и безпротиворечив начин, отчитайки предходните правоприложни подходи, изработени в съдебната практика. В перспектива една подобна логика може да бъде използвана и за изричното признаване от доктрината и практиката на съдебната практика по конкретни спорове за правен източник. Чрез тази юридическа техника не получаваме критикуваното „овластяване“ съдилищата да създават „нови“ норми, а по-скоро разработваме измеренията на „обвързването“ на самите съдилища. Тяхната подчиненост на принципа на законността не е ни най-малко накърнена. Напротив, „[с]ъздадената поради неточно тълкуване

⁶⁸ Принципът на правната сигурност се разглежда в правната доктрина като общ принцип на правото, приложим във всички правни отрасли. Той е проявление на формалната

страна на принципа за правовата държава (вж. например Решение № 8 от 27.06.2017 г. к. д. № 1/2017 г., Решение № 3 от 28.04.2020 г. по к. д. № 5/2019 г.) и изисква „стабилност на обществените отношения и предвидимост на правните последици от различните юридически факти“ (Решение № 105 от 20.09.2018 г. по гр. д. № 2778 / 2017 г. на Върховен касационен съд, 4-то гр. отделение). Изискването на принципа на правовата държава за последователност и предвидимост е разработено от Конституционния съд главно по отношение на законодателя и стандартите при приемането на законодателството (вж. например Решение № 9 от 05.12.2019 г. по к. д. № 8/2019 г.), но този фокус се дължи по-скоро на специфичния предмет на контрол, свойствен за решенията на Конституционния съд (КС). По-широкото изискване за законосъобразно и предвидимо държавно управление, подчинено на идеята за правната сигурност е изрично изведено в практиката на съда (вж. Решение № 3 от 23.02.2017 г. по к. д. № 11/2016 г.). Едва ли може да се твърди, че разработеният стандарт за предвидимост важи само по отношение на законодателната и изпълнителната, но не и по отношение на съдебната власт. Идеята, че трябва в една „държава на правната сигурност... съдържанието на правния ред [да] е ясно, недвусмислено и безпротиворечиво определено“ (Решение № 3 от 28.04.2020 г. по к. д. № 5/2019 г.), следва да включи в себе си и разбирането, че правоприложните подходи в съдебната практика следва да са безпротиворечиви, а оттам – предвидими и гарантиращи спазването на законността посредством прилагането на законовите норми чрез общи и трайни тълкувателни стандарти.

50

съдебна практика [е тази, която] води до нарушаване на прокламирания в чл. 5 ГПК принцип за законност⁶⁹.

Понеже са длъжни да прилагат именно по-общите законови норми по правилен и еднообразен начин, **съдилищата имат нормативно задължение да зачитат и прилагат в собствената си практика правилата, извеждани по тълкувателен път по предходните дела.** Това разбиране може да стане ключ към идеята за справедливо и надеждно прилагане на закона в правовата държава и да бъде основа за насоки в начина, по който съдилищата трябва да изследват, обсъждат и евентуално критикуват и развиват досегашната съдебна практика.

§ 8. Заключение

С оглед изложеното следва, че между законодателната дейност и право прилагането като създаване на все по-конкретни правила за поведение съществува преди всичко методологическа разлика. Законодателят създава норми въз основа на политически съображения в широкото поле на възможности за действие, предоставени му от конституцията, обвързващите страната международни договор и актове на правото на Европейския съюз. Съдията напротив регулира конкретния случай, но за целта често трябва да формулира едно по-конкретно правило – проявление на общото правило на закона, който му служи като рамка. Правилата – били те общи или конкретни, обвързват не само своите адресати, но и органите, които ги

създават. Законът обвързва и самата държава. Съдебните решения обвързват съдиите включително в частта си, в която се дава тълкувание на правото. Тези мотиви в перспектива следва или да бъдат зачитани или напротив – да се търсят доводи за тяхното изрично отхвърляне и въвеждането на ново, „по-правилно“ тълкуване на приложимия закон, което да се превърне в трайна практика.

Трудно ми е да предполагам, доколко настоящият текст ще бъде убедителен за читателя, но – независимо от неговите слабости и от евентуалните му силни страни, той ще срещне един редовен упрек. „Превърнали сме се в прецедентна правна система, законът няма значение“ – подобна реторическа позиция често може да се чуе в юридическите среди. Доколкото обаче научният текст се базира на съдържание, а не на емоционално въздействие, става полезно – като заключение на изложеното, да споменем съотношението между съдебната практика и правния прецедент. В прецедентното право обвързващ характер се приписва на всяко отделно взето съдебно решение, докато в континенталното правно мислене характер на източник на правото придобива натрупването на сходни решения. Ключов характер за Common Law е при

⁶⁹ Тълкувателно решение № 1 от 19.02.2010 г. на ВКС по тълк. д. № 1/2009 г., ОСГТК.

добило разграничаването между *ratio decidendi* и *obiter dictum*, тоест между обвързващата и необвързващата част от мотивите на едно съдебно решение. Докато първата – *ratio decidendi*, представлява „общо правно положение, което съдията декларира в решението си“, противопоставяно на „казаното между другото“ (*obiter dictum*) и съответно по необвързващ за бъдещите съдебни произнасяния начин⁷⁰. Това разграничаване е важно, защото в континенталното право – напротив, интересът ни като към източник на правото се съсредоточава в съображенията на съда по отношение на правото в тяхната цялост. На следващо място, доктрината, според която прецедентният съдия „декларира“ един предходен, обвързващ по-общ принцип става възможна в контекста на цели сфери на регулирането, уреждани основно по прецедентен, а не по законодателен път. Така, американското деликтно право или основни престъпления в английското наказателно право, традиционно се развиват именно по прецедентен път, а не в рамките на взаимодействащ със съдебната практика законодателен процес. Напротив, в тук прилаганото континентално правно мислене нормативното основание на даваното съдебно разрешение се открива в определено законово правило, а неговото конкретизиращо приложение е процес на интерпретация на нормативни актове. Дори призната за източник на правото, съдебната практика има подзаконов характер. Континенталната съдебна дейност в резултат е в значителна степен, ориентирана към прилагането на текстове, създавани по законодателен път и даващи по-конкретна

регулация в сравнение с принципите, прилагани в рамките на прецедентната съдебна дейност и изискващи от съдиите създаването на мащабни доктрини за значението на един или друг институт. Разграничаването по линията на степента на конкретност на нормативните стандартни има по-скоро формален и количествен, а не съдържателен и качествен характер. Това е отчетливо ви дно в дейността на европейските конституционни съдии, които – изправени пред необходимостта да прилагат възможно най-абстрактните предписания на основния закон, до голяма степен функционират по начин, сходен с този на своите прецедентни колеги.

Логиката на прецедентното право се базира на разбирането, че „въпросите днес трябва да бъдат решавани по същия начин, както са били решавани вчера само защото са били решавани по този начин вчера“⁷⁰. Напротив, континенталната логика се базира на обвързващата сила на закона като политически инструмент в една динамична система от предписания, на задължението за неговото **правилно прилагане** и едва на последно място, като проекция на идеята за правилността – за неговото **еднакво прилагане**.

В този пункт док трината за прецедента и за зачитането на предходната съдебна практика нами

⁷⁰ **Paton**, George Whitecross. A Text-book of Jurisprudence. Third ed., edited by D. P. Derham. Oxford: Clarendon Press, 1964, p. 179-180.

⁷¹ Ibid, p. 181.

52

рат своята пресечна точка. Ако все пак обаче българският съдия предпочете да не следва трайната практика, а да реши делото въз основа на алтернативно тълкуване, евентуалната отмяна на неговото решение би била обоснована от по-горната инстанция с **несъответствие със закона**, разбран в светлината на тази трайна практика.

Като извод от настоящото изследване – следвайки методологичното предписание на Рос, все пак не бихме могли да дадем категоричната формулировка, че съдебната практика е източник на правото у нас, доколкото все още липсва ясна конвенция в този смисъл в българската практика и доктрина. Използвана като източник, тя може и да бъде призната за такъв – в закона, в доктрината, в практика на върховните съдилища, но този етап в момента изглежда по-скоро далечен. Настоящият текст само предлага една от възможните логики на такова признаване. Още днес обаче е ясно, че съдилищата в правовата държава трябва да изработват единни подходи в тълкуването на правото и да се придържат към вече заявените по-рано тълкувателни позиции. Привличането на правнореалистични аргументи цели да заостри вниманието върху този процес.

ЛИТЕРАТУРА

- Василев**, Любен. Гражданско право. Обща част. [1956]. Нова редакция на Ч. Големи нов. Варна, 1993.
- Вълчев**, Даниел. Лекции по Обща теория на правото. Ч. 1. София: Сиела, 2016.
- Ганев**, Венелин. Извори на правото, тълкувание и приложение. *Юридически архив*, 1934, год. V, кн. 3.
- Гоцев**, Васил. Договорна и деликтна отговорност – сравнение и конкуренция. София: Наука и изкуство, 1979.
- Гройсман**, Симеон. Право и власт. От неограничената държава до постмодерното върховенство на правата. VI. Основната норма като проекция на властнически отношения. § 26. Основите на Келзеновата теория. София: Сиела, 2020.
- Гройсман**, Симеон. Право и морал. § 73. Правилото за разпознаване като социална конвенция: усъвършенстването на теорията на Харт от Колман и Мармор. София: Сиела, 2017.
- Джеров**, Александър. Гражданско право. Обща част. 3. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2012.
- Диков**, Любен. Курс по българско гражданско право. Т. I. Обща част. София: Печ. П. К. Овчаров, 1940.
- Колев**, Тенчо. Теория на правото. София: Сиела, 2015.
- Курант**, Рихард, Герберт **Роббинс**. Что такое математика? Элементарный очерк идей и методов. Пер. с англ. под ред. А. Н. Колмогорова. Москва: МЦНМО, 2000 [1947].
- Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. София: Софи-Р, 2002. **Рачев**, Филип. Гражданско право. София: Унив. изд. Стопанство, 2003.

53

- Русчев**, Иван. Нормативните актове – източник на частното право. София: Албатрос, 2008.
- Сталев**, Живко. Нормативната сила на фактическото. София: Унив. изд. „Св. Кл. Охридски“, 1997.
- Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Д. I, София: Наука и изкуство, 1972.
- Ташев**, Росен. Към понятието за правен принцип. – *Съвременно право*, 2001, № 6.
- Ташев**, Росен. Обща теория на правото: Основни правни понятия, 4. прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2010, с. 114.
- Фаденхехт**, Йосиф. Българско гражданско право. Обща част. Отдел I: Обективно право. София: Печ. на Армейския военно-издателски фонд, 1929.
- Dworkin**, Ronald. Justice for Hedgehogs. The Belknap Press, 2011.
- Hart**, Herbert. The Concept of Law. 2nd ed. (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz). New York: Oxford University Press, 1994. **Kelsen**, Hans. Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Aufl age 1960, unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzung ins Italienische 1966, herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck; Wien: Verlag Österreich,

2017.

Kelsen, Hans. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode: Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911.

Matthiessen, Christian, Kazuhiro **Teruya**, Marvin **Lam**. Key Terms in Systemic Functional Linguistics, Continuum, 2010.

Olivecrona, Karl. Law as Fact. Copenhagen: Einar Munksgaard; London: Humphrey Milford, 1939. Reprinted: London, Wildy & Sons, 1962.

Paton, George Whitecross. A Text-book of Jurisprudence. Third ed., edited by D. P. Derham. Oxford: Clarendon Press, 1964.

Rada, Ray Hypertext: from Text to Expertext, ch. 3, Online access:
<https://userpages.umbc.edu/~rada/cv/pubs/hypertextbook/>

Rüthers, Bernd, Christian **Fischer**, Axel **Birk**. Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. überarbeitete Auflage, München: C. H. Beck, 2018.

Дадена в Катедра „Теория и история на държавата и правото“ – май 2021
г. Рецензенти – проф. д-р Тенчо Колев
доц. д-р Мартин Белов