

Г О Д И Ш Н И К
НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ
„СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“

Юридически факултет

A N N U A L
OF SOFIA UNIVERSITY
“ST. KLIMENT OHRIDSKI”

Faculty of Law

Том/Volume 86

УНИВЕРСИТЕТСКО ИЗДАТЕЛСТВО „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ST. KLIMENT OHRIDSKI UNIVERSITY PRESS
СОФИЯ • 2019 • SOFIA

РЕДАКЦИОННА КОЛЕГИЯ

Проф. д-р Сашо Пенев (Главен редактор)

Проф. д-р Цветан Сивков

Проф. д-р Анелия Мингова

Проф. д-р Пламен Панайотов

Проф. д-р Даниел Вълчев

Проф. д-р Пламен Киров

Доц. д-р Нина Гевренова

Доц. д-р Боряна Мусева

Явор Михайлов

© Софийски университет „Св. Климент Охридски“

Юридически факултет

2019

ISSN 0081-1866

СЪДЪРЖАНИЕ

Емилия Панайотова. Понятието изпълнителна дейност във функционален аспект по АПК	5
Маргарита Чинова и Боян Бележков. Необходимите мерки за транспонирането на Директива (ЕС) 2016/800 на Европейския Парламент и Съвета от 11 май 2016 година относно процесуалните гаранции за децата, които са заподозрени или обвиняеми в рамките на наказателното производство.	41
Екатерина Матеева. Към учението за правните семейства в съвременността през призмата на частното право	78
Иван Русчев. За разграничението между частното и публичното право при определяне мястото на гражданското право като частноправен отрасъл . . .	149
Павел Сарафов. Особености при наследяването на вещни права.	184
Камелия Цолова. Някои въпроси във връзка с признанието на обективно съединени искове	195
Росен Карадимов. Понятието публично съобщаване в авторското право	226
Венцислав Л. Петров. Относно същността на негаторния иск като вид петиторен иск и необходимостта от вписването му	257
Димитър Стоянов. Сравнителноправен поглед върху действието на уговорката за непрехвърлимост на вземането.	268
Георги В. Георгиев. За състава на заложеното търговско предприятие	295
Нина Гевренова. Клаузата за изпитване – постулати, проблеми и реалност	325
Емил Мингов. Поглед в бъдещето на работната сила в епохата на цифровата икономика	357
Цвета Попова. За някои особености на нетравматичното увреждане като елемент от фактическия състав на трудовата злополука	366
Боряна Мусева. Взаимодействие или противодействие между правото на ЕС и българското вътрешно право при прилагането на Регламент „Брюксел IА“? . .	389
Атанас Семов. Определяне на приложното поле на правото на ЕС	411
Марията Рабохчийска. Международната правосубектност на Европейския съюз	450
Иван Стойнев. Ограничаване правомощията на Европейската комисия и националните органи по конкуренция за прилагане на европейските антитръстови забрани в светлината на защитата на основните права и свободи в ЕС.	477
Мира Кънева. Държава, територия и граници през призмата на политическия реализъм	512
Иво Цеков. Допълнителни функции на ядреното съдържане в условията на съвременната среда за сигурност.	541

CONTENTS

Emiliya Panayotova. On the Term ‘Executive Activity’ in Functional Aspect Under the APC	5
Margarita Chinova and Boyan Belezhev. The Necessary Transposition Measures for Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on Procedural Safeguards for Children who are Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings	41
Ekaterina Mateeva. On the Theory of Legal Families in the Contemporary World from a Civil Law Perspective	78
Ivan Rushev. On the Distinction among Public and Private Law in Determining the Status of Civil Law as a Branch of Private Law.	149
Pavel Sarafov. Specifics Regarding Inheritance of Property Rights	184
Kameliya Tsoleva. Some Issues on Acknowledgement of Claim in Case of Joined Claims	195
Rosen Karadimov. PT of Communication to the Public in Copyright	226
Vencislav L. Petrov. About the Nature of Actio Negatoria and the Necessity of its Registration.	257
Dimitar Stoyanov. A Glimpse Upon Anti-Assignment Clauses from the Perspective of Comparative Law	268
Georgi V. Georgiev. Over the Content of the Charged Commercial Enterprise	295
Nina Gevrenova. Probation Period Clause in the Employment Contract: Myths, Problems and Reality.	325
Emil Mingov. The Future of the Workforce in the Digital Economy Era	357
Tsveta Popova. On Issues Concerning the Non Traumatic as an Factual Aspect of the Accident at Work	366
Boriana Musseva. Action and Reaction Between EU Law and Bulgarian Law in the Application of Brussels I Recast Regulation	389
Atanas Semov. Defining the Field of Application of the EU Law	411
Marieta Rabochiyska. The International Legal Personality of the European Union ...	450
Ivan Stoynev. Restricting the Powers of the European Commission and National Competition Authorities to Enforce European Antitrust Prohibitions in the Light of the Protection of Fundamental Rights and Freedoms in the EU	477
Mira Kaneva. State, Territory and Borders Through the Prism of Political Realism ...	512
Ivo Tsekov. Additional Functions of Nuclear Deterrence in the Modern Security Environment	541

ЗА ПОНЯТИЕТО ИЗПЪЛНИТЕЛНА ДЕЙНОСТ ВЪВ ФУНКЦИОНАЛЕН АСПЕКТ ПО АПК

ЕМИЛИЯ ПАНАЙОТОВА*

Катедра „Административноправни науки“

Резюме: В студията изясняването на същността на изпълнителната дейност по Административнопроцесуалния кодекс (АПК) има за своя основа разкриване съдържанието на термина „изпълнителна дейност“ и на сходните му термини; обосноваване на разликата, която трябва да се прави между форми на изпълнителна дейност и форми на дейност на административните органи; анализ на всяка от формите на изпълнителна дейност. По-важните изводи от значение за теорията и за практиката, до които се достига, са: подзаконовите нормативни актове не се изчерпват с нормативните административни актове; следва да се преосмисли както легалната дефиниция за административен договор по АПК, така и необходимостта от създаване на обща правна уредба за този правен институт в АПК, а също да се прецени от гледна точка на ефективност и уредбата на споразумението по чл. 20 АПК; значителна част от регистърните производства регламентират извършване на изпълнителна дейност под формата на административни услуги; има редица хипотези на материално-техническа дейност на административните органи, която по своите характеристики е изпълнителна.

Ключови думи: форми на изпълнителна дейност, административен договор, нормативни административни актове, регистърни производства, материално-техническа дейност, административни услуги.

* Професор по административно право и административен процес в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

ON THE TERM 'EXECUTIVE ACTIVITY' IN FUNCTIONAL ASPECT UNDER THE APC

EMILIYA PANAYOTOVA*

Department of Administrative Law Studies

Abstract: In this study, the exploration of the essence of executive activity under the Administrative Procedure Code (APC) is based on revealing the content of the term 'executive activity' and the terms similar thereto; argumentation for the distinction that must be drawn between the forms of executive activity and the forms of activity of administrative bodies; analysis of each form of executive activity. Those most important conclusions relevant to the theory and practice which have been drawn are: the acts of subordinate legislation do not consist of administrative regulatory acts only; reconsideration should be done of both the legal definition of an administrative contract under the APC and the need for establishing a general legal framework for this legal institute in the APC; and the regulation of the settlement under Art. 20 APC should be assessed from the viewpoint of its efficiency; a great part of the registry proceedings regulate the performance of executive activity in the form of administrative services; there are a number of hypotheses regarding the administrative bodies' material and technical activity which is an executive one in view of its characteristics.

Key words: forms of executive activity, administrative contract, administrative regulatory acts, registry proceedings, material and technical activity, administrative services.

Интересът към изпълнителната дейност във функционален аспект е породен от липсата на яснота за същността ѝ както в доктрината, така и в съдебната практика. Доказателство за това е разглеждането на формите на дейност на административните органи и формите на изпълнителната им дейност като синоними; отричане на изпълнителния характер на съответната дейност само защото тя се извършва от субекти, които организационно не са част от системата на органите на изпълнителната власт; поставянето на знак на равенство между подзаконовни нормативни актове и нормативни административни актове и др. Изясняването на посочената проблематика има за своя основа Административнопроцесуалния кодекс (АПК), тъй като той кодифицира, макар и не изцяло нормативната база на административния процес.

1. Терминът „изпълнителна дейност“ и сходните му термини

Има многообразие от термини, които се използват за обозначаване на изпълнителната дейност: „държавно управление“, „административна дейност“, „изпълнително-разпоредителна дейност“, „дейност на администрацията“.

* Professor of Administrative Law and Administrative Procedure at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

1.1. Терминът „държавно управление“.

Терминът „държавно управление“ се използва за обозначаване на понятието „държавно управление“ в тесен и в широк смисъл.

С употребата му в широк смисъл се има предвид осъществяването на трите основни функции – законодателна, изпълнителна и съдебна, които образуват съдържателното ядро на държавната власт. Поради това, неговият обхват е по-широк в сравнение с този на понятието изпълнителна дейност.

В своя тесен смисъл (държавно управление в собствен смисъл на думата) терминът визира реализирането на изпълнителната функция от органите на изпълнителната власт. Следва да се подчертае, че понятието „изпълнителна дейност“ не е синоним на „държавно управление“ в тесен смисъл. И това е така, защото изпълнителна дейност се осъществява не само от органите на изпълнителната власт¹.

1.2. Терминът „административна дейност“.

Дейността по управление на/в социалните единици и общности често се обозначава с термина „административна“ дейност. При осъществяването ѝ се проявяват управленски функции, основните от които са ръководство, организация и контрол. Ръководството е дейност, чието съдържание се изразява в даване на задължителни указания. Организирането се осъществява чрез съгласуване (координация) на дейността на няколко субекта за постигане на определен резултат. Контролът е дейност, която има за цел да установи съответствието между фактическото и предписаното положение.

Предвид казаното е очевидно, че понятието административна дейност обхваща упражняването на каквито и да е управленски функции, а не само такива, от името и за сметка на държавата.

¹ Орган на изпълнителната власт (орган на държавно управление в тесен смисъл) е орган, който структурно и функционално е част от системата на изпълнителната власт. АПК също държи сметка за този факт, защото използва друг термин за субектите, които извършват изпълнителна дейност – административни органи. В § 1, т. 1 ДР АПК е дадена *легална* дефиниция на понятието „административен орган“ по смисъла на кодекса: „Орган, който принадлежи към системата на изпълнителната власт, както и всеки носител на административни правомощия, овластен въз основа на *закон*.“ С изменението на АПК от 18.09.2018 г. в тази разпоредба са добавени още два субекта: лицата, осъществяващи публични функции и организациите, предоставящи обществени услуги. Включването им в дефиницията обаче е излишно, защото те са обхванати в нея чрез израза „всеки носител на административни правомощия“. Тоест добавката в текста няма никакво практическо значение, и новата редакция на понятието е непрецизна.

1.3. Терминът „изпълнително-разпоредителна дейност“.

Изпълнително-разпоредителната дейност е властническа управленска дейност. Това е управленска, юридическа дейност, която се развива от името и за сметка на държавата. Изпълнителната дейност като властническа дейност притежава общи и за другите два вида публичноправни дейности (нормотворческа и правораздавателна) характеристики²: а) поне една от страните в правоотношението е носител на публична власт и упражнява тази власт; б) държавната воля се налага едностранно.

Обособяването на публичноправните дейности се извършва основно на базата на съдържанието на правомощията³. „Изпълнителна“ е всяка дейност, извършвана в изпълнение на функциите по *управление* на различни сфери от обществения живот чрез упражняване на административни правомощия. В зависимост от вида на административните правомощия се обособяват и отделните видове/форми на изпълнителна дейност.

Терминът „изпълнително-разпоредителна дейност“ акцентира на двете най-важни характеристики на тази властническа дейност – изпълнение и разпореждане.

От една страна, изпълнително-разпоредителната дейност има подзаконов, вторичен характер, независимо от формата, в която се осъществява. Развива се въз основа, в изпълнение и в рамките на закона. Недопустимо е каквото и да е противоречие, незачитане или заобикаляне на закона, или излизане извън рамката му при нейното осъществяване. Оттук следва оборимата презумпция, че тази дейност не може да е незаконна. Специфично за изпълнително-разпоредителната дейност е, че при нея принудителното изпълнение е пряко – не е необходимо нито съд, нито друг орган предварително да установява валидността на властническото волеизявление⁴.

От друга страна, разпоредителният елемент на изпълнителната дейност има няколко проявления. Първото проявление се изразява във възможността

² От теоретична гледна точка функциите на държавата са идентични с основните функции на правото. Независимо колко приемаме че са властите, и как ги наричаме, основните функции на държавата винаги остават създаване на правото и прилагане на правото, в частност и защита на правните норми. Вж. **Вълчев**, Даниел. Валидност и легитимност в правото. София: Сиела, 2013, с. 210.

³ Критерият вид на правните норми, които уреждат дейността, е несъстоятелен и това е особено видно при административното правораздаване. Макар и уредено с административноправни норми, то е правораздавателна, а не административна дейност.

⁴ Така ненормативният административен акт подлежи на изпълнение без да е необходимо нещо друго освен него самия, той сам по себе си е изпълнителен титул. Според П. Стайнов презумпцията за законосъобразност на административния акт обуславя неговото пряко изпълнение – т. нар. пряка акция, т. е. без намесата на съда. Административният акт се ползва с изпълнителна сила по закон. Вж. **Стайнов**, Петко. Административно правосъдие. София: БАН, 1993, с. 34.

за конкретизиране на закона, за да стане изпълним, чрез издаване на административни актове – нормативни и ненормативни. Второто проявление се изразява в предоставяне на свобода на преценка (оперативна самостоятелност) при осъществяването на различните форми на тази дейност – това е възможност за самостоятелна преценка дали, кога, как да се действа съобразно конкретната обстановка в рамките на закона.

За окачествяването на една дейност като „изпълнително-разпоредителна“ не е определящо единствено или главно обстоятелството, че осъществяващият я субект организационно е част от системата на изпълнителната власт, тъй като органи от системата на изпълнителната власт може да действат и като субекти на частното право, някои от тях може да осъществяват също и правораздавателна дейност. От основно значение е съдържанието на дейността, която осъществява съответният правен субект. В по-нататъшното изложение за краткост ще бъде използван терминът „изпълнителна“ дейност като синоним на изпълнително-разпоредителна дейност.

1.4. Терминът „дейност на администрацията“.

Администрацията обслужва, подпомага съответния орган на държавна власт при упражняване на компетентността му. Тя участва в подготовката, изпълнението или контрола върху издадени от него административни актове (АА). Дейността на служителите от администрацията, особено на тази част от тях, които не са държавни служители (служителите със спомагателни функции, както и тези с технически функции) в голямата си част се състои от действия, които имат материални и технически елементи. Класификаторът на длъжностите в администрацията възлага на част от администрацията – ръководните служители, да осъществяват функции по ръководство, което на практика означава възможност да издават и индивидуални АА⁵. Следователно, с оглед на предметното си съдържание понятието „дейност на администрацията“ не обхваща всички форми на изпълнителна дейност.

В обобщение следва да се подчертае, че понятието изпълнителна дейност се различава от понятията държавно управление, административна дейност и дейност на администрацията, но е идентично с понятието изпълнително-разпоредителна дейност.

2. Форми на дейност и форми на изпълнителна дейност на административните органи

Трябва да се прави разлика между форми на изпълнителната дейност и форми на дейност на административните органи. Само част от дейността,

⁵ Напр. главните секретари на ведомствата имат такива правомощия.

която извършват административните органи⁶, е с характеристиките на изпълнителна дейност.

Според предметното си съдържание формите на дейност на административните органи са: правотворческа, правозащитна, правоприложна, материално-техническа, договорноправна.

2.1. Правотворческа форма на дейност на административните органи.

Състои се в създаване на общи правни норми – издаване на нормативни актове (НА). При тази форма на дейност изискването тя да е подзаконова е отразено и в названието на издаваните от административните органи НА – подзаконови НА. Предвид непосредственото, оперативно управление, което административните органи осъществяват като извършват изпълнителна дейност, цел на нормотворческата им функция е да се намали абстрактността на закона по начин, че той да стане изпълняем.

2.1.1. Правила, на които почива съотношението закон – подзаконов нормативен акт.

Според Конституционния съд (КС) въпросът, дали законодателят може свободно да преценява кога даден въпрос да бъде уреден със закон или пък с подзаконов НА, трябва да се реши с оглед принципа за разделението на властите и принципа на правовата държава. Конституцията на Република България (КРБ) не предвижда изчерпателен каталог от въпроси, съставляващи изключителна сфера на законодателните правомощия на Народното събрание (НС)⁷. В конституционната система на Република България законодателната власт няма нормативно определен предмет, тоест НС може и фактически урежда разнообразна материя.

Но принципно изискване на правовата държава⁸ е *регулирането на определени категории обществени отношения да бъде резервирано само за законова уредба*. И това е така, защото в повечето от тези случаи става дума за организиране и ограничаване чрез закони на свободата на гражданите⁹. В тези случаи НС е длъжно да регулира съответните обществени отношения и не може да делегира на други държавни органи, включително и на такива от системата на изпълнителната власт, свои, установени в Конституцията правомощия¹⁰. Например в КРБ изрично е посочено, че със закон се определят:

⁶ За понятието „административен орган“ вж. **Панайотова**, Емилия. Основни принципи на изпълнителната дейност по АПК. София: Сиби, 2018, Глава първа, пар. II.

⁷ Вж. РКС № 5/2005 г. по к.д. № 10/2004 г.

⁸ Принципът на „правовата държава“ е установен в преамбюла и в чл. 4, ал.1 КРБ.

⁹ Вж. **Близнашки**, Георги. Принципи на парламентарното управление. 2. изд. София: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2007, с. 116.

¹⁰ Вж. РКС № 3/1996 г. по к.д. № 2/1996 г.; РКС № 6/1998 г. по к.д. № 4/1998 г.; РКС № 10/2003 г. по к.д. № 12/2003 г.; РКС № 4/2010 г. по к.д. № 1/2010 г.

административните актове, които гражданите и юридическите лица не могат да обжалват; условията, при които държавните служители се назначават и освобождават от длъжност и могат да членуват в политически партии и синдикални организации, както и да упражняват правото си на стачка; условията и реда за даване на убежище; режимът на обектите на държавната и общинската собственост; редът за образуване и прекратяване на политически партии, както и условията за тяхната дейност и др.¹¹

Когато в Конституцията липсва изрично посочване, че съответната материя трябва да се уреди със закон, НС също не е свободно по свое усмотрение да преценява дали съответните обществени отношения трябва да се уредят със закон и какви да бъдат рамките на регламентацията. Когато прави такава преценка парламентът ще трябва да се съобразява отново със същите два основни принципа на Конституцията – принципът за разделението на властите и принципът за правовата държава. КРБ не предвижда възможност министерският съвет (МС) да създава правни норми със законов ранг – дори с временен характер, дори при извънредни обстоятелства и под контрола на НС и на съдебната власт. Тоест действащото българско право не съдържа института на делегираното законодателство¹². Прехвърлянето на законодателна власт чрез издаване на актове със силата на закон от друг орган би означавало нарушаване на баланса между властите. Принципът за разделението на властите не само не допуска волята на законодателния орган да бъде променяна и подменяна по пътя на издаване на подзаконови НА. Конституцията изрично отрича на изпълнителната власт да законодателства¹³.

Конституцията отхвърля делегираното законодателство, както и правото на конституционно установените държавни органи сами да се отказват от предоставената им компетентност. НС е длъжно да осъществява законодателната власт и затова не може да делегира на други държавни органи правомощия да уреждат по същество въпросите, които се отнасят до закона. Необходимо е законът да зададе параметрите на обществените отношения, до които той се отнася, и свързаните с тях правни институти, както и да очертае тяхното основно съдържание. Не е допустимо подзаконов НА да определя смисъла и съдържанието на споменати в закона понятия или пък когато трябва да се реши даден въпрос, основанието за решаването му да се търси в подзаконовия акт, а позоваването на закона да е без значение¹⁴.

Наред с казаното следва да се има предвид, че когато приема закони НС е обвързано от правилата на Закона за нормативните актове (ЗНА): със закон се

¹¹ Вж. чл. 120, ал. 2; чл. 116, ал. 2; чл. 106; чл. 27, ал. 3; чл. 17, ал. 4; чл. 11, ал. 3 КРБ.

¹² Вж. **Друмсева**, Емилия. Конституционно пров. 4. доп. и прераб. изд. София: Сиела, 2013, с. 476.

¹³ Вж. РКС № 12/1995 г. по к.д. № 15/1995 г.

¹⁴ Вж. РКС № 11/2010 г. по к.д. № 13/2010 г.

уреждат първично или въз основа на Конституцията обществени отношения, които се поддават на трайна уредба според предмета или субектите в един или няколко института на правото или техни подразделения. За уреждане на другите отношения по тази материя законът може да предвиди да се издаде подзаконов акт.

Това правило на чл. 3, ал. 2 ЗНА има две резерви, уредени в чл. 6, ал. 2 и чл. 8 ЗНА¹⁵, чиито разпоредби не са в противоречие с него. С постановленията на Министерски съвет (МС), с които съгласно чл. 6, ал. 2 ЗНА той урежда неуредени от законите обществени отношения в областта на неговата изпълнителна и разпоредителна дейност, е допустимо и целесъобразно¹⁶ на едно по-ниско, от гледна точка на ранг, равнище, при съобразяване с духа и целите на закона, без да му противоречат, да се уреждат само въпроси, които трябва да се решават оперативно, тъй като съответните обществени отношения се отличават с по-голяма динамика, тоест не се поддават на трайна уредба, и не изискват изрично законова регламентация (не спадат към изключителната компетентност на Народното събрание)¹⁷.

Уредбата на ниво закон трябва да е съобразена и с нормата на чл. 10 ЗНА, че обществени отношения от една и съща област се уреждат с един, а не с няколко нормативни акта от същата степен. Когато спадат към област, за която има издаден нормативен акт, се уреждат с негово допълнение или изменение, а не с отделен акт от същата степен.

2.1.2. Характеристика на подзаконовите нормативни актове.

С термина „подзаконов нормативен акт“ се обозначава родово понятие. Обща характеристика на всички подзаконови НА, е че се издават въз основа

¹⁵ С наредбите на общинските съвети по чл. 8 ЗНА се уреждат неуредени в НА от по-висока степен обществени отношения с местно значение. Анализът на актовете на органите на местно самоуправление е извън предмета на настоящия труд.

¹⁶ В хипотезата на чл. 6, ал. 2 ЗНА Министерският съвет разполага с възможност за преценка относно момента на издаване на постановлението. За оперативната самостоятелност относно съдържанието му следва да се отбележи, че МС не може с този вид постановления да урежда всички категории обществени отношения, а само тези, имащи отношение към изпълнително-разпоредителната дейност. Предвид подзаконовия им характер, уредбата трябва да е съобразена и да не противоречи на конституционните норми, както и да е в съответствие с принципните положения в съществуващата законово регламентирана материя. Вж. **Канатова-Бучкова**, Веселина. Нормативният административен акт. Асеновград: Екобелан, 2006, с. 23, 72, 76. Съдебната практика отива по-далече като приема, че нормативното съдържание на подзаконовия нормативен акт е следствие на една творческа по своя характер дейност, изискваща и възможност за самостоятелна преценка при създаване на правните правила за поведение. Вж. Решение № 8719/2008 г. по адм.д. № 6178/2008 г., VII отд. на ВАС.

¹⁷ Вж. РКС № 10/2003 г. по к.д. № 12/2003 г., също и **Русчев**, Иван. Нормативните актове – източник на частното право. 2. изд. София: Албатрос, 2010, с. 160, 163, 171.

и в изпълнение на законите¹⁸. Това означава на първо място, че подзаконовият нормативния акт урежда само материя, за която е предвидено той да бъде издаден¹⁹. На второ място означава, че трябва да се спазва принципът за прилагане на нормативния акт от по-висока степен – щом актът се издава въз основа на закона, то не трябва да му противоречи – следва да го конкретизира, доразвива, а не да го дописва или променя²⁰. И на трето място следва да се има предвид, че подзаконовият нормативен акт следва съдбата на акта, въз основа на който е издаден – актът по прилагане на закон губи изцяло или отчасти сила едновременно с пълното или частичното отменяване на закона съобразно обсега на отменяването. Новият закон може да разпoredи да останат временно в сила всички или някои разпоредби на акта по прилагане на отменения закон, ако те са съвместими с разпоредбите на новия закон²¹.

Понятията „подзаконов нормативен акт“ и „нормативен административен акт“ не са синоними. Подзаконовите нормативни актове не се изчерпват с нормативните административни актове. Има подзаконови нормативни актове, които регулират частноправни отношения²². Някои от тях се издават от органи на изпълнителната власт. Например с § 121 от Кодекса на труда (КТ) е предоставена на МС обща законова делегация да издава подзаконови нормативни актове по прилагането на КТ. За случаите, когато тази делегация е приложима, съответните НА трябва да са издадени при спазване на реда, предвиден в КТ²³ и със съдържание по дух, цели и принципи на правната закрила на труда²⁴. В сферата на трудовото право, освен МС компетентни да издават подзаконови нормативни актове са и министрите, по-специално ми-

¹⁸ Дейността на органите на изпълнителната власт е винаги подзаконова, основана и подчинена на закона, дори когато се касае за съвсем нови положения, които тепърва се създават при самото приложение на закона. Вж. **Стайнов**, Петко. Принос към учението за правилника и наредбата при републиканската конституция. *Год. СУ. Юрид. фак.*, 44, [1949–1950], 1950, с. 4.

¹⁹ Вж. чл. 12 ЗНА

²⁰ Вж. чл. 15, ал. 3 ЗНА. Вж. РКС № 14/1992 г. по к.д. №14/1992 г. В РКС № 5/1994 г. КС изрично посочва, че: „държавните органи, които са преки участници в законодателния процес, ... , са навсякъде строго определени. Тази определеност се налага от естеството на законодателната ... дейност. Само чрез конституционни норми могат да се определят преките участници в законодателния процес и не е необходимо да се излагат съображения в подкрепа на това разрешение, установено в чл. 86 и сл. от Конституцията.“

²¹ Вж. чл.13 ЗНА.

²² Вж. **Русчев**, Иван. Цит. съч., с. 162, 191.

²³ Например приемането на НА по отношение на въпросите на жизненото равнище се извършва в сътрудничество и след консултации с представителните организации на работниците и служителите, и на работодателите. Вж. чл.3, ал. 2 КТ

²⁴ Вж. **Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**. Коментар на Кодекса на труда. 11. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2013, с. 1210–1211.

нистърът на труда и социалната политика и министърът на здравеопазването, както и други министри, когато с ведомствени правилници и наредби уреждат специфични въпроси на трудовите правоотношения в съответното ведомство²⁵. Тези подзаконовни нормативни актове подлежат на общо основание на съдебния контрол, осъществяван от Върховния административен съд (ВАС) съгласно чл. 125 КРБ и чл. 191 АПК²⁶, но не са нормативни административни актове, защото не отговарят на предметния критерий за нормативен АА – да съдържат административноправни норми. На основание чл. 21, ал. 2 от Закона за местното самоуправление и местната администрация (ЗМСМА) общинските съвети приемат подзаконовни нормативни актове, с които може да уреждат и въпроси на трудовите правоотношения – например наредби за работното време на заведенията за комунално-битово обслужване на територията на общината.

*АПК допуска, че подзаконов нормативен акт може да бъде приеман в неноменклатурна форма*²⁷. Отчитайки това обстоятелство ВАС отбелязва, че характерът на един акт не следва автоматично от името му, а се определя от съдържанието му²⁸. Няма пречка подзаконовият нормативен акт да носи и други наименования, стига да притежава белезите на някой от посочените в чл. 7 ЗНА актове²⁹. Същевременно фактът, че актът е обнародван в Държавен вестник не е решаващ за определянето му като подзаконов нормативен акт³⁰, но е задължителен елемент от фактическия състав на издаване на НА.

Чл. 42 от Указа за прилагане на Закона за нормативните актове (УПЗНА) изисква овластяването за издаване на подзаконов нормативен акт по приложението на закон да е по силата на разпоредба, която изрично предвижда компетентност за уреждане на материята, уредена от закона³¹. В разпоредбата на закона, предоставяща нормотворческа компетентност, следва да е посочен

²⁵ Вж. Наредба № 2 от 1994 г. за реда за установяване задължение за дежурство или за разположение на работодателя; Наредба № 11 от 2005 г. за определяне на условията и реда за осигуряване на безплатна храна и/или добавки към нея; Наредба № 4 от 1993 г. за документите, които са необходими за сключване на трудов договор.

²⁶ Контролът за законосъобразност на подзаконовите НА в областта на трудовото право (независимо от това дали са приемани от държавни или недържавни органи) се осъществява от ВАС. Вж. **Средкова**, Красимира. Трудово право. Обща част. Лекции. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2010, с. 113.

²⁷ Вж. чл. 5, ал. 1 АПК.

²⁸ Вж. Решение № 8029/2010 г. по адм.д. № 34/2010 г., 5-членен състав на ВАС.

²⁹ Вж. РКС № 21/1995 г. по к.д. № 18/1995 г.

³⁰ Вж. Определение № 2548/2011 г. по адм.д. № 955/2011 г., 5-членен състав на ВАС. Така в Решение № 11010/2011 г. по адм.д. № 15453/2010 г., I отд. на ВАС съдът сочи, че част от обжалваните разпоредби на постановлението на Министерския съвет (ПМС) са с еднократно правно действие, а част са и с конкретно определени адресати.

³¹ Съгласно разпоредбата на чл. 2, ал. 1 ЗНА, подзаконовите нормативни актове може да се издават само от органи, предвидени от Конституцията или от закон.

видът на акта, който органът трябва да издаде по силата на овластяването, както и подлежащата на регламентация материя³².

С всеки закон ли може да се учредява нормотворческа компетентност³³ и на кои правни субекти тя може да се предоставя? КС е дал отговор на този въпрос в няколко свои решения.

Първо – в две свои решения по възможността Висшият съдебен съвет (ВСС) да упражнява подзаконова нормотворческа компетентност на основание възложените му от КРБ правомощия.

В Решение № 10/2011 г. при действието на чл. 130, ал. 6 от Конституцията³⁴, КС отбелязва, че: „... подзаконовите нормативни актове се издават от изпълнителната власт, за да може тя чрез тях да конкретизира законовите правила за нуждите на текущото държавно управление. ... с такова право не са овластени всички органи, защото това зависи от характера на дейност на органа, както и от степента и мястото му.“ В аргументите си по въпроса, с който е сезиран КС отбелязва, че: „правило в държава с парламентарна форма на управление е подзаконовите НА с действие върху цялата територия да се издават от централните органи на изпълнителната власт – МС или министрите. Конституцията е тази, която единствено може да овласти държавен орган с нормативна компетентност. ... Член 2 ЗНА допуска и възможността закон да овласти държавен орган да издава нормативни актове. *Той няма предвид всеки един закон, а закона, който специално се занимава с този въпрос, и това е Законът за нормативните актове.* Ето защо чл. 8 ЗНА овластява общинските съвети да издават наредби, а не Законът за местното самоуправление и местната администрация или друг закон. След като действа закон, в който е дадена уредба на въпросите на нормативната компетентност, препращането може да има предвид само него, а не въобще всеки един закон. Тълкуването, че всеки закон може да създава нормативна компетентност на даден орган, без това да е изрично посочено в Конституцията или в Закона за нормативните актове, *обезсмисля последните*“. С това решение КС приема, че висшия съдебен съвет (ВСС) не може да издава подзаконови НА.

В Решение № 9/2014 г. по к.д. № 3/2014 г. КС се отклонява от приетото с РКС № 10/11 г. Той застъпва становището, че: „... поначало Конституцията е тази, която може да овласти *държавен орган* с правомощието да издава норма-

³² Вж. Решение № 4367/2010 г. по адм.д. № 692/2010 г., 5 членен състав на ВАС; Решение № 13387/2012 г. по адм. д. № 9575/2012 г., 5 членен състав на ВАС.

³³ Снабдяването с нормотворческа компетентност трябва да се разграничава от конкретното възлагане на органа да упражни вече предоставена му нормотворческа власт в точно определена материя и с точно определен акт. Второто обикновено става със закон, който било изрично и конкретно предвижда приемането на подзаконовия нормативен акт, било общо овластява държавния орган да организира приложението на даден закон. Вж. Русчев, Иван. Цит.съч., с. 190.

³⁴ Тази разпоредба е отменена през 2015 г.

тивни актове, ако това е свързано с неговата функционална компетентност. В същото време допустимо е закон да предостави възможност за издаването на подзаконовни нормативни актове на орган, на който Конституцията предоставя функционална компетентност, от която произтича необходимостта от издаването на такива актове. На конституционно ниво подзаконовите нормативни актове не могат да бъдат общо определяни по органичен признак, което априори да изключва възможността НС да възлага подзаконовата уредба по прилагането на приет от него закон на държавен орган извън системата на изпълнителната власт. Основният закон на Република България не определя изчерпателно на кого принадлежи подзаконовата нормотворческа компетентност. Създавайки отделна уредба само за подзаконовите нормативни актове, които се издават от предвидените от него органи на изпълнителната власт – МС и министрите, не се изключва възможността подзаконова нормотворческа компетентност да бъде възлагана и на органи извън изпълнителната власт. При необходимост да се издават правилници и наредби, произтичащи от Закона за съдебната власт (ЗСВ), то това не може да бъде направено нито от Министерския съвет, нито от министъра на правосъдието. Техните НА не могат да се отнасят до материята за организацията и функционирането на съдебната власт поради възприетите в конституционната ни система принципи за разделение на властите и независимост на съдебната власт. Министърът на правосъдието в рамките на своята функционална компетентност може да издава подзаконовни нормативни актове, свързани със съдебната власт, но само ако с тях не се засяга нейната независимост, гарантирана от Конституцията“.

Второ – КС се е произнесъл по въпроса за прехвърлянето на държавни функции, включително и на такива по издаване на подзаконовни нормативни актове, на други правни субекти в няколко свои решения.³⁵

По принцип прехвърлянето на държавни функции на правни субекти, които не са държавни органи, не е в противоречие с Конституцията на Република България.

В мотивите на Решение № 10 от 1994 г. по к.д. № 4 от 1994 г. и Решение № 3 от 2000 г. по к.д. № 3 от 2000 г. Конституционният съд изрично се е произнесъл за прехвърлянето на държавни функции по отношение на юридически лица с нестопанска цел. По отношение на тези субекти то е конституционно допустимо в определени случаи и когато се извършва със закон. Когато е допустимо и се извършва със закон, трябва да се вземат предвид: характерът на правните субекти, на които се възлагат държавните функции и изискванията към тях; предназначението и обемът на самите държавни функции; дали и в каква степен самото прехвърляне е допустимо и обществено оправдано, подчинено, съответства или противоречи на демократичните ценности и прин-

³⁵ Вж. РКС № 10/1994 г. по к.д. № 4/1994 г.; РКС № 3/2000 г. по к.д. № 3/2000 г.; РКС № 5/2005 г. по к.д. № 10/2004 г.

ципи на КРБ ..., критериите за избор на организация, както и реда за реализиране на тази възможност.³⁶ „Законовата форма прави възможно атакуването пред Конституционния съд при евентуална противоконституционност. Това създава съществена гаранция за ненакърнимост на конституционно прогласените граждански права и свободи, а също така представлява гаранция срещу възлагането на държавни функции, които по дефиниция могат да бъдат упражнявани само от държавни органи.

В зависимост от отношението им към държавния суверенитет функциите на държавата може да се обособят в две групи. Първата от тях обхваща правомощията на държавните органи да гарантират сигурността на всички правни субекти на територията на страната. Именно тези функции съставляват ядрото на държавния суверенитет и чрез тях се реализира и поддържа легитимният монопол върху насилието в националната държава. По своята природа те съставляват изключителен домен на държавата, а възможността за прехвърлянето им извън системата на държавните органи води до разпад на държавността. Преди всичко това са правомощия, свързани с опазване на обществения ред, основните права, живота и собствеността на гражданите, гарантиране на сигурността и правния мир, външната и вътрешната политика на републиката, регулирането на съществени и устойчиви обществени отношения чрез създаване на закони, правораздаване, налагане на данъци, чрез които се осигурява функциониране на държавния апарат, управление на публичната държавна собственост и др. Основният закон на Република България урежда тези функции по отношение на изпълнителната власт чрез правомощията на Министерския съвет в чл. 105 и чл. 106 от Конституцията. Държавата следва да осъществява първия вид функции чрез правомощия на държавните органи.

Другата група функции са насочени към създаване условия за подобряване на благоденствието, утвърждаване на демократичните принципи на управление, справедливост и равноправие в различни сфери на обществения живот. Те водят до непрекъснато разрастване на сферата на държавната дейност и могат да бъдат възлагани на други правни субекти при контрол от страна на държавата чрез юридическото регулиране. Конституционният съд счита, че процедурата и предназначението на възлагането на държавни функции на правни субекти извън държавните органи следва също така да съответстват на демократичните принципи на Конституцията. Доколкото според чл. 1, ал. 2 от Основния закон цялата власт произтича от народа, ... възлагането на държавни функции следва да се осъществява при зачитане на принципа на народния суверенитет. На първо място това означава, че делегацията на правомощия... на правни субекти, които не са държавни органи, задължително следва да се извършва със закон. Възлагането на правомощия не е равносилно

³⁶ Вж. РКС №15/2001 г. по к.д. № 3/2001г.; **Златарева**, Маргарита. Нестопански организации с публичноправни функции. *Търговско право*, 2000, № 3, с. 25.

на абдикация от държавни функции. А това означава, че Народното събрание пряко... или чрез Министерския съвет и ресорните министри по отношение на възлагането на правомощия във вътрешнополитически и правен аспект си запазва възможността да контролира осъществяването на съответните държавни функции. На второ място, при възлагането на държавни функции на правни субекти, които не са държавни органи, следва да се отчита действието на принципа на пропорционалността. Традиционното позитивно значение на принципа се проявява в съобразяването, доколко ограничаването на основни права в името на публичен интерес е допустимо, оправдано, подходящо и оптимално при защитата на общите интереси. В този смисъл принципът е бил прилаган от конституционните юрисдикции в Европа и от Конституционния съд на Република България в Решение № 20 от 1998 г. по к.д. № 16 от 1998 г.; Решение № 1 от 2002 г. по к.д. № 17 от 2001 г.; Решение № 5 от 2003 г. по к.д. № 5 от 2003 г. Принципът на пропорционалността в разглежданата хипотеза се разкрива и в друго измерение, което се изразява в това да не бъдат засегнати основни права на гражданите при прехвърляне на държавна функция за осъществяване от правни субекти извън системата на държавните органи.³⁷

Многообразието и развитието на обществените отношения налагат и многообразие във формите и начините, чрез които държавата ще отстъпва част от своите функции на обществени организации. За разлика от създадените със закон съсловни организации – корпорации на публичното право със задължително членство, каквито са Българският лекарски съюз и Съюзът на стоматолозите в България, при юридически лица с нестопанска цел (ЮЛНЦ), които не са от тази категория, като например Съсловната организация на фармацевтите, важно изискване в случаите на възлагане на държавни функции е стриктното спазване на принципа на доброволност, тоест да е налице демократично взето решение от върховния представителен орган на сдружението (обикновено общото му събрание) за поемане на възлаганите държавни функции. Без значение е дали съгласието ще бъде дадено преди или след възлагането на публично-правните функции. Затова и възложените държавни задачи са различни по обем и тежест при двата вида ЮЛНЦ³⁸. Може да се предоставят *правните функции* прилагане или създаване на вторични правни норми. Например съгласно чл. 8, т. 2 от Закона за съсловната организация на магистър-фармацевтите Конгресът на Българския фармацевтичен съюз приема, допълва и изменя Кодекса за професионална етика на магистър-фармацевта и го предлага на министъра на здравеопазването за *утвърждаване* и за *обнародване* в Държавен вестник.³⁹

За компетентността на тези правни субекти да издават подзаконовни нормативни актове със съответния специален закон може да се предвиди нещо

³⁷ Вж. РКС № 5/2005 г. по к.д. № 10/2004 г.

³⁸ Вж. РКС № 10/1994 г. по к.д. № 4/1994 г.

³⁹ Пак там.

различно при спазване изискването на чл. 11, ал. 2 и чл. 15, ал. 1 и 2 ЗНА. Изискването на чл. 5, ал. 5 КРБ нормативните актове да се обнародват в Държавен вестник също е задължително, дори ако в специалния закон то не е изрично посочено.⁴⁰

В заключение може да се направи извод, че Конституцията не определя изчерпателно на кого принадлежи подзаконовата нормотворческа компетентност. Подзаконова нормотворческа компетентност може да бъде възлагана със закон и на органи извън изпълнителната власт. По принцип не е в противоречие с КРБ прехвърлянето със закон на тази функция и на правни субекти, които не са държавни органи. В тази хипотеза законодателят трябва да вземе предвид: характера на правните субекти, на които се възлага нормотворческата функция; предназначението, обема и реда за реализирането ѝ. Държавата, в лицето на НС и МС, си запазва възможността да контролира осъществяването на функцията.

2.1.3. Характеристика на нормативните административни актове.

За нормативния административен акт легална дефиниция има в чл. 75, ал. 1 АПК. Определяйки го като самостоятелен вид АА, нормата го отграничава в рамките на подзаконовия нормативен акт⁴¹. Предметните белези на нормативния административен акт са, че се издава по прилагане на закон или подзаконов нормативен акт от по-висока степен и съдържа административноправни норми, а органите му белези, посочени в чл. 76, ал. 1 АПК са, че се издава от изрично овластени от КРБ или закон органи⁴².

КС приема, „че „... нормативните административни актове ... са по дефиниция актове на изпълнителната власт. ... юридически израз на осъществяваната от органите на изпълнителната власт изпълнително-разпоредителна дейност на държавата. ... извън кръга на органите на изпълнителната власт, предвид ... специфични важни публичноправни функции, които упражнява в рамките на държавното управление, със закон се възлага такава компетентност и на БНБ.“⁴³ Това изключение обаче, е налице не единствено за БНБ, но

⁴⁰ Вж. Решение № 8472/2012 по адм.д. № 14440/2011 г., VI отд на ВАС; Решение № 4367/2010 г. по адм.д. № 692/2010 г., 5-членен състав на ВАС.

⁴¹ АПК използва и двата термина – нормативен административен акт (чл. 75–79 АПК) и подзаконов нормативен акт (чл. 185–195 АПК), но не като синоними. Нормативният административен акт е вид подзаконов нормативен акт. Законодателят държи сметка за по-широкия обхват на понятието подзаконов нормативен акт и затова не свежда предмета на съдебния контрол само до нормативния административен акт. В съдебната практика се срещат и твърдения, че използваните в АПК термини „нормативен административен акт“, „подзаконов административен акт“, „подзаконов нормативен акт“ са с еднакво съдържание. Вж. Определение № 2548/2011 г. по адм.д. № 955/2011 г., 5-членен състав на ВАС.

⁴² Вж. и чл. 2, ал. 1 ЗНА.

⁴³ Вж. РКС № 10/2011 г. по к. д. № 6/2011 г. и РКС № 5/2007 г. по к. д. № 11/2006 г.

и за други органи, които не принадлежат към нито една от трите власти – например КС⁴⁴.

Според съдебната практика с нормата на чл. 19, ал. 9 от Закона за администрацията (ЗА), че: „Органите по чл. 19, ал. 4 ЗА издават индивидуални административни актове“, не се изключва възможността за специална законова делегация по смисъла на чл. 76, ал. 1 АПК, с която да се предостави правото на такъв орган да издаде определен нормативен административен акт⁴⁵. Общото за всички тези органи – да имат функции по/във връзка с осъществяване на изпълнителната власт обосновава принципната възможност за овластяването им чрез закон с нормотворческа компетентност. Същевременно трябва да се има предвид, че разпоредбата на чл. 19, ал. 4, т. 4 ЗА не отразява коректно правната действителност. *Създаваните със закон държавни институции по правило са колективни държавни органи и те, а не техните председатели следва да бъдат овластявани с нормотворческа компетентност. Що се отнася до държавните институции, създавани с ПМС*, предвид факта, че по правило това са учреждения към МС или министър по чл. 60 ЗА, нормативните административни актове, които се отнасят до дейността и организацията на работата им се издават от МС или от съответния министър.

Колкото до общинските съвети като органи на местно самоуправление, АПК в чл. 76, ал. 3 преповтаря разпоредбата на чл. 8 ЗНА относно издаваните от тях наредби, и разширява обхвата ѝ в съответствие с чл. 21, ал. 2 ЗМСМА, като я включва в Раздел III „Нормативни административни актове“. Същевременно нормотворческата компетентност на общинските съвети не предполага те да разполагат с правомощия, които да ги овластяват да преуреждат въпроси в отклонение на общата за страната правна уредба⁴⁶.

На въпроса: органи от системата на изпълнителната власт може ли да издават неноменклатурни нормативни административни актове, следва да се отговори положително. Актовете, които тези органи отправят до подчинените им субекти във вид на задължителни указания, предимно относно прилагането на нормативен акт от по-висока степен, може да имат различни наименования – окръжни, указания, методики и др. Употребеното наименование в тези случаи е без значение, когато по своето съдържание това са нормативни административни актове по смисъла на Глава пета, Раздел III на АПК.⁴⁷ За

⁴⁴ Вж. Правилник за организацията на дейността на Конституционния съд. Съгласно § 1 ПЗР на Правилника за организацията на дейността на Конституционния съд, той се издава на основание § 1 от преходните и заключителните разпоредби на Закона за Конституционния съд.

⁴⁵ Вж. Решение № 7221/1999 г. по адм.д. № 4463/1999 г., 5-членен състав на ВАС.

⁴⁶ Вж. Решение № 9/2010 г. по адм.д. № 2397/2009 г. на АССГ.

⁴⁷ Вж. РКС № 21/1995 г. по к. д. № 18/1995 г. В цитираното решение КС използва термина подзаконов НА, защото това е легалният термин, с който си служи ЗНА. АПК е приет 10 години по-късно.

тези органи от системата на изпълнителната власт обаче, които са уредени в КРБ и за които има конституционни норми относно НА, които издават, това би било противоконституционно, включително и ако със закон им е позволено да го правят. КРБ съдържа изрична уредба на НА, които могат да издават МС (чл. 114 от Конституцията) и министрите (чл. 115 от Конституцията).⁴⁸ „Методиките“, „класификаторите“, „тарифите“ не са отделен вид НА на МС, а са част от постановлението, с което са одобрени или утвърдени.⁴⁹ В тези случаи се касае за несамостоятелни нормативни разпоредби, които могат да намерят приложение само във връзка с други правни норми.⁵⁰ Чл. 31 УПЗНА изрично предвижда такава възможност.⁵¹ С оглед темата на настоящата работа трябва да се отчита фактът, че издаването само на нормативните административни актове е под режима на АПК.⁵²

2.2. Правозащитна форма на дейност на административните органи.

Проява на тази форма на дейност е разрешаването на правни спорове във връзка с осъществяването на изпълнителна дейност по пътя на административния контрол или от особени юрисдикции, налагането на административни наказания, дейността по възобновяване на производството за издаване на ненормативни административни актове, прилагането на принудителни административни мерки, разглеждането на предложения и сигнали. От гореизброените дейности, по характеристиките си е изпълнителна тази по осъществяване на административен контрол, възобновяване на производството за издаване на ненормативни АА, прилагане на принудителни административни мерки, разглеждане на предложения и сигнали като една от формите на обществен контрол. Чрез принудителните административни мерки не се реализира юридическа отговорност – те не са проява на юридическа санкция, но несъмнено като правоопазваща дейност са насочени пряко към укрепване и стабилизиране на установената законност, към зачитане на конкретни права и задължения.

Административните органи може да осъществяват и правораздавателна дейност – когато действат като особени юрисдикции. КС счита, че:

⁴⁸ Вж. РКС № 9/2014 г. по к. д. № 3/2014 г. Чл. 6 ЗНА включва и инструкциите сред актовете, които издава МС. ЗНА е приет преди КРБ от 1991 г. и съдържанието му не е съобразено с чл. 114 КРБ в това отношение.

⁴⁹ Вж. чл. 1, ал. 1 от Закона за държавните такси; чл. 195, ал. 1 от Закона за електронните съобщения и др.

⁵⁰ Вж. **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. прераб. и доп. изд. София: Софи-Р, 2002, с. 113.

⁵¹ Чл. 31, ал. 1: „Списъци, таблици, тарифи, схеми, формули и други се прилагат към нормативния акт, освен ако е необходимо да се включат към съответни негови подразделения.“ Ал. 3: „Приложенията се обнародват заедно с акта.“

⁵² Вж. чл. 1, т. 1 и Глава пета, Раздел III АПК.

... не е приемливо критерий за това, дали дадена дейност представлява правораздаване или осъществяване на държавно управление, да бъде единствено правното положение на органа, който я осъществява, а не нейната природа. ... Щом дейността се изразява в независимо и самостоятелно решаване на правни спорове в условията на състезателност, чието начало се поставя със съответно сезиране, тя има характеристиките на правораздаване.⁵³

Особените юрисдикции не са изрично уредени в КРБ.⁵⁴ В мотивите на Решение № 6/2008 г. по к. д. № 5/2008 г. КС обосновава възможността за съществуването им като изтъква, че: „... Основно изискване на правовата държава е всеки акт и действие на органите на изпълнителната власт да подлежат на съдебен контрол. По принцип съдът е органът, който е компетентен да разреши окончателно конкретен правен спор. По този начин се осигурява пълноценното реализиране на правото на защита. ... Допустимо е произнасяне и от друг несъдебен орган, но трябва да се осигури възможност на заинтересованите страни да обжалват неговото решение. В тези случаи (б. м.) е необходимо законодателят да е предвидил *окончателното решаване на правен спор да се извършва от съд.*“

Налагането на административни наказания не е изпълнителна дейност. Административнонаказателната дейност в основната си част се осъществява от административни органи. Но същественото, което отличава наказателните постановления: „... не е характеристиката на институцията, която ги издава, а осъществяваната от тази институция правна функция. С издаването на наказателните постановления се извършва правораздавателна дейност, насочена към *санкциониране на нарушенията* на установения ред на държавно управление. Поради това, включително и в решения на Европейския съд по правата на човека, при наличието на определени условия, дейността по налагане на административни наказания се определя като „наказателна“, а не като „административна“.⁵⁵ Аргумент в тази посока може да се почерпи и от разпоредби на ЗАНН. Съгласно чл. 11 ЗАНН, по въпросите на вината, вменяемостта, обстоятелствата, изключващи отговорността, формите на съучастие, приготвянето и опита се прилагат разпоредбите на общата част на НК,

⁵³ Вж. РКС № 6/2008 г. по к. д. № 5/2008 г.

⁵⁴ Вж. РКС № 1/2007 г. по к. д. № 9/2006 г.; РКС № 22/1998 г. по к. д. № 18/1998 г.

⁵⁵ Критериите, въз основа на които Европейският съд по правата на човека извършва тази преценка, са известни под името „критерии Engel“. Освен от квалификацията на нарушението по вътрешното право, те се извеждат от вида на това нарушение и от степента на строгост на санкцията за нарушителя. В решение от 14.01.2010 г. на Европейския съд по правата на човека по делото „Цоньо Цонев срещу България“ съдът, ползвайки посочените критерии е приел, че жалбоподателят, на когото е наложена глоба от кмета на общината за действия, нарушаващи обществения ред, е бил осъден в „наказателно производство“ съгласно автономния смисъл на това понятие в Конвенцията. Вж. Особено мнение по т. 1 от решението по ТП № 2/15 г. по т. д. № 2/2014 г. на ОСГК на ВКС и I и II колегия на ВАС.

доколкото в този закон не се предвижда друго. В този смисъл е и разпоредбата на чл. 63 ЗАНН, която гласи, че касационните жалби срещу решенията на районните съдилища се подават на основанията, предвидени в НПК. Актът за установяване на административно нарушение се доближава до обвинителния акт на прокурора в наказателния процес по своите функции. И двата вида актове имат: обвинителна функция – обвиняват едно лице в извършено наказуемо деяние и предлагат неговото наказване; сезираща функция – без да е съставен и депозиран такъв акт пред наказващия орган не може да се наложи наказание; констатираща функция.⁵⁶

Обратно на тази теза, ОСГК на ВКС и I и II колегия на ВАС приемат, че: „... дейността по административно наказване, *независимо от правораздавателния ѝ характер*, е административна, тъй като се осъществява от административни по своя вид органи, извършва се по административен ред чрез упражняване на властнически метод. Спазването на законността и защитата на правопорядъка, като израз на принципа на върховенството на закона, е задължение на всички длъжностни лица и органи на публичната власт. Задълженията, които законите възлагат на административните органи в тази насока са свързани, освен с издаване на индивидуални, общи и нормативни административни актове чрез упражняване на правоприлагаща и нормотворческа дейност, и с налагане на административни наказания. Дейността по административно наказване по естеството си е правораздавателна дейност на администрацията, насочена е към разрешаване на правен спор, възникнал по повод на конкретно сезиране, при спазване на състезателно производство в условията на независимост и самостоятелност на решаването. Тя е свързана със защитата на реда в областта на държавното управление по аргумент от чл. 6 от ЗАНН и представлява санкционираща управленска дейност. Тя е форма на административна /изпълнителна/ дейност, защото се извършва по административен ред чрез властнически метод, въз основа на законово предоставена административнонаказателна компетентност. Наказателното постановление, като резултат от упражнената дейност по административно наказване, също представлява по естеството си правораздавателен акт, той не се издава по реда на АПК и не носи белезите на индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21 АПК. Определяща е не правната природа на акта, а основният характер на дейността на органа, негов издател. Независимо че наказателното постановление не представлява индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21 АПК, определящо ... е обстоятелството, че актът се издава от административен орган, представлява властнически акт и въпреки че

⁵⁶ Такива функции индивидуалният АА не може да има, защото той е израз на правоприлагаща дейност. Вж. **Хрусанов**, Дончо. За правната природа на наказателното постановление. В: Юбилеен сборник в чест на 85-годишнината от рождението на проф. д-р Добри Димитров. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014, с. 267.

поражда наказателноправни последици, е правен резултат от санкционираща административна дейност. Неговото издаване е последица от изпълнение на нормативно възложени задължения, упражнена административнонаказателна компетентност, законово предоставена на органите в рамките на административната им правосубектност, което по своето съдържание представлява изпълнение на административна дейност⁵⁷.

Изложената аргументация на ОСГК на ВКС и I и II колегия на ВАС ясно разкрива смесване на двете понятия – „форма на изпълнителна дейност“ и „форма на дейност на административните органи“. Ето защо становището на ОСГК на ВКС и I и II колегия на ВАС, отразено в ТП № 2/2015 г. не следва да бъде подкрепено.

2.3. Правоприложна форма на дейност на административните органи.

Правоприложната форма на изпълнителна дейност се състои в издаване на ненормативни административни актове – общи и индивидуални, както и в извършване на административни услуги.

Легална дефиниция за индивидуалните АА по АПК има в чл. 21, а за общите в чл. 65 от кодекса. Общото за всички тях е, че са АА с материално-правен характер – сами по себе си създават права или задължения, или засягат непосредствено права, свободи или законни интереси, признават или отричат права или задължения, или доказват факти, права, задължения и слагат край на съответното производство⁵⁸.

Актовете, които не отговарят на тези условия, са „процедурни“. Така съгласно чл. 21, ал. 5 АПК, волеизявленията, действията и бездействията, когато са част от производствата по издаване или изпълнение на индивидуални или общи АА или са част от производствата по издаване на НА, не са индивидуални АА по смисъла на АПК.

На основание § 8 от ПЗР на АПК производствата за издаване и оспорване на индивидуалните АА намират приложни и при извършването на административни услуги, както и при обжалването на отказите за извършването им, освен ако в специален закон е предвидено друго. Според § 1, т. 2 ДР от ЗА «административна услуга» е: „а) издаване на индивидуални административни актове, с които се удостоверяват факти с правно значение; б) издаване на ин-

⁵⁷ Вж. Особено мнение по т. 1 от решението по ТП № 2/15 г. по т. д. № 2/2014 г. на ОСГК на ВКС и I и II колегия на ВАС.

⁵⁸ Вж. в този см. Определение № 293/2011 г. по адм.д. № 16462/2010 г., V отд. на ВАС. Според чл. 2, ал. 2, т. 3 АПК, кодексът не се прилага за актове, които отговарят на горепосочените условия, но: „... с които се създават права или задължения за *органи или организации*, подчинени на органа, издал акта ...“. Тези изключени от АПК актове обаче ще попаднат под режима му (издаване, обжалване и изпълнение), ако: „... с тях се засягат права, свободи или законни интереси на граждани и юридически лица.“ Вж. чл. 2, ал. 2, т. 3 in fine АПК.

дивидуални административни актове, с които се признава или отрича съществуването на права или задължения; в) извършване на други административни действия, които представляват законен интерес за физическо или юридическо лице; г) консултациите, представляващи законен интерес за физическо или юридическо лице относно административноправен режим, които се дават по силата на нормативен акт или които са свързани с издаване на административен акт или с извършване на друга административна услуга; д) експертизите, представляващи законен интерес за физическо или юридическо лице, когато нормативен акт предвижда тяхното извършване като задължения на администрацията на държавен орган или от овластена организация.»

От цитираната разпоредба е видно, че административните услуги се състоят в издаване на удостоверение или декларативни АА⁵⁹, а също и в извършване на други действия с процесуален характер, които представляват законен интерес за съответното ФЛ или ЮЛ⁶⁰.

Типични случаи на административни услуги са: издаването на скица на недвижим имот от действащ устройствен или кадастрален план; издаване на удостоверение документи от регистрите за гражданско състояние; заверка на молба-декларация за извършване на производство по обстоятелствена проверка по чл. 587 ГПК; издаване на удостоверение за идентичност на имоти по регулационен план; справки по актовете книги и издаване на заверени копия от документи за общинска собственост и др.⁶¹

Във връзка с административните услуги специално внимание заслужава *дейността по вписване в рамките на регистърни производства*. Често специални административни производства, в рамките на които се издават конститутивни АА (разрешителни, лицензионни, регистрационни АА), включват като последващ етап регистърни производства⁶². Чрез конститутивните актове се създава субективно право за извършване на контролирана от държавата дейност. Производството по издаването им включва като следващ етап издаване на удостоверение АА, който служи на адресата да се легитимира/докаже, че притежава материалното право за осъществяване на съответната

⁵⁹ Вж. § 1, т. 2, б. “а” и “б” от ДР на ЗА.

⁶⁰ Вж. § 1, т. 2, б. “в”, “г”, и “д” от ДР на ЗА.

⁶¹ Вж. Определение № 8936/2012 г. по адм.д. № 8324/2009 г. III отд. на ВАС; Решение № 920/2011 г. по адм.д. № 4285/2010 г., III отд. на ВАС; Решение № 2674/2008 г. по адм.д. № 6424/2007 г., III отд. на ВАС; Решение № 6939/2011 г. по адм. д. № 2212/2011 г., III отд. на ВАС.

⁶² Примери за такива регистърни производства са тези по Закона за гражданската регистрация (ЗГР), Закона за движение по пътищата (ЗДвП), Закона за регистър БУЛСТАТ (ЗРБ), Закона за туризма (ЗТ) и др. Общи процесуални правила за регистрационните и лицензионните режими по отношение на започване на стопанска дейност са предвидени в Глава втора на Закона за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност (ЗОАРАКСД).

дейност. Издаването на удостоверителен АА може да предшества или да следва вписване в регистрите на административния орган⁶³. Чрез регистрацията заявителя изпълнява свое задължение да декларира пред публичната власт едно вече възникнало по силата на издадения разрешителен/лицензионен/регистрационен АА материално право⁶⁴. Следователно регистрационното изявление, с което приключва регистърното производство пред административен орган е административна услуга.

В съдебната практика е застъпено становището, че не всички регистърни производства са с административен характер. Например производства по вписване на сделки и актове с предмет недвижими имоти по чл. 114 от Закона за собствеността (ЗС), респективно Правилника за вписванията и чл. 76 и сл. Закона за кадастъра и имотния регистър (ЗКИР). Те са охранителни нотариални производства, водени на основание и по реда на чл. 569, т. 5–7 във връзка с 570–577 от Гражданския процесуален кодекс (ГПК). Въпреки че службите по вписванията са администрации на Агенцията по вписванията, съдиите по вписванията не са административни органи, а органи на съдебната власт към районните съдилища. Съответно извършваните от тях вписвания са нотариални удостоверявания. Редът за защита в тези случаи е по ГПК. Издаването на справка по нотариалните книги не е административна услуга.⁶⁵ Дейността по вписване и обявяване в търговския регистър според ТП № 2/2015 г. ОСГК на ВКС, и I и II колегия на ВАС също не е административна. *Това регистърно производство по своята същност и правни последици е охранително.* То е особено производство, в което длъжностното лице по регистрация е длъжно да извърши предварителна проверка за спазване на предвидените в Закона за търговския регистър (ЗТР) изисквания относно формата на представените документи и съответствието им с материалния закон. Производството е охранително – едностранно и безспорно, целящо да осигури съдебно съдействие на търговци и клонове на чуждестранни търговци за вписване на подлежащи на вписване обстоятелства и за обявяване на подлежащи на обявяване актове. Актовете, с които регистърното производство приключва – вписване, заличаване, обявяване или отказ за вписване – не са индивидуални административни актове, а са актове с правно значимо действие. Те не съдържат властническо волеизявление, с което да се осъществява държавно управление. Осъществяваната държавна намеса е строго регламентирана, ограничена е до точно изброени действия и не засяга чужда правна сфера. Предвиденият контрол за законосъобразност на постановения отказ е гражданскоправен. Уреден е в чл. 25 от ЗТР – компетентен да се произнесе е окръжният съд по седалището на търговеца или

⁶³ Вж. **Зиновиева**, Дарина, Петко **Салчев**. Лицензионни административни актове. Лицензи и разрешения за дейности, контролирани от държавата. София: Сиела, 1998, с. 59–60.

⁶⁴ Вж. **Казанджиева**, Мария. За правната природа на регистрационния акт съгласно ЗОАРАКСД. *Правна мисъл*, 2013, № 2, 3–16.

⁶⁵ Вж. Решение № 6037/26.04.2012 г. на ВАС по адм.д. № 15375/2011 г., III отд.

клонът на чуждестранния търговец. Контролът е идентичен с този за охранителните актове и изключва приложимостта на административния.

На изложените аргументи в мотивите на решението по т. д. № 2/2014 г. на ОСГК на ВКС, I и II колегия на ВАС, в особено мнение по т. 7 от това решение, подписано от 28 съдии, са изложени контрааргументи, които следва да бъдат споделени. Съгласно мотивите на законодателя, ЗТР (в сила от 1.01.2008 г.) е приет, за да преуреди производството по регистрация на търговците от съдебно – охранително /каквото е било до приемането на закона и водено от окръжните съдилища/ в административна дейност, осъществявана от административни органи. Целта е да се създаде единна и централизирана електронна база данни, съдържаща всички обстоятелства за търговците и клоновете на чуждестранни търговци, подлежащи на вписване по силата на закон, както и всички актовете, които по силата на закон подлежат на обявяване. Чрез ЗТР се преминава от децентрализирано съдебното производство в централизирано административно производство. Законът урежда търговската регистрация, воденето, съхраняването и достъпа до търговския регистър, както и действието на вписванията, заличаванията и обявяванията в него (чл. 1). Дейността е възложена на специализиран административен орган – Агенция по вписванията, която е администрация към министъра на правосъдието.⁶⁶ Действията по вписванията, обявяванията и заличаванията в търговския регистър се извършват от служители в Дирекция „Длъжностни лица по регистрация“⁶⁷. Агенцията и длъжностните лица по регистрация са административни органи по смисъла на § 1 т. 1 от ДР на АПК, защото принадлежат към системата на изпълнителната власт и са носители на административни правомощия. Регистърното производство по своя характер е административно, едностранно и безспорно. Касае се за административна дейност по смисъла на § 1 ДР ЗА, която се изразява в административно обслужване на ФЛ и ЮЛ⁶⁸ и в извършване на административни услуги – „извършване на други административни действия, които представляват законен интерес за физическо или юридическо лице.“⁶⁹ Действията във връзка с обявяванията и заличаванията в търговския регистър имат характера на административна дейност, извършавана от длъжностни лица, при и по повод нейното изпълнение. Начинът, по който се осъществява регистърното производство по ЗТР, видът на органите, отговорни за изпълнението му и най-вече характерът на извършваната от длъжностните лица дейност, изключват възможността производството да бъде характеризирано като охранително по смисъла на Част шеста, Глава четиридесет и девета

⁶⁶ Вж. чл. 2 от Устройствения правилник на Агенцията по вписванията.

⁶⁷ Правомощията им са визирани в чл. 15 от Устройствения правилник на Агенцията по вписванията.

⁶⁸ Вж. § 1, т.1 от ДР ЗА: Административното обслужване е „дейност по извършване на административни услуги от структура на администрацията...“.

⁶⁹ Вж. § 1, т. 2, б. „в“ от ДР на ЗА.

от ГПК (чл. 530-607, „Охранително производство“). Основание за обратен извод не дава и нормата на чл. 25 ЗТР, защото тя регламентира конкретна хипотеза – реда, по който се обжалва мотивираният отказ на длъжностното лице по регистрацията (пред окръжния съд по седалището на търговеца или клона на чуждестранен търговец по реда на глава двадесет и първа от ГПК „Обжалване на определенията“). Въпрос за законодателна преценка е по какъв начин ще бъде уредена защитата срещу отказите на администрацията да издаде благоприятстващ лицето акт и дали тази защита ще бъде по общия ред за обжалване на административните актове, или ще бъде предвиден специален ред. В случая – по всяка вероятност законодателят е предвидил обжалването да е пред окръжния съд предвид трайно установената в гражданските съдилища/и в частност в техните търговски отделения/ практика във връзка с регистърното производство. В теорията – този начин на обжалване се определя като специфична особеност на регистърното производство по ЗТР, но не се спори по административния характер на дейността, изпълнявана от длъжностните лица по регистрацията.

Регистърно производство, което се развива пред административен орган, в рамките на нормативно установена пред него процедура и приключва с акт, резултат от осъществявана административна дейност е административно производство. Определящи следва да бъдат видът/същността на извършваната дейност и на осъществяващия я орган, а не дали обжалването на постановения от органа отказ е пред граждански съд.

2.4. Материално-техническа форма на дейност на административните органи.

Част от материално-техническата дейност на административните органи е изпълнителна дейност. Това са тези фактически действия, които са проява на властнически правомощия на административен орган, задължен да ги извърши по силата на закон или на АА. Напр. чл. 55, ал. 1 и 2 от Закона за защита при бедствия (ЗЗБ) предвижда предоставянето на неотложна и възстановителна помощ на пострадалите (засегнатите) лица и извършване на неотложни възстановителни работи след бедствие. Неотложната помощ се организира, осигурява и предоставя от кметовете на общините. Правноуредените фактически действия на административните органи и длъжностните лица, когато са незаконосъобразни, са елемент от фактическия състав на отговорността по чл. 1, ал. 1 от Закона за отговорността на държавата и общините за вреди (ЗОДОВ).⁷⁰

Друг пример, който илюстрира, но не изчерпва възможните хипотези на тази форма на изпълнителна дейност са фактическите действия, дължими от административен орган във връзка с изпълнение на изискуеми задължения,

⁷⁰ Вж. ТП № 2/2015 г. по т.д. № 2/2014 г. на ОСГК на ВКС, I и II колегия на ВАС.

породени от изпълнителните основания, предвидени в АПК или в друг закон.⁷¹ Изпълнението като конкретен факт може да има различни проявления – така съгласно чл. 294 АПК изпълнителните действия на органа по изпълнението може да са постановления, действия и бездействия. Напр. събарянето на незаконен строеж, определянето ниво на сгради, е фактическа дейност. Фактическата дейност по изпълнение на АА, споразумения, административни договори, съдебни решения е уредена в правните норми, правото свързва с нея настъпването на определени правни последици. Като резултат от извършването ѝ се погасяват съответните административни задължения, а с погасяването им се прекратява и съответното административно правоотношение. Тези действия се осъществяват от органите по изпълнението при реализиране на възложени им административни правомощия. Фактическата дейност по изпълнение е задължителна фаза и заключителен етап на положителния административен процес (дейност по прилагане на административнопроцесуални норми). Глава седемнадесета, Раздел VI АПК урежда и защитата срещу незаконни действия по изпълнението. За вреди от незаконосъобразно принудително изпълнение на административния орган по изпълнението се носи отговорност на основание чл. 299 АПК.⁷²

Проява на разглежданата форма на изпълнителна дейност са и действията, когато са част от производствата по издаване на индивидуални, общи АА или нормативни административни актове⁷³.

2.5. Договорноправна форма на дейност на административните органи.

Договорноправната форма на дейност на административните органи е два вида.

Първият вид е типичната частноправна дейност, при която съответното ведомство/учреждение в качеството на ЮЛ, чрез ръководните си административни органи, като представители на това ЮЛ, участва в гражданския оборот⁷⁴. В частноправните отношения административните органи не са носители на империум, т.е. на властнически правомощия, макар да участват в гражданския оборот именно, за да могат да изпълняват възложените им властнически функции, действайки в обществен интерес. Така в РКС № 19/ 21.12.1993 г. по

⁷¹ Вж. Дял. Пети, Глава седемнадесета АПК.

⁷² За материално-техническата дейност като правна форма на административна дейност вж. **Кучев**, Страшимир. Данъчно изпълнително право. Изпълнение на публични вземания. София: ЛиСтра, 2000, с. 48; **Стоянов**, Евгени. Изпълнение на индивидуални административни актове (кратък преглед на теоретичните постановки). В: Юбилеен сборник в чест на 85-годишнината от рождението на проф. д-р Добри Димитров. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014, с. 270–271, 275.

⁷³ Вж. чл. 21, ал. 5 и чл. 64 АПК.

⁷⁴ Вж. напр. чл. 42, ал. 2; чл. 47, ал. 2; чл. 50, ал. 2 ЗА.

к. д. № 11/93 г. КС изтъква, че *при упражняването на частната собственост всички правни субекти са равнопоставени* – чл. 19, ал. 2 и 4 КРБ се отнасят за стопанската дейност не само за гражданите и юридическите лица, но и за държавата и общините.

Вторият вид има обща правна уредба в АПК с две проявления: първо – сключване на споразумения, второ – сключване на административни договори.

Уредени са няколко вида споразумения по АПК според фазата на административния процес, в рамките на която може да се сключат:

1. споразумения, които се сключват в безспорното административно производство – споразумение между орган и граждани/организации; между граждани и/или организации. Сключват се до влизане в сила или до оспорване на АА пред съд⁷⁵;

2. споразумения в съдебната фаза на административния процес. Сключват се във всяко положение на делото. Потвърденото споразумение има силата на влязло в сила съдебно решение⁷⁶;

3. споразумения, които се сключват относно размера на обезщетението за вреди от незаконосъобразни административни актове, действия или бездействия на административни органи при прекратяване на съдебното производство по незаконосъобразността на административния акт, действието или бездействието⁷⁷.

Споразумения са уредени и в специални закони – ЗМ, ЗДС, КТ⁷⁸ и др. Проява на изпълнителна дейност е дейността по сключване на споразумение в безспорното административно производство. Споразумение може да се сключи в производство по издаване на индивидуален АА. Приложението му при общия АА е много трудно. Такъв акт има множество адресати и за да може споразумението да влезе в действие, трябва да се получи одобрението на всички. При нормативните административни актове споразумението е изключено⁷⁹.

⁷⁵ Вж. чл. 20 АПК.

⁷⁶ Вж. чл. 178 АПК. Съдебното споразумение се възприема като особен вид съдебна спогодба. Вж. **Славова**, Мария, Матей **Марев**. Арбитраж при административни спорове. *Съвременна право*, 2007, № 4, 38–49.

⁷⁷ Вж. чл. 207, ал. 3 АПК.

⁷⁸ По КТ в областта на административното наказване законодателят е предвидил възможност за споразумения, като те се сключват между административнонаказващия орган и нарушителя, и се следва моделът на чл. 381-384 НПК. Споразумението се одобрява от директора на Главна инспекция по труда (или оправомощено от него лице) и влиза в сила от деня на одобряването му. То има силата на наказателно постановление и не подлежи на обжалване. Вж. **Мръчков**, Васил. Административнонаказателна отговорност за нарушение на трудовото законодателство. В: Юбилеен сборник в чест на 85-годишнината от рождението на проф. д-р Добри Димитров. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014, с. 96.

⁷⁹ Повече за споразумението вж. **Сивков**, Цветан. Споразумението по Административнопроцесуалния кодекс. София: Сиела, 2012.

Законодателят е направил разграничението между двете правни фигури – административен договор по чл. 19а и сл. АПК и споразумение по чл. 20 АПК, следвайки следната схема: а) административният договор е насочен към задоволяване на значим обществен интерес, докато споразумението преследва частен интерес; б) споразумението, за разлика от административния договор, може да е и само между граждани и организации, тоест страна по него може да не е административен орган. В този случай административният орган трябва да одобри сключеното пред него споразумение. Ако споразумението засяга права, свободи или законни интереси и на трето лице, е необходимо да има и неговото съгласие; в) споразумение може да се сключи само в условията на оперативна самостоятелност⁸⁰. То е незадължителен етап на административния процес – ако не се постигне съгласие, органът ще издаде индивидуален АА. За разлика от административния договор, споразумение може да сключва всеки административен орган (няма изискване то да е предвидено в специален закон); г) споразумението замества АА – със сключването му, респективно одобряването му, АА се обезсилва⁸¹; д) по отношение на споразумението има форма за действителност, която е регламентирана в чл. 20, ал. 5 АПК – писмена форма с определено съдържание.

За основа на общата правна регламентация на споразумението по чл. 20 АПК е послужила уредбата на публичноправния договор по германския Закон за административното производство. Германският модел на публичноправния договор обхваща два вида договори (§ 54-62), които са разновидности на единния институт на публичноправния договор по смисъла на § 54 от германския ЗАП, а именно спогодбата по § 55 и договора за размяна на насрещни престации по § 56⁸².

Според първото изречение на § 54 от германския ЗАП, озаглавен „Допустимост на публичноправния договор“, едно публичноправно отношение може да възникне, да бъде изменено или прекратено въз основа на договор (публичноправен договор), доколкото това не противоречи на правните разпоредби. Второто изречение на § 54 предвижда, че органът с властническа компетентност може, вместо да издаде административен акт, да сключи публичноправен договор с лицето, което би се явило адресат на административния акт.

В кои случаи е целесъобразно издаването на административен акт да бъде заместено от договорен модел за уреждане на отношенията с частноправния субект според германското право? Този модел намира приложение при възлагане строителството на обществени сгради и обекти на инфраструктурата

⁸⁰ Вж. Определение № 1954/2009 г. по адм.д. № 11722/2008 г., II отд. на ВАС.

⁸¹ Вж. чл. 20, ал. 1 и 4 АПК.

⁸² Вж. **Stelkens, U., H. Bonk, M. Sachs.** *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar.* 8. Aufl. München: C. H. Beck, 2014, § 54, Rn. 9. (Цит. от Становище по ЗИД АПК № 754-01-16 по постъпило искане от Председателя на Комисията по правни въпроси № 753-03-37/08.11.2017 г. на НС).

(вж. § 11 от германския Закон за строителството), при т.нар. спомагателни сделки на фиска, чрез които държавата в лицето на компетентния си орган участва в стопанския оборот за задоволяване на нужди, свързани с изпълнение на публичноправните ѝ функции (от доставка на военно оборудване до снабдяване с канцеларски материали), при извършване на стопанска дейност от страна на държавата при участието ѝ на пазара и др. Според германското право тези „частноправни“ алтернативи на административния акт са подчинени на публичноправни ограничения. Носителите на публични властнически правомощия, в качеството им на страна по тези договори, се ползват от конституционно гарантираните частноправни свободи, но не по този начин и в този обем, който е осигурен на частноправните субекти, т.е. свободата на договаряне на органа с властническа компетентност търпи по-интензивни ограничения. Израз на тези ограничения е установяването на специални основания за нищожност на публичноправния договор по § 59, ал. 2 от германския ЗАП, редом с общите основания за нищожност на гражданскоправните договори, които произтичат от съответното прилагане на разпоредбите на Германския граждански кодекс – арг. от § 59, ал. 1 от германския ЗАП⁸³. Освен това, израз на публичноправните ограничения в свободата на договаряне за органа с властническа компетентност е по-широкото прилагане на конституционно установените принципи за организацията и осъществяването на държавната власт, основните принципи на административното право, както и на правилата относно материалната компетентност на органа. Това се налага от обстоятелството, че при сключване на тази категория договори органите на изпълнителната власт не преследват свои частноправни интереси, а действат само с оглед осъществяване на задачите и функциите на държавната власт, т.е. в обществен интерес.

Какви са характеристиките на двете разновидности на единния институт на публичноправния договор по § 54 от германския ЗАП, а именно спогодбата по § 55 и договора за размяна на насрещни престации по § 56 от същия закон? Спогодбата, по смисъла на § 54, изречение второ от германския ЗАП, е публичноправен договор, при който чрез взаимни отстъпки при разумна преценка на фактите или на правното положение се отстранява съществуваща несигурност (неизвестност). Такъв публичноправен договор може да бъде

⁸³ По-специално, според германското право публичноправният договор е нищожен в случаите, при които: първо, един административен акт със съответното съдържание (този, който се замества чрез сключване на публичноправния договор) би бил нищожен; второ, когато един административен акт, със съответното съдържание, би бил нищожен не само поради нарушаване на процесуалните правила или на формата по смисъла на § 46 от германския ЗАП и страните по договора са знаели за нарушението, т.е. са били недобросъвестни; трето, не са били налице предпоставките за сключването на спогодба и един административен акт би бил нищожен не само поради нарушаване на процесуалните правила или на формата по смисъла на § 46 от германския ЗАП; четвърто, органът с властническа компетентност е допуснал да се уговори недопустима насрещна престация.

сключен, когато органът, след извършване на преценка в рамките на компетентността му, намери за целесъобразно да сключи спогодба за отстраняване на несигурността.

При договора за размяна на насрещни престации по § 56, ал. 1 от германския ЗАП, контрагентът на органа поема задължение да извърши насрещна престация, когато последната се уговаря за постигане на определена цел в договора и обслужва изпълнението на публичните задачи на органа. Насрещната престация (дължима от контрагента) трябва да бъде съобразена (съразмерна) с всички обстоятелства и да се намира в предметна връзка с уговорената престация на органа. Според § 56, ал. 2 от германския ЗАП, когато контрагентът има право да иска изпълнение на престацията на органа, в такъв случай може да бъде уговорена само такава насрещна престация, каквато би могла да бъде обект на съдържанието на съпътстващо разпореждане по смисъла на § 36 от германския ЗАП, ако административният акт би бил издаден.

Германската правна мисъл прибягва до конструкцията на „*публичноправният договор*“ по § 54 и сл. от германския ЗАП с цел гарантиране на нормална конкурентна среда и избягване на произвол и корупционни практики от страна на органите на публичната власт в случаите, при които се налага държавата, в лицето на свой орган на изпълнителната власт, да възложи на частноправни субекти извършването на дейности в обществен интерес на възмездно правно основание и по силата на правна норма, която определя условията за съгласуване на волеизявленията им с обвързваща сила. И това е така, защото, за разлика от българското право, според което държавата е призната като трети, отделен вид субект на гражданското право, наред с физическите и юридическите лица, според германското право държавата няма правното положение на отделен, трети вид субект на гражданското право⁸⁴. На основата на тази обща цел при германския модел за публичноправен договор и за двете му разновидности логично са изведени следните общи белези:

а) сключват се не въз основа на влязъл в сила предшестваш ги административен акт, а вместо него и в този смисъл са негов сурогат (заместител, алтернатива);

б) преследват/задоволяват обществен интерес;

в) задължително една от страните по договора е държавен орган.

Уредбата на споразумението по чл. 20 АПК, а впоследствие и на административния договор по чл. 19а и сл. АПК не почива на една обща концепция за публичноправния договор, която да отразява обща цел, преследвана и от двата правни института.

Регламентацията на административния договор в АПК е предшествана от тази според Закона за управление на средствата от европейските струк-

⁸⁴ Вж. **Wolf, M., J. Neuner.** Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts. 10. Aufl., Muenchen: C.H. Beck, 2012, § 2.2. b.

турни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) от 2015 г.⁸⁵ В него за първи път е дефинирано в българското обективно право понятието „административен договор“. Това понятие обслужва дейността по усвояване на средства от европейски структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ). Предмет на административния договор по ЗУСЕСИФ е предоставянето на публични средства с насрещно задължение – изпълнението на проект, при което тези средства се трансформират в друго благо, което задоволява обществен интерес. Безвъзмездната финансова помощ не може да има за цел или резултат реализирането на печалба. Отношенията, които се развиват при управлението и контрола на средствата от ЕСИФ са по същество финансови правни отношения, което изисква обвързана компетентност, императивни правни норми и властнически метод на правното им регулиране. Държавата, чрез своите органи сключва тези договори не като равнопоставен субект, но и при тези договори са налице две насрещни воли на два различни правни субекта – условие, без което не може да има какъвто и да е договор. Компетентността на публичноправния субект е изцяло обусловена от обществения интерес – т.е. органът притежава надмощно положение само доколкото това е необходимо за осъществяване на този интерес. В името на този интерес управляващият орган е овластен с правомощия, отнасящи се до контрола върху изпълнението на договора, до неговото изменение/допълнение, както и едностранно разваляне⁸⁶ – т.нар. „извънредни клаузи“, в които се проявява възможността за въздействие с по-висок интензитет на единия от съконтрахентите по „административния“ договор по отношение на другия. С оглед защитата на обществения интерес свободата на избор на поведение и на двете страни по договора е силно ограничена. Държавният орган прави своя избор при спазване на нарочно административно производство чрез конкуренция на волеизявления за сключването на договор. Решението на ръководителя на управляващия орган да предостави безвъзмездна финансова помощ се обективира в договор⁸⁷, което означава, че на практика за бенефициента е открита единствено възможността да приеме или да откаже да се обвърже с договора. С императивни правни норми са определени договорната правосубектност, формата за действителност, задължителното съдържание на договора⁸⁸. Редът за оспорване на административния договор

⁸⁵ Вж. **Тонев, Г.** По някои въпроси на административния договор по режима на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В: Предизвикателства пред финансово управление и контрол на средствата от Европейския съюз. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2016, с. 340, 349–350.

⁸⁶ Вж. чл. 39, ал. 1, 3, 5; чл. 47, ал. 1; чл. 48, ал. 1 и 4 ЗУСЕСИФ.

⁸⁷ Вж. чл. 37, ал. 3 ЗУСЕСИФ.

⁸⁸ „Административният“ договор не е нов за анализ от доктрината институт. Вж. **Стайнов, Петко, Ангел С. Ангелов.** Ръководство по административно право. Ч. 1. Обща част. София: Воен.-изд. фонд, 1947, с. 36-37; **Стайнов, Петко.** Теорията за административния договор и социалистическото право. *Год. СУ. Юрид. фак.*, 56, [1965], 1965, № 1, с. 39.

е този за оспорване на индивидуалните АА по АПК. АА за определяне на бенефициента, на размера на финансовата помощ, на финансовата корекция може да се оспорват пред съд по реда на АПК ⁸⁹.

Взимайки за основа ЗУСЕСИФ, с допълнение на АПК от 2016 г. (чл. 19а и следващите) е дадена *обща правна уредба* на административния договор. Тази уредба претърпя изменение през септември 2018 г., с което обаче не се постигна яснота в концепцията на законодателя относно този институт. Съгласно чл. 19а, ал. 1 и 2 АПК: „В производство пред административните органи страните могат да сключат административен договор по въпроси от значим обществен интерес, само когато е предвидено в специален закон. Административният договор е писмено съглашение между административен орган и граждани или организации.“

Според цитираните разпоредби основните моменти, характеризиращи административния договор по АПК са:

1. цел – задоволяване на *значим обществен интерес*;

2. сключва се, *само когато е предвидено в специален закон*. АПК дава най-общата уредба, но за да може един административен орган да сключи административен договор, тази възможност трябва да е изрично предвидена в специален закон. Тоест сключването на административен договор, когато това е предвидено в специален закон, е задължително, за да се породят целените правни последици;

3. само в писмена форма – форма за действителност. Чл. 19а, ал. 3 АПК дава минималното изискуемо съдържание: страни, предмет, права и задължения, дата на сключване и подписи. Ако специален закон предвижда нещо повече като елементи, то те трябва да се включат в съдържанието;

4. едната страна по договора винаги е административен орган, а другата – гражданин или организация.

В правната уредба на административния договор по АПК има редица неясноти. Предметът на този договор предполага наличие на „значим“ обществен интерес, а законодателят не е дал легално определение или ясни правни критерии за съдържанието на това понятие. Предвидената в АПК възможност

Проява на засиления интерес към този институт понастоящем са множество изследвания. Вж. **Казанджиева**, М. Управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Коментар на новия Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, нормативни актове, образци, утвърдени на основание чл. 26, ал. 2 и чл. 28, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. София: ИК „Труд и право“, 2016, с. 54; **Пенов**, Сашо, **Юрий Кучев**, **Атанас Симеонов**, **Савина Михайлова-Големинова**, **Калин Славов**, **И. Георгиева**. Доклад-проучване на практиката по финансовото управление и контрол на средствата от ЕС. <http://www.law.uni-sofia.bg>, с. 6; **Янкулова**, Соня. Договорът за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ от Структурните фондове и Кохезионния фонд на Европейския съюз – форма на упражняване на държавната власт и правото на защита. *Адвокатски преглед*, 2015, № 1, с. 10, 19.

⁸⁹ Вж. чл. 27, ал. 1; чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

за предварително изпълнение за административния договор също е с неясно приложение. Неприложима на практика е и разпоредбата, предвиждаща, че производството за сключване на административния договор по АПК може да не се спазва, когато: „... неотложно трябва да се сключи договор за предотвратяване или преустановяване на нарушения, свързани с националната сигурност и обществения ред, за осигуряване живота, здравето и имуществото на гражданите...“, защото предприемането на неотложни мерки налага бързина, каквато сключването на договора не предполага⁹⁰. За недействителността на договора с измененията на чл. 19е АПК от септември 2018 г. се предвиди, че следва да се прилагат основанията за недействителност на административните актове (чл. 146 АПК) и тези за недействителност на договорите (чл. 26–35 ЗЗД). Същевременно споровете за действителност, изменение, изпълнение или прекратяване на административните договори се разглеждат по реда на АПК и са подсъдни на компетентния административен съд (чл. 19ж АПК). В допълнение следва да се посочи и фактът, че понастоящем случаите, за които се търси обобщение чрез разпоредбите на чл. 19а и следващите АПК са малобройни – специални закони, които изрично предвиждат, че съответният договор е административен, са ЗУСЕСИФ (чл. 24, ал. 1), Законът за здравното осигуряване (чл. 45а), Законът за насърчаване на научните изследвания (чл. 29, ал. 4).

Изводът, който се налага е, че е необходимо да се преосмисли легалното понятие за административен договор, а също и нуждата от обща правна уредба за този правен институт в АПК. Следва да се подложи на преосмисляне и правната уредба на споразумението по чл. 20 АПК от гледна точка на целите, които иска да постигне законодателят с тази уредба. За изминалите над десет години от приемането на АПК случаите на сключване на споразумения по чл. 20 АПК са спорадични, което показва, че при тази правна уредба този правен институт е неработещ/неефективен.

Не са административни договори нормативните съглашения. Те са недържавни източници на правото. Макар и да притежават белезите на договор, нормативните съглашения имат редица особености – съществена част от нормите, съдържащи се в съглашението (в това число предметът, страните и срокът) са определени от императивни законови норми. Нормативните съглашения се сключват не в интерес на договарящите страни⁹¹, а в обществен интерес, поради което съдържащите се в тях норми не са индивидуални, а

⁹⁰ За по-подробна критика на правната уредба на административния договор по АПК вж. **Лазаров**, Кино, **Иван Тодоров**. Административен процес. 5. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2016, с. 114–132; **Сивков**, Цветан. Уредбата на административния договор в Административнопроцесуалния кодекс. В: Предизвикателства пред финансово управление и контрол на средствата от Европейския съюз. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2016, 327–330.

⁹¹ Договарящите страни са правни субекти, на които е възложено изпълнението на дейности в публичен интерес.

имат действие спрямо неиндивидуализиран кръг адресати, тоест представляват общи правни норми⁹². Нормативни съглашения са например Националният рамков договор (НРД)⁹³ между Националната здравноосигурителна каса (НЗОК) и съсловните организации на лекарите и стоматолозите и колективните трудови договори⁹⁴. Сключването на нормативни съглашения не е проява на изпълнителна дейност.

Въз основа на проведеното дотук изследване се стига до следните изводи:

Формите на дейност на административните органи са: правотворческа, правозащитна, правоприложна, материално-техническа и договорноправ-

⁹² Вж. **Вълчев**, Даниел. Лекции по обща теория на правото. Ч. 1. София: Сиела, 2016, с. 56.

⁹³ Нормативният характер на НРД се определя от законодателна делегация за нормотворческа дейност в областта на задължителното здравно осигуряване – издава се в изпълнение и за прилагане на ЗЗО. Приема се от органи, извън системата на държавната власт – НЗОК и съсловните организации на лекарите и на зъболекарите. Държавата е санкционирала предварително тяхната нормотворческа компетентност. Тя изрично ги е оправомощила да сключат договора и е очертала неговия предмет. Предвидила е санкции за неизпълнението му. Така на недържавен акт е придадена държавна санкция, т.е. недържавен акт става източник на правото. По форма е договор – приема се чрез съгласуване на волята на определени правни субекти. Той е съглашение, с което се определят редът за предоставяне и съдържанието на дейностите, чрез които се осъществява медицинската помощ на здравноосигурените лица. Като съглашение е подчинен на общите правила за договорите по гражданското право, с отчитане на особеностите на сключващите го органи и неговото действие. Министърът действа при условията на обвързана компетентност и ако не направи преценка за незаконосъобразност на договора, е длъжен да го обнародва. Вж. **Средкова**, Красимира. Осигурително право. 4. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2012, с. 93–95. Поради изложените характеристики на националния рамков договор е правно неиздържано оценяването му от законодателя в чл. 4а ЗЗО като нормативен АА. В ТП № 5/2007 г. по т.д. № 3/2007 г., ОСС на ВАС изразява становище, че по своя характер НРД представлява подзаконов НА. В особено мнение към същото ТП съдия А. Еленков застъпва тезата, че НРД е административен договор.

⁹⁴ Колективният трудов договор е *договор по своя произход*, защото неговото съдържание в определените му от закона рамки се определя от съгласуваната воля на страните. Но той *не е гражданскоправен договор*, по който страните са „господари“ на действието му. Облигационно действие този договор има само в една малка своя част (например за отпуските за синдикална дейност по чл. 159 КТ). В основната си част *той е нормативно съглашение*, което не се прилага между страните, от които се сключва – работодателят и синдикалната организация, а е „навън“ – от страните по него към работниците и служителите, които не са поименно определени, насочено към създаване на „по-благоприятни условия на труд“ на работниците и служителите. Споровете за неизпълнение на колективния трудов договор са трудови правни спорове по смисъла на чл. 357 КТ. Тези спорове са на общо основание граждански дела по смисъла на чл. 14, ал. 1 ГПК. Исковите са подсъдни на общите граждански съдилища. Вж. **Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**. Коментар на Кодекса на труда. 11. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2013, с. 185, 191.

на. Някои от посочените форми се изразяват в извършване на публичноправна, а други и на частноправна дейност. Публичноправната им дейност е два вида – изпълнителна и юрисдикционна.

Изпълнителната дейност по АПК може да се прояви като: правотворческа – издаване на нормативни АА; правоприложна – издаване на общи и индивидуални АА по смисъла на АПК и извършване на административни услуги; договорно-правна – сключване на споразумения по чл. 20 АПК и на административни договори; правозащитна – дейност по решаване на административноправни спорове от административни органи в това им качество, дейността по възобновяване на производството за издаване на ненормативни АА, прилагането на принудителни административни мерки, разглеждането на предложения и сигнали; материално-техническа – правно уредени фактически действия по издаване на АА и по изпълнение на АА, споразумения, административни договори и съдебни решения.

Изпълнителна е всяка дейност, извършвана при осъществяване на функциите по управление на различни сфери от обществения живот чрез упражняване на административни правомощия. В зависимост от вида на административните правомощия се обособяват и отделните видове/форми на изпълнителна дейност. За окачествяването на една дейност като изпълнителна не е определящо обстоятелството, какъв е субектът, който я осъществява. От основно значение е съдържанието на дейността, която се осъществява. Законодателят обаче все още не е стигнал до иначе обоснованото разбиране за даване приоритет на функционалния подход при определяне характера на съответната дейност.

ЛИТЕРАТУРА

- Близнашки**, Георги. Принципи на парламентарното управление. 2. изд. София: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2007. 264 с.
- Вълчев**, Даниел. Валидност и легитимност в правото. София: Сиела, 2013. 296 с.
- Вълчев**, Даниел. Лекции по обща теория на правото. Ч. 1. София: Сиела, 2016. 256 с.
- Друмева**, Емилия. Конституционно прова. 4. доп. и прераб. изд. София: Сиела, 2013. 892 с.
- Зиновиева**, Дарина, **Петко Салчев**. Лицензионни административни актове. Лицензи и разрешения за дейности, контролирани от държавата. С.: Сиела, 1998. 200 с.
- Златарева**, Маргарита. Нестопански организации с публичноправни функции. *Търговско право*, 2000, № 3, 25–32.
- Казанджиева**, Мария. За правната природа на регистрационния акт съгласно ЗОАРАКСД. *Правна мисъл*, 2013, № 2, 3–16.
- Казанджиева**, Мария. Управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Коментар на новия Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, нормативни актове, обра-

- зи, утвърдени на основание чл. 26, ал. 2 и чл. 28, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. София: ИК „Труд и право“, 2016. 376 с.
- Канатова-Бучкова**, Веселина. Нормативният административен акт. Асеновград: Екобелан, 2006. 294 с.
- Кучев**, Страшимир. Данъчно изпълнително право. Изпълнение на публични вземания. София: ЛиСтра, 2000. 264 с.
- Лазаров**, Кино, Иван **Тодоров**. Административен процес. 5. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2016. 624 с.
- Мръчков**, Васил. Административнонаказателна отговорност за нарушение на трудовото законодателство. В: Юбилеен сборник в чест на 85-годишнината от рождението на проф. д-р Добри Димитров. София: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2014, 83–97.
- Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**. Коментар на Кодекса на труда. 11. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2013. 1216 с. (Предм. указат.: 1212–1215).
- Пенов**, Сашо, Юрий **Кучев**, Атанас **Симеонов**, Савина **Михайлова-Големинова**, Калин **Славов**, И. **Георгиева**. Доклад-проучване на практиката по финансовото управление и контрол на средствата от ЕС. <http://www.law.uni-sofia.bg>.
- Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. прераб. и доп. изд. София: Софи-Р, 2002. 680 с.
- Панайотова**, Емилия. Основни принципи на изпълнителната дейност по АПК. София: Сиби, 2018. 276 с. (Библиогр.: 269–275).
- Русчев**, Иван. Нормативните актове – източник на частното право. 2. изд. София: Албатрос, 2010. 352 с.
- Сивков**, Цветан. Споразумението по Административнопроцесуалния кодекс. София: Сиела, 2012. 188 с.
- Сивков**, Цветан. Уредбата на административния договор в Административнопроцесуалния кодекс. В: Предизвикателства пред финансово управление и контрол на средствата от Европейския съюз. София: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2016, 327–330.
- Славова**, Мария, Матей **Марев**. Арбитраж при административни спорове. *Съвременно право*, 2007, № 4, 38–49.
- Средкова**, Красимира. Осигурително право. 4. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2012. 664 с.
- Средкова**, Красимира. Трудово право. Обща част. Лекции. София: УИ “Св. Кл. Охридски”, 2010. 156 с.
- Стайнов**, Петко. Административно правосъдие. София: БАН, 1993. 708 с. (Фототип. изд.).
- Стайнов**, Петко. Принос към учението за правилника и наредбата при републиканската конституция. *Год. СУ. Юрид. фак.*, 44, [1949–1950], 1950, 1–78.
- Стайнов**, Петко, Ангел С. **Ангелов**. Ръководство по административно право. Ч. 1. Обща част. София: Воен.-изд. фонд. 1947. IV, 330 с.
- Стайнов**, Петко. Теория за административния договор и социалистическото право. *Год. СУ. Юрид. фак.*, 56, [1965], 1965, № 1, 1–76.
- Стоянов**, Евгени. Изпълнение на индивидуални административни актове (кратък преглед на теоретичните постановки). В: Юбилеен сборник в чест на 85-годишнината от рождението на проф. д-р Добри Димитров. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2014, 270–278.

- Тонев, Г.** По някои въпроси на административния договор по режима на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В: Предизвикателства пред финансово управление и контрол на средствата от Европейския съюз. София: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2016.
- Хрусанов, Дончо.** За правната природа на наказателното постановление. В: Юбилеен сборник в чест на 85-годишнината от рождението на проф. д-р Добри Димитров. София: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2014, 263–269.
- Янкулова, Соня.** Договорът за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ от Структурните фондове и Кохезионния фонд на Европейския съюз – форма на упражняване на държавната власт и правото на защита. *Адвокатски преглед*, 2015, № 1, 8–37.
- Stelkens, U., H. Bonk, M. Sachs.** *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar.* 8. Aufl. Munchen: C. H. Beck, 2014, § 54, Rn. 9. (Цит. от Становище по ЗИД АПК № 754-01-16 по постъпило искане от Председателя на Комисията по правни въпроси № 753-03-37/08.11.2017 г. на НС).
- Wolf, M., J. Neuner.** *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts.* 10. Aufl., Muenchen: C.H. Beck, 2012, § 2.2. b.

Дадена в Катедра „Административноправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р д-р Цветан Сивков

**НЕОБХОДИМИТЕ МЕРКИ ЗА ТРАНСПОНИРАНЕТО
НА ДИРЕКТИВА (ЕС) 2016/800 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ
ПАРЛАМЕНТ И СЪВЕТА ОТ 11 МАЙ 2016 ГОДИНА
ОТНОСНО ПРОЦЕСУАЛНИТЕ ГАРАНЦИИ ЗА ДЕЦАТА,
КОИТО СА ЗАПОДОЗРЕНИ ИЛИ ОБВИНЯЕМИ
В РАМКИТЕ НА НАКАЗАТЕЛНОТО ПРОИЗВОДСТВО**

МАРГАРИТА ЧИНОВА*

Катедра „Наказателноправни науки“

БОЯН БЕЛЕЖКОВ**

Катедра „Наказателноправни науки“

Резюме: Основна цел на Директива (ЕС) 2016/800 на Европейския парламент и Съвета от 11 май 2016 г. относно процесуалните гаранции за децата, които са заподозрени или обвиняеми в рамките на наказателното производство, е да се въведат в законодателствата на държавите членки, процесуални правила, които да гарантират, че непълнолетните, които са заподозрени или обвиняеми в наказателното производство, са в състояние да разбират и следват тези процедури и да упражнят правото си на справедлив съдебен процес, както и да предпазят непълнолетните от нарушение на техните права и да насърчат тяхната социална интеграция.

* Професор по наказателно процесуално право в Катедра „наказателноправни науки“ на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор на юридическите науки.

** Главен асистент по наказателно процесуално право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

Обект на анализ в настоящето изследване са съответствието на българското законодателство и съдебна практика с Директива (ЕС) 2016/800 и международните и европейски стандарти за правосъдие, съобразено с висшите интереси на непълнолетните лица, обвинени в извършване на престъпление.

Ключови думи: непълнолетни, наказателно правосъдие, висш интерес на непълнолетните обвиняеми.

**THE NECESSARY TRANSPOSITION MEASURES
FOR DIRECTIVE (EU) 2016/800 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT
AND OF THE COUNCIL OF 11 MAY 2016 ON PROCEDURAL SAFEGUARDS
FOR CHILDREN WHO ARE SUSPECTS OR ACCUSED PERSONS
IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

MARGARITA CHINOVA*

Department „Criminal Law Studies“

BOYAN BELEZHKOV**

Department „Criminal Law Studies“

Abstract: The purpose of Directive (EU) 2016/800 of the European parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings is to establish procedural safeguards to ensure that children, meaning persons under the age of 18, who are suspects or accused persons in criminal proceedings, are able to understand and follow those proceedings and to exercise their right to a fair trial, and to prevent children from re-offending and foster their social integration.

A focus on the analysis of this article is the achievements of the Bulgarian legislation and the case law and their compliance with Directive (EU) 2016/800 and the international standards of justice, consistent with the highest interests of juveniles accused of committing a crime.

Keywords: criminally liable persons, juvenile, criminal justice.

I. Държавите членки трябва да транспонират Директива (ЕС) 2016/800 на Европейския парламент и Съвета от 11 май 2016 г. относно процесуалните гаранции за децата, които са заподозрени или обвиняеми в рамките на наказателното производство (Директивата) като приемат необходимите нормативни правила най-късно до 11 юни 2019 г. В тази директива са отчетени и *Насоките на Комитета на министрите на Съвета на Европа за правосъдие, съобразено с интересите на децата от 2010 г.*

* Professor of Criminal Procedure at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, LL.D.

** Chief Asst. Prof. of Criminal Procedure at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D, boyan_belezkhov@abv.bg

Когато деца са заподозрени или обвиняеми в рамките на наказателно производство или са субект на производство по европейска заповед за арест, съгласно Рамково решение на Съвета 2002/584/ПВР, държавите членки следва да гарантират, че **най-добрият интерес на детето е винаги от първостепенно значение**. Съгласно чл. 24, пар. 2 от Хартата на основните права на Европейския съюз, при всички действия, които се предприемат от публичните власти или частни институции по отношение на децата, **висшият интерес на детето** трябва да бъде от първостепенно значение. Аналогично е и правилото на чл. 3, ал. 1 от Конвенцията на ООН за правата на детето, според което **висшите интереси на детето са първостепенно съображение** във всички действия, отнасящи се до децата, независимо дали са предприети от обществени или частни институции, от съдилищата, административните или законодателните органи. Този стандарт е възприет като **основен принцип** при провеждане на правосъдие, съобразено с висшия интерес на детето още с Минималните стандартни правила на ООН за правораздаване при непълнолетните (Правила на ООН относно минималните стандарти, отнасящи се до младежката престъпност – „Пекински правила“), приети на 29.11.1985 г.

На децата, които са заподозрени или обвиняеми в рамките на наказателното производство, следва да се отделя особено внимание, за да се **съхрани потенциалът им за развитие и реинтеграция в обществото** (т. 9 от Уводната част на Директивата). Затова при транспонирането на тази директива трябва да се въведат процесуални гаранции, които да осигурят, че децата, които са заподозрени или обвиняеми в рамките на наказателното производство, са в състояние **да разбират и проследяват производството, да упражняват правото си на справедлив съдебен процес**, и за да се **предотврати извършването на рецидиви** от тях, както и да се **спомогне за социалното им интегриране** (т. 1 от Уводната част на Директивата).

II. Предмет и обхват на Директивата (чл. 1 и чл. 2)

1. Видно от чл. 1, Директивата се отнася до въвеждането на „общи минимални правила относно някои права на децата, които са:

а) **заподозрени или обвиняеми** в рамките на наказателното производство или

б) са **субекти на производство по европейска заповед за арест**, съгласно Рамково решение 2002/584/ПВР...“.

В чл. 3 е **дефинирано** понятието „дете“, което означава „лице на възраст под 18 години“. Когато „не е сигурно дали лицето е навършило 18 години, това лице се приема за дете“.

По **българското право** в тази връзка е въведен **по-висок стандарт**. Съгласно чл. 31, ал. 2 от Наказателния кодекс (НК) – „Непълнолетно лице, навършило 14 години, но ненавършило 18 години е наказателноотговорно, ако е

могло да разбира свойството и значението на деянието и да ръководи постъпките си“. Кодексът има предвид невъзможност на лицето да разбира свойството и значението на деянието и да ръководи постъпките си, като следствие на по-ниската му възраст, интелектуален и психически капацитет, а не като резултат от едно или друго негово болестно състояние. Затова по делата срещу непълнолетни лица обичайно се назначава съдебно-психологическа експертиза. В този смисъл е и Постановление № 6 от 1975 г. на Върховния съд (ВС) – „Съгласно чл. 31, ал. 2 НК непълнолетните лица са наказателноотговорни при условие че са могли да разбират свойството и значението на деянието и да ръководят постъпките си. С оглед на това е необходимо внимателно да се изяснява тяхното психическо състояние. При всяко съмнение относно психическото и волевото им състояние да се назначава експертиза“.

В тази връзка е ценно указанието, дадено с т. 13 от Директивата – „Държавите членки следва да определят възрастта на детето въз основа на собствените му обяснения, чрез проверка на гражданското му състояние, проучване на документи и други доказателства и ако не разполагат с такива доказателства или те са неубедителни – въз основа на медицински преглед. Медицински преглед следва да се извършва в краен случай и при строго зачитане на правата на детето, неговата физическа неприкосновеност и човешкото му достойнство. Когато продължават да съществуват съмнения относно възрастта на лицето, то следва да се счита за дете за целите на настоящата директива“.

В същия чл. 3 е дадена *дефиниция* и на понятието „носител на родителска отговорност“. „Родителска отговорност“ означава всички права и задължения, отнасящи се до лицето или имуществото на детето, които са предоставени на физическо или юридическо лице по силата на решение, на закона или на споразумение, пораждащо правни последици, включително правото на упражняване на родителски права и правото на лични отношения с детето“. Възприетите в *българското законодателство* понятия „родител“ (рожден или осиновител) и „попечител“ *напълно съответстват* на всички елементи на тази дефиниция.

2. Съгласно чл. 2, пар. 1 Директивата „се прилага до окончателното изясняване на въпроса, дали заподозреният или обвиняемият е извършил престъпление, включително, когато е приложимо, до постановяването на присъдата и решението по евентуални обжалвания“. Следователно настоящата директива *се прилага* до приключването на наказателното производство с влязла в сила присъда или определение, или разпореждане на съда, или постановление на прокурора за прекратяване на производството.

Настоящата директива „следва да се прилага единствено за наказателните производства; тя не следва да се прилага за други видове производства, в частност производства, които са специално предназначени за деца и които биха могли да доведат до вземането на мерки за закрила, възпитателни или образователни мерки“ (т. 17 от Уводната част на Директивата).

3. Разпоредбата на чл. 2, пар. 3 от Директивата определя, че нейните разпоредби, с изключение на тези, които се отнасят до носителя на родителска отговорност, се прилагат и по отношение на лицата, ако са били „деца, когато са станали субекти на производството, но впоследствие са навършили 18 години и прилагането на настоящата директива или на определени разпоредби от нея е целесъобразно предвид обстоятелствата по делото, включително с оглед степента на зрелост и уязвимост на засегнатото лице“. Очевидно, става въпрос за хипотезите, когато **непълнолетният обвиняем навърши пълнолетие** в хода на процеса. В *българското законодателство* няма подобна *разпоредба*. Затова и практиката на съдилищата е различна по въпроса прилагат ли се особените правила по Глава тридесета от Наказателно-процесуалния кодекс (НПК) и когато непълнолетният обвиняем навърши пълнолетие в хода на процеса или тяхното приложение се преустановява. В тази връзка пред българския законодател остават открити три *възможности*:

а) да се предвиди възможно най-висок стандарт – разпоредбите на Глава тридесета от НПК, с изключение на тези за родителите и попечителите, да се прилагат и когато непълнолетният обвиняем навърши пълнолетие в хода на процеса;

б) да се предвиди, че се прилагат само някои правила от Глава тридесета от НПК, така както са изчерпателно посочени – за състава на съда, задължителното участие на защитник-адвокат; разглеждане на делото при закрити врати и т.н.;

в) да се предвиди, че се прилагат правилата, които е целесъобразно да намерят приложение, с оглед обстоятелствата по делото и степента на зрелост на непълнолетния.

4. Според цитираната разпоредба на чл. 2, пар. 3 – „Държавите членки могат да решат да не прилагат настоящата директива, когато заинтересованото лице е **навършило 21 години**“. *Българският НПК предвижда*, когато пълнолетно лице е привлечено като обвиняем за престъпление, извършено от него като непълнолетен, делото да се разглежда по общия ред (чл. 394, ал. 1 НПК). Очевидно е без значение дали при привличането на обвиняем лицето е навършило или не 21 години. От значение е единствено да е навършило 18 години. При бъдещото изменение и допълнение на НПК в тази връзка трябва да се съобрази т. 12 от Уводната част на Директивата – „В случай че към момента, когато става заподозрян или обвиняем в рамките на наказателното производство, лицето е навършило 18 години, но престъплението е извършено, когато лицето е било дете, държавите членки се насърчават да прилагат предвидените в настоящата директива процесуални гаранции до навършване на 21 години от съответното лице, най-малкото по отношение на престъпленията, които са извършени от същия заподозрян или обвиняем и са предмет на общо разследване и наказателно преследване, тъй като са неразривно свързани с

наказателно производство, което е било образувано срещу същото лице, преди то да навърши 18 години“. Този стандарт е само препоръчителен. Но ако същият трябва да бъде въведен, *разпоредбата на чл. 394 НПК* би могла да се *допълни* с примерно следния текст – „Когато се привлича пълнолетен обвиняем за престъпление, извършено от него като непълнолетен, особените правила на Глава тридесета от НПК се прилагат до навършване на 21 години за престъпленията, които са свързани с наказателно производство, по което същото лице е било привлечено като обвиняем, преди да навърши пълнолетие и производствата са обединени“.

5. В същото време трябва да се измени разпоредбата на чл. 394, ал. 2 НПК, според която – „Когато непълнолетният е привлечен като обвиняем за деяние, извършено в съучастие с пълнолетен, делата не се разделят и производството се разглежда по общия ред“. В директивата не се съдържа изключение, дори няма идея за това, че нейните правила не се прилагат, когато непълнолетният е извършил престъпление в съучастие с пълнолетен. Азбучно е известно, че когато директивата не съдържа изключения, държавите членки, при транспонирането ѝ, не могат да въведат такива. Това би било оценено от европейските институции като неправилно транспониране. Ето защо *разпоредбата на чл. 394, ал. 2 НПК трябва да се допълни* като се укаже кои особени правила по глава тридесета от НПК се прилагат и когато непълнолетният е привлечен като обвиняем за престъпление, извършено в съучастие с пълнолетно лице.

Съгласно чл. 2, пар. 6 от Директивата, по отношение на „*деки нарушения*“:

а) когато правото на държава членка предвижда налагане на наказание от орган, различен от съд, компетентен по наказателни дела, и налагането на това наказание може да бъде обжалвано или отнесено към такъв съд или

б) когато не може да бъде наложено наказание лишаване от свобода, директивата се прилага само за производството пред съд, компетентен по наказателни дела.

При всички случаи настоящата директива се прилага изцяло, когато „непълнолетният е задържан, независимо от етапа на наказателното производство“. По *българския НПК* в областта на наказателния процес е въведен *по-висок стандарт*, защото особените правила за непълнолетните по Глава тридесета от НПК се прилагат във всички случаи, без значение от етапа на производството, тежестта на извършеното престъпление, без оглед на предвидената санкция, без значение дали престъплението е от общ или частен характер, дали обвиняемият е задържан или му е наложена по-лека мярка за неотклонение. Въпрос на *наказателна политика и законодателна целесъобразност* е въвеждането на регламент особените правила по Глава тридесета от НПК да не се прилагат на досъдебна фаза, когато за престъплението, за което е повдигнато обвинението, не се предвижда наказание лишаване от свобода. В подобен смисъл е разяснението, дадено в т. 16 от Уводната част на Директивата.

III. Правото на непълнолетния обвиняем да бъде информиран за неговите права (чл. 4 от Директивата)

Тази разпоредба трябва да се прилага като се отчитат и стандартите, въведени чрез Директива 2012/13/ЕС относно правото на информация в наказателното производство, както и Директива 2013/48/ЕС относно правото на достъп до адвокат в наказателното производство и в производството по европейска заповед за арест и относно правото на уведомяване на трето лице при задържане. Настоящата директива обаче предвижда и други **допълнителни гаранции** по отношение на информацията, предоставяна на непълнолетните обвиняеми и на носителя на родителска отговорност с цел да се отчетат конкретните потребности и уязвимост на тези лица. Става въпрос за уведомяването за правата, така както са изброени в чл. 4, пар. 1, а именно правото:

- на носителя на родителска отговорност да бъде информиран;
- на адвокатска защита;
- на неприкосновеност на личния живот;
- на придружаване от носителя на родителска отговорност по време на етапите на производството, различни от съдебните заседания;
- на правна помощ;
- на личностна характеристика;
- на медицински преглед, включително правото на медицинска помощ;
- на ограничаване на задържането и на прилагане на алтернативни мерки, включително правото на периодичен контрол на задържането под стража;
- да бъдат придружавани от носителя на родителска отговорност по време на съдебните заседания;
- на лично явяване в съдебното производство;
- на достъп до ефективни правни средства за защита;
- на специално отношение по време на задържането.

За транспонирането на разпоредбата на чл. 4, пар. 1 от Директивата е необходимо в *чл. 55 НПК* да се предвиди *нова алинея* четвърта, която би могла да се формулира примерно по следния начин – „Когато обвиняемият е непълнолетен, освен правата по предходните алинеи, той има и следните права:

- на неприкосновеност на личния му живот;
- да бъде придружаван от своите родители или попечители, или друго подходящо пълнолетно лице, по време на наказателното производство;
- на личностна характеристика;
- на медицински преглед и медицинска помощ;
- на лично явяване в съдебните заседания;
- на специално отношение по време на задържането;
- родителите или попечителят, или друго подходящо пълнолетно лице, да бъдат информирани за неговите права“.

Съгласно чл. 4, пар. 2 от Директивата държавите членки гарантират, че информацията за правата „се предоставя писмено, устно или и по двата начина, на прост и достъпен език и че предоставената информация се записва при използване на процедурите за протоколиране в съответствие с националното право“. Този регламент е *въведен в българското право*. В постановлението за привличане на обвиняем, както това е изрично предвидено в чл. 219, ал. 3, т. 6 НПК, задължително се посочват правата на обвиняемия и му се връчва препис от това постановление. По този начин е гарантирано, че обвиняемият е писмено запознат със своите права.

IV. Носителят на родителска отговорност трябва да бъде информиран за правата на детето (чл. 5 от Директивата)

1. Съгласно пар. 1 на чл. 5 от Директивата – „Държавите членки гарантират, че на носителя на родителска отговорност се предоставя във възможно най-кратки срокове информацията, която детето има право да получи...“. Според пар. 2 на същата разпоредба, информацията „се предоставя на друго *подходящо пълнолетно лице*, посочено от детето и прието за такова от компетентния орган, когато предоставянето на тази информация на носителя на родителска отговорност:

а) би било в противоречие с най-добрия интерес на детето;

б) е невъзможно, тъй като след полагането на разумни усилия не може да се установи връзка с носителя на родителска отговорност или самоличността му не е известна;

в) би могло, въз основа на обективни и фактически обстоятелства, съществено да възпрепятства наказателното производство“.

Освен това, когато детето „не е посочило друго подходящо пълнолетно лице или когато посоченото не е приемливо за компетентния орган, последният, като отчита най-добрия интерес на детето, определя друго лице и му предоставя информацията. Това лице може да е също така представител на орган или на друга институция, отговаряща за закрилата или благосъстоянието на децата“. Съгласно чл. 5, пар. 3 от Директивата при отпадане на тези обстоятелства, всяка информация, която детето получава и която „продължава да е от значение в хода на производството, се предоставя на носителя на родителска отговорност“.

Аналогична уредба няма формулирана в НПК. Затова в Глава тридесета от НПК трябва да се *въведе нова разпоредба*, която би могла да има примерно следното съдържание:

(1) По делата за престъпления, извършени от непълнолетни, участват родителите или попечителите, които придружават и подпомагат непълнолетния, привлечен като обвиняем.

(2) В наказателното производство може да вземе участие друго подходящо пълнолетно лице, посочено от обвиняемия и прието за такова от съот-

ветния орган, когато участието на родителите или попечителя или на някои от тях:

а) е невъзможно, тъй като е с неустановено местоживееие или е с неизвестна самоличност;

б) създава реална опасност от възпрепятстване на производството и разкриването на обективната истина;

в) би било в противоречие с правото на защита на непълнолетния обвиняем и с неговия най-добър интерес.

(3) Когато обвиняемият не посочи друго подходящо пълнолетно лице или посоченото не е приемливо за съответния орган, той като отчита най-добрия интерес на непълнолетния, определя друго лице, което да участва в производството. Това лице може да е представител на орган или на институция, отговаряща за закрилата на децата.

(4) При отпадане на обстоятелствата по ал. 2 и ал. 3, в наказателното производство вземат участие родителите или попечителят.

(5) Съответният орган уведомява незабавно писмено или устно родителите или попечителя, или друго подходящо пълнолетно лице за процесуалните права на непълнолетния, привлечен като обвиняем.

В уводната част на Директивата са посочени примерни хипотези кога се определя друго подходящо пълнолетно лице – когато са налице „обективни и фактически обстоятелства, които сочат или дават основание за съмнение, че предоставянето на информация на носителя на родителска отговорност би могло съществено да възпрепятства наказателното производство, по-специално, когато биха могли да бъдат унищожени или променени доказателства, би могло да бъде оказано влияние върху свидетелите или носителят на родителска отговорност може да е участвал заедно с детето в престъплението, в което то е обвинено или заподозряно“ (т. 23).

Във връзка с въвеждането на такава разпоредба се налага във *всички текстове на НПК* изразът – „родителите или попечителите“ да се *допълни* с думите – „или друго подходящо пълнолетно лице“.

2. Освен това трябва да се преосмисли и **процесуалното положение** на родителите и попечителите. Те участват в наказателното производство, освен процесуалното качество на *родители или попечители* и в качеството на *защитници*, ако са упълномощени от непълнолетния обвиняем. Те се призовават за участие, за да подпомогнат държавните власти при разкриването на обективната истина. В същото време, за да подпомогнат и правото на защита на непълнолетния могат да се конституират и като защитници. Съгласно Постановление № 6 от 1975 г. на ВС родителите и попечителите в „това си качество трябва да *съдействат на съда за изясняване на всички обстоятелства по делото, отнасящи се до обвинението и личността на подсъдимия*. Кодексът им дава право да участвуват в събирането и проверката на доказа-

телствените материали и да правят искания, бележки и възражения. Такова право имат и когато са свидетели по делото. Когато са защитници, имат всички права на такива“. Очевидно, че базисните постановки, както впрочем и принципните правила за участието на родителите и попечителите по смисъла на стандартите на директивата, а и на насоките на Комитета на министрите на Съвета на Европа за правосъдие, съобразено с най-добрия интерес на детето, **са различни на идейно ниво**. Носителите на родителска отговорност участват в наказателното производство, за да *подпомогнат, да окажат помощ, да придружават децата* пред съответните институции и органи без изискването да са конституирани и като защитници. Няма дори идея за това да съдействат на държавните власти за разкриването на истината във връзка с повдигнатото обвинение. Затова след въвеждането на тази директива и новата роля на родителите и попечителите, едва ли е необходимо да се конституират и като защитници, за да подпомагат и оказват помощ на непълнолетния. По новите стандарти те могат да направят това, като участват в наказателния процес само в качеството на родители или попечители.

Съгласно действащото българско законодателство няма пречка процесуалното качество на родител и попечител да се съчетава с това на *граждански ответник* в наказателното производство. Трябва да се държи сметка за това, че с конституирането на фигурата на гражданския ответник за родителите или попечителите възникват редица самостоятелни процесуални права, които те упражняват в защита на свой собствен материален интерес. Затова могат да заемат процесуална позиция, която не съвпада с тази на обвиняемия, например когато представят доказателства, че нямат вина за причинените вреди и отговорността им трябва да отпадне (чл. 48, ал. 3 от Закона за задълженията и договорите). В такава хипотеза несъмнено ще възникне противоречие с интересите на тяхното дете и участие им като родители или попечители следва да бъде преустановено, а по делото да вземе участие друго подходящо пълнолетно лице.

V. Адвокатска защита (чл. 6 от Директивата)

1. Децата, които са „заподозрени или обвинени в рамките на наказателното производство, имат право на достъп до адвокат в съответствие с директива 2013/48/ЕС“ (чл. 6, пар. 1 от Директивата).

„Държавите членки гарантират, че децата получават адвокатска защита без неоправдано забавяне, след като бъдат уведомени, че са заподозрени или обвиняеми. При всички случаи децата трябва да се ползват от адвокатска защита, считано от настъпването на по-ранното от следните събития:

а) *преди да бъдат разпитани* от полицията или от друг правоохранителен орган, или от съдебен орган;

б) *при извършването на следствено действие или на друго действие по събиране на доказателства;*

в) без неоправдано забавяне *след задържането* им;

г) когато са призовани да се явят пред съд, компетентен по наказателни дела – своевременно преди *явяването им пред този съд*“ (чл. 6, пар. 3 от Директивата). Правото на непълнолетните да се ползват от услугите на адвокат най-рано ***преди да бъдат разпитани*** от полицията или от друг правоохранителен орган, или от съдебен орган, *е въведено в НПК* преди приемането на тази директива. Обвиняемият задължително се призовава за предявяване на обвинението и *разпита*, като му се връчва призовка, в която се указва „правото му да се яви със защитник и възможността да му бъде назначен защитник“ в случаите на задължителна защита по чл. 94, ал. 1 НПК (чл. 219, ал. 5 НПК), каквато е защитата от адвокат на непълнолетни обвиняеми. По този начин е осигурено в пълна мяра правото на обвиняемия на достъп до адвокат включително преди неговия първи разпит в това процесуално качество.

Обвиняемият има право на достъп до адвокат при извършването на ***действия по събирането на доказателства*** от страна на разследващите или на други компетентни органи. По българския НПК – „Обвиняемият има право защитникът му да участва при извършване на действия по разследването и други процесуални действия с негово участие, освен когато изрично се откаже от това право“ (чл. 55, ал. 1). Става въпрос за достъп до адвокат при извършването на всички действия по разследването, които се провеждат с участието на обвиняемия. Непълнолетният обвиняем не може да се откаже от участието на неговия адвокат, защото защитата е абсолютно задължителна. Затова може да се направи заключение, че и този стандарт на директивата с *НПК е осигурен*.

Непълнолетните обвиняеми трябва да имат право на адвокат без неоправдано забавяне *след задържането им*. Това право на задържаните лица в нашето законодателство е установено с конституционен регламент в Конституцията на Република България (КРБ) – „Всеки има право на адвокатска защита от момента на задържането му...“ (чл. 30, ал. 4 КРБ). По аналогичен начин е формулирана и разпоредбата на чл. 97, ал. 1 НПК – „Защитникът може да участва в наказателното производство от момента на задържането на лицето...“. Тъй като е употребено родовото понятие „задържане“ няма съмнение, че обвиняемият има право на адвокат от момента на задържането му както от прокурора, така и от момента на задържането му под стража от съответния първоинстанционен съд. Нещо повече, лицето има право на защитник от момента на задържането му и преди да е привлечено като обвиняем – чл. 16а, ал. 5 от Закона за митниците, чл. 72, ал. 5 от Закона за Министерство на вътрешните работи (ЗМВР) и т.н.

Обвиняемите трябва да имат право на адвокат и когато са призовани да се явят пред съд, компетентен по наказателни дела – своевременно ***преди явяването им пред този съд***. Този стандарт също е *въведен в НПК*. Разпитът на обвиняемия пред съдия се провежда с участието на неговия защитник, чието

явяване се осигурява от съответния орган (чл. 222, ал. 2 НПК). Подсъдимият може да се яви със защитник както при разглеждане на делото в първоинстанционния съд, така във втората и касационната инстанция (чл. 271, ал. 2, т. 3, чл. 329, ал. 3 и чл. 353, ал. 3 НПК). По делата срещу непълнолетни участието на адвоката както в разпоредителното заседание за предаване на съд, така и в съдебните заседания пред всички съдебни инстанции е винаги задължително. В съдебното производство по разглеждане на европейска заповед за арест участието на защитник-адвокат също е задължително (чл. 44, ал. 3 и чл. 43, ал. 4 от Закона за екстрадицията и европейската заповед за арест).

За държавите членки е предвидена възможност за **дерогация** на правилото на чл. 6, пар. 3 от Директивата, когато „адвокатската защита е непропорционална предвид обстоятелствата по делото, като се отчитат тежестта на престъплението, в което е обвинено или заподозряно детето, сложността на делото и мерките, които могат да се предприемат по отношение на такова престъпление, като се приема, че най-добрият интерес на детето е винаги от първостепенно значение. При всички случаи държавите членки гарантират, че децата се ползват от адвокатска защита:

а) когато се явяват пред компетентен съд или съдия с оглед вземане на решение относно задържане под стража на всеки етап на производството, попадащ в обхвата на настоящата директива;

б) както и по време на задържането“ (чл. 6, пар. 6 от Директивата).

Въвеждането на подобни правила е въпрос на *законодателна целесъобразност*.

2. Според чл. 6, пар. 4 от Директивата, **адвокатската защита включва** следното: държавите членки гарантират, че „децата:

а) имат правото *да се срещат насаме* и да *осъществяват връзка* с представляващия ги *адвокат*, включително преди разпита от полицията или от друг правоохранителен орган, или от съдебен орган;

б) се ползват от *адвокатска защита по време на разпита* им и че *адвокатът* може да взема *ефективно участие* по време на разпита;

в) се ползват от адвокатска защита най-малко по време на следните следствени действия или *действия по събиране на доказателства*, когато тези действия са предвидени в националното право и ако заподозреният или обвиняемият е длъжен да присъства на въпросното действие или му е разрешено такова присъствие:

i) разпознаване;

ii) очна ставка;

iii) оглед на местопрестъплението“.

Българското законодателство урежда правото на обвиняемия **да се среща насаме и да осъществява връзка** със своя защитник с конституционен регламент (чл. 30, ал. 5 КРБ). С последните изменения на НПК обвиняемият има

право свободно да осъществява връзка със защитника си, да се среща насаме с него, да получава съвети и друга правна помощ (чл. 55, ал. 2 НПК).

За *срещите* между обвиняемия и неговия адвокат, включително и когато той е задържан, не са предвидени каквито и да било ограничения нито за продължителността, нито за честотата им. Правото да се срещат насаме е абсолютно и неограничено, независимо от обстоятелствата на производството и сложността на случая, както и независимо дали е постановено задържане до 72 часа от прокурора или задържане под стража от компетентния първоинстанционен съд. Единствените ограничения са свързани с осигуряване на безопасността и сигурността, по-специално на адвоката или обвиняемия, на мястото на провеждане на срещата (чл. 73 от Правилника за прилагане на Закона за изпълнение на наказанията и задържане под стража – ППЗИНЗС)

В законодателството на Република България правото на обвиняемия *да осъществява връзка със своя защитник също е гарантирано* с редица правила преди приемането на директивата. На задържаното лице незабавно се разясняват правата му на свиждане, телефонна връзка и кореспонденция (чл. 243, ал. 2 от Закона за изпълнение на наказанията и задържане под стража – ЗИНЗС). Задържаните могат „по всяко време на денонощието да си кореспондират без ограничение” със своите адвокати и „да ползват телефонна връзка по всяко време през деня“ – чл. 76, ал. 2, вр. с чл. 240 ЗИНЗС. Задържаните под стража имат право на кореспонденция без ограничения, която не подлежи на проверка (чл. 256 ЗИНЗС). По този начин е *въведено правилото* на чл. 6, пар. 5 от Директивата според което – „Държавите членки зачитат поверителността на комуникацията между детето и неговия адвокат при упражняването на предвиденото в настоящата директива право на адвокатска защита. Тази комуникация включва срещи, кореспонденция, телефонни разговори и други разрешени съгласно националното право форми на комуникация“.

НПК регламентира редица правила, които гарантират правото на адвокатата да ***присъства по време на разпита на обвиняемия***. Органът на досъдебното производство „е длъжен да разясни на обвиняемия, че има право на защитник, и му осигурява възможност незабавно да се свърже с него. Той не може да извършва никакви действия по разследването, включително и разпит на обвиняемия, и други процесуални действия с негово участие, докато не изпълни това си задължение“ (чл. 97, ал. 2 НПК). С последните изменения на НПК обвиняемият има право свободно да осъществява връзка със защитника си, да се среща насаме с него, да получава съвети и друга правна помощ, включително *преди започване и по време на провеждане на разпита* (чл. 55, ал. 2 НПК). Правото на обвиняемия неговият защитник да присъства по време на разпита е осигурено и в съдебната фаза на процеса:

– съдебното заседание се отлага, когато не се яви „защитникът, ако не е възможно да бъде заменен с друг, без да се накърни правото на защита на подсъдимия“ (чл. 271, ал. 2, т. 3 НПК);

– призоваването на страните, между които е и защитникът на подсъдимия, за съдебното заседание на въззивната и касационната инстанция е задължително (чл. 328 и чл. 353, ал. 1 НПК).

Обясненията на обвиняем, дадени по същото дело пред орган на досъдебното производство, могат да бъдат прочетени в съдебното заседание, но само ако са били дадени в присъствието на неговия защитник (чл. 279, ал. 2 НПК). Когато тези обяснения се отнасят до повдигнато обвинение на друг подсъдим, прочитането им е допустимо само със съгласието на този подсъдим, за което по негово искане, съдът му назначава защитник, ако няма такъв (чл. 279, ал. 3 НПК).

Директивата изисква не само да е предвидено защитникът да присъства по време на разпита на обвиняемия, но и нещо повече, да е гарантирано *ефективното негово участие*. По *българския НПК* ефективното участие на адвокатата по време на разпита на обвиняемия е *осигурено* чрез редица предвидени процесуални гаранции, които в своята съвкупност биха могли да удовлетворят изискванията на анализираната директива. Според чл. 138, ал. 4 НПК по време на разпита на „обвиняемия могат да се поставят въпроси за допълване на неговите обяснения или за отстраняване на непълноти, неясноти или противоречия“. По време на съдебния разпит разпоредбата на чл. 277, ал. 1 НПК изрично предвижда и правото на защитника да задава въпроси на подсъдимия. Защитникът на същото основание може да прави възражения за отстраняване на всякакви непълноти, противоречия или неясноти по време на разпита. Освен това на основание чл. 99, ал. 1 НПК защитникът може да прави искания, бележки и възражения, включително и по време на разпита на обвиняемия.

С НПК е гарантирано и правото на обвиняемия да се ползва от адвокатска защита по време на извършване на *действията по събиране на доказателства*, включително при разпознаване, очна ставка и оглед на местопрестъплението. Съгласно чл. 55, ал. 1 НПК обвиняемият „има право защитникът му да участва при извършване на действия по разследването и други процесуални действия с негово участие, освен когато изрично се откаже от това право“. Непълнолетният обвиняем не може да се откаже от това свое право, тъй като по тези дела адвокатската защита е абсолютно задължителна. С едни от последните изменения на НПК обвиняемият има право свободно да осъществява връзка със защитника си, да се среща насаме с него, да получава съвети и друга правна помощ, включително преди започване и по време на провеждане на разпита и *на всяко друго процесуално действие с участие на обвиняемия* (чл. 55, ал. 2 НПК).

В съдебната фаза на процеса правото на подсъдимия, както и на неговия защитник, да участват във всички съдебни следствени действия е неограничено. Практиката на съдилищата е константна и непротиворечива, че призоваването на подсъдимия и неговия защитник за съдебното заседание, независимо дали участието им е задължително или не, е съществено процесуално

нарушение. Съдебното заседание се отлага, когато не се яви защитникът, ако „не е възможно да бъде заменен с друг, без да се накърни правото на защита на подсъдимия“ (чл. 271, ал. 2, т. 3 НПК).

На досъдебната фаза участието на защитника е ограничено до действията по разследването с участие на обвиняемия (чл. 99, ал. 1 НПК). Става въпрос за действията, които *се извършват с обвиняемия* и неговото участие е *задължително*, за действията, които се провеждат с *участието на други лица*, но за които НПК предписва да *бъде призван и обвиняемият* и за действията, при извършването на които НПК *не предвижда* присъствието на обвиняемия и неговия защитник, но органът на досъдебното производство може да им *разреши* това, ако в конкретния случай няма да се затрудни разследването (чл. 224 НПК).

3. Съгласно чл. 6, пар. 7 от Директивата, когато „детето трябва да получи адвокатска защита, но адвокат не присъства, компетентните органи отлагат разпита на детето или другите следствени действия или действия по събиране на доказателства, за разумен срок, за да осигурят възможност за явяването на адвоката, или когато детето не е посочило адвокат, за осигуряването на такъв за детето“.

Участието на адвокат на обвиняемия по делата за престъпления, извършени от непълнолетни е **винаги задължително** (чл. 94, ал. 1, т. 1 НПК) и затова в този смисъл *няма нужда от транспонирането на директивата в тази и част*. Когато обвиняемият се яви без упълномощен защитник, разследващият орган извършва действията, за които е призван, като в случаите на чл. 94, ал. 1 НПК му назначава защитник (чл. 219, ал. 7 НПК). Когато обвиняемият се яви без упълномощен защитник, разследващият орган му предявява разследването, като в случаите на задължителна защита му назначава резервен защитник, независимо от упълномощаването на защитник (чл. 227, ал. 5 НПК). Разпоредителното заседание се отлага, когато не се яви защитникът в случаите на задължителна защита. Съдебното заседание се отлага, ако не се яви защитникът, ако не е възможно да бъде заменен с друг без да се накърни правото на защита на подсъдимия (чл. 271, ал. 2, т. 3 НПК).

От правото на непълнолетните да получат адвокатска защита без неоправдано забавяне по смисъла на чл. 6, пар. 3 от Директивата е предвидена възможност и за друга **дерогация** – „При изключителни обстоятелства и само в досъдебната фаза „доколкото това е обосновано предвид конкретните обстоятелства по делото от една или повече от следните наложителни причини:

а) когато е налице неотложна необходимост да се предотвратят тежки неблагоприятни последици за живота, свободата или физическата неприкосновеност на детето;

б) когато се налага разследващите органи да предприемат незабавни действия, за да се предотврати сериозно възпрепятстване на наказателното производство във връзка с тежко престъпление.

Държавите членки гарантират, че при прилагане на настоящия параграф компетентните органи отчитат най-добрия интерес на детето. Решение да се проведе разпит в отсъствието на адвокат съгласно настоящия параграф може да бъде взето единствено за всеки отделен случай от съдебен орган или от друг компетентен орган, при условие че върху решението, може да бъде упражнен съдебен контрол“ (чл. 6, пар. 8 от Директивата). Въвеждането на подобна дерогация е въпрос на *наказателна политика* в областта на детското правосъдие и на *законодателна целесъобразност*.

VI. Право на личностна характеристика (чл. 7 от Директивата)

Според чл. 7, пар. 1 и 2 от Директивата – „Държавите членки гарантират отчитането на специалните потребности на децата от гледна точка на закрила, образование, обучение и социална интеграция, за да се определи дали и в каква степен те биха могли да се нуждаят от специални мерки по време на наказателното производство, както и обхватът на наказателната им отговорност и доколко е подходящо налагането на конкретно наказание. За тази цел на децата, които са заподозрени или обвиняеми в рамките на наказателното производство, се изготвя личностна характеристика. При изготвянето на личностната характеристика се обръща внимание по-специално на личността и степента на зрелост на детето, на неговата икономическа, социална и семейна среда, както и всякакъв друг конкретен белег за уязвимост, който може да характеризира детето“.

„Личностната характеристика се изготвя с активното участие на детето. Тя се изготвя от квалифицирани служители, като се следва, доколкото е възможно, мултидисциплинарен подход и, когато е целесъобразно, се включва и носителят на родителска отговорност или друго подходящо пълнолетно лице, и/или квалифициран специалист. Ако елементите, които стоят в основата на личностната характеристика, се променят значително, държавите членки гарантират актуализирането на характеристиката по време на цялото наказателно производство“ (чл. 7, пар. 7 и 8 от Директивата). Тази характеристика „има за цел да установи такава информация за индивидуалните черти на детето и конкретните обстоятелства, свързани с него, която може да се използва от компетентните органи, когато:

- а) решават дали да бъде предприета конкретна мярка в полза на детето;
- б) преценяват целесъобразността и ефективността на всякакви мерки за процесуална принуда по отношение на детето;
- в) вземат решение или предприемат действие в хода на наказателното производство, включително при постановяването на присъдата“ (чл. 7, пар. 4 от Директивата).

Личностната характеристика „се изготвя на най-ранния подходящ етап на производството – преди повдигане на обвинението. При липса на личностна характеристика обвинението може въпреки това да бъде повдигна-

то, при условие че това е в най-добрия интерес на детето и че личностната характеристика във всички случаи ще бъде на разположение в началото на съдебните заседания в съдебната фаза на производството“. (чл. 7, пар. 5 и 6 от Директивата).

Съгласно чл. 387 НПК – „При разследването и съдебното следствие се събират доказателства за деня, месеца и годината на раждането на непълнолетния, за образованието, за средата и условията, при които е живал, и доказателства дали престъплението не се дължи на влиянието на пълнолетни лица“. Този *законодателен регламент* е твърде лаконичен, затова трябва да се *допълни*, за да се получи пълно транспониране на директивата. Към разпоредбата на чл. 387 НПК следва да се добавят няколко нови алинеи, които биха могли да имат следната примерна редакция:

(1) „В личностната характеристика се отразяват личността и степента на зрелост на непълнолетния обвиняем, на неговата икономическа, социална и семейна среда, както и всякакъв друг конкретен белег за уязвимост, който характеризира неговата личност“.

(2) „Личностната характеристика се изготвя с участието на непълнолетния обвиняем в зависимост от конкретния случай от инспектор при детска педагогическа стая или член на местната комисия за борба с противообществените прояви на малолетни и непълнолетни, представител на училищните власти, детски психолог и психиатър, представител на социалните служби или на тези по Закона за закрила на детето и други. При изготвянето на характеристиката може да се включат и родителите или попечителя на непълнолетния, или друго подходящо пълнолетно лице“.

(3) „Личностната характеристика може да се актуализирана по време на наказателното производство, ако се променят обстоятелствата, свързани с личността на непълнолетния обвиняем. Личностна характеристика, изготвена за същия непълнолетен обвиняем по друго наказателно производство може да се използва, ако бъде актуализирана“.

(4) „Личностната характеристика се взема предвид при извършването на действия с участието на непълнолетния обвиняем, при налагането на мерки за процесуална принуда и при определянето на наказанието“.

(5) „Личностната характеристика се изготвя веднага след като непълнолетният е привлечен като обвиняем. Обвинението пред съда може да се повдигне и без личностна характеристика, ако това е в интерес на непълнолетния обвиняем, но тя трябва да е на разположение на съда до началото на разпоредителното заседание за предаване на съд пред първоинстанционния съд“.

Разпоредбата на чл. 7, пар. 9 от Директивата предвижда възможност за **„дерогация** от задължението за изготвяне на личностна характеристика, ако дерогацията е оправдана при обстоятелствата по делото и при условие че тя е съвместима с най-добрия интерес на детето“. Въвеждането на подобна дерогация е въпрос на *законодателна целесъобразност*.

VII. Право на медицински преглед (чл. 8 от Директивата)

Съгласно чл. 8, пар. 1 от Директивата – „Държавите членки гарантират, че *задържаните* деца имат **право на медицински преглед без неоправдано забавяне**, по-специално с оглед оценяване на общото им психическо и физическо състояние. Медицинският преглед е възможно най-неинвазивен и се извършва от лекар или друг квалифициран специалист“. Той се извършва „по инициатива на компетентните органи, по-специално когато конкретни здравословни причини налагат такъв преглед“, или по искане на детето, носителя на родителска отговорност или друго подходящо пълнолетно лице или, адвокат на детето“ (чл. 8, пар. 3 от Директивата).

Според чл. 242, ал. 2 ЗИНЗС, всеки новопостъпил в местата за задържане „се подлага на обиск, санитарна обработка и медицински преглед“. Всеки лишен от свобода също след постъпването му в затвора се подлага на първичен медицински преглед за оценка на общото му здравословно състояние (чл. 139, ал. 1 ЗИНЗС). Очевидно, че медицинският преглед е предвиден като задължителен. По този начин в пълна мяра *е гарантирано* правото на задържания на медицински преглед. За разлика от това при краткосрочното задържане до 24 часа, в Правилника за приложението на ЗМВР, е предвидено *право* на задържания на медицински преглед. Тази разпоредба трябва *да се допълни* като се предвиди и право на адвоката или на родителите, или попечителя, или на друго подходящо пълнолетно лице да поиска медицински преглед на задържания непълнолетен, каквото е изискването по директивата.

Според чл. 8, пар. 2 от Директивата, резултатите от „медицинския преглед се вземат предвид при определяне на способността на детето да бъде подложено на разпит, на други следствени действия или действия по събиране на доказателства или на мерки, налагани или планирани по отношение на детето“. В НПК здравословното състояние на обвиняемия винаги се взема предвид при извършването на процесуалните действия с негово участие, при вземането на мярка за процесуална принуда, при определяне на наказанието или друга санкционна мярка. За този случай изрично е предвидено в чл. 56, ал. 3 НПК, че при определянето на мярката за неотклонение задължително се взема предвид и здравословното състояние. Нещо повече преди привличането на лицето като обвиняем се изготвя експертиза, за да се установи дали това лице разбира свойството и значението на извършеното и дали може да ръководи постъпките си, т.е. дали е наказателно отговорно. „Заклучението от медицинския преглед се изготвя в писмена форма, а когато е необходимо, се оказва **медицинска помощ**. Държавите членки осигуряват извършването на **друг медицински преглед**, когато това се налага от обстоятелствата“ (чл. 8, пар. 4 и 5 от Директивата).

Тези правила са *въведени в законодателството на Република България* преди приемането на тази директива. Така, съгласно чл. 139, ал. 2 ЗИНЗС, при

получаване на данни или установяване на следи от насилие лицето се освидетелства и се предприемат мерки за оказване на медицинска помощ. Лишените от свобода, пожелали медицински преглед, се приемат от лекар в срок до 24 часа. Болните с температура, с травми или други спешни състояния се приемат от лекар незабавно по всяко време (чл. 143, ал. 1 и 2 ЗИНЗС). След употреба на физическа сила, помощни средства или оръжие лекарят е длъжен да окаже незабавна медицинска помощ на пострадалото лице и подробно да регистрира причинените увреждания, ако има такива. При самонаранявания или опити за самоубийство на лишените от свобода незабавно се оказва необходимата медицинска помощ (чл. 145, ал. 1 и 2 ЗИНЗС). Всички тези правила се прилагат не само по отношение на осъдените, които изтърпяват наказание лишение от свобода, но и за всички задържани лица, независимо от основанията за това.

VIII. Аудио-визуални записи на разпита на обвиняемия (чл. 9 от Директивата)

НПК съдържа подробен регламент за изготвянето на звукозапис и видеозапис на разпита на обвиняем и свидетел (чл. 238 НПК). Предвидени са и многобройни гаранции, които осигуряват автентичността на записа:

- не се допуска звукозапис и видеозапис на част от разпита;
- след завършване, записът се възпроизвежда изцяло на разпитания;
- допълнителните обяснения и показания също се отразяват в записа;
- записът завършва със заявление на разпитания, че той правилно отразява дадените обяснения или показания;
- разпечатването на записа се допуска само с разрешение на прокурора и в присъствието на разпитания;
- изготвения звукозапис се запечатва с бележка, надлежно подписана и подпечатана, а за изготвения запис се съставя и протокол (чл. 238 и чл. 239 НПК).

Нещо повече, НПК предвижда, че може да се изготви звукозапис и видеозапис на всяко друго действие по разследването.

Разпитът на обвиняем чрез звукозапис или видеозапис се провежда или по почин на съответния орган или по искане на обвиняемия (чл. 238, ал. 1 НПК). Следователно изготвянето на такъв запис *не е задължително*. Същите правила намират приложение и при разпит на непълнолетен обвиняем. Директивата също не предвижда задължително изготвяне на аудио-визуалните записи при разпита на непълнолетни обвиняеми, което е очевидно от чл. 9, пар. 1 – „Държавите членки гарантират, че при провеждането на разпит на деца от полицията или други правоохранителни органи по време на наказателното производство се прави аудио-визуален запис, когато това е пропорционално предвид обстоятелствата по делото, като се взема предвид, *inter alia*, дали присъства адвокат и дали детето е задържано, като при това най-добри-

ят интерес на детето е винаги от първостепенно значение“. Анализираният член „не засяга възможността да се задават въпроси, целящи единствено да се установи самоличността на детето, без да се прави аудио-визуален запис“ (чл. 9, пар. 3 от Директивата). В т. 42 от Уводната част е дадено указание, че настоящата директива не изисква държавите членки да правят аудио-визуални записи на разпитите на деца, извършвани от съдия или съд.

За по-пълното и правилно транспониране на директивата обаче би следвало в глава тридесета от НПК да се *въведе нова разпоредба* – „При разпита на непълнолетен обвиняем, който е задържан на досъдебното производство, се изготвя звукозапис или видеозапис по правилата на чл. 238 и чл. 239, освен ако това е невъзможно по технически причини, а отлагането на разпита не е в интерес на непълнолетния“. Такава нова разпоредба е необходима, тъй като в директивата се поставя акцент върху ръководната идея, че „децата, които са заподозрени или обвиняеми в рамките на наказателното производство, *не винаги са в състояние да разбират съдържанието на разпитите, на които са подложени*“ (т. 42 от уводната част). Затова изготвянето на подобни записи на разпита на задържан непълнолетен е гаранция за правото му на защита, зачитане на неговото достойнство и вземане предвид на неговата уязвимост. По този начин ще бъде съобразена и Препоръката на Комисията от 27.11.2013 г. относно процесуалните гаранции за уязвими лица, които са заподозряни или обвиняеми в наказателно производство. Аудио и видео заснемането е значително улеснено при провеждането на разпит на непълнолетен обвиняем в т. нар. „синя стая“, една практика, която вече се утвърждава и у нас.

IX. Задържането на непълнолетен обвиняем (чл. 10–12 от Директивата)

1. Съгласно чл. 10, пар. 1 от Директивата – „Държавите членки гарантират, че задържане, по-специално задържане под стража, се налага на деца само като **крайна мярка**. Надлежно се вземат предвид възрастта и индивидуалната ситуация на детето, както и конкретните обстоятелства по делото“.

Подобни правила се съдържат в българското законодателство. Съгласно чл. 386, ал. 2 НПК, мярката за неотклонение задържане под стража по отношение на непълнолетен обвиняем „се взема *в изключителни случаи*“. При определянето на мерките за неотклонение се вземат предвид степента на обществена опасност на престъплението, доказателствата срещу обвиняемия, здравословното състояние, професията, възрастта и други данни за личността на обвиняемия (чл. 56, ал. 3 НПК). Затова в тази ѝ част директивата *няма нужда от транспониране*.

2. Задържането се взема „за **най-краткия подходящ срок**“ (чл. 10, пар. 2 от Директивата). По българското право задържането под стража в *досъдебното производство* „не може да продължи повече от осем месеца, ако

лицето е привлечено като обвиняем за тежко умишлено престъпление, и повече от една година и шест месеца, ако лицето е привлечено като обвиняем за престъпление, за което се предвижда наказание не по-малко от петнадесет години лишаване от свобода или друго по-тежко наказание. Във всички останали случаи задържането под стража не може да продължи повече от два месеца“ (чл. 63, ал. 4 НПК). Във връзка със задържането на непълнолетни обвиняеми сроковете са същите, не са предвидени особени правила. При транспонирането на настоящата директива може да се *обмисли* необходимостта от *редуцирането на тези срокове*, когато е задържан непълнолетен обвиняем.

Същото правило на чл. 10, пар. 2 от директивата поставя няколко изисквания пред държавите членки – те „гарантират, че всяко задържане под стража се основава на мотивирано *решение*, което подлежи на *съдебен контрол*. Такова решение подлежи също така на *периодичен* съдебен контрол през *разумни интервали от време*, като контролът се упражнява служебно или по искане на детето, на адвоката на детето или на съдебен орган, различен от съд. Без да се засяга независимостта на съдебната власт, държавите членки гарантират, че решенията, които се вземат съгласно настоящия параграф, се вземат *без неоправдано забавяне*“.

Вземането на решенията без *неоправдано забавяне* е *действащ регламент в НПК* и преди приемането на настоящата директива. Задържането под стража в досъдебното производство се взема от съответния първоинстанционен съд по искане на прокурора (чл. 64, ал. 1 НПК), който *незабавно* разглежда делото и обявява определението на страните в същото съдебно заседание, като и насрочва делото пред въззивния съд *в срок до седем дни* в случай на частна жалба или частен протест (чл. 64, ал. 3 и 5 НПК). Това определение подлежи на обжалване или протестиране пред въззивния съд *в тридневен срок*, който разглежда делото и обявява определението на страните в същото съдебно заседание (чл. 64, ал. 8 НПК). По този начин е въведен *по-висок стандарт*, тъй като искането за задържане под стража в досъдебното производство подлежи на *двустепенен съдебен контрол* – от първоинстанционния, а и от въззивния съд. Предвидените срокове за осъществяването на контрола със сигурност ще удовлетворят изискването на директивата за вземането на решенията без неоправдано забавяне.

Българското законодателство предвижда *съдебен контрол* и над *продължаващото задържане* по искане на *заинтересованите лица*, който също е двустепенен – от първоинстанционния, а и от въззивния съд. Обвиняемият и неговият защитник може по всяко време на досъдебното производство да поискат изменение на взетата мярка задържане под стража в по-лека, което искане се прави чрез прокурора, който е длъжен *незабавно* да изпрати делото на съда (чл. 65, ал. 1 и 2 НПК). То се насрочва в тридневен срок от постъпването му в съда, като с обявяване на определението делото се насрочва пред въз-

зивния съд в срок до седем дни в случай на частна жалба или частен протест (чл. 65, ал. 3 и 4 НПК). Това определение подлежи на обжалване и протестиране в тридневен срок пред въззивния съд, който го разглежда в състав от трима съдии и се произнася с определение, което обявява на страните в същото съдебно заседание (чл. 65, ал. 7-9 НПК).

Нещо повече, над продължаващото задържане е предвиден и **служебен контрол**, макар и от несъдебен орган. На основание чл. 63, ал. 6 НПК, прокурорът по свой почин изменя мярката за неотклонение задържане под стража в по-лека или я отменя, когато се установи, че опасността обвиняемият да се укрие или да извърши престъпление е отпаднала.

Единствено може да е проблем разпоредбата на чл. 65, ал. 6 НПК, според която, когато съдът потвърди мярката за неотклонение, той може да определи срок, в който **ново искане на същите лица е недопустимо**. Този срок не може да е по-дълъг от два месеца от влизане в сила на определението и не се прилага, когато искането се основава на влошено здравословно състояние на обвиняемия. Директивата предвижда периодичният съдебен контрол над продължаващото задържане да се осъществява през *разумни интервали* от време. Едва ли въведеният срок от два месеца по време на който обвиняемият и неговият защитник не могат да искат изменение на задържането под стража в по-лека мярка или нейната отмяна, е разумен интервал по смисъла на чл. 10, пар. 2 от Директивата. Затова, може би когато е задържан под стража непълнолетен обвиняем, *този срок трябва да се редуцира*.

Предвиден е **периодичен съдебен контрол** по искане на заинтересованите лица над продължаващото задържане под стража и в хода на **съдебното производство**. Съгласно чл. 270 НПК, въпросът за изменение на мярката за неотклонение може да се постави по всяко време на съдебното производство. Ново искане по мярката за неотклонение в съответната съдебна инстанция може да се прави при промяна на обстоятелствата.

Определението подлежи на обжалване и протестиране по реда на глава двадесет и втора от НПК.

3. Правилото на чл. 11 от Директивата изисква от държавите членки да гарантират, че „когато е възможно, компетентните органи прилагат *алтернативни* мерки на задържането под стража“. Такива мерки, предвидени в българското законодателство, са:

- надзор на родителите или на попечителя;
- надзор на администрацията на възпитателното заведение, в което непълнолетният е настанен;
- надзор на инспектора при детска педагогическа стая или на член на местната комисия за борба с противообществените прояви на малолетните и непълнолетните (чл. 386, ал. 1 НПК).

В т. 46 от Уводната част на Директивата са посочени примерни мерки като:

- забрана детето да се намира на определени места;
- задължение да пребивава на конкретно място;
- ограничения във връзка с контактите с определени лица;
- задължение за отчет пред компетентните органи;
- участие в образователни програми или при условие че детето е съгласно – участие в терапевтични програми или програми за лечение на зависимости.

Намираме, че надзорните мерки, предвидени по чл. 386 НПК *удовлетворяват изискването* на директивата за въвеждането на мерки – алтернативни на мярката задържане под стража.

4. Правилото на чл. 12, пар 1 от Директивата задължава държавите членки да гарантират, че „задържаните деца са *настанени* отделно от пълнолетните, освен ако се прецени, че най-добрият интерес на детето изисква това да не се прави“. Аналогичен е регламентът и при полицейското задържане – „децата, на които е наложено полицейско задържане, са настанени отделно от пълнолетните, освен ако:

а) се прецени, че най-добрият интерес на детето изисква това да не се прави или

б) при изключителни обстоятелства, това е практически невъзможно, при условие че децата са настанени заедно с пълнолетни лица по начин, който е съвместим с най-добрия интерес на детето (чл. 12, пар. 2 от Директивата)“.

Такова е и изискването на чл. 37, б. „в“ от Конвенцията на ООН за правата на детето.

По българското законодателство е придвиден *друг стандарт*. Според чл. 386, ал. 4 НПК задържаните непълнолетни се настаняват в подходящи помещения, отделно от пълнолетните. Съгласно чл. 72, ал. 8 ЗМВР, който урежда полицейското краткосрочно задържане – „Задържаните непълнолетни лица се настаняват в специални помещения отделно от задържаните пълнолетни лица“. В същия смисъл е и чл. 246, ал. 1, т. 2 ЗИНЗС. Разпоредбите са императивни и настаняването на непълнолетни в едно помещение, заедно с пълнолетни е винаги недопустимо. За разлика от директивата, в българското законодателство изключения от това правило не са предвидени. Затова *тези правила трябва да се изменят и допълнят*. Разпоредбата на чл. 386, ал. 4 НПК би могла да придобие следното съдържание – „В случаите на задържане под стража непълнолетните се настаняват в подходящи помещения отделно от пълнолетните, освен ако се прецени, че това не е в най-добрия интерес на непълнолетния задържан“. Правилото на чл. 72, ал. 8 ЗМВР може да се формулира примерно така – „Задържаните непълнолетни се настаняват в специални помещения отделно от пълнолетните, освен ако се прецени, че това не е в най-добрия интерес на непълнолетния или това е

практически невъзможно и при условие че непълнолетният е настанен заедно с пълнолетни лица по начин, който е съвместим с най-добрия интерес на непълнолетния.“ По същия начин трябва да се допълни и разпоредбата на чл. 246, ал.1, т. 2 ЗИНЗС.

Освен това Директивата (чл. 12, пар. 4) предвижда, че „децата могат да бъдат настанени заедно с *млади пълнолетни* лица, освен ако това не противоречи на най-добрия интерес на детето“. В същия смисъл би могла да се *редактира разпоредба, както в НПК, така и в ЗМВР*. При това е необходимо да се спази указанието, дадено в т. 50 от Директивата, според което – „Държавите членки следва да определят кои лица се приемат за млади пълнолетни лица в съответствие с националното си право и процедури. Държавите членки се насърчават да предвидят, че лица над 24 години не могат да се смятат за млади пълнолетни лица“.

Според чл. 12, пар. 3 от директивата „когато **задържано дете навърши 18 години**, държавите членки предвиждат възможността това лице да продължи да бъде настанено отделно от други задържани пълнолетни лица, ако това е оправдано, като се вземат предвид обстоятелствата, свързани със съответното лице, и при условие че това е в най-добрия интерес на децата, които са задържани заедно с това лице“. По българското право аналогични правила не са въведени. За правилното транспониране на директивата е необходимо да се *формулира допълнителна разпоредба или в НПК, или в ЗИНЗС*, според която – „Когато непълнолетен навърши пълнолетие в срока на задържането, той може да остане настанен отделно от задържани пълнолетни лица, когато това е оправдано с оглед обстоятелствата по делото и личността на лицето, навършило пълнолетие и при условие, че е в най-добрия интерес на задържаните непълнолетни“.

5. Когато са задържани под стража деца, държавите членки вземат подходящи мерки за гарантиране и *опазване на здравето* им и тяхното *физическо и психическо развитие*, и за гарантиране на *зачитането на свободата на религията и убежденията* по смисъла на чл. 12, пар. 5, б. „а“ и „д“ от Директивата. Тези мерки се прилагат и при краткосрочното задържане на непълнолетни лица от прокурора или по правилата на ЗМВР. Предприетите мерки трябва да са пропорционални и съобразени с продължителността на задържането.

Тези стандарти са *въведени в действащото ни право* преди приемането на тази директива. Задържаните под стража обвиняеми и подсъдими имат право:

- на свиждания, хранителни пратки, пратки с дрехи и други разрешени за лично ползване вещи, кореспонденция, престой на открито и суми за лични нужди;
- на телефонна връзка с роднини, близки, защитници и повереници;
- да получават и четат вестници, списания, книги, да слушат радиопредавания и да гледат телевизионни програми (чл. 256 ЗИНЗС).

Съгласно чл. 257 ЗИНЗС обвиняемите и подсъдимите в затворите могат да работят по възможност и при изрично писмено изявено желание за това. Включването на обвиняемите и подсъдимите в обучения за ограмотяване, за придобиване на професионална квалификация, за придобиване и усъвършенстване на ключови компетентности и мотивационно обучение се насърчава. Когато обвиняемите и подсъдимите отказват да приемат храна и това създава опасност за живота и здравето им, по предписание на лекаря се вземат необходимите медицински мерки. Предвидени са и изрични правила за настаняването на лечение в болнично заведение (чл. 250 ЗИНЗС). Когато в лечебните заведения към местата за лишаване от свобода няма условия за провеждане на необходимото лечение, налагат се консултативни прегледи, специализирани изследвания или лечение на инфекциозни заболявания, обвиняемите и подсъдимите се изпращат в лечебни заведения извън местата за лишаване от свобода (чл. 250, ал.3 и 4 ЗИНЗС). Обвиняемите и подсъдимите се посещават от лекар най-малко веднъж седмично, а в неотложни случаи – незабавно. При спешни случаи се осигурява незабавна медицинска помощ, а при необходимост задържаният се настанява в специализирано лечебно заведение, включително извън местата за лишаване от свобода (чл. 255, ал. 1 и 2 ЗИНЗС).

Може да се приеме, че е *удовлетворен* и стандартът за гарантиране на зачитането на свободата на религията и убежденията по смисъла на чл. 12, пар. 5, б. „д“ от Директивата. Според чл. 167 ЗИНЗС в местата за лишаване от свобода се осигурява достъп на духовни лица от религиозните общности, регистрирани в Република България. Духовното лице може да се среща насаме с лишения от свобода. Лишените от свобода не могат да бъдат принуждавани да участват в религиозни служби и обреди. Изповядващите различни религии имат равни права. В местата за лишаване от свобода могат да се назначават на щатна длъжност духовни лица от вероизповеданието, изповядвано от преобладаващия брой лишени от свобода, изтърпяващи наказание в съответния затвор.

Съгласно чл. 12, пар. 5, б. „б“, „в“ и „г“ от директивата, когато децата са задържани на **друго основание, освен задържането под стража** трябва да се гарантира и правото им:

- на *образование и обучение*, включително когато имат физически и сентивни увреждания или затруднения в ученето;

- на ефективното и редовно упражняване на *правото им на семеен живот*;

- на *достъп до програми за насърчаване на развитието им и тяхната реинтеграция в обществото*.

Всички тези мерки са *гарантирани в българското законодателство*. Правото на обучение е гарантирано чрез разпоредбата на чл. 159 ЗИНЗС – „В местата за лишаване от свобода се осъществяват образователни, обучителни и квалификационни дейности, в които всички лишени от свобода имат равен достъп. Нещо повече, лишените от свобода до 16-годишна възраст под-

лежат на задължително обучение. Образователните, обучителните и квалификационните дейности включват:

- общо и професионално образование;
- професионално обучение;
- ограмотителни и професионални курсове;
- социално образование“ (чл. 162, ал. 1 и ал. 2 ЗИНЗС).

По време на изтърпяване на наказанието лишени от свобода имат право на подходяща работа (чл. 77 ЗИНЗС). Съгласно чл. 152 ЗИНЗС, социалната дейност и възпитателната работа са основни средства за ресоциализация на лишени от свобода и са насочени към подпомагане на личностната промяна на осъдените и изграждане на умения и способности за законосъобразен начин на живот в обществото. Социалната дейност и възпитателната работа включват:

- диагностична и индивидуална корекционна дейност;
- програми за въздействие, за намаляване на риска от рецидив и риска от вреди. Лишени от свобода имат право на:
- образование, обучение и квалификация;
- творчески, културни и спортни дейности;
- религиозна подкрепа;
- могат да получават и четат вестници, списания и книги;
- да изучават чужди езици;
- да слушат радиопредавания и да гледат телевизия по ред, установен от началника на затвора;
- могат да подават молби и жалби до печатни и електронни медии и да се срещат с журналисти;
- могат да сключват граждански брак (чл. 87 и чл. 89 ЗИНЗС).

Освен това имат право на:

- престой на открито не по-малко от един час на ден;
- свиждания не по-малко от два пъти месечно;
- кореспонденция, парични суми за задоволяване на лични нужди;
- телефонна връзка.

Във всеки затвор, затворническо общежитие и поправителен дом се създава библиотека, до която се осигурява достъп на всички лишени от свобода (чл. 165 ЗИНЗС). При постъпването им в поправителния дом към съответния затвор непълнолетните лишени от свобода се настаняват в приемно отделение, където престояват от 14 денонощия до един месец под наблюдение на възпитател, лекар и психолог (чл. 187 ЗИНЗС). Цялостната дейност по ресоциализацията на лишени от свобода непълнолетни се провежда в условия на максимално разширяване на възможностите за контакт на осъдените с външната среда като цяло, с близки и лица, които им влияят положително, с доброволци и представители на неправителствени организации (чл. 190 ЗИНЗС). Предприетите мерки трябва да са пропорционални и съобразени с такива случаи на задържане.

6. Разпоредбата на чл. 12, пар. 6 от Директивата задължава държавите членки да „се стремят да осигурят на задържаните деца възможност да се **срещнат с носителя на родителска отговорност** във възможно най-кратки срокове, когато такава среща е съвместима със следствените и оперативните изисквания“. Това правило се отнася и до посоченото или определено друго подходящо пълнолетно лице.

Този стандарт не се съдържа в законодателството ни. Видно от чл. 254, ал. 1 ЗИНЗС – „Обвиняемите и подсъдимите имат право на среща със своя защитник незабавно след задържането им“. Според чл. 72, ал. 5 ЗМВР при краткосрочното задържане от 24 часа „от момента на задържането си лицето има право на защитник...“. Затова тези две разпоредби *трябва да се допълнят* като се уреди право на среща и с родителите или попечителите или друго подходящо пълнолетно лице, незабавно след задържането на непълнолетния, ако това няма да затрудни разследването.

Става въпрос за незабавна среща след задържането, тъй като *регулярните свиждания* с родителите и попечителя, и други близки на непълнолетния задържан са уредени в 256, ал. 3 ЗИНЗС – свижданията, телефонните разговори и кореспонденцията на обвиняемите и подсъдимите с определени лица могат да бъдат забранени с писмено разпореждане на съответния прокурор или на съда, когато това се налага за разкриване или предотвратяване на тежки престъпления. Тези ограничения на свижданията, телефонните разговори и кореспонденцията не се отнасят до защитника и повереника, низходящите и възходящите по права линия, съпруга, съпругата, братята и сестрите. Очевидно, че срещите с роднините и съпругът при никакви обстоятелства не могат да бъдат забранявани.

Х. Своевременно и надлежно разглеждане на делата (чл. 13 от Директивата).

Според чл. 13, пар. 1 от Директивата – „Държавите членки предприемат всички подходящи мерки, за да гарантират, че наказателните производства с участието на деца се разглеждат като такива с неотложен характер и им се обръща надлежно внимание“. Разглеждането на делата в разумен срок е регламентирано като основен принцип на наказателния процес (чл. 22 НПК). Освен това са предвидени и редица максимални срокове за извършване на процесуалните дейности. Срокът за довършване на разследването е двумесечен, с предвиден нарочен ред за неговото удължаване по чл. 234 НПК. Прокурорът трябва да извърши действията след приключване на разследването най-късно до един месец от получаване на делото с възможност този срок да бъде удължен с още един месец (чл. 242, ал. 4 и 5 НПК). Разпоредителното заседание се насрочва в сроковете, установени в чл. 247а, ал. 2, т. 1 НПК, а съдебното заседание – в срока по чл. 252, ал. 2 НПК. Предвидени са максимални

срокове и за изготвянето на мотивите на присъдата (чл. 308 НПК), както и за изготвянето на решенията на второинстанционните съдилища (чл. 340 НПК). Вярно, че тези срокове не са преклузивни, но те се явяват надежна гаранция за спазването на принципа за провеждане на производството в разумен срок. Системното неспазване на тези срокове от органите на държавна власт е основание за дисциплинарна отговорност. За делата за престъпления, извършени от непълнолетни не е предвиден нито един специален срок. Затова намираме, че в чл. 22 НПК трябва да се добави нова алинея четвърта, която да предвиди, че делата за престъпления, извършени от непълнолетни се разглеждат и решават с предимство пред останалите дела. Словесно може да бъде формулирана примерно по следния начин – „Делата, по които обвиняем е непълнолетен, се разследват, разглеждат и решават с предимство пред другите дела“.

XI. Право на защита на неприкосновеността на личния живот на децата (чл. 14 от Директивата)

Съгласно чл. 14, пар. 1 и 2 от Директивата – „Държавите членки гарантират защитата на неприкосновеността на личния живот на децата в хода на наказателните производства. За тази цел държавите членки или предвиждат, че съдебните заседания, в които участват деца, по правило се провеждат при закрити врати, или допускат съдилищата или съдиите да решат да провеждат такива заседания при закрити врати“. Това не засяга публичното обявяване на съдебните решения в съответствие с чл. 6 от Европейската конвенция за защита правата на човека (ЕКЗПЧ).

По българското право – „Съдебното заседание по дела срещу непълнолетни се води при закрити врати, освен ако съдът намери, че е в обществен интерес делото да се разгледа в публично заседание“ (чл. 391, ал. 1 НПК). По преценка на съда в съдебното заседание могат да бъдат поканени инспектори при детска педагогическа стая и представители на учебното заведение, в което учи непълнолетният“ (чл. 391, ал. 2 НПК). Съдът трябва да вземе необходимите мерки, за да осигури възпитателното въздействие на съдебното заседание (чл. 261 НПК). Във всички случаи при провеждане на съдебно заседание при закрити врати присъдата се обявява публично (чл. 263, ал. 4 НПК). За правилното *транспониране* на директивата, в чл. 391, ал. 1 НПК изразът „освен ако съдът намери, че е в *обществен интерес* делото да се разгледа в публично заседание“ трябва да се замени с израза – „освен ако съдът намери, че е в *най-добрия интерес на непълнолетния подсъдим* делото да се разгледа в публично заседание“.

В Директивата е въведено изрично изискване направените аудио-визуални записи на разпита на непълнолетния обвиняем да не се разпространяват публично (чл. 14, пар. 3 от Директивата). За да се транспонира това правило е необходимо чл. 391 НПК да се допълни с нова алинея, според

която публиката се отстранява от съдебната зала, когато е необходимо да се прослушат или прегледат аудио или видео записи, направени на досъдебното производство.

Впрочем, личният живот и личната информация за непълнолетните, които участват по наказателни дела се защитава по правилата на Закона за защита на личните данни. В общия случай това предполага, че никаква информация или лични данни, които биха позволили разкриването на самоличността на непълнолетния не могат да бъдат предоставяни или публикувани – особено в медиите – включително изображения, подробни описания на детето или неговото семейство, имена и адреси, аудио или видеозаписи и т. н. В законодателствата на различни държави това е възможно, но само с разрешение на съд. В българското законодателство също може да се предвиди аналогично правило.

XII. Право на детето да бъде придружавано от носителя на родителска отговорност по време на производството (чл. 15 от Директивата)

Разпоредбата на чл. 15, пар. 1 от Директивата предвижда – „Държавите членки гарантират, че децата се ползват с правото да бъдат придружавани от носителя на родителска отговорност по време на съдебните заседания, в които участват“. Съгласно пар. 2 на чл. 15 от Директивата детето има право да бъде придружавано от друго подходящо пълнолетно лице.

Идеята на Директивата е непълнолетният подсъдим да има право да бъде придружаван по време на *съдебните заседания* от носителя на родителска отговорност или друго подходящо пълнолетно лице. Според чл. 392, ал. 1 НПК – „При разглеждането на дела срещу непълнолетни задължително се призовават техните родители или попечители. Те имат право да участват при събирането и проверката на доказателствените материали и да правят искания, бележки и възражения“. За правилното транспониране на директивата обаче *тази разпоредба трябва да се допълни*, като в първото изречение след думата – „попечители“ се добавят думите – „или друго подходящо пълнолетно лице“.

В т. 57 от уводната част на Директивата е дадено указание – „Държавите членки следва да предвидят практически правила за упражняването от децата на правото да бъдат придружавани от носителя на родителска отговорност по време на съдебните заседания, в които участват, и за условията, при които придружаващо лице може временно да бъде отстранено от съдебни заседания. Тези правила биха могли, *inter alia*, да уреждат ситуации, при които носителят на родителска отговорност временно няма възможност да придружи детето или не желае да се възползва от възможността да придружи детето, при условие че се отчита най-добрият интерес на детето“.

Съгласно чл. 392, ал. 2 НПК – „Неявяването на родителите или попечителите не е пречка за разглеждане на делото, освен ако съдът намери участието им за необходимо“. За да бъдат съобразени, цитираните указания от уводната

част на директивата е необходимо *този текст да се измени и допълни примерно така* – „Неявяването на лицата по ал. 1 не е пречка за разглеждане на делото, освен ако съдът намери участието им за необходимо с оглед най-добрия интерес на непълнолетния подсъдим“. Освен това разпоредбата на чл. 392 НПК трябва да се допълни и с нова алинея трета – „Съдът може да отстрани от съдебната зала лицата по ал. 1, когато намери, че това е необходимо с оглед най-добрия интерес на непълнолетния подсъдим.“

Съгласно чл. 15, пар. 4 от директивата, държавите членки гарантират, че децата се ползват с правото да бъдат придружавани от носителя на родителска отговорност или от друго подходящо пълнолетно лице по време на ***етапите на производството, различни от съдебните заседания***, на които детето присъства, когато компетентният орган счита, че:

- „а) е в най-добрия интерес на детето да бъде придружавано от това лице;
- б) присъствието на това лице няма да възпрепятства наказателното производство“.

Съгласно чл. 389 НПК родителите или попечителите на досъдебното производство се призовават да вземат участие *само при предявяване на разследването*. Те не се призовават за никое друго действие, което се извършва на тази фаза на производството. Затова за правилното транспониране на чл. 15, пар. 4 от Директивата, е необходимо да се *измени и допълни разпоредбата на чл. 389 НПК*, която би могла да се формулира примерно така – „Когато разпоредбите на този кодекс не предвиждат присъствието на родителите или попечителите, или на друго подходящо пълнолетно лице, органът на досъдебното производство може да им разреши да присъстват, ако това е в интерес на непълнолетния обвиняем и няма да затрудни разследването“. Опитвахме се да подчертаем водещата на директивата идея, че участието на родителите и попечителите или друго подходящо пълнолетно лице в наказателния процес е с цел да се окаже морална подкрепа и съдействие за реализиране правата и законните интереси на техните деца, а не да подпомагат държавните органи при провеждането наказателно производство.

XIII. Право на децата на лично явяване и на участие в съдебното производство по тяхното дело (чл. 16 от Директивата)

Разпоредбата на чл. 16, пар. 1 от Директивата задължава държавите членки да гарантират, че „децата имат *право да присъстват в съдебното производство* по тяхното дело и да участват в него, и предприемат всички необходими мерки, за да им осигурят ефективно участие в съдебното производство, включително като им предоставят възможност да бъдат изслушани и да изразят своето мнение“.

По българското право, съгласно чл. 268, ал. 1 и 2 НПК, по дела с обвинения за тежко престъпление, присъствието на подсъдимия в съдебно заседа-

ние е задължително. Съдът може да разпорежи да се яви и по дела, по които присъствието му не е задължително, когато това е необходимо за разкриването на обективната истина. Делото може да бъде разгледано и в отсъствие на подсъдимия при наличието на предпоставките по чл. 268, ал. 3 НПК (случаите на задочно производство). Очевидно, че българският стандарт е *различен*. Присъствието на подсъдимия по дела за тежки престъпления е винаги *задължително*. Директивата без да прави подобни отграничения установява не задължение, а *право* на подсъдимия да присъства в съдебното заседание по неговото дело, при задължението на съдебните органи да осигурят неговото ефективно участие.

Затова е важен въпросът за *правото* на непълнолетния подсъдим *да се откаже* да вземе участие в съдебното заседание. Във връзка с това, в преамбюла на Насоките на Комитета на министрите на Съвета на Европа за правосъдие, съобразено с интересите на детето, се определя, че на непълнолетните се гарантира реализиране на *правото на свободен достъп до съд*, регламентирано в ЕКЗПЧ и в съответствие със съдебната практика на Европейския съд по правата на човека. В този смисъл е решението по делото *Kalev vs. Russia*. Според това решение отказът на непълнолетния подсъдим да участва в съдебното заседание следва да бъде уважен, ако е направен информирано и съзнателно.

С оглед привеждане в съответствие с директивата и другите международни актове в тази област, НПК трябва *да се измени* като се предвиди право на непълнолетния подсъдим изрично да се откаже да присъства при разглеждане на делото и след преценка на съдебния орган, че неговото присъствие е от особено значение за правосъдието или е в негов най-добър интерес. Свободният достъп до съд важи в еднаква степен и за децата, съобразявайки обаче способността им да формулират свои собствени възгледи. Все в духа на изразената позиция, в т. 35 от обяснителния меморандум към Насоките на Комитета на Министрите на СЕ, се сочи че „всички мерки, гарантиращи участието на децата в съдебните производства, следва да са отговорност на съдията, който следва да потвърди, че децата са участвали ефективно в съдебния процес и са отсъствали единствено в случаите, когато сами са отказали да участват или зрелостта и равнището им на разбиране не са позволили тяхното участие“. Към настоящия момент в нормативната уредба на редица държави, които имат дългогодишни традиции в областта на детското правосъдие, участието на подсъдимия е значително ограничено, освен когато самият той желае да присъства и не са налице предпоставки, от които да е видно, че това може да окаже отрицателен ефект върху личността му. В Белгия, Германия и Франция присъствието на непълнолетните подсъдими в съдебното заседание е предвидено само в случаи, когато това е крайно необходимо, като провеждане на разпит, разпознаване и др. действия, които не могат да се извършат без личното им участие. В останалите случаи детето присъства само при изрично изявена

воля от негова страна и след преценка на компетентния държавен орган, че това е от особено значение за правосъдието или е в негов личен интерес.

В същото време се предоставя възможността присъствието на непълнолетния обвиняем в процедури, които биха могли да доведат до формиране на негативни нагласи у него, да бъде ограничено. Непълнолетният подсдим може временно да бъде *отстранен от съдебната зала*, когато е необходимо да се изяснят факти, които могат да му повлияят отрицателно, след като съдът изслуша защитата, родителите или попечителя и прокурора (чл. 393 НПК). В текста трябва *да се добави* или друго подходящо пълнолетно лице в случай, че участва в съдебното заседание.

В хода на съдебното заседание е гарантирано и *ефективното участие* на непълнолетния подсдим, включително и правото му да бъде изслушан и да изрази своето мнение, така както се изисква от директивата. Подсдимият се разпитва веднага след изслушването на обстоятелствата, включени в обвинението от прокурора (чл. 277 НПК). Той може да дава или да откаже да дава обяснения във всеки момент от производството, може да участва при събирането и проверката на доказателствения материал, има право на съдебните прения, на последна реплика и дуплика, на последна дума, може да представя доказателства и да иска събирането и проверката на доказателствен материал, по всяко време има право на искания, бележки и възражения и да се изказва последен (чл. 55 НПК). По българския НПК подсдимият има осигурено право на лично участие и във втората и в касационната инстанция, дори когато предмет на разглеждане са само юридически въпроси. Освен това няма значение нито тежестта на престъпното деяние, нито участието на защитник, нито действието на забраната за reformation in reus. Според константната практика на съдилищата, независимо дали присъствието на подсдимия в съдебното заседание е задължително или не, неговото редовно призоваване за съдебното заседание е винаги задължително. Разглеждането на делото в отсъствието на подсдимия е допустимо, но само след като е проведено щателно издирване. Нарушаването на тези правила е винаги съществено процесуално нарушение.

„Държавите членки гарантират, че деца, които не са присъствали в съдебното производство по тяхното дело, имат право на нов съдебен процес или друго средство за правна защита в съответствие с директива (ЕС) 2016/343 и при условията, предвидени в посочената директива“ (чл. 16, пар. 2).

Тези правила са въведени чрез разпоредбата на чл. 423 НПК – възобновяване на наказателни дела по искане на задочно осъден.

XIV. Обучение (чл. 20 от Директивата)

Разпоредбата на чл. 20, пар. 1 от Директивата задължава държавите членки да „гарантират, че служителите в правоохранителните органи и в местата за задържане, които работят по дела, свързани с деца, преминават специа-

лизирано обучение на ниво, съобразено с контактите им с децата, относно правата на децата, подходящите техники за провеждане на разпит, детската психология и общуването на език, пригоден за деца“. Според пар. 2 на същия текст – „Без да се засягат независимостта на съдебната система и различията в организацията на съдебната система в държавите членки и като се зачита ролята на структурите, отговорни за обучението на съдиите и прокурорите, държавите членки предприемат подходящи мерки, за да гарантират, че съдиите и прокурорите, които работят по наказателни производства с участието на деца, имат специална квалификация в тази област, ефективен достъп до специализирано обучение или и двете“. Директивата поставя подобни изисквания и към адвокатурата – „Като се зачитат надлежно независимостта на адвокатурата и ролята на структурите, отговорни за обучението на адвокати, държавите членки предприемат подходящи мерки, за да насърчават осигуряването на специализирано обучение, както е посочено в параграф 2, на адвокати, които работят по наказателни производства с участието на деца“.

В българското законодателство съществуват няколко разпоредби в тази връзка. По делата за престъпления, извършени от непълнолетни, съдните заседатели трябва да бъдат учители или възпитатели (чл. 390, ал. 2 НПК), а досъдебното производство се провежда от определени разследващи органи със специална подготовка (чл. 385 НПК). Освен това когато е необходимо, при разпита на непълнолетния обвиняем участва педагог или психолог, който с разрешение на разследващия орган може да му поставя въпроси. Педагогът или психологът има право да се запознае с протокола за разпит и да направи бележки по точността и пълнотата на записаното в него (чл. 388 НПК).

Въпреки съществуващите разпоредби *не може да се приеме, че същите съответстват* на изискванията на директивата. Съображенията за това са следните:

Първо. Действително чл. 385, ал. 1 НПК предвижда изисквания за специализация по отношение на органите на досъдебното производство – „При престъпления, извършени от непълнолетни, досъдебното производство се извършва от определени разследващи органи със специална подготовка“. НПК обаче, *не съдържа гаранции* за изпълнението на това правило. Известно е, че когато със закон са въведени определени изисквания, но не е предвиден нито ред за изпълнението им, нито евентуална санкция при неизпълнение, тези норми се явяват само едно добро законодателно пожелание. Нито в НПК, нито в други закони (например в Закона за съдебната власт и ЗМВР) се сочи в какво се изразява специалната подготовка на разследващите органи. В резултат на констатираната законодателна празнота, този въпрос се решава по различен начин в отделните прокуратури в страната. В някои райони е възприет подходът административният ръководител да възлага със заповед на конкретни прокурори, разследващи полицаи и следователи да провеждат досъдебното производство срещу непълнолетни, на други места обаче такава практика

няма. В съдебните решения се приема за несъществено нарушение неприлагането на разпоредбата на чл. 385 НПК и делото не се връща на прокурора, когато разследването не е проведено от разследващи органи със специална подготовка.

Второ. В НПК на Република България изискването за специализация на съдебния състав по делата срещу непълнолетни лица, намира частично приложение. Разпоредбата на чл. 390, ал. 2 НПК предвижда съдебните заседатели да са учители или възпитатели. По отношение на съдиите не са предвидени специални изисквания. От това следва, че у нас всеки съдия, назначен по предвидения в закона ред, може да разглежда такива дела. Този законодателен подход е изцяло несъответен както на настоящата директива, така и на международните актове, уреждащи стандартите за провеждане на правосъдие, съобразено с висшите интереси на детето.

Един от основните стандарти в процеса на осигуряване на правосъдие, съобразено с интересите на детето, е за специализацията на държавните органи, провеждащи разследване и правораздаващи по делата срещу тях. Минималните изисквания в този аспект са заложиени с Пекинските правила. С правило 22, озаглавено – „Необходимост от професионализъм и квалификация“, се подчертава значимостта на професионално обучение на съдиите, прокурорите и органите на досъдебното производство в областта на педагогиката, психологията, човешкото поведение и криминологията. Нещо повече, в коментара към анализирания текст значението на професионалната квалификация се приема като едно от неизменните условия за осигуряване на безпристрастността и ефективността при прилагането на законите срещу непълнолетните нарушители. Този стандарт е доразвит в чл. 20 от настоящата директива – „държавите членки гарантират, че съдебните и правораздавателни органи и служителите в затворите, които се занимават с дела, свързани с деца, са лица, специализирани в областта на наказателните производства, в които участват деца“. Те преминават специално обучение относно законовите права на децата, подходящи техники за провеждане на разпит, детска психология, общуване на език, пригоден спрямо детето, и педагогически умения. Изискване за интердисциплинарно обучение на лицата, работещи с деца, се съдържа и в Насоките на Комитета на министрите на Съвета на Европа за правосъдие, съобразено с интересите на детето, с които се пояснява, че за да се гарантира ефективното участие на непълнолетните в наказателното производство, те трябва да са в контакт със специализирани и обучени лица, които да ги информират, изслушват и във висока степен да защитават техните права и интереси, гарантирани от закона. Специализация за правораздавателните органи и лицата, работещи с деца, е предвидена и в Насоките относно правораздаването по въпроси, свързани с деца, които са жертва или свидетели на престъпление. Въвеждането на законодателно ниво на изискване по делата, водени срещу деца, обвинени в престъпление, да правораздават само специ-

ално обучени съдии е сред основните акценти, насочени към България и с Препоръките на Комитета по правата на детето към ООН от месец май 2008 г.

Очевидно, че за да бъде синхронизирано законодателството ни с посочените стандарти, следва да бъдат предприети редица законодателни мерки. Преди всичко тази задача може да бъде постигната, така както е посочено и в Насоките на Комитета на министрите на СЕ, чрез провеждане на общо вътрешно обучение на всички лица, които са в контакт с деца. На законодателно ниво трябва да се създадат правила, гарантиращи, че работещите с непълнолетни, преминават подходящо задължително обучение по правата на детето, общуване с деца и законодателството, свързано с деца. Тук се включват не само съдиите и прокурорите, но и служителите, които встъпват в непосредствен контакт с деца, напр. полицейските и съдебни служители. Обучението следва да се организира на национално равнище и с хармонизирани учебни програми, за да се осигурят равни възможности за работещите с тази категория обвиняеми да получат указания, с което се избягва неравното им третиране в зависимост от мястото, където се провежда наказателното производство срещу тях.

У нас такова обучение може да се извършва в Националния институт за правосъдието, който е централизиран орган за обучение на магистрати. По отношение на специализацията на органите на досъдебното производство, които не са магистрати (разследващите полицаи и разследващите митнически инспектори), следва да се организират специални обучителни курсове отново на национално ниво към Министерството на вътрешните работи и Министерството на финансите. От съществено значение е обучението на служителите в детските педагогическа стаи и полицейските органи, работещи в областта на детската престъпност, тъй като те са първите държавни органи, с които непълнолетният влиза в контакт. Лицата, ангажирани в реализирането на политиката за борба с противообществени прояви на непълнолетни и малолетни, е целесъобразно да се обучават от специално звено към Централната комисия за борба с противообществените прояви на малолетни и непълнолетни.

У нас, както вече бе подчертано, съдебните заседатели, които участват в състава на съда по делата срещу непълнолетни, трябва да бъдат учители или възпитатели (чл. 390, ал. 2 НПК). Смисълът на това законодателно разрешение се корени в специалната професионална подготовка на лицата, упражняващи такава професия, която е ориентирана към нравствените, поведенчески, интелектуални и психологически особеностите на подрастващите.

На практика се поставя *въпросът* дали съдебните заседатели трябва да упражняват професията учител или възпитател към момента на разглеждане на делото или е достатъчно само да разполагат с диплома или удостоверение за такава професионална квалификация, независимо от обстоятелството дали са упражнявали съответната професия, или не. Според практиката на съдилищата, при наличие на възражение от защитника на непълнолетния подсъдим,

че по конкретно дело съдебните заседатели не отговарят на изискването на чл. 390, ал. 2 НПК, тъй като и двамата, макар да са с педагогическо образование, към момента на разглеждане на делото, не упражняват тази професия, не е съществено процесуално нарушение – доколкото и двамата съдебни заседатели не работят като учители, въззивният съд намира, че действително има нарушение на процесуалния закон, но то не е от вида на съществените, за да бъде преценено, че съдебният състав, разгледал и решил делото пред първа инстанция е незаконен (Решение № 69 от 2014 г. на Окръжен съд Плевен). В същия смисъл са и решенията, с които се приема, че не е необходимо качеството учител или възпитател да е налице по време на разглеждане на делото. Достатъчно е такова качество да е налице като призната професия, която е упражнявал през определено време и преди да вземе участие като съдебен заседател.

Посочената съдебна практика не държи сметка за смисъла, вложен от законодателя в разпоредбата на чл. 390, ал. 2 НПК – „съдебните заседатели трябва да бъдат учители или възпитатели“. Употребеният глагол „трябва“, в контекста на изречението, говори по недвусмислен начин, че е необходимо съдебните заседатели да упражняват тази професия и към момента на разглеждане на делото и не е достатъчно да са я упражнявали някога или въобще да не са практикували, макар да имат такъв образователен ценз. Законодателят изисква „да бъдат“ т.е. да упражняват тази професия и към момента на участието си по делото, за да могат с необходимата вещина да разбират цялостното поведение на непълнолетните.

Тази съдебна практика може да бъде преодоляна чрез *изменение и допълнение на НПК*, като се уреди по изричен начин, че учителите или възпитателите, които участват като съдебни заседатели по делата срещу непълнолетни трябва да практикуват професията си и към момента на разглеждане на делото. Трябва се предвиди и изискване за минимален стаж по специалността като условие за участие на учителите и възпитателите като съдебни заседатели по наказателните дела. Такова законодателно разрешение би могло да се реализира чрез изменение и допълнение на чл. 68 ЗСВ, като се въведе нарочно изискване учителите и възпитателите да упражняват тази професия към момента на избора им за съдебните заседатели и да имат минимален практически стаж по специалността. От внимателния преглед на актуалната съдебната практика по наказателните производства, образувани срещу непълнолетни, се установява, че съдебни заседатели в повечето случаи са в пенсионна възраст. Не е сигурно, че отдалечаването им от непосредствения контакт с подрастващите лица ще удовлетвори, освен чисто формално, но и по същество, целта и задачата на наказателния процес срещу тази категория подсъдими.

Трето, изискването, заложено с чл. 20, пар. 2 от Директивата за специализация на адвокатите може да бъде реализирано чрез организиране от адвокатските колегии, от други органи, организации или висши училища, на спе-

циализирани обучения, магистърски програми, курсове и др. Целесъобразно и от особено значение е със следващо *изменение на Закона за адвокатурата* да се създаде възможност за специализация на адвокати чрез придобиване на специални знания в областта на психологията, педагогиката, криминологията и науките, свързани с възрастово израстване, така както изискват европейските и международни актове по въпросите на детското правосъдие.

Аналогично на чл. 29 от Закона за адвокатурата, следва *да се предвиди* ред за регистриране на адвокати, които да се избират или назначават като защитници по делата срещу непълнолетни. Реализирането докрай на тази идея, включва легализиране на нарочен списък както на национално ниво, така и за отделните адвокатски колегии по места. Необходимо е също да се предвидят и изисквания, на които да отговарят защитниците, като условие за регистрирането им в тези списъци. Като предимство следва да се приема педагогическа квалификация или специализация по психология, философия или подобна бакалавърска или магистърска степен, притежаване на диплом за завършен такъв специализиран курс, обучение, програма и т.н. Намираме, че съществуването на специализирани адвокати не трябва да ограничава правото на непълнолетния обвиняем на свободен избор на защитник. Възможността да се ангажира всеки адвокат, който се ползва с доверие, и без изискването да притежава специализация по делата за непълнолетни, трябва да се запази. Наличието на специализация обаче винаги ще бъде една допълнителна гаранция за правото на защита на непълнолетните обвиняеми в извършването на престъпление.

Дадена в Катедра „Наказателноправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Пламен Панайотов.

КЪМ УЧЕНИЕТО ЗА ПРАВНИТЕ СЕМЕЙСТВА В СЪВРЕМЕННОСТТА ПРЕЗ ПРИЗМАТА НА ЧАСТНОТО ПРАВО

ЕКАТЕРИНА МАТЕЕВА*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Студията проследява развитието и значението на учението за правните семейства (правни кръгове) в съвременния свят. Прави се опит за анализ на основните модели за групиране на съвременните частноправни системи по правни семейства. В центъра на вниманието се поставя въпросът, с помощта на какъв тип сравнителноправни изследвания следва да се извърши обособяването на правните семейства в съвременността, както и с оглед на какви критерии следва да се определи принадлежността на даден национален правопорядък към едно или друго правно семейство. Специално място е отделено и на проблема за систематичното подреждане на така наречените смесени правни системи (*mixed legal systems*).

Ключови думи: сравнително право, учение за правните семейства, групиране на националните правопорядъци по правни семейства, критерии за класификация на правните системи в съвременния свят, смесени правни системи.

* Професор по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, дюн; ekaterinamateeva2015@gmail.com

ON THE THEORY OF LEGAL FAMILIES IN THE CONTEMPORARY WORLD FROM A CIVIL LAW PERSPECTIVE

EKATERINA MATEEVA*

Civil Law Sciences Chair

Abstract: The main aim of the present article is to put up the notion “legal family” to discussion, in order to examine the main differences, existing between various legal families in the contemporary world. The main challenge lies in establishing a concise set of criteria that will enable the attribution of more than 200 national legislations throughout the various legal families. As relevant factors that determine the main features of modern legal systems one might point out the historical development, the distinctive method of legal thinking, the consensualism (i.e. the rule that agreement itself creates contractual obligations), the choice of sources of law and others. The article considers also the systematic place of the mixed jurisdictions.

Key words: comparative law, the theory of legal families, division of national legal systems into legal families, criteria for classification of contemporary legal systems, mixed jurisdictions.

§ 1. Развитие и значение на учението за правните семейства в съвременността

През 1976 г. европейският компаративист *I. Zaitay*¹ пише, че ако в началото на XX век големият въпрос пред прохождащата сравнителноправна доктрина е бил дали сравнителното право представлява клон от правната наука или е по-скоро метод за научни изследвания в областта на правното познание², то през последните десетилетия центърът на теоретичния дебат се измества все повече към учението за правните семейства, което става „пътеводна нишка из лабиринта на множеството различни правни системи в съвременния свят“. Казаното не бива да се разбира в смисъл, че проблемът за групирането на националните правопорядъци на основата на общи за тях белези придобива значение едва в условията на глобализация на прага на третото хилядолетие. Всъщност, тази проблематика занимава теоретиките в областта на правото още от зората на сравнителноправната наука³.

* Professor in Civil Law and Family Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Dr. Scienc., Dr. Habil; ekaterinamateeva2015@gmail.com

¹ *Zaitay*, I. Beiträge zur Rechtsvergleichung. Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, S.3 et seq.

² За развитието на дискусиите по този въпрос вж. *Эминеску*, Й., К вопросу о сравнимости различных правовых систем. В: Сравнительное правоведение. Туманов, В. (ред.). Москва: Прогресс, 1978, с. 172 и сл.; *Сталев*, Живко. Сравнительный метод в социалистической правовой науке. В: Сравнительное правоведение. Туманов, В. (ред.). Москва: Прогресс, 1978, с. 21 и сл.

³ По-подробно за развитието на възгледите относно класификацията на правните системи и обособяването им в правни семейства вж. *Сандов*, А. Сравнительное пра-

Въпросът за класифицирането на националните правопорядъци по правни семейства е присъствал сред централните теми още на Първия международен конгрес по сравнително право през 1900 г. Този форум възприема тезата за съществуването на две оригинални правни системи – римското и каноническото право, както и на пет основни правни семейства: френско (романско), англо-саксонско, германско, славянско и ислямско⁴. Само около две десетилетия по-късно, на 50-тия юбилеен форум на френското Общество по сравнително право, броят на правните семейства бива сведен до френско, англо-американско и мюсюлманско. Оттук нататък световната доктрина започва да предлага впечатляващо изобилие от типологични модели на съвременните правни системи в зависимост от най-разнообразни критерии, които варират в широкия спектър от класификационни построения на чисто лингвистична, расова, етническа или конфесионална основа, през деления по правно-исторически, политико-географски, икономически, социокултурни или чисто правно-технически признаци, до групиране въз основа на комбинираното действие на множество фактори, влияещи върху формирането и развитието на националните правопорядъци. Стремителното умножаване на доктриналните опити за типизиране на правните системи в тяхното многообразие през изминалите десетилетия дава основание на френския теоретик на правото *R. Rodiere* да заключи, че всъщност има толкова класификации на националните правопорядъци по правни семейства, колкото са учените в областта на юридическата компаративистика⁵.

Термините „правно семейство“, респ. „правен кръг“, се утвърждават като основен елемент в терминологичния инструментариум на сравнителноправната наука още от нейното създаване – преди повече от столетие. В юридическата литература на английски, френски и руски език се предпочита терминът „*правно семейство/фамилия*“ (*legal family; famille de droit; правовая семья*) за

введение. Основные правовые системы современности. Москва: Юристъ, 2003, с. 120 и сл.

⁴ Вж. **Esmein**, A. Le droit comparé et l'enseignement du droit, Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents, vol. I, Paris, 1905, цит. по **Zweigert**, K., Н. **Kötz**. Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen, 1996, S. 63. Според посочения автор историческото формиране, структурата и отличителните черти на правните системи дават основание всяко от петте правни семейства да бъде подразделено на подгрупи. Така, към романското правно семейство той отнася правните системи на Франция, Белгия, Италия, Испания, Португалия, Румъния и правото на държавите от Латинска Америка. Към германския правен кръг причислява правопорядъците на Германия, Австрия, скандинавските държави и Унгария, а в англо-саксонския включва правните системи на Англия, САЩ и англоезичните колонии, част от Британската общност. Останалите две правни семейства (славянското и ислямското) А. **Esmein** структурира по езиков и етнически, респ. по конфесионален признак.

⁵ Вж. **Rodiere**, R. Introduction en droit compare. Paris, 1976, цит. по **Саидов**, А. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 121.

разлика от немскоезичните изследвания, които използват главно термина „*правен кръг*“ (*Rechtskreis*). Като синоним понякога се употребява и изразът „правни системи на света“ [*„les systèmes juridiques dans le monde“* (фр.), *„familias juridicas del mundo“* (исп.), *„sistemi giuridici nel mondo“* (ит.) т.н.], макар да не е съвсем прецизен, тъй като може да създаде впечатление, че се имат пред вид националните правни системи (правопорядъците) на държавите в съвременния свят. Изразът „основни правни системи“ може да бъде срещнат и в нашата сравнителноправна теория⁶, въпреки че най-новите изследвания се ориентират към термина „правни фамилии“ („правни семейства“)⁷. В настоящото изложение термините „правно семейство“ („правна фамилия“) и „правен кръг“ се използват като синоними с идеята да се отграничат в смислово и съдържателно отношение от понятието „правни системи“, което изразява по-скоро националните правопорядъци на отделните държави и на общностите.

Теоретичното понятие „**правен кръг**“ или „**правно семейство/фамилия**“ представлява научна абстракция, с помощта на която се изразява идеята за групиране на националните правопорядъци на основата на съществено общи за тях признаци, изведени чрез синтетично открояване на определени сходства помежду им⁸. Най-общо казано, с термините „правен кръг“ („правно семейство“), се означава група национални правни системи, които притежават общи белези⁹ и на основата на които те биват оприличавани една с друга и съответно класифицирани по правни семейства¹⁰. Тези признаци ги „спояват“ в общности от правни системи¹¹, като същевременно ги разграничават от дру-

⁶ Вж. **Христофоров**, Веселин. Гражданско & търговско право на капиталистическите държави. 2. прераб. изд. София: Наука и изкуство, 1991, с. 9–11.

⁷ Вж. **Ташев**, Росен. Теория за правната система. София: Сиби, 2006, с. 154 и сл.; **Танчев**, Евгени, **Мартин Белов**. Сравнително конституционно право. София: Сиби, 2009, с. 31 и сл.

⁸ Така **Давид**, Рене, **К. Жоффре-Спинози**. Основные правовые системы современности, (превод от френски език), Москва, 1999, с. 20; **Zweigert**, К., **Н. Kötz**. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., S. 62 ff. Марченко, М. Сравнительное правоведение. Общая часть. Москва: Зерцало, 2001, с. 244, определя понятието за правните семейства като съвкупности от национални правни системи, обособени на основата на общност в различни техни признаци.

⁹ Така **Давид**, Рене, **К. Жоффре-Спинози**. Основные правовые системы современности, цит. съч., с. 20–21. Това определение се възприема и в българската правна теория, вж. **Ташев**, Росен. Теория за правната система, цит. съч., с. 128.

¹⁰ Според **Bogdan**, М. Comparative Law. Kluwer, Den Haag, 1994, p. 82 et seq. правната картина на света се състои от множество национални правни системи, които въпреки тяхната обособеност са взаимно свързани, взаимозависими и оказват въздействие една върху друга. На тази основа те притежават някои доминиращи сходни черти, които като правило се обуславят от много сходни исторически условия на обществено развитие, от обща религия, а също и от влиянието на други аналогични обстоятелства.

¹¹ Вж. **Сталев**, Живко. Сравнительный метод ..., цит. съч., с. 15.

ги правопорядъци по света, при които такива признаци отсъстват напълно или се проявяват в дотолкова модифициран вид, че са изгубили определящото си значение за общия облик и характеристика на съответната правна система. В този смисъл юридическото понятие „правно семейство“ („правен кръг“) изразява *относителното единство (общност) на група национални правопорядъци, обединени на основата на общи за тях признаци, които ги правят сходни в определено отношение*¹².

Обединяването на националните правопорядъци в правни семейства става възможно благодарение на систематизираното и с по-висока степен на обобщеност извеждане на характерни за тях правни черти, които съществено типизират даден правопорядък от гледна точка на определени критерии и предопределят принадлежността му към една или друга група от правни системи, носещи повече или по-малко същите общи признаци като доминиращи. Самото понятие „правен кръг“ („правно семейство“) представлява синтетичен израз на идеята за обединяването на националните правни системи на основата на общи за тях белези, които са резултат от сходства в тяхното историческо формиране и развитие, а именно вътрешната им структура, основните им правни отрасли и институти, правните им източници, способите за тълкуване и прилагане на разпоредбите им, особените за тях правни традиции, модела на юридическо мислене, доминиращите в тях правно-философски течения, правни догми и т.н.¹³ Очертаването на правните кръгове позволява отделните национални правни системи при цялото им разнообразие, многочисленост и специфики да станат „разпознаваеми“ от гледна точка на даден юридически критерий и да могат сравнително бързо и точно да бъдат локализирани на „юридико-географската“ карта на света¹⁴. Така е, защото по правило принадлежността на даден национален правопорядък към определен правен кръг е индикатор за модела, по който са осъществени диференциацията и подреждането на правните му норми по правни институти и са обособени съществуващите в него правни отрасли. На основата на тези структуроопределящи признаци се проявяват вече и особеностите в уредбата на отделните юридически факти (фактически състави) и техните правни последици.

Извеждането на общите признаци в правните системи на различни държави и подреждането им в правни семейства подпомага тяхното идентифици-

¹² Така и **Саидов**, А. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 118.

¹³ Така и **Саидов**, А. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 123. На с. 118 от посоченото съчинение авторът определя понятието правно семейство като съвкупност от национални правни системи, обединени на основата на общност в историческото им формиране, тяхната вътрешна структура, източници, водещи отрасли и правни институти, способности в правоприлагането и понятиен апарат в доктрината им.

¹⁴ В ново време сполучлив опит за графична „визуализация“ на юридико-географската карта на основните правни семейства в съвременния свят е направен в материала на **Hertel**, C. „World Map: Legal Systems of the World“, Notarius International, 2009, № 1–2, p. III–IV.

ране въз основа на изведените типови характеристики, без риск от „потъване“ из лабиринта на единичното и конкретното при всяка от тях. Информацията, че един *prima facie* непознат чуждестранен национален правопорядък се числи към определено правно семейство (англо-американското, романското, германското или пък това на държави, доминирани от религиозното или обичайното право и т. н.), е достатъчна сама по себе си да ориентира образования юрист, макар и в най-общи линии, относно общия облик на тази правна система и типовите белези на основните ѝ институти, вкл. тези на гражданското право. На свой ред, получената по този начин първична информация е от естество да улесни по-точното разбиране на нормативното съдържание на непознатата уредба и да даде ключа към едно по-адекватно функционално тълкуване на нейните разпоредби.

Смисълът от такъв подход към типологизиране на множеството национални правопорядъци по правни семейства проличава особено ясно като се има предвид фактът, че в съвременния свят съществуват над 200 различни правопорядъци¹⁵ на суверенни държави, религиозни общности (ислямско, индуско, юдейско и т. н. право) и обичайноправни системи, носещи отпечатъка на исторически наложени се особености от политическо, социално-икономическо, културно, конфесионално, народо-психологично, правно и т. н. естество. Практическото значение на проблема за типологията на националните правопорядъци нараства особено през последните десетилетия, в които протича засилен процес на възвръщане към модела на „националните“ държави (т.н. *nation-states*). В средата на миналия век този процес се прояви като резултат от извоюване на държавно-политическа независимост на редица бивши колониални държави от Азия и Африка, а в условията на коренните политически и обществено-икономически промени в Европа от края на 80-те години на миналия век той напредна вследствие разпадането на редица държавни формации от федерален тип и образуването на тяхно място на множество самостоятелни държави (напр., бивша Югославия, бивша Чехословакия, бившия СССР)¹⁶. В резултат от тези политически процеси на юридикто-географската карта на света се явиха нови национални правопорядъци, които неизбежно носят отпечатъка на правното семейство, от което са произлезли, но същевременно започват все повече да придобиват собствен правен облик при обновяване на законодателствата им. Типизацията и систематичното групиране и подреждане на националните правопорядъци в правни семейства (кръгове) е първоосновата, върху която на един следващ етап от изучаването им би било възможно и открояването на специфичните за всеки от тях нацио-

¹⁵ По данни на **Hertel**, C. An Overview of Legal Systems, Notarius International, 2009, № 1–2, p. 128.

¹⁶ За отраженията на тези политически процеси върху състоянието на правните системи по света вж. по-специално **Shaw**, G. Notaries in Central Europe: Transformation as Reprofessionalisation. Notarius International, 2004, № 3–4, p. 139 et seq.

нални или регионални особености. Така е, защото типологията, основана на сравнението, винаги е била най-прекият път към опознаване на „единичното“ сред многообразието на едно множество от сродни, но различаващи се по конкретните си белези явления¹⁷.

С оглед на казаното едва ли трябва да бъде споделено скептичното отношение на отделни учени, които отричат като безполезна усилията за изграждане на една повече или по-малко стройна теоретична представа за класификацията на правните системи по семейства (правни кръгове) в съвременната действителност¹⁸. Освен за по-доброто взаимно правно разбиране и общуване между представителите на различни правни системи в условията на интензивна интернационализация на гражданския и търговския обмен, както и за усъвършенстване на вътрешните законодателства на държавите чрез възприемане успешни чуждестранни модели на правна уредба¹⁹, познаването на юридическата география на света има особено важно значение и в областта на международното частно право²⁰. В съвременните условия на засилено интернационално общуване, облекчаване на свободата на движение на стоки, услуги, капитали и лица, отпадане на редица ограничения при избора на обичайно местопребиваване, респ. на място на дейност и т.н., познаването на основните типови характеристики и нормативно съдържание на приложимото материално право към частноправните отношения с международен елемент придобива важно практическо значение, вкл. с оглед на възможността за най-адекватен избор на приложимото право в рамките на допустимата автономия на волята на частноправните субекти²¹.

¹⁷ Както пише **Сталев**, Живко. Сравнителный метод..., цит.сч., с. 17, с помощта на сравнението сходни явления се отграничават от несходни, подчертава се общото и особеното, явленията се класифицират и се извеждат понятията за тях.

¹⁸ Сред най-отявлените критици на опитите за класификация на правните семейства в съвременността е **Glenn**, P. Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions. In: **Reimann**, M., R. **Zimmermann**. The Oxford Handbook of Comparative Law, 2008, p. 422–440.

¹⁹ За необходимостта и практическата полза от изясняване на типологията на съвременните правопорядъци вж. **Cruz**, P. A Modern Approach to Comparative Law. Deventer, Boston: Kluwer, 1993, p. 28. Според автора освен научно-познавателно значение, въпросът за типологията на правните системи по света преследва и конкретни практически цели, свързани с протичащия процес на унификация и усъвършенстване на правопорядъците.

²⁰ За практическите ползи от една стройна типизация на правните семейства вж. по-подробно **Kötz**, H. Abschied von der Rechtskreislehre? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, № 6, S. 493 ff.; Вж. **Сталев**, Живко. Международно частно право и сравнително право. *Правна мисъл*, 1973, № 6, с. 25 и сл.

²¹ От по-новата българска литература по този въпрос вж. **Минчева**, В. Мълчалив избор на приложим закон към договори с международен елемент. *Съвременно право*, 1992, № 4, с. 71–79; **Мусева**, Боряна. Допустима ли е автономията на волята при непозволено увреждане според българското международно частно право? *Съвременно право*, 2003, № 6, с. 93–110; **Зидарова**, Йорданка. Автономия на волята – стародавен и съвременен

Немалка част от предлаганите в световната доктрина типологични модели на основните правни семейства са основани пряко или косвено върху гражданското право (*civil law*) в континенталноправния смисъл на понятието, схванато като система от правни норми, която се опира на частноправните традиции на римското *ius civile* и регулира равнопоставените отношения между физически и юридически лица, възникващи и развиващи се на основата на частната собственост и свободата на договаряне²². При тези типологични построения се изхожда от съвременния обхват и значение на понятието „гражданско право“, утвърдили се от втората половина на 18-ти век насам с появата на първите буржоазни граждански кодификации²³, чрез които този термин става легален. Опитите за изграждане на типология на частноправните системи по света признават съществуването на различен брой правни кръгове (или семейства) в зависимост от избрани критерий, покрай другото – и според това, дали намират за нужно да обособят в самостоятелни групи правните системи на държавите от бившия социалистически блок²⁴, правопорядъците, основани на обичайното, респ. на религиозното право, както и т.н. смесени (хибридни) правни системи, които са един изключително интересен и все още недостатъчно изследван от съвременната ни компаративистика феномен.

И казаното до тук е достатъчно, за да се разбере, че в сравнителноправната литература липсва единомислие относно числеността и обхвата на прав-

принцип на международното частно право. В: Годишник на Сдружение на стипендиантите на Сасакава в България. София, 2008, с. 9 и сл.; **Натов**, Николай и др. Автономия на волята в международното частно право. Годишник на Сдружението на стипендиантите на Сасакава в България. Г. 2, т. 2. София: Сиби, 2008, с. 40 и сл.; 56 и сл., 84 и сл., 107 и сл., 113 и сл., 117 и сл.; **Бандаков**, Н. Изборът на приложимо право според чл. 3 от Регламент Рим I. В: Регламентът „Рим I“, авторски колектив – **Натов**, Николай и др. Докторантски и постдокторантски институт „Диалог Европа“, София: Сиела, 2009, с. 43-82; **Тодоров**, Тодор. Международно частно право. Европейският съюз и Република България. 3. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2010, с. 185–186, 223, 286 и сл., 331 и сл., 424; **Матеева**, Екатерина. Германското наследствено право като приложимо право към наследяването на вещни права върху недвижими имоти в Република България. София: Фенея, 2012, с. 24–25, 360–362 и др.

²² За съдържанието на понятието ‘civil law’ от гледна точка на англо-американската доктрина вж. Black’s Law Dictionary. В: **Gardner** (Ed.), 8th ed., Thomson.West, Minnesota, 2004, p. 263.

²³ Вж. Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (Баварският Граждански кодекс) от 1756 г., Общият Пруски земски кодекс (Das Allgemeine Preussische Landesgesetzbuch) от 1794 г., френският ГК (Code civil) от 1804 г., австрийският Общ граждански законник (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) от 1811 г., италианският ГК (Codice civile) от 1865 г., германският ГК (Bürgerliches Gesetzbuch) от 1896 г. и т.н.

²⁴ В най-новата ни литература **Колев**, Тенчо. Теория на правото. София: Сиела, 2015, с. 139 категорично отрича обособяването на семейството на държави със социалистически тип правни системи в съвременния свят, изтъквайки основателно, че тази група правопорядъци е имала своето място в правната история до началото на 90-те години на миналия век.

ните кръгове в съвременния свят. Това се дължи най-вече на спорове относно *типа на сравнителното изследване*, което следва да се положи в основата на изгражданата типология, както и относно *вида и характера на критериите*, въз основа на които следва да се извършва класификацията и систематичното причисляване на националните правопорядъци към едно или друго правно семейство. Всичко това говори за наличие на проблеми от методологично естество, дължащи се на *неясноти относно концепцията и подхода при изграждане на типологията на съвременните правопорядъци*²⁵. Става дума

²⁵ По този въпрос вж. по-подробно **Дамирли, М.** Теоретико-методологическите проблеми сравнителного правоведения: опит за актуализация и някои размисли. *Журнал за международно законодателство и сравнително правоведение*, 2006, № 3, с. 50 и сл. Авторът изтъква, че от гледна точка на вътрешната си структура методиката на сравнителноправната наука представлява по вертикален разрез йерархия от нива на научно изследване, а по хоризонтален разрез – структурирано по определен начин съчетание от взаимно свързани елементи (подходи). Методологията на сравнителноправното изследване се основава на съчетанието на сравнителноправния метод като доминиращ с други методи на научно познание. В резултат от това самият сравнителноправен метод, според автора, се явява в множество разновидности в зависимост от елементите, с които се преплита – сравнително-логически, сравнително-исторически, сравнително-типологичен, системно-функционален, сравнително-социологически, формално-логически и т.н. В литературата се отбелязва, че развитието на методологията на сравнителноправните изследвания е подвластно на две тенденции: от една страна тече процес на диференциация и специализация на методите и методиките за такива изследвания в зависимост от поставените научни и/или практически цели, а от друга страна – все по-отчетливо се проявява стремеж към развиване на цялостни и стройни научни теории със специфичен категориален апарат и практически универсална (глобална) сфера на приложение. Според **Керимов, Д.** Философски проблеми на правото. Москва: Мисъл, 1972, с. 1, 5, в областта на сравнителноправната теория тези процеси носят обективен характер, доколкото от гледна точка на получаване на нови знания за общото и различното в правните системи по света, всяка обща съдържателна теория придобива в днешно време значението на методология. Самата методика на сравнителноправните изследвания се определя като съвкупност от взаимно свързани етапи (стадии) и правила за научно изследване, които опосредстват прилагането на сравнителноправния и други научни методи на познание на правните явления с цел открояване на сходствата в отличителните признаци на съпоставяните правопорядъци и оттук – групирането им по правни семейства. „Конфигурацията“, в която ще се приложи сравнителноправният метод и ще бъде избран типът на сравнителноправното изследване, зависи от конкретните цели и зрелищния ъгъл, от който се провежда изследването. Извършването на сравнителноправни изследвания с цел типологизиране на националните правни системи предполага спазването на определени правила и стадии, свързани с изучаване на всеки от сравняваните обекти поотделно (система по система); разкриване и изследване на приликите в аналогичните обекти на основата на установяване на общите им признаци; открояване на безелите, по които те се различават и оценка на значението им за облика и типологичната принадлежност на всяка от съпоставяните системи; и накрая – оценка на научните резултати и групиране на тяхна основа на правопорядъците по правни кръгове. В този смисъл вж. **Кресин, О., Л. Луць, О. Лысенко** (авт. колектив). Порівняльне

за тези „аксиоматични“ идеи и методични подходи, които следва да предопределят общата *стратегия* на сравнителноправното изследване, набора от устойчиви *признаци*, въз основа на които да бъдат разкрити сходствата между отделните правопорядъци и съответно – интерпретирани резултатите от сравнителния анализ като основа за групирането на националните правни системи по правни семейства (кръгове)²⁶. Фундаменталното значение на концептуалния подход се състои в това, че той изразява методологическите основи на познанието в областта на сравнителното право, правещи възможно изграждането на научно издържана типология на правопорядъците по света.

правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології. Київ. 2006, с. 30 и сл.; **Бехруз**, Х. Сравнительное правоведение. Москва: ТрансЛит, 2008, с. 78 и сл. Напротив, когато сравнителноправното изследване се прави с конкретната цел за усъвършенстване на правната уредба в дадена правна система, **Тихомиров**, Ю. Курс сравнительного правоведения. Москва: Норма-М-Инфра, 1996, с. 57-58, посочва шест методологически правила, чието спазване е необходимо: 1) подбор на обектите на сравнителен анализ и коректно поставяне на целите на сравнението; важно условие на този етап е сравняваните обекти да са еднородни и еднопорядкови; 2) провеждане на правното сравнение на различните нива на изследване с използване на методите на системно-историческия и логически анализ; 3) правилно определяне на признаците на сравняваните правни явления, норми, институти, отрасли и т.н.; 4) разкриване на степента на сходства и различия между юридическите понятия и термини, използвани в съпоставяните правни системи; 5) ясно формулиране на критериите за оценка на сходствата и различията между сравняваните обекти и 6) обобщаване на резултатите от сравнително-правния анализ и посочване на възможностите за използване на тези изводи в нормотворческата дейност с цел усъвършенстване на правната уредба. Още по-детайлен е **К. Осаке**. Размышление о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*, 2006, № 3, с. 68 и сл., който изтъква, че сравняването на правните системи по света е един многостепенен по характера си процес, който се състои от осем последователни стадия: 1) установяване на съществуващите норми, институти, отрасли и т.н. в съпоставяните правни системи; 2) сравняване на установените елементи от правните системи с цел разкриване на общите и отличителните им свойства; 3) определяне на историческите причини за съществуването на тези правила във всяка от сравняваните правни системи; 4) изясняване на ефективността на тези правила в съответните правни системи; 5) установяване на необходимостта и целесъобразността от внасяне на изменения или попълване на правните празноти в едната правна система чрез заимстване на нормативни идеи от друга система; 6) изучаване на съвместимостта на идеите, които подлежат на заимстване от едната правна система („донор“), с особеностите на системата – „реципиент“; 7) адаптация на заимстваните правила към националните особености на възприемащата правна система и 8) формулиране на изводи на плоскостта на законодателната политика, т.е. дали от гледна точка на характерното за нея правосъзнание и ниво на правна култура приемащата правна система е способна да възприеме „имплантирания“ в нея чужд правен институт.

²⁶ Вж. **Рабінович**, П. Філософія права: проблеми та підходи. Львів: Юрид. Фак. Львівського нац. у-ту ім. І. Франка, 2005, с. 86.

Към проблемите от методологичен характер се напластяват и трудности, произтичащи от зрителния ъгъл, от който се прави изследването – с акцент върху частното или върху публичното право. Ако от гледна точка на публичното, и по-специално на конституционното право, устойчивите критерии за типология на националните правни системи се търсят най-вече в триединството от форма на управление, форма на държавно устройство и политически режим²⁷, то от частноправен аспект нещата стоят далеч по-сложно. Важна, ако не и главна причина за това е, че в сравнение с публичноправните отрасли частното право, поради самото естество на предмета му на регулиране, е много по-податливо и подвластно на *международна и регионална унификация*, както и на процеса на *конвергенция* (взаимно проникване и взаимно влияние), които постепенно „стопяват“ редица от юридическите различия между националните правопорядъци и все повече усложняват подбора на критериите, върху които съвременната компаративистика гради типологията на правните системи в световен или регионален мащаб. Към това трябва да се добави и обстоятелството, че в края на XX век идеите за международна унификация чрез сключване на международни договори (конвенции, споразумения и др.) започват сякаш да отстъпват място на тенденциите към *глобализация* в не само в икономическата, но и в *правната* сфера²⁸.

Постоянното въвеждане на нови технологии в производството на стоки и услуги, в транспорта и телекомуникациите, стремителното развитие на финансовите пазари, експанзията на мултинационални правно-организационни форми за стопанско сдружаване и всичко това – на фона на разгръщащите се неолиберални концепции за ограничаване на държавната намеса в икономиката, все повече намалява способността на отделните държави да регулират с национални нормативни актове и международни договори отношенията на глобализиращия се пазар. Търсенето на нови пазари и стопански пространства за инвестиции на капитали води до изместване на традиционните видове международни търговски договори от нови типове икономически споразумения, основани на усложнени модели за стопанско и правно сътрудничество между страните и синтезиращи правни конструкции и институти, характерни за правопорядъците от различни правни семейства. Глобализиращият се пазар подготвя промени и в облика на самите участници в подлежащите на регулиране трансгранични пазарни отношения. На мястото на традиционно действащите в рамките на отделния национален правопорядък юридически

²⁷ Вж. **Танчев**, Евгени, Мартин **Белов**. Сравнително конституционно право, цит. съч., с. 34 и посочените там източници. За видовете конституции от сравнителноправна гледна точка вж. **Близнашки**, Георги. Общо учение за конституцията. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2019, с. 681 и сл.

²⁸ За измеренията на този процес вж. общо **Големинов**, Чудомир. Глобализацията и правото. В: Аспекти на гражданското и търговското право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2006, с. 513 и сл.

лица идват мултинационални корпорации, чието битие се „раздвоява“ между положението им на юридически лица по законодателството на държавата, в която са регистрирани (по *lex loci registrationis*) – от една страна, и трансграничните измерения на тяхната стопанска дейност като структурна част от една световна икономическа група – от друга²⁹.

Но и това, че през изминалия век националното правно регулиране все повече започна да отстъпва място на универсални и регионални международни конвенции, се оказва недостатъчно за по-адекватната правна регламентация на трансграничните търговски сделки в условията на икономическа глобализация. Недостатъчната ефективност на международно уеднаквените състълкнителни и материалноправни норми при новите условия наложи търсенето на нови правни регулатори на международния търговски обмен и логично доведе до възкресяване на идеята за универсализма на *lex mercatoria*, но вече в един осъвременен вариант³⁰. През последните десетилетия на XX век и началото на XXI век редом с международноправния модел на унифицирано регулиране чрез универсални и регионални международни конвенции, при който в центъра на нормотворчеството стоят държавите – страни по сключваните и ратифицирани от тях международни договори, си пробива път един „полицентричен“ модел на недържавна унификация *sui generis* чрез т.н. частни кодификации³¹ от типа на законите-модел на Комисията на ООН по международно търговско право (UNCITRAL)³², законите-модел, проектите и принципите, разработени от Международния институт за унификация на частното право (UNIDROIT)³³, множеството еднообразни пра-

²⁹ Вж. така **Вилкова**, Н. Г. Договорное право в международном обороте. Москва: Статут, 2004, с. 2.

³⁰ Пак там.

³¹ За тази тенденция вж. по-подробно **Матеева**, Екатерина. Ролята на частните кодификации за правното регулиране на международните търговски и граждански отношения. В: Право и права. Сборник в памет на проф. д-р Росен Ташев. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2016, с.329–347.

³² Вж. Закон-модел за доставките в публичния сектор от 2011 г., Закон-модел за проектите в областта на инфраструктурата, финансирани от частни източници от 2003 г., Закон-модел за електронната търговия от 2007 г., Закон-модел за електронния подпис от 2001 г., Закон-модел за трансграничната несъстоятелност от 1997 г. със систематизация на практиката по прилагането му от 2011 г., Закон-модел за международните кредитни преводи от 1992 г., Ръководни положения относно двустранните международни търговски сделки от 1992 г., Еднообразни правила относно договорните условия за сумата, подлежаща на прихващане в случай на неизпълнение на задълженията от 1983 г., Правила относно обезпеченията по сделки от 2007, 2010, 2011 г. и много други.

³³ Вж. Закон-модел за държавната собственост върху неоткритите културни ценности от 2011 г., Закон-модел за лизинга от 2008 г., Типовия модел за франчайзинга от 2002 г.; Принципиите за международните търговски договори от 2000 и 2004 г. (PICC); Принципиите на международния граждански процес от 2004 г. Вж. **Evans**, M. L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé. *Revue de droit uniforme*, 1994–1995, p. 2 et seq.;

вила (Uniform Rules), подготвени от Международната търговска камара в Париж (ICC)³⁴ и т.н.

Наред с това, на фона на постепенно обособяващото се частно право на Европейския съюз³⁵ през последните десетилетия Европейският парламент имаше множество поводи да изрази подкрепата си за създаване на единен Европейски граждански кодекс (European Civil Code)³⁶, начална стъпка към който станаха опитите за уеднаквяване на договорното право като най-податливо на унификация поради общите за европейските правни системи корени в римското облигационно право³⁷ и еднородния характер на регулираните правоотношения в общосъюзен мащаб. Освен такива Принципи на европейското договорно право³⁸ бяха изготвени още Принципи на европейското деликтно

Каменова, Цветана. За принципите на международните търговски договори (УНИДПРОА). *Правна мисъл*, 1996, № 3, с. 148 и сл.; **Зидарова**, Йорданка. Принципи на Института за унификация на частното право относно международните търговски договори. *Търговско право*, 1997, № 5–6, с. 323 и сл.

³⁴ Вж. ИНКОТЕРМС (нова редакция 2010 г.), Кодекс на маркетинга и рекламата от 2011 г., Правила за международния търговски арбитраж в сила от 1. януари 2012 г., разнообразни типови образци за договори и договорни клаузи и др.

³⁵ За развитието на този процес вж. **Paschke**, M. Grundlagen des Europäischen Privatrechts. Europäisches Privatrecht. Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht. Band 15, Lit, Hamburg, 1998, S. 1–8; **Henninger**, Th. Europäisches Privatrecht und Methode. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Volume 224. Mohr Siebeck. Tübingen, 2009, s. 29 ff.; **Schulze**, R., R. **Zimmermann**. *Europäisches Privatrecht*. Basistexte, Nomos, Baden-Baden, 2016; Kieninger, E.-M., Zimmermann, R., 25 Jahre Europäische Privatrechtsentwicklung. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2018, s. 736 et seq.

³⁶ Още през 1989 г. Европейският парламент прие резолюция, призоваваща към изготвяне на Европейски граждански кодекс (European Civil Code). Вж. Resolution of the European Parliament of May 26, 1989 on the action to bring into line the private law of the Member States (OJ C 158/89, 400). За развитието на идеята вж. **Hondius**, E. Towards a European Civil Code General Introduction. In: Hartkamp, A. et al. (Eds.), Towards a European Civil Code. Kluwer, Dordrecht/Boston /London, 1994, p. 1 et seq.

³⁷ Вж. **Zimmermann**, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1990, p. 25 et seq.; **Zimmermann**, R. Roman Law and European Legal Unity. In: Hartkamp, A. et al. (Eds.), Towards a European Civil Code. Kluwer, Dordrecht/Boston /London, 1994, p. 65 et seq.

³⁸ Работна комисия по европейско договорно право, формирана от водещи европейски учени под ръководството на проф. Оле Ландо от Търговския университет в Копенхаген изработи т.н. Принципи на европейското договорно право (Principles of European Contract Law, PECL), които бяха публикувани през 2000 и 2003 г. в трите си части. Вж. Principles of European Contract Law, Parts I, II (2000), Part III (2003), **Lando**, O., H. **Beale**. (Eds.), Kluwer Law International. В превод на български език PECL са публикувани в Сборника Закон за задълженията и договорите. Поредица джобни издания. Съставителство, превод и анотации **Таков**, Кр. 7. изд. София: Сиби, 2010, с. 245 и сл. За тях вж. **Hartkamp**, A. Principles of Contract Law. In: **Hartkamp**, A. et al. (Eds.), Towards a European Civil Code. Kluwer, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 37 et seq.; **Таков**, Кристиан. Принципи

право³⁹, Принципи на европейското право на тръста⁴⁰, Принципи на европейското семейно право⁴¹, Принципи на европейското застрахователно договорно право⁴², Принципи на европейското право на несъстоятелността⁴³. Подготвен беше и предварителен проект за Кодекс на европейското договорно право, разработен под ръководството на проф. Джузепе Гандолфи (т.н. Група Павия)⁴⁴. Представени бяха също редица проекти и принципи, разработени от Международния институт за унификация на частното право (UNIDROIT), сред които се открояват Принципите за международните търговски договори⁴⁵, както и

на Европейското договорно право (Principles of European Contract Law). *Търговско право*, 2005, № 1, с. 5–85. В предметно отношение Принципите на европейското договорно право обхващат сключването на договора, неговото тълкуване, институтите на изпълнението и неизпълнението, както и правните средства за защита на кредитора в случай на неизпълнение. Наред с това, в тях са застъпени и редица институти на общата част на гражданското право, като едностранните сделки, представителството, унищожаемостта на сделките, някои от основанията за нищожност на сделките (противоречие със закона и правилата на морала), погасителната давност, сроковете и модалитетите на волеизявленията.

Вж. **Бар**, Кр. Фон. Академичната Обща референтна рамка. *Търговско право*, 2007, № 5–6; **Von Bar**, Ch. Von, E. **Clive**, E., H. **Schulte-Nölke**, H. et al. (Eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, p. 7 et seq. Общо за значението на академически разработените проекти на частни кодификации за развитието на частното право на ЕС вж. **Матеева**, Екатерина. Ролята на частните кодификации за правното регулиране на международните търговски и граждански отношения. В: *Право и права*. Сборник в памет на проф. д-р Росен Ташев. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2016, с. 329–347; **Русчев**, Иван. Правна същност и място на актовете на soft law в правото и юриспруденцията на съдилищата на Европейския съюз. В: *Сб. Soft Law и съвременното право*. София: Сиби, 2017, с. 267 и сл.; **Стоянов**, Димитър. Придобивният способ по чл. 78 ЗС. София: Сиела, 2016, с. 442 и сл.; **Sirena**, P. Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im Europäischen Privatrecht. Zeitschrift für *Europäisches Privatrecht*, 2018, s. 838–861.

³⁹ Публикувани от Group on Tort Law, Principles of European Tort Law (2005).

⁴⁰ Публикувани от **Hayton**, D., S. C. Kortmann, H. **Verhagen**. Principles of European Trust Law (1999).

⁴¹ Публикувани от **Boele-Woelki**, K., F. **Frederique**, C. **Beilfuss**, M. **Jareborg**, N. **Lowe**, D. **Martiny**, W. **Pintens** (Eds.). Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses (2004).

⁴² Публикувани с коментар от **Basedow**, J., J. **Birds**, M. **Clarke**, H. **Cousy**, H. **Heiss**, L. **Loacker**. (Eds.), Principles of European Insurance Contract Law. Verlag Otto Schmidt. (2016).

⁴³ Публикувани от **McBryde**, W., A. **Flessner**, S. C. **Kortmann** (Eds.). Principles of European Insolvency Law (2003).

⁴⁴ Публикуван от **Gandolfi**, G. (Ed.). Code Européen des Contrats – Avant-projet, Livre premier (2004).

⁴⁵ В редакцията им от 2004 г. те са публикувани с обстоен коментар в Principles relatifs aux contrats du commerce international. UNIDROIT. Rome (2004). В преработената им редакция те са публикувани под заглавието Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international („Principes d'UNIDROIT 2010“).

Принципите на трансграничното гражданско процесуално право⁴⁶. Идеята, положена в основата на всички тези източници на *soft law*, е като общи правила те да се прилагат по волята на страните по подлежащото на регулиране отношение за случаите, при които националното право на съответната държава членка не съдържа разпоредба по даден въпрос или дава незадоволително разрешение (арг. от чл. 1:101, ал. 1 и 4 от Принципите на европейското договорно право).

Но практическите трудности по „примиряване“ на националните правни различия предопределиха отказа на Комисията от приемане на един унифициращ и юридически обвързващ акт с наднационална нормативна сила и пряк регулативен ефект и насочиха усилията към създаване на т.н. Обща референтна рамка (Common Frame of Reference, CFR), която да служи като ориентир за по-нататъшното развитие на общностното право в областта на най-важните частноправни институти⁴⁷. През 2009 г. експертната група за подготовка на бъдещия Европейски граждански кодекс и групата за изследване на достиженията в областта на частното право на ЕС публикуваха окончателната редакция на Проекта за общата референтна рамка (DCFR), съдържащ принципи, дефиниции и закон-модел за европейското частно право. Една от целите на този проект е да служи като основа за изработване на обща правно-политическа референтна рамка на европейското частно право, идеята за която беше лансирана още в Плана за действие на Европейската комисия за едно по-съгласувано европейско договорно право от м. февруари 2003 г.⁴⁸. Според съставителите си проектът за обща референтна рамка е предназначен да даде нова, по-солидна основа за изграждане на единно понятие за европейското частно право, да подпомага взаимното разбиране между представителите на различните национални правни системи в ЕС и да насърчава дебата за развитието

⁴⁶ Приети от Управителния съвет на ЮНИДПРОА на 83-тата му сесия, 19–21.04.2004 г. и разпространени като работен документ Unidroit 2004 Study LXXVI-Doc.11/12.

⁴⁷ Известно е, че в отговор на т.н. Стокхолмска програма на Съвета Комисията възложи задачата по изготвяне на проекта за Обща референтна рамка на отделни работни групи, сред които експертна група за подготовка на бъдещ Европейски граждански кодекс (т.н. „Study Group on a European Civil Code“), групата за изследване на достиженията в областта на частното право на Европейския съюз (Acquis Group), чиято задача беше да разработи т.н. Acquis Principles и изследователска група (Study Group) със задача да разработи принципите на европейското право (Principles of European Law). Вж. Von **Bar**, Ch. Von, E. **Clive**, H. **Schulte-Nölke** et al. (Eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier European Law Publishers, Munich, 2009.

⁴⁸ COM (2003) final, OJ C 63/1. По-подробно за историята, задачите и съдържанието на този проект вж. **Bar**, Ch. Von, E. **Clive**, H. **Schulte-Nölke** et al. (Eds.), DCFR, op. cit., p. 3 et seq., 7 et seq.; **Бар**, Кр. Фон. Академичната Обща референтна рамка. *Търговско право*, 2007, № 5–6.

на частноправната уредба в общността⁴⁹. Заедно със заложените в основата му Принципи на европейското договорно право този проект е замислен като източник на правни модели за единни разрешения на сходни частноправни спорове и с оглед на това – като концептуална основа за едно възможно обличаване на гражданското правораздаване в държавите членки⁵⁰. Най-сетне, доколкото този проект отразява посоките за реформи в частноправното законодателство както на национално, така и на наднационално, общосъюзно равнище в рамките на ЕС, той е замислен да допринесе в крайна сметка за хармонизацията и неформалната «европеизация» на частното право на държавите членки⁵¹.

Както се вижда, общото, което сплотява всички тези разнообразни по предмет частни кодификации е, че по естеството си те представляват систематизирани по материи (най-често по правни институти или дялове) съвкупности от академически формулирани правила⁵² – плод на усилията на международни екипи от високо квалифицирани юристи от университетските среди и практиката, които синтезират принципи, нормативни разрешения и правно-догматични конструкции, присъщи на правопорядъци от различните правни семейства и предназначени да предложат наднационален хармонизационен модел на частното право в обхванатите материи. В тях си дават среща правни институти, принципи, юридически конструкции, традиции и модели на правно мислене, характерни за различните правни семейства в съвременния свят. Всичко това показва, че в наше време тече интензивен международен обмен и синтез на правни идеи и правни „стилове“, на които традиционната компаративистика от XX век винаги е признавала различна типологична принадлежност, т.е. до сега ги е причислявала към различни правни семейства⁵³. Вярно е, че на този етап посочените кодификации имат характер на *soft law*, т.е. на правила за поведение, които могат да намерят приложение само доколкото страните по подлежащото на регулиране правоотношение изрично препратят към тях в рамките на допустимата според съответните национални

⁴⁹ Така DCFR, op. cit., p. 7.

⁵⁰ Така DCFR, op. cit., p. 8.

⁵¹ Така DCFR, op. cit., p. 8–9.

⁵² По повод на Принципите на европейското договорно право **Таков**, Кристиан. Принципи на Европейското договорно право, цит. съч., с. 236 подчертава специално, че те не са нормативен акт, тъй като зад тях не стои държавен суверенитет, който да ги е създал или потвърдил. Също така те нямат характер на първичен или произведен източник на правото на ЕС, нито на международен договор, защото няма държава, която да ги е приела, да се е присъединила към тях и да ги е ратифицирала, а и самите Принципи не предвиждат подобен механизъм за придобиване на нормативна сила.

⁵³ Както с основание отбелязва **Таков**, Кристиан. Принципи на Европейското договорно право, цит. съч., с. 236, Принципите на европейското договорно право са резултат от смесване на множество „правни раси“, а не са „чистопородна“ инцестна селекция от разрешения на „най-добра“ правна система.

правопорядъци свобода на договаряне. Но далечният замисъл на съставителите на тези частни кодификации е, те да надхвърлят битието си на „оптативни правила“ и да поемат с времето функциите на обща догматична платформа за сближаване на юриспруденцията и правоприлагането в различните правни семейства, надскачайки различията в позитивноправната уредба по националните законодателства⁵⁴. Накратко казано, забелязват се наченки на преход от модела на държавното правно регулиране към особен тип унифицирана автономна „саморегулация“ на международния търговски и граждански обмен⁵⁵ чрез установяване на общи разбирания за отделни правни институти и постигане на единни разрешения за сходни хипотези – резултат на „компромис“ между непреодолимите чрез други правни способности различия в националните правопорядъци⁵⁶.

Всички тези фактори правят изграждането на една стройна и научно обоснована типология на съвременните национални частноправни системи значително по-трудно и сложно в сравнение с типологизирането им на публичноправната плоскост, при която регламентацията се поддава на сравнително по-стройно типизиране, тъй като е подчинена на принципите на националния суверенитет и носи ясно изразен национален облик и идентичност. Отчитайки изключителната сложност и дълбочина на обсъжданите въпроси⁵⁷, настоящото изследване прави опит да хвърли един общ и без претенции за изчерпателност поглед върху основните модели за групиране на съвременните частноправни системи по правни семейства, като се вгледа по-внимателно в критериите, стоящи в тяхната основа, и оттук – да потърси по-прецизно

⁵⁴ В този дух вж. подробно **Müller-Graff**, P. Private Law Unification by Means other than Codification. In: **Hartkamp**, A. et al. (Eds.), Towards a European Civil Code. Kluwer, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 19 et seq.

⁵⁵ За тези тенденции вж. **Вилкова**, Н. Г. Договорное право в международном обороте. цит. съч., с. 3 и сл.

⁵⁶ Подробно за тези процеси вж. **Матеева**, Екатерина. Ролята на частните кодификации...Цит. съч., с. 330-347.

⁵⁷ В ново време принос за развитието на догматиката на сравнителноправния метод на научно изследване, вкл. в областта на гражданското право у нас, има основополагащата студия на **Сталев**, Живко. Сравнителният метод в социалистическата правна наука. В: Известия на Института по правни науки, т. XXIX. София: БАН, 1974, стр. 5 и сл.. Заслуга в тази насока през последните десетилетия имат и **Христофоров**, Веселин. Гражданско & търговско право на капиталистическите държави. 2. прераб. изд. София: Наука и изкуство, 1991; **Големинов**, Чудомир. Сравнителното право и реформите у нас. *Правна мисъл*, 1991, № 4; с. а., Сравнителното право и категорията право. *Правна мисъл*, 2002, № 4; **Неновски**, Нено. Съвременни проблеми на сравнителното право (бележки от един международен конгрес). *Правна мисъл*, 1994, № 4; **Митев**, Кр., А. **Шопов**. Сравнителното право и проектът „Общата сърцевина на европейското частно право“. В: Съвременното право. Проблеми и тенденции. София: Сиби, 2011, (Съст. Красимира Средкова), с. 94–118 и др.

онова ниво на дълбочина, до което следва да се стигне при проследяване на релевантните за типологичните построения разслойки в „матерните“ правни системи по света.

§ 2. Избор на подход и критерии за групиране на съвременните национални правопорядъци в правни семейства

Групирането на националните правопорядъци в правни семейства винаги е изправяло компаративистите пред два взаимно свързани въпроса с методологическо значение:

- С помощта на какъв тип сравнителноправни изследвания следва да се извърши обособяването на правните семейства в съвременността и

- С оглед на какви критерии следва да се определи принадлежността на даден национален правопорядък към едно или друго правно семейство.

Липсата на единомислие относно броя и вида на правните семейства в съвременността се дължи преди всичко на обстоятелството, че в основата на предлаганите класификации стоят различни подходи и типове сравнителноправни изследвания⁵⁸. В зависимост от организацията на научно-познавателния процес могат да бъдат открити няколко типа сравнителноправни изследвания, насочени към групирането и подреждането на правопорядъците по правни семейства:

- *Първо*, част от компаративистите се основават на т.н. *диахронен тип сравнения*, при които обект на съпоставително проучване са правни институти, дялове или даже цели правни системи, разглеждани в процеса на тяхното възникване и на историческото оформяне на елементите от тяхната структура⁵⁹. Чрез диахронното сравнителноправно изследване най-често се разкрива по какъв начин даден правен институт се е развивал през вековете и е добил

⁵⁸ Вж. **Сталев**, Живко. Сравнителный метод..., цит. съч., с. 19 и сл.; **Марченко**, М. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 73 и сл.; **Саидов**, А. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 45 и сл.; **Бехруз**, Х. Сравнительное правоведение. Одесса, Москва, 2008, с. 57 и сл.; **Лозано**, М. Големите юридически системи. Въведение в европейското и извъневропейското право. София: Изток-запад, 2018, с. 419 и сл.

⁵⁹ **Сталев**, Живко. Сравнителный метод..., цит. съч., с. 19 нарича този тип изследвания „сравнителна история на правото“. Вж. илюстрация на диахронния тип сравнителноправни изследвания у **Bollen**, C., **De Groot**, G. The Sources and Backgrounds of European Legal Systems. In: **Hartkamp**, A. et al. (Eds.), Towards a European Civil Code. Kluwer, Dordrecht/Boston /London, 1994, p. 97 et seq.; **Caenegh**, R. Van. An Histerical Introduction to Private Law. Cambridge University Press, 1992, p. 1 et seq., 147 et seq. **Лозано**, М., цит. съч., с. 421 отправя основателни забележки към надеждността на диахронния тип сравнителноправни изследвания, доколкото при тях „материята се свързва с юридически представи, които изолират правото от останалата реалност и така се раждат правни истории, затворени в самите себе си, чиито конкретни нормативни разпоредби случайно се отнасят до политическата и икономическа история на дадена културна област“.

днешния си вид и съдържание. Други автори пък центрират сравнителноправния анализ върху правопорядъците в днешния им вид и очертават сходствата помежду им с оглед на тяхното съвременно състояние и протичащите процеси на унификация и конвергенция помежду им. Това е характерно за т.н. *синхронен тип изследвания*, при които обект на сравнителноправно изследване са най-често отраслови правни норми или цели институти на позитивното право в различни съвременни правни системи, уреждащи конкретни, практически значими хипотези⁶⁰.

● На *второ* място, с оглед на обекта и равнището, на което се провеждат сравнителноправните изследвания, служещи като основа за типологията на правните системи, могат да се очертаят три нива на сравнителен анализ. На първото и най-ниско ниво, означавано като „*микросравнение*“, сравнителният анализ се извършва спонтанно (*ad hoc*), по отделни правни норми, понятия или правно-догматични конструкции в различните правни системи и като правило се съсредоточава върху правно-техническите характеристики и конкретното нормативно съдържание на сравняваните правни предписания в правопорядъци, принадлежащи към различни правни семейства⁶¹. Сравнителноправното изследване на „микро-ниво“ винаги е насочено към извеждане на приликите и отликите в нормативните решения, съдържащи се в конкретни правила, предназначени да регулират еднакви или аналогични явления или процеси в различни национални правопорядъци⁶². Обикновено такъв тип микросравнения се срещат в повечето академични изследвания в областта на отрасловите правни дисциплини и при тях съпоставката се извършва от позицията на тази правна терминология, понятиен апарат и модел на правно мислене, които са свойствени за правопорядъка, с чиято среда е свързан изследователят.

На второто, по-високо ниво, наричано „*институционално*“ или „*отраслово*“ *сравнение*, сравнителноправното изследване обхваща цели правни институти или отрасли в различните национални правопорядъци. Най-често при него решаващите различия между типовете правопорядъци се търсят не само на правно-техническа плоскост, а в съдържанието на решенията по същество, давани по основни въпроси с принципно значение в правните системи от различни типове.

При третото ниво, обозначавано като „*макросравнение*“, обект на сравнителен анализ са националните правни системи, взети в тяхната цялост (като съвкупности от множество подсистеми в тяхната структура⁶³), с разкриване

⁶⁰ Вж. **Сандов**, А. Сравнителное правоведение, цит. съч., с. 45; **Лозано**, М. Цит. съч., с. 420.

⁶¹ Вж. **Сталев**, Живко. Сравнителный метод..., цит. съч., с. 20.

⁶² Така **Zweigert**, К., **H. Kötz**. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., s. 27 et seq.

⁶³ За структурата на правната система и подсистемите, които тя включва, вж. **Ташев**, Росен. Теория за правната система, цит. съч., с. 172 и сл.

на процеса на тяхното историческо формиране, вътрешна структура, основни принципи, система от правни източници, способности за тълкуване, попълване на празнотите, правоприлагане, юрисдикции, правни догми и традиции и т.н. Както изтъкват *K. Zweigert* и *H. Kötz*⁶⁴, при извършване на сравнителен анализ на „макро-ниво“ акцентът се поставя не върху наличието или липсата на сходства по конкретни, единични правни въпроси и техните решения в различни държави, а върху приликите и разликите в цялостния правно-политически и правно-технически подход при регламентацията на подлежащите на уреждане обществени отношения посредством съпоставка на различните „стилове“ на законодателна техника, кодификационни модели и други правни източници, способности за тълкуване и правоприлагане, общи въпроси на съдопроизводството в различните държави, методиката за изготвяне на съдебните актове, значението на методологията за развитието на правото, принципни въпроси на правотворчеството, проблеми на спазването на законността, възприетия конституционен модел и т.н. Сравнителният анализ на това трето ниво на изследване се подплътва с извеждане на обществено-икономическите, политически, културни, религиозни и др. фактори, влияещи върху функционирането на изследваните елементи от правните системи.

Типологичните построения, извършвани с помощта на макросравненията, позволяват приликите да се търсят не от позицията на определена правна система, с която изследователят е най-свързан, а да се разкрият системо- и стилообразуващите фактори⁶⁵, действителните взаимовръзки и съотношения между различните правопорядъци и на тази основа да се изгради тяхната научно обоснована типология. Те се опират в най-широка степен и на достиженията в областта на социологията и философията на правото. Най-често макросравнителните изследвания имат универсален характер в смисъл, че се стремят към глобално обхващане на съществуващите правни системи чрез определяне на мястото им на световната юридико-географска карта. Но поради практическата непостижимост на едно изчерпващо по обхвата си сравнение на всичките повече от 200 национални правопорядъка в съвременния свят, се прибегва винаги до т.н. *репрезентативен подход*, при който обособяването на основните правни семейства по света се основава на „осмислен подбор“ на водещите правни системи⁶⁶, т.е. на селекция на „представителни“ образци, които да бъдат взети като обект на сравнителен анализ и оттук – като емпирична основа за по-нататъшни теоретични заключения. Този подход изисква да се открият преди всичко така наречените „матерни“ правопорядъци, които да заемат мястото на родоначалник на съответното правно семейство и след това

⁶⁴ *Zweigert, K., H. Kötz. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., s. 32 et seq.*

⁶⁵ Изразът е на *Zweigert, K., H. Kötz. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., s. 67–68.*

⁶⁶ Този възглед поддържа *Саидов, А. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 119–120.*

да се проследи тяхното разпространение под формата на „дъщерни“ правни системи, които пряко или непряко са заимствали техните характерни черти.

● На *трето* място, в зависимост от способите за извършването им сравнителноправните изследвания биват два основни типа: такива, основани на *същинско формално-юридическо (правно-позитивистично, нормативистично) сравнение*, и такива, които се опират на т.н. *функционално сравнение (сравнение от гледна точка на решавания проблем в неговата същина⁶⁷)*. При първия тип сравнителноправни изследвания приликите между различни правопорядъци с цел тяхното типологизиране се търсят в наличието на сходни в правно-техническо отношение норми, институти, отрасли, понятия, термини, в аналогични по предмет на регулиране нормативни актове и т.н.⁶⁸ В догматично отношение този тип сравнителноправни изследвания се опират на традициите на правния позитивизъм. Те са характерни по-скоро за ранните етапи от развитието на правната компаративистика, когато в центъра на вниманието са стояли преди всичко системите на континентално-европейското право, разкриващи относително сходство помежду си, поради общите им корени в реципираното от тях римско частно право.

Напротив, при функционалния тип сравнителноправни изследвания (*functional comparison, method fonctionnelle, funktionelle Rechtsvergleichung*) като отправна точка се взема не правната норма, респ. нормативния акт или друг правен източник с неговите правно-технически характеристики, а *определен проблем или социално явление* от подлежащите на регулиране обществени отношения и се издирва, кои правни институти (норми) във всеки от сравняваните правопорядъци обслужват неговото разрешаване и по какъв начин се постига тази цел⁶⁹. К. Zweigert и Н. Kötz⁷⁰, а заедно с тях и Ж. Сталев⁷¹, Х. Бехруз⁷², А. Саидов⁷³ и др. приемат, че така установените норми и институти могат да се считат сравними и годни да служат като основа за типологизиране на съпоставяните правопорядъци, ако решават аналогични социални проблеми, макар и давайки диаметрално противоположни по същество нормативни

⁶⁷ По израза на Сталев, Живко. Сравнителный метод..., цит. съч., с. 26.

⁶⁸ Именно този тип сравнителноправни изследвания проф. Живко Сталев нарича „*tertium comparationis*“ в първоначален вид, вж. Сталев, Живко. Сравнителный метод..., цит. съч., с. 25, 26.

⁶⁹ За основоположник на функционалния метод на сравнение в областта на правото се счита М. Solomon, Grundlegung zur Rechtsphilosophie. Basel, 1925, S., 33 et seq., цит. по Rabel, E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. Gesammelte Aufsätze. Bd. III, Tübingen, 1967, s. 2 et seq. Вж. по-подробно за функционалния тип сравнителноправни изследвания вж. Zweigert, K., Н. Kötz. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., s. 33 et seq.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Сталев, Живко. Сравнителный метод..., цит. съч., с. 26.

⁷² Бехруз, Х. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 75.

⁷³ Саидов, А. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 49 и сл.

решения или пък постигайки целите си чрез коренно различни правнотехнически средства. От гледна точка на учението за правните семейства в съвременността полезен „градивен“ материал могат да са тъкмо *сравнимите институти*, предназначени да регулират еднакви по същество проблеми в обществото и изпълняващи аналогични функции и цели в областта на правното регулиране в различните правопорядъци. Именно тях компаративистите наричат „функционални еквиваленти“ или „функционални двойници“⁷⁴.

За разлика от нормативистичния тип сравнителноправни изследвания методът на функционалното сравнение прави възможно издирването на „функционални двойници“ в правни системи, при които липсва съответствие (а понякога даже и съотносимост) в правната терминология, в понятийния им апарат, в правните им институти и т.н. Но доколкото при функционалното сравнение на базата на сходства или различия в *социалните* проблеми, които са призвани да решават сравняваните институти, се търсят съществените прилики в самия *правен инструментариум* на съпоставяните правопорядъци, ясно е, че критерият за групирането на последните по правни семейства в този случай не може да бъде правен (правно-технически). По необходимост той носи ясно изразен метаюридически характер, тъй като признакът, върху който би се опрял класификационният критерий, лежи в обслужваните от тези институти социални потребности.

Във връзка с втория основен въпрос, а именно този за критериите, с оглед на които следва да се определи принадлежността на даден национален правопорядък към едно или друго правно семейство, се очертават два основни подхода: *монокритериален* и *поликритериален*.

Част от компаративистите, които се придържат към първия подход, намират за методологически правилно групирането на националните правопорядъци по правни семейства да се извършва съобразно *един основен критерий*, който може да открие съществено общото в икономическите, политическите, религиозните, културните условия и тъкмо то да се разглежда като обща основа за възникването и функционирането на сравняваните правопорядъци, за общите им исторически корени и традиции и т. н.⁷⁵ Друга част от авторите, които поддържат монокритериалния подход, настоява решаващо значение да бъде отдадено на правната традиция, която доминира в съответната група от правопорядъци и която предопределя същественото съдържание на правните им институти и обособяването на правните отрасли в тях. От позицията на това виждане правната традиция се схваща като съвкупност от дълбоко вкоренили се в съзнанието на хората и исторически обусловени възгледи относно

⁷⁴ Така **Сталев**, Живко. Сравнителный метод..., цит. съч., с. 26; вж. и **Rabel**, E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, op. cit., s. 2 et seq.

⁷⁵ Тази теза се поддържа от **Schnitzer**, A. Vergleichende Rechtslehre. Bd. I. Berlin, 1996, s. 132–145.

ролята на правото в обществото, природата на правото и политическата идеология, а също и към организацията и функционирането на правната система⁷⁶. Тези възгледи акцентират върху отделни елементи на социалното и културно наследство, предаващо се от поколение на поколение и съхранявано в определени общества, класи и социални прослойки в течение на продължително време. То се обективира в установените правни норми, обичаи, в ценностната система на обществото, опряна на правилата на морала като регулатор на обществените отношения и т.н.⁷⁷.

Напротив, според поддръжниците на *поликритериалния подход* групирането на националните правопорядъци в правни семейства трябва да отразява, освен техните исторически корени и социално-икономическите условия на развитието им, още и доминиращия в тях модел на правно мислене (юридическа концепция), който е предопределил обособяването на правните им отрасли, особеностите в правните им институти, вида и йерархията на правните им източници и способите за тълкуване, както и доминиращата правните системи идеология⁷⁸. Този подход се обосновава с комплексния характер на факторите, които оказват пряко въздействие за формиране на общите черти на различни национални правни системи.

Проследяването на развитието на сравнителноправната наука⁷⁹ показва, че естеството и съдържанието на избраните от различни изследователи *критерии* зависят в крайна сметка от това, на кой от двата основни методологични подхода се отдава предпочитание като доминиращ и с определящо значение.

При първия подход, наречен условно *социологически*, обособяването на правните семейства се основава главно на *метаюридически* признаци, отразяващи:

– *Типа обществен строй*, за чието изграждане и функциониране е призван да съдейства и обслужва съответния правопорядък. Така напр., условията на силно идеологизираното правно мислене от средата и втората половина на XX век, заключено между политическите полюси на капиталистическия и социалистическия обществен строй, централна задача на източноевропейската сравнителноправна доктрина беше обособяването на групата на т.н. „буржоазни“ или „капиталистически“ правни системи и тяхното ясно отграничаване от правопорядъците на социалистическите държави⁸⁰. Като отличителен белег, който „споява“ буржоазните (капиталисти-

⁷⁶ Така **Merryman**, J. The Civil Law Tradition. Stanford University Press, 1985, p. 18.

⁷⁷ Вж. **Марченко**, М. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 129–130.

⁷⁸ **Bogdan**, M. Comparative Law, op. cit., p. 83.

⁷⁹ Още за развитието на теоретичната дискусия относно избора на класификационни критерии за групиране на националните правни системи в правни семейства вж. **Zweigert**, K., H. **Kötz**. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., s. 62 ff.

⁸⁰ Вж. **Христофоров**, Веселин. Гражданско и търговско право на капиталистическите държави, цит. съч., с. 5 и сл.; **Янчков**, К. Гражданское и торговое право капиталистиче-

чески) правни системи в една обща група, се посочваше тяхната функция по обслужване на „монополистическия капитализъм“⁸¹ и „реакционната им същност“⁸², а самото понятие „гражданско и търговско право на капиталистическите държави“ (за разлика от това на социалистическите страни) се дефинираше като „система от правни норми, регулиращи възникващите в буржоазното общество имуществени отношения и свързаните с тях неимуществени отношения, като лични, неимуществени отношения в семейството, правото на име, правото на авторство и др.“⁸³. С аргумента, че основа на капиталистическия строй е частната собственост върху средствата за производство, правото на собственост се посочваше като основния и характерен за буржоазното гражданско право институт⁸⁴.

Доминиращият през онези години двуполуосен „формат“ на правната мисъл обуславяше констатацията, че дуализмът на частното право е отличителен белег за правните системи на капиталистическите държави (за разлика от социалистическите, които, според Ленин, „не познават нищо частно“), а също и че „при постоянното разширяване на стоково-паричните отношения при развития капитализъм се наблюдава процес на комерсиализация („отърговяване“) на гражданското право чрез разпростиране върху имуществените отношения в гражданския обмен на положенията, приложими специално в областта на търговския оборот“⁸⁵. Особеностите в областта на гражданскоправното регулиране, които служат като разграничителна линия между капиталистическия и социалистическия цивилистичен модел и дават основание за обособяване на тези две големи групи от правни системи, се търсеха в насоките на тяхната еволюция, както и в технико-юридическото съдържание на едни от най-важните институти на гражданското право, като юридическите лица, правото на

ских государств. Москва, 1966, с. 3–17; **Генкин**, Д. Гражданское и торговое право капиталистических стран. Москва, 1974, с. 6–27; **Мазолин**, В., М. **Кулагин**. Гражданское и торговое право капиталистических стран. Москва, 1980, с. 3–28; **Кнапп**, В. Крупные системы права в современном мире. В: Сравнительное правоведение. Москва, 1978; **Eörsi**, G. Comparative Civil (Private) Law. Budapest, 1979, p. 4 et seq.; **Göhring**, J. et al. Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975. Herausgegeben vom Ministerium der Justiz, Berlin, 1985, s. 25 et seq.; **Безбах**, В., М. **Кулагин**, В. **Мазолин** и др. (авт. коллектив). Советское и иностранное гражданское право. Москва, 1989, с. 39 и сл., 175 и сл. и др.

⁸¹ Така **Флейшиц**, Е. Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала. Москва, 1948, с. 2 и сл.

⁸² Вж. **Халфина**, Р. Реакционная сущность гражданского права современных капиталистических стран. Москва, 1961, с. 7 и сл.

⁸³ Така **Нарышкина**, Р. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Ч. I, Москва, 1983, с. 3.

⁸⁴ Така **Христофоров**, Веселин. Гражданско и търговско право на капиталистическите държави, цит. съч., с.б.

⁸⁵ Пак там, с. 7–9.

собственост, договора, гражданската отговорност и т. н.⁸⁶. Като цяло, представата за „юридико-географската“ карта на света се изчерпваше с очертаването на три основни групи от правопорядъци: социалистически, капиталистически и тези на „освободилите се“ държави⁸⁷;

– **Икономическа система на обществото**, обслужвана от действащия правопорядък, вкл. типа на собствеността върху средствата за производство. Основно значение при този критерий се отдава на господстващия модел на собственическите отношения („общонародна“ собственост от социалистически обобществен тип *или* частна собственост върху средствата за производство; лична собственост на всеки отделен индивид *или* трибална, родово-племенна (групова, кланова) собственост, която може да принадлежи само на общността от лица, съставляващи един род, семейна задруга, племе и т.н.), както и на икономическия модел, върху който е изградено управлението на националното стопанство (пазарна икономика, основана на свободата на стопанска инициатива и „работещата“ конкуренция *или* централизирана планова икономика, направлявана с административни актове – държавни планови задания и контролни показатели за произведени и пласирани стоки и услуги) и т. н.⁸⁸;

– **Ролята на религиозния фактор** в обществото и в системата от социални и правни регулатори. Той може да е от особено значение за личното, семейното и наследственото право в някои правни системи, доминирани от нормите на религиозното право. При тези системи гражданскоправното положение на личността се определя съобразно каноните на изповядваната от лицето конфесия. Значението на религиозния фактор се отчита най-вече при прилагане на т.н. социологическо-аксиологичен подход на сравнителноправно изследване, при който акцентът на теоретичния анализ се поставя върху ролята на религиозните ценности като правообразуващ фактор⁸⁹;

– **Ролята на идеологическия фактор** в държавното управление и господстващият философски мироглед, които пряко или косвено въздействат върху

⁸⁶ Вж. подробно **Безбах, В., М. Кулагин, В. Мазолин** и др. (авторски колектив). Советское и иностранное гражданское право, цит. съч., с. 175 и сл.

⁸⁷ Пак там, с. 271 и сл.

⁸⁸ Изтъквайки решаващото значение на икономическите фактори за оформяне на сходствата и различията в националните правопорядъци **Bogdan, M.** Comparative Law, op. cit., р. 83 пише, че „не е необходимо да си марксист, за да разбереш, че всяка правна система представлява една надстройка, която се основава върху съответен модел за икономическа организация на обществото, която тя е призвана да обслужва. По правило държави с еднотипен икономически модел имат значително повече на брой общи признаци в правните си системи в сравнение с държави с различна организация на управление на националното им стопанство“.

⁸⁹ Вж. подробно задълбоченото изследване на **Колев, Тенчо**. Християнските ценности като правообразуващ фактор. София: Сиела, 2017, с. 9 и сл. За особеностите на ислямското право вж. **Лозано, М.** Цит. съч., с. 311 и сл.

формирането на доминиращата правна доктрина⁹⁰, юридическа идеология и техника на правотворчеството;

– *Геополитическите особености*, които предопределят типа местна цивилизация, и отгук – глобалните или регионални политически и правни влияния, на които тя е изложена;

– *Доминиращият социокултурен модел* в страната или географския регион. Подчертавайки специално значението на културата като фактор за формирането на националните правни системи, редица съвременни изследователи приемат като постулат мисълта на германския цивилист *N. Kohler*⁹¹, че „всяка култура има свой особен правен живот и всяка правна среда има своя особена култура“. На тази основа те изтъкват, че всеки правопорядък и всяко правно семейство представляват уникален продукт на цял комплекс от фактори, сред които важно място заемат културните традиции⁹². „Уникалната индивидуалност“ на националната правна система, респ. на правното семейство, към което тя се числи, се обуславят в значителна степен от особеностите на културното развитие и варират в зависимост от неговата степен. Така е, защото правото е съставен елемент от културата на страната, а културата е право⁹³. По този логически път се обосновава тезата, че пътят към изграждане на една научно обоснована типология на съвременните национални правопорядъци минава през сравняване на техните правни култури, т.е. посредством методите на сравнителната правна културология⁹⁴;

⁹⁰ За тези влияния вж. по-подробно **Танчев**, Евгени, **Мартин Белов**. Сравнително конституционно право, цит. съч., с. 23–28.

⁹¹ **Kohler**, J. Das Recht als Kulturerscheinung. Würzburg, Stahel, 1885, s. 5.

⁹² Така **Black**, D. The Behaviour of Law. New York, 1976, p. 63 et seq.; **Grossfeld**, B. The Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford, 1990, p. 41 и др.

⁹³ Така **Black**, D. The Behaviour of Law, op. cit., p. 63.

⁹⁴ Отявлен привърженик на сравнителната правна културология като методологическа основа за типизация на съвременните правни системи е **Cohen-Tanugi**, L. Legal Cultures Compared: The American and the French and the German. In: **Gessner**, V, C. **Varga** (Eds.). European Legal Cultures. Sydney, 1996, p. 269 et seq. Сравнявайки правните култури, лежащи в основата на двете големи групи правни семейства – англо-американското и романо-германското, авторът изтъква, че ако в голямата си част американците, бидейки „наследници на древния англо-саксонски легализъм и религиозно пуританство“, се отнасят с „особен трепет и уважение“ към правните предписания и институциите на съдебната власт, то във Франция отношението към правото е по-различно. Французите демонстрирали, според автора, една „по-амбивалентна“ („ambivalent“, в смисъл – двойствена) нагласа към правото. Те разчитали на неговите институти, когато търсят защита на частната собственост, но ако става дума за защита на конституционния статус на личността и предоставените ѝ права, френското общество предпочитало да не се доверява толкова на принципа за „господството на правото“ (т.е. на принципа на законността, бел. моя Е.М.), тъй като не вярвало, че сериозните политически, икономически и социални конфликти могат да бъдат решени с правни средства. В този смисъл, заключава **Cohen-Tanugi**, отношението на французите към правото често „считава в себе си елементи на безразличие и цинизъм“.

– **Принадлежността на населението на държавата към определена раса, етнос, езикова група и значението на демографския фактор**⁹⁵. Заслужава да се отбележи, че още в началото на XX век в европейската правна доктрина се предлагат класификации на правните системи въз основа на расов и езиков критерий. Съобразно него се обособяват четири основни правни кръга: индоевропейски, семитски, монголски и групата на т.н. „нецивилизовани“ народи, всеки от които на свой ред бива подразделян на съответни клонове (подгрупи). Напр., в рамките на индоевропейското правно семейство се обособяват индуски, ирански, келтски, гръко-римски, германски, англо-саксонски, славянски и ирански клон и т.н. Според *N. Sauser-Hall*⁹⁶, наред с расовия и езиков критерий влияние оказват правната култура, господстващата в обществото концепция за същността, съдържанието и ролята на правото като регулатор на социалните процеси, правната философия, системата от правни източници и т.н.;

– **Военно-политическите фактори**. Във вижданията на някои американски компаративисти, като *Cruz, P.*⁹⁷ и посочените от него автори, военнополитическият фактор е от особено значение за формиране на правните системи в съвременна Европа. Авторът посочва, че конфигурацията на правния мир в Европа като цяло и на правопорядъците на европейските държави в края на XX век зависи до голяма степен от новите развития във военно-политическата обстановка на европейския континент. Авторът уточнява, че състоянието на правните системи ще е различно в зависимост от това, дали по-нататъшното европейско разширение на НАТО ще се осъществява при водещата роля на САЩ или военният алианс ще функционира за напред на основата на баланса между такива водещи европейски сили, като обединена Германия – от една страна, и Франция и Русия – от друга и т.н.

През 60-те и 70-те години на миналия век под влияние на идеологическото противопоставяне „социалистически Изток“ ↔ „капиталистически Запад“ и активизирането на движенията за политическа независимост на колониалните народи, редица видни теоретици на сравнителното право като *R. David, G. Sawyer, I. Szabo, H. Afchar, J. Derrett, T. Iyer, Y. Noda* и *K. M'Baye*⁹⁸, предлагат

⁹⁵ **Bogdan, M.** *Comparative Law*, op. cit., p. 70-76 поддържа, че комплексът от фактори, които влияят пряко върху формиране на общото и различното в съвременните национални правни системи по света включва освен икономически, още и политически, идеологически, религиозни, исторически, географски и демографски фактори.

⁹⁶ **Sauser-Hall, N.** *Fonction et methode du droit compare*. Paris, 1913, p. 101–115, цит. по **Ricard, P.** *Le Jeu de la Différence: „reflexions sur l'épistémologie du droit compare“*. Collection Diké, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2007, p. 88.

⁹⁷ **Cruz, P.** *A Modern Approach to Comparative Law*, op. cit., p. 342.

⁹⁸ Вж. **David, R., G. Sawyer, I. Szabo, H. Afchar, J. Derrett, T. Iyer, Y. Noda, K. M'Baye.** *The Legal Systems of the World*. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, 'The Diferent Conceptions of the Law', 1975, Chapt. 1.

обособяването на следните шест различни правни кръга: западен⁹⁹, социалистически, мюсюлмански, индуски, далекоизточен и африкански. Без съмнение това делене изразява по-скоро някаква типизация на съвременните държавно-организиран общества с оглед на доминиращия при всяко от тях политически, икономически, социокултурен или професионален модел, но не дава практически никаква съдържателна информация за характерните признаци на частноправните отрасли и институти в правните системи, обхванати от една или друга класификационна група¹⁰⁰. Така е, защото при социологическия (метаюридически) подход по хипотеза липсва достатъчно определена и ясна методологическа основа, обезпечаваща вътрешното единство и консистентност на класификацията на правните системи, а най-вече защото отсъства съществен *правен признак* за идентифициране на определен национален правопорядък до степен да се получи поне една обща представа за състоянието на основните негови отрасли и институти (и конкретно – тези на гражданското право). Подобни класификации размиват сериозно съществените и основополагащи юридически прилики в облика и съдържанието на съпоставяните правопорядъци, тъй като в най-добрия случай се опират само на общите идеи за свобода, право, справедливост, морал, дълг и отговорност и т.н., разработени от представители на различните течения в социологията и философията на правото. Непредпазливото използване на метаюридическия подход може да доведе и до такива *еклектични* по характера си типологични построения, при които е невъзможно дори идентифицирането на критерия, положен в основата на групирането на правните системи. Резултат от прилагането на такъв подход представлява крупното тритомно изследване на американския юрист-компаративист *J. Wigmore*¹⁰¹ „Панорама на правните системи на света“, в което се приема

⁹⁹ Понятието „западно право“ (Western Law, westliches Recht) се роди като плод на силно идеологизираното правно мислене от 60-те и 70-те години на миналия век. В това понятие се включваха правните системи на англо-американското право и различните групи от романо-германския правен кръг в западноевропейските страни и повлияните от тях извъневропейски законодателства, обединени като „антипод“ на правопорядъците на държавите от т. н. „Източен блок“, т. е. на социалистическите държави около бившия СССР.

¹⁰⁰ Подобно критично отношение изразяват **Танчев**, Евгени, Мартин **Белов**. Сравнително конституционно право, цит. съч., с. 33, по повод предлаганото в чуждата литература делене на правните кръгове на романо-германски, англо-американски, ислямски, африкански, азиатски (далекоизточен) и нордически (северен, скандинавски). Авторите с основание отбелязват, че извън първите две правни фамилии, които имат всепризнат и основополагащ характер, обособяването на останалите на чисто регионално-географски принцип може да се оспорва в значителна степен.

¹⁰¹ Вж. **Wigmore**, J. A Panorama of the World's Legal Systems. Saint Paul Minnessotta, 1928, Vol. 1–3, цит. по **Бехруз**, X. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 75. За значението на това изследване и за изработената от **J. Wigmore** през 1928 г. юридико-географска карта на основните правни семейства в съвременния свят вж. **Лозано**, М. Цит. съч., с. 408–409.

съществуването на 16 основни правни семейства (египетско, месопотамско, юдейско, китайско, индуско, гръцко, римско, японско, мюсюлманско, келтско, славянско, германско, морско, каноническо, романско и английско), но трудно може да се установи с оглед на какъв признак същите са били обособени.

При втория подход, който може условно да бъде определен като „*правно-технически*“, критериите за обособяване на правните кръгове (семейства) в съвременния свят се основават на определени *формално-правни, правнотехнически* и/или *материални* правни признаци, които се полагат в основата на типизацията на националните правопорядъци и се изтъкват като най-отличителни и характерни за дадена група от правни системи. При избора на класификационен критерий се изхожда най-често от разбирането, че основните особености на една национална правна система трябва да се търсят главно във *вида и йерархията на нейните правни източници*; в нейните *централни юридически понятия, правно-догматични конструкции и правни институти*, в характерните за нея *правно-технически способности за тълкуване и прилагане на правото*¹⁰², в *правно-историческите ѝ корени* и др.¹⁰³ С оглед на казаното при позитивистичния подход групиранто на националните правопорядъци в правни семейства се извършва според:

– *Вида и йерархията на правните източници*, и по-специално признава ли се върховенството на писания закон, т. е. на позитивното право, създадено от органите на законодателната власт в рамките на предоставената им по установен ред нормотворческа компетентност и по определена от закона процедура; мястото и значението на съдебния прецедент като правен източник¹⁰⁴; наличието или отсъствието на гражданска кодификация; значението

¹⁰² В суров вид този възглед е вдъхновил един от най-ранните опити за типология на националните правни системи и за групирането им в правни семейства, направен в труда на големия компаративист Esmein, A. *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances et documents, vol. I, 1905, цит. по **Zweigert, K., H. Kötz.** *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., s. 63. Посоченият автор приема съществуването на пет основни правни семейства: *романско, германско, англо-саксонско, славянско и ислямско*.

¹⁰³ Този възглед се споделя и от съвременната ни правна доктрина. Вж. **Ташев**, Росен. *Теория за правната система*, цит. съч., с. 144. Авторът приема, че основните особености на една правна система са нейните източници, понятия, правни институти, утвърдени техники за тълкуване и прилагане на правото. Те служат и като критерий за разграничението на правните системи.

¹⁰⁴ По-подробно по този въпрос и в сравнителноправен план вж. **Фаденхехт**, Йосиф. *Българско гражданско право. Обща част*. София, 1929, фототипно издание 1992, с. 48 и сл.; **Таджер**, Витали. *Съдебна практика и общи актове на Върховния съд на НРБ*. *Год. СУ, Юрид. фак.*, т. 69, 1977; **Сталев**, Живко. *Съдебната практика като източник на правото. Съвременно право*, 1997, № 6; **Павлова**, Мария. *За ролята на съдебната практика. Съвременно право*, 1998, № 3; **Русчев**, Иван. *Нормативните актове източник на частното право*. София: Албатрос, 2008, с. 25 и сл. и др.

и мястото на правния обичай в системата от правни източници; значението и мястото на нормите на религиозното право; правното значение на морала, на справедливостта и т. н. През 20-те години на миналия век цивилистът *Lévy-Ullmann*¹⁰⁵ обосновава възгледа, че според характерните за правопорядъците *видове правни източници* следва да се признае съществуването на три основни правни семейства: континентално-европейско – заради върховенството на писания закон, англо-американско – заради водещата роля на съдебния прецедент и ислямско – заради неговата абсолютна и застинала във времето подчиненост на религиозните догми на исляма. Във връзка с характера на правните източници *Р. Ташев*¹⁰⁶ подкрепя групирането на съвременните правни системи в две основни групи (типове правни системи): монистични и плуралистични. Класификационният критерий за това групиране, посочен от автора, е в зависимост от това, дали съответният правопорядък допуска действието на чужди правни норми или пък инкорпорира в себе си такива норми. При монистичните модели правната система се идентифицира с държавата в смисъл, че на територията, върху която се разпростира нейният суверенитет, се изключва в даден момент съществуването на друга правна система¹⁰⁷. Монистичните системи допускат в своите рамки съществуването на елементи (правни норми) от други правни системи (международно право, корпоративно право), но след като те бъдат формално инкорпорирани в монистичната система и придобият юридическа сила, която е „вторична и производна от законодателния монопол на държавата“¹⁰⁸. Като монистични се класифицират системите на религиозното право в държавите, изповядващи ислямски фундаментализъм, тъй като при тях прилагането на правни норми извън религиозните догми на исляма е недопустимо. При плуралистичните правни системи, напротив, в един и същи момент на една и съща територия съществуват и действат заедно повече от една системи¹⁰⁹.

За целите на разглежданата типология *Р. Ташев* различава две разновидности на плурализма. Първият вид, наречен от автора „социологически плурализъм“, има отношение към това, кой създава правните норми: напр., автор на законовите норми е държавата, а автор на корпоративните норми е обществото. От тази гледна точка авторът признава, че практически всички съвременни правни системи са плуралистични¹¹⁰. Втората разновидност на

¹⁰⁵ Вж. *Lévy-Ullmann*. Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers, Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans I, 1922, p. 81 et seq., цит. по *Zweigert, K., H. Kötz*. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., S. 63

¹⁰⁶ Вж. *Ташев, Р.* Теория за правната система, цит. съч., с. 145–146.

¹⁰⁷ Пак там, с. 146.

¹⁰⁸ Пак там.

¹⁰⁹ Пак там.

¹¹⁰ Пак там.

плурализма авторът търси в това какво е основанието за задължителността на нормите и кой осигурява принудителното им прилагане. От тази гледна точка *Р. Ташев* причислява към плуралистичните правни системи правопорядъците на федералните държави и на държавите членки на ЕС (при последните – заради отстъпления от държавата членка в полза на ЕС суверенитет)¹¹¹. Към плуралистичните системи авторът отнася и правните системи на тези държави, където има етноси, прилагащи своето обичайно право, вкл. чрез своеобразни юрисдикции. При тях „правни норми от двете правни системи действат едновременно и имат различна и конкурираща се задължителност“¹¹²;

– **Юридическата концепция, върху която е изградена вътрешната структура на правната система и групирането на нормите ѝ по правни отрасли**, клонове, респ. дялове и правни институти, и по-конкретно – дали се основава на деленето на правото на публично и частно¹¹³; дали се възприема институционната или пандектната система на гражданското право¹¹⁴; дали се признава дуализмът на частното право¹¹⁵, изразяващ се в наличие на

¹¹¹ Вж. **Ташев**, Р. Теория за правната система, цит. съч., с. 146–147.

¹¹² Пак там, с. 147.

¹¹³ В модерната литература по сравнително право изрично се посочва, че деленето на правото на публично и частно е неприсъщо на доктрината на държавите от англо-американския правен кръг, макар техните законодателства да съдържат множество публичноправни и частноправни норми. Така **Осакве**, К. Сравнително правоведение в схеми: Обща и Особенна части. 2-е изд., перераб. и доп., Москва: Дело, 2002, с. 53. За деленето на правото на публично и частно вж. по-подробно **Ганев**, Венелин. Учебник по обща теория на правото. Ч. първа. 2. доп. изд. Фототипно издание. София, 1990, с. 566 и сл.; **Торбов**, Цеко. Обща теория на правото. София: Юриспрес, 2002, с. 98 и сл.; **Ташев**, Росен. Теория за правната система, цит. съч., с. 149 и сл.; **Новкиришка-Стоянова**, Малина. За римския модел на разграничаването на публичното и частното право. В: Право и граници. Сборник с доклади от научна конференция, проведена от катедра „Теория и история на държавата и правото“ на Юридическия факултет на СУ „Св. Климент Охридски“ на 15 май 2018 г. Състав. Д. Вълчев, С. Гройсман. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2018, с. 315 и сл.; **Новкиришка-Стоянова**, Малина. Publicum ius. София: ЕкоПринт, 2016, с. 73 и сл.; **Новкиришка-Стоянова**, Малина. De iure publico. Студии по римско публично право. София: Сиела, 2013, с. 32–40; **Друмева**, Емилия. Конституционно право. 5. доп. и прераб. изд. София: Сиела, 2018, с. 20 и сл. и др.

¹¹⁴ Вж. **Фаленхехт**, Йосиф. Българско гражданско право. Цит. съч., с. 1–2; **Диков**, Любен. Курс по българско гражданско право. Т. I. Обща част. София, 1940, с. 22; **Василев**, Любен. Гражданско право на Народна Република България. Обща част. София: Наука и изкуство, 1956, с. 36; **Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. 2. изд. София: Софи-Р, 2001, с. 58 и сл.; **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. доп. изд. София: Софи-Р, 2002, с. 38 и сл.; **Стефанов**, Георги. Основи на гражданското право. Велико Търново: Абагар, 2007, с. 19 и сл. и др.

¹¹⁵ Вж. по-подробно **Русчев**, Иван. Към въпроса за дуализма на частното право. *Съвременна право*, 2000, № 6, с. 74–87. За дуалистичните и монистичните възгледи относно систематичното място на търговското право и съотношението му с гражданското право вж. **Матеева**, Екатерина. Поглед върху типологията на системните подходи към пробле-

самостоятелна търговскоправна кодификация наред със съществуването на граждански кодекс (гражданско законодателство) и т. н.;

– „**Знаковите**“ за дадена национална правна система или група от такива системи **юридически понятия и правно-технически конструкции**¹¹⁶. Така напр., понятието „*consideration*“ (насрещно удовлетворение) е отличително само за английското договорно право, респ. за правните системи на държавите от англо-американския правен кръг¹¹⁷. Същото се отнася за правната конструкция на „*trust-a*“¹¹⁸ в различните ѝ разновидности; за доктрината „*frustration*“¹¹⁹

ма за съществуването на търговско право в римската правна система. *Ius romanum*, 2016, № 1, с. 149–178.

¹¹⁶ За значението на правните понятия като градивен елемент, който изгражда конструкцията на правната система вж. по-подробно **Ганев**, Венелин. Правните понятия. Трудове по обща теория на правото. София: Марин Дринов, Сиби, 1998, с. 272; **Ташев**, Росен. Теория за правната система, цит. съч., с. 134 и сл. Според посочения автор, ако правните понятия изграждат първото равнище на конструкцията на правната система, то правните конструкции, представлявайки трайно отношение между юридически понятия и явления, са второто и по-усложнено ниво на изграждане на правната система. Авторът изтъква, че правните конструкции са типична проява на вече чисто юридическото конструиране на правната система.

¹¹⁷ Вж. *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*. 12th Ed., Butterworths, London, 1991, p. 70 et seq.; **Спасов**, Георги. 'Consideration' и 'causa'. *Год. СУ, Юрид. фак.* т. 85, [1992], 1996, с. 103 и сл.; **Kötz**, Н. *Europäisches Vertragsrecht*. Band I. Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, s. 81 et seq.; **Стоянов**, Димитър. За римскоправните корени на учението за *causa*-та на договорите. *Ius romanum*, 2, 2016, № 1, 306–337; **Stoyanov**, D. *Causa and Consideration. A Comparative Overview. Challenges of the Knowledge Society*. – Proceedings of The International Conference. „Challenges of the Knowledge Society“, 10th Edition, May 20th-21st 2016, Bucharest, Nicolae Titulescu Publishing House, 2016, p. 260.

¹¹⁸ Вж. английския Закон за тръста от 1925 г. За някои белези на тръста според английското общо право вж. **Матеева**, Екатерина. Договор за установяване на доверителна собственост (trust) и договор за управление на приватизиращо се предприятие с клауза за изкупуване или продажба на трети лица по чл. 34, ал.1, т. 2 ЗППДОП – съпоставка и разграничение. *Право и икономика*, 1999, № 5, с. 11 и сл..

¹¹⁹ В литературата този специфичен институт се илюстрира обикновено с известното английско дело *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740 (CA). Между страните по делото бил сключен едnodневен договор за наем на апартамент с изглед към лондонската улица Pall Mall, по която било планирано да премине процесията в деня на коронацията на крал Едуард VII. В последния момент коронацията била отложена за друга дата поради заболяване на краля и наемателят отказал да използва апартамента, респ. да плати уговорената наемна цена. Въпреки тази промяна на обстоятелства наемодателят поискал да му се плати, като се позовал на това, че изпълнението на двете насрещни престации по договора е обективно възможно, макар предпоставката (*basic assumption*) на договора да не се е осъществила и с това той да е обезсмислил напълно от гледна точка на интереса на наемателя (т.е. да е налице „*frustration of the purpose of contract*“). В обсъждания случай преминаването на кралската процесия под прозорците на наетия апартамент не е представлявало съдържание на дължимата от наемодателя престация, поради което отлагането на коронацията не

като основание за освобождаване от отговорност за неизпълнение на задължението и др. Налице са още редица исторически наложили се особености в самото понятие за договора като основен източник на правни задължения според традиционното *common law*¹²⁰, както и в някои от извъндоговорните източници

води до последваща невъзможност за изпълнение на задълженията по наемния договор (предоставяне на апартамента от наемодателя на наемателя за ползване за времето, за което е нает, съответно плащане на наемната цена). Изпълнението по наемния договор е било възможно, но вследствие на последваща промяна на обстоятелствата се е стигнало до отпадане на интереса на наемателя от изпълнението. За този случай вж. **Hammer**, G. Frustration of Contract, Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage. Ein Vergleich der Lösungsansätze englischer und deutscher Rechtsprechung, Duncker & Humblot GmbH, Tübingen, 2001, S. 49. Вж. още **Treitel**, G. H. Frustration and Force Majeure, Oxford, 1994; **McKendrick**, E. Force Majeure and Frustration of Contract. 2 nd Ed.. Informa Law, 1995; *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, op. cit., p. 569 et seq.

¹²⁰ Без да навлизаме в подробности ще отбележим само, че понятието за договора, прилагано от Уестминстърските кралски съдилища (т. е. от съдилищата на общото право в Англия) до началото на XVII век, не включва по принцип безвъзмездните договори, нито споразуменията, насочени към предаване (връщане) на вещи в натура (договор за наем, за влог, за превоз и др.), нито отделни видове съглашения, които английското право квалифицира като trust (прехвърляне на права в доверителна собственост). Така е, защото общото право (*common law*) от този период не познава друго правно средство за защита на кредитора при неизпълнение на договорни задължения за предаване на вещи извън *иска за обезщетение на вреди*. Поради строгата обвързаност на английското *common law* от вида на иска и съответното производство за разглеждането му, ако наемателят, влогоприемателят, превозвачът и т. н. откажели да върнат вещта в натура, по отношение на тях можело да бъде постановено решение за нейното връщане на ищеца, само доколкото се установявало, че държат без основание една вещ, която принадлежи другиму (на ищеца). Практически функциите на облигационния иск за реално изпълнение на договорно задължение за предаване на вещь се изпълнявали от един особен иск от типа на собственическите искове (*writ of detinue*, искане за осъждане на ответника за връщане на незаконно полученото, т. е. на „присвоеното“). Друга традиционна специфика на английското договорно право е съществуващата при него зависимост на принудителната изпълняемост на договорното задължение от спазването на изискване за определена форма на доказателствените средства за дълга. Уважаването от кралските съдилища на иск за връщане на дадена в заем парична сума (*writ of debt*) било допустимо само при наличие на формални писмени доказателства (т. н. абстрактна дългова разписка), от които се установява качеството „длъжник“ на ответника в процеса. Представянето ѝ пред кралския съд било достатъчно за осъждането на длъжника, без съдът да е длъжен да изследва, дали зад тази „абстрактна дългова разписка“ стои действителен договор за заем, респ. реален паричен дълг по някаква престационна сделка или по правоотношение, възникнало от друг юридически факт. В търсене на правни средства за защита на интереса на кредитора по неудовлетвореното му притезание от договор английската съдебна практика сътворила и друг особен иск, известен като *'trespass'*. По същество той бил иск за обезвреда на деликтно основание в случай на противоправни посегателства срещу лични или имуществени права на ищеца, но към него се прибегвало и когато ответникът не изпълнявал едно свое договорно задължение и с това увреждал интереса на кредитора от изпълнението в натура. Първоначално кралските съдилища приемали за разглеждане този иск, когато при

на облигационни задължения¹²¹. Специфично за английското право е също понятието „agency“ (агентство)¹²², което се основава на доктрината за идентичността между агента (представителя) и принципала според максимата „*qui facit per alterum facit per se*“ (който действа чрез другото, действа за себе си), за разлика от модела представителство по законодателствата на държавите от континентална Европа, който се основава на доктрината на Лабанд за отделянето на мандата от представителството и за абстрактния характер на сделката по учредяване на представителна власт (упълномощаването). *Differentia specifica* на правопорядъците на *common law* е и наличието на две различни понятия за правото на собственост (от континентално-правна гледна точка) в зависимост от обекта на правото – земя (недвижим имот) или движими вещи¹²³ и много

изпълнение на свое договорно задължение длъжникът извършел действие или бездействие, увреждащи личността или имуществото на кредитора, т. е. при установяване на *misfeasance*. С течение на времето съдиите на *common law* започнали да приемат този иск и за случаи, при които длъжникът не изпълнява поето от него договорно задължение, т. е. когато е налице *non-feasance*. По-късно приложното му поле се разширило и по отношение на случаи, при които страните сключвали особено съглашение, с което се обвързвали за *реално изпълнение* на едно договорно задължение (*assumpsit*). През XVII век английската съдебна практика започнала постепенно да се основава на необоримата презумпция, че юридическото обвързване на длъжника за реално изпълнение на непаричния дълг е вътрешно присъща част от съдържанието на всеки договор и престанала да обуславя уважаването на кредиторския иск за реално изпълнение (*assumpsit*) от доказването по строго определен начин на паричната оценка на вредата, причинена от липсата на реално изпълнение. Вж. **Zimmermann**, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Op. cit., p. 40 et seq.

¹²¹ В областта на деликтната отговорност английското общо право не познава института на генералния деликт, който свързва възникването на задължение за обезвреда с виновното противоправно поведение на делинквента, причинило подлежащата на обезщетяване вреда (срв., напр., с чл. 1382 от френския ГК; чл. 45, ал. 1 ЗЗД). Английската съдебна практика признава само отделни видове граждански правонарушения, като достига в «абстрактното» си правно мислене най-много до специалния деликт и отговорността за *negligence*, но наред с това запазва и определен брой искове за отделни видове извъндоговорни увреждания, сред които *assault* (отговорност за нападение), *trespass* (включва няколко различни фактически състави, пораждащи отговорност за непозволено влизане в чужд имот, за посегателство върху движима вещь на друго лице, за посегателство върху блага на личността и др.), *false imprisonment* (отговорност за неправомерно задържане на лице), отговорността на лицето, което упражнява фактическа власт върху имот на правно основание по силата на *Occupiers' Liability Acts 1957 и 1984*, *nuisance* и правилото *Rylands v Fletcher* (отговорност за вреди, причинени при използване на земя), *product liability* (отговорност за вреди от дефектна стока) и др.

¹²² Вж. **Bawstead**. *On Agency*. 13th Ed., London, 1968, цит. по **Аргирова**, Р. Търговският представител и посредник според правото и практиката на някои европейски страни. 2. прераб. изд., София: Атек-5, 1991, с. 181 и сл.

¹²³ Традиционното за английското право понятие „*real property*“ обхваща всички вещни права върху земя, уредени по настоящем главно в Закона за собствеността от 1925 г. (*Law Property Act 1925*), а в понятието „*personal property*“ се включват всички

други. Напротив, абстрактният вещен прехвърлителен договор¹²⁴; фидуциар-

права върху движими вещи (*personal chattels, choses in possession*). Докато движимите вещи могат да бъдат обект на изключително право на собственост на отделно лице (като субект на частното право от континентално-правна гледна точка), то при земята (недвижимите имоти) това изключително право на собственост принадлежи формално-правно на английската Корона. Английското поземлено право изхожда от принципа, че Короната, бидейки единствен и изключителен собственик на цялата земя в държавата, може да учредява в полза на отделните лица само ограничени вещни права („*estate*“ или „*interest in land*“), но не и пълното право на собственост – такова каквото го познават континенталните вещноправни системи. Едва на по-късен исторически етап английското право започва да признава възможността, частно лице да притежава пълно право на собственост върху земя (т.н. „*estate in fee simple*“). В правно-исторически план разграничението между двете категории вещни права на собственост върху движими и недвижими вещи още от времената на средновековното английско право е имало значение за способите за искова защита, стоящи на разположение на притежателите на съответната категория вещни права. Докато притежателят на земя – носител на т.н. „*freehold interest in land*“, т.е. на безсрочно и неограничено право да се притежава земята, можел да се защити срещу всяко лице, отнело му имота, чрез предявяване на вещен иск за връщане на имота по съдебен ред („*real action*“, т.е. *actio in rem*, сравним с познатия ни иск за собственост по чл. 108 ЗС), то собственикът на движима вещ, отнета му неправомерно, разполагал само с т.н. „*personal action*“, т.е. с личен иск (*actio in personam*), при което можел да претендира само парично обезщетение, но не и връщане в натура на отнетата му движима вещ. От гледна точка на континенталната правна догматика бихме казали, че собственикът на движима вещ по английското право не разполага с петиторна защита, а само с облигационен иск за паричната ѝ равностойност. Тези исторически особености предопределят до голяма степен и характера на търсената защита по един иск на собственика на отнета без основание *движима вещ* по съвременното право на Англия и САЩ. Един иск за „връщане“ на такава движима вещ по тези правни системи *няма вещен характер*, а се предявява по-скоро като *иск на деликтно основание* за защита на накърнено право (т.н. *action of replevin*) – заради това, че ответникът отказва да удовлетвори искането на ищеца за обратно предаване на процесната движима вещ. Така е бил квалифициран от съда в САЩ искът на Галерия за изкуства – Ваймар (*Kunstsammlungen zu Weimar*) против ответника Едуард Еликофон от САЩ за връщане на оригинална картина на Албрехт Дюрер, изнесена неясно как в края на Втората световна война от хранилището на Ваймарския музей и прехвърлена след това нелегално в САЩ. Вж. решението по случая *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, 478 F.2d 321 (2d Cir.1973). Поради така схващаната природа на иска, правоотношенията по повод неправомерно отнемане на движима вещ в Англия и САЩ се уреждат от материалните норми относно непозволеното увреждане по местоизвършване на деликта („непозволеното действие“). Даже по законодателствата на някои държави от англо-американския правен кръг давностният срок за предявяване на *action of replevin* започва да тече не от датата на отнемането на движимата вещ, а от деня, в който ответникът изрично или мълчаливо е отказал да я върне на собственика ѝ. По-подробно за особения правен режим на вещните права върху движими вещи по английското право вж. **Geldart**, W. *Introduction to English Law*, Oxford University Press, 1991, p. 76 et seq.

¹²⁴ Вж. § 873–874 от германския ГК. Както е известно, налице са значителни различия във фактическия състав за придобиване на право на собственост върху индивидуално определени вещи при производните придобивни способи според френския ГК и германския

ното прехвърляне на правото на собственост като обезпечение по едно главно вземане (т.н. „Sicherungsübereignung“)¹²⁵; доктрината за отпадането на основата

ГК. за редица законодателства от романския правен кръг, напр. френското (вж. чл. 711, чл. 1138, ал.2 и чл. 1583 от френския ГК), италианското (вж. чл. 1376 от италианския ГК), нашето (вж. чл. 24, ал.1 ЗЗД) и др., е характерно автоматичното вещно (прехвърлително) действие на сделките на разпореждане с вещни права върху индивидуално определени вещи. Приобретателят става собственик на вещта с постигане на съгласието за нейното прехвърляне в предвидената от закона форма (чл. 1583 от френския ГК). Освен в изрично посочените от закона случаи вписването в имотния регистър (книгите за вписвания) според френското право е само за противопоставимост на правата на приобретателя спрямо трети лица, придобили правото от собственика на имота. Според френското законодателство (чл.1140 във вр. с чл. 2106 и сл. от френския ГК) вписването има за цел да даде гласност на акта и да запази придобитите от приобретателя права върху имота (срв. чл. 113 от нашия Закон за собствеността). Напротив, в духа на късноримските правни традиции законодателствата от германския правен кръг изискват за прехвърляне на вещното право, освен постигане на съгласие между страните (Einigung), още и предаване на владението – traditio (арг. от чл. 714, ал.1 във вр. с чл. 717 от швейцарския ГК; § 929 от герм. ГК), което може да се осъществи чрез връчване на вещта (напр. § 929 от герм. ГК) или чрез неговите сурогати – изрично уговаряне на *constitutum possessorium* (арг. от § 930 от герм. ГК) или цесия на претенцията за връщане на вещта в натура (цесия на ревандикационен иск, арг. от § 931 от герм. ГК). Към принципа на ‘*traditio*’-то при прехвърлителните сделки относно движими вещи се придържат също съвременните законодателства на Австрия, Холандия и др. държави, повлияни пряко или косвено от германския модел. Що се отнася до правоучредителните и транслативни сделки с вещни права върху *недвижими имоти*, германското право и повлияните от него правни системи – за разлика от френското придават на вписването (Eintragung) в поземлените книги (Grundbuch) конститутивно, непосредствено правоучредително или правопрехвърлително действие. Според разпоредбата на § 873 от германския ГК за прехвърлянето на правото на собственост върху недвижим имот, за обременяването на недвижим имот с право, както и за прехвърлянето или обременяването на такова право, е нужно съглашение между правоимащия и приобретателя за настъпване на правната промяна и вписване (Eintragung) на правната промяна в поземлената книга, стига законът да не предвижда друго. По-подробно за тези различия вж. **Апостолов, И.** Прехвърляне на собствеността и задължението за предаване – сравнителноправен поглед върху правото за продажбата в някои капиталистически страни. – В: Лекции за следипломна специализация на юристи. Т. 4. София: Унив. изд. Климент Охридски, 1971, с. 357 и сл.; **Wolf, M.** Sachenrecht, 22. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, s 283 ff. Относно принципните различия между френското и германското гражданско право при уредбата на първичното придобиване на откраднати или изгубени движими вещи от трето добросъвестно лице вж. **Стоянов, Димитър.** Придобивният способ по чл. 78 ЗС. София: Сиела, 2016, с. 106 и сл.

¹²⁵ Вж. **Palandt, O.** Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz-Kommentare. 70. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2011, S. 1500 ff.

на сделката (Wegfall der Geschäftsgrundlage)¹²⁶; договорът за наследство¹²⁷, вкл. в съчетанието му с брачния договор (Ehe-und Erbvertrag); оборимата законна презумпция за вярност на вписванията в поземлените книги (Grundbuch) и принципът за общественото доверие в тях¹²⁸; всеобщото право на личността (das allgemeine Persönlichkeitsrecht)¹²⁹, особеностите във вида на вещните обезпечения и тежести върху недвижими имоти (напр. наличието на непознати за общото право и за романските законодателства видове вещни тежести от типа на т.н. „*Reallasten*“ по германското право¹³⁰) и много др. са специфични поня-

¹²⁶ Вж. § 313 от германския ГК; срв. с чл. 307 от нашия Търговски закон (ТЗ). Вж. **Матеева**, Екатерина. Актуални въпроси на стопанската непоносимост по чл. 307 от Търговския закон. *Год. ВСУ*, т. XVI, 2010, 26-66 и посочената там литература.

¹²⁷ Вж. §§ 1941 и §§ 2274-2302 ГК. За него по-подробно вж. **Матеева**, Екатерина. Германското наследствено право като приложимо право към наследяването на вещни права върху недвижими имоти в Република България. София: Фенея, 2012, с. 424 и сл. и посочената там литература.

¹²⁸ Вж. §§ 891, 892 от германския ГК. Според § 891 вписано ли е едно право в поземлената книга в полза на едно лице, предполага се, че това право му принадлежи. Ако правото е заличено в поземлената книга, предполага се, че то не съществува. Разпоредбата на § 892 на свой ред повелява, че съдържанието на поземлената книга се счита за вярно (*richtig*) в полза на този, който чрез правна сделка придобива право върху недвижим имот или право върху такова право, освен ако е вписано оспорване на верността на книгата или приобретателят е недобросъвестен, т.е. знае за неверността на вписването в нея. В случай, че разпоредителното правомощие на правоимащия е ограничено с вписано в поземлената книга право върху недвижимия имот в полза на определено трето лице, ограничението има действие спрямо приобретателя само ако то е видно от поземлената книга или е било известно на приобретателя. Когато за придобиване на правото е необходимо вписване в поземлената книга, за знанието на приобретателя меродавен е единствено моментът на подаване на молбата за вписване, или, ако необходимото съглашение (*Einigung*) между страните за учредяване или прехвърляне на правото е постигнато по-късно – момента на постигане на съгласието. Относно оборимата презумпция за вярност на вписването в поземлените книги (имотния регистър на Германия) и общественото доверие в имотния регистър вж. по-подробно **Westermann, H., B. Grunewald, Handkommentar, G.** (Hrsg.). *Maier-Reimer Ermann Bürgerliches Gesetzbuch. Band II. 15., neu bearb. Aufl., OttoSchmidt, 2017, s. 3866–3874.*

¹²⁹ За него по-подробно вж. **Христов**, В. Всеобщото право на личността според германското право. *Правна мисъл*, 1992, № 1, с. 13–22 и посочената там литература.

¹³⁰ От този вид е т. н. поземлен дълг (*Grundschild*) по §§ 1191 и сл. от германския ГК, също и поземлената рента (*Rentenschuld*) по §§ 1199 и сл. ГК. Вж. и общо §§ 1105–1112 от германския ГК. Произходът на института на т. н. реални тежести (*‘Reallasten’*) следва да се търси в старото средновековно германско право, което определяло реалната тежест като самостоятелно вещно обременяване на недвижим имот по такъв начин, че от него собственикът да трябва да извършва повтарящи се престации на това лице, в полза на което имотът се обременява (вж. § 1105, ал. 1 ГК). Това, че собственикът на обременения имот дължи престациите *от недвижимия имот*, е било счтено като достатъчно основание за вещния характер на тежестта, макар че лицето, в чиято полза се учредява тежестта,

тия и юридически конструкции по-скоро за законодателствата на държавите от германския правен кръг и т. н.;

– **Утвърдените юридически методи за тълкуване**¹³¹, **за попълване на празнотите в правото**¹³² **и за правоприлагане**. В нашата съвременна доктрина *Р. Ташев* подкрепя възгледа, че съобразно естеството на правните норми и техниките за прилагането им следва да се различават два типа правни системи: затворени и отворени¹³³. *Затворените системи* се характеризират с преобладаващо значение на писаните правни източници с и предвидимост на приложимите правни норми, тъй като последните са закрепени в нормативен акт (закон, кодекс и т.н.) като източник на общи и абстрактно формулирани правила за поведение, адресирани до персонално неопределен кръг от лица и създадени без връзка с конкретен съдебен спор. При тези правни системи определянето на приложимата правна норма се извършва по пътя на последо-

няма никакви правомощия, свързани със служенето и ползването на имота. Особеност на реалната тежест е, че тя може да бъде учредена независимо от всякакво лично (облигационно) отношение между собственика на имота и ползващото се от тежестта лице. Така напр., разпоредбата на § 1195 ГГК позволява поземленият дълг да се учреди така, щото писмото за поземления дълг да бъде издадено на приносител. При това положение за писмото се прилагат съответно разпоредбите относно дълговия запис на приносителя (*Inhaberbrief*). На свой ред, поземлената рента по § 1199 и сл. ГГК е особен вид вид поземен дълг, който също може да бъде обективизиран в писмо на приносител и да бъде напълно откъснат от задължението за периодично плащане на определени парични суми от собственика на обременения имот в полза на лицето, на което тежестта е учредена (арг. от § 1203 във връзка с § 1195 ГГК). Очевидно, уредбата на реалните тежести по германската правна система представлява пробив в идеята за акцесорния характер на вещните обезпечения, и специално на ипотеката от „Наполеонов тип“ по френското право (срв. чл. 2114 от френския ГК). Обстоятелството, че по германското право собственикът на обременения имот отговаря лично за престациите, станали изискуеми докато е бил собственик (арг. от § 1108 ГГК), се възприема в германската доктрина и практика само като една последица от вещноправната отговорност – така *Palandt, O., Bürgerliches Gesetzbuch*, op. cit., S. 1576. Германската съдебна практика квалифицира реалните тежести като '*Verwertungsrecht*', т.е. като право на лицето, в чиято полза е учредена тежестта, да предизвика принудителното осребряване на обременения имот, за да се удовлетвори от стойността му за неудовлетвореното си притезание. Със залеза на едрото земевладение от феодален тип поземлената рента практически е изгубила своето значение. В съвременната правна действителност на Германия институтът на реалните тежести намира приложение главно за обезпечаване на вземания за дължима издръжка, на задължения по договори за доставка на разни видове енергии за бита, както и като вещно обезпечение по някои други задължения.

¹³¹ Вж. най-подробно **Ганев**, Венелин. Извори на правото, тълкуване и приложение. *Юридически архив*, 6, 1934, № 3, с. 197–216; **Апостолов**, Иван. Еволюцията на континенталната тълкувателна теория. *Год. СУ, Юрид. фак.*, 41, 1945–1946, с. 3 и сл.

¹³² Напр., в правните системи на религиозното право каноническите текстове и волята на духовния лидер предопределят смисъла, в който се тълкуват и прилагат правните разпоредби.

¹³³ Вж. **Ташев**, Росен. Теория за правната система, цит. съч., с. 145.

вателната дедукция чрез конкретизация и тълкуване на разпоредбите на писания закон¹³⁴. Напротив, при *отворените системи* правните норми се появяват по повод на конкретен съдебен спор с цел да го решат. Поради това тези норми имат специален характер, а появата им не е предвидима, тъй като те не се съдържат в разпоредби на писаното право (закони или кодекси). В този тип правни системи правната норма се установява не чрез дедукция, а чрез серия от последователни разграничения, които се основават не само на принципи, закрепени изрично или имплицитно съдържащи се в съществуващите норми, но и на нови, външни за правната система принципни положения¹³⁵. Затова при тези правни системи изключително значение придобива повелята за зачитане на правата на личността в процеса. Това правило, известно в правните системи на прецедентното право като „*due process of law*“, се изразява в императивно изискване «нито един свободен човек да не бъде връзван, затварян, лишаван от собственост, поставян извън закона, пращан в изгнание или да се употребява сила срещу него по какъвто и да е начин, освен въз основа на влязъл в сила съдебен акт, постановен от равните на него или по обичаите на страната»¹³⁶;

¹³⁴ След като определи подлежащата на прилагане правна норма, правоприлагащият орган подвежда конкретните факти под хипотезата на тази правна норма, която ги предвижда и въз основа на диспозицията на тази правна норма извежда конкретните правни последици, които фактите пораждат въз основа на тази норма. Когато пък е налице празнина в закона и същата се попълва чрез аналогия на закона, правоприлагащият орган при спазване на разпоредбите на чл. 46, ал. 2 от Закона за нормативните актове (ЗНА) извежда по логически път от една изрично формулирана правна норма, уреждаща подобен на неуредения случай, правило за поведение, чието приложно поле обхваща и изрично неуредените юридически факти и подвежда последните под това правило, за да настъпят правните последици, предвидени в диспозицията или санкцията на нормата (стига по този път да не се обосновава налагането на наказателна, административна или дисциплинарна отговорност, арг. от чл. 46, ал. 3 ЗНА). Ако ли пък не може да се открие правна норма, чиято хипотеза да урежда сходен с неуредения случай, правоприлагащият орган прибегва до попълване на празнотата чрез аналогия на правото при спазване на законовите предпоставки по чл. 46, ал. 2, предл. второ ЗНА като основавайки се на основните начала на правото на страната извежда по логически път правило с принципно значение, което е приложимо и за неуредения случай. При тази мисловна дейност, ако липсват разпоредби, които да формулират изрично подлежащите на прилагане правни принципи, правоприлагащият орган по пътя на индукцията, изхождайки от имплицитно изразената воля на законодателя, извежда принципните положения от отделни (различни) правни норми и след това от тези принципни положения извежда с помощта на дедукцията конкретно правило за поведение, под което подвежда фактите на неуредения случай и постановява настъпването на съответните правни последици. За правоприлагането и попълването на празнотите в гражданския закон по пътя на аналогията вж. **Павлова, Мария**. Цит. съч., с. 138–139, 143–147.

¹³⁵ **Ташев, Росен**. Теория за правната система, цит. съч., с. 145.

¹³⁶ Вж. чл. 39 от Магна Харта (*Magna carta libertatum regni Angliae MCCXV*) от 1215 г.,

– *Историческите корени и произходът на правната система (т.н. правно-генетичен подход)*. Голяма част от компаративистите (*E. Glasson, R. David, K. Ebert, L. Constantinesco* и др.) класифицират правните системи на основата на техния исторически произход и, по-специално с оглед на „матерния“ цивилистичен модел, под чието съществено влияние те са се формирали и развивали през столетията. От гледна точка на този критерий се срещат и доста неудачни опити за оформяне на правните семейства в зависимост от ролята на римското право като детерминиращ за тях фактор. Така напр., *E. Glasson* подрежда националните правопорядъци в три основни групи¹³⁷. Първата от тях включва правопорядъците на Италия, Испания, Португалия, Гърция, Румъния и др., при които влиянието на римското право се проявява, според автора, най-силно. Във втората група той подрежда правни системи, при които ролята на римското право е силно стеснена за сметка на значението на обичайноправните норми, привнесени от варварски племенни общности (Англия, скандинавските държави, Русия и др.). Третата група се формира от правопорядъци, при които се смесват черти, характерни за римското и старогерманското право. Към нея *E. Glasson* причислява правните системи на Германия, Швейцария, Франция и др. У нас значението на т.н. генетичен подход се подчертава специално от *P. Ташев*¹³⁸. Авторът изтъква, че този подход позволява да се установят променливите елементи от правната система, способността ѝ да запазва своята стабилност и да еволюира, устоявайки на фактори с „деструктивно“ действие¹³⁹. С помощта на този подход *P. Ташев* обособява от общотеоретична гледна точка правните семейства на романо-германското право, английската система на прецедентното право, системите на религиозното право, системата на международното публично право и тази на ЕС¹⁴⁰. Сходен донякъде подход прилага и *T. Колев*, който обособява следните видове правни семейства: романо-германско, семейството на държавите от общото право, юдейска правна система, мюсюлманска правна система и правни системи на азиатските държави (Япония, Китай и др.)¹⁴¹;

според който „no free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.“). Вж. също **Resnik, J.** „Compared to What?: ALI Aggregation and the Shifting Contours of Due Process and of Lawyers’ Powers“ (2011). Faculty Scholarship Series. Paper 3855. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3855 (посетена на 22. 03.2019).

¹³⁷ По-подробно за това делене и критични бележки за него вж. **Сандов, А.** Сравнително правоведение, цит. съч., с. 121–122.

¹³⁸ Вж. **Ташев, Росен.** Теория за правната система, цит. съч., с. 149.

¹³⁹ Пак там.

¹⁴⁰ Вж. **Ташев, Росен.** Теория за правната система, цит. съч., с. 154–171.

¹⁴¹ Вж. **Колев, Тенчо.** Теория на правото. София: Сиела, 2015, с. 139 и сл.

– *Правните догми и господстващата юридическа доктрина (правни школи, течения), под чието влияние са създадени и функционират останалите елементи от правната система.* Става дума за формулирани от професионални юристи и учени в областта на правото юридически сен-тенции, максими и правила за обосноваване на юридическите решения, на действието на правни норми, на вътрешната структура на правните системи и техните отрасли, дялове и т.н.¹⁴². Такъв характер имат, напр., максими-те „*Cujus est commodum, ejus debet esse incommodum*“ (Комуто ползите, нему и тежестите); „*Tempus regit actum*“ (Юридическите факти (актове) се уреж-дат съобразно закона, който е бил в сила към момента на осъществяването им); „*Contra non valentem agere nulla currit praescriptio*“ (По отношение на неспособния да действа срокът не тече); „*Dies interpellat pro hominibus*“ (Сро-кът кани вместо човека – принцип, съобразно който настъпва изискуемостта на срочните задължения); „*Culpa tenet suos auctores*“ (принцип, че вината е лична); „*Res perit domino, Damnum sentit dominus*“ (Рискът от погиване на вещта е за собственика ѝ); „*Caveat emptor; qui ignorare non debuit quod jus alienum emit*“ (Купувачът да внимава да не купи вещ, която принадлежи дру-гиму); „*Ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat*“ (Незнанието на фактите извинява, незнанието на правото не извинява); „*Nihil possumus contra veritatem*“ (принцип, че истината е над всичко и че никой няма сила срещу истината); „*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*“ (Няма престъплени-е и наказание без закон – принцип за законоустановеност на престъплени-ята и наказанията за тях); „*Pacta sunt servanda*“ (принцип за задължителната обвързваща сила на договорите); „*Actus Dei neminem nocet*“ (Никой не носи отговорност в случай на непреодолима сила); „*Mobilia personam sequuntur, immobilia situm*“ (Движимите вещи следват човека, а недвижимите местона-хождението си – принцип в международното частно право, съобразно който се определя приложимото право към вещни правоотношения с междунаро-ден елемент); „*Audi alteram partem*“ (Изслушай и другата страна в спора) и много други. Френският цивилист Ж. Карбоние¹⁴³ определя правните догми като максими и принципни положения, които имат решаваща роля при аргу-ментирането на властническите юридически актове, и преди всичко на съдеб-ните решения на върховните съдилища в даден правопорядък. Той ги нарича „правни обичаи с научен произход“, заради водещата роля на доктрината за тяхното формулиране и утвърждаване.

У нас Р. Ташев разглежда правните догми като подсистема в структурата на всяка правна система¹⁴⁴ и ги посочва (заедно с юрисдикциите) като еле-

¹⁴² Пак там, с. 149.

¹⁴³ Вж. Карбоние, Ж. Въведение в гражданското право (превод от френски език). София: ЛИК, 1999, с. 264.

¹⁴⁴ Вж. Ташев, Росен. Теория за правната система, цит. съч., с. 185 и сл.

менти на правната система, които са основен фактор за нейното обособяване, функциониране и за оформяне на специфичния ѝ облик¹⁴⁵. Специфични само за английското право и повлияните от него правопорядъци са, напр., максимите „*Consuetudo regni Angliae est lex Angliae*“ (The custom of the Kingdom of England is the law of England – обичаят на кралство Англия е законът на Англия); „*Consuetudo non habitur (trahitur) in consequentiam*“ (Обичайната норма не се съдържа в прецедента); „*Jus accrescendi inter mercatores locum non habet, pro beneficio commercii*“ (For the good of commerce, the right of survivorship has no place among merchants – за доброто на търговията правото на преживелия съсобственик да наследи дела на починалия съсобственик няма място в отношенията между търговци¹⁴⁶); „*Lex Angliae nunquam matris sed semper patris conditionem imitari partum judicat*“ (The law of England rules that the offspring always follows the condition of the father, never that of the mother – английският закон предвижда, че детето винаги следва положението на бащата, никога това на майката) и др. В правопорядъците, които познават института на решителната клетва, е възприета максимата „*Jurare est Deum in testem vocare*“ (Да се закълнеш, означава да призовеш Бог като свидетел) и т.н.

Сред широката палитра от типологични модели на съвременните правни семейства според различни юридически признаци не липсват и чисто *отраслови* по характер класификации, изведени на основата на общите черти в частноправното регулиране. Главни представители на този подход са *Arminjon, Nolde* и *Wolff*,¹⁴⁷ които приемат, че от гледна точка на *юридическото съдържание на частноправните им норми* националните правопорядъци в съвременността следва да бъдат групирани в седем правни семейства: френско, германско, скандинавско, английско, руско, ислямско и индуско.

Несъмнено, правно-техническият подход допринася за формалното извеждане на някои съществено общи черти и различия между частноправните уредби в националните правни системи, на основата на които те могат да бъдат относително ясно групирани. Но в същото време не може да се отрече, че този подход крие реална опасност от създаването на типологични построения в „лабораторен“ вид, напълно изолирани от социално-икономическата действителност, т.е. от средата, в която нормите на съответния правопорядък проявяват регулативното си действие. А това, в крайна сметка, може да деформира общата картина и да доведе до едностранчиви и неверни по същество изводи. Пример в това отношение представлява класифика-

¹⁴⁵ Пак там, с. 153.

¹⁴⁶ Става дума за специфичен за английското право наследственоправен институт (the right of survivorship), съгласно който при смърт на единия от съсобствениците неговият дял се получава от другия съсобственик, а не се наследява по общия ред при наследяване по закон.

¹⁴⁷ *Arminjon, Nolde, Wolff. Traité de droit comparé. Vol. I. Paris, 1950, p. 47 et seq., цит. по Zweigert, K., H. Kötz. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., s. 63.*

цията на правните системи, предложена от американските компаративисти *J. Merryman* и *D. Clark*.¹⁴⁸ Вземайки като определящ критерий *правните традиции*, авторите стигат до извода, че в съвременния свят съществуват само три основни правни семейства: това на държавите на гражданското право, т.е. тези от континентално-европейската група (*civil law countries*), това на държавите на общото право (*common law countries*) и правопорядъците на социалистическото право (*socialist countries*). Другите правопорядъци, според тях, попадат в сборната категория на „всички останали правни системи“, която включва един „микс“ от обособени на религиозен и политико-географски принцип правопорядъци – ислямско, индийско, юдейско, китайско, корейско, японско право, както и правни системи, основани на „различните туземни правни обичаи на африканските народи“ (т.н. африканско обичайно право)¹⁴⁹.

До подобни трудно удържими от гледна точка на съвременната правна действителност резултати достига в изследванията си и американският компаративист *H. Liebesny*.¹⁵⁰ С аргумента, че правната система е неотменима съставна част от съдържанието на националната правна култура и че изясняването на последното е пътят към разкриване на спецификите на всеки правопорядък, авторът взема като критерий правосъзнанието, правните традиции и правните обичаи в съответната страна и на тази база обособява две основни правни семейства в света – континенталното (цивилното) и общото право. Отчитайки тяхната нееднородност по състав, *H. Liebesny* заключава, че всяко от тях преопределя развитието на други правопорядъци, стоящи извън периметъра на приложението му, а именно ислямското, индуското, китайското, както и на някои особени по характера си правни системи – тези от смесен тип¹⁵¹. На тази методологическа основа в литературата се признава съществуването, освен на латинския (романски) и германския правен кръг, още и на самостоятелно юридическо (скандинавско)¹⁵², африканско¹⁵³ и славянско¹⁵⁴ правни семейства.

В сравнителноправната литература не липсват и възгледи, които търсят научно-обоснованите критерии за типологията на съвременните национални правни системи и за групирането им по правни семейства чрез *съчетанието между двата подхода* (социологическия и правно-техническия). Главен представител на това течение от средата на 50-те години на миналия век е големият

¹⁴⁸ Вж. **Merryman, J., D. Clark**. Comparative Law: Western European and Latin American Systems. Publisher Bobbs Merrill, 1978, p. 26 et seq.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Вж. **Liebesny, H.** Foreign Legal Systems: A Comparative analysis, George Washington University, Washington D. C., 1981, p. 1–2, 5 et seq..

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ibidem, p. 2–3.

¹⁵³ **Merryman, J., D. Clark**. Comparative Law, op. cit., p. 9.

¹⁵⁴ Вж. **Синюков, В.** Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов: Полиграфист, 1994, с. 166.

френски компаративист *R. David*. В своя „Елементарен курс по сравнително гражданско право“¹⁵⁵ той обосновава целесъобразността от комбинирано прилагане на два типа критерии: идеологически и правотехнически, на които обаче не признава равностойно значение. Сред *идеологическите* критерии, които авторът счита за водещи и определящи, той поставя на първо място *господстващия философски мироглед*, тъй като той, заедно с други ключови фактори като религията, политическата, икономическа и социална структура на обществото, определят възприетата в него концепция за правото и справедливостта. Съобразно тази система от критерии *R. David* извежда *пет основни правни кръга (семейства)* в съвременността: западен; съветски; ислямски; индуски и китайски. По-късно, в края на 80-те години на миналия век, самият автор се разграничава от това групиране на правните семейства¹⁵⁶, осъзнавайки най-вероятно концептуалната неизясненост на избора от него класификационен критерий и конструктивните недостатъци на предлаганата типология.

В по-ново време сериозна *критика* срещу т. н. „одноизмерни“ (монокритериални) класификации на правните кръгове (семейства), основани на *един единствен, отделно взет и изолиран критерий* за групиране на националните правопорядъци, отправят видните германски компаративисти *K. Zweigert* и *H. Kötz*¹⁵⁷. Авторите изхождат от разбирането, че правните кръгове (семейства) представляват синтетично отражение на разнообразието от основните „*правни стилове*“ (*Rechtsstile*), съществуващи на даден етап от развитието на човечеството. Затова ключът към изграждане на една научно обоснована представа за групирането на националните правопорядъци в правни кръгове (семейства) е *идентифицирането на „правния стил“*, който съществено характеризира дадена група от правопорядъци и я отличава от този на останалите правни системи в света. Всяко правно семейство има характерен за него „правен стил“, схванат като съвкупност от отличителните му юридически признаци¹⁵⁸. Те, на свой ред, се проявяват по един или друг начин у всяко от обхванатите в това правно семейство правопорядъци. Задача на сравнителноправната наука е да разкрие факторите, които в своето взаимодействие определят „правните стилове“ на правопорядъците, включени във всеки от различните правни кръгове. За целта е необходимо да се определят „*стилообразуващите белези*“, т. е. да се прецени, на кои от множеството характерни особености за дадена група от правопорядъци следва да се признае *конститутивно и определящо (идентифициращо) значение*, така че при установяване на тяхното наличие да може да се заключи, че е налице именно съответният правен стил. Според *K. Zweigert* и *H. Kötz* „характеризиращи правния стил“ са само такива юридически своеобразия или

¹⁵⁵ Вж. *David, R.*, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, p. 222–226.

¹⁵⁶ Вж. *Давид, Р., К. Жоффре-Спинози*. Основные правовые системы современности, цит. съч., с. 21–28, 307–308.

¹⁵⁷ Вж. *Zweigert, K., H. Kötz*. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., S. 67–73.

¹⁵⁸ Пак там, с. 67.

отличителни особености, които имат белега „същественост“ и могат да изразят „собствения“ облик на дадено правно семейство, вкл. когато то се е обособило чрез отделянето му от друго голямо правно семейство.

Върху тази методологическа основа *K. Zweigert* и *H. Kötz*¹⁵⁹ извеждат следния комплекс от признаци, които са от естество да индивидуализират съществено един правопорядък като носител на „стила“ на определено правно семейство:

– **Историческият произход и развитието на правопорядъка** – наличие на общи исторически корени с правопорядъците от даден правен кръг; взаимодействие с други правни системи поради исторически обстоятелства; властническо налагане или доброволна рецепция на чужд модел на нормативна уредба, който е „знаков“ за правопорядъците от дадено правно семейство и т. н.;

– **Специфичният модел на правно мислене** – наличие на абстрактно правно мислене, което се обективира в приемането на общи, абстрактно формулирани правни норми, създадени от органите на законодателната власт; склонност към систематизация на цели правни материи в отрасли и институти със стройно подредена, частично или цялостно кодифицирана уредба; склонност към създаване на цялостни правно-логически конструкции, опрени на позитивното право; **или** – казуистично правно мислене, при което правната традиция се утвърждава по емпиричен път – чрез правосъдни актове, постановени по конкретни правни спорове (прецедентно право, „case law“);

– **Юридическата догматика и меродавната правна наука (правни школи, течения), под чието влияние са създадени и функционират останалите елементи от правната система;**

– **Особено характерни за правопорядъка правни институти** – наличие на отличителни, „знакови“ за даден правопорядък правни понятия и институти, които са дотолкова оригинални, типични и характерни за него, че чрез тях се идентифицира самата правна система, в която са се зародили;

– **Вид и йерархия на правните източници и методите за тълкуване** – според *K. Zweigert* и *H. Kötz*¹⁶⁰ те могат да имат „идентифициращо“ за даден правопорядък или група правопорядъци значение само заедно с възприетия съдоустройствен и процесуален модел (типа на процеса) в съответната държава или група от държави;

– **Идеологически фактори** – наличието на господстваща в обществото политическа идея или религия, под чието въздействие се формират представите за обществен ред, за морал, за справедливост, за устройство на стопанския и социалния живот и т. н.

Сходни на *K. Zweigert* и *H. Kötz* възгледи относно критериите за групиране на националните правопорядъци по правни семейства се застъпват и в

¹⁵⁹ Пак там, с. 68.

¹⁶⁰ Пак там, с. 71.

по-новата англо-американска литература. Така, според *M. Glendon, M. Gordon и Ch. Osakwe*¹⁶¹ от решаващо значение за научно обоснованото причисляване на една национална правна система към определен правен кръг са преди всичко правните традиции, на които тя е подвластна; историческите ѝ корени; политическата и социалната система; характерната за нея правна терминология и понятиен апарат; правно-техническите особености на системата на правните ѝ източници, както и специфичният за нея модел на правно мислене и правоприлагане. Посочените автори настояват, че тъй като никой от съвременните правопорядъци не е възникнал изолирано от останалия правен свят, то от особено значение за типологията на правопорядъците са историческият фактор, културният обмен и международното влияние на водещите правни идеи, конститутивните белези на правната система (конституционният правопорядък, възприетият съдоустройствен и процесуален модел и др.), особеностите на нормотворческия процес, видът на правните източници и тяхната съподчиненост по правна сила, т.е. тяхната йерархия и т. н.

На свой ред *P. Cruz*¹⁶², доразвивайки възгледите на *K. Zweigert* и *H. Kötz*, извежда на преден план общността на историческите корени, сходството в модела на правно мислене и близостта между основните правни институти в различните национални правопорядъци, които според него принадлежат към едно правно семейство. На тази основа той обособява четири основни правни кръга в съвременността: държавите на общото право (*common law countries*), държавите на цивилното право (романо-германското семейство) – *civil law countries*, държавите на социалистическото право (*socialist law*) и групата на държавите с хибриден (смесен) тип правни системи (*mixed legal systems*). Основният „вододел“ между първите две правни семейства *P. Cruz* вижда в чуждото за континентално-европейските системи, но отличително за правопорядъците на *common law* изобилие от норми с обичайноправен произход, възникнали и консолидирани в течение на векове въз основа на неписани правни обичаи, в „прагматизма“ и рационалността на английското право, в силно централизираната английска съдебна система, в отсъствието на писана конституция, както и в значението на правния прецедент в системата от правни източници на тези правопорядъци. Авторът изтъква още самобитния характер на общото право и автономното му развитие, неповлияно от процесите на рецепция на римското право в континентална Европа и от нейните кодификационни модели на нормотворческа техника. Говорейки за ролята на правните традиции за оформянето на основните правни семейства, *P. Cruz* подчертава, че за разлика от държавите на общото право развитието на континенталноевропейските правопорядъци е било съществено повлияно най-вече от френската гражданска ко-

¹⁶¹ Вж. **Glendon, M., M. Gordon, Ch. Osakwe.** Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases, 2. ed., American Casebook Series, West Group, Oxford-New York, 1994, p. 9.

¹⁶² **Cruz, P.** A Modern Approach to Comparative Law, Op. cit., p. 28–34.

дификация, а към края на XIX век – и от германския ГК, чрез централното място, което тези правни системи отреждат не на т.н. съдийско право (*judge-made law*, *Richterrecht*), а на нормативните актове като основен правен източник¹⁶³.

Не може да не се отбележи, че комбинирането на същинските позитивноправни (правнотехнически) с метаюридическите (социологически, идеологически, философско-исторически) критерии сближава този подход с методите на *правната социология* и *правната етнология* и поставя проблема за формирането на правните семейства върху плоскостта на връзката между правото и социално-историческите процеси и промени в обществото, в чиято среда се създава и функционира съответният правопорядък. Този подход може да се окаже най-вече плодотворен при изясняване на типологичната характеристика на правопорядъците на бившите колониални държави от Азия, Африка и др. региони, както и на държавите от бившия социалистически лагер, с оглед на общественно-икономическите и политически промени, настъпили в тях през втората половина, респ. в края на миналия век и предопределили по необходимост реформирането на правните им системи.

Но социологическият подход, взет като доминиращ, е крайно недостатъчен и оттук – неподходящ, за разкриване на типологичната характеристика на националните правни системи от основните правни семейства (англо-американското, романското, германското, скандинавското и т. н.) и техните „производи“. Така е, защото в действителност към *различни* правни кръгове в съвременността се числят държави със *сходни* общественно-икономически и политически системи, изповядващи еднакви демократични ценности и етични „кодекси“, но техните национални правопорядъци разкриват съществени юридически различия, които обуславят и принадлежността им към различни правни семейства в съвременния свят. Достатъчно е в това отношение да се погледне „съцветието“ от правни семейства, представени чрез националните правопорядъци на 28-те (към този момент) държави членки на ЕС, които включват представители на романското (френско-италианското) и германското правни семейства, на английското общо право, на скандинавския правен кръг, на държавите от бившия социалистически лагер, както и държави, чиито правни системи са от смесен (хибриден) тип (сред тях Малта, Кипър и др.).

Наред с това, заслужава да се изтъкне, че протичащите в нашето съвремие процеси на взаимодействие и взаимно проникване (конвергенция) между националните правопорядъци са от естество рано или късно да създадат благоприятна среда за тяхното „прегрупиране“ от гледна точка на принадлежността им към един или друг правен кръг и да обусловят появата на нови и непознати до момента правни семейства или на „хибриди“, а в крайна сметка – и до изменение на общата „юридико-географска карта“ на света¹⁶⁴. Така е,

¹⁶³ Cruz, P. A Modern Approach to Comparative Law, op. cit., p. 30–31.

¹⁶⁴ Предвестници на такива процеси са законодателни актове, с които в правни системи от едно семейство се привнасят правни институти, които винаги са били сочени като

защото състоянието и обхватът на правните семейства се отличава със собствена вътрешна динамика, която отразява закономерностите в развитието на човешкото общество, моделите на правно мислене и техния юридически инструментариум. Проследяването на отражението, което всички тези процеси дават върху състоянието на съвременните правни семейства и тяхното групиране, би било невъзможно без прилагането на *позитивистичния (правнотехнически) подход*, тъй като той позволява да се открият именно тези основни и с „конститутивно“ значение за всяка правна система особености, които характеризират съществено нейния облик и я отграничават или оприличават с други правопорядъци (вид и йерархия на нейните правни източници, основни юридически понятия, правни институти и конструкции, чрез които се обясняват регулираните от нормите ѝ явления, както и способите за тълкуване и попълване на празнотите в правната уредба). Без тези *устойчиви опорни точки* изграждането на една научно обоснована типология на националните правопорядъци и групирането им в правни кръгове би било обречено на неуспех – поне от частноправна гледна точка. *Социологическият подход* може да бъде използван само като *помощен и второстепен*, и то доколкото е необходимо да се осветли общата социална среда, която е предопредила обективните фактори за формиране на дадена национална правна система и правните влияния, на които последната е била подложена. В този смисъл „премереното“ използване на социологическия подход се оказва особено полезно при изясняване на обстоятелствата, благоприятствали една пряка или непряка рецепция на определен гражданскоправен модел, за развитието на правните системи на бившите колониални държави, за формирането на правните системи от хибриден тип и т.н.

Впрочем, изборът на социологическия или правнотехническият подход зависи от предмета, целите и обхвата на конкретното сравнителноправно изследване. Те, на свой ред, предопределят в решаваща степен избора на съответен класификационен критерий, върху който да се изгради типологията на националните правопорядъци и групирането им в правни семейства. По един начин би изглеждала типологията и класификацията на националните правопорядъци от гледна точка на *публичното право*¹⁶⁵, а по друг начин – от глед-

differentia specifica за правните системи от друг, съвършено различен правен кръг. Един от примерите за това е указът на президента на Руската Федерация от 24.12.1993 № 2296 „О доверительной собственности (трасте)“, с който в руското законодателство беше въведен институтът на тръста (*trust*).

¹⁶⁵ Вж., напр., в областта на сравнителното конституционно право вж. **Друмева**, Емилия. Цит. съч., с. 96–110, 174–178 и др.; **Танчев**, Евгени. Типология и класификация на конституциите. В: Национални и европейски измерения на съвременния конституционализъм. Първи том. (Състав. Пламен Киров). София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2010, с. 9–28 и литературата, посочена там и др.

на точка на *частното* право¹⁶⁶. От позицията на гражданското право даден национален правопорядък може да се окаже част от *едно* правно семейство, а от гледна точка на конституционното, административното, наказателното или данъчното право да разкрива много повече общи черти с правните системи от *друга* правна група¹⁶⁷. Даже в рамките на самата частноправни уредба формирането на правните семейства не винаги може да бъде подчинено на единни и общовалидни критерии и класификации, тъй като отделните частноправни отрасли или техни клонове, респ. дялове (напр., трудово, търговско, дружествено право и т. н.) се характеризират със „собствен“ комплекс от специфични правни белези (принципи, основни правни понятия и юридически конструкции, правни източници) и могат да разкриват характеризиращи ги черти, различни от тези, които са положени в основата на общото гражданско право на съответната държава, респ. които предопределят принадлежността ѝ към едно или друго правно семейство. Като илюстрация в подкрепа на казаното достатъчно е да бъдат изтъкнати различията, които съществуват сред държавите с континентално-европейски правни традиции (*civil law countries*) относно мястото на една търговскоправни кодификация (отделен търговски закон или кодекс) в системата от източници на частното им право. Добре известно е, че редом с държавите от романския, респ. от германския правен кръг, които имат отделни търговски кодификации още от началото на XIX век насам (Франция, Белгия, Люксембург – от 1807 г., Испания – от 1885 г., Португалия – от 1888 г., Австрия – от 1897 г., България – от 1897 г., Германия – от 1900 г. и т.н.), съществуват и редица континентално-европейски държави, отнасяни традиционно към романския или германския правен кръг (напр., Швейцария, Италия, Нидерландия, Руската Федерация и др.), които не възприемат дуализма в частното право¹⁶⁸, а уреждат търговските отношения систематично в рамките на общото си гражданско законодателство (в гражданските си кодификации)¹⁶⁹. Също така, не винаги групирането в правни се-

¹⁶⁶ Това се признава и от **Zweigert, K., H. Kötz**. Einführung in die Rechtsvergleichung, ор. cit., S. 64. Аргументи в тази посока могат да бъдат извлечени и от разликата в критериите, с оглед на които се прави анализ на отношенията между националните правни системи в областта на публичното и на частното право. Вж. по-подробно **Ташев**, Росен. Теория за правната система, цит. съч., с. 280–293.

¹⁶⁷ В този смисъл за еволюцията на правните семейства в съвременния свят вж. **Жидков, О., Н. Крашенинников**. История государства и права зарубежных стран. Ч. 2. Москва, 2004, с. 530–535.

¹⁶⁸ Вж. **Ганев**, Венелин. Историческо развитие на търговското право. *Год. СУ, Юрид. фак.*, 12, 1915–1916, с. 69 и сл.

¹⁶⁹ Както с основание отбелязва **Стойчев**, Красен. Търговският закон: някои съпоставки с търговското законодателство на други европейски държави. – Правна мисъл, 1992, № 2, с. 65, когато се характеризира дадена национална правна система, въпросът, дали сред източниците на правото ѝ има отделен търговски закон или кодекс, е до голяма степен определящо по няколко причини. Първо, защото наличието на такъв нормативен акт,

мейства на националните правопорядъци от определен регион (напр., на един континент или част от него) възпроизвежда непременно класификацията на основните правни семейства в световен мащаб, тъй като в отделни части по света преобладават *правните системи от смесен, хибриден тип* (най-вече в Азия, островните държави от Тихоокеанския регион и части от африканския континент).

Модерната компаративистика от началото на ХХІ век като че ли все повече се ориентира към възгледа, че критериите за класифициране на съвременните правопорядъци в една стройна и научно обоснована типологична схема трябва да се опират на фундаментални, т.е. устойчиви и постоянно проявяващи се правни признаци, а не на случайни или временни фактори. На второ място, отдава се значение на белези, чието съдържание и проявление се поддава на ясно научно дефиниране и установяване. Трето, признаците, положени в основата на класификационните критерии, с оглед на които се формират правните семейства, следва да имат обективен характер. Четвърто, в случаите, при които се отдава значение на няколко признака, един от тях непременно трябва да бъде доминиращ и с определящо значение. Пето, при изследване на общите признаци на сравняваните правни системи с цел групирането им по правни семейства трябва да се отчитат не само обективните, но и субективните фактори, оказващи пряко въздействие в процеса на тяхното формиране (най-вече, меродавната правна доктрина). Изложените положения са застъпени широко в модерната компаративистика¹⁷⁰.

§ 3. Разнообразието на типологичните модели на правните семейства от ново време

Факт е, че не съществува някакво общоприето, универсално и всеобхватно групиране на националните правопорядъци по правни семейства в съвременния свят¹⁷¹. Опитите за такива типологии се отличават не рядко с

редом със създаването на отделни търговски съдилища, е указание, че тази правна система извежда търговското право като свое отделно и основно подразделение и вижда в него самостоятелен частноправен отрасъл. Второ, защото тъкмо търговският кодекс или закон е сигурен индикатор, че съответната правна система възприема идеята за частното право и дуализма в него, в противовес на публичното право с характерните за него принципи, институти и използвана юридическа техника при уредбата на подлежащите на регулиране обществени отношения. Трето, защото въпросът за мястото и ролята на търговския кодекс или закон допринася за избистряне на самата концепция за търговското право въобще. Вж. още **Матеева**, Екатерина. Поглед върху типологията ..., цит. съч., с. 149–178.

¹⁷⁰ Така **Марченко**, М. Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 130 и сл. и посочените там автори.

¹⁷¹ Това се признава и в чуждестранната литература вж. **Hertel**. C. An Overview of Legal Systems, op. cit., p. 128.

материална, отрасловоправна отграниченост¹⁷², с преходност във времето, както и с неизбежна условност, поради отдаването на предпочитание към едни или други критерии за групиране на националните правопорядъци при отчитане на състоянието им към определен исторически момент. Относителният характер на тези класификации се подсилва от взаимното преплитане на правни норми, принципи, институти и традиции от различни правни семейства в условията на глобализация¹⁷³. По тази причина всякакви претенции за безспорност на едно или друго групиране на правопорядъците по правни семейства изглеждат несериозно с оглед на правната действителност в условията на динамично променящите се политически, социално-икономически и културни процеси в света. Трудно би могло да се обоснове каквато и да е „йерархия“ или приоритет на една класификация над друга, тъй като всяка от тях сравнява и типологизира националните правопорядъци в зависимост от определен критерий или набор от критерии, които в по-голяма или в по-малка степен измерват едностранчиво степента на наличие или отсъствие на съответния белег в различните национални правни системи. Във всички случаи и най-внимателният, научно обоснован избор на класификационен критерий води до неизбежно абсолютизиране на положения в основата му правен или неправилен признак и оттук – до подценяване на останалите прилики или различия в изследваните явления. Всичко това предопределя повече или по-малко *условния характер* на всеки опит за групиране на националните правопорядъци в правни кръгове.

Така, след разпадането на бившия социалистически лагер в началото на 90-те години на миналия век водещи континенталноевропейски компаративисти, като *K. Zweigert* и *H. Kötz*¹⁷⁴, започнаха да сочат следните основни правни кръгове на съвременността: романски, германски, англо-американски, скандинавски (нордически, северен), далекоизточен (Китай, Япония и др.) и държави на религиозното право (ислям, будизъм, юдаизъм и др.)¹⁷⁵.

На свой ред *R. David* и *G. Grassmann*¹⁷⁶ предложиха една по-различна класификация на съвременните правни семейства, като в рамките на „сборния“ романо-германски правен кръг обособяват в три подгрупи правните системи на държавите – съответно от Западна, Централна и Северна Европа. Освен

¹⁷² Така и *Zweigert, K., H. Kötz. Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., S. 64; **Марченко, М.** Сравнительное правоведение, цит. съч, с. 134.

¹⁷³ Така **Марченко, М.** Сравнительное правоведение, цит. съч, с. 135.

¹⁷⁴ Вж. *Zweigert, K., H. Kötz. Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., S. V.

¹⁷⁵ В по-старите издания на съчинението си „*Einführung in die Rechtsvergleichung*“ до края на 80-те години на миналия век изтъкнатите германски цивилисти *K. Zweigert* и *H. Kötz* посочват като самостоятелен правен кръг и „социалистическото правно семейство“, т. е. държавите от бившия комунистически блок около СССР.

¹⁷⁶ *David, R., G. Grassmann. Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, 3. Aufl., 1988, p. 7 et seq.

това, тези автори отделят като самостоятелно правно семейство правопорядъците, основани на обичайното право (*customary law*). В крайна сметка предлаганата от тях класификация включва следните основни правни семейства: романо-германско (*civil law countries* с три подгрупи)¹⁷⁷, държави на общото право (*common law countries*), бивши и настоящи социалистически правопорядъци, далекоизточен правен кръг, държави на религиозното право и държави на обичайното право.

Според един трети типологичен модел, застъпен от *Р. Давид и К. Жоффре-Спинози* в началото на 90-те години на миналия век¹⁷⁸, в съвременността съществуват три главни правни семейства: романо-германското, социалистическото и англо-саксонското. Те обхващат държавите на цели четири континента (Европа, Северна и Южна Америка, Австралия), но наред с това оказват и значително влияние върху националните правни системи на Азия и Африка. На свой ред, азиатските и африканските правопорядъци при цялата им пъстрота и юридически особености биват групирани в четири групи по религиозно-географски принцип¹⁷⁹: правни системи на мюсюлманското право; правна система на Индия; правни системи на държавите от Далечния изток и правни системи в Африка и остров Мадагаскар. Без да могат да образуват единно правно семейство всички те, според посочените автори, имат една съществено обща черта, а именно, че се основават на правни възгледи, които се различават от „западния“ модел на правно мислене¹⁸⁰. Спестявайки възможните критични бележки към тази класификация на съвременните правни кръгове, заслужава да отбележим, че по същество тя представлява един доста спорен в основата си опит за своеобразна правна „регионализация“ на света, направена с единствената цел да се внуши, че европейските модели на юридическо мислене съвсем не са абсолютният „хегемон“ в съвременния правен свят – нещо, което едва ли може да бъде подлагано на съмнение към днешна дата.

Истината е, че двуполюсният модел, противопоставящ континентално-европейските правни системи на правопорядъците на общото право (*civil law countries* ↔ *common law countries*), стои в центъра на почти всички опити за типология на правните семейства, предприемани от теоретици на правото, формирани най-вече в англо-американска правна среда или косвено повлияни от нея. Обикновено към опозиционната двойка *civil law countries* ↔ *common law countries* те добавят още две правни семейства – това на прав-

¹⁷⁷ Тезата за съществуването на романо-германско правно семейство, в което се обединяват националните правопорядъци от континентална Европа и повлияните от тях правни системи от други континенти, е застъпена у нас в най-ново време от **Колев**, Тенчо. Теория на правото, цит. съч., с. 139 и сл.

¹⁷⁸ Вж. **Давид**, Р., **К. Жоффре-Спинози**. Основные правовые системы современности. Москва: Международные отношения, 1999, с. 21-28, 307-308.

¹⁷⁹ Пак там, с. 308.

¹⁸⁰ Пак там, с. 308.

ните системи, основани на религиозното право (главно на ислямското право) и правното семейство на системите, основани на правния обичай (*customary law*)¹⁸¹. Независимо от оценката, която може да се даде по същество на всяка от тези класификации, във всички случаи се налага да държим сметка за неоспоримия факт, че макар и споени от редица общи белези, всяко от правните семейства не представлява едно хомогенно цяло, а има множество вътрешни „разслоения“ на различни нива, които са от значение за изграждането на една по-точна типология на съвременните национални правопорядъци. Наред с това следва да се има предвид, че различията между типовите матерни модели на съвременните граждански кодификации се задълбочават и мултиплицират в процеса на реципирането им в други държави от континентална Европа¹⁸² и особено на извън-европейска плоскост – в бившите колонии на други континенти¹⁸³. Наслояването на европейския романски, респ. германски или английски цивилистичен модел на уредба върху местните обичайноправни и/или религиозно-правни традиции извън европейските региони води неизбежно до появата на специфични черти в гражданскоправните уредби на бившите колониални правни системи, предизвикващи разрояването на трите основни правни кръга на множество подгрупи с повече или по-слабо изразени особености. Последните се проявяват особено ярко в областта на личното, семейното и вещното право, а донякъде и в материята на наследственото право, поради специфичния им предмет на правно регулиране, който е силно чувствителен към националните битови, религиозни и народо-психологични особености и правни традиции. Така например, в редица бивши британски колониални владения, които отнасяме традиционно към правното семейство на *common law* (Индия, Бангладеш, Пакистан, Малдивите и др.), институтите на личното право, семейното и наследственото право остават подчинени на характерното за тези региони религиозно (ислямско, респ. будистко) право. По същия начин в бивши колонии, попаднали исторически под влиянието на романския правен модел около френския ГК като Индонезия, Коморските острови и др., личните отношения на гражданскоправните субекти, както и отделни въпроси на семейното и наследственото право, се регулират от нормите на исляма. Може да се каже, че в тези дялове на гражданското право

¹⁸¹ За този подход вж. **Glenn**, P. *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, 2000, p. 5 et seq.

¹⁸² Така напр., при заимстването ѝ в някои държави от следвоенна Централна и Източна Европа, пандектната система на германския ГК бива обогатена с разпоредби относно авторското право и правата върху други нематериални блага (продукти на интелектуален труд), докато семейноправната част от гражданскоправната уредба се обособява в самостоятелни семейноправни кодификации на тези държави.

¹⁸³ За особеностите на процеса на рецепция и значението му за сравнителноправните изследвания вж. **Zaitay**, I. *Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung* – *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, p. 458 et seq.

рецепцията на съответния европейски правен модел носи по-скоро частичен и силно модифициран характер, тъй като регулираните от тях отношения остават подчинени в немалка степен на традиционни „автохтонни“ норми (обичайни, религиозни) или на писаното светско законодателство от колониалното минало¹⁸⁴.

§ 4. Проблемът за мястото на т.н. хибридни или смесени правни системи (*mixed legal systems, mixed jurisdictions*) и най-новите търсения на сравнителноправната наука

В най-ново време опит за известно детайлизиране и прецизиране на типологията на националните правопорядъци и обособяването на световните правни семейства с акцент върху възприетия в тях модел на гражданско-правно регулиране прави изтъкнатият цивилист и дългогодишен директор на германския Институт по нотариално право във Вюрцбург *Christian Hertel*.¹⁸⁵ Той извежда следните основни правни кръгове в съвременния свят:

– **Правопорядъци на общото (англо-американското) право (*common law countries*)** с главен представител Великобритания (без Шотландия, чиято правна система е частично повлияна и от континентално-европейското право); също така Ирландия, Кипър, Малта, САЩ (без щата Луизиана, където е установена смесена система с доминиращо влияние на френския ГК), Канада (без Квебек, чиято правна система е съществено повлияна от френския ГК), Австралия, Нова Зеландия, Океания, т.е. островните държави и зависими територии на Меланезия, Микронезия и Полинезия, при които личното и семейното право са под силно обичайноправно влияние. От азиатските държави в този правен кръг *Ch. Hertel* включва Индия и Пакистан (но със съществено влияние на будистки, респ. ислямски норми в областта на личното и семейното право), Шри Ланка, Непал, Хонг Конг, Сингапур, Малайзия. На африканския континент към семейството на общото право спадат Ботсвана, западните провинции на Камерун, Сиера Леоне, Кения, Нигерия, Гамбия, Гана, Либерия, Танзания, Замбия, Зимбабве, Уганда; също така и редица островни държави от Карибския и Тихоокеанския басейн и др.;

– **Романски правен кръг** с главни представители Франция, Белгия, Люксембург; също и Италия, Испания, Португалия, Монако, Сан Марино; редица африкански държави, между които Сенегал, Етиопия, Мозамбик, Нигер, Ангола, Бенин, Буркина-Фасо, Камерун (но само източните провинции), Централноафриканска република, Чад, Руанда, Того, Конго (Бразавил), Габон,

¹⁸⁴ По-подробно за тези процеси вж. Давид, Р., К. Жоффре-Спинози. Основные правовые системы современности, цит. съч., с. 22.

¹⁸⁵ Hertel. C. An Overview of Legal Systems, Notarius International, 2009, №, p. 128–141; c. a. „World Map: Legal Systems of the World“, Notarius International, 2009, №, p. III–IV.

Република Конго (Заир), Екваториална Гвинея, Мадагаскар и др.; редица държави от Централна Америка – Мексико, Гватемала, Панама, Коста Рика, Хондурас, Никарагуа; всички държави от Южна Америка (без Гайана, чиято правна система е доминирана от *common law*); редица азиатски държави – Ливан, Индонезия (но със силно влияние на ислямското право), Макао (Китай), Филипините (но има силно изразени елементи и на *common law*) и др.;

– **Германски правен кръг**, включващ Германия, Австрия, Швейцария, Лихтенщайн, Гърция, Турция (чиято гражданска кодификация представлява по същество рецепция на швейцарския ГК заедно с *Obligationengesetz*);

– **Правопорядъците на бивши или настоящи социалистически държави** – освен новообразуваните държави след разпадането на бившите СССР и Югославия, както и европейските „екс-социалистически“ държави, тук се включват още Китай (без Хонг Конг и Макао), Куба, Северна Корея, Лаос, Виетнам, Камбоджа, Монголия, Албания. Съображението на *Ch. Hertel* за обособяването на тия правопорядъци в отделен правен кръг е, че въпреки обновяването им през изминалите две-три десетилетия някои техни гражданскоправни институти продължават да носят в една или друга степен отпечатъка на „социалистическото минало“;

– **Други правопорядъци под влияние на романското и германското правни семейства, и по-специално държавите от Източна Азия** – Япония, Южна Корея, Тайван, Тайланд и др.;

– **Северен (скандинавски, нордически) правен кръг**, който заема междинно място между англо-саксонския и континенталните романски и германски правни кръгове, доколкото при него влиянието на римското частно право не е така ясно изразено. Но пък гражданското законодателство на скандинавските държави в много отношения (вкл. и правно-технически) носи традициите на класическото континентално право. Представители на този правен кръг са националните правопорядъци на Дания, Финландия, Исландия, Норвегия, Швеция. Обособяването им в отделен правен кръг се обосновава и с наличието на множество правни източници с унифициращо или поне хармонизиращо на *регионално* равнище действие в областта на частното право (например, регионални конвенции в областта на търговските ценни книги, хармонизирани кодификации в областта на семейното и наследственото право и др.);

– **Мюсюлмански (ислямски) правен кръг**, представляващ автономна група от национални правопорядъци, основани на Корана (т.н. държави на шериата¹⁸⁶). Негови главни представители са Обединените арабски емир-

¹⁸⁶ С термина „шериат“ (Sharia) се означава религиозното ислямско право, опряно основно на Корана (Qur'an), а при някои от теченията му (сунизма) – и на Суната (житията на Пророка) и Словата на Пророка (Hadith). Ислямският правен кръг обхваща националните правопорядъци, доминирани в една или друга степен от съдържащите се в тези източници религиозни норми (догми). В обхвата на ислямското вероизповедание особеностите в уредбата на личните, семейните и наследствените отношения в отделните

ства, Саудитска арабия, Бахрейн, Бруней, Джибути, Оман, Катар, Малдивите, Иран, Ирак, Кувейт, Сирия, Йордания, Афганистан, Йемен, Судан, Сомалия, Тунис, Алжир, Мароко, Либия, Египет, Мали и др. В редица от тези държави уредбата на гражданските отношения е като цяло кодифицирана със светски закони (вж., напр., ГК на Египет от 1948 г., ГК на Катар от 2004 г., ГК на Либия от 1953 г., ГК на Судан от 1971 г., ГК на Сомалия от 1973 г., ГК на Алжир от 1975 г., ГК на Йордания от 1976 г., ГК на Кувейт от 1980 г. и др.), макар и обусловена в съществена степен от религиозната принадлежност на субектите, а оттука – и от нормите на религиозното и на обичайното право.

Ако може да се приеме, че като главен юридически критерий за предлаганата от *Ch. Hertel* класификация е бил избран *видът и юридическите особености на правните източници*, то не може да не направи впечатление, че извън ползрение остават правните системи, повлияни от обичайното право с присъщите му особености, а именно:

- пълна непознатост на деленето на обективното право на публично и частно, както и на обособяването на отделни правни отрасли, клонове, дялове и институти;
- непровеждане на разлика между право и справедливост;
- смесване на юридическите и моралните задължения;
- липса на формална разчлененост между лични и имуществени права и общото им привързване към социалния статус на личността в затвореното общество, в което се е родил и живее човекът (род, триба, село и т.н.);
- трибална (племенно-родова) собственост върху земята;
- разбирането за същността на брака като съюз между два рода (или две „кланови“ семейства), а не толкова като източник на правна връзка между съпрузите като две физически лица. С това разбиране за същността на брака се обяснява фактът, че за обичайноправните системи е характерен имущественобрачният режим на разделност и т. н.¹⁸⁷.

Сравнителноправните изследвания показват, че в редица правни системи (главно от африканския континент – Екваториална Африка, остров Мадагаскар и др., също в Океания, Тихоокеанския басейн и отделни части в Източна

държави от този правен кръг са повлияни от традиционните различия между двете основни направления в исляма – сунизма и шиитството, а в рамките на последното – влияние оказват исторически наслоилите се догматични възгледи в юриспруденцията, характерни за четирите основни религиозни правни школи (течения): ханафитска (Hanafi), малийска (Maliki), шафиискa (Shafi'i) и ханбалийска (Hanbali). С оглед на особеностите на наследственото право в тези държави от сравнителноправна гледна точка вж. **Матеева**, Екатерина. Германското наследство право..., цит. съч., с. 65–81, 128–129.

¹⁸⁷ За особеностите на обичайноправните системи, изяснени на основата на африканското обичайно право вж. **Давид**, Р., **К. Жоффри-Спинози**. Основные правовые системы современности, цит. съч., с. 378–380.

Азия) някои институти на договорното, поземленото, семейното и наследственото право продължават да носят – макар и фрагментарно, *обичайноправен* характер¹⁸⁸. Специално с оглед регулирането на семейните и наследствените отношения обичайноправните системи показват значително разнообразие в зависимост от организационния тип семейна общност, в която са се зародили, както и от типа на поземлена собственост – парентелен (родов) тип семейство или семейство, обхващащо само съпрузите и техните ненавършили пълнолетие деца; патриархален или матриархален тип семейство; трибална (племенно-родова) собственост върху земята и другите средства за производство и т. н.

Извън казаното, предлаганата от *Ch. Hertel* класификация може да остави впечатлението, че обхванатите от нея правопорядъци са едва ли не хомогенни „моносистеми“ – нещо, което не отговаря на правната реалност¹⁸⁹. В този смисъл най-големият конструктивен недостатък на тази класификация може да бъде видян в това, че тя не дава достатъчна основа за открояване на особеностите на *смесените (хибридни) правни системи*, които заемат относително немалък дял от съвременната юридико-географска карта на света.

Наред с това, подобни класификации на правните семейства като тази, предлагана от *Ch. Hertel*, биват критикувани и заради прекомерен „евроцентризъм“ при обособяването на правните семейства в съвременния свят¹⁹⁰. Не може обаче да се отрече, че всяка от изложените по-горе класификации се опитва да държи в една или друга степен сметка за историческите факти, свързани с „експорта“ на основните европейски гражданскоправни модели (романски, германски и на общото право) извън Европа¹⁹¹, както и за влиянието им върху националните правни системи на държавите от другите континенти¹⁹². По-същественият проблем при обособяването на правните семей-

¹⁸⁸ За мястото и влиянието на правния обичай в някои африкански правни системи вж. **Давид, Р., К. Жоффре-Спинози**. Основные правовые системы современности, цит. съч., с. 377 и сл.

¹⁸⁹ За вътрешните разслоения и различия в основните правни семейства вж. **Колев, Тенчо**. Теория на правото, цит. съч., с. 139–164.

¹⁹⁰ В този дух критично вж. **Glenn, P.** Comparative Legal Families ..., op. cit., p. 422 et seq.

¹⁹¹ Тук изразът „европейски правни модели“ се използва в контекста на европейското право като историко-географско понятие за правопорядъците в рамките на европейския континент, а не като синоним на термина „право на ЕС“. По-подробно за неговото формиране и съдържание вж. **Аннерс, Э.** История европейского права (пер. со швед.), Ин-т Европы. Москва: Наука, 1994, с. 139 и сл.

¹⁹² Този твърде значим за развитието на световната правна история въпрос е ставал многократно предмет на задълбочени теоретични изследвания и неговото самостоятелно разглеждане тук надхвърля далеч конкретните цели и обхват на настоящото изложение. По-подробно относно ролята на основните групи европейски правни системи (англо-саксонската и романо-германска) за формиране на правните семейства в съвременния свят вж. най-общо **Жидков, О., Н. Крашенинников**. История государства и права зарубежных стран, цит. съч., с. 520–535; **Давид, Р., К. Жоффре-Спинози**. Основные правовые системы

ства в съвременния свят се свежда до това, дали при съответното групиране се достига тази необходима степен на детайлизация, която би позволила да се отчете действителното състояние на *разслоеност и взаимодействие* на правните семейства по света и по-специално – наличието на *смесени (хибридни, комбинирани) правни системи (mixed legal systems, mixed jurisdictions)*. Става дума за национални правопорядъци, които съдържат елементи, характерни за два или повече различни правни кръга, или такива, в които елементи (норми и даже цели правни институти), типични за две или повече различни правни семейства, се преплитат в *особена функционална „симбиоза“*. Като „смесени“ се квалифицират и правни системи, които по стечение на исторически обстоятелства се явяват пресечна точка на различни правни кръгове, всеки от които има свой запазен „периметър“, т. е. свое предметно приложно поле, очертано най-често по отраслов или клонов признак (напр., правната система на държавата е като цяло „светска“, но част от институтите на личното и семейното право се уреждат от нормите на религиозното и/или на обичайното право). Във връзка с това без ясен отговор засега остава принципният въпрос за *систематичното място на смесените системи* – дали да бъдат третиранни като един *отделен*, вторично обособил се правен кръг, наред с основните правни семейства (романско, германско, англо-американско и т. н.) или да се разглеждат като подгрупи в рамките на съответното „основно“ правно семейство, чиито общи белези носят доминиращо в една или друга степен.

В сравнителноправно отношение могат да бъдат обособени *няколко типа смесени правни системи (mixed legal systems, mixed jurisdictions)**:

а) Правни системи от европейски континентален тип, съчетаващи елементи на романския и германския правен кръг: Това са правни системи, които носят едновременно по някои от основните белези на романския и на германския правни кръгове, но не могат да бъдат причислени само към единия от тях. От европейските държави в тази категория попада главно Нидерландия с новия ѝ ГК от 1991 г., но също и някои национални правни системи на източноазиатски държави, обособявани според отделни автори в отделен «далекоизточен» правен кръг¹⁹³. Освен това, редица европейски държави от бившия социалистически блок (Унгария, Чехия, Полша, Словакия, Словения,

современности, цит. съч., с. 21 и сл. Относно правното значение на гражданските кодификации в Европа от края на XVIII век и XIX век за развитието на гражданското право на други държави вж. също **Аннерс**, Э. История европейского права, цит. съч., с. 310–322; **Van Caenegem**, R. C. An Historical Introduction to Private Law, op. cit., p. 147 et seq.

¹⁹³ Вж. **Zweigert**, K., H. **Kötz**. Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit., S. V; **David**, R., G. **Grassmann**. Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart, op. cit., p. 7 et seq. Други автори, като **Hertel**. C. An Overview of Legal Systems, op. cit., p. 130, обособяват тези държави от Източна Азия като „други“ правни системи в рамките на континенталния романо-германски правен кръг.

* Вж. също проекта „JuriGlobe“ на университета в Отава достъпен на: www.juriglobe.ca

България и др.) също следва да бъдат отнесени към континенталните правни семейства от хибриден тип с уточнението, че те представляват най-често смесица между елементи на романския и германския правни кръгове, тъй като през първата половина на последното столетие са били плод на понякога конюнктурна и не съвсем последователна рецепция на гражданскоправни и търговскоправни институти и от двата правни кръга.

б) Правни системи, съчетаващи елементи на трите основни правни кръга – двата континентални (романски и германски) и англо-американския: Южноафриканската република (с ограничено влияние на германския правен кръг), Намибия, Лесото и Свазиленд (известно влияние на старото холандско право), Ботсвана, Израел, отчасти – Шотландия, Кипър, Малта и др.;

в) Правни системи, съчетаващи елементи на романския и англо-американския правни кръгове – Филипините, Пуерто Рико, о-в Мавриций, Сейшелите (с по-силно изразено влияние на англо-американското право), щата Луизиана (силно изразено влияние на френския ГК), Квебек (Канада) – с ясно изразена основа във френския ГК, но и с известни „примеси“ от *common law*, тъй като се намира в такова правно обкръжение и др.

г) Правни системи, съчетаващи елементи на англо-американския правен кръг и религиозно (ислямско) право – Пакистан, Бангладеш, Судан, Малдивите, Сингапур и др.;

д) Правни системи, съчетаващи елементи на романския правен кръг и религиозно (ислямско) право – Алжир, Мароко, Мавритания, Либия, Тунис, Сирия, Индонезия и др.

е) Правни системи, съчетаващи елементи на континенталното (романо-германското) и обичайното право – Етиопия, Мадагаскар, Буркина Фасо, Габон, Гвинея, Конго, Нигер, Руанда, Свазиленд, Того, Чад и др.

ж) Правни системи, съчетаващи елементи на общото (англо-американско) и обичайното право – Уганда, Танзания, Малави, Либерия, Замбия, Гана, Сиера Леоне, Непал, Микронезия, Соломоновите острови и др.

з) Правни системи, съчетаващи елементи на религиозното (мюсюлманско) и обичайното право – Обединените арабски емирства.

и) Смесени правни системи, съчетаващи елементи на три правни кръга:

– континентално (романско и германско), мюсюлманско и обичайно право – Индонезия, Кувейт, Бахрейн, Оман, Йемен, Катар, Йордания, Джибути, Сомалия и др.;

– континентално (романско и германско), англо-американско, юдейско, обичайно и мюсюлманско право – Израел;

– англо-американско, религиозно (ислям, будизъм и др.) и обичайно право – Индия, Малайзия, Бруней, Кения, Гамбия, Нигерия и др.

– континентално (романско и германско), англо-американско и обичайно право – Зимбабве, Камерун, Лесото, Шри-Ланка, Вануату и др.

Механичното обединяване на всички тези разнородни по юридическите си характеристики правни системи в един общ правен кръг от „смесен“ (хибриден) тип правопорядъци трудно може да се обоснове със сериозни юридически аргументи, а и не допринася с нищо за разкриване на техните особености, вкл. в сферата на частноправното регулиране. Практическият резултат би бил същият, както ако се ограничим с вярната сама по себе си констатация, че една четвърт от правните системи на света се числят към англо-американския правен кръг, а останалите три-четвърти – към романо-германските правни семейства. По-скоро всяка от тези групи правни системи от смесен тип („хибриди“) би трябвало да бъде систематично подредена като подвид към това от основните правни семейства, чиито най-характерни черти носи като *доминиращи*¹⁹⁴ и на тази основа да се открояват гражданскоправните клонове и институти, засегнати от едни или други национални или регионални („автохтонни“) особености. Ако ли пък не могат да се изведат такива устойчиво доминиращи, „алфа-правни“ белези, които да предопределят по безсъмнен начин принадлежността на съответните правни системи към някой от основните правни кръгове, същите следва да бъдат обособени в нов, самостоятелен правен кръг, чието съществуване да бъде признато редом с общоприетите до момента основни правни семейства в света.

§ 5. Опит за обобщение

Въз основа на направения анализ може да се заключи, че научните усилия за групиране на съвременните национални правопорядъци по правни семейства се опират на разнообразни подходи, които варират от макросравнения на преобладаващо идеологическа, икономическа, политическа, историко-географска (метаюридическа) основа до същински оценъчни, функционални правни сравнения, съсредоточени върху действителните правни особености в технико-юридическата структура и съдържание на отраслите и институти на различните правопорядъци по света¹⁹⁵. В този широк спектър се вменват, по-специално, сравнителноправните изследвания от позицията на правната философия и социологията; инцидентните, *ad hoc* сравнения на отделни правни принципи, институти или норми; съпоставката на националните правни системи чрез изучаване на законодателства на отделни държави (т.н. изследвания на образци, *Länderberichte, country by country approach*); и най-сетне – синтетичните правни сравнения, при които типологията се изгражда на правно-проблемен принцип, чрез абстрактно-догматично извеж-

¹⁹⁴ По-подробни аргументи в тази посока вж. у **Hertel**, C. An Overview of Legal Systems, op. cit., p. 129.

¹⁹⁵ За методологията на сравнителноправните изследвания общо вж. **Танчев**, Евгени, Мартин **Белов**. Сравнително конституционно право, цит. съч., с. 34–44.

дане на закономерности и особености в уредбата на основни правни явления по света. Като че ли най-успешни на този етап са комбинациите между метода на синтетичното правно-позитивистично сравнение и подхода „държава по държава“ (*country by country approach*), тъй като в съчетанието си те позволяват извеждане на научно обосновани обобщения с принципен характер на основата на разкритите по аналитичен път прилики и отклонения от основните типови белези, характерни за тези правни системи, които имат значението на „матерни“ за съответния цивилистичен модел на уредба (френският ГК – за правопорядъците от романското правно семейство; германският ГК – за правните системи от германския правен кръг; общото право – за държавите от бившата Британска общност и повлияните от тях национални уредби и т.н.).

В съвременната литература в областта на сравнителното частно право се очертават два типа *техники* на сравнителноправни изследвания – „описателна“ (описателна) и „аналитично-догматична“. Различията между тях се дължат на нееднакъвия подход при правното сравнение, но, като цяло, не зависят от това, как е определен неговият предмет. Всъщност описателното и аналитично-теоретичното сравнение лежат на различни нива и обслужват различни по характер и мащаб цели¹⁹⁶. Масово се срещат изследвания, които могат да бъдат определени като „сравнения на законодателства“ (сравнения на ранга на уредбата, на нормативното ѝ съдържание, на юридическата ѝ техника и т.н.). Те се основават на позитивистичния подход и обслужват най-често конкретни практически задачи, свързани с предложения *de lege ferenda* за усъвършенстване на „собственото“ на изследователя законодателство. Напротив, аналитично-догматичното сравнителноправно изследване гравитира по-скоро около сравнителната правна теория и философия на правото, тъй като обслужва по идея фундаментални теоретични цели на сравнителноправното познание. Тези различия могат да бъдат разглеждани като симетрични на деленето на правните науки на отраслови и общотеоретични, поради което всяка от посочените техники на правно сравнение може да намери своето приложение в зависимост от целта и характера на сравнителноправното изследване.

Изглежда, че методологически правилният път към изграждане на една относително точна представа за типологията на съвременните правни семейства от частноправна гледна точка е да се тръгне от обективния процес на *роене* на основните, исторически наложили се и общопризнати гражданскоправни модели – романския, германския и англо-саксонския (англо-американския)¹⁹⁷, и на тази основа да се отчете появата на една или друга тяхна моди-

¹⁹⁶ Така и **Сабо**, И. Теоретические проблемы сравнительного правоведения. Сравнительное правоведение. Москва, 1978, с. 55.

¹⁹⁷ За тяхното формиране и обособяване вж. общо **Ташев**, Росен. Теория за правната система, цит. съч., с. 154–161. **Колев**, Тенчо. Теория на правото, цит. съч., с. 139 и сл., 145 и сл.

фикация под въздействието на „примеси“ от друг тип заварени правопорядъци (религиозно право, обичайно право, традиционно местно писано право и др. под.), респ. да се изследва смесването на елементи от романо-германския и англо-американския правен кръг с местните правни, религиозни и обичайноправни традиции, като се отчитат обективните тенденции към глобализация и интернационализация на гражданския оборот и отгук – процесите на международна унификация и сближаване на правните системи. Необходимо е внимателно проследяване на процеса на разслояване на класическата двойка „противостоящи“ си групи правни семейства, а именно тези от континентален, романо-германски тип (*civil law countries*) и тези, принадлежащи към англо-американското семейство (*common law countries*). Този процес е известен в доктрината като „дихотомия“¹⁹⁸ на правните семейства, т.е. размножаване чрез по-нататъшно делене на всяка от частите на едно цяло¹⁹⁹. При проследяването му за целите на сравнителноправното изследване трябва да се държи сметка за неоспоримия факт, че макар същественото съдържание на всеки от националните правопорядъци да отразява и да се предопределя от принадлежността им към някое от големите правни семейства в съвременността, не всички негови структуроопределящи елементи (правни принципи, правни отрасли, правни институти) възпроизвеждат непременно стилообразуващите белези на един единствен правен кръг. Така е, защото съвременното състояние на националните правопорядъци е все повече подвластно на процесите на международна унификация, хармонизация и конвергенция, които постоянно скъсяват „юридическата дистанция“ между правните системи от различните правни семейства.

От частноправна гледна точка правно-логическото «противопоставяне» на континенталните и англо-американския правни кръгове продължава да се опира най-вече на добре известните юридически характеристики на основните им правни източници (*lex scripta* ↔ *case law*, *judge made law*), както и на тяхната вътрешна система и характерните, отличителни за тях гражданскоправни институти и правно-догматични конструкции – плод на традиционните различия в моделите на правно мислене и правната традиция. Изхожда се от правилното виждане, че основните особености на правната система трябва да се търсят главно във вида и йерархията на нейните правни източници, в нейните централни юридически понятия, правно-догматични конструкции и институти, в характерните за нея правно-технически способности за тълкуване и прилагане на правото, в правно-историческите ѝ корени и др. Тази методоло-

¹⁹⁸ Hertel, C. Rechtskreise im Überblick, op. cit., S. 158.

¹⁹⁹ Етимологията на термина „дихотомия“ се свързва с гръцките думи „dicha“ = „на две“ и „tomia“ = отделяне. Според „Речника на чуждите думи в българския език“ с автори А. Милев, Б. Николов и др., пето изд., „Наука и изкуство“. София, 2003 г., с. 231, значението на думата „дихотомия“ е обяснено като последователно делене на едно цяло на две части, а след това всяка от тия части се дели на още две и т. н.

гическа основа се оказва до момента като че ли най-подходяща за едно научно обосновано систематизиране на разнообразните национални правопорядъци от гледна точка на общността на определящите ги юридически признаци. Това виждане може да бъде подкрепено с аргумента, че обликът на националните правопорядъци, съставляващ основа за търсене на сходства помежду им с цел тяхното групиране по правни кръгове, се определя не просто от това, че са систематизирана съвкупност от включените в тях правни норми с определено съдържание, а и от правно-понятийния им фонд, от начина, по който са групирани тези норми по правни отрасли, дялове и институти, от използването на определени правно-технически способности за създаване, тълкуване и прилагане на разпоредбите им и от социалната среда, в която правната система функционира²⁰⁰. Поради това при изграждане на типологията на правните семейства в съвременния свят следва да се държи сметка за хетерогенния състав на правните системи, който включва, освен нормите на обективното право, още и редица други елементи като юрисдикции, правна догматика и т.н.²⁰¹. Необходимо е да се отчита ролята на всички тези елементи, които имат значение за обособяване и функциониране на правопорядъците.

Що се отнася до *правните системи от хибриден тип*, те биха могли да бъдат систематично подредени като подвид към това от основните правни семейства, чиито най-характерни черти носят като *доминиращи* и на тази основа да се открояват гражданскоправните клонове и институти, засегнати от едни или други национални или регионални („автохтонни“) особености (засягащи най-често личното, семейното, наследственото и вещното право). Ако ли пък не могат да се изведат такива устойчиво доминиращи белези (каквото, струва ми се, е положението при правната система на Израел), съответните правни системи могат да бъдат обособени в самостоятелни групи от правопорядъци, чието съществуване да бъде признато редом с общоприетите до момента основни правни семейства в съвременния свят.

При лавинообразното умножаване на опитите за типологични построения на правните семейства в съвременния свят препоръчително е да се изясни и немаловажният методологически въпрос, дали при обособяването на правните семейства следва да изхождаме от тяхната „*юридическа генетика*“, или е достатъчно да се опираме само на „*съвременната юридическа география*“²⁰²? Изборът на първата възможност означава акцентът на компаративистичното изследване да бъде поставен върху взаимните влияния на цели правни култури, родили и детерминирали националните правопорядъци в съвременния им вид, а това неизбежно пренася научния анализ върху плоскостта на историята на

²⁰⁰ Така Давид, Р., К. Жоффре-Спинози. Основные правовые системы современности, цит. съч., с. 19.

²⁰¹ Така Ташев, Р. Теория за правната система, цит. съч., с. 152–153.

²⁰² Този въпрос е ясно формулиран от Леже, Р. Великие правовые системы современности. Москва: Волтерс Клувер, 2009, с. 99.

правото и на сравнителната правна социология. Ако ли пък искаме да се ограничим само до „заснемане“ на юридическата география на съвременните правни семейства в сегашния ѝ вид, ще следва да се съсредоточим най-вече върху извеждането на определени общи признаци, които са достатъчно съществени, за да обосноват обединяването на дадена група национални правопорядъци в едно общо правно семейство или подгрупа (разред) в неговите рамки.

От гледна точка на сравнителното частно право проследяването на отражението, което всички системообразуващи и „стилоопределящи“ фактори (по *Zwigert и Kötz*) дават върху състоянието на съвременните правни семейства, би било невъзможно без водещата роля на *правнотехническият (позитивистичен) подход*, тъй като той позволява да се открият именно тези основни и с „конститутивно“ значение за всяка правна система юридически черти, които характеризират съществено нейния облик и я отграничават или оприличават с други правопорядъци (вид и йерархия на нейните правни източници, основни юридически понятия, правни институти, „знакови“ догматични или правно-технически конструкции, чрез които се обясняват регулираните от нормите ѝ явления, способности за тълкуване и попълване на празнотите в правната уредба и т.н.). Без тези устойчиви опорни критерии изграждането на една научно обоснована типология на националните правопорядъци и групирането им в правни кръгове би било обречено на неуспех – поне от частноправна гледна точка. Вярно е, че изследването на обективното право, на неговите отрасли и институти не е продуктивно във от техния социален фон. Но, социологическият подход в областта на сравнителното частно право може да бъде използван само като *помощен и второстепен*, и то доколкото е необходимо да се осветли социалната среда, която е предопределила обективните фактори за формиране на дадена национална правна система и правните влияния, на които последната е била подложена. Помощната роля на социологическия подход се обяснява с факта, че политическите, икономическите и философските науки интерпретират националните правопорядъци като части от съответните политически, икономически и идеологически системи на държави или групи от държави, без да навлизат в дълбочинен анализ на техните типизиращи и специфични правни характеристики. В този смисъл, доколкото метаюридическият, респ. правно-социологическият подход се ограничават само до това, да разкрият социалния контекст на частноправните институти и явления, те могат да се окажат една твърде тясна, и оттук – неадекватна методологическа основа за типологичните построения на съвременните правни кръгове в света. С оглед на тези техни особености може да се поддържа, че „премереното“ и разумно използване на социологическия и метаюридическия подход може да се окаже по-скоро полезно при изясняване на социално-икономическите и политически обстоятелства, благоприятствали една пряка или непряка рецепция или налагане на определени гражданскоправни модели, специално за развитието на правните системи на бившите колониални държави, както и

при формирането на правните системи от хибриден тип (*mixed legal systems, mixed jurisdictions*) и т.н.

Препоръчително е критериите за класифициране на съвременните национални правопорядъци по правни семейства да се опират на фундаментални, т.е. устойчиви и постоянно проявяващи се правни признаци, а не на случайни или временни (конюнктурни) фактори. Ако следваме *K. Zweigert* и *H. Kötz*²⁰³ бихме казали, че това трябва да се характеризиращите „правния стил“ юридически особености на правната система, които имат белега „същественост“ и могат да изразят собствения облик на дадено правно семейство, вкл. когато то се е обособило чрез отделянето му от друго голямо правно семейство. А заедно с *М. Марченко*²⁰⁴ ще добавим, че е необходимо да се отдава значение на белези, чието съдържание и проявление се поддава на ясно научно дефиниране, установяване и проверка. Признаците, положени в основата на класификационните критерии за формиране на правните семейства, следва да имат обективен характер и по възможност да не са специфично повлияни от националния правопорядък, в чиято среда се е формирал самият изследовател-компаративист. В случаите, при които се отдава значение на няколко признака, един от тях би следвало да е с определящо, водещо значение. При изследване на общите признаци на сравняваните правопорядъци с цел тяхното групиране по правни кръгове, следва да се отчитат не само обективните, но и субективните фактори, оказващи пряко или косвено въздействие в процеса на тяхното формиране (най-вече, меродавната правна наука с предлаганото от нея доктринално тълкуване и предложения *de lege ferenda*, господстващите правно-философски възгледи и др.).

ЛИТЕРАТУРА

- Аннерс, Э.** История европейского права. (Пер. со швед.). Москва: Наука, Ин-т Европы. 1994. 397 с.
- Апостолов, Иван.** Еволюцията на континенталната тълкувателна теория. *Год. СУ, Юрид. фак.*, 41, 1945–1946, 1–78.
- Апостолов, Иван.** Прехвърляне на собствеността и задължението за предаване – сравнителноправен поглед върху правото за продажбата в някои капиталистически страни. В: Лекции за следдипломна специализация на юристи. Т. 4. София: Унив. изд., 1971, 357–401.
- Аргирова, Р.** Търговският представител и посредник според правото и практиката на някои европейски страни. 2. прераб. изд. София: Атек–5, 1991. 232с.
- Бандаков, Н.** Изборът на приложимо право според чл. 3 от Регламент Рим I. – В: Регламентът „Рим I“. София: Сиела, 2009, 43–79.

²⁰³ Вж. *Zweigert, K., H. Kötz. Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., s. 68.

²⁰⁴ *Марченко, М.* Сравнительное правоведение, цит. съч., с. 130.

- Бар**, Кристиан фон. Академичната Обща референтна рамка. *Търговско право*, 2007, № 5–6, 29–44.
- Безбах**, В., М. **Кулагин**, В. **Мазолин** и др. (авторски колектив). Москва: Советское и иностранное гражданское право, 1989. 336 с.
- Бехруз**, Х. Сравнително правоведение. Москва: ТрансЛит, 2008. 504 с.
- Близнашки**, Георги. Общо учение за конституцията. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2019. 863 с.
- Василев**, Любен. Гражданско право на Народна Република България. Обща част. София: Наука и изкуство, 1956. 588 с.
- Вилкова**, Н. Г. Договорно право в международном обороте. Москва: Статут, 2004. 510 с.
- Ганев**, Венелин. Извори на правото, тълкуване и приложение. *Юридически архив*, 6, 1934, № 3, 197–216.
- Ганев**, Венерин. Историческо развитие на търговското право. *Год. СУ, Юрид. фак.*, 12, 1915–1916, 1–273.
- Ганев**, Венелин. Правните понятия. Трудове по обща теория на правото. София: Марин Дринов, Сиби, 1998. 564 с.
- Ганев**, Венелин. Учебник по обща теория на правото. Ч. първа. 2. доп. изд. Фототипно издание. София, 1990. 700 с.
- Генкин**, Д. Гражданское и торговое право капиталистических стран. Москва, 1974.
- Големинов**, Ч. удомир. Глобализацията и правото. *Правна мисъл*, 2002, № 3, 3–11.
- Големинов**, Чудомир. Сравнителното право и категорията право. *Правна мисъл*, 2004, № 2, 3–6.
- Големинов**, Чудомир. Сравнителното право и реформите у нас. *Правна мисъл*, 1991, № 4.
- Давид**, Р., К. **Жоффре-Спинози**. Основные правовые системы современности. (Превод от френски език). Москва: Международные отношения, 199. 400 с.
- Дамирли**, М. Теоретико-методологические проблемы сравнительного правоведения: попытка актуализации и некоторые размышления. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*, 2006, № 3.
- Диков**, Любен. Курс по българско гражданско право. Т. I. Обща част. София: Унив. печ., 1940. 462 с.
- Друмева**, Емилия. Конституционно право. 5. доп. и прераб. изд. София: Сиела, 2018. 808 с.
- Эминеску**, Й. К вопросу о сравнимости различных правовых систем. В: Сравнительное правоведение. Туманов, В. (ред.). Москва: Прогресс, 1978.
- Жидков**, О., Н. **Крашенинников**. История государства и права зарубежных стран. Ч. 2. Москва: Норма, 2004.
- Зидарова**, Йорданка. Автономия на волята – стародавен и съвременен принцип на международното частно право. *Год. на Сдружение на стипендиантите на Сасакава в България*, 2008, 9–39.
- Зидарова**, Йорданка. Принципите на Института за унификация на частното право относно международните търговски договори. *Търговско право*, 1997, № 5–6, 3–14.
- Каменова**, Цветана. За принципите на международните търговски договори (УНИДРОА). *Правна мисъл*, 1996, № 3.

- Карбоние**, Ж. Въведение в гражданското право. (Превод от френски език). София, 1999. 392 с.
- Керимов**, Д. Философские проблемы права. Москва: Мысль, 1972. 472 с.
- Кнапп**, В. Крупные системы права в современном мире. В: Сравнительное правоведение. Москва, 1978.
- Колев**, Тенчо. Теория на правото. София: Сиела, 2015. 588 с.
- Колев**, Т. Християнските ценности като правообразуващ фактор. София: Сиела, 2017. 228 с.
- Кресін**, О., Л. **Луць**, О. **Лысенко**. (Авт. колектив). Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології. Київ, 2006.
- Леже**, Р. Великие правовые системы современности. Москва: Волтерс Клувер, 2009. 534 с.
- Лозано**, М. Големите юридически системи. Въведение в европейското и извъневропейското право. София: Изток-запад, 2018. 456 с.
- Мазолин**, В., М. **Кулагин**. Гражданское и торговое право капиталистических стран. Москва, 1980.
- Марченко**, М. Сравнительное правоведение. Общая часть. Москва: Зерцало, 2001.
- Матеева**, Екатерина. Актуални въпроси на стопанската непоносимост по чл. 307 от Търговския закон. Год. ВСУ, 16, 2010.
- Матеева**, Екатерина. Германското наследствено право като приложимо право към наследяването на вещни права върху недвижими имоти в Република България. София: Феня, 2012. 736 с.
- Матеева**, Ек., Договор за установяване на доверителна собственост (trust) и договор за управление на приватизиращо се предприятие с клауза за изкупуване или продажба на трети лица по чл. 34, ал. 1, т. 2 ЗППДОП – съпоставка и разграничение. *Право и икономика*, 1999, № 5.
- Матеева**, Екатерина. Поглед върху типологията на системните подходи към проблема за съществуването на търговско право в римската правна система. *Ius romanum*, 2016, № 1, 149–178.
- Матеева**, Екатерина. Ролята на частните кодификации за правното регулиране на международните търговски и граждански отношения. В: Право и права. Сборник в памет на проф. д-р Росен Ташев. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2016, 329–347.
- Минчева**, В. Мълчалив избор на приложим закон към договори с международен елемент. *Съвременно право*, 1992, № 4, 71–79.
- Митев**, Кр., А. **Шопов**. Сравнителното право и проектът „Общата сърцевина на европейското частно право“. В: Съвременното право. Проблеми и тенденции. София: Сиби, 2011, 94–118.
- Мусева**, Боряна. Допустима ли е автономията на волята при непозволено увреждане според българското международно частно право? *Съвременно право*, 2003, № 6, 93–110.
- Нарышкина**, Р. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Ч. I. Москва, 1983, 288.
- Натов**, Николай. Автономия на волята в международното частно право. *Год. на Сдружението на стипендиантите на Сасакава в България*. Година 2, т. 2. София: Сиби, 2008. 148 с.

- Неновски, Нено.** Съвременни проблеми на сравнителното право. (Бележки от един международен конгрес). *Правна мисъл*, 1994, № 4, 97–104.
- Новкиришка-Стоянова, Малина.** За римския модел на разграничаването на публичното и частното право. В: *Право и граници. Сборник с доклади от научна конференция, проведена от катедра „Теория и история на държавата и правото“ на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 15 май 2018 г.* София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2018, 309–341. (Съставители Даниел Вълчев, Симеон Гройсман).
- Новкиришка-Стоянова, Малина.** *De iure publico. Студии по римско публично право.* София: Сиела, 2013. 620 с.
- Новкиришка-Стоянова, Малина.** *Publicum ius.* София: Еко Принт, 2016, 800 с.
- Осакве, К.** Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Дело, 2002. 464 с.
- Павлова, Мария.** Гражданско право. Обща част. 2. доп. изд. София: Софи-Р, 2002. 680 с.
- Павлова, Мария.** За ролята на съдебната практика. *Съвременно право*, 1998, № 3, 79–85.
- Рабінович, П.** Філософія права: проблеми та підходи. Львів: Юрид. Фак. Львівського нац. у-ту ім. І. Франка, 2005.
- Русчев, Иван.** Към въпроса за дуализма на частното право. *Съвременно право*, 2000, № 6, 74–87.
- Русчев, Иван.** Нормативните актове източник на частното право. София: Албатрос, 2008. 352 с.
- Русчев, Иван.** Правна същност и място на актовете на soft law в правото и юриспруденцията на съдилищата на Европейския съюз. В: *Сб. Soft Law и развитието на съвременното право.* София: Сиби, 2017.
- Сандов, А.** Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности. Москва: Юристъ, 2003. 448 с.
- Синюков, В.** Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов: Полиграфист, 1994. 496 с.
- Спасов, Георги.** „Consideration“ и „causa“. *Год. СУ, Юрид. фак.*, 85, 1992, 103–130.
- Сталев, Живко.** Сравнителният метод в социалистическата правна наука. *Известия на Института по правни науки*, 29, 1974, 5–49.
- Сталев, Живко.** Сравнительный метод в социалистической правовой науке. *Сравнительное правоведение.* Туманов, В. (ред.). Москва: Прогресс, 1978, 15–53.
- Сталев, Живко.** Съдебната практика като източник на правото. *Съвременно право*, 1997, № 6, 7–19.
- Стефанов, Георги.** Основи на гражданското право. Велико Търново: Абагар, 2007. 416 с.
- Стойчев, Красен.** Търговският закон: някои съпоставки с търговското законодателство на други европейски държави. *Правна мисъл*, 1992, № 2, 65–71.
- Стоянов, Димитър.** За римскоправните корени на учението за causa-та на договорите. *Ius romanum*, 2, 2016, № 1, 306–320.
- Стоянов, Димитър.** Придобивният способ по чл. 78 ЗС. София: Сиела, 2016. 488 с.
- Таджер, Витали.** Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял І. 2. изд. София: Софи-Р, 2001. 440 с.

- Таджер**, Витали. Съдебна практика и общи актове на Върховния съд на НРБ. Год. СУ, Юрид. фак., 69, 1977, 167–227.
- Таков**, Кристиан. Принципи на Европейското договорно право (Principles of European Contract Law). *Търговско право*, 2005, № 1, 5–15.
- Танчев**, Евгени, Мартин **Белов**. Сравнително конституционно право. София: Сиби, 2009. 648 с.
- Танчев**, Евгени. Типология и класификация на конституциите. В: Национални и европейски измерения на съвременния конституционализъм. Т.1. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2010, 9–28. (Състав. Пламен Киров).
- Ташев**, Росен. Теория за правната система. София: Сиби, 2006. 312 с.
- Тихомиров**, Ю. Курс сравнителного правоведения. Москва: Норма-М-Инфра, 1996. 432 с.
- Тодоров**, Тодор. Международно частно право. Европейският съюз и Република България. 3. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2010. 472 с.
- Торбов**, Цеко. Обща теория на правото. София: Юриспрес, 2002. 444 с.
- Фаденхехт**, Йосиф. Българско гражданско право. Обща част. София, 1929. Фототипно изд., 1992. 404 с.
- Флейшиц**, Е. Буржоазное гражданское право на службе монополистического капитала. Москва, 1948. 52 с.
- Халфина**, Р. Реакционная сущность гражданского права современных капиталистических стран. Москва, 1961. 64 с.
- Христов**, В. Всеобщото право на личността според германското право. *Правна мисъл*, 1992, № 1, 13–22.
- Христофоров**, Веселин. Гражданско & търговско право на капиталистическите държави. 2. прераб. изд. София: Наука и изкуство, 1991. 184 с.
- Яичков**, К. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Москва, 1966. 552 с.
- Bar**, Ch. Von, E. **Clive**, H. **Schulte-Nölke** et al. (Eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Sellier European Law Publishers, Munich, 2009.
- Basedow**, J., J. **Birds**, M. **Clarke**, H. **Cousy**, H. **Heiss**, L. **Loacker** (Eds.). Principles of European Insurance Contract Law. Verlag Otto Schmidt. 2016.
- Bogdan**, M. Comparative Law. Kluwer, Den Haag, 1994.
- Bollen**, C., G. De **Groot**. The Sources and Backgrounds of European Legal Systems. In: Hartkamp, A. et al. (Eds.). Towards a European Civil Code. Dordrecht/Boston /London: Kluwer, 1994 .
- Caenegh**, R. Van. An Historical Introduction to Private Law. Cambridge University Press, 1992.
- Cheshire**, Fifoot & Furmston's Law of Contract. 12th Ed. London: Butterworths, 1991.
- Cohen-Tanugi**, L. Legal Cultures Compared: The American and the French and the German. In: Gessner, V./Varga, C. (Eds.), European Legal Cultures. Sydney, 1996.
- Cruz**, P. A Modern Approach to Comparative Law. Deventer, Boston: Kluwer, 1993.
- David**, R., G. **Grassmann**. Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 1988.

- David, R., G. Sawyer, I. Szabo, H. Afchar, J. Derrett, T. Iyer, Y. Noda, K. M'Baye.** The Legal Systems of the World. In: International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Chapt. 1. The Different Conceptions of the Law, 1975.
- Eörsi, G.** Comparative Civil (Private) Law. Budapest, 1979.
- Ermann** Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. **Westermann, H., B. Grunewald, G. Maier-Reimer** (Hrsg.). Band II. 15., neu bearb. Aufl., Otto Schmidt, 2017.
- Esmein, A.** Le droit comparé et l'enseignement du droit, Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances et documents. Vol. I, Paris, 1905.
- Evans, M.** L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé. *Revue de droit uniforme*, 1994–1995.
- Gardner, B.** (Ed.). Black's Law Dictionary. 8th ed. Minnesota: Thomson West, 2004.
- Geldart, W.** Introduction to English Law. Oxford University Press, 1991.
- Glendon, M., M. Gordon, Ch. Osakwe.** Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases. 2. ed. American Casebook Series, West Group, Oxford-New York, 1994.
- Glenn, P.** Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions. In: **Reimann, M., R. Zimmermann.** The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 2008.
- Göhring, J.** et al. Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975. Herausgegeben vom Ministerium der Justiz, Berlin, 1985.
- Grossfeld, B.** The Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford University Press, Oxford, 1990.
- Hammer, G.** Frustration of Contract, Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage. Ein Vergleich der Lösungsansätze englischer und deutscher Rechtsprechung, Duncker & Humblot GmbH, Tübingen, 2001.
- Hartkamp, A.,** Principles of Contract Law. – In: Hartkamp, A. et al. (Eds.), Towards a European Civil Code. Kluwer, Dordrecht, Boston, London, 1994.
- Henninger, Th.** Europäisches Privatrecht und Methode. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Volume 224. Mohr Siebeck. Tübingen, 2009.
- Hertel, C.** An Overview of Legal Systems. *Notarius International*, 2009, № 1–2.
- Hertel, C.** „World Map: Legal Systems of the World“. *Notarius International*, 2009, № 1–2.
- Hondius, E.** Towards a European Civil Code General Introduction. In: **Hartkamp, A.** et al. (Eds.), Towards a European Civil Code. Dordrecht, Boston, London: Kluwer, 1994.
- Kieninger, E.-M., R. Zimmermann.** 25 Jahre Europäische Privatrechtsentwicklung. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018.
- Kohler, J.** Das Recht als Kulturercheinung. Würzburg, Stahel, 1885.
- Kötz, H.** Abschied von der Rechtskreislehre? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, № 6.
- Kötz, H.** Europäisches Vertragsrecht. Band I. Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.
- Liebesny, H.** Foreign Legal Systems: A Comparative analysis. George Washington University, Washington D.C., 1981.
- McKendrick, E.** Force Majeure and Frustration of Contract. 2 nd Ed. Informa Law Routledge, 1995.
- Merryman, J., D. Clark.** Comparative Law: Western European and Latin American Systems. Publisher Bobbs Merrill, 1978.
- Merryman, J.** The Civil Law Tradition. 2 nd. Ed. Stanford University Press, 1985.

- Müller-Graff**, P. Private Law Unification by Means other than Codification. In: **Hartkamp**, A. et al. (Eds.). Towards a European Civil Code. Dordrecht, Boston, London: Kluwer, 1994.
- Palandt**, O. Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare. 70. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2011.
- Paschke**, M. Grundlagen des Europäischen Privatrechts. Europäisches Privatrecht. Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht. Band 15, Lit, Hamburg, 1998.
- Rabel**, E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. Gesammelte Aufsätze. Bd. III. Tübingen, 1967.
- Ricard**, P. Le Jeu de la Différence: „reflexions sur l'épistémologie du droit compare”. Collection Diké, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2007.
- Rodiere**, R. Introduction en droit compare. Paris, 1976.
- Schnitzer**, A. Vergleichende Rechtslehre. Bd. I. Berlin, 1996.
- Schulze**, R., R. **Zimmermann**. *Europäisches Privatrecht*. Basistexte, Nomos, Baden-Baden, 2016.
- Shaw**, G. Notaries in Central Europe: Transformation as Reprofessionalisation. *Notarius International*, 2004, № 3–4.
- Sirena**, P. Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im Europäischen Privatrecht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018.
- Stoyanov**, D. Causa and Consideration – A Comparative Overview. – Challenges of the Knowledge Society. – Proceedings of The International Conference – „Challenges of the Knowledge Society“, 10th Edition, May 20th-21st 2016. Bucharest: Nicolae Titulescu Publishing House, 2016.
- Treitel**, G. H. Frustration and Force Majeure. Oxford University Press, Oxford, 1994.
- Wolf**, M. Sachenrecht, 22. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- Zaitay**, I. Beiträge zur Rechtsvergleichung. Mohr Siebeck. Tübingen, 1976.
- Zaitay**, I. Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, p. 458 et seq.
- Zimmermann**, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1990.
- Zimmermann**, R. Roman Law and European Legal Unity. In: **Hartkamp**, A. et al. (Eds.), Towards a European Civil Code. Dordrecht, Boston, London: Kluwer, 1994.
- Zweigert**, K., H. **Kötz**. Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen, 1996.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Ангел Калайджиев

ЗА РАЗГРАНИЧЕНИЕТО МЕЖДУ ЧАСТНОТО И ПУБЛИЧНОТО ПРАВО ПРИ ОПРЕДЕЛЯНЕ МЯСТОТО НА ГРАЖДАНСКОТО ПРАВО КАТО ЧАСТНОПРАВЕН ОТРАСЪЛ

ИВАН РУСЧЕВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: В студията се обосновава значението на разграничението между частно и публично право, с оглед определяне мястото на гражданското право в системата на частното право. Последователно се оборват твърденията, че това разделение е изгубило място в съвременността, като се разграничава отражението му върху законодателството, върху обективното право, върху правната доктрина и преподаването на правото. Детайлно се подлагат на критичен анализ различните теории за критерия, върху който се извършва това разграничение, от времето на римското право до днес. Съпоставят се по множество критерии особеностите на публичното и на частното право и се предлага оригинална концепция за тяхното разграничение. Откроява се значението на метода на регулиране. Специално внимание се обръща на променената концепция на законодателя през последното десетилетие относно качеството, в което публичен орган участва в концесионния договор и в договора за обществена поръчка (*нарича се public procurement*).

Ключови думи: публично и частно право, критерии за разграничение, публичен орган, частноправни субекти, договори за концесии, договори за обществени поръчки, предмет и метод на регулиране, метод на власт и подчинение (на субординация), метод на равнопоставеност.

* Професор по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, дюн.

ON THE DISTINCTION AMONG PUBLIC AND PRIVATE LAW IN DETERMINING THE STATUS OF CIVIL LAW AS A BRANCH OF PRIVATE LAW

IVAN RUSCHEV*

Civil Law Sciences Chair

Abstract: The present study is to justify the significance of the distinction between private and public law with a view to determining the place of civil law within the system of private law. The assertions that this segmentation has nowadays lost its substance by distinguishing its impact on legislation, on objective law, on legal doctrine, and on law teachings, are consistently disputed. The various theories on the criteria, which this differentiation is based upon, are analyzed in detail, enveloping the range Roman law – contemporary law. The facets of public and private law are compared on many specifications and an original concept of their distinction is proposed. The import of the regulation method is emphasized. Special attention is paid to the shift in the legislator's concept over the last decade, concerning the capacity in which a public body participates in the concession contract and in the public procurement contract.

Key words: private and public law, differentiation criteria, public body, private entity, concession contract, public procurement contract, object and method of regulation, method of authority and subordination, method of equality

Увод

Един учебен курс по основополагаща дисциплина в Юридическия факултет, каквато е Общата част на гражданското право¹ не може да започне без излагане на традиционните въпроси за предмета, метода, мястото на гражданското право (в широк смисъл) в системата на частното право, без да се направи съпоставка и разграничи частното от публичното право, без да се изложи системата на самото гражданско право, както и тази на неговата обща част. Това са все въпроси, които студентите разбираемо пренебрегват и подминават, тъй като за тях са излишно теоретични; по тях преподавателите не изпитват, съобразявайки се с общата настройка на аудиторията. Поради което и интересът им към тях спада, за сметка на актуалните и противоречиво решавани от практиката въпроси на отделните правни институти. Това обаче са проблеми на преподаването, което трябва да държи вниманието и интереса на

* Professor in Civil Law and Family Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Dr. Scienc., Dr. Habil.

¹ По-долу условно наричана гражданско право в тесен смисъл, за да бъде разграничавано от Гражданското право в т.нар. широк смисъл, обхващащо нормите от едноименния отрасъл на частното право, който включва и тези на Общата част, и на облигационното и на вещното, и на семейното и наследственото, на авторското, че и на търговското право. А и по причина, че преподаването на нормите на тези отделни, съставлящи го клонове, се осъществява в различните едноименни учебни дисциплини.

аудиторията буден. По тази причина те и не намират особено широко място в учебните курсове, вкл. по гражданско право, още по-малко – в тези по специалните клонове на гражданското право.

Създаването обаче на наука, изграждането на стройна теория, годна да обясни и да повлияе върху съдебната практика, не е възможно без изложението по тези фундаментални теоретични въпроси. Те отразяват цялостната концепция, която отделният автор трябва да има, идеите и вижданията, от които той изхожда, давайки своя принос за развитието на доктрината. Изложението по тези въпроси играе систематизираща и обосноваваща роля за цялото учение за гражданското право. Независимо, че теоретичните разработки по предмета и метода на гражданското право, неговото място сред останалите отрасли на частното право, респ. – по разграничението между частно и публично право, не са основополагащи за законодателството (както национално, така и европейско), това не намалява значението на тези въпроси, т. к. системата на **правото – като съвкупност от правни норми**, е различна от тази на **законодателството** – като съвкупност от правни разпоредби (една идеална съвкупност), както и от тази на **учебната дисциплина гражданско право** – като набор от преподавани знания. Това е така, защото тези доктринални виждания дават опорна точка при обяснението на отделните правни институти и изразяват теоретичните устои, от които отделните представители на доктрината изхождат. По този начин, опитвайки се да осмисли достиженията на теорията до този момент и да вземе отношение към съдебната практика по тази материя, всеки автор си позволява да изрази своите виждания как отделните институти на гражданското право би трябвало да изглеждат. И доколкото все още учебният курс си остава главното място, в което се коментират разрешениите и на доктрината и на практиката, той е невъзможен без излагането на тези основополагащи въпроси на правното знание.

Изграждането на една нова теоретична концепция за предмета и метода на гражданското право, респ. – за мястото му сред отраслите на частното право, за промененото днес съотношение между частното и публичното право, е наложителна отдавна. Тя е продиктувана преди всичко от принципно различната уредба на частноправните отношения, в сравнение с времето, когато са писани авторитетните курсове на професорите Л. Василев и В. Таджер. На следващо място тя се обуславя от продължаващото задълбочаване на теоретичните достижения по тези въпроси през последните десетилетия на XX век и първите двадесет години на настоящия век. И независимо че връзката между законодателство и система на правото не е пряка, доколкото тези две области си поставят различни задачи, тя не може да бъде пренебрегната и не е оспорена сериозно и до днес.

В първата насока радикалната разлика най-вече е в това, че гражданскоправните отношения са разглеждани в тогавашните учебни курсове и от теоретични разработки от онова време като различни от частноправните,

като „нови“ по характера си, типични за социалистическото общество отношения, характеризиращи се със засилено ръководство и контрол от страна на социалистическата държава, като държавно регулирани отношения². Продукт на своята епоха, тези съчинения, формирали не едно поколение юристи, отразяваха по същество, в догматичните си основи, дълбоко идеологизираното разбиране на един от апологетите на „социалистическата революция“ – Ленин, че *„в сферата на правото за нас нищо частно не съществува“*. Макар сериозно смекчени от хуманизма и юридическия талант на споменатите автори, конструкциите им, отражение на господстващата към онзи момент обществена идеология, разглеждаха гражданските правоотношения като контролирани, доминирани от държавата, т.е. като близки по-скоро до публичноправните.

Последвалите ги в първите години след промените от края на 80-те на миналия век курсове по гражданско право (напр. на А. Джеров и на проф. М. Павлова), макар искрено да се опитваха да се опрат на новите демократичните ценности, по същество следваха теоретичните конструкции на най-добрите представители на правната наука у нас от социалистическата епоха. Социалният опит и теоретичните знания на това поколение автори – принудени от обстоятелствата дълги години да бъдат носители на социалистическата догматика, не им позволяваха да я надскочат. (Освен че и в чисто правно – технически план, те оставаха за жалост твърде далеч от чудесните образци на учебните курсове по тази дисциплина от 60-те и 70-те год. на миналия век).

Осмислянето на общите белези на правното явление като предмет на гражданското право предполага промяна не само в структурата на правната техника, но и последователното следване на нови теоретични разбирания, принадлежащи към широкия свят на демократичното, несхоластично, некоммунистическо познание. Днес то е немислимо и без задълбоченото изследване на все по-многобройната задължителна практика на Върховния касационен съд (ВКС) и Върховния административен съд (ВАС), тълкувателните постановления на Върховния съд (ВС), приети при действието на Закона за устройство на съдилищата (ЗУС-отм.), и тълкувателните решения на колегиите на върховните съдилища, вкл. техните съвместни тълкувателни постановления (приети при действието на Закона за съдебната власт – ЗСВ)³.

Един учебен курс, особено по обща част на гражданското право⁴, не може да бъде теоретически откъснат от общотеоретичните въпроси на пра-

² Под регулиране обаче не се разбира държавната санкция, която правото дава на свободно постигнатото споразумение между страните, а повсеместна намеса на държавата в правопораждащите юридически факти, в съдържанието, в задължителността да се търсят правните последици от неизпълнението, и техния вид и размер, наблюдавана повсеместно в законодателството до 1990 г.

³ Срв. така чл. 280, ал. 1, т. 1 ГПК (ред. ДВ, бр. 86 от 2017 г.).

⁴ Вж. по-долу обосновката защо тя всъщност е Обща част на цялото частно право.

вото. Освен това той не може да има и самостоятелен и оригинален характер, ако авторът му не следва своето философско разбиране за правото и неговите явления. Дифузно заявеното изхождане от общодемократични принципи не води автора по-далеч от сляпото следване на господстващите у нас най-добри образци (при някои), или в по-лошия случай – до популярни, вестникарски тези (при други).

Написването на собствен курс по общия дял на частното право, предполага сериозно осъзнаване от автора на неговата принадлежност към някое от съществуващите правно-философски течения, служещи му за отправна точка при изясняване на правните явления, така както това е задължително и за писателя, занимаващ се с „чистата“ теория на правото. Дълбоко погрешна е тезата, че гражданското право не се променя, т. к. още римляните били измислили най-целесъобразните, приспособени към икономическия обмен правни конструкции и разрешения и че технологията на правното регулиране не следва смяната на общественно-икономическата формация (така както напр. технологията за производство на стъкло не се влияе от нея). Поради което и взирането и самоцелното тълкуване на фрагментите от римско – византийската епоха едва ли може да бъде решаващ аргумент при изследването на съвременните правни фигури, колкото и в тази насока напоследък да се забелязва силно развитие. Ограничаването единствено до тези научни методи обрича на просто тълкувателство, на нормативен талмудизъм, на взиране в самата разпоредба, с очакването оттам, съпоставяйки използваните термини, да се пръкне смисълът на правната норма, независимо от това кой, по какъв повод, от какви интереси е изхождал за нейното приемане или изменение⁵.

Без отчитането на това ново, по необходимост идеологизирано отношение на държавата към частноправните отношения – либералистичното им оставяне на саморегулиране, подчиняването им на закономерностите на пазарния механизъм, всеки следващ учебник ще оставя „кавър-версия“ на познати от близкото минало образци на иначе чудесни за времето си учебници. Развитието на правото, появата на нови хипотези в практиката неумолимо – понякога бързо, понякога по-бавно, ерозира, отмива, изпраща в небитието дори и най-добрите за времето си учебни курсове. Те, за разлика от класическите произведения на литературата, не могат да бъдат спасени от умела интерпретация, т.к. знанието, което съдържат, е по необходимост временно,

⁵ В това не бива да се съзира укор, т.к. всяка правна наука, вкл. съвременната романистика, показваща през последните години завидно развитие, има свои специфичен предмет на изследване, респ. – специфични научни способности за това изследване. Смисълът на казаното е, че те, независимо от своята задълбоченост, именно поради тази ограниченост на изследователската задача и методите за постигането ѝ, далеч не са достатъчни сами по себе си да изяснят предмета на частното право, доколкото в продължение на векове върху него са въздействали и други сериозни общественно-икономически фактори, които са извън предмета на романистиката.

неокончателно, за разлика например от образците на живописиста и музиката, където чувството е вечно.

Периодът до 1990 г., към който спадат последните стойностни курсове по общия дял на гражданското право беше лишен от значимо, стабилно с оглед на бъдещето, законодателство (със щастливите изключения на Закона за задълженията и договорите – ЗЗД, Закона за собствеността – ЗС, Закона за наследството – ЗН, които са дело на „буржоазните, широко школувани професори“), от свобода на духа и целите, а силите на добрите теоретици на правото – насочени към обосноваване на конвулсивните гърчове на поредния „нов социалистически механизъм“, социалистически стопански организации и прочее законодателни недоносчета. И днес, при законодателната импотентност на държавата, тотално политически абдикирала от интелектуалния напън да създаде Граждански кодекс (за разлика от почти всички съседни балкански – малки и средни държави), тези достолепни старици остават единствените острови на спасението сред стихийните вълни на поръчковото, (без)временно и некомпетентно законодателство.

Така напр. поддържаното като преобладаващо и днес разбиране, че гражданското право урежда правното положение на гражданскоправните субекти и равнопоставените правоотношения между тях, **като се изключат нормите на останалите отрасли на частното право** (търговско право, трудово право, международно частно право)⁶, носи отпечатъка именно на това социалистическо разбиране. Гражданското право в смисъла, влаган от социалистическата доктрина, е ограничено частно право (дори ненужно, доколкото липсва като негова икономическа основа действителна частна собственост). В литературата след 1989 г. това ограничение е формулирано по-различно – съвкупност от правни норми, които определят вида и правното положение на гражданскоправните субекти и уреждат онези правоотношения между тях, **при които не се поставят допълнителни изисквания**⁷ спрямо субектите, обекта на правоотношението или юридическият факт, който ги поражда. Днес такова определение за гражданско право е крайно недостатъчно и невярно.

Понастоящем субективните граждански права имат преди всичко социално и стопанско предназначение, тъй като частната собственост отдавна е престанала да бъде с чисто потребителски характер, присъща за социализма, отдавна вече формалната сила на договора не е по принцип отслабена в интерес на стопанската целесъобразност⁸.

⁶ Вж. така напр. **Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Дял първи. София: Наука и изкуство, 1972, с. 34–35.

⁷ Напр. **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. прераб. и доп. изд. София: Софи-Р, 2002, с. 29.

⁸ Освен при изрично предвидените заради принципа на справедливостта изключения като чл. 307 от Търговския закон (ТЗ) и чл. 16 от Закона за аренда в земеделието (*clausula rebus sic stantibus*, т.нар. стопанска непоносимост)

С възстановяване уредбата на същинското търговско право, вместо социалистическото стопанско право, гражданското право възвърна частноправния си характер. Гражданското право от времето на социализма и по критериите от онова време е умряло и вече не може да се възроди⁹.

Новото разбиране за съотношението между частно и публично право¹⁰ изключва като съществен белег на частните правоотношения държавната намеса под формата на стриктно държавно регулиране¹¹. В противовес на разбирането, че при социализма гражданското право не може да бъде частно, т. к. то по необходимост е държавно регулирано, след отпадането на държавния контрол **не би трябвало да се говори за гражданско право в този смисъл, а за частно право**, респ. – **не за Обща част на гражданското право, а за Общ дял** (Общо отделение, Общ отдел, Общ раздел) **на частното право**¹².

Нуждата от изясняване на проблемите на общата част на частното право (която по необходимост трябва да започне от доктриналното разграничение между публично и частно) се налага и от бързото (за сметка на което и за съжаление – не особено качествено) развитие на законодателството и на теорията, не само в неговата област, но и в други правни клонове и отрасли, с които контактът и взаимовръзката се оказа твърде интензивна през последните години – гражданскопроцесуалното право с появата на нов Граждански процесуален кодекс (ГПК)¹³; административното право – с приемането на Административнопроцесуалния кодекс (АПК)¹⁴, международното частно право – с Кодекса на международното частно право (КМЧП)¹⁵. Тези радикални изменения в законодателството и в доктрината не можеха да не окажат силно влияние върху развитието на общата част на частното право, която за жалост едва ли скоро ще дочака своя звезден миг в нова и систематизирана, а дай Боже някога! – и кодифицирана уредба.

1. Терминологични уточнения. Понятие за гражданско право

Доколкото в настоящото изследване разграничението между частно и публично право се прави не въобще, а от гледна точка определяне мястото на гражданското право (в посочения широк смисъл) в системата на частното

⁹ Ако перифразираме тържествената формула, произнасяна при възкачването на новия монарх на трона, изразяваща приемствеността във властта – „Le roi est mort, vive le roi!“, би могло да се прогласи „гражданското право е умряло, да живее частното право!“

¹⁰ Вж. по-долу.

¹¹ Срв. Закон за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност, Обн. ДВ. бр.55 от 17 юни 2003 г.

¹² Разликата между двете е като между „жизнь“ и „life“, ако си послужим с онзи стар, подходящ за епохата анекдот.

¹³ Обн. ДВ, бр. 59/2007 г., в сила от 01.03.2008 г.

¹⁴ Обн. ДВ, бр. 30 от 2006 г., в сила от 12.07.2006 г.

¹⁵ Обн. ДВ, бр. 42 от 2005 г.

право, е наложително излагането на няколко встъпителни идеи относно предмета на отделните частноправни отрасли (и по-специално – този на гражданското право), респ. – изяснения относно понятийния апарат, който се използва в него.

От различните, изложени в литературата становища относно **предмета на правните отрасли**, може да се заключи, че незадоволителното му определяне (в частност – този на гражданското право), се дължи на непоследователно провежданото **разграничение между понятието за гражданско право и неговия предмет**. Те обаче не са тъждествени, а следват едно от друго, като връзката е еднопосочна – от предмета (и като вторичен критерий – метода) към понятието за гражданско право, т.е. **понятието за гражданско право се извежда въз основа на предмета (и метода) на регулиране**. Съдържанието на правните норми, които формират гражданското право **като отрасъл на частното**, се обуславя от предмета и метода на правна регламентация. **Понятието за гражданско право** се дефинира именно с оглед на правните норми, които го изграждат като регулативна система. Само правила за поведение могат да бъдат годна база за определяне на понятието за гражданско право.

Съвсем друго е **съдържанието на предмета на гражданското право**. Неговият смисъл е да укаже регулативната насоченост на комплекса от норми, определяни с понятието гражданско право.

Терминът „гражданско право“

Етимологично той се свързва с латинското *ius civile*. С него римските юристи са назовавали **квиритското право**, приложимо в отношенията между римските граждани (*cives*), както и между тях и институциите, в които *populus romanus* е бил организиран. За разлика от *ius gentium* (правото на народите), уреждащо отношенията между римски граждани и чужденци (*peregrini*) или само между чужденци. Т.е. *ius civile* е включвал както частноправни, така и публичноправни (според съвременното разбиране) норми. С размиване на границата между *ius gentium* и *ius civile*, въпросът за разграничението между „гражданското“ (в смисъл на национално, достъпно само за римляните – *cives*, право) и „правото, което се спазва еднакво от всички народи“, отстъпва място на съотношението между правото, присъщо на гражданина като индивид (*ius privatum*), отграничаван от *populus* (като носител на публичната власт) и институциите, които го представляват – *ius publicum*. Решаващ момент в обобщаването и отстраняването на противоречията в тези правила, представлява известната Юстинианова кодификация от 529 г., получила наименованието *Corpus iuris civilis* (сборник на гражданското право – в смисъл на правото, което урежда отношенията между гражданите. Тази материя, квалифицирана в Юстиниановите Институции като частно право, е съпроводена от дефиницията за делението на правото на частно и публично.

Същевременно в рамките на частното римско право се провежда разделение на личното (*in personam*) от имущественото право (*in rem*). Това разграничение получава особена проекция през Средновековието, когато нормите, уреждащи личния статут на гражданите (раждането, смъртта, брачните отношения), както и тези, свързани с процесуалните отношения, престъпленията и отговорността за това, се регламентират от църковното (каноническото) право, систематизирани впоследствие в *Corpus iuris canonici*. А тези между гражданите във връзка с придобиването, притежаването и отчуждаването на материални блага, остават запазени за гражданското право.

Именно в тази им част, римските разрешения са рецепирани впоследствие от западноевропейските държави. Терминът „гражданско право“ се усвоява като легален от първите буржоазни кодификации от края на XVIII век и началото на XIX век – Пруският земски закон, Френският граждански кодекс (1804 г.), Австрийският общ граждански законник (1811 г.), първият Италиански граждански кодекс (1865 г.), Германския граждански законник (1896 г.) и др., добивайки актуалното си значение.

Развитието на другата правна система (далеч надхвърляща границите на Европа) – англосаксонската, върви по друг път, който сериозно се различава от този на двете континентални правни системи – романската и германската. В нея обективното гражданско право се формира от два типа източници – Common Law (изградено от правни прецеденти – установени с актове на върховните съдилища) и писано право (нормите на което се приемат от законодателя). Англосаксонското право в резултат на особености в развитието на Великобритания, не разграничава частното от публичното право, а от друга страна – и до днес е силно повлияно от съдебната казуистика.

Понастоящем определението „гражданско“ има условно значение т.к. като с гражданско право се означават не само правните норми, уреждащи отношенията между граждани (физически лица – ФЛ), но и тези, които уреждат отношенията им с юридическо лице (ЮЛ) (вкл. – с такива, определяни като публичноправни, които обаче в конкретния случай не действат в качеството си на такива, не упражняват *imperium*), както и отношенията между ЮЛ.

Традиционно терминът гражданско право се схваща в четири значения:

1. Като обективно право то е отрасъл от действащото право, съвкупност от действащите при даден правопорядък правни норми, които уреждат определен кръг обществени отношения. Към гражданското право (в широк смисъл) систематично се включват като негови клонове: Общата част на гражданското право¹⁶,

¹⁶ За възразенията, че Общата част на гражданското право съставлява отделен клон на гражданското право в широк смисъл, поради липса на отделен предмет на регулиране – обособен кръг от обществени отношения, вж. по-долу.

облигационното, вещното, семейното, наследственото, авторското¹⁷, търговското право¹⁸.

2. Като субективно гражданско право то представлява призната и гарантирана от закона възможност на определено лице да има определено поведение, респ. да изисква (а според някои – да получи) определено поведение (действие или бездействие) или резултат от други лица. Връзката между субективно и обективно право е в това, че правната норма (обективното право) съдържа в хипотезиса си юридически факти, при осъществяването на които възникват предвидените в тази норма (или уговорена между страните, но допустими от правните норми), конкретни субективни права и задължения. Така обективното право (правните норми) или предвиждат съдържанието на субективните права или задължения между гражданскоправни субекти, или просто допускат възможността страните по своя воля да определят съдържанието на такива права или задължения (т. е. признава обвързващата сила на уговорени от тях права или задължения).

3. Под гражданско право се разбира и науката, клон от човешкото познание, която има за предмет изучаването на основните принципи, норми и институти на обективното гражданско право, изследването и систематизирането на съдебната практика.

4. Учебната дисциплина гражданско право има за цел да предаде основни знания върху предмета на гражданското право и да допринесе за изграждане на някои практически умения за тълкуване и прилагане на действащите правни норми, за разрешаване на определени казуси, за работа със съдебната практика по гражданско право и др. Нейното важно теоретическо и методическо значение се определя от това, че именно тя изучава общите институти, срещащи се във всички отделни клонове на гражданското право – вещното, облигационното, семейното, наследственото. Това дава основание на някои автори да наричат дисциплината Обща теория на гражданското право.

След тези понятийни уточнения, идва ред да се захване основният проблем на настоящето изследване – разграничението между **частно и публично право**, с оглед очертаване **характеристиката на обективното българско гражданско право като частно право**.

¹⁷ За недостатъчно ясно формулираното доктринерно разбиране на същността на авторското право, вж. подробно **Карадимов**, Росен. Аудио-визуалното произведение. Конкуренция и баланс на права. София: Сиела 2018, с.135–137.

¹⁸ По въпроса за мястото на търговското право в частното, респ. за съотношението между гражданско и търговско право, вж. **Русчев**, Иван. Към въпроса за дуализма на частното право. – *Съвременна право*, 2000, № 6, 74–87.

II. За „размиването“ на границите между частното и публичното право

Ако основният белег на българското гражданско право (в първия смисъл) е, че то е **обективно право**, вторият е, че то е **отрасъл на частното право**. Това предполага въвеждане на **понятието за частно право**.

Понастоящем в националните правни системи, принадлежащи към двете основни правни семейства на континента, както и в съвременната континентална доктрина, се счита за утвърдено делението на обективното право въобще на две основни **части, на два дяла – публично и частно, независимо, че** системата на законодателството – европейско или национално (доколкото такава би могла да се концептуализира теоретично), насочено да решава практически задачи, като че ли не се влияе особено силно от това разграничение. С произход още от римското право, делението е добило широка популярност, изхождайки от една, превърнала се в сентенция, дефиниция от Институциите на Улпиан (D. 1, 1, 1, 2), възпроизведена впоследствие в първия фрагмент на Юстиниановите Дигести: *„Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum – quod ad singularum utilitatem.....Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatum“*¹⁹. Всъщност още преди Улпиан римляните са започнали да отграничават нормите на частното от нормите на публичното право, изхождайки в първия случай от понятието за лице като правен субект, а във втория – от схващането за държавата като представител на *populus romanus* и упражняваща властта не като своя, а като принадлежаща на римския народ.

Римскоправното разграничение на правото на частно и публично остава незасегнато и след налагането на християнството (от император Константин през 337 г.) и признаването му за официална религия на Империята (от император Теодосий през 380 г.), т. к. организацията на църквата се схваща като част от организацията на държавата и правното ѝ положение се регулира от нормите на римското *ius publicum*. И днес това деление се счита за присъщо на **континенталната правна система**. Към него обаче се отправят и немалко критики. Макар и широко разпространено, **делението на правото на публично и частно** не е предмет на законодателна уредба, а се обосновава **от правната доктрина**. Освен това, в някои правни семейства, кръгове (напр. в англосаксонския), това деление не е прието. От друга страна пък там, където то се прави, критерият за това разграничение не е единен.

Доколкото през последните години обаче смисълът и значението на традиционното разделение на правото на частно и публично, среща и сериозно оспорване, това налага, преди да се проследи исторически-правно, както и сравнителноправно дискусията за критерия, според който се провежда

¹⁹ „Публичното право е това, което се отнася до положението на Римската държава, а частно – това, което се отнася до ползата на отделните лица.....Защото има неща, които са от полза за държавата, и други – от полза за частните лица“.

разграничението, да се вземе отношение по аргументите на отричащите го твърдения.

Така например и в модерната българска романистика, както и в цивилистичната ни доктрина, се изразява мнението, че поради развитието на съвременното позитивно право *„ясно очертаните от правната догматика граници между частното и публичното право стават все по-условни и дори трудно забележими“*²⁰.

Тезата, на пръв поглед вярна, се нуждае от сериозно прецизиране. Тя не разграничава **най-напред** (от гледна точка на значението на диференцирането между публичното и частното право) различните аспекти, в който се разглежда правото именно като обществено явление – като обективно (и като субективно) право, като наука, като учебна дисциплина. Такова разграничение е прието без колебание от цялата съвременна доктрина, вкл. извън цивилистичната.

Преди всичко следва да се припомни, че разграничението между частно и публично право никога не е било проблем на законодателството, където създаването на нормите (по-скоро – на разпоредби) е подчинено на рационални, стоящи далече от доктрината мотиви. Поради което, вън от гражданските кодекси, то е белязано с подчертана фрагментарност и загриженост за обслужването на обективно съществуващите области в икономическия и духовния живот на общността²¹. Така че в този смисъл, няма размиване на границите между частното и публичното право от гледна точка на законодателството, т. к. в него такава граница никога не е била прокарвана. Достатъчно е да се припомни уредбата на икономическите – производствени и търговски отношения от времето на плановия държавен социализъм, която се осигуряваше от т.нар. стопанско право – клон на административното (според преобладаващата му класификация).

Този ненадежден критерий, повлиян от политическата конюнктура и разбирането на съответния режим (едно – в Китай, друго – в Русия, трето – в бившите европейските социалистически държави) **от една страна, а от друга** – неразграничаването дори на теоретично ниво между публично и частно право в правните семейства на бившия социалистическия лагер, показва, че такова деление не се отчита в законодателствата. По тази причина не е изненадващо и не бележи никаква тенденция в съвременното законодателство и

²⁰ **Новкиришка-Стоянова**, Малина. За римския модел на разграничаването на публичното и частното право. – В: Право и граници. Сборник с доклади от научна конференция, проведена от Катедра Теория и история на държавата и правото на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 15 май 2018, София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2018, с. 310.

²¹ За тази тенденция, която е особено отчетлива в законодателството на ЕС, вж. вместо други, убедителната аргументация на проф. дюн. Екатерина **Матеева** в: Интеграционно частно право. – В: Сборник доклади от Научна конференция в памет на доц. д-р Кристиан Таков, проведена от Катедра Гражданскоправни науки на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 9 юни 2018 г., 2019.

констатацията, че не са много областите, „в които властва само частноправният интерес в чист вид, съответно регулирането му само на частноправно ниво“²², т. к. едва ли единствено и само частноправният интерес някога е обуславял регулирането му само на частноправно ниво. Нима единствено и само на частноправно ниво някога се е регулирал интересът на държавата или на общината, свързан с частната държавна или публична собственост, напр. в областта на концесиите?

Цитираната теза като че ли пропуска да направи и разликата между **правен режим**, който може да бъде и наказателноправен, и административноправен, и процесуалноправен, на един и същ **правен институт** – където правното явление, по повод на което се създават правните норми, по съществото си е частноправно. Така напр. съществуват различни режими, осигуряващи защитата на правото на собственост, което не е публично или частно, както неправилно то често се квалифицира, т. к. по характера си не може да бъде друго, освен частно субективно право²³.

Неразграничаване за нуждите на частното и публичното право, се наблюдава и при **другите две категории**, с които всеки научен инструментариум борави – **правната наука** (догматика, доктрина) и **учебната дисциплина** право²⁴. Следва да се подчертае, че разграничението на правото на частно и публично, се провежда не толкова за нуждите на преподаването (където то е само последица от другото разграничение – това **на обективното право като система**). Именно обективното право, при подреждането на неговите норми, се нуждае от такова разграничение. Защото тъкмо то е подчинено на идеята за системност, а не законодателството, което (водено в масовия случай от практически нужди) създава разпоредби, от които могат да се извличат правните норми.

Затова, в каквато и посока да тръгне изследването, респ. – какъвто и отговор да получи въпросът „**съществува ли и доколко е непреодолима границата между публичното и частното право**“, трябва преди всичко да се изясни къде се търси тя: в **системата на обективното право** (като начин на подреждане на правните норми); в **законодателството**; в **правната наука** (която се занимава с изучаването и структурирането на правната система, с изследване развитието на правото и правилното му тълкуване, но и с посочването на недостатъците както на законодателството, така и на съдебната практика), или в

²² Новкиришка-Стоянова, Малина. цит. съч., с. 310.

²³ Вж. така още Таджер, Витали. Правото на държавна социалистическа собственост. София: Наука и изкуство, 1975, с. 37–69.

²⁴ Така в цит. съч., на с.311 проф. М. Новкиришка-Стоянова приема, че и „римските юристи.....още през III в. сл. Хр. уверено утвърждават, че ако има някакви разграничения в правото на отрасли, институти, дори системи, то е единствено с учебна цел и с оглед познаването и практикуването на правото, но не и на самото него като обективно съществуващо“.

преподаването? Така едва ли би могло да се подкрепи разбирането, че още от римско време разграничението между публично и частно, е правено единствено с учебна цел и с оглед познаването и практикуването на правото, но не и на самото него, като обективно съществуващо. Напротив – съществуват множество доказателства, почерпени не от субективните интерполации на античните текстове, а от самия механизъм на функциониране на правото (което далеч не е само „практикуването“ му, на което юристите са обучавани) и от неговата система, че без разграничаване на публично от частно, не може да се осъществят дори и самото тълкуване на създадените от законодателството разпоредби.

В предшестващо свое съчинение, където разглежда същия въпрос и с почти същите аргументи, цитираният авторитетен автор като че ли не застъпва така категорично тезата, че разграничението в римското право на отрасли и институти се е правело единствено с учебна цел, но не и на самото него като обективно съществуващо. Напротив, там с основание се изтъква, че *„предвид прагматизма на римските юристи, изучаването на правото от две изходни позиции – публична и частна, е отражение и на обективно съществуващото разделение на правната материя, независимо, че това не е систематизирано нито в законодателството, нито в съчиненията на юристите“*²⁵. След което се излагат, на базата на цитираната изобилна романистична литература, различните концепции в нея по този въпрос.

И в двете цитирани съчинения (подчинени на стремежа да се намери мястото на публичното в римското право) се препотвърждава традиционно възприетата в романистичната литература (вкл. у нас) теза²⁶, че в него публичното от частното се разграничава въз основа на интереса, който се защитава от правните норми и се сочи, че това разграничение е в основата и на съвременната систематизация на правото, във връзка с обособяване на правните отрасли на публичното и на частното право и по повод на характеристиката на континенталната правна система²⁷. Във връзка с това, богато се аргументира основателното съмнение, че широко известният текст от Дигестите на Улпиан (D.1.1.1.2 (Ulpianus primo libro Institutionum) е интерполиран в Институциите на Юстиниан (I. 1.1.4)²⁸

²⁵ **Новкиришка-Стоянова**, Малина. *Ius publicum – ius privatum*. – В: *De iure publico*. Студии по римско публично право. София: Сиела, 2013, с. 53, отбелязвайки добросъвестно, че тази изходна позиция все пак не е еднозначно възприета.

²⁶ **Андреев**, Михаил. *Римско частно право*. 4. прераб. и доп. изд. София: Наука и изкуство, 1971, с. 16.

²⁷ Цитатът е също на **Новкиришка-Стоянова**, Малина, пак там.

²⁸ Най-малкото заради пропускането след въвеждащия израз за разграничението между публичното и частното право (*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*), на характерното акцентиращо повторение (*Sunt enim quaedam publice utilita, quaedam privatum*), както и на изречението, уточняващо състава на публичното право: *„Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit“* (докато това в Институциите е центрирано само върху състава на частното).

При изходно вярното твърдение, че въпросите за разграничението на правото на частно и публично излизат далеч извън обхвата на правната догматика, а имат и широко съвременно измерение, обаче се прави недостатъчно прецизният извод, че в последните десетилетия на XX век се наблюдава тенденцията да се преминава отвъд границите на публичното и частното право, както в национален, така и в общеевропейски план, като се избягва дефинитивното отнасяне на определени институти към единия или другия дял на правото. Преди всичко такова твърдение е неточно, а примерите, които се навеждат за него, не го доказват.

Очевидно е, че то се основава на непровеждането на разлика между **системата на правото и тази на законодателството**, на неразграничаването между **институти на правото и правни режими**. Аргументи защо то не може да бъде подкрепено, вече бяха изложени. Трудно би могло да се приеме разбирането, че един правен институт, напр. бракът или разводът, или договорот, като съвкупност от правни норми, които уреждат определено субективно право или правоотношение, *преминава извън границите на публичното и на частното право*. В тази връзка даденият пример с режима на публичната собственост, не подкрепя тезата, т. к. както бе изтъкнато, режимът може да бъде както частноправен, така и публичноправен (с уредба от различни клонове на публичното право), но субективното право на собственост като институт, регулиран от тези правни режими, остава гражданскоправно, т.е. частноправно.

Друг е въпросът, че **преподаването и правоприлагането** имат за обект именно тези **правни режими**, за изучаването и за прилагането на които едва ли има съществено значение дали те принадлежат към публичното или към частното право (т. к. това е принадлежност към „клонове“ на законодателството, където отрасловата чистота няма някакво практическо значение). Такова разграничение относно преподаването или правоприлагането, едва ли влияе върху законодателството, което е подчинено на практически, а не на теоретически нужди. Традиционната теоретична яснота на доктрината (присъщата ѝ систематизация и опитът да се намерят ясни критерии за разграничаване) наистина имат (не само) догматична и дидактична стойност, но едва ли интересуват законодателя, който се води от прагматични цели. За него интересът, в смисъла на коментираните фрагменти в римското право (на държавата или на частното лице), далеч не е интересът, от който той изхожда, за да създаде един или друг правен режим.

Това неразграничаване на различните проявления на категорията интерес, обединени едва ли не само от чисто семантичното значение на термина „интерес“ въобще, прави не дотам полезни обсъжданията за характера на интереса и в дефиницията на Улпиан, на което романистиката, предвид своя изследователски интерес, отрежда заслужено място. Защото, независимо че правото на собственост не може да бъде друго, освен частноправно явление,

различните режими, които го уреждат, принадлежат към (и се изучават от) отделни, различни клонове на частното или на публичното право, респ. – към формираните на съвсем друга основа различни отрасли или клонове на законодателството.

Търсенето на теоретично значими критерии за разграничение между дяловете на правото в една коренно различна в стопански и обществен план действителност, каквато е римската, не дава сигурна база за изследване и едва ли би могло да доведе до адекватен резултат, въпреки сериозните усилия за намиране на съвременните аналози на римскоправни фигури. Такъв тип изследване има безспорно своята историческоправна стойност, но то не може да замести в пълнота теоретичното. Задачата на което е, изследвайки както историческото развитие, така и актуалните обществени процеси, респ. обличането им в правна форма от законодателя, да преутвърди или да отхвърли критерии за дълбоко залегалото в континенталната правна система деление на обективното право, на правните норми на публичноправни или на частноправни. При все демонстрираната от изследователите на римското право забележително богата правна и езикова култура, формално-логическите доводи от езиковото тълкуване на определени термини в древните фрагменти (занимаващи се по необходимост и като своя *sedes materiae* с въпроса дали те са интерполирани или са автентични), неизбежно оставя изследователя *au pied de la lettre* на римскоправните източници. Докато пълноценното догматично изследване следва да държи сметка за множество други фактори – и икономически и исторически и социални, въздействали върху правото в продължение на последващите почти двадесет века. Именно при такова комплексно изследване трябва да се провери верността на теориите за такова разграничение.

Тези примери, както и останалите: режимът на концесиите, на обществените поръчки, на публично-частното партньорство, лицензионните и разрешителните режими, навещдани в подкрепа на тезата, че *не е възможно апологизирани на публичния или на частния интерес при правото в теоретичен план*, едва ли са подходящи за нейното обосноваване. Защото те са примери за **правни режими**, а не за **теоретично** и систематично деление на правото на дялове, отрасли и клонове; те се отнасят до законодателството, свободно, както бе подчертано и по-горе, да въвежда най-удобните и подходящи от практическа гледна точка режими, за да реализира определени политики. Законодателство облича в разпоредби политики, интереси – публични, частни, корпоративни, колективни, индивидуални, и не се интересува от теоретичното систематизиране на обективното право. То борава с разпоредби, а не се стреми да подрежда извличаните от тях в хода на правоприлагането норми, в определена система.

Така че съвременното развитие на правото подкрепя по-скоро извода, че *биномията ius „publicum – ius privatum“* има значение преди всичко за теоретичното обособяване на правните норми в отрасли и клонове, и едва тогава – за нуждите на правното обучение. Тя се обосновава от теорията (ако под

това се разбира догматичното изграждане на системата на обективното право, на правните норми, а всъщност – на принадлежността на отделните субективни права, правоотношения, правосубектност, т.е. на правните явления – към единия или другия основни дялове на правото) и следователно *е от значение за системата на обективното право*.

Вярно е, че това деление няма реално приложение *в законодателството*. Дали ще избере чисто публичноправен режим на обществените поръчки, респ. разглеждането на споровете по тях от административни инстанции (Комисия за защита на конкуренцията – КЗК) и административни съдилища (ВАС), или на чисто частноправен режим, при който споровете ще се разглеждат от граждански съдилища, е въпрос на обществена ползност (от която се предполага, че законодателят изхожда), а не на предпоставен интерес на държавата, разграничен от този на *singulorum*-а. Променливостта на тези режими, поне в материята на концесиите и на обществените поръчки, е показана по-долу.

III. Критичен преглед на теориите за разграничаване между частно и публично право. Понятие за частно право

Ако се върнем към **основните теории за разграничение между публичното и частното право**, техният преглед по необходимост трябва да започне отново от цитираната дефиниция от Дигестите на Улпиан, възпроизведена в Юстиниановите Институции.

1. Някои автори виждат още в определението на Улпиан прилагането на два разграничителни критерия – от една страна **интересите**, които се регулират с правни норми, а от друга – особеностите в **правното положение на субектите**, адресати на тези норми²⁹ (а оттам и две основни теории за това разграничение – **субектната** и тази **на интереса**). Според други, критерият у Улпиан е единен, като принадлежността на правните норми се определя само според защитаваания от нея интерес³⁰ – на отделните лица (групи лица) или

²⁹ Така **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. Т. 1. София: Софи-Р, 1995, с. 19; **Огнян Герджиков** в: Коментар на Търговския закон. Кн.1. Чл. 1–112. София: Алиена, 1991, с. 5 приема, че Улпиан не смесва като разграничителен критерий двата интереса. Според него, в дефиницията се говори за интереса на държавата, а не за обществен интерес, като при определяне на публичния интерес използва качеството на правния субект, заради когото са установени правни норми. Това обосновава твърдението, че възприетият от Улпиан критерий не е двойствен. Авторът обаче не отчита, че в римското право държавата не съществува като отделен правен субект, а тя е форма на обществото, което е носител на публичната власт.

³⁰ **Торбов**, Цеко. Събрани съчинения. Т. 3. Обща теория на правото. София: Юрис-прес, 2002, с. 99; **Венедиков**, Петко. Записки по римско право. София: Сиби, 1994, с. 26; **Андреев**, Михаил. Римско частно право. 4. прераб. и доп. изд. София: Наука и изкуство, 1971, с. 16.

общия интерес на държавата и нейните органи, респ. – на правните образувания, натоварени с публични функции.

Тълкуването на Улпиановата сентенция като основана единствено върху **дихотомията – частен/публичен интерес** отговаря на разбирането на римските юристи от онази епоха за **държавата като израз на обществения интерес, на волята на народа, а не като институция, различна от самия народ**. Доколкото според древните римляни държавата не е отделен правен субект, за особености на субекта като разграничителен критерий не може да се говори, т. к. единствен такъв субект е самият народ, организиран в комиции, центурии, триби, а *ius civile* всъщност е *ius populusque*. Използването на интереса като единствен разграничителен критерий, води до дефиниране на частното право като съвкупност от правила и уредби, осигуряващи задоволяване на целите и интересите на частните лица или групи от лица, а публичното – като съвкупност от правила за постигане на целите и интересите на държавно организираната общност (т.нар. **теория на интереса**) – тези, свързани със съществуването и осъществяването на публичната (в частност – на държавната) власт.

Този критерий обаче **не е достатъчен** за разграничаването на двата дяла, т. к. нормите, уреждащи дейността на държавните органи, всъщност са насочени и към защита интересите на отделните граждани (напр. съдопроизводствените правила). И обратно – част от нормите на частното право защитават не само интересите на отделния правен субект, но нарочно са създадени, за да отстояват и обществения интерес (напр. тези, уреждащи формата и недействителността на гражданскоправните сделки, право- и дееспособността на правните субекти, нормите, уреждащи юридическите лица с нестопанска цел в обществена полза и др.).

Главната критика срещу разбирането, че разграничителният критерий между публичното и частното право е **защитаваният интерес**, е че неговото прилагане води до отъждествяване на **императивните норми на гражданското право** с **публичноправните норми**³¹. Според този критерий императивните норми на гражданското право са създадени за защита на обществения интерес, а диспозитивните – в защита на частния. Напр. императивни правни норми в частното право са тези, уреждащи недействителността на договорите (чл. 26–35 ЗЗД), дееспособността (чл. 2–5 от закона за лицата и семейството – ЗЛС), отговорността за непозволено увреждане (чл. 45–54 ЗЗД). Макар създадени за защита на обществения интерес, те не са публични, а частни, т.к. регулират частни отношения, такива между равнопоставени гражданскоправни субекти.

³¹ Така напр. според проф. Филип **Рачев** в: *Обща теория на гражданското право*. София: Унив. изд. Стопанство, 1997, с. 96 защитаваният интерес е критерий за разграничаване между императивните и диспозитивните норми на гражданското право.

Догматични изследвания в съвременната романистика, датиращи от втората половина на XX –ти и от началото на настоящия век, хвърлят допълнителна светлина върху смисъла на този фрагмент (респ. – върху възможността той да е по-късно интерполиран от Комисията на Трибониан)³², изяснявайки възможния смисъл на понятието интерес като (възможен) критерий за разграничение между публичното и частното право. Съвременният опит, вкл. в българската романистика, с историческо-правни и езикови средства да се обясни използването на понятието интерес в това определение (макар с насоченост по-скоро във второто му проявление – от значение за обособяване на публичното право), и в по-широк план – като основополагащ източник на разграничението между частно и публично право, представлява сериозен научен принос и заслужава специално внимание³³.

2. Според други, такъв критерий всъщност е предметът на регулиране – дейността на правните субекти и обществените отношения, които възникват при нейното осъществяване. Като допълнителен критерий, обусловен от предмета, се сочи методът на регулиране. Застъпва се виждането, че този втори критерий не е надежден, т. к. не е иманентно свързан с предмета, а е променлив – зависи и от конюнктурното виждане на конкретния политически режим, създал правната уредба. (Така напр. банковото и застрахователното право до 1990 г. се уреждаха с метода на власт и подчинение и се отнасяха към финансовото, публичното право, а сега и двата, като клонове на търговското право (с изключение на устройствените им части), се отнасят към търговското, и като клонове на частното право, се уреждат с метода на равнопоставеността). От тази гледна точка публичното право се вижда като съвкупност от **норми, уреждащи отношенията на власт и подчинение** между публичноправните органи и частноправните субекти, а частното – от тези **норми, които уреждат отношенията между равнопоставени субекти.**

3. Следващо разбиране за критерия за разграничение между публичното и частното право, го вижда в това, дали страна в правоотношението е субект, който е носител на властнически правомощия³⁴, т.е. държавен орган. Когато в правоотношението участват (на едната или и на двете страни) **органи, носители на публичноправна компетентност**, то се урежда от норми на публичното право. Обратно, нормите, спадащи към частното право, уреждат правоотношения, по които **и двете страни нямат качеството на властнически орган.**

³² Новкиришка-Стоянова, Малина. *Ius publicum – ius privatum*, с. 66 и сл., както и цитираните там съчинения.

³³ Което обаче, не може да бъде сторено подробно в обхвата на тези страници.

³⁴ Така Павлова, Мария. *Гражданско право. Обща част. 2 прераб. и доп. изд.* София: Софи-Р, 2002, с. 24, където авторът споделя виждането на **Larenz**, K. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Recht. 7 Auflage, 1889, s.2 II.*

4. Според друго виждане, изглеждащо близко до изложеното, критерият за деление на правото на частно и публично, е **правното положение на страните по правоотношенията, възникващи от правните норми, които се отнасят към единия или другия дял на правото**. Нормите на частното право уреждат онези отношения, в които субектите встъпват като равнопоставени, самостоятелни, определящи със свободната си воля съдържанието на тези правоотношения. Обратно, онези, в които отношенията между правните субекти са на власт и подчинение, спадат към публичното право³⁵.

Това разбиране се критикува³⁶ с аргумента, че някои групи норми в частното право *не третираат страните по правоотношението като равнопоставени* – напр. отношенията между органите на едно корпоративно юридическо лице (ЮЛ) и членовете на това ЮЛ, които дължат подчинение на решенията на тези органи, независимо от несъгласието си с тях³⁷. В други случаи *тази равнопоставеност пък е чисто формална*: напр. отношенията между родители и ненавършили пълнолетие деца; между родители (или настойници) и лица, поставени под настойничество или под пълно запрещение. Не може да се възприеме обаче разбирането, че отношенията между два държавни органа, когато те действат като равнопоставени, спадат към публичното право.

И в административното право чл. 19а и чл. 20 АПК допускат възможността в производство пред административните органи страните да сключат административен договор по въпроси от значим обществен интерес, когато това е предвидено в специален закон (чл. 19а, ал. 1), респ. – споразумение (чл. 20). В първия случай то може да бъде писмено съглашение между административен орган и граждани или организации, а във втория – писмено съглашение между административния орган и страните в производството или само между страните в производството (когато пък ще е необходимо органът писмено да одобри споразумението), заместващо административния акт. Независимо от отмяната чл. 19б АПК, уреждащ правилата за сключване на административния договор³⁸,

³⁵ Така в българската литература напр. **Фаденхехт**, Йосиф. Българско гражданско право. Обща част. Отдел I. Обективно право. София, 1929, с. 7 и сл., както и **Герджиков**, Огнян. Коментар на Търговския закон. Кн. Първа. Чл. 1–112. София: Алиена, с. 5 и сл.

³⁶ Вж. така **Павлова**, Мария. цит. съч., с.23.

³⁷ Следва да се разграничава обаче управлението в гражданскоправен смисъл от това в публичноправен смисъл. Докато в първия смисъл управлението се разглежда като процес на вземане на решения и тяхното осъществяване – както вътре в самото ЮЛ, така и навън – по отношение на трети лица, т. е. като разпределение на компетентност между органи на едно ЮЛ, в публичноправен смисъл то представлява публична власт, отношение на власт и подчинение. Управлението в гражданскоправния смисъл се създава най-често по волята на неговите учредители, които подчиняват поведението си на решенията на избраните от тях органи, докато подчинените на публичното управление преднамерят властта на органа и не могат да я отбегнат.

³⁸ Отм., ДВ, бр. 77 от 2018 г., в сила от 01.01.2019 г.

чл. 19е³⁹ предвижда, че за недействителността на административния договор се прилагат съответно чл. 146 АПК и разпоредбите за недействителност на договорите по ЗЗД. Въпреки че в нашата литература е изследвано подробно понятието, страните, действието и правната същност на административния договор, респ. – и на споразумението по АПК⁴⁰, административноправната доктрина единодушно констатира множеството проблеми и очевидна неяснота, прибързаност и неефективност на действащата уредба на тези две фигури⁴¹. Предвиждащи договорното начало между страните в процеса, те все пак показват в някаква степен „притеглянето“ на определена група, традиционно регулирани като публичноправни (каквито са административноправните) отношения към сферата на частноправното регулиране.

В контекста на тази критика и с утвърждаване на съвременното виждане, че не народът, а държавата е отделен, самостоятелен правен субект, въпросът за **качеството на страната – участник в частноправните или публичноправните отношения**, добива актуалност като възможен критерий. В основата на този подход лежи разбирането за държавата и другите публичноправни образувания като носители на властническа компетентност. В същото време обстоятелството, че същите тези публичноправни субекти могат да участват и в гражданския оборот както органи, недействащи с публичноправни функции⁴², ясно показва, че самото квалифициране на субекта като носител на властнически правомощия не е достатъчно, за да предопредели характера на нормите, уреждащи правоотношенията, в които той би могъл да участва, като частно- или като публичноправни⁴³.

³⁹ Нов, ДВ, бр. 74 от 2016 г., изм., ДВ, бр. 77 от 2018 г., в сила от 01.01.2019 г.

⁴⁰ Вж. **Сивков**, Цветан. Споразумението по Административнопроцесуалния кодекс, София: Сиела, 2012.

⁴¹ Вж. така напр. **Янкулова**, Соня, Теодора **Николова**. Промените в Административнопроцесуалния кодекс. София: Труд и право, 2018, с. 106–112, както и **Сивков**, Цветан. Измененията на Административнопроцесуалния кодекс от есента на 2018 г. София: Сиби, 2019, с. 28–32.

⁴² В по-старото законодателство (напр. ЗК отн., Закон за обществените поръчки – ЗОП отн.) участието на публичноправни субекти в частноправните отношения бе диференцирано чрез изрично предоставяне на качеството ЮЛ на администрацията на упражняващия публични правомощия орган.

⁴³ В доктрината (главно във френската и немската от края на XIX век, където видимо въпросът остава актуален), се предлагат и различни **други критерии за разграничаване на правото на публично и частно: структурата на обективното материално право** – докато в частното право субективните права имат две **съставки** – воля и интерес, то в публичното те съдържат само едната – воля (**П. Лабан**); в частното право – индивидът като **цел** на правното регулиране, а субективните права – **средство** за постигане на целта, срещу това, че в публичното право правопорядъкът е цел, а отделните индивиди – средство за неговото постигане (**К. – Ф. фон Савини**); че частноправните норми регулират дейността на хората в техен собствен **интерес**, докато публичноправните регу-

Сериозно предизвикателство пред теоретичната квалификация в тази посока показва промяната в режима на концесиите и на обществените поръчки у нас през последните няколко години. Отмененият Закон за концесиите (ЗК) от 2006 г. не квалифицираше изрично качеството, в което действа органът, определен в общия случай с решението на Министерски съвет по чл. 7 ал. 1 ЗК (министърът, който организира конкурса или търга или сключва концесионния договор с определения без търг или конкурс концесионер). Но доколкото чл. 18, ал. 1 ЗК предвиждаше същият министър да бъде последващо **упълномощен** с решението на МС, с което се определя спечелилият конкурса или търга кандидат, с когото той да сключи договор за концесия **от името на държавата**, това даваше основание в литературата при действието на ЗК от 2006 (отм.) да се поддържа, че при сключване на договора този министър действа в частноправно качество – като представител на държавата – концедент. Което пък беше аргумент, че по договора за концесия (но не и по останалите елементи на процедурата) държавата действаше чрез своя орган в частноправно качество, като *dominium*, а не като *impregium*.

лират – отношенията между хората и институциите, когато те действат в общ интерес (**М. Планиол**); като критерий за делението на правото на частно и публично се приема **характерът на средствата за защита** – в частното право те са **предоставени** на отделни лица, от чиято воля зависи дали тяхното използване за защита. Докато в публичното право те се прилагат служебно (по-скоро – по преценка на органа) и дори против волята на лицата (**Р. Йеринг**); теорията за т. нар. „двоен“ държавен интерес – и в частното, и в публичното право държавата по еднакъв начин е заинтересувана да регламентира обществените отношения (**О. фон Биндинг**). Други определят като частно право онова, при което нормата или правоотношението засягат **имуществените интереси на лицата**, а като публично – това, при което такива интереси не се засягат (**Вах, Ендеман**). В противовес на това разбиране се предлага да се изхожда от правоотношението и по-специално от това, **по чия инициатива то се създава** и заради кого отделното лице встъпва в него (**З. Кроне**) или пък това, че частното право урежда отношенията **между отделните лица**, докато публичното – отношенията между публичните образувания (**Енексерус**). Други теории от края на XIX в., заявявайки, че при разграничаването на публичното от частното право изхождат от чисто юридически (формално-юридически) критерии – самозащитата на интереса в частното право и възможността за осъществяване на правото по пътя на гражданското съдопроизводство (**Йелинг**) всъщност преповтарят други известни теории. Освен това формалните теории стават силно уязвими с възприемането на принципа, че всяко право, което може да бъде защитено или упражнено по пътя на гражданското съдопроизводство, е частно, докато цялото останало право остава публично (**Л. фон Тон**). Срещу което изглежда основателно възражението (**Бирлинг, Гирке, Кроне**) че съществуват частноправни спорове, които не се решават по пътя на гражданското съдопроизводство и обратно – ако формата за осъществяване или за защита на правото не е посочена изрично в закона, е необходимо първо да се установи, дали се касае за частно или за публично право и едва тогава да се определи, дали то ще се осъществява по реда на гражданското съдопроизводство.

Действащият понастоящем ЗК⁴⁴, вече не определя като концедент държавата, за която (овластен с общия ненормативен акт – решението по чл. 7, ал. 1 ЗК отм. за откриване на концесионната процедура, респ. – като упълномощен от името на държавата – да сключи концесионния договор), действаше органът. В чл. 17, ал. 1 от новия ЗК като **концедент** се определя **публичният орган**, който извършва действията по възлагане на концесия и е страна по концесионния договор, наричан и „**възлагащ орган**“. При тази категоричност вече може да се окаже **разколебана тезата за държавата – концедент, действаща в частноправно качество, като собственик на обектите на концесия**. Това колебание се подхранва и от следващите ал. 2 и 3 на същия текст, според които „**правомощията на концедент** за държавните концесии се изпълняват от **министър в съответствие с неговата отраслова компетентност...**“, респ. – „**правомощията на концедент** за общинските концесии се изпълняват от **кмета на общината**“. Тези нови разрешения обаче като че ли влизат в противоречие с чл. 17, ал. 6 ЗК, според който „концедентът (съответният отраслов министър) **представява държавата, съответно общината** по дела, които се отнасят до сключването, действителността, изпълнението или прекратяването на съответния концесионен договор и последиците от прекратяването. От което обаче не може да се направи категорично извод, че концедент остава държавата, т.к. текстът предвижда специално процесуално представителство (доколкото съгл. чл. 31, ал. 2 ГПК, по дела, които се отнасят до недвижими имоти – държавна собственост, държавата се представлява от министъра на регионалното развитие и благоустройството).

Не по-различно е положението и при един друг, особено характерен за т. нар. (до въвеждането на новото определение по чл. 19а-з АПК) „административни договори“ – **договорите за обществена поръчка**. По чл. 5, ал. 2 от действащия понастоящем (от 2016 г.) ЗОП като **публични възложители** са изброени **държавни органи**, като: президентът на Република България; председателят на Народното събрание; министър-председателят; министрите; управителят на Българската народна банка; председателят на Конституционния съд на Република България, административните ръководители на органите на съдебна власт, които управляват самостоятелни бюджети, както и административните ръководители на прокуратурите в страната; областните управители; кметовете на общини, на райони, на кметства, както и кметските наместници, когато са разпоредители с бюджет; председателите на държавните агенции; председателите на държавните комисии; изпълнителните директори на изпълнителните агенции; ръководителите на държавни институции, създадени със закон или с постановление на МС, включително

⁴⁴ Обн. ДВ. бр. 96 от 1 Декември 2017 г., доп., ДВ. бр. 103 от 28 декември 2017 г., изм., ДВ. бр. 7 от 19 януари 2018 г., изм., ДВ. бр. 15 от 16 февруари 2018 г., изм. и доп., ДВ. бр. 25 от 26 март 2019 г.

обособени структури на органите на изпълнителната власт, когато са юридически лица и разпоредители с бюджет; представляващите публичноправните организации.

Очевидно в тези случаи, **освен че имат качеството на публични органи, те действат и с публичноправна компетентност**, а не като представляващи съответните юридически лица – администрации по смисъла на Закона за администрацията. Съгласно чл. 7, ал. 1 ЗОП възложителят може да определи длъжностно лице, което да организира и/или да възлага обществени поръчки, а съгл. неговата ал.2, при отсъствие на възложителя, когато не е определено такова лице, правомощията му, свързани с възлагане на обществени поръчки, се изпълняват от лицето, което го замества съгласно нормативен, административен или друг акт, който определя представителството на възложителя. Употребеният термин „**представителство**“ в ал. 2 обаче едва ли може да промени към частноправна интерпретация категоричните текстове и на този закон.

Една **друга теза**, според която наказателното (материално) право не може да се причисли нито към частното, нито към публичното, а стои на границата между тях, дообогатява разграничението между тези два основни дяла на правото, добавяйки пунктове на различие между наказателното и публичното право – от една страна, а от друга – между наказателното и частното право⁴⁵. Според автора, наказателното право се характеризира с едностранност, а публичното – с неравнопоставеност. Публичното право се създава, за да функционира, докато частното и наказателното се превръщат в принудително право, когато се налага да функционират. В частното и в наказателното право е сравнително просто да се разграничат начините на действие (процедурите) и условията за действие, докато в публичното право не е така. Друго сходство между наказателното и частното право се вижда в това, че държавната принуда се прилага в процеса.

Твърдението, че критерий за разграничение на правото на публично и частно е дали в правоотношението като страна участва субект, който е **носител на властнически правомощия**⁴⁶, е само отчасти вярно. То слага акцента върху субекта, който участва в него, върху това дали той е орган с властническа компетентност, или не е такъв. Това разбиране обръща правната логика, пренебрегвайки факта, че **отделните правни субекти могат да бъдат носители на различен вид отраслова правосубектност и това, с коя от тях ще встъпят в дадено правоотношение, зависи от съдържанието на даденото правоотношение**. Обществените отношения, уреждани от частноправните отрасли, се различават от онези, които са предмет на регламентация от нормите на публичното право, **не само по своите страни, но и по съдържанието си**. Когато публичноправни субекти участват в частноправни отношения, тър-

⁴⁵ Георгиев, Валентин. Публичните правоотношения. София: Сиела, 1998, с. 69–81.

⁴⁶ Така Павлова, Мария. Цит. съч.

сенето на разграничението между частното и публичното право въз основа на този критерий, се оказва незадоволително.

Ако в правоотношението участва лице, което би могло да бъде носител както на частна правосубектност, така и на публична власт (компетентност), то именно качеството, в което то участва в правоотношението – **като представляващ и управляващ ЮЛ (администрация)**, създадено за да обслужва упражняването на публичната функция на органа, или **като публичен орган** – самостоятелен носител на властническа компетентност, **е критерият дали това правоотношение се урежда от публичното или от частното право**. А не това, дали публичноправен орган встъпва в него в упражнение на публичната си компетентност. Ако той не участва в упражняване на тази си функция, той просто не действа като публичноправен субект, а като лице, представляващо или действащо за друго – ЮЛ, очевидно проявяващи частноправната си правосубектност по частното правоотношение⁴⁷. Така че конструкцията, според която правоотношението е с публичен характер, когато в него участва орган с властническа компетентност (държавен или общински орган)⁴⁸, **е обърнатата и тафтологична**. За да е публично правоотношението, е необходимо не просто в него да участва орган – публичноправен субект, а и той да действа именно в упражнение на публичноправната си функция.

*Оттук и логичният извод, че именно характерът на правоотношението – дали то е такова, по което се упражнява публична власт или страните се отнасят помежду си като равнопоставени*⁴⁹, определят и характера (вида) на правосубектността на страните – дали те участват в качеството си на частноправни или на публичноправни субекти⁵⁰. А комбинацията, че в частно правоотношение може да участва публичноправен субект, е *contradictio in obiectum*. В частноправните отношения то не реализира публичноправното си качество, а участва с частната си правосубектност, като субект на частното право.

Позната е обаче и обратната хипотеза – когато лице, което освен с частноправната си правосубектност (с което встъпва в частни правоотношения), участва и в друг тип отношения – на власт и подчинение, в публичноправното си качество, като публичноправен субект. Пример за това са т.нар. „**корпорации на публичното право**“ – частноправни сдружения, формирани на доброволен принцип, на които се възлагат обаче и държавни функции⁵¹.

⁴⁷ Обратната хипотеза – когато публичен орган действа с публичноправна компетентност пък е налице напр. в чл. 17, ал. 2 и 3 ЗК; чл. 5, ал. 2, т. 3, 4, 8, 9, 14 ЗОП.

⁴⁸ Павлова, Мария. Цит. съч. с. 24.

⁴⁹ Касае се именно за **характера**, а не за **съдържанието** на правоотношението, т. к. доколкото правоотношението е конкретно, респ. конкретни са правата и задълженията, които формират неговото съдържание

⁵⁰ от значение когато един правен субект би могъл да бъде носител и на двете.

⁵¹ Вж. по-подробно **Русчев**, Иван. Нормативните актове – източник на частното право. София: Албатрос, 2008, с. 103 и цитираната там практика на Конституционния съд.

При това положение застъпваният двоен критерий, извлечен още от определението на Улпиан, съчетаващ **положението на субекта със защитавания интерес**, губи значението си в светлината на становището, че критерий за разграничение между публичното и частното право, е не това, дали страната поначало е носител на властнически правомощия, а **дали тя участва в конкретното отношение именно в качеството на субект на публичното право** (т.нар. теория на империума). Когато в правоотношението на едната (или и двете) страни участват държавни органи (или други, изрично овластени да действат като носители на публичноправна компетентност субекти), действащи в публичноправното си качество, то се урежда от норми на публичното право. Обратно – нормите, спадащи към частното право, уреждат правоотношения, по които и двете страни не упражняват властнически правомощия, независимо дали поначало притежават такива или не.

При отношенията на публичното право винаги се реализира публична власт под формата на упражняване на властнически правомощия. При отношенията от този тип е характерно поначало **надмощното положение на едната страна спрямо другата** (т.е. отношение на власт и подчинение), което **следва от съдържателната страна на отношенията** (осъществяване на държавна власт). Оттук и методът на правно регулиране поначало не може да бъде различен от императивния, на власт и подчинение⁵².

Участието на публичноправен субект в качеството му на носител на империум в правоотношението, по което е страна, определя характера на това отношение като такова **на власт и подчинение**. Може да се поддържа, че критерият за разграничение за това, дали правоотношението се регулира от частното или от публичното право, е именно наличието (или липсата) на **субординация** между страните по правоотношението, възникващи от правните норми, които се отнасят към единия или другия дял. **С коментираните важни уточнения – от гледна точка качеството, с което субектът встъпва в това правоотношение, от една страна, и на съдържанието на публичното, респ. – на частното право – с оглед съдържанието на техните норми, от друга, широко възприетото определение за публичното, респ. – на частното право, следва да се допълни така:** Публичното право е съвкупност от норми, уреждащи отношенията на власт и подчинение между публичноправните органи или между тях и частноправните субекти. Докато частното се състои от норми, които уреждат отношенията между равнопоставени субекти, такива, по които и двете страни не упражняват властнически право-

⁵² Вж. повече обаче за метода, по който действа административния орган при административния договор (чл. 19а-ж АПК) и в двете хипотези на споразумението в административния процес (чл. 20 АПК), у **Сивков**, Цветан. Споразумението по Административнопроцесуалния кодекс. София: Сиела, 2012, с. 27–38; 74–84; 105 и сл., и от същия автор: Измененията на Административнопроцесуалния кодекс от есента на 2018 г. София: Сиби, 2019, с. 28–33.

мощия, независимо дали някоя от тях няма качеството и на публичноправен орган.

В кои случаи обаче държавният орган действа като носител на публичноправна компетентност, респ. – като представител на държавата, в качеството ѝ на частна правосубектност, зависи от конкретното виждане на законодателя в определен момент. То обаче може да се промени, вкл. без да са настъпили никакви съществени социално – икономически изменения. Примери за това представлява промяната в концепцията на законодателя за качеството, в което ще действа концедентът, респ. – публичния възложител на обществени поръчки при поредните закони за концесиите (от 2006 и 2017 г.) и за обществените поръчки (2004 г. и 2016 г.), коментирани по-горе.

Въпреки че по дефиниция в частното право се използва **методът на равнопоставеност**, а в публичното – **властническият**, от правно – догматична гледна точка методът на регулиране се разглежда като белег, вторичен спрямо обоснования по-горе критерий за разграничение между частното и публичното право – съдържанието на правните им норми и от това, в какво качество встъпват в породените правоотношения техните страни. Обратното би могло да доведе до неправилна квалификация на уредбата на отношения, които по съдържание не са на власт и подчинение, макар страните по тях да не са практически в равностойно положение⁵³.

В областта на частното право **методът на равнопоставеност** не изглежда да е самостоятелен критерий, а той като че ли по-скоро дублира критерия **характер на правоотношенията**, който пък се възприема, **установява от закона**. На практика обаче нещата далеч не стоят така. **На пръв поглед** методът на равнопоставеност не е нищо друго освен отражение на характера на отношенията като равнопоставени, а този на власт и подчинение – на характера на отношенията по повод упражняването на държавна власт, които по необходимост са такива на неравнопоставеност, на субординация.

Проблемът по-скоро е в това, че системата на обективното право намира и класифицира правоотношения, които вече са регламентирани от законодателството. Когато обаче урежда дадена група правоотношения, законът ги регулира най-напред с даден метод – на равнопоставеност или с властническият метод. Кое то вече предопределя каква е правосубектността на страните, които участват в това правоотношение, респ. – ако участва орган, той в какво качество ще действа – като равнопоставен или като носител на империум. Определянето с каква правосубектност ще встъпват страните по едно правоотношение се явява правен и **логически posterius** от избрания метод на регулиране – от една страна, а от друга – избраната от закона правоспособност вече определя съдържанието на правоотношението – правата и задълженията по него (а оттам и неговия характер) и в този смисъл се явява техен правен и

⁵³ Виж примерите, посочени по-горе към II. 4.

логически prius. В този смисъл, след това първоначално законодателно регулиране, правоприлагането, респ. – доктрината, преднамерят правоотношенията и за тях не остава друго, освен да определят съобразно видимите им нормативни белези вида, отрасловата им правосубектност, с която страните участват в тях, а оттам – и съдържанието на правата и задълженията, а от тях – и характера на правоотношенията – частноправни или публичноправни, респ. – да ги отнесат към един от двата дяла на правото.

Вярно е, че при вече реализирано (в смисъл на уредено) **правоотношение**, методът на равнопоставеност изглежда като повторение, отражение на характера на отношенията като равнопоставени, а този **на власт и подчинение** – на характера на отношенията по повод упражняването на публична власт, които по необходимост са такива на неравнопоставеност, на субординация. Там обаче, където именно методът има своето правно значение – при нормативното регулиране на типа правоотношение (т.е. на абстрактното правоотношение, напр. по банков заем, по застрахователен договор), той играе своята първична роля, вкл. по отношение предмета на регулиране. Ето защо, както беше обосновано с примери, при създаването на нормативната уредба, законодателят а priori решава с какъв тип метод да регулира определен кръг правоотношения, и едва тогава – с какво съдържание (права и задължения) да ги уреди.

Когато обаче се наблюдава било вече уреденото със законови разпоредби абстрактно правоотношение (договорния тип), било конкретно възникналото, ролята на метода остава на заден план и не се вижда нейният самостоятелен характер. Показано бе как в исторически-правен аспект през последните няколко десетилетия, на противоположна законодателна преоценка **бяха предложени редица обществени отношения**: дали да бъдат уредени с властнически метод (напр. като финансови) или с метода на равнопоставеност (като търговскоправни); тези, възникнали от договор за концесия или от договори за обществена поръчка – било чрез преуреждане на съществуващи, било чрез създаване на нови правни фигури като административния договор по см. на чл. 19а-ж АПК или споразумението по чл. 20 АПК.

Възприемането на предложения от **теорията на империума** критерий има обаче и друго предимство – дава възможност да се обединят нормите на конституционното, финансовото, екологичното, наказателното, наказателно-процесуалното и на гражданскопроцесуалното право в една група, благодарение именно на това, че са белязани от участието в правоотношенията, които регламентират, на субект, упражняващ властнически правомощия. **Властническият метод** в публичното право е иманентно необходим за нормативното регулиране там, т.к. при него, за разлика от частноправното, законодателят не преднамира отношенията, предмет на регламентация, а ги създава тепърва като нормативно, а не като социално детерминирани. Публичноправните отношения са замислени именно като неравнопоставени, доколкото чрез тях

се реализира публичната власт, обективирана в действията на компетентен държавен орган (или на друг, изрично овластен да действа като такъв, субект). Преди да бъдат правно предпоставени, тези отношения нямат социално битие, а юридическата им специфика се предопределя от необходимостта страна по тях да бъде публичноправен субект, който да действа с присъщия на държавата империум.

Илюстрираното бе по-горе с примери положението, че изборът да се използва даден метод е конюнктурен и зависи от волята на законодателя в определен момент, позитивното право може да превърне отношения от публичноправни в частноправни и обратно, тъй като самото то определя кой може да бъде носител на публична власт и докъде тази власт може да се разпростре.

5. Наред с изложените разбирания, в правната наука се застъпват и т.нар. **монистични теории**, които, отчитайки трудностите по избора на критерий за разграничение на нормите на частноправни и публичноправни, отхвърлят това деление.

Тезата за единство на правото има своите исторически и сравнителноправни основания. Непознаването на идеята за държавата и неразграничаването на представата за частното лице от тази за публичното образувание, обяснява защо старогерманското право се основава върху идеята за единство на правото – общ източник на всички правни норми. Приема се, че разграничението на правото на частно и публично започва в историята на германското право при възникването на градовете и създаването на градското право и получава завършек под влияние на римското право след неговото реципиране. Правото на англосаксонските страни в голяма степен запазва основната идея за единството на правото, като и днес правото и съдилищата на Common law носи отпечатъка ѝ.

В доктрината на държавите от континенталната правна система също са познати теории, отричащи делението на частно и публично (у нас Л. Диков и Л. Василев), както и такива, които макар да го признават, поддържат, че разграничението между частно и публично право не може да се проведе докрай (В. Таджер, О. Герджиков), респ. че в съвременността границата между тях изчезва и настъпва публицизация или деприватизация на частното право (Л. Дюги, А. Менгер).

От гледна точка на съвременната историческа оценка на периода от 30-те до края на 80-те год. на XX век, като че ли вече не е учудващо, че това разбиране е поддържано от автори, които стоят на коренно противоположни идеологически позиции (напр. Л. Диков – до 9.IX.1944 – изхождащ от откровено фашистки идеи, и Л. Василев – след това – от тоталитарно-комунистически), обединявани само от това, че са привърженици на тоталитарни теории. У нас Л. Диков обоснова виждането си с това, че цялото частно право е социално право, и т. к. всички частни субективни права са свързани с публичното право за търсене на защита, приема, че цялото частно право е сложено върху една

основа и образува едно цяло, заедно с публичното. Л. Василев пък отрича делението на правото на публично и частно, изхождайки от Лениновия постулат, че социализмът не признава нищо частно в икономиката, а оттам – и в правото. Така че неразграничаването на частното от публичното право е при- също не само на правните апологети на национал-социализма, но и на тези на държавния социализъм.

Гръбнак на социалистическата икономика се явява държавната (наричана в Конституцията от 1971 г. общонародна) собственост върху средствата за производство, а частната собственост при нея е сведена до ограничена лична собственост върху вещи от първа необходимост и дребни оръдия на труда. Съчетана с доминиращата роля на социалистическата държава, която управлява икономиката почти изцяло с административни средства, тя регулира частната собственост, а оттам – и частното право, като „отмиращи“ категории.

Понастоящем, на базата на действащата Конституция от 1991 г. последното становище не може да се възприеме. Нормативна опора дават разпоредбите на чл. 17, ал. 2 и ал. 4 от Конституцията на Република България (КРБ), разделяща собствеността на публична и частна и на чл. 19, ал. 1 КРБ, която установява принципа на свободната стопанска инициатива в икономиката. Частното право има по необходимост в основата си частната собственост.

6. От изложените различни разбирания за разграничаването на правото на частно и публично се вижда, че теорията все още не се е споразумяла относно едно – единствено схващане за критерия на това разграничение. Всяко от посочените определения разкрива някакъв смисъл, отделен аспект на разграничението между частно и публично право, но никой критерий не е пълен, цялостен. Не всеки правен ред е обособявал еднакво категорично нормите на частното и на публичното право, навсякъде обаче отделянето съществува. Макар и днес да се говори за взаимно проникване на нормите на тези две области, все пак, поне в класическата доктрина, понятията за частно и за публично право не се смесват.

Посочването на множеството изказани тези цели възможността те да опишат проблема и да помогнат поне за правилното му формулиране. Съдържащите се във всяка от тях обосновки имат своята евристична стойност и заедно с това търпят критика, че не са в състояние да дефинират в пълнота съотношението между частното и публичното право. Един от най-често използваните критерии за разграничение – **общественият интерес** в публичното право, съответстващ на категорията **интерес** в частното право, като социално-правна фикция, като вътрешно присъщ на обществото, е въздигнат в нормативна категория и не може да не бъде отчетен. Макар общественият интерес да има обективно съществуване, неговото формулиране, граници и защита не може да не бъде субективно, вкл. идеологически и пречупено през виждането на конкретния законодател.

Така първата ни следвоенна Конституция – тази на Народна република България от 1947 г., в своя чл. 10, ал. 4 закрепва принципа за недопустимост на злоупотребата с права, като го обосновава с колективистичното разбиране за приоритета на обществения интерес над частния и забранява упражняването на правото на собственост във вреда на колективния интерес. Докато в действащата Конституция чл. 57, ал. 2 се забранява злоупотреба с права, за тяхното упражняване, когато това накърнява права или законни интереси на други. Така Конституцията от 1991 г. не поставя обществения интерес над частния, а ги равнопоставя, търсейки равновесие между тях.

Ако от римското право до нас е достигнало основно наследството в областта на частното право, заради рецепцията му в западноевропейските държави, то познава и сериозни достижения в публичното право, които обаче са по-тясно обвързани с конкретната общественно-икономическа формация – робовладелската републиканска демокрация, а впоследствие – с империята. Поради това, че доскоро те не бяха широко известни на правната общност от континента, напоследък убедително бе показано как, тръгвайки от една силно развита цивилистична традиция, отделни частноправни понятия са усвоени в различни понятия на публичното право. В този смисъл, ако публичноправната доктрина е следвала през последните векове цивилистичната, понастоящем тя активно се стреми да се еманципира.

7. От друга страна, широко застъпено е разбирането, че съвременната континентална правна доктрина (след Великата френска революция), в това число – и цивилистичната, стъпва основно върху няколко правно – теоретични обобщения, до които римското право не успява да достигне. Извън нееднакво разрешавания въпрос за разграничителния критерий между частното и публичното право, не е лишена от интерес **съпоставката между тях на базата поне на някои от тези основополагащи правни категории**. Такива са напр. **правният статус на субектите, юридическите факти, правоотношението** и неговото съдържание – **субективното право и правното задължение**.

7.1. Съвременното разбиране за **правоспособност** в частното право изравнява лицата, осигурявайки им еднакви, а следователно – равни предпоставки за придобиване на качеството субект на правото. Обратно – в публичното право отделните държавни органи се създават по различен начин, чрез различни правни актове. Гражданската правоспособност е обща, и в частното право не съществува отделна от нея търговскоправна, трудовоправна, брачна, наследственоправна (завещателна) правоспособност. Специалните клонове на гражданското право – семейно, наследствено, търговско и др. не предвиждат отделна специална правоспособност, а просто поставят допълнителни изисквания, на които да отговарят субектите на гражданското право в тези клонове, за да могат те валидно да придобиват права и самостоятелно да са

носители на задължения. Докато публичната правосубектност е винаги специална, при нея не съществува орган със всеобща компетентност.

Правосубектността в частното право е абстрактна годност (качество) да се притежават (**правоспособност**) или да се придобиват самостоятелно, със собствената воля права и да се поемат задължения (**дееспособност**), без оглед конкретното им притежаване, посредством участие в конкретно правоотношение или правна връзка. Способността да се придобиват права и задължения е общоважима за всички правни субекти годност (качество), докато **компетентността в публичното** е призната само на онези органи, които са изрично предвидени в закона.

Публичната правосубектност всъщност представлява компетентност, която не е идентична нито на абстрактна годност да се придобиват права и да се поемат задължения, нито пък е правоотношение, при което да ѝ противостоят конкретни права или задължения на конкретно определени лица. Аналогично на компетентността на държавните органи, и публичната правосубектност на гражданите стои на границата между частноправната правосубектност и конкретното правоотношение, с притежаваните по него права. Но то се намира от другата страна: между правната норма и правното отношение.

7.2. Юридическите факти на частното право са предпоставени, т.е. по правило представляват описани с релевантните си белези съществуващи факти от действителността, типизирани житейски събития, които поначало правното регулиране преднамира. За разлика от фактите на публичното право, които се създават по законов ред и възникват в изпълнение предписанието на правната норма, най-често в резултат на предвидена в закона процедура, производство с юридически характер (административен акт, съдебно решение, определение и др.). Безспорен е изводът, че главен правопораждащ факт в частното право е договорът (правната сделка), представляваща насочено/насочени към желани от страните правни последици волеизявление/волеизявления. Докато в публичното право такъв факт е властническият акт, а договорите имат твърде ограничено приложение.

7.3. В частното правоотношение или в правната връзка субективното право (а и правното задължение) притежава известна обективизация, годност да бъде откъснато от самото него, възможност то да съществува освен като съдържание на правоотношението, още и като негов обект. Което позволява то да бъде прехвърляно, поемано, залагано, запорирано и т.н. чрез типични за частното право фигури като цесия, делегация, встъпване и заместване в дълг и др. Това е израз на юридическа възможност за разлагане на правоотношението на съставлящите го имуществени субективни права и задължения и самостоятелното им съществуване извън съдържанието на конкретното правоотношение.

Докато **публичното правоотношение** не може да се разложи на съставлящите го права и задължения, то е „монолитно“, неделимо, т. к. доколкото в

него се различават отделни права (правото на иск, правото на въззивна жалба, правото на касационна жалба и т.н.) те са само фази в осъществяване на целите на правното регулиране. Кое то предопределя доста по – тясното му съдържание в сравнение с частното.

7.4. В частното право **субективните права** са само конкретно съществуващи, призната и гарантирана от закона конкретна възможност за конкретно лице да иска (или да упражнява) определено поведение, за задоволяване на конкретен, признат от закона интерес. Те се реализират в контекста било на конкретно правоотношение (относителните субективни права), било като съдържание на правна връзка (абсолютните). И ясно се разграничават от правната норма, която представлява общо и абстрактно правило за поведение, адресирано към (теоретично) неограничен кръг от лица), годно да намери приложение толкова пъти, колкото в действителността се прояви конкретният житейски факт, чиито белези са описани общо и абстрактно в хипотезиса на тази норма, която ги урежда, субективните права в частното право се пораждат (изменят, прекратяват, погасяват) само при наличието на конкретен юридически факт и удовлетворяват конкретен интерес на личността (освен когато не са колективни), като се реализират поначало доброволно. Упражняването им става по съдебен ред само когато законът го предвижда⁵⁴, като процесуалният ред е необходим по правило само когато те са накърнени.

Докато **публичните права на гражданина** стоят на границата между обективното право и конкретна правна възможност, практическият им смисъл е да възпират носителя на публична компетентност от безконтролно вмешателство в частна сфера, респ. – от накърняване на публичните права на отделния гражданин или ЮЛ. Тази безконтролна намеса се гарантира чрез създаването на процедури, в които лицето да защити правата си срещу правомощията на органа. Публичното субективно право осигурява на гражданина (или на ЮЛ) възможността да конституира държавата, в лицето на нейните органи, като насрещна страна, в производство по оспорване законосъобразността на нейните актове и по този начин да гарантира неприкосновеността на правата на отделния гражданин по конкретния спор, респ. – да се стигне до прогласяването на нищожността или отмяна на властническия акт на конкретно, предвидено в закона основание.

7.5. Поначало **частноправните субекти** нямат **правното задължение да упражняват своите субективни права**, респ. – за тяхното неупражняване те не носят санкция, с изключение на случаите, когато права са им предоставени в интерес на други лица (най-често намиращи се в зависимост от титуляра,

⁵⁴ Напр. при упражняване правото на развод поради дълбоко и непоправимо разстройство на брака – чл. 49 от Семейния кодекс; на правото да се унищожи (чл. 32 ЗЗД) или да се развали договор (чл. 87, ал.3), да се отмени дарение (чл. 227, ал.3 ЗЗД) и др.

лица – напр. родителските права – по отношение на децата, тези на настойника или попечителя – по отношение на лицата, намиращи се под настойничество или попечителство). Така при някои непритезателни субективни права (напр. представителната власт), нейният носител (без по силата на овластителното право, да е длъжен да го упражнява), когато реши да прави това, следва да го упражнява в интерес на представлявания (арг. от чл. 40 ЗЗД)⁵⁵. В общия случай частноправните субекти не са длъжни дори да ги упражняват в свои интерес, и доколкото в гражданското право трудно може да се открият случаи, когато лицата носят задължение да не си причиняват вреди, те са свободни от санкция и в това отношение.

Докато компетентността като **публично** субективно право, освен правомощие, включва и **задължението, обвързаността на органа да го упражнява** – независимо дали при условията на оперативна самостоятелност или при обвързана компетентност. Разликата в двата случая не е в обвързаността на органа да упражнява своята компетентност, а в предпоставките, при които той следва да я упражнява.

ЛИТЕРАТУРА

- Андреев**, Михаил. Римско частно право. 4. прераб. и доп. изд. София: Наука и изкуство, 1971. 424 с.
- Венедиков**, Петко. Записки по римско право. [Учебно помагало за студенти-юристи]. София: Сиби, 1994. 168 с.
- Георгиев**, Валентин. Публични правоотношения. София: Сиела, 1998. 200 с.
- Герджиков**, Огнян. Коментар на Търговския закон. Кн. 1. Чл. 1–112. София: Алиена Дочев-55, 1991. IV, 334 с.
- Карадимов**, Росен. Аудио-визуалното произведение. Конкуренция и баланс на права. София: Сиела 2018. 220 с.
- Матеева**, Екатерина. Интеграционно частно право. В: Сборник доклади от Научна конференция в памет на доц. д-р Кристиан Таков, проведена от Катедра Гражданскоправни науки на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 9 юни 2018 г. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2019.
- Новкиришка-Стоянова**, Малина. За римския модел на разграничаването на публичното и частното право. В: *Право и граници*. [Сборник доклади от науч. конф., проведена от катедра „Теория и история на държавата и правото“ на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 15 май 2018 г.]. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2018, 309–341. (Рез. на англ. ез. с. 309). (Състав.: Д. Вълчев, С. Гройсман).
- Новкиришка-Стоянова**, Малина. *Ius publicum – ius privatum*, В: *De jure publico*. [Студии по Римско публично право]. София: Сиела, 2013, 52–81.
- Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. Т. 1. София: Софи-Р, 1995. 352 с.
- Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. прераб. и доп. изд. София: Софи-Р, 2002. 680 с.

⁵⁵ Вж. така и т. 2 от ТР № 5/2014 от 12.12.2016 на ОСГТК, ВКС.

- Рачев**, Филип. Обща теория на гражданското право. София: Унив. изд. Стопанство, 1997. 316 с.
- Русчев**, Иван. Към въпроса за дуализма на частното право. *Съвременно право*, 2000, № 6, 74-87.
- Русчев**, Иван. Нормативните актове – източник на частното право. София: Албатрос, 2008. 352 с.
- Сивков**, Цветан. Измененията на Административнопроцесуалния кодекс от есента на 2018 г. София: Сиби, 2019.
- Сивков**, Цветан. Споразумението по Административнопроцесуалния кодекс, София: Сиела, 2012. 188 с.
- Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Дял първи. София: Наука и изкуство, 1972. 204 с.
- Таджер**, Витали. Правото на държавна социалистическа собственост. София: Наука и изкуство, 1975. 504 с.
- Торбов**, Цеко. Събрани съчинения. Т. 3. Обща теория на правото. София: Юриспрес, 2002. 444 с. (Адапт. на текста: Георги Бойчев).
- Фаденхехт**, Йосиф. Българско гражданско право. Обща част. Отдел I. Обективно право. София: Арм. воен.-изд. фонд, 1929. XII, 404 с.
- Янкулова**, Соня, Теодора **Николова**. Промените в Административнопроцесуалния кодекс 2018. София: Труд и право. 432 с.
- Larenz**, K. Allgemeiner Teil des deutschen Burgerlichen Recht. 7 Auflage, 1889, s.2 II.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-юн Ангел Калайджиев.

ОСОБЕНОСТИ ПРИ НАСЛЕДЯВАНЕТО НА ВЕЩНИ ПРАВА

ПАВЕЛ САРАФОВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Тази статия разглежда въпросите на придобиването на вещни права чрез наследяване. В нея е обяснено какви особености разкрива наследственото правоприемство, какъв е механизмът за неговото протичане и кои лица могат да бъдат праводатели и правоприемници. Отделено е място на видовете наследяване като е спряно внимание върху общото наследяване и частното наследяване. Проследено е наследяването по закон и по завещание като са разгледани правните особености на всяко от двете наследявания и фактическия състав, въз основа на който протича.

Ключови думи: наследствено правоприемство, общо наследяване и частно наследяване, запазена част от наследството, разполагаема част от наследството, наследници със запазена част, универсално (общо) завещание, завет (частно завещание), фактически състав на наследяването по закон и фактически състав на наследяването по завещание, семейно-родствена връзка.

* Професор по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

SPECIFICS REGARDING INHERITANCE OF PROPERTY RIGHTS

PAVEL SARAFOV*
Civil Law Sciences Chair

Abstract: The present article considers the questions regarding acquisition of property rights through inheritance. Therein are explained the types of specifics revealed by the inheritance relationship, what is the mechanism of its development and which persons may be predecessors and legal successor. Attention has been brought to the types of inheritance, as general and private inheritance have been reviewed. Inheritance under the law and under a will have been traced as the legal specifics of each type of inheritance and the factual composition, whereupon said develops, have been considered.

Key words: Inheritance relationship, general inheritance and private inheritance, reserved portion of inheritance, available portion of inheritance, universal (general) will, covenant (private will), factual composition of the inheritance under the law and factual composition of the inheritance under a will, family-parentage relationship.

I. Относно придобиването на вещни права по наследство

Придобиването по наследство е произведен способ за придобиване на вещни права. Особеност при него е, че предмет на придобиването са правата на починало физическо лице. Това означава, че при този способ праводател може да бъде само физическо лице, но не и юридическо лице.

Друга особеност при придобиването по наследство е, че то не става автоматично със смъртта на физическото лице, а настъпва посредством упражняване на специално право – правото на наследяване.¹ Правото на наследяване възниква от откриване на наследството (това е моментът на смъртта на наследодателя) и съдържа две алтернативни възможности: 1) да се приеме наследството или 2) да се направи отказ от него. За да се придобие наследството, то трябва да се приеме – чл. 48, изр. 1 от Закона за наследството (ЗН). **Приемането е едностранен акт, с който наследникът изявява волята си да го придобие.** Волеизявлението за това може да бъде направено както изрично – чрез вписване в специална книга към районния съд (чл. 49, ал. 1 ЗН), така и с конклюдентни действия (чл. 49, ал. 2 ЗН) – например чрез раздаване дрехи на покойния, пренасяне на негови вещи в своето жилище или чрез предявяване на иск за делба на наследствено имущество.²

* Professor of Civil Law and Family Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

¹ По въпроса за правото на наследяване вж. **Петров**, Венцислав Л. Отмяна на отказа от наследство от кредиторите на наследника. София: Сиела, 2016, с. 92 и посочените там автори.

² Според съдебната практика, когато наследникът приема конклюдентно наследството следва да извърши такива фактически или правни действия, които по безспорен и несъм-

Тъй като между момента на откриване на наследството и момента на приемането му може да има известен интервал от време възниква въпросът как се осъществява механизмът на правоприемството? Отговорът е, че приемането на наследството има обратно действие и произвежда ефект от момента на откриване на наследството, т. е. от момента на смъртта – чл. 48, изр. 2 ЗН. Това означава, че при приемане на наследството наследникът ще придобие правата на наследодателя от смъртта на последния.

Друг въпрос, който възниква от обстоятелството, че между откриването на наследството и неговото приемане може да има интервал от време е въпросът какво е правното положение на лицето, което има право да наследява, но не е приело наследството. Съгласно чл. 58 ЗН „До приемане на наследството лицето, което има право да наследява, може да управлява наследствените имущества и да упражнява владелчески искове за запазването им.“ Това означава, че подобно лице не е правоприемник на наследодателя, а само специфичен пазител на оставеното от него имущество.

При наследяване е възможно няколко лица да се явят в качеството на наследници. В този случай между тях ще възникне съсобственост върху наследствените вещи. **При този автоматизъм във възникването на съсобствеността се приема, че всички вещи, които са били във владение на наследодателя, минават във владение на наследниците му по право, без да е необходимо те да са завладели фактически вещите.** Ето защо, за да може един от тях да придобие по давност тези вещи, е нужно владението на останалите да е било отнето от него по един изричен и недвусмислен начин. Не е достатъчно той само да се ползва от вещта, тъй като всеки от сънаследниците може да се ползва от общата вещ. За да се приеме, че той е прекратил владението на останалите сънаследници е необходимо сънаследникът да е извършил такива действия, от които да се вижда, че фактическата власт на другите сънаследници е прекратена, че ако те се опитат да я упражнят върху вещта, ще бъдат отблъснати. Сънаследникът ще е отнел владението върху вещта на останалите сънаследници, ако не ги допуска да се ползват от общата вещ по никакъв начин. Същото ще бъде, когато другите сънаследници не са се опитали да се ползват от общата вещ и сънаследникът се ползва от нея по такъв начин, който показва, че я счита за своя.³

нен начин да създават убеждение за приемането, а не действията да са такива, които може да се тълкуват двусмислено. Ето защо използването на обикновената покъщнина, с която са си служили членовете на семейството не дава основание да се счита, че наследникът е приел наследството – р. 535-11-II г. о. на ВКС по г. д. № 92/10 г.; р. 596-91-I г. о. на ВС по г. д. № 353/91 г. Не е акт по приемане на наследството и извършването на действия по обикновено управление на наследеното имущество – р. 395-10-II г. о. на ВКС по г. д. № 309/10 г.

³ Р. 2831-79-I г. о. ВС по г. д. № 1103/79 г.; опр. 1000-09-II г. о. ВКС по г. д. № 909/09 г.

II. Видове наследяване

А. От гледна точка на обекта на наследяване то бива два вида – *общо наследяване и частно наследяване*.

1. *Общо наследяване* (наследяване при условията на общо правоприемство.)

При общото наследяване се наследява съвкупност от права и задължения без те да са посочени конкретно. В обхвата на наследяваните права попадат и вещните права стига да са наследими. Ето защо от тях следва да се изключи правото на ползване, тъй като то е право *intuitu personae* и се прекратява със смъртта на наследодателя. Всички останали вещни права са годни за наследяване, като няма значение дали са права върху индивидуално определени вещи или върху родово определени вещи, дали са главни права или акцесорни права.

2. *Частно наследяване* (наследяване при условията на частно правоприемство)

При частното наследяване се наследяват отделно взети права на наследодателя. Те са конкретно уточнени и се придобиват съобразно индивидуализиращите си белези – примерно правото на собственост върху леката кола, която наследодателят е оставил или правото на собственост върху принадлежалите му бижута.

Б. На следващо място с оглед това дали при наследяването участва волята на наследодателя наследяването бива *наследяване по закон* (когато при наследяването не участва волята на наследодателя) и *наследяване по завещание* (когато волята на наследодателя участва).

1. Наследяване по закон

1.1. *Характер на наследяването по закон*

При наследяването по закон като правило се осъществява общо правоприемство, тъй като при него наследодателят не посочва конкретни права и задължения, които да се прехвърлят на наследниците. Предмет на придобиване е цялото имущество на наследодателя или част от него, която обаче не е индивидуализирана, а е уточнена само количествено, напр. една втора, една трета и т. н. Казаното важи дори и наследството да се състои само от една вещ. Това е така, тъй като и в този случай предмет на наследяването е наследството, а то се разглежда като съвкупност от права и задължения.⁴

В два случая при наследяването по закон се осъществява частно правоприемство. *Единият* е по чл. 11 ЗН, при който поради липса на други наследници за определени категории вещи, т. е. за определена категория вещни

⁴ Аргумент от т. р. 50-56-ОСГК на ВС по гр. д. № 3/1956 г.

права, частен правоприменник е общината. Това са правата върху движимите вещи на наследодателя, неговите жилища, ателиета и гаражи, както и парцелите и имотите предназначени предимно за жилищно строителство. Те стават собственост на общината, на чиято територия се намират. *Вторият* случай на частно правоприменство при наследяването по закон е по чл. 12, ал. 1 ЗН, при който наследникът, живял с наследодателя и полагал грижи за него получава обикновенната покъщнина, а ако се занимава със земеделие и не е съответно възнаграден – и земеделския му инвентар.

1.2. Параметри на наследяването по закон

Важна особеност на наследяването по закон е, че законът определя параметрите на наследяването, а именно: 1) кой ще бъде наследник и 2) какъв ще е делът (размерът) от наследството, който той ще се получи.

Наследници по закон са само физически лица, намиращи се в семейно-родствена връзка с починалия. Това са неговите низходящи (деца, внуци и т. н.), неговите възходящи (родители, дядовци, баби и т. н.), неговите братя и сестри и роднините му по сребрена линия до шеста степен включително. Заедно с това наследник по закон е и преживелият съпруг на починалия. Наследниците по закон са разпределени в редове, като наследници *от първи ред* са низходящите (чл. 5 ЗН); *от втори ред* са родителите (чл. 6 ЗН); *от трети ред* са две групи лица – първата – братята и сестрите и техни низходящи (чл. 8, ал. 1 ЗН) и втората – възходящите от втора и по-горна степен – баби дядовци и т. н. (чл. 8, ал. 2 ЗН); *от четвърти ред* са роднините по сребрена линия до шеста степен включително без братята и сестрите и техните низходящи (чл. 8, ал. 4 ЗН.) Съпругът е извън редовете на роднините като наследява на собствено основание заедно с първите три реда и изключва четвъртия (чл. 9 ЗН.) Принципът е, че по-близкият ред наследници изключва по-далечния.

Законът предвижда, че ако някой от наследниците е починал преди наследодателя, той се замества от неговите низходящи (чл. 10 ЗН.) В този случай се говори за *наследяване по право на заместване*. При този случай се наследява по коляно, което е в противовес на наследяването по глава. Наследяване по право на заместване може да има само по отношение на първия ред и третия ред в групата на братята и сестрите. **Важна особеност във връзка с наследяването при условията на заместване е, че при делба на наследствено имущество може да се стигне до възлагане на обща вещ на цялото коляно, вследствие на което делбата няма да доведе до окончателно прекратяване на съсобствеността, а до съсобственост между членовете на коляното.** Така например ако един родител е оставил три деца за наследници, но едното от тях е починало преди него това починало дете са замества от своите деца, които да речем са две и формират отделно коляно. В случай, че наследството на родителя се състои от три самостоятелни апартамента с приблизително еднаква стойност то тогава съдът може да възложи в дял на двете живи негови

деца два от апартаментите, а на децата на покойното му дете в общ дял третия от апартаментите, върху който те ще имат съсобственост.⁵

Вторият параметър, който определя законът при наследяването по закон е този относно дела (размера) на придобиваното от наследника имущество. Така например съгласно чл. 5, ал. 1 ЗН децата на починалия наследяват по равни части, а съгласно чл. 9, ал. 1 ЗН съпругът наследява част, равна на частта на всяко дете. Също равни части получават и братята и сестрите ако те са единствени наследници – чл. 8, ал. 1 ЗН.

Разбира се за получаване на наследствен дял може да се говори само, когато наследниците са повече от един. В случай, че наследникът е само един той ще получи цялото наследство и дялове няма да има.

1.3. Фактически състав на наследяването по закон

Фактическият състав на придобиване на вещни права чрез наследяване по закон включва следните елементи:

1. Откриване на наследството (т. е. настъпване смъртта на наследодателя);

2. Лицето да има качеството наследник по закон и да не е недостойно да наследява;

3. Лицето да спада към реда наследници, призовани към наследяване (по предния ред изключва следващите редове.) Под призоваване се разбира предлагане на наследството⁶, като това предлагане може да се става абстрактно по силата на закона;

4. Лицето да приеме наследството – изрично или чрез конклюдентни действия.

При кумулативното наличие на тези елементи се осъществява наследяването по закон и настъпва свързаното с него надлежно правоприемство.

2. Наследяване по завещание

2.1. Същност на наследяването по завещание

Наследяването по завещание е свързано с изразяване на изрична воля от страна на наследодателя (завещателя). Това става с нарочен акт, наречен завещание. *Завещанието е едностранен акт, с който авторът му се разпорежда*

⁵ Делбата се извършва по колена, когато е невъзможно всеки съделител да получи реален дял, но е възможно всяко коляно да получи реален дял – р. 459-11-I г. о. на ВКС по г. д. № 82/2011 г. Това е допустимо само, когато съсобствеността е възникнала от наследяване – р. 138-12-I г. о. на ВКС по г. д. № 609/2011 г.; р. 69-15-II г. о. на ВКС по г. д. № 184/2015 г.; р. 904-09-V г. о. на ВКС по г. д. № 3873/2008 г.; р. 60-10-I г. о. на ВКС по г. д. № 534/2009 г.; р. 634-10-I г. о. на ВКС по г. д. № 1378/2009 г.; р. 171-10-IV г. о. на ВКС по г. д. № 4171/2008 г.; р. 493-10-III г. о. на ВКС по г. д. № 3861/2008 г.

⁶ **Петров**, Венцислав Л. Отмяна на отказа от наследство от кредиторите на наследника. София: Сиела, 2016, с. 96.

безвъзмездно с цялото или част от своето имущество в полза на определено лице (лица) за след своята смърт.

2.2. Параметри на наследяването по завещание

Важна особеност при наследяването по завещание е, че завещателят сам определя параметрите на наследяването – както кои ще са наследниците, така и кое ще е имуществото, което те ще получат.

От обстоятелството, че завещателят сам определя лицата, които ще го наследят произтича възможността наследници по завещание да бъдат не само физически лица, намиращи се в семействено-родствена връзка с него, но и лица, които не са в такава връзка. Нещо повече, няма пречка за наследници да бъдат определени дори и юридически лица. Стига да желае, завещателят има възможността да действа свободно и да се разпорежи в тази насока.

Следваща възможност, която предоставя наследяването по завещание е завещателят да избере свободно коя част от имуществото му при кой наследник да отиде. Така той сам определя степента на щедрост, с която ще облагодетелства избраните от него лица и начина, по който ще структурира полученото от тях имущество.

2.3. Запазена част при наследяването по завещание

Свободата на завещателя да избира имуществото, което ще предостави на своите наследници не е абсолютна. Има една група законни наследници, чиито интереси законът брани и им отрежда т. нар. *запазена част*. Запазената част е такава част от наследството, която трябва да бъде наследена от посочени от закона наследници и не може да бъде засегната от наследодателя с безвъзмездни разпореждания. Частта извън нея се нарича *разполагаема част* и представлява частта, с която завещателят може да се разпорежи свободно. Наследници със запазена част са *низходящите, родителите и съпругът* – чл. 28, ал. 1 ЗН. Те имат възможност да възстановят запазената си част ако последната бъде засегната от завещателните разпореждания на завещателя или от негови дарения, извършени приживе.

Възстановяването става със специален иск по чл. 30 ЗН. Искът води до възстановяване в стойностно или натурално изражение на запазената част в полза на съответните наследници. Когато обаче запазената част е накърнена чрез завещаване или подаряване на недвижим имот и отделянето на част от него е неудобно, за да се допълни запазената част, в случай че стойността на завещания или подарения имот надвишава с повече от $\frac{1}{4}$ разполагаемата част, имотът остава изцяло в наследството, а заветникът или надареният получават стойността на разполагаемата част – чл. 36, ал. 1 ЗН. Това означава, че в този случай вследствие упражняването на иска по чл. 30 ЗН се стига до отпадане на вещно-прехвърлителния ефект на съответния акт и правото на собственост

върху имота се връща в наследството. Тук следва да се отбележи, че лицето, в полза на което е било извършено дарение на вещно право приживе от наследодателя, не може да възрази, че е придобило собствеността по давност. То е владяло вещта в качеството на неин собственик, а никой не може да придобива по давност, нещо, което вече е придобил в собственост на друго правно основание⁷ – в случая дарение.

Обстоятелството, че искът за възстановяване на запазена част може да доведе до отпадане на вещнопрехвърлителния ефект на съответния акт не означава, че искът е вещен. Той няма характер на иск за защита на вещни права. Това е така, защото правото да се иска възстановяване на запазена част е потестативно и ефектът от упражняването му е само настъпване на промяна в правната сфера на облагодетелстваното от разпоредителния акт лице. Заедно с това с „иска за намаление съдът не се произнася по въпроса за реалното връщане и предаване на владението на имотите, които надхвърлят разполагаемата част. За това е нужно да се води отделен ревандикационен иск, освен ако двата иска са били съединени в едно производство.“⁸

Следващ аргумент, че искът по чл. 30 ЗН няма вещен характер е позицията на задължителната съдебна практика – ППВС № 7/1973 г., където претенцията за намаляване на завещания и дарения с оглед възстановяване на запазена част е приета за „вземане“ по смисъла на чл. 110 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). В цитираното постановление, както и в множество решения на ВКС, се посочва, че искът по чл. 30 ЗН се погасява с изтичането на общата петгодишна давност.⁹ За разлика от този иск, исковете за защита на вещни права не се погасяват по давност!

2.4. Видове завещания

С оглед съдържанието на завещателните разпореждания завещанията биват два вида – **универсално (общо) завещание** и **завет (частно завещание)**.

2.4.1. Универсално (общо) завещание е това, при което се осъществява общо завещателно разпореждане. С други думи при него не се сочат конкретни вещни права, които да са предмет на наследяване, а се съдържа волеизявление относно цялото имущество на завещателя или относно идеална (дробна) част от него. Примерно „Завещавам цялото свое имущество“ или „Завещавам 1/2 от имуществото си“. Това означава, че в полза на посочения наследник

⁷ Р. 80-65-ОСГК на ВС по г. д. № 58/65 г.; р. 807-98-I г. о. на ВКС по г. д. № 143/98 г.; р. 1135-98-I г. о. на ВКС по г. д. № 805/98 г.

⁸ **Цонов**, Александър. Коментар по Закона за наследството. София: Издание на ВС на Р. България, 1993, с. 92.

⁹ Искът се погасява с общата петгодишна давност, която за даренията започва да тече от откриване на наследството, а за завещанията – от момента, в който наследникът упражни своите права по завещанието.

(чл. 16, ал. 1 ЗН) имуществото или идеална част от него преминава като съвкупност от права и задължения.

2.4.2. *Завет (частно завещание)* е свързан с частно завещателно разпождане. При него се посочва конкретно какво право се наследява от облагодетелстваното лице, което в случая се нарича *заветник* (чл. 16, ал. 2 ЗН). Примерно „Завещавам жилището си в гр. Русе на лицето А“ или „Завещавам яхтата си с местостоянка в гр. Несебър на лицето Б.“. В случая не се изисква максимално подробно описание на вещта – важно е посочването да е направено така, че тя да може да се индивидуализира и при нужда да се установи безспорно.

Тъй като при завета се наследява конкретно право, а не се наследяват задължения и не се отговаря за задължения се счита, че при него е налице *частно правоприемство по повод на смърт*.

Особеност на завета е, че той може да има за предмет както индивидуално определени вещи, така и родово определени вещи (арг. от чл. 19, ал. 2 ЗН.) Когато предмет на завета са индивидуално определени вещи, настъпва правоприемство направо от наследодателя. Когато предмет на завета са родово определени вещи, за заветника възниква вземане срещу наследниците – да му прехвърлят собствеността. В този случай правоприемството се осъществява косвено, минавайки през имуществото на останалите наследници, а собствеността се прехвърля от момента, в който се осъществи индивидуализацията на вещите (аргумент от чл. 24, ал. 2 ЗЗД).

Заветникът придобива вещта във вида, в който тя се намира към момента на откриване на наследството. Важно е само обектът, който е завещан да има самостоятелно съществуване и обособеност според действащото право – р. 44-12-П г. о. на ВКС по г. д. № 699/2011 г.¹⁰ „Промените, които са настъпили с вещта след съставяне на завещанието, нямат значение.“¹¹ Това се отнася и до приращенията, които вървят заедно с вещта с оглед общите правила за приращенията – чл. 92 ЗС.¹²

Промените във вещта ще имат значение само при положение, че водят до загуба на предишната ѝ форма и предназначение. В този случай се приема, че завещателят е отменил завета – чл. 41, ал. 2 ЗН.

Следваща особеност на завета е, че на негова основа може да се учреди вещно право, което не е съществувало в правната сфера на завещателя. По-конкретно на базата на свое право на собственост завещателят може да

¹⁰ Ето защо е недействителен заветът на таван или избено помещение, явяващи се принадлежност към жилище в сграда етажна собственост.

¹¹ **Тасев**, Христо. Българско наследство право. София: Софи-Р, 1993, с. 76.

¹² В стария ЗН е имало изрична разпоредба в този смисъл – чл. 128 ЗН (отм.) – вж. **Цонов**, Александър. Коментар по Закона за наследството. София: Издание на ВС на Р. България, 1993, с. 64.

учреди право на строеж или право на ползване в полза на заветника.¹³ В подобен случай при наследяването ще се осъществи учредително правоприемство, а не прехвърлително правоприемство.

2.5. Изискването завещателят да е собственик на вещта, предмет на завета

За да се осъществи правното действие на завета, законът поставя изричното условие завещателят да е бил собственик на вещта **към момента на откриване на наследството**. Според чл. 19, ал. 1 ЗН заветът на една вещ е недействителен, ако завещателят не е собственик на тази вещ **при откриване на наследството**. Посоченото означава, че е без значение дали завещателят е бил собственик на вещта към момента на съставяне на завещанието. Може собствеността да е придобита впоследствие – завещателното разпореждане ще е валидно и ще произведе правно действие. Трябва обаче да се има предвид, че отчуждаването изцяло или отчасти на една завещана вещ **отменя завета относно нея**, дори и когато вещта бъде придобита отново от завещателя или когато отчуждението бъде унищожено по други причини, а не поради порок в съгласието – чл. 41, ал. 1 ЗН. Подобно връщане на вещта в наследственото имущество е ирелевантно, тъй като се счита, че то не премахва ефекта от отменянето на завета.

По-различно е положението, ако заветът се свежда до родово определени вещи. Той е действителен, дори и в наследството на наследодателя да няма такива вещи по време на смъртта му – чл. 19, ал. 2 ЗН. „Предполага се, че в наследствената маса има такива вещи, но дори да ги няма, то законният наследник е длъжен да ги достави на заветника.“¹⁴

2.6. Фактически състав на наследяването по завещание

Фактическият състав на придобиване на вещни права чрез наследяване по завещание включва следните три елемента:

1. *Откриване на наследство* (т. е. настъпване смъртта на наследодателя);
2. Наличие на *валидно завещание*, съставено в полза на наследника, т. е. такова, което не е отменено и не страда от пороци, които го правят невалидно;
3. *Приемане на наследството* от наследника.

При кумулативното наличие на тези елементи се осъществява наследяването по завещание и настъпва свързаното с него правоприемство.

¹³ **Петров**, Владимир и Методи **Марков**. Вещно право. Помагало. 9. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2017, с. 116 и с. 129.

¹⁴ **Цонов**, Александър. Коментар по Закона за наследството. София: Издание на ВС на Р. България, 1993, с. 64.

Други действия във връзка със завещанието не са елемент от фактическия състав на придобиването и не го допълват.

Ето защо не е елемент от фактическия състав на придобиването на вещни права чрез завещание т. нар. процедура по „обявяване на саморъчно завещание“ – чл. 27 ЗН. Обявяването „има само информативно, оповестително действие за заинтересованите лица“, то осигурява „удостоверяване на ефекта от завещанието, а именно настъпилото правоприемство.“¹⁵

Не е също така елемент от фактическия състав на придобиването вписването в службата по вписванията на преписи от обявени завещания с предмет недвижим имот и права върху недвижим имот – чл. 4, б. „к“ от Правилника за вписванията. Това вписване има оповестително-декларативно действие и само уведомява, че ползващото се от завещанието лице е придобило правата по него.

ЛИТЕРАТУРА

Павлова, Мариела. Саморъчното завещание и процедурата по обявяването му. *Собственост и право*, 2016, № 1, 59–73.

Петров, Венцислав Л. Отмяна на отказа от наследство от кредиторите на наследника. София: Сиела, 2016. 272 с.

Петров, Владимир, Методи **Марков**. Вещно право. Помагало. 9. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2017. 336 с.

Тасев, Христо. Българско наследствено право. София: Софи-Р, 1993. 256 с.

Цонов, Александър. Коментар по Закона за наследството. София: Издание на ВС на Р. България, 1993. 168 с.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Иван Русчев.

¹⁵ **Павлова**, Мариела. Саморъчното завещание и процедурата по обявяването му. *Собственост и право*, 2016, № 1, с. 70 и 71.

НЯКОИ ВЪПРОСИ ВЪВ ВРЪЗКА С ПРИЗНАНИЕТО НА ОБЕКТИВНО СЪЕДИНЕНИ ИСКОВЕ

КАМЕЛИЯ ЦОЛОВА*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Изследването разглежда проблематиката на признанието на иска и постановяването на решение, основано на него, в материята на обективното съединяване на искове. Обсъдени са спецификите, свързани с различните видове съединяване на искове – кумулативно, евентуално и алтернативно, и отражението им върху възможността за признание на всички или само на някои от съединените искове. Проблематиката е разгледана и с оглед на различните форми на обективно съединяване – първоначално съединяване от ищеца, насрещния иск, инцидентния установителен иск, обратният иск, главното встъпване и привличането на лице със самостоятелни права. Относно всяка от тези хипотези са предложени изводи във връзка с възможностите за постановяване на решение при признание на всички или някои от съединените искове.

Ключови думи: признание на иска, решение при признание на иска, обективно съединяване на искове, видове обективно съединяване на искове, форми на обективно съединяване на иска.

* Доцент по гражданско процесуално право в ЮФ на СУ „Свети Климент Охридски“, доктор по право.

SOME ISSUES ON ACKNOWLEDGEMENT OF CLAIM IN CASE OF JOINED CLAIMS

KAMELIYA TSOLOVA*

Civil Law Sciences Chair

Abstract: The study examines some issues on acknowledgement of claim and giving a judgement as per the acknowledgement in case of joined claims. The article considers different types of joinder of claims (cumulative, eventual and alternative) and different forms of joinder of claims (initial, counterclaim, etc.) and their impact on the admissibility of the acknowledgement of all or some of the joined claims.

Key words: acknowledgement of claim, judgement in case of acknowledgement of claim, joinder of claims, types of joinder of claims, forms of joinder of claims.

Обективното съединяване на искове, при което в едно дело за общо разглеждане и решаване се обединяват няколко иска с различен предмет, поставя редица специфични въпроси, свързани с допустимостта на признанието на иска като елемент от фактически състав, насочен към завършване на делото с нетипично съдебно решение, регламентирано в чл. 237 ГПК. Позитивно-правната уредба не съдържа изрична регламентация на тази проблематика¹. Същевременно, реализацията на двата института в рамките на едно производство не винаги може да се развие и приключи безпроблемно. Именно тези въпроси са предмет на настоящото изследване, като тяхното изясняване предполага да се вземат предвид както особеностите на обективното съединяване на искове в неговото многообразие от видове и форми, така и спецификите на признанието на иска като основа за постановяването на нетипично съдебно решение.

1. Фактическият състав, чието осъществяване задължава съда да постанови решение при признание на иска, съгласно съдържащата се в чл. 237 ГПК уредба, включва следните елементи: 1) предявяването на допустим иск; 2) признание на иска, което следва да е предприето от ответника и да отговаря на регламентираните в закона условия за неговата валидност и 3) искане от страна на ищеца за постановяване на решение, основано на направеното от ответника признание на иска.

* Associate Professor in Civile Procedure at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski”, Ph.D.

¹ В коментарната литература въпросът не е подлаган да подробно изследване, като авторите, които са го засягали, се задоволяват общо да посочат, че няма пречка признанието на иска да бъде направено и при различните форми на обективно съединяване – така: **Златарева**, Маргарита. В: **Пунев**, Благовест и др. Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. 2. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2017, с. 540.

1.1. Реализацията на горния фактически състав внася промени както в действията по разглеждането на делото, така и в тези по постановяването на съдебното решение. В първата насока законът предвижда, че съдът не провежда съдебно дирене, а ако то е започнало го прекратява, и пристъпва към постановяване на решение, което означава, че не се провеждат и устни състезания². Настъпват промени и в действията по постановяване на съдебното решение, което в този случай включва само преценка за това, дали са осъществени всички елементи от специфичния фактически състав по чл. 237 ГПК, като при положителен отговор съдът постановява решение, с което искът се уважава както е предявен от ищеца и съответно признат от ответника.

1.2. Горното повдига един от въпросите, свързани с приложението на института на признанието на иска и постановяването на решение въз основа на него в материята на обективното съединяване на искове (ОСИ). При ОСИ няколко иска с различен предмет се съединяват за общо разглеждане и решаване в едно производство³. В този случай е възможно, а вече се среща и в съдебната практика, да се направи признание и искане за постановяване на решение, основано на него, само по един или по част от съединените искове, като по останалите производства продължава по типичния състезателен ред с постановяването на типично решение с преценка на събрания по делото доказателствен материал. Това поставя въпроса за начина на процедиране на съдилищата в този случай, доколкото ГПК не съдържа изрична уредба на разглежданата хипотеза. Прегледът на съдебната практика сочи, че съдилищата в редица случаи постановяват един общ акт, в който обединяват различните видове решения по отделните искове⁴.

² В коментарната литература е изразено разбиране, че все пак се провеждат устни състезания, но се посочва, че „устни състезания в класическия им вид няма да има (след като вече въведените от ищеца твърдения не се оспорват)“, като се пояснява, че „(п)рени-ята между страните ще се съсредоточат в обсъждане на условията за постановяване на решение при признание на иска“. – Пак там, с. 543.

³ Вж. **Сталев**, Живко, **Анелия Мингова**, **Огнян Стамболиев**, **Валентина Попова**, **Ружа Иванова**. Българско гражданско процесуално право. 9. прераб. и доп. изд. (Първо по действащия ГПК). София: Сиела, 2012, с. 429 и сл.; **Стамболиев**, Огнян. Обективно съединяване на искове в гражданския процес. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 1999, с. 23 и сл.

⁴ Така например е оформено Решение № 563038 от 17.12.2018 г. по гр. д. № 58209/2018 г. на Софийски Районен съд, в което съдът е указал, че се постановява по реда на чл. 237 ГПК, въпреки че са уважени част от предявените искове, а част от тях са отхвърлени поради извършено плащане от ответника в хода на делото. В същото решение мотивите съдържат само указание за това, че ответникът е признал предявените искове. В Решение № 6 от 04.01.2019 г. по гр. д. № 368/2018 г. на Районен съд – Балчик, съдът е приел, че е налице валидно признание по исковете за присъждане на главничното задължение, като същевременно е приел за невалидно признанието по иска за присъждане на неустойка, поради нищожност на клаузата за неустойка. Поради това с един акт е уважил осъдителните

Действително, законът не съдържа конкретни правила във връзка с подобна хипотеза, поради което съединяването в един документ на решения от различни видове е една от възможностите, която не е изрично изключена от действащата уредба⁵. Това позволява да се изложат някои общи съображения и предложения относно оформянето на акта, когато в него са обединени решения от различен вид – типично решение и решение при признание на иска. При подобен подход съществува опасност съдът да оформи по един и същ начин мотивите на различните видове решения. Възможно е, от една страна, да не се изложат мотиви по отношение не само на нетипичното, но и по отношение на типичното решение. Съответно, от друга страна, възможно е да се изложат мотиви и по двете решения, което не дава яснота относно вида на акта и правното значение на признанието на иска – дали съдът именно въз основа на него е постановил решението си, или го е преценил като допълнителна опора в подкрепа на изводите си, основани на преценка на събрания по делото доказателствен материал. Въпросът има значение най-малко с оглед на основанията за евентуалното обжалване на това решение. Ако то не се основава на извършеното признание на иска, не може да се отрече правото на ответника да обжалва съдебния акт като неправилен, например поради неговата необоснованост или поради допуснати процесуални нарушения на съда, довели до неверни фактически изводи. Ако то се основава на извършеното признание на иска, ответникът не би могъл да основе своята жалба на необоснованост на решението с оглед липсата на мотиви или на процесуални нарушения, свързани с неверни фактически констатации, тъй като решението изобщо не се основава на преценка на доказателствен материал, поради което най-вероятно е с подобна жалба ответникът да се домогва към това да оттегли признанието си, което би било недопустимо поради забраната, регламентирана в чл. 237, ал. 4 ГПК. Горните кратки съображения позволяват да се предложи при подобно съединяване в един акт на различни по вид решения, ясно да се разграничи произнасянето на съда по всяко от тях както в мотивите, така и в диспозитива.

Другият възможен начин, по който биха могли да процедурат съдилищата при признание само по част от съединените искове, с оглед на действащата уредба, е в посока на разделяне на съединените искове в отделни производства, съгласно чл. 210, ал. 2 ГПК, с оглед на различните съдопроизводства-

искове за главничните задължения на основание извършеното признание от ответника, като е отхвърлил претенцията за присъждане на неустойката. Цит. по: <http://web6.cielanet.net/Document>.

⁵ Възприетото от мен по-рано разбиране, че този начин на процедуране е изключен, не е съобразено в достатъчна степен с липсата в действащата уредба на изрично регламентирана забрана за обединяване на решения от различен вид в един акт (Вж. Цолова, Камелия. Порочното решение при признание на иска и защитата срещу него. В: Сборник в памет на проф. д-р Живко Сталев. София: Сиела, 2009, с. 78).

ни правила, които урежда законът за тяхното постановяване. Като че ли този начин на процедиране е препоръчителен особено в случаите, при които на ранна фаза от процеса е направено признание по част от исквете и искане за постановяване на решение, основано на признанието, а по останалата част предстои извършването на допълнителни съдопроизводствени действия по тяхното разглеждане.

Би било прибързано, обаче, още тук да се направи извод, че във всички случаи на признание на отделен иск в хипотезата на ОСИ ще се стигне до постановяване на решение по признатия иск по реда на чл. 237 ГПК. Всъщност, възможно е да се разсъждава и в друга посока, а именно, дали в определени случаи ОСИ не е от естество да осуети приложимостта на института на признанието на иска, и по-специално да осуети възможността за постановяването на решение по реда на чл. 237 ГПК. Разбира се, за да се предложи становище по тези въпроси, е необходимо по-детайлно разглеждане на различните видове и форми на ОСИ.

1.3. Допълнително следва да се вземе предвид и това, че при обективното съединяване на искове са възможни както различни съотношения между предметите на предявените искове, така и различни форми на съединяване. При различните форми на ОСИ, отделно от вида на съединяването, се наблюдават и разлики, свързани със страните. Преобладаващо това са едни и същи лица, но по изключение може да са и различни. Дори в случаите, при които съединените искове са между едни и същи страни, са възможни варианти – тези лица може да имат еднакви процесуални роли по всички съединени искове, но може да са и с разменени процесуални роли.

1.4. Изясняването на отражението, което различните връзки между предметите на съединените искове може да окаже върху допустимостта на признанието на иска и постановяването на решение въз основа на него, налага да се вземе предвид и съдържанието на това действие на ответника и неговите последици. Признанието на иска съдържа в себе си изявление за вярност на правното твърдение на ищеца, намерило израз в исквата молба⁶. Ответникът, който признава иска, възприема изцяло и инкорпорира като свое съдържащото се в исквата молба твърдение на ищеца относно правното положение по спорното материално право или правоотношение. Именно това съвпадане, припокриване в съдържанието на правните твърдения на ищеца и на ответника всъщност е основата за постановяване на решение по реда на чл. 237 ГПК. Съответно, не може да бъде постановено решение по този ред, ако липсва

⁶ Вж. **Иванова**, Ружа в: **Иванова**, Ружа, Благвест **Пунев**, Силви **Чернев**. Коментар на новия Граждански процесуален кодекс. София: Труд и право, 2008, с. 328; **Сталев**, Живко, **Анелия Мингова**, **Огнян Стамболиев**, **Валентина Попова**, **Ружа Иванова**. Цит. съч., с. 452.

пълно съвпадане в изявленията на главните страни по отношение на правното положение, по което ще бъде постановен съдебният акт. Оттук и въпросите, които се повдигат с оглед на различните варианти на съотношение на предметите на съединените иски и възможността правното твърдение на ищеца да е по отношение на един иск безусловно, а по отношение на друг иск – под условие. Доколкото в тези случаи признанието на ответника по всички или по някои от тези иски всъщност напълно би съответствало на поддържаното в исковата молба правно твърдение на ищеца?

1.5. Важно е да се съобрази и това, че признанието на иска като елемент от фактическия състав, уреден в чл. 237 ГПК, е обвързващо за съда, което означава, че съдът се оказва лишен от право и задължение да проверява неговата вярност от гледна точка на действителното правно положение. В тази насока отново е необходимо да се проследи ситуацията при различните видове и форми на ОСИ, доколкото при някои от тях правомощието на съда за постановяване на типично решение при изследване на фактическия и доказателствен материал по един от съединените иски включва иманентно в себе си и съответното правомощие на съда да вземе становище по друг или други предявени за общо разглеждане иски. Тази колизия повдига отново въпросите за това на кое действие следва да се даде приоритет – на действието на признанието, което изключва горните правомощия на съда относно признатия иск, или обратното – на задължението на съда да изследва действителното правно положение, което би осуетило обвързаността му от признанието на един или част от съединените иски.

2. Характерно за хипотезата на **първоначално обективно съединяване на иски от ищеца с обща искова молба**, уредено в чл. 210 ГПК, е това, че страни по тези иски са едни и същи лица, които имат едно и също процесуално качество по всички съединени иски. Това означава, че в този случай по всички иски едно и също лице е ищец, съответно – едно и също лице е ответник.

В случаите на първоначално ОСИ по почин на ищеца съединяването между иските може да бъде кумулативно, евентуално или алтернативно⁷.

2.1. При **кумулятивното съединяване на иски** ищецът иска уважаването със съдебно решение на всички предявени иски. От гледна точка на правоотношенията, които са предмет на тези иски, между тях може да няма

⁷ Относно видовете съединяване и изразените становища за критериите, определящи вида на съединяването, вж. **Сталев**, Живко, **Анелия Мингова**, **Огнян Стамболиев**, **Валентина Попова**, **Ружа Иванова**. Цит. съч., с. 432 и сл.; **Стамболиев**, **Огнян**. Цит. съч., с. 49 и сл.; **Мингова**, **Анелия**. Отказът от иск. София: Софи-Р, 2000, с. 180; **Пунев**, **Благовест** В: **Пунев**, **Благовест** и др. Цит. съч., с. 369 и сл.

никаква връзка, освен това, че са възникнали между едни и същи страни. Възможно е, на следващо място, да има някакви общи елементи – общи факти, релевантни за всички правоотношения, или общ обект на тези правоотношения. Следва да се отчете, на последно място, и възможността между предметите да съществува връзка на обусловеност от положителен тип, която в този случай ще намери процесуален израз в това, че уважаването на единия иск с предмет обуславящото право е едно от условията за уважаването на останалите кумулативно съединени с него искове с предмет обусловените права.

2.1.1. В хипотезата на кумулативно ОСИ, когато ищецът иска едновременно уважаване на всички предявени искове, ответникът, на свой ред, би могъл да признае всички съединени искове⁸. Това негово действие ще изразява съгласието му с верността на твърденията на ищеца в исковата молба относно правното положение по предметите на всички съединени искове. С оглед на съотношението между тези предмети, подобно изявление на ответника би било вътрешно безпротиворечиво, тъй като всички права, по които ищецът търси защита с предявените искове, могат едновременно да съществуват, като с оглед на това съдът би могъл да уважи едновременно всички предявени в условията на кумулативност искове. Това е така включително, когато между исковете е налице обусловеност от т. нар. положителен тип, при която уважаването на иска, който има за предмет обуславящо право, е едно от условията за уважаването на иска, който има за предмет обусловеното право⁹. При при-

⁸ Такива хипотези се срещат в практиката – вж. напр. Решение № 17 ОТ 23.02.2018 г. по гр. д. № 753/2017 Г. на Районен съд – Гълъбово, постановено по признати от ответника искове с правно основание чл. 232, ал. 2 ЗЗД за заплащане на месечен наем за определен период, платена от ищеца ел. енергия за ползвания от ответника апартамент, консумираната от ответника вода и топлоенергия в ползвания от него апартамент под наем, както и лихва за забава върху главницата за периода до датата на подаване на исковата молба. Цит. по: <http://web6.cielanet/Document>

⁹ Такива случаи вече се срещат в практиката. Така например в Решение № 224 от 15.05.2012 г. по гр. д. № 897/2011 г., ГК., IV г.о. на ВКС е оставено в сила решение, постановено при признание на кумулативно съединени искове от ищеца по чл. 344, ал. 1, т. 1- т. 3 КТ, първият от които – признаване на уволнението за незаконно и неговата отмяна, е обуславящ спрямо останалите два – възстановяване на предишната работа и присъждане на обезщетение за времето, през което работникът или служителът е останал без работа; Решение № 1346 от 20.12.2018 г. по гр. д. № 3660/2018 г. на Районен съд – Ст. Загора, постановено при признати искове по чл. 422 ГПК за установяване на вземане за цената на незаплатена електрическа енергия и за обезщетение за забава; Решение № 1 от 02.01.2019 г. по т. д. № 469/2018 г. на Окръжен съд – Пловдив, в което са предявени осъдителни искове за заплащане на цена на доставени стоки, съединени с искове за заплащане на законна лихва за забава в плащането на цените на стоките за периода от падежа до датата на подаване на исковата молба; Решение № 1 от 04.01.2019 г. по т. д. № 160/2018 г. на Окръжен съд – Русе, в което са предявени и признати иск за възнаграждение по договор, сключен между страните, както и съединена с него претенция за неустойка поради допуснатата забава. Решение № 127 от 17.01.2019 г. по гр. д. № 5756/2018 г. на Районен съд – Бургас,

знание на всички съединени искове съдът би могъл по искане на ищеца да постанови едновременно решения за уважаване на всички искове при условията и по реда на чл. 237 ГПК.

2.1.2. При липсата на каквато и да е връзка между предметите на съединените искове, освен изискваната в чл. 210 ГПК да са между едни и същи страни, ответникът би могъл да признае само един или само някои от кумулативно съединените искове, като същевременно оспори останалите или не вземе становище по тях. С оглед на това, че правата, които са предмет на съединените искове нямат връзка помежду си, подобно изявление на ответника относно съществуването или несъществуването на правата, които са предмет на съединените искове, би било вътрешно безпротиворечиво. Поради това, в този случай съдът би могъл да постанови различни видове решения по съединените искове, като по признатите се произнесе с решение по реда на чл. 237 ГПК, а по останалите – с типично решение. Вече бяха изложени съображения относно двата възможни варианта на процедиране на съда – тези решения да се обединят в един акт, но при достатъчно ясно разграничение между тях, или признатите искове да се отделят в отделно производство

2.1.3. Когато между предметите на исковете съществуват връзки в отделни елементи, но не и на обусловеност, признанието на част от предявените в условията на кумулативност искове, съчетано с оспорване по останалите, налага извършването на конкретна преценка от страна на съда относно спорните въпроси. В този случай съдът би трябвало да прецени доколко са съвместими признанието на част от исковете, съдържащо в себе си, макар и не изрично, но поне имплицитно, и признание на всички факти, които ищецът е включил в основанията на тези искове, с оспорването по останалите искове.

При тази преценка, ако съдът установи, че оспорването включва в себе си и факти, релевантни за уважаването на признатите искове, той би трябвало да стигне до извод, че всъщност не е налице признание по нито един от съединените искове. Това е така, защото признанието на иска предполага наличието на пълно съвпадане в твърденията на ищеца, обективирани в исковата молба, и на тези на ответника, обективирани в признанието на иска. Липсата на такова пълно съвпадане означава и липса на признание на иска като предпоставка за постановяването на нетипично решение по чл. 237 ГПК. Тази преценка на съда не е преценка за основателност на признатия иск или за вярност на признанието на иска, а става въпрос за дейност на съда по точното квалифи-

постановено по обективно съединени искове за връщане на дадена в заем сума, както и на уговорена договорна лихва и обезщетение за забава, които са признати от ответника; Решение № 487 от 26.04.2018 г. по гр. д. № 4086/2017 г. на Районен съд – Пазарджик по предявени кумулативно съединени искове за осъждане на ответника да плати главнично договорно задължение и уговорена договорна лихва, отново признати кумулативно от ответника. Цит. по: <http://web6.cielanet.net/Document>

циране на извършеното от ответника процесуално действие, която е свързана с изясняването на съдържанието на това действие.

Следователно, когато горната преценка на съда има като краен резултат извода му за липсата на признание на иска, изобщо не може да се стигне до постановяване на решение по реда на чл. 237 ГПК.

Обратният извод, че е налице признание на част от исковете, ще бъде направен, когато спорните въпроси между страните не са такива, които са от значение за признатите искове. В този случай хипотезата разкрива сходство с разгледаната по-горе, като е мислимо съдът да процедира по предложения там начин с постановяване на различни видове решения по съединените искове.

2.1.4. Когато между предметите на кумулативно съединените искове има връзка на обусловеност, би било възможно ответникът да признае само този иск, който има за предмет обуславящото право, като същевременно оспори иска с предмет обусловеното право. Разглеждано като твърдение относно правното положение, такова признание от страна на ответника би било издържано и вътрешно безпротиворечиво. Така например няма пречка ответникът да признае иска за главницата, като същевременно оспори претенцията за присъждане на неустойка, дължима за забава в изпълнението на главничното задължение поради нищожност само на неустоечната клауза. Аналогична е хипотезата, при която ответникът прави признание по всички съединени искове, но по преценка на съда валидно е само признанието по обуславящия иск, но невалидно е признанието по обусловения иск. С оглед на горното, и тук изглежда приемливо и препоръчително да се приеме, че съдът може да постанови различни видове решения по съединените искове.

2.1.5. Не би било допустимо признание на ответника по иска, който е с предмет обусловеното право, съчетано с оспорване на този, който има за предмет обуславящото право. Това е така, защото оспорването на обуславящото право иманентно включва в себе си и оспорване на обусловеното, доколкото първото е една от положителните предпоставки за съществуването на второто. Поради това, дори формално ответникът да е заявил, че признава иска с предмет обусловеното право, но оспорва този с предмет обуславящото, същинско признание всъщност липсва по който и да е от съединените искове. Поради това съдът следва да продължи съвместното им разглеждане по състезателен ред, като постанови типични решения по всички съединени искове.

2.2. Ищецът може да предяви в една искова молба **няколко иска, съединени в условията на евентуалност**. При евентуалното ОСИ единият иск се предявява като главен и по него ищецът иска безусловно решение и защита, а защитата и решение по евентуалния се иска само при отхвърляне на главния иск¹⁰.

¹⁰ Вж.: Сталев, Живко и др. Цит. съч., с. 433 и сл.

Типично за съотношението между предметите на главния и евентуалния иск, когато те са предявени от един и същ ищец срещу един и същ ответник, е това, че е налице зависимост между спорните права, която се означава като такава от отрицателен тип¹¹. Характерно за този тип зависимост е това, че възникването и съществуването на правото, което е предмет на главния иск, изключва възможността за възникването и съществуването на правото, което е предмет на евентуалния иск. Именно тази връзка води до невъзможност за едновременно уважаване на двата иска, съответно – именно поради това ищецът не би могъл да иска едновременно (кумулятивно) защита и по двата иска. В този случай ищецът заявява като безусловно правното си твърдение по главния иск и иска от съда то да бъде потвърдено в съдебно решение за уважаването на този иск, а твърдението за съществуване на правото по евентуалния иск се предявява и поддържа като евентуално, като неговото потвърждаване в съдебно решение се иска при условие, че съдът отхвърли като неоснователен главния иск.

2.2.1. Изтъкнатото съотношение между предметите на главния и на евентуалния иск навежда на извода, че ответникът по тези искове не би могъл едновременно да признае и двата иска – и главния, и евентуалния. Подобно изявление на ответника би било вътрешно противоречиво, поради което не би съдържало в действителност ясно твърдение относно правоотношенията между страните по който и да е от съединените искове. Подобно неясно и поради това невалидно би било признание на иска за нищожност на договора и едновременно на този за развалянето на същия договор поради неизпълнение от ответника.

2.2.2. Възможно е ответникът да признае главния иск и едновременно с това да оспори евентуалния. В този случай, доколкото резултатът по главния иск – постановяването на решение основано на признанието, с което този иск се уважава, би удовлетворил интереса на ищеца, той може да поиска постановяването на решение по чл. 237 ГПК по този иск. При това, изобщо няма да се стигне до постановяване на решение по евентуалния иск поради това, че не се е сбъднало условието, под което ищецът е искал решение и защита по този иск. В този случай, следователно, делото ще завърши само с едно решение при признание на главния иск.

2.2.3. Интересно е да се анализира и възможността ответникът да оспори главния иск, но да признае евентуално съединения с него. С оглед на правното твърдение на ответника, подобно признание би могло да бъде вътрешно безпротиворечиво. Ответникът би могъл да оспори иска за нищожност на договора, но да признае този за неговото разваляне поради допуснатото от негова страна неизпълнение, или да оспори иска за присъждане на неустойка, но да признае евентуално съединения с него иск за присъждане на законна лихва.

Въпреки горното, като че ли в този случай признанието по-скоро не би могло да послужи като основание за съда, при отхвърляне на главния иск,

¹¹ Вж. за този тип зависимост: **Стамболиев**, Огнян. Цит. съч., с. 58 и сл.

да постанови решение при признание на евентуалния. Няколко съображения предпоставят тази невъзможност.

Първият аспект, който изпъква, е свързан с липсата на пълно съвпадане в правните твърдения на ищеца и на ответника, което поставя под съмнение наличието на признание на иска. При разглежданата връзка между съединените искове, безусловното твърдение на ищеца, обективизирано в исковата молба, е, че съществува правото по главния иск. Под условие, ако съдът приеме, че този иск е неоснователен, ищецът вече заявява втора теза – че съществува правото по евентуалния иск. Към момента на предявяването на исковите, обаче, безусловната теза на ищеца е за съществуването на правото по главния, съответно – за несъществуване на правото по евентуалния иск. Каква е насрещната теза на ответника, обективизирана в оспорване на главния иск и признание на евентуалния? Тезата на ответника, която той поддържа безусловно, е за съществуване на правоотношението по евентуалния иск, съответно за несъществуване на това по главния иск. Поради изложеното, би могло основателно да се поддържа, че не е налице пълно съвпадане в правните твърдения на двете лица. Напротив, с оглед на зависимостта на правото по евентуалния иск от това по главния, оспорването на главния иск манифестира спор между страните по съществуващото между тях правно положение. Този спор засяга поради изтъкнатите връзки на зависимост и съществуването на правото по евентуалния иск, поради което съдът не може да бъде ограничен или лишен от възможност за преценка за неговата основателност, което означава, че той ще следва да постанови типично решение и по този иск.

Освен горното, в разглежданите случаи признанието на ответника би следвало да се подложи на допълнителна преценка относно това, дали оспорването на главния иск не съдържа в себе си и оспорване по факти, които са от значение и за евентуалния иск. Ако това е така, то би довело на самостоятелно основание до извод за недопустимост на постановяването на решение по чл. 237 ГПК по евентуалния иск. Тук би трябвало да се съобрази, че при някои хипотези на евентуално ОСИ между съединените искове е налице идентичност в основанието на исковите (претенция за присъждане на закупена вещ или за присъждане на нейната равностойност, ако вещта е разрушена), респ. идентичност в петитума на исковите (евентуално съединени искове за връщане на дадена вещ, придобита по договор за дарение, съответно – въз основа на придобивна давност). В тези случаи при оспорването на главния иск от страна на ответника, съдът следва, на основата на събрания по делото фактически и доказателствен материал, при постановяване на решението си по главния иск, да установи в мотивите и съответния общ елемент. При това е възможно да приеме, че именно той не е установен по делото. При подобно отричане на общия елемент, съдът би следвало да отхвърли не само главния, но и евентуалния иск, за който този елемент също е от значение. Поради това, допълнително в тези хипотези, правото и задължението на съда да формира собствени

изводи по този общ елемент изключва обвързаността му от признанието по евентуалния иск. Това насочва към извода, че в тези случаи признанието на иска не е годно да породи последиците по чл. 237 ГПК.

Следователно, в разглежданата хипотеза на признание по евентуално предявления иск, като единствено приемлива възможност за постановяване на решение по реда на чл. 237 ГПК се очертава тази – ищецът да заяви едновременно, че десезира съда с главния иск¹² и иска постановяването на решение по евентуалния, основано на извършеното признание.

2.2.4. Горните съображения са относими и при обсъждането на въпроса, дали в хипотезата на евентуално ОСИ ответникът на свой ред може да направи признание и на двата иска, но не едновременно, а в условията на евентуалност. Това би изглеждало по следния начин – признава главния иск, а ако той бъде отхвърлен, признава евентуалния.

В този случай относно безусловното признание по главния иск разсъжденията не са по-различни от предложените по-горе. По-конкретно, ако съдът приеме за валидно признанието по главния иск и ищецът поиска решение по реда на чл. 237 ГПК, съдът ще постанови такова решение, като до произнасяне по евентуалния иск изобщо няма да се стигне.

По отношение на евентуалното признание по евентуалния иск, хипотезата е доста по-проблематична. Това, което следва да се съобрази е, че до

¹² Тук десезирането би следвало да се предприеме изрично и едновременно с искането за постановяване на решение при признание по евентуалния иск. То ще се предприеме като евентуално процесуално действие – при условие, че съдът приеме за валидно признанието на евентуалния иск и за допустимо постановяването на решение при признание по този иск. Интересен е въпросът, дали ищецът може в тази хипотеза както да оттегли главния си иск, така и да направи отказ от него. С оглед на съотношението между правата, които са предмет на двата иска, в този случай оттеглянето на главния иск изглежда проблематично, доколкото при него ищецът не се отказва изобщо от правното си твърдение и възможността да го предяви отново впоследствие. Безусловното искане за решение и защита по евентуалния иск, обаче предполага, че ищецът окончателно се е отказал от защита по главния иск. Поради това изглежда по-издържано разбирането, че точно в тази хипотеза ищецът би могъл да използва само отказа от иск като десезиращ способ по отношение на главния иск, доколкото при него той окончателно се разпорежда с правото си на защита по предмета на този иск. Изложеното може да се поддържа и при двете разбирания, застъпени в теорията по отношение на същността и последиците на отказа от иск – че той поражда специфична СПН относно несъществуването на правото, което е предмет на иска (вж. **Сталев**, Живко, **Анелия Мингова**, **Огнян Стамболиев**, **Валентина Попова**, **Ружа Иванова**. Цит. съч., с.464 и сл.), съответно – че не поражда СПН, но води до погасяване на правото на иск на ищеца по предмета на иска поради предприетото от него разпореждане с това право (**Мингова**, **Анелия**. Цит. съч., с. 231 и сл.). С оглед на действащата уредба, в която се препотвърди законодателната воля при направен отказ от иск съдът да не постановява съдебно решение, а да прекрати делото, именно второто разбиране по-точно отразява разликата между двете хипотези – на отхвърляне на иска със съдебно решение, и на прекратяване на делото без съдебно решение.

активиране на това признание би могло изобщо да се стигне, на първо място, при невалидност на признанието по главния иск. В тази хипотеза се оказва, че е направено само едно валидно признание по евентуалния иск, което означава, че са важими изложените по-горе разсъждения. Втората възможност е ищецът да поиска типично решение по главния иск, а при неговото отхвърляне – решение при признание по евентуалния. Тук вече следва да се съобрази аргументацията, свързана с това, че правомощието на съда за постановяване на типично решение, свързано с преценка и собствени изводи относно правното положение по главния иск, изключва обвързаността му от признанието по евентуалния иск, поради което подобно признание не би могло да послужи като основание за постановяване на решение по чл. 237 ГПК.

2.3. По отношение на *алтернативното ОСИ* има известни различия в теорията и в практиката. Утвърденото в процесуалната теория разбиране по отношение на алтернативното ОСИ е, че то е налице, когато ищецът иска защита и решение по един (който и да е) от съединените искове. Поради това, при уважаване на един от исковете, съдът не дължи постановяването на решение по останалите. Решение по всички съединени искове се дължи само в случай, че съдът ги отхвърли¹³. Застъпва се и друго разбиране, съгласно което решение се дължи по всеки от алтернативно съединените искове, поради което за този вид съединяване се приема, че заема „междинно положение между исковете, предявени при кумулативно и евентуално съединяване“¹⁴.

От гледна точка на предметите на съединените в алтернативност искове, характерно е това, че при тях има или конкуренция в основаниято (правопроезодящия фактически състав), или конкуренция в петитума (съдържанието на правата) на предявените искове¹⁵.

2.3.1. С оглед на първото разбиране, ответникът (аналогично на изложеното по-горе относно евентуалното ОСИ) не би могъл да признае едновременно всички съединени искове, защото признанието би било несъвместимо с характера на правата, които са предмет на съединените искове, които не могат едновременно да съществуват, и искането за защита и решение само по един от исковете. Съответно, при признание само на един от алтернативно съединени искове, ищецът би могъл незабавно да поиска решение, основано на извършеното признание, като десезира съда с останалите искове. По-общо, относно алтернативното ОСИ и признанието на иска, с оглед на това разбиране, проблемите, които поставя признанието на иска следва да бъдат разрешени аналогично на изложеното по отношение на евентуалното ОСИ.

¹³ Така: **Стамболиев**, Огнян. Цит. съч., с. 77 и сл.

¹⁴ **Пунев**, Благовест. В: **Пунев**, Благовест и др. Цит. съч., с. 372.

¹⁵ Вж. **Стамболиев**, Огнян. Цит. съч., с. 77 и сл.

Горното разбиране относно алтернативното ОСИ се възприема и в съдебната практика. Така в Определение № 586 от 14.10.2010 г. по ч. гр. д. № 476/2010 г., ГК, IV г.о. на ВКС е прието, че в исковата молба ищецът е предявил съединени иски в условията на алтернативност, като съединяването е допустимо, тъй като ищецът разполага с различни притезания за заплащане на сумата, а именно уговорена в договора за наем неустойка за използването на наетия имот след изтичане на срока на договора, неизплатена наемна цена или обезщетение за ползване на имота след изтичане на наемния срок. Същият е заявил изрично, че му е безразлично на кое от тези конкуриращи се притезания ще получи дължимата престация, като е предоставил на съда да уважи само един от съединените иски¹⁶.

2.3.2. Второто разбиране относно алтернативното съединяване на иски може да се открие например в Тълкувателно решение № 114 от 01.09.1963 г. по гр. д. № 95/1963 г., ОСГК на ВС в частта, в която се приема, че „по начало е допустимо алтернативното съединяване на иска за собственост на движими вещи с иска за заплащане на тяхната равностойност поради следните съображения: Както се каза по-горе, това се отнася до хипотезата, при която вещта е налице, а се иска нейната ревандикация или нейната равностойност. Правото на избор в случая е предоставено на ответника. Той е, който ще избере по кой от двата начина да погаси своето задължение“¹⁷. Допълнително се пояснява, че това важи само в тези случаи, при които за прехвърлянето на собствеността върху вещта не е необходима специална форма. В горното ТР тази възможност се разглежда като различна от случая на предявяване като главен на иска за присъждане на движимата вещ, а ако тя е погинала, като евентуален, на този за присъждане на нейната равностойност.

В разглежданата хипотеза, следователно, се оказва, че от волята на ответника зависи какво да престира – вещта, или нейната равностойност. Този избор той би следвало да реализира при изпълнение (доброволно или принудително) на осъдителното решение. Въпросът е, дали ответникът би могъл да направи посочения избор, като признае един от двата алтернативно съединени иски. Като че ли отговорът следва да е по-скоро отрицателен. При този вид съединяване на иски, както става ясно от приетото в горното тълкувателно решение, ищецът иска решения и защита и по двата иски, което е характерно за кумулативното ОСИ, но осъждането в този случай е в условията на алтернативност, а не в условията на кумулативност. С оглед на това, при признание само на един от алтернативно съединените иски ищецът несъмнено би могъл да поиска постановяването на решение по този иск въз основа на направеното признание, като десезира съда с другия. Въпросът е обаче, дали ищецът може, без да десезира съда, да се възползва от направеното признание

¹⁶ Цит. по ПИСС-СИЕЛА Нет.

¹⁷ Цит. по ПИСС-СИЕЛА Нет.

на иска? Той има интерес от този вид съединяване и по-скоро от този вид алтернативно осъждане, защото то би му позволило, при липсата на доброволно изпълнение от страна на ответника, да пристъпи към принудително изпълнение относно която и да е от двете престации. Това не е така в случай, че има осъдителен диспозитив само по отношение на равностойността на вещта. В този случай ищецът би бил ограничен до изпълнение само на паричното притезание, но няма да може да иска предаване на движимата вещ. Ако пък ищецът получи осъждане само относно предаването на движимата вещ, той ще може да иска изпълнение на паричното притезание за нейната равностойност, ако вещта не се намери у длъжника (ответника), или е развалена, но в този случай тази равностойност ще се определи по друг ред – чл. 521, ал. 2 и ал. 3 ГПК. Следователно, ищецът има интерес от произнасяне и по двата съединени иска. При признание на един от тях обаче, очевидно е, че съдът няма да може да постанови решения по чл. 237 ГПК и по двата иска. Разделянето на двата иска в отделни производства точно в тази хипотеза също няма да е допустимо. Поради това, като че ли в разглежданата хипотеза няма да е възможно постановяването на решение при признание на иска, освен ако самият ищец, както се посочи по-горе, не десезира съда с другия (непризнатия) иск.

С оглед на спецификите точно на тази хипотеза на ОСИ, ответникът би могъл да признае и двата иска, т.е. да признае както иска за присъждане на вещта, така и този за нейната равностойност, като кумулативното признание и на двата иска, изрично или имплицитно, ще се отнася и до заявеното от ищеца искане за алтернативно осъждане. В този случай съдът ще може да постанови решения по чл. 237 ГПК и по двата иска, като не произнасянето, а постановеното осъждане на ответника ще е в условията на алтернативност.

3. Характерно за регламентираните в чл. 211 ГПК и чл. 212 ГПК форми на последващо ОСИ е това, че и тук страни по предявените искове са едни и същи лица.

3.1. В чл. 211 ГПК е регламентиран *насрещният иск* (НИ) като форма за последващо ОСИ, специфичното за която е това, че е между страните по първоначалния иск, но с разменени процесуални позиции – ищец по този иск е първоначалният ответник, а ответник по него е първоначалният ищец.

Насрещният иск (НИ) може да бъде съединен с първоначалния както кумулативно¹⁸, така и евентуално¹⁹.

¹⁸ Такова е съединяването по Решение № 7980 от 18.12.2018 г. по в. гр. д. № 11697/2017 г. на Софийски Градски съд, където е предявен и признат първоначален иск за заплащане на възнаграждение по договор за изработка и предявен кумулативно НИ за насрещно парично вземане на ответника срещу ищеца. Цит. по: <http://web6.cielanet.net/Document>.

¹⁹ Такова е съединяването по Решение № 69 от 01.07.2016 г. по гр. д. № 42/2016 г. на Районен съд – Трявна, където е предявен и признат първоначален иск за разваляне на дого-

3.1.1. При кумулативното съединяване на НИ с първоначалния са възможни различни съотношения между предметите на съединените искове.

Възможно е правото на ответника, което е предмет на НИ, да е несъвместимо с правото на ищеца по първоначалния иск – когато тези права взаимно се изключват и не могат да съществуват едновременно в пълен обем. Такава би била хипотезата например при образувано производство по положителен установителен иск за собственост върху вещ, в рамките на което ответникът предявява насрещен ревандикационен иск относно процесната вещ. В този случай съотношението на взаимно изключване между правата, които са предмет на исковите претенции, води до невъзможност за едновременното уважаване на тези претенции, съответно – до недопустимост на едновременното признание на двата иска с оглед липсата на яснота относно твърдяното от страните правно положение. Поради това в подобна хипотеза остава да се прецени допустимостта на признание на първоначалния иск от ответника по него или на признанието на насрещния иск от ответника по него. Подобно признание би означавало, че страната, която признава предявения срещу нея иск (например при признание от ищеца по предявения срещу него насрещен ревандикационен иск), се отказва да поддържа своята искова претенция (за установяване в своя полза на право на собственост върху процесната вещ). Това може да е съпътствано с десезиране на съда с тази претенция, което би позволило постановяването на решение по реда на чл. 237 ГПК по признатия иск. При липсата на десезиране, обаче, съдът ще следва да постанови типично решение, чието съдържание ще бъде обусловено от събрания по делото доказателствен материал по непризнатия иск. Това, поне теоретично, означава, че съдът би могъл да уважи този иск, което би довело до отхвърляне на претенцията по признатия иск. С оглед на това, се налага изводът, че съдът ще следва да постанови типични решения и по двата съединени иска, доколкото не следва да бъде лишен и ограничен в правомощието си за преценка на основателността на признатия иск. Следователно, не би било приемливо разбирането, че той ще бъде обвързан от подобно признание.

3.1.2. Възможно е, на следващо място, правата, които са предмет на първоначалния и на насрещния иск, съединен кумулативно с първоначалния, да са независими помежду си, което означава, че те биха могли да съществуват едновременно. В този случай няма пречка да бъдат признати и двата иска от ответниците по тях, като няма пречка и да се постановят едновременно решения по реда на чл. 237 ГПК и по двата²⁰. Такава би била хипотезата, при която

вор за прехвърляне на недвижимия имот срещу поето задължение за гледане и издръжка, и предявен в условията на евентуалност НИ за присъждане на обезщетение за извършените подобрения в прехвърления недвижим имот. Цит. по: <http://web6.cielanet/Document>

²⁰ Такава е именно хипотезата, при която е постановено Решение № 175 от 09.12.2013 г. по гр. д. № 427/2012 г. на Районен съд – Сливница. Цит. по: <http://web6.cielanet/Document>

ответникът предявява срещу ищеца свое право, компенсиремо с правото на ищеца по първоначалния иск. Тук принципно са важими същите съображения, изтъкнати по-горе, относно хипотезата, при която кумулативно съединените искове са предявени с обща искова молба по чл. 210 ГПК, като ще следва да се прецени и наличието на общи факти между съединените искове, доколкото една от хипотезите, при които НИ се приема за общо разглеждане с първоначалния, е именно наличието на връзка между неговия и на първоначалния иск предмети.

3.1.3. Възможно е НИ да е предявен като евентуален спрямо първоначалния. По този начин се съединява претенцията на ответника по ревандикационен иск за присъждане на обезщетение за подобрения върху ревандикираната вещ. Специфичното е това, че тук вътрешно процесуалното условие, под което се иска защита и решение по НИ, не е отхвърлянето, а напротив – уважаването на първоначалния иск, защото именно в хипотезата на неговото уважаване постановеното решение е неблагоприятно за ответника, поради което в този случай се активира неговият интерес от получаването на защита по НИ. Тази специфика на евентуалния НИ намира отражение в това, че с оглед на предметите на първоначалния и на насрещния иск е възможно и допустимо едновременно уважаване на тези искове. Поради тази особеност, дори и в хипотезата на евентуално предявен НИ е възможно едновременно да се предприеме признание както от ответника по първоначалния иск, така и от ответника по НИ. Съответно, възможно и допустимо би било съдът да се произнесе и по двата иска със съдебно решение, постановено по реда на чл. 237 ГПК.

3.1.4. Интересни въпроси възникват, когато признание се направи само от ответника по първоначалния иск, съпътствано с оспорване от ответника по НИ в последните две хипотези, обсъдени по-горе. От гледна точка на съотношението между предметите на съединените искове в тези случаи това би било възможно и вътрешно безпротиворечиво. Прегледът на съдебната практика сочи, че при признание и искане за постановяване на решение, основано на него, само по първоначалния иск съдилищата не се колебаят и приемат за допустимо постановяването на решение при признание по този иск. Различна е обаче практиката по отношение на НИ. Преобладаващо в тези случаи съдилищата едновременно в един акт постановяват решение при признание по първоначалния иск и типично решение по НИ²¹. По-ограничени са случаите, при които съдилищата при признание по първоначалния и оспорване по НИ с определение отделят последния в отделно произ-

²¹ Тази практика се наблюдава и при кумулативно (вж. напр. Решение № 6079 от 10.05.2016 г. по гр. д. № 62996/2014 г. на Софийски Районен съд), и при евентуално съединен НИ (вж. напр. Решение № 69 от 01.07.2016 г. по гр. д. № 42/2016 г. на Районен съд – Трявна. Цит. по: <http://web6.cielanet.net/Document>).

водство²². В разглежданата хипотеза по-издържано изглежда разбирането, че при признание по първоначалния иск и едновременно предявяване на НИ още в отговора на исковата молба, последният би могъл да се приеме за общо разглеждане при оспорването му от ищеца (като ответник по НИ), само ако ищецът не направи искане за постановяване на решение, основано на признанието по първоначалния иск. Съответно, ако ищецът се позове на направеното признание, и поиска постановяването на нетипично съдебно решение, това по-скоро следва да доведе до разделяне на исковете в отделни производства, съгласно чл. 211, ал. 2 ГПК с оглед необходимостта по НИ да се проведе съдебно дирене и устни състезания, каквото няма да се провежда по признатия първоначален иск.

3.1.5. Относно възможността за признание само от ответника по НИ, съчетано с оспорване по първоначалния иск в хипотезата на кумулативно съединен НИ с предмет права, които са съвместни с тези по първоначалния иск, важи изложеното по-горе относно признанието при кумулативно съединяване на искове с обща искова молба при липса на обусловеност между техните предмети, което означава, че би било допустимо решение при признание по този иск²³.

При евентуално съединяване следва да се вземе предвид обуславящият характер на първоначалния спрямо НИ, което навежда на извода, че по-скоро съдът не би могъл да се произнесе с решение по реда на чл. 237 ГПК по НИ, доколкото изходът по този иск е в зависимост от решението по първоначалния. С оглед на това, съдът ще следва да постанови типични решения и по двата иска.

3.2. В чл. 212 ГПК е регламентиран *инцидентният установителен иск*. Характерно за тази форма на последващо ОСИ е това, че между предмета на първоначалния и на инцидентния иск винаги съществува зависимост, но съединяването винаги е кумулативно.

3.2.1. Условие за допустимост на инцидентния установителен иск е наличието на оспорване по преюдициалното право или правоотношение. Поради това, не изглежда да е допустимо едновременното извършване и на двете действия – признание по преюдициалното правоотношение и предявяване на инцидентен иск по него. Подобно признание би изключило допустимостта на инцидентния иск независимо дали същият се предявява от признаващата преюдициалното право страна, или от насрещната. Така например, ако ответникът в отговора на исковата молба признае преюдициалното право, наведено от ищеца в исковата молба, нито ответникът, нито ищецът биха могли да предявят инцидентен иск с предмет това право.

²² Така например е процедирал първоинстанционният съд, видно от мотивите към Решение № 6079 от 10.05.2016 г. по гр. д. № 62996/2014 г. на Софийски Районен съд. Цит. по: <http://web6.ciela.net/Document>

²³ Такава е хипотезата, при която е постановено Решение № от 10.03.2014 г. по гр. д. № 51159/2012 г. на Софийски Районен съд. Цит. по: <http://web6.ciela.net/Document>

Независимо от изложеното, допустимостта на признание по инцидентния иск не може да се изключи изобщо, защото е възможно страните да променят първоначално заетите си позиции по време на разглеждането на делото. В този случай признанието по инцидентния иск няма да е от естество да заличи интереса от вече заявения спор по неговия предмет, поради което съдът би следвало да постанови решение, ползващо се със СПН.

3.2.2. Инцидентният установителен иск се предявява за установяване на съществуването или несъществуването на правоотношение, от което зависи правото или правоотношението, което е предмет на първоначалния иск. В този случай е налице връзка на обусловеност между предмета на инцидентния и на първоначалния иск. Така например, ако първоначалният иск е за осъждане на ответника да плати обезщетение за ползване без основание на имот, собственост на ищеца, преюдициално е правото на собственост на ищеца, чието съществуване обуславя притезанието за присъждане на обезщетение. Поради това в този случай ищецът при оспорване на преюдициалното правоотношение от ответника, би предявил положителен установителен иск за неговото съществуване, докато ответникът би предявил отрицателен иск за установяване на несъществуването му. Независимо от това, при тази форма на ОСИ съдът винаги дължи решение и по двата иска – и по инцидентния, и по първоначалния, което характеризира съединяването като кумулативно. Това е така, защото в тези случаи за предявяващата инцидентния иск страна е налице възможност от получаване на защита едновременно и по двата иска.

3.2.3. Когато *ищецът предявява инцидентен установителен иск*, процесуалните роли на страните по съединените искове (първоначалния и инцидентния) са едни и същи.

Доколкото инцидентният установителен иск, когато се предявява от ищеца, може да бъде уважен едновременно с първоначалния, то в разглежданата хипотеза ответникът би могъл да признае и двата иска едновременно, тъй като и по двата има позицията на ответник, съответно, тъй като и по двата иска би могло да се постанови решение за тяхното уважаване.

Възможността на ответника да признае само един от двата съединени иска – само първоначалния, или само инцидентния, следва да се прецени като се съобрази връзката между предметите на тези искове, като тук разрешенията са аналогични на изложените вече по-горе относно хипотезата на кумулативно ОСИ между искове с предмети, намиращи се в обусловеност помежду си. При това може да се приеме, че би било допустимо признание на инцидентния установителен иск, съчетано с оспорване на първоначалния, но не и обратното. Това е така, защото правото, което е предмет на инцидентния иск е едно от условията за съществуването на правото, което е предмет на първоначалния иск. Поради това няма пречка първоначалният иск да бъде оспорен, като ищецът оспори някой от останалите елементи, който е от значение за

неговото уважаване. Признанието на първоначалния иск обаче, означава иманентно съгласие по това, че са налице всички условия за неговото уважаване, което означава, че са налице и условията за уважаване на инцидентния иск на ищеца, поради това подобно признание би било недопустимо, ако е съпътствано от оспорване по инцидентния иск.

3.2.4. При *предявяване на инцидентен установителен иск от ответника*, отново се стига до кумулативно ОСИ, при което първоначалните страни разменят ролите си на ищец и на ответник. В този случай особеното е това, че двата иска не могат едновременно да бъдат уважени – не би могло едновременно да се уважи отрицателният установителен иск на ответника, че ищецът не е собственик на вещта и същевременно да се уважи претенцията на ищеца за присъждане на обезщетение за вреди или за ползване на същата тази вещ. В този случай съединяването отново е кумулативно, защото няма пречка ответникът да получи защита и по двата иска едновременно, което означава, че е допустимо да се уважи инцидентният му отрицателен иск, като едновременно с това се отхвърли първоначалният иск на ищеца. Възможно ли е тук да се направят признания от ответниците и по двата иска? С оглед на това, че в този случай не може да се стигне до едновременното уважаване и на двата иска, то не биха били допустими и едновременни признания от ответниците по тях.

В разглежданата хипотеза на предявен инцидентен установителен иск от ответника, особеното е това, че не изглежда допустимо признание по един от съединените искове, в случай че признаващата страна продължи да поддържа правното си твърдение и позиция по другия иск. Ако ответникът признае първоначалния иск, това иманентно би означавало, че той вече не поддържа правното си твърдение по инцидентния установителен иск. Аналогично на изложеното по-горе, при подобно поведение на ответника, признанието му би могло да се счете за валидно само в случай, че е предприето едновременно с десезиране на съда с инцидентния иск. При липсата на десезиране с инцидентния установителен иск, съдът ще следва да постанови типично решение по този иск, като това решение ще е от значение за решението по първоначалния иск. Поради това съдът нито би следвало да разделя исковете в отделни производства, нито би могъл да положи направеното признание в основата на решение по чл. 237 ГПК по първоначалния иск.

Предприето признание от първоначалния ищец в качеството му на ответник по инцидентния иск би означавало, че ищецът изоставя правното си твърдение по първоначалния иск. Ако признанието по инцидентния иск е съпроводено с десезиране на съда с първоначалния, това ще позволи делото по инцидентния да завърши с решение, основано на признанието, съпътствано с прекратяване на производството по първоначалния иск. Постановяването на решение при признание по инцидентния иск е мислимо и при липсата на десезиране на съда с първоначалния. В такъв случай съдът в един акт или след разделяне на исковете в отделни производства, ще постанови решение

при признание по инцидентния иск и типично решение за отхвърляне на първоначалния.

4. Законът регламентира и няколко хипотези, при които се стига до обективно съединяване на искове, предявени между различни главни страни.

4.1. Такава е предвидената в чл. 219, ал. 3 ГПК възможност за предявяването на **обратен иск** от главната подпомагана страна срещу третото лице, конституирано като неин помагач. С оглед на съотношението между предметите на първоначалния и на обратния иск, последният в типичната хипотеза се предявява като евентуален спрямо първоначалния.

Освен изложеното относно вида на съединяването на исковете, при тази форма на последващо ОСИ възникват специфични въпроси, свързани с участието на третото лице като подпомагаща страна, като специфички се наблюдават и с оглед на това, дали става въпрос за помагач на ищеца или на ответника.

При обсъждането на тази форма на последващо ОСИ следва да се държи сметка за това, че съгласно чл. 221, ал. 1 ГПК подпомагащата страна не може да предприема действия, представляващи разпореждане с предмета на спора по първоначалния иск, по който иск тя има ролята на допълнителна страна. Признаването на исканията на другата страна изрично е регламентирано в чл. 34, ал. 3 ГПК като разпоредително действие, поради което то не може да се предприема валидно и самостоятелно от третото лице-помагач. Същевременно, не би могла да се приеме за релевантна волята на помагача по отношение на предприемането на такива разпоредителни процесуални действия от главната подпомагана страна. Това следва да е така, независимо дали третото лице е встъпило, или е било привлечено в делото. Обратното би означавало, че с участието си помагачът ограничава процесуалните възможности на главните страни за разпореждане с предмета на делото, което не е приемливо и не следва от уредбата на този институт. Не следва нещо по-различно и от правилото, регламентирано в чл. 221, ал. 2 ГПК, което предвижда, че при противоречие между действията и обясненията на третото лице и главната страна, съдът ги преценява във връзка с всички обстоятелства по делото. При постановяването на решение при признание на иска единствените предпоставки, които обсъжда съдът са тези по чл. 237 ГПК, като тези предпоставки не подлежат на преценка с оглед на събрани доказателства по делото. Поради това предпочитание би следвало да се даде на разбирането, че нито помагачът на ищеца, нито помагачът на ответника могат вместо подпомаганите страни да предприемат действията, включени във фактическия състав по чл. 237 ГПК (да признаят иск или да поискат постановяването на решение при признание на иска), съответно – те не биха могли да се противопоставят на предприемането на тези действия от главните страни и по този начин да осуетят настъпването на правните им последици, и по-специално на постановяването на решение при условията и по реда на чл. 237 ГПК.

4.1.1. При *предявен обратен иск от ищеца* срещу подпомагащата го страна, ищецът иска защита и решение по обратния иск при условие, че не получи благоприятен резултат по главния иск, т.е. при условие че този иск бъде отхвърлен.

В тази хипотеза не може да се стигне до едновременното уважаване и на първоначалния, и на обратния иск, дори формално по тях едновременно да са направени признания. Тук несъмнено превес има признанието на ответника по първоначалния иск, поради което съдът, при положителна преценка за неговата валидност, и искане на ищеца следва да постанови решение по реда на чл. 237 ГПК. При този изход на делото по първоначалния иск, решение по обратния изобщо не се дължи поради несбъждане на условието, под което ищецът е поискал такова решение.

Горното сочи, че няма пречка ответникът да признае първоначалния иск и ищецът да поиска решение по чл. 237 ГПК, при съпътстващо оспорване от страна на подпомагащата ищеца страна по обратния иск. Оспорването по обратния иск не е в колизия с признанието по първоначалния, дори напротив – то е в синхрон с него.

Не е такъв случаят, при който ответникът по първоначалния иск го оспорва, като същевременно подпомагащата ищеца страна признава предявения срещу нея обратен иск. Подобно признание не би могло да се приеме за валидно, защото в този случай липсва съвпадане в правните твърдения на ищеца и на неговия помагач (страните по обратния иск) относно един от обуславящите предмета на обратния иск въпроси. Поради това би следвало да се приеме, че подобно признание не е годно да породи последиците по чл. 237 ГПК, поради което за съда остава единствено възможността да процедира по типичния състезателен ред при разглеждането и решаването и на двата иска – първоначалния и обратния.

4.1.2. Другата възможна хипотеза е тази, при която *обратният иск е предявен от ответника* срещу третото лице, конституирано като негова подпомагаща страна. В този случай условието, под което се иска защита и решение по обратния иск, е свързано с уважаването на първоначалния. Поради това, тук едновременното уважаване на двата иска е възможно.

4.1.2.1. Горното насочва към разбирането, че при предявяването на обратен иск от страна на ответника е мислимо едновременно помагачът да признае обратния иск и ответникът да признае първоначалния. В този случай специфичното е това, че помагачът не прави самостоятелно признание на исканията на насрещната страна по първоначалния иск, което той не може да извършва предвид на забраната по чл. 221, ал. 1 ГПК. Особеното на разглежданата хипотеза се изразява в това, че признанието по първоначалния иск се прави от ответника по него, т.е. от подпомаганата главна страна, като същото е подкрепено и от помагача, който на свой ред признава предявения срещу

него обратен иск. В този случай постановеното решение по първоначалния иск, който има ролята и на главен спрямо обратния, не е от естество да породи СПН в отношенията на помагача и насрещната главна страна, защото такъв ефект има само типично решение, постановено при преценка на фактическия и доказателствен материал по делото. С оглед пък липсата на мотиви, това решение няма да породи и действието по чл. 223, ал. 2 ГПК. Обвързаността на помагача от тези последици изисква третото лице да е имало възможност да влияе със своите действия върху съдържанието на съдебното решение по първоначалния иск. Такава възможност съществува само при условие, че съдържанието на решението (по първоначалния иск) е обусловено от събраните по делото доказателства и доказателствени средства. При постановяването на решение при признание на иска неговото съдържание се предопределя от съпадащите изявления на ищеца и на ответника²⁴.

Независимо от горното, доколкото решението при признание на иска има различни предпоставки, то обвързването на помагача от посочените последици по преюдициалното правоотношение се оказва без значение с оглед на уважаването на предявения срещу него обратен иск, доколкото уважаването му в разглеждания случай се основава не на обвързаността на помагача от последиците по чл. 223 ГПК, а на направеното от него признание по обратния иск, манифестиращо съвпадане на изявленията на страните (подпомаганата и подпомагачата) по предмета на този иск. Същевременно правното твърдение, съдържащо се в тези съгласувани изявления, в разглежданата хипотеза, не влиза в противоречие и с тяхното становище по първоначалния (главния) иск. Горните разсъждения позволяват да се приеме като препоръчително разбирането, че в този случай, когато е налице съвпадане в изявленията на всички лица, конституирани като страни в делото, относно правното положение, съдът би могъл да се произнесе с решения при признание и по първоначалния, и по обратния иск²⁵.

4.1.2.2. В хипотезата на предявен обратен иск от ответника по първоначалния, е възможно признание на иска да се предприеме само от тази главна

²⁴ Повече аргументи по този въпрос са изложени в: **Цолова**, Камелия. Подпомагачата страна в съдебния исков процес, София: Сиби, 2009, с. 166-167. Посоченото разбиране относно субективните предели на СПН на решението при признание на иска спрямо трети лица се приема и в теорията – вж. напр. **Сталев**, Живко, **Анелия Мингова**, **Огнян Стамболиев**, **Валентина Попова**, **Ружа Иванова**. Цит. съч., с. 454, както и в съдебната практика – вж. напр. Решение № 252 от 11.04.2017 г. по т. д. № 2822/2015 г., ТК., II т. о. на ВКС, в което се приема следното: „Силата на пресъдено нещо на решението, основано на признание на иска, обвързва само насрещните главни страни и техните правоприменици, но не се разпростира спрямо подпомагащите страни и третите лица, които не са могли да влияят върху съдържанието на решението.“ Цит. по: <http://web6. ciela.net/Document>

²⁵ Именно в такава хипотеза е постановено Решение № от 09.01.2015 г. по гр. д. № 23070/2014 г. на Софийски Районен съд. Цит. по: <http://web6. ciela.net/Document>

страна по първоначалния иск, при съпътстващо оспорване по обратния иск от подпомагащата я страна или дори само при липсата на признание по този иск. В този случай, ако ищецът поиска постановяването на решение по първоначалния иск, основано на извършеното признание от ответника (подпомаганата страна – ищец по обратния иск), обратният иск следва да бъде разделен и по него би трябвало да се образува отделно производство, което да протече състезателно²⁶. В тази хипотеза би следвало да се приеме за допустимо поста-

²⁶ Прегледът на съдебната практика сочи, че се срещат решения, в които съдилищата процедират по различен начин именно при признание по главния иск и оспорване или липса на становище по обратния. Така например от мотивите и диспозитива на Решение № 32 от 15.01.2018 г. по гр. д. № 4756/2017 г. на Районен съд – Русе, става ясно, че по делото ответникът е признал предявения иск с основание чл. 45 ЗЗД в откритото заседание след допуснатото изменение (намаление) на размера на този иск, като ищецът е поискал да се постанови решение при условията на чл. 237 ГПК, което искане съдът е уважил, като е постановил решение за уважаване на този иск на основание направеното признание. Същевременно, ответникът е предявил обратен иск срещу застрахователното дружество, привлечено от него като трето лице-помагач. По обратния иск застрахователното дружество не е подало отговор, не е участвало в откритото заседание и изобщо не е предприело никакви процесуални действия, включително не е признало обратния иск. При това положение съдът в един акт е уважил първоначалния иск въз основа на признанието на ответника, и се е произнесъл по обратния иск с типично решение. Обратният иск също е уважен частично до присъдения по първоначалния иск размер, като в мотивите съдът се е позовал на наличието на валидно сключен договор за застраховка „Гражданска отговорност“ с третото лице-помагач, и на уважаването на първоначалния иск до поддържания след изменението размер. При аналогична хипотеза съдът в Решение № 1207 от 06.12.2018 г. по гр. д. № 4117/2017 г. на Районен съд – Велико Търново, е приел, че признанието на иска от ответника – застрахованото лице, е недействително поради противоречие с чл. 434, ал. 1 от Кодекса за застраховането, съгласно която спогодбата между увреденото лице и застрахования, както и признаването на задължението от застрахования имат действие за застрахователя, ако той ги одобри. Поради това съдът е отказал постановяването на решение при признание на иска и е постановил разглеждане и на двата иска по типичния, състезателен ред. – Цит. по: <http://web6.cielanet.net/Document>. Все пак би могло да се дискутира, дали подобно признание не е действително по отношение на увреденото лице. Вярно е, че признанието на задължението от застрахования няма действие по отношение на помагача (застрахователя), когато не го е одобрил, като същевременно помагачът не би бил обвързан и от решението, основано на признанието по първоначалния иск. Това обаче не повлича нищожност на тези действия спрямо увреденото лице. В правната литература, макар и при действието на отменения КЗастр., се посочва, че: „Спогодбата между увредения и застрахования, както и признаването на задължението от застрахования имат действие за застрахователя, ако той ги одобри (чл. 228, ал. 1 КЗастр.)“. Това правило почива на идеята, че правният акт между страните нито вреди, нито ползва други (трети) лица (*res inter alios acta neque nocetq neque predest*). Същата идея стои в основата на разпоредбата на чл. 224, ал. 2 КЗастр., където е казано, че при предявен иск от увредения застрахованият е длъжен да иска привличане на застрахователя в процеса. По този начин съдебното решение ще може да се противопостави на застрахователя.“ – Герджиков, Огнян. Търговски сделки. 3. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2008, с. 220. Поради това би могло да

новяването на решение при признание по първоначалния иск, независимо от оспорването на помагача на ответника. Това е така, защото, както се посочи, обратното разбиране би означавало, че с участието си по делото помагачът ограничава процесуалните възможности на главните страни от предприемане на разпоредителни процесуални действия, което не следва от законовата уредба.

Поради това следващият въпрос, който следва да се обсъди е този, как следва да процедира съдът в подобна ситуация, така че да не засегне нито интереса на главните страни, и особено на ищеца, от бързото и икономично разрешаване на спора по първоначалния иск, без същевременно да се накърнят правата на помагача, който оспорва предявения срещу него обратен иск, съединен евентуално с първоначалния. Като че ли най-удачно би било отделянето на обратния иск в отделно производство, като в подкрепа на това предложение могат да се наведат няколко съображения.

От една страна, когато ответникът по първоначалния иск го признае, и съдът въз основа на искане на ищец пристъпи към постановяването на решение по чл. 237 ГПК, настъпват такива промени в разглеждането на делото по този иск (не се провежда съдебно дирене, не се провеждат устни състезания), които правят недопустимо участието на подпомагащата ответника страна в производството. Това е така, защото иманентно на участието на помагача е възможността за извършване на действия, които ще се ценят с оглед съдържанието на съдебното решение. Следователно, когато такива действия станат недопустими по делото, това означава, че става недопустимо и участието на подпомагащата страна, която се оказва практически лишена от възможност за защита на своя интерес по отношение на обуславящото спрямо предявения срещу нея обратен иск правоотношение.

От друга страна, разглеждането и решаването на първоначалния и на обратния иск в едно общо производство има като своя опора обвързаността на третото лице-помагач от регламентираните в чл. 223 ГПК правни последици на установеното в решението и неговите мотиви по първоначалния иск. Именно поради това, предявяването на обратен иск може да стане само срещу лице, което има по делото процесуалната роля на подпомагаща страна, а не по отношение на което и да е трето лице. Както вече беше обърнато внимание, неблагоприятното за подпомагащата страна решение по първоначалния (главния) иск, постановено поради признанието на подпомаганата главна страна (ответника) по този иск, не би могло да обвърже третото лице с нито една от

се мисли, че с отказа на съда да постанови решение, основано на признанието на иска от причинителя на вредата, се засягат правата на увреденото лице, в качеството му на ищец по първоначалния иск, от по-бързо и икономично приключване на делото по този иск с постановяване на решение по реда на чл. 237 ГПК. Следователно, и тук би трябвало по искане на ищеца по първоначалния иск за постановяване на решение по чл. 237 ГПК, обратният иск да се отдели и само по него да се проведе състезателен процес.

последниците по чл. 223 ГПК. Това означава, че защитните възможности на третото лице – ответник по обратния иск, ще следва да се запазят в пълнота с оглед на предявената срещу него искова претенция по обратния иск.

С оглед на изложеното, може да се предложи като приемливо, когато ответникът признае първоначалния иск и ищецът по него направи искане за постановяване на решение по чл. 237 ГПК, а подпомагащата страна оспори обратния, съдът да постанови изрично определение по чл. 220 ГПК, с което поради изменените обстоятелства по делото, да отмени определението си за допускане до участие на подпомагащата страна, като изключи това лице от участие в процеса. Едновременно с това, съдът би следвало да отмени и определението си за приемане за съвместно разглеждане в образуваното производство на предявения обратен иск, и да го отдели в самостоятелно производство, доколкото страните по този иск вече изгубват процесуалното качество на подпомагана и подпомагаща, което е едно от специфичните условия за допустимост на тази форма на ОСИ.

4.1.2.3. Следващата хипотеза, която може да се реализира, е тази, при която ответникът по първоначалния иск го оспорва, като се поставя въпросът, дали третото лице-помагач може да признае предявения срещу него обратен иск. По-издържано е разбирането, че такова признание не би било допустимо или поне не би могло да послужи като основа за постановяването на решение при признание по обратния иск. Това е така по вече изтъкнатите по-горе съображения за липсата на съвпадане в твърденията и исканията на страните по обратния иск, както и поради това, че в подобно признание на обратния иск би се съдържало и признание по първоначалния иск, което третото лице не би могло самостоятелно да извършва²⁷.

4.2. До обективно и субективно съединяване на искове се стига и при фигурата на *главното встъпване*, при което за общо разглеждане и безпротиворечиво решаване в едно общо производство с първоначално предявения иск се съединяват и исковете, предявени от главно встъпилия срещу първоначалния ищец и ответник²⁸. Предпоставка за допустимост на главното встъпване е правото на ищеца, което е предмет на първоначалния иск, да е несъвмес-

²⁷ Така е procedирал съдът при постановяването на Решение № 205 от 07.04.2017 г. по гр. д. № 2949/2016 г. на Районен съд – Ямбол. От данните в решението липсва искане от страна на главната подпомагана страна за постановяване на решение при признание по обратния иск, което съответства и на позицията на ответника, който оспорва първоначално предявения срещу него иск. Поради това в делото съдът се е позовал на признанието на ответника по обратния иск само като допълнителна опора в аргументацията за уважаването на този иск наред с обсъжданите по делото доказателствени средства. Цит. по: <http://web6.cielanet/Document>

²⁸ Относно главното встъпване вж. **Сталев**, Живко, Анелия **Мингова**, Огнян **Стамболиев**, Валентина **Попова**, Ружа **Иванова**. Цит. съч., с. 412 и сл.

тимо с правото на главно встъпилия, което е предмет на предявените от него срещу първоначалните главни страни искове. Поради тази несъвместимост при разглежданата форма на ОСИ не може да се стигне до едновременното уважаване на всички съединени искове. По-конкретно, не би могъл да бъде уважен както първоначалният иск, така и исковете на главно встъпилото лице. Поради това не биха били допустими и едновременни признания по всички съединени искове, доколкото съдържащите се в тях изявления биха били взаимно противоречащи си, което не би позволило на съда да постанови безпротиворечиви решения, основани на подобни признания²⁹.

Възможните съотношения на признания по съединените искове, следователно, са следните – да се предприеме признание по първоначалния иск, съпроводено с оспорване на исковете на главно встъпилото лице, или обратното, да се предприемат признания заедно или само по един от исковете на главно встъпилото лице, съпътствани с оспорване по първоначалния иск.

4.2.1. Признание на първоначално предявения иск от страна на ответника по него се натъква на една допълнителна пречка. По този иск главно встъпилото лице има качеството на подпомагаща ответника страна³⁰. Въпреки че помагачът в това си качество не може да се противопостави на предприетото признание от страна на главната подпомагана страна, в контекста на главното встъпване положението показва определени специфики. В общия случай при постановяването на решение при признание на иска, това решение няма да обвърже подпомагащата ответника страна, а ако срещу нея има предявен обратен иск, по-горе беше предложено да се процедира чрез отделение на този иск в отделен процес. При главното встъпване подобен подход не изглежда приемлив. Самото главно встъпване се реализира по волята на главно встъпилото лице, което желае по този начин всички спорни въпроси между конституираните в делото страни да бъдат разрешени едновременно и безпротиворечиво в едно производство. Поради това не би било издържано разбирането, че независимо и дори против волята на главно встъпилия, предявените от него искове биха могли да се отделят в отделен процес. С оглед на това, изглежда по-удачно да се приеме, че подобно признание на първоначално предявения иск от ответника по него не може да породии последиците

²⁹ В Решение № 866 от 04.07.2017 г. по гр. д. № 3600/2013 г. на Окръжен съд – Пловдив, съдът е приключил производството при допуснато главно встъпване с решения при признание и на трите иска. От решението става ясно, че претенцията на ищеца по първоначалния иск е била за установяване на правото му на собственост върху целия имот, а исковете на главно встъпилото лице – за установяване на ½ ид. части от него. Признанията и по трите иска са за по ½ ид.ч., като не става ясно от мотивите на решението какво е станало с първоначалната претенция на ищеца за собственост върху останалите непризнати ½ ид.ч. от имота. Цит. по: <http://web6.cielanet.net/Document>

³⁰ Така: **Сталев, Живко, Анелия Мингова, Огнян Стамболиев, Валентина Попова, Ружа Иванова.** Българско гражданско процесуално право. Цит. съч., с. 412.

по чл. 237 ГПК, поради което съдът ще следва да продължи състезателния процес и да постанови типични и безпротиворечиви решения по всички съединени иски.

4.2.2. Би могло, на следващо място, да се разсъждава за допустимостта на постановяването на решение по реда на чл. 237 ГПК, ако първоначалният ищец и първоначалният ответник направят признания по предявените срещу тях иски от главно встъпилото лице. Това, което в този случай поражда съмнения относно допустимостта на постановяването на решения, основани на признанията на посочените страни, е обстоятелството, че по първоначалния иск съдът ще следва да постанови типично решение. При липсата на десериране на съда с този иск, следователно, се оказва, че ищецът по първоначалния иск едновременно поддържа в делото две взаимно противоречащи си позиции – поддържа иска за защита на своето право (първоначалния иск) и същевременно признава правото на главно встъпилото лице, което не може да съществува едновременно в пълния си обем с правото по първоначалния иск. Допълнителното съображение да се отрече и в тази хипотеза допустимостта на постановяването на решения по реда на чл. 237 ГПК по исковете на главно встъпилото лице е това, че за съда остава задължението да постанови типично решение по първоначалния иск, като едновременно се произнесе безпротиворечиво по исковете на главно встъпилия. Следователно, тук съществува вероятност съдът да уважи първоначалния иск, което ще наложи отхвърлянето на исковете на главно встъпилия. Наличието на това правомощие на съда е несъвместимо с обвързаността му от направените признания, на която се основава постановяването на решения по особения ред, уреден в чл. 237 ГПК. Поради това изглежда по-издържано разбирането, че и в този случай не може да се стигне до решения, основани на направените признания.

С оглед на горните разсъждения, не би било допустимо и постановяването на решение при признание само по един от исковете на главно встъпилото лице.

4.3. До последващо кумулативно съединяване на иски се стига и в хипотезата на спор между кредитори, регламентирана в чл. 224 ГПК като „**Привличане на лице със самостоятелни права**“. Както е известно, хипотезата показва някои сходни белези с главното встъпване, но същевременно съдържа и особености. Тук би се стигнало до обективно съединяване, ако кредиторът, който заявява самостоятелни претенции върху обекта на правото, се отзове на привличането от длъжника – първоначален ответник, и встъпи, за да се бори за депозираната престация. В този случай първоначално предявеният иск се трансформира от осъдителен в положителен установителен, като се насочва срещу третото привлечено лице, което заема ролята на ответник по този иск, оспорващ правото на първоначалния ищец. Същевременно, встъпвайки, това лице предявява на свой ред положителен установителен иск да се установи,

че нему се дължи депозираната престация³¹. И така, възможно ли е в тази ситуация да бъде направено и постановено решение при признание на иска?

Възможно ли е третото лице да признае иска на първоначалния ищец и въз основа на това признание да бъде постановено решение по чл. 237 ГПК? Отговорът може да е положителен, само ако третото лице същевременно десезира съда с предявления от него насрещен положителен установителен иск. В този случай делото по първоначалния иск ще завърши с решение при признание на иска, а по насрещния производството ще бъде прекратено. Ако обаче третото лице не десезира съда със своя иск, то признанието на иска на първоначалния ищец няма как да породи горното действие по аналогични на вече изложените в предходния пункт съображения – съдът ще следва да постанови типично решение по този иск, като съответно би могъл както да го уважи, така и да отхвърли. Правомощието на съда на преценка на основателността на този иск, обаче, е в противоречие с недопустимостта на преценка на признанието на иска и на признатия иск. Поради това се оказва, че е изключено постановяването на решение при признание на иска на първоначалния ищец.

Същите изводи се налагат и при преценка на допустимостта на постановяването на решение при признание на иска, направено от първоначалния ищец.

Отделно от това заслужава да се отбележи, че няма как в тази хипотеза и първоначалният ищец, и главно встъпилият да признаят предявления срещу всяко от тези лица иск и това да доведе до постановяването на решения, уважаващи и двата иска. Тук, подобно на положението, което се наблюдава при главното встъпване, съединяването цели да се установи чие право в действителност съществува. От това, че става въпрос за несъвместими права, права, които не могат да съществуват едновременно в заявения обем, следва, че съдът няма как едновременно да уважи и двата предявени иска – поне единият от тях следва да бъде отхвърлен изцяло или частично, което изключва възможността тези решения да са от вида на чл. 237 ГПК, доколкото законът не регламентира частичното признание на иска.

5. С оглед на горните разсъждения може да се обобщи, че признанието на иска като елемент от фактически състав, насочен към постановяването на нетипично съдебно решение, поставя редица проблеми в хипотезата на обективно съединяване на искове. Поради изложеното при отделните видове и форми на ОСИ постановяването на решение при признание по всички или по някои от предявените искове не винаги е допустимо. Дори тогава, когато е допустимо признание по част от съединените искове, съдилищата отлагат във

³¹ По-подробно по отношение на привличането на лице със самостоятелни права вж. **Сталев, Живко, Анелия Мингова, Огнян Стамболиев, Валентина Попова, Ружа Иванова.** Цит. съч., с. 411.

времето постановяването на решение по реда на чл. 237 ГПК по тези искиве заради съществуващата *de lege lata* необходимост от едновременното и в един акт постановяване на решение по съединените искиве. С оглед на това една от привлекателните страни на решението при признание на иска – по-бързото приключване на производството по признатите искиве, в значителна степен се изгубва. Същевременно, обединяването в един акт на решения от различен вид, създава редица практически трудности. Другата възможност, която действащото законодателство позволява – да се отделят признатите искиве в отделно производство, също не е задоволително решение, защото значително усложнява, вместо да улесни и способства за своевременното и икономично завършване на делата по тези искиве.

С оглед на избягването на тези проблеми би могла да се обмисли възможността за въвеждането на института на частичното решение, който традиционно се свързва с хипотезата на признание на иска. Частичното решение не е непознато българското процесуално право и теория. Към настоящия момент то е допустимо в арбитражното производство, като постановяването на такова решение е регламентирано изрично например в чл. 37, ал. 2 от Правилника на Арбитражния съд при Българската търговско-промишлена палата. Заслужава да се отбележи, че при обсъждането на тази разпоредба проф. Сталев изрично посочва, че „(ч)астичното решение ще бъде оправдано и наложително, когато за част от иска или за един от обективно съединените искиве делото може веднага да бъде решено (например поради признание на част от иска или на един от съединените искиве), докато за остатъка от иска или за другия иск проверката на основателността на иска ще изисква дълго и трудно събиране на доказателства“³². По отношение на производството пред държавните съдилища, частичното решение е било уредено в чл. 449 (629), ал. 2 от Закона за гражданското съдопроизводство от 1930 г., като една от хипотезите за неговото постановяване е била именно тази при признание на част от съединените искиве³³.

Регламентирането на частично решение при признание по част от съединените искиве би било полезно в няколко насоки. *Първо*, то би позволило производството по отделните искиве да завърши в различен момент, съобразно готовността за решаване на всеки от тях. *Второ*, то би позволило различните по вид решения по съединените искиве да се отделят и обособят в отделни актове, съответстващи в структурно и съдържателно отношение на вида на решението. *Трето*, по този начин няма да има никакво съмнение относно вида на решението, а оттук и относно специфичните за него пороци, обосноваващи право за неговото обжалване.

³² Сталев, Живко. Арбитраж по частноправни спорове. София: Сиела, 1997, с. 129.

³³ Относно частичното решение при режима на ЗГС от 1930 г. вж. Силяновски, Димитър. Гражданско съдопроизводство. Т. 2. Производство пред първата инстанция. 3. изд., съобразено с промените в законодателството. София: Университетска печатница, 1948, с. 209–211.

ЛИТЕРАТУРА

- Герджиков**, Огнян. Търговски сделки. 3. прераб. изд. София: Труд и право, 2008. 352 с.
- Иванова**, Ружа, Благовест **Пунев**, Силви **Чернев**. Коментар на новия Граждански процесуален кодекс. София: Труд и право, 2008. 752 с.
- Мингова**, Анелия. Отказът от иск. София: Софи-Р, 2000. 256 с.
- Пунев**, Благовест и др. Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. 2. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2017. 1680 с.
- Силяновски**, Димитър. Гражданско съдопроизводство. Т. 2. Производство пред първата инстанция. 3. изд., съобразено с промените в законодателството. София: Университетска печатница, 1948. 254 с.
- Сталев**, Живко. Арбитраж по частноправни спорове. София: Сиела, 1997. 240 с.
- Сталев**, Живко, Анелия **Мингова**, Огнян **Стамболиев**, Валентина **Попова**, Ружа **Иванова**. Българско гражданско процесуално право. (Първо по действащия ГПК). 9. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2012. 1320 с.
- Стамболиев**, Огнян. Обективно съединяване на иски в гражданския процес. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 1999. 208 с.
- Цолова**, Камелия. Подпомагащата страна в съдебния исков процес. София: Сиби, 2009. 304 с.
- Цолова**, Камелия. Порочното решение при признание на иска и защитата срещу него. В: Сборник в памет на проф. д-р Живко Сталев. София: Сиела, 2009, 72–95.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Анелия Мингова.

ПОНЯТИЕТО ПУБЛИЧНО СЪОБЩАВАНЕ В АВТОРСКОТО ПРАВО

РОСЕН КАРАДИМОВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Понятието публично съобщаване в авторското право от Росен Карадимов е студия, което се опитва да изясни основните характеристики и съдържанието на една от ней- дискуссионните понятия в авторското право. Изследвана е правната рамка на понятието съгласно международните договори, правото на ЕС и Закона за авторското право и сродните му права. Авторът е изследвал детайлно съдържанието на понятието за публично съобщаване и според практиката на Съда на ЕС по преюдициални запитвания.

Ключови думи: публично съобщаване; предлагането по безжичен път или по кабел на достъп на неограничен брой лица до произведението или до част от него по начин, позволяващ този достъп да бъде осъществен от място и по време, индивидуално избрани от всеки от тях; излъчване по безжичен път; предаване по кабел; публично изпълнение; сродни на авторските права.

* Доцент по Правен режим на интелектуалната собственост в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

PT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC IN COPYRIGHT

ROSEN KARADIMOV*

Civil Law Sciences Chair

Abstract: The Concept of communication to the public in copyright by Rosen Karadimov is a paper that attempts to clarify the characteristics and content of one of the debatable concepts in copyright. The legal framework in international treaties, EU Law and the Law on Copyright and Neighboring Rights have been studied. The author has made a detailed analysis of the content of the communication to the public right in accordance with the case-law of the European Court of Justice on references for a preliminary ruling.

Key words: communication to the public, making available to the public, broadcasting, cable retransmission, public performance, related right.

I. Увод

Изясняването на понятието за публично съобщаване е едно от съвременните предизвикателства пред авторско-правната доктрина и съдебната практика. Това е така, защото публичното съобщаване е една от най-често срещаните форми на използване на произведението и на обектите на сродни на авторските права. Развитието на технологиите и най-вече интернет водят до появата на нови способы за публично съобщаване на произведенията и обектите на сродни на авторските права и дават възможност в реално време милиони потребители да имат неограничен достъп до защитени от авторското право обекти. Този достъп се осъществява директно от потребителя или посредством разнородна дейност на ползватели на произведения.¹ Това поставя въпроса за баланса между защитата на правата на авторите и носителите на сродни на авторските права, интересите на потребителите за лесен достъп до авторско-правно съдържание и икономическите интереси на ползвателите на произведения, особено когато основната им дейност не е свързана с довеждането на произве-

* Associate Professor in Intellectual Property Law at the Faculty of Law, University of Sofia „St. Kliment Ohridski”, Ph.D Sofia, rosen@karadimov.info

¹ Навсякъде в текста терминът ползвател на произведение се използва с нормативно-то му съдържание, съгласно т. 6, § 2 ДР ЗАПСП, а именно: физическите и юридическите лица, като издателства, театри, организатори на концерти, радио- и телевизионни организации, предприятия, които осъществяват обществени електронни съобщителни услуги чрез електронна съобщителна мрежа за разпространение на български или чуждестранни радио- или телевизионни програми, заведения за обществено хранене и забава, продуценти на звукозаписи, филмови продуценти, доставчици на съдържание в Интернет и други, които довеждат произведението до знанието на читателите, зрителите и слушателите пряко или чрез други лица – разпространители.

дението до знанието на потребителите и те не реализират пряк приход от това. Авторско-правната доктрина и съдебната практика търсят този баланс чрез постоянно развитие и конкретизиране на понятието за публично съобщаване.

II. Изложение

1. Общи характеристики на публичното съобщаване в международните договори и правото на ЕС

Правото за разрешаване на публично съобщаване е установено за първи път по отношение на авторите на литературни и художествени произведения в чл. 11bis от Парижката редакция на Бернската конвенция за закрила на литературните и художествени произведения, ратифицирана с Указ № 1887 на Държавния съвет от 18.09.1980 г. – ДВ, бр. 76 от 30.09.1980 г. (по-долу „Бернска конвенция“). Бернската конвенция въвежда общото понятие за публично съобщаване – в английската версия на текста то е изведено в подзаглавие на разпоредбата на чл. 11bis – *public communication of broadcast by wire or rebroadcast*.² Правото за разрешаване на публично съобщаване е установено в чл. 11bis параграф (ii) и включва публично съобщаване по жичен път (кабел) и преизлъчване по безжичен път на произведение, което е вече излъчено или се излъчва в момента по безжичен път, когато това публично съобщаване по

² „Article 11bis

[Broadcasting and Related Rights: 1. Broadcasting and other wireless communications, public communication of broadcast by wire or rebroadcast, public communication of broadcast by loudspeaker or analogous instruments; 2. Compulsory licenses; 3. Recording; ephemeral recordings]

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

(i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;

(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;

(iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work...“

„Член 11 bis

(1) Авторите на литературни и художествени произведения имат изключителното право да разрешават:

(i) излъчването по безжичен път на произведенията си или публичното им съобщаване по какъвто и да е друг начин за безжично разпространение на знаци, звуци или образи;

(ii) всяко публично съобщаване по жичен път или преизлъчването на произведение, вече излъчено или излъчвано в момента по безжичен път, когато те се осъществяват от организация, различна от първоначалната;

(iii) публичното съобщаване на произведение, вече излъчено или излъчвано в момента по безжичен път, по високоговорители или други подобни апарати, предаващи чрез знаци, звуци или образи...“

кабел или по безжичен път се осъществява от организация, различна от първоначалната. С цел изясняване на използваната терминология следва да се отбележи, че понятието публично съобщаване се използва и в чл. 11 bis, параграфи (i) и (iii), но в него са влага различно съдържание. Член 11 bis, параграф (i) използва понятието публично съобщаване, но по отношение на първоначалното излъчване на произведението по безжичен път и акцентира върху изключителното право на авторите на литературни и художествени произведения да разрешават именно първоначалното излъчване на своите произведения. Член 11 bis параграф (iii) от Бернската конвенция също използва понятието публично съобщаване, но чрез специално описан способ „чрез високоговорители или други подобни апарати“, което означава, че този параграф се отнася не до правото на публично съобщаване, а до правото за разрешаване на публично изпълнение.

Правото за разрешаване на публично съобщаване е дефинирано по-общо и е разширено в Договора на Световната организация за интелектуална собственост (СОИС) относно авторското право, подписан в Женева на 20.12.1996 г. Чл. 8 от Договора на СОИС за авторското право включва в понятието публично съобщаване всяко излъчването по безжичен път и по кабел, независимо от технологията, като добавя и предлагането по безжичен път и по кабел на достъп на неограничен брой лица от място и по време, индивидуално избрани от тях.³ Разпоредбата разширява значението на понятието публично съобщаване, като освен излъчването по безжичен път и предаването по кабел, включва и правото на авторите на литературни и художествени произведения да разрешават предоставянето на достъп на публиката (*making available to the public*) до произведението от място и по време, индивидуално избрани от членовете на публиката.

Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество (Директива 2001/29/ЕО) не съдържа точно определение на понятието право за публично съобщаване. За яснота следва да обърнем внимание, че българският превод на директивата използва публично съобщаване и публично разгласяване за едно и също понятие – *communication to the public*. Обхватът на правото следва да се анализира според параграф 23 от рециталите на Директивата „Настоящото право [правото на автора на съобщаване на публиката] следва да се разбира

³ **WIPO** Copyright Treaty Art. 8 Right of Communication to the Public:

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

в широк смисъл, като обхваща всяко съобщаване на публиката, която не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването. Това право следва да обхваща всяко такова предаване или препредаване на произведение на публиката по жичен или безжичен път, включително аудио-визуално излъчване. Това право не обхваща други действия.“ Правото на авторите да разрешават публично изпълнение на техните произведения е регламентирано в чл. 3, т.1 от Директива 2001/29/ЕО. Правото на изпълнителите, продуцентите на звукозаписи и на аудио-визуални произведения и на радио- и телевизионните организации да разрешават публично изпълнение на записите на техните изпълнения, звукозаписите, записите на аудио-визуалното произведение и радио и телевизионните програми е регламентирано в чл. 3, т. 2 от Директива 2001/29/ЕО.⁴ От анализа на цитираните разпоредби на Директива 2001/29/ЕО се налага изводът, че публичното съобщаване е общо понятие и има следните характеристики:

(i) Техническият способ за довеждане на произведението или обекта на сродно на авторското право до знанието на публиката е един от следните технически способности: излъчване, предаване, препредаване, предлагане по жичен (кабел) или безжичен път на достъп на неограничен брой лица от място и по време, индивидуално избрани от тях.

(ii) Излъчването по безжичен път и кабел, както и предлагането на достъп, е насочено към публика, която не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването.

(iii) Публичното съобщаване е акт, който е насочен към публиката. Целта на публичното съобщаване е приемането на обекта на закрила от публиката, съставена от неопределен брой потенциални адресати.

⁴ За по-голяма точност на текста използваме английската версия на чл. 3 от Директива 2001/29/ЕО:

„Article 3

Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter

1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

2. Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit the making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them:

(a) for performers, of fixations of their performances;

(b) for phonogram producers, of their phonograms;

(c) for the producers of the first fixations of films, of the original and copies of their films;

(d) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether these broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.

3. The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article.“

2. Нормативна уредба на публичното съобщаване според Закона за авторското право и сродните му права. Еквивалентност на отделни форми на използване на произведението, които изчерпват съдържанието на публично съобщаване според Закона за авторското право и сродните му права

Законът за авторското право и сродните му права не урежда нормативно института на публичното съобщаване по модела на Бернската конвенция и Директива 2001/29/ЕО. Вместо това законът изчерпва този институт чрез уредба на отделни негови елементи като изключителни правомощия на авторите, съответно на носителите на права, сродни на авторските да разрешават използването на произведението, съответно на обектите на сродните на авторски права. А използване, по смисъла на законът, е налице само когато съответните действия се извършват по начин, даващ възможност произведението да бъде възприето от неограничен брой лица.⁵ Този подход на закона поставя въпроса за прецизната идентификация на отделните институти от Закона за авторското право и сродните му права, които следва да бъдат подведени под разбирането за публично съобщаване по смисъла на Бернската конвенция и Директива 2001/29/ЕО. Важността на такава идентификация се обуславя от значимостта на все по-обогатяващата се съдебната практика на Съда на ЕС по преюдициални запитвания, която би имала пряко отношение към българската съдебна практика.

(i) По отношение на техническия способ:

Авторите имат следните самостоятелни изключителни правомощия по отношение на техническия способ на довеждане на *произведението* до знанието на публиката, които покриват съдържанието на понятието публично съобщаване: да разрешат излъчването на произведението по безжичен път;⁶ да разрешат предаването и препредаването на произведението по кабел;⁷ да разрешат предлагането по безжичен път или по кабел на достъп на неограничен брой лица до произведението или до част от него по начин, позволяващ този достъп да бъде осъществен от място и по време, индивидуално избрани от всеки от тях.⁸ *Артистите изпълнители* имат следните самостоятелни изключителни правомощия по отношение на техническия способ на довеждане на *своето изпълнение* до знанието на публиката, които покриват съдържанието на понятието публично съобщаване: да разрешават излъчването на неговото изпълнение по безжичен път, предаването и препредаването му по кабел;⁹ да

⁵ Чл. 18, ал. 3 ЗАПСП.

⁶ Чл. 18, ал. 2, т. 4 ЗАПСП.

⁷ Чл. 18, ал. 2, т. 5 ЗАПСП.

⁸ Чл. 18, ал. 2, т. 10 ЗАПСП.

⁹ Чл. 74, ал. 1, т. 1 ЗАПСП – предложение първо, относимо към публичното съобщаване.

разрешават излъчването по безжичен път и предаването и препредаването по кабел на записите на изпълнението;¹⁰ да разрешават предлагането по безжичен път или по кабел на достъп на неограничен брой лица до неговото записано изпълнение или част от него по начин, позволяващ този достъп да бъде осъществен от място и по време, индивидуално избрано от всеки от тях;¹¹ *Продуцентите на звукозаписи* имат следните самостоятелни изключителни правомощия по отношение на техническия способ на довеждане на *звукозаписи* до знанието на публиката, които покриват съдържанието на понятието публично съобщаване: да разрешат излъчването по безжичен път и предаването и препредаването на записа по кабел;¹² да разрешат предлагането по безжичен път или чрез кабел или друго техническо средство на достъп на неограничен брой лица до записа или част от него по начин, позволяващ този достъп да бъде осъществен от място и по време, индивидуално избрано от всеки от тях;¹³ *Продуцентите на филми и други аудио-визуални произведения* имат следните самостоятелни изключителни правомощия по отношение на техническия способ на довеждане на *първоначалния запис на филм или друго аудио-визуално произведение* до знанието на публиката, които покриват съдържанието на понятието публично съобщаване: да разрешат излъчването им по безжичен път;¹⁴ да разрешат предаването и препредаването им по кабел;¹⁵ да разрешат предлагането по безжичен път или по кабел на достъп на неограничен брой лица до филма или част от него по начин, позволяващ този достъп да бъде осъществен от място и по време, индивидуално избрани от всеки от тях;¹⁶ *Радио и телевизионните организации* имат следните самостоятелни изключителни правомощия по отношение на техническия способ на довеждане на *радио и телевизионната програма* до знанието на публиката, които покриват съдържанието на понятието публично съобщаване: да разрешат преизлъчването по безжичен път или препредаването по електронни съобщителни мрежи на програмата;¹⁷ да разрешат предлагането по безжичен път или по друга електронна съобщителна мрежа на достъп на неограничен брой лица до програмата или част от нея по начин, позволяващ този достъп да бъде осъществен от място и по време, индивидуално избрани от всеки от тях;¹⁸

¹⁰ Чл. 74, ал. 1, т. 2 ЗАПСП – предложение второ, относимо към публичното съобщаване.

¹¹ Чл. 74, ал. 1, т. 3 ЗАПСП.

¹² Чл. 86, ал. 1, т. 3 ЗАПСП – предложение второ, относимо към публичното съобщаване.

¹³ Чл. 86, ал. 1, т. 4 ЗАПСП.

¹⁴ Чл. 90а, ал. 1, т. 3 ЗАПСП – предложение второ, относимо към публичното съобщаване.

¹⁵ Чл. 90а, т. 4 ЗАПСП.

¹⁶ Чл. 90а, т. 8 ЗАПСП.

¹⁷ Чл. 91, ал. 1, т. 1 ЗАПСП.

¹⁸ Чл. 91, ал. 1, т. 3 ЗАПСП.

(ii) По отношение на изискването излъчването по безжичен път и кабел, както и предлагането на достъп да е насочено към публика, която не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването.

Законът за авторското право и сродните му права не провежда последователно разграничение между отделните видове на използване на произведението или обектите на сродни на авторските права в зависимост от това дали публиката присъства или не на мястото, откъдето произхожда разгласяването. Липсата на ясно разграничение води до известно смесване на отделни правомощия, а оттам и до възможност за затруднения при прилагането на този критерий. Така например правото на автора да разрешава публичното представяне на своето произведение е „привързано“ към правото му да разрешава публичното му изпълнение.¹⁹ Като се има предвид, че алтернативността на формите на използване в тази норма е обусловено от спецификата на самото произведение²⁰, то следва, че при публичното изпълнение публиката присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването. В същото време обаче правото на артистите изпълнители и продуцентите на звукозаписи да разрешат публичното изпълнение е „привързано“ към правото им да разрешават излъчването по безжичен път и предаването и препредаването по кабел на записите на изпълнения и звукозаписите,²¹ а правото на продуцентите на филми или други аудиовизуални произведения да разрешават публично изпълнение е „привързано“ към правото им да разрешават излъчването на първоначалния запис на филма по безжичен път.²² Ако приемем, че при публичното изпълнение публиката винаги присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването, то привързката на този вид използване с видове използване като излъчването по безжичен път, предаване и препредаване по кабел провокира колебание, доколкото Законът за авторското право и сродните му права е последовател при въвеждането на критерия за неприсъствие на публиката на мястото, откъдето произхожда разгласяването, за да е налице публично съобщаване на произведението или на обекта на сродно на авторското право. Наличието на такъв критерий би могло да се изведе, до някаква степен, по тълкувателен път при анализ на нормите, които регламентират динамиката на облигационните отношения по повод изследваните видове на използване на защитените обекти. Така например чл. 58 ЗАПСП прави опит в един институт да определи предмет на договор, като договор за публично изпълнение, за излъчване по безжичен път, за предаване или препредаване по кабел и за предлагане на достъп. Единствената индикация относно изследва-

¹⁹ Чл. 18, ал. 2, т. 3 ЗАПСП – публичното представяне или изпълнение на произведението.

²⁰ Публичното представяне има за предмет единствено и само сценични произведения – вж. чл. 55 ЗАПСП.

²¹ Чл. 76, ал. 1, т. 2 и чл. 86, ал. 1, т. 3 ЗАПСП.

²² Чл. 90а, ал. 1, т. 3 ЗАПСП.

ния проблем е използваният израз „на живо или чрез запис“. Систематичното тълкуване на този израз показва, че той е относим само към публичното изпълнение. Следователно присъствието на публиката на мястото, откъдето произхожда разгласяването е необходим елемент от състава на публичното изпълнение. По аргумент от противното, за да е налице излъчване по безжичен път, предаване или препредаване по кабел и за предлагане на достъп (публично съобщаване) е необходимо публиката да не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването.

(iii) По отношение на публичния характер на съобщаването на произведението, съответно на обекта на сродно на авторското право.

Законът за авторското право не използва прилагателното „публично“ при регламентацията на отделните видове използване на произведението или обектите на сродни на авторските права, които в своята съвкупност изпълват нормативното понятие за публично съобщаване по смисъла на Бернската конвенция и Директива 2001/29/ЕО. Законът използва друг нормативен подход. Съгласно чл. 18, ал. 3 ЗАПСП използване по чл. 18, ал. 2, т. 3 до т. 8 включително²³ е налице, когато посочените действия се извършват по начин, даващ възможност произведението да бъде възприето от неограничен брой лица. По силата на нормите на чл. 84, чл. 90, чл. 90в и чл. 93 ЗАПСП разпоредбата на чл. 18, ал. 3 ЗАПСП се прилага съответно за артистите изпълнители, продуцентите на звукозаписи, филмовите продуценти и радио и телевизионните организации.

3. Изясняване на понятията излъчване по безжичен път, предаване, преизлъчване, препредаване и предлагането по безжичен път и по кабел на достъп на неограничен брой лица от място и по време, индивидуално избрани от тях, според международните договори, правото на ЕС и Закона за авторското право и сродните му права

3.1. Излъчване по безжичен път, предаване, преизлъчване и препредаване

Правото да разрешават излъчване е установено по отношение на авторите на литературни и художествени произведения в Бернската конвенция.

²³ Видовете използване на произведението, които изпълват нормативното понятие за публично изпълнение по смисъла на Директива 2001/29/ЕО са изчерпателно регламентирани в чл. 18, ал. 2, т. 4 *излъчването на произведението по безжичен път*, чл. 18, ал. 2, т. 5 *предаването и препредаването на произведението по кабел* и чл. 18, ал. 2, т. 10 *предлагането по безжичен път или по кабел на достъп на неограничен брой лица до произведението или до част от него по начин, позволяващ този достъп да бъде осъществен от място и по време, индивидуално избрани от всеки от тях* и следователно попадат в допълнително въведение критерий за публичност по чл. 18, ал. 3 ЗАПСП.

Съгласно чл. 11 bis (1) (i) от Бернската конвенция: „Авторите на литературни и художествени произведения имат изключителното право да разрешават: (i) излъчването по безжичен път на произведенията си или публичното им съобщаване по какъвто и да е друг начин за безжично разпространение на знаци, звуци или образи.“ Излъчването съгласно Бернската конвенция се осъществява по безжичен път до публиката. По отношение на носителите на сродни права–артистите изпълнители, продуценти на звукозаписи и излъчващи организации понятието „излъчване“ е определено и в чл. 3 от Международна конвенция за закрила на артистите-изпълнители, продуцентите на звукозаписи и излъчващите организации²⁴ (Римска конвенция). По смисъла на чл. 3, б „f“ от Римската конвенция излъчването е „предаване по безжичен път за приемане от публиката на звук или картина и звук.“ Понятието е определено чрез разпространението по безжичен път за приемане от публиката. Общото между дефинициите за излъчване в Бернската и Римската конвенции е, че излъчването се осъществява по безжичен път и е насочено към приемане от публиката. Според създадения от Световната организация за интелектуална собственост (СОИС) речник на понятията – „Understanding Copyright and Related Rights“, World Intellectual Property Organization (WIPO), правото на излъчване се отнася до разпространението на сигнала (съставен от звук или картина и звук) по безжичен път чрез радио и телевизионно разпространение или спътник за приемане от публиката²⁵.

Още по-точно е пояснението, което дава Указанието на СОИС.²⁶ То, ма-

²⁴ Подписана в Рим през 1961 г., ратифицирана със закон, публикуван в ДВ, бр. 39 от 28.04.1995 г.

²⁵ **WIPO**. Understanding Copyright and Related Rights. Switzerland, Second Edition, 2016, p. 14.

“The right of broadcasting covers the transmission for public reception of sounds, or of images and sounds, by wireless means, whether by radio, television or satellite.”

В същия смисъл е пояснението на понятието, което дава FICSOR, Mihály. Guide to the copyright and related rights treaties administered by wipo and glossary of copyright and related rights terms. WIPO, Geneva, 2003. В параграф BC-11.4 Доктор Ficsor посочва, че Бернската конвенция не дефинира понятието публика. Според него обаче е ясно, че публично и публика са въведени за отграничение на „частно“ или частен, затворен кръг лица като кръг на семейството, на близки познати и др.п. По-нататък в paragraph RC-3.20 по отношение на излъчването в смисъла на Римската конвенция се отбелязва изрично, че понятието се отнася до наземно радиоразпръскване и други възможни способи за безжично разпространение. Другият елемент на излъчването е, че то е насочено за приемане от публиката.

²⁶ **Ficsor**, Mihály. Guide to the copyright and related rights treaties administered by wipo and glossary of copyright and related rights terms. WIPO, Geneva, 2003, p. 143, Available from: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf

Item (f): broadcasting, RC-3.20. Under item (f), the definition of “broadcasting” only covers transmissions by wireless means. There was an Austrian proposal to also include transmissions by wire in the definition. The Diplomatic Conference, however, was of the opinion that only transmissions by hertzian waves or by other possible wireless means should constitute broadcasting.

кар да няма задължителен характер, до голяма степен пояснява понятието излъчване в контекста на Римската конвенция. Според СОИС понятието се отнася до разпространението по безжичен път, което включва наземното радиоразпръскване (чрез херцови вълни) и други възможни безжични способи за разпространение. Понятието не включва разпространението по кабел. Другият елемент на излъчването е, че то е насочено за приемане от публиката. Сателитното излъчване е форма на разпространение по безжичен път. Директива 93/83/ЕИО на Съвета от 27 септември 1993 година относно координирането на някои правила, отнасящи се до авторското право и сродните му права, приложими към спътниковото излъчване и кабелното препредаване съдържа определение на сателитното излъчване. По смисъла на чл. 1, параграф 2, буква „а“ на директивата „публично съобщаване чрез спътник“ означава действието по въвеждане под контрола и отговорността на излъчващата организация на сигнали носители на програма, предназначени за приемане от публиката в непрекъснат съобщителен контур, водещ до и от спътника към земята.“ Съобщаването следва да е предназначено за приемане от публиката, за да се изисква разрешението на автора. Понятието „излъчване на произведение по безжичен път“ е определен в § 2, т. 5 от Допълнителните разпоредби на ЗАПСП.²⁷ Излъчването на произведение по безжичен път е определено чрез разпространението му като част от радио или телевизионна програма като способите на разпространение на програмата са наземно радиоразпръскване (т.нар. ефирно излъчване) и сателитно разпространение – чрез спътник. Определението на понятието допуска излъчването да бъде осъществено както пряко до публиката, в който случай публиката приема индивидуално сигнала, така и с техническото посредничество на организация, различна от излъчващата. Такава организация по смисъла на определението може да бъде например кабелен, сателитен или IPTV платформен оператор. Излъчването се осъществява под контрола и на отговорност на излъчващата организация. Излъчването е насочено с оглед да бъде прието от публиката. Общ и характерен белег на излъчването, както в българското авторско право, така и в междуна-

RC-3.21. The expression “transmission for public reception” used in the definition is misleading. It suggests that the reception is supposed to be public (that is, it is supposed to take place where the public is present or at least at a place open to the public). This would differ from the concept of broadcasting under Article 11bis of the Berne Convention, which is clearly one form of communication to the public. It seems, however, that the intention of the Diplomatic Conference was also to understand “transmission for public reception” as “transmission for reception by the public”.

²⁷ 5. (изм. – ДВ, бр. 28 от 2000 г., бр. 99 от 2005 г.) „излъчване на произведение по безжичен път“ е излъчването му по радио или телевизия по наземен път, както и включването му в непрекъсната съобщителна верига, водеща до спътник и оттам обратно до Земята чрез сигнали, носещи програми, под контрола и на отговорност на излъчващата организация с оглед да бъде то прието, било пряко и индивидуално от публиката, било чрез посредничеството на организация, различна от излъчващата;

родните договори, е че то се отнася до разпространението по безжичен път и е предназначено за приемане от публиката. Следователно по отношение на понятието „излъчване“ могат да бъдат изведени следните общи характеристики – то съставлява разпространение по безжичен път и е предназначено за приемане от публиката.

Бернската конвенция установява по отношение на авторите на литературни и художествени произведения правото да разрешават публично съобщаване на техните произведения по жичен път.²⁸ Според речника на понятията на СОИС, цитиран по-горе, правото за кабелното предаване е пример за публично съобщаване, при което сигналът е разпространен по жичен път за приемане от публика, която притежава оборудването, необходимо за декодиране на сигнала.²⁹ Последното българският законодател е въвел първоначално чрез понятието предаване на произведение по кабел.³⁰ Законът за авторското право и сродните му права не предлага легална дефиниция нито на понятието „предаване“, нито на понятието „предаване по кабел“. С промените на закона от месец март 2011 г. е въведено понятието „предаване по електронна съобщителна мрежа“.³¹ Понятието „електронна съобщителна мрежа“ е определено в § 1, т. 15 от Допълнителните разпоредби на Закона за електронните съобщения (ЗЕС).³² Определението е много широко и включва всички мрежи, използвани за разпространение. Така наземното радиоразпръскване, сателитното разпространение чрез спътникови мрежи и кабелните и IPTV мрежи са включени като способи за разпространение в

²⁸ Бернска конвенция, Член 11 bis (1) Авторите на литературни и художествени произведения имат изключителното право да разрешават: (ii) всяко публично съобщаване по жичен път...

²⁹ WIPO. Understanding Copyright and Related Rights. Switzerland, Second Edition, 2016, p. 14.

“When a work is communicated to the public, a signal is distributed by wire or wireless means for reception only by persons who possess the equipment necessary to decode the signal. Cable transmission is an example of communication to the public. The right of broadcasting covers the transmission for public reception of sounds, or of images and sounds, by wireless means, whether by radio, television, or satellite.”

³⁰ Виж например в чл. 18, ал. 2, т. 5 ЗАПСП.

³¹ Виж например в чл. 21 и др. ЗАПСП.

³² § 1, т. 15 от Допълнителните разпоредби на Закона за електронните съобщения: „Електронна съобщителна мрежа“ е съвкупност от преносни съоръжения и при необходимост съоръжения за комутация и/или маршрутизация и други ресурси, включително неактивни мрежови елементи, които позволяват пренос на сигнали посредством проводник, радио, оптични или други електромагнитни способи, включително спътникови мрежи, фиксирани (с комутация на канали или с пакетна комутация, включително интернет) и мобилни наземни мрежи, електроразпределителни мрежи, доколкото се използват за пренос на сигнали, мрежи, използвани за радио- и телевизионно разпръскване, и кабелни електронни съобщителни мрежи за разпространение на радио- и телевизионни програми, независимо от вида на пренасяната информация.“

общото понятие за предаване по електронни съобщителни мрежи. Следователно понятието предаване по електронна съобщителна мрежа е по-общо понятие и включва всички технически способности за разпространение, включва и излъчването по безжичен път.

Според правната доктрина препредаването представлява акт на приемане на сигнала, първоначално предаден или излъчен от друга организация (например чрез безжично излъчване или кабелно предаване) и разпространението му по жичен път (кабел) до публиката. При препредаването, препредаващата организация не подава първоначалния сигнал, а взима сигнала от друга организация.³³ Нормативна опора при изясняване на понятието препредаване е легалната дефиниция, предложена в Директива 93/83/ЕИО на Съвета от 27 септември 1993 година относно координирането на някои правила, отнасящи се до авторското право и сродните му права, приложими към спътниковото излъчване и кабелното препредаване. По смисъла на Директивата „кабелно препредаване“ означава едновременно, непромененото и несъкратено препредаване чрез кабел или свръхчестотна система на първоначално предаване от друга държава членка по жичен или безжичен път, включително чрез спътник, на телевизионни или радиопрограми, предназначени за приемането им от публиката. Следователно за разлика от първоначалното излъчване и предаване препредаването включва акт на приемане и на предаване, независимо от използваните технически средства, предназначено за приемане от широката публика. Законът за авторското право и сродните му права не съдържа нарочно легално определение на понятията преизлъчване и препредаване. Легално определяне на понятието „препредаване“ въвежда Законът за радиото и телевизията. Съгласно нормата на т. 17, § 1 от Допълнителната разпоредба на закона „препредаване“ е извършването на едновременно и непроменено приемане и предаване, независимо от използваните технически средства, изцяло и без никакви изменения на радио- и телевизионни програми или на големи части от тях, разпространявани за

³³ В този смисъл виж **Sterling**, J.A.L. *World Copyright Law*. Sweet & Maxwell. Third edition, 2018, 447–448 *“In originated cabling the signal goes directly from the originating point (the cable head-end”) to the recipient. In other words, the person responsible for the transmission (the cable distributor) initiates the signals which eventually reach the audience...In cable retransmission, the cable distributor does not initiate the signal, but takes the signal from another source, e.g. a wireless transmission, or another cable transmission”*

Бернската конвенция признава правото на авторите на литературни и художествени произведения да разрешават преизлъчването на излъченото произведение от организация, различна от организацията, осъществила първоначалното излъчване. Приема се, че концепцията за „публиката“ и съобщаването „на публиката“ са приложими и тук.

По смисъла на чл. 3, б „г“ от Римската конвенция преизлъчването представлява едновременно излъчване от една излъчваща организация на излъченото от друга излъчваща организация. В контекста на дефиницията на Римската конвенция за излъчване, следва, че преизлъчването също се осъществява по безжичен път за приемане от публиката.

приемане от широката аудитория.“ Основната характеристика на препредаването е в това, че приемането и предаването се извършва едновременно, непроменено и без никакви изменения и е насочено за приемане от широката аудитория. Следователно в резултат на развитието на нормативната уредба понятието преизлъчване се поглъща от понятието препредаване. Това е ясно отразено в легалната дефиниция, предложена в Директива 93/83/ЕИО, в легалната дефиниция на препредаване по Закона за радиото и телевизията и във въведеното през 2011 г. понятие „препредаване по електронна съобщителна мрежа“³⁴, във връзка с легалната дефиниция за електронна съобщителна мрежа.³⁵ Препредаване е налице, независимо от техническите способности на разпространение, при положение, че приемането и предаването се извършва едновременно, непроменено и без никакви изменения и е насочено за приемане от широката аудитория.

3.2. Предлагаането по безжичен път и по кабел на достъп на неограничен брой лица от място и по време, индивидуално избрани от тях (право на предоставяне на достъп до произведение)

Второто основно понятие, използвано при публичното съобщаване е изключителното право на автора да предостави достъп до произведението си на неограничен брой лица посредством електронно предаване по начин, даващ на публиката достъп до съдържанието от място и във време, което всеки избира индивидуално.³⁶ За разлика от излъчването по безжичен път, което се базира на приемане от публиката на предаването, едновременно с неговото излъчване, изцяло и в непроменен вид, то „предоставянето на достъп“ предполага индивидуално съобщаване до отделни лица, които са част от публиката. Легалната дефиниция на „предоставяне на достъп“ следва да се изведе от параграф 25 от рециталите на Директива 2001/29/ЕО. Съгласно този параграф „всички носители на права, признати съгласно директивата, имат изключителното право да предоставят на разположение на публиката произведения на авторското право или друг закрилян обект, чрез интерактивни предавания при поискване.“ Такава е например услугата за така нареченото „видео по заявка“ и нейните разновидности.³⁷ Правото за предоставяне

³⁴ Чл. 21, ал. 2 ЗАПСП.

³⁵ ЗЕС, ДР, § 1, т. 15.

³⁶ Вж. по-подробно **Bently**, Lionel, Brad **Sherman**. Intellectual Property Law. Third edition. Oxford, 2008, 138–139.

³⁷ **Video on Demand Service (VOD)** – Програмата се излъчва чрез използване на кодиран сигнал. Сигналът се приема лично от абоната чрез телевизор, компютър и друго устройство, с използване на декодиращо устройство. Абонатът може да гледа програмата във време, определено изцяло по негова воля. Абонатът може да спира, стартира, паузира програмата. **Near Video on Demand Service (NVOD)** – Програмата се излъчва чрез използване на кодиран сигнал. Сигналът се приема лично от потребителя чрез телевизор,

на достъп е относимо и се прилага и по отношение на интернет платформи, при които се качват произведения или защитени обекти, тъй като публиката може да получи достъп до произведението „от място“ (офис, дом или на мобилен телефон) и „във време“ индивидуално определено от всеки отделен потребител.³⁸

4. Съдържание на правото за публично съобщаване в практиката на Съда на Европейския съюз по преюдициални запитвания.

Директива 2001/29/ЕО не определя понятието публично съобщаване.³⁹ Това предполага решаваща роля на Съда на ЕС при изясняване на съдържанието на този ключов за авторското право институт. С поредица от свои решения, по преюдициални запитвания, Съдът на ЕС анализира понятието публично съобщаване и извежда негови основни характеристики. Особено значими са решенията по следните дела: *Rafael Hotels (C – 306/05)* и *Premier League (C 403/08 и C 429/08)*, *SCF срещу Marco Del Corso (C 135/10)*, *Phonographic Performance (Ireland) Limited (PPL) срещу Ирландия (C-162/10)*, *Circ & Variete Globus București срещу UCMR – ADA (C-283/10)*, *OSA срещу Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s. (C-351/2012)*, *ITV Broadcasting Ltd и др. срещу TV Catchup Ltd. (C-607/11)*, *SBS Belgium NV срещу SABAM (C-325/14)*.

В практиката на Съда на ЕС по тези решения се задават две трайни тенденции. Първата се изразява в категоричната последователност на тезата, че съгласно параграф 23 от Директива 2001/29/ЕО понятието публично съобщаване следва да бъде тълкувано разширително,⁴⁰ така, че да бъдат обхванати

компютър, или друго устройство, чрез използване на декодиращо устройство. Програмата се излъчва на няколко канала с начални часове на интервали, определени от телевизионния оператор. **Subscription Video On Demand (SVOD)** – Програмата се излъчва чрез използване на кодиран сигнал. Сигналът се приема лично от потребителя чрез телевизор, компютър или друго устройство. През този период потребителят има право да гледа програмата многократно и във време, определено от него, без да заплаща допълнително. Потребителят може да спира, стартира, пазира програмата през целия абонаментен период. **Catch-up rights** – Правото да се предоставя достъп до част от програмата за определен период от време, считано от първото телевизионно излъчване. Периодът за достъп се уговаря между страните. Той може да варира от няколко часа след първоначалното излъчване до седмица или по-дълъг период.

³⁸ Например, You Tube, Apple Music, Spotify, Netflix, Vbox7 и др.

³⁹ Вж. по-подробно т.1

⁴⁰ § 36 от Решението по дело № C – 306/05 SGAE v Rafael Hotels SA; § 186 от решението *Premier League*: „В това отношение трябва най-напред да се припомни, че Директивата относно авторското право има за основна цел да осигури високо равнище на закрила в полза на авторите, като им позволи да получат съответно възнаграждение за използването на техните произведения, по-специално в случаите на публично разгласяване. Следователно понятието за публично разгласяване трябва да се разбира в

всички технически средства и способности, които са използвани за достигането на произведението до нова публика. Втората тенденция е постоянно да се прецизира и допълва разбирането за публичния характер на съобщаването, като се извеждат нови характеристики на „публиката“, при наличието на които е налице публичност на акта на съобщаване на произведението.

Делото Rafael Hotels.⁴¹

Решението на Съда на Европейския съюз по делото Rafael Hotels е постановено след преюдициално запитване, отправено от Провинциален Върховен съд Барселона, във връзка с висящото пред съда дело между Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) срещу Rafael Hoteles SA. Запитването се отнася до тълкуването на чл. 3 от Директива 2001/29/ЕО. Испанският съд поставя следните въпроси: 1. Дали инсталацията в хотелски стаи на телевизионни приемници, до които телевизионен сигнал, получен чрез сателит или наземно радиоразпръскване, е доставен чрез кабел, представлява акт на публично съобщаване, което е регулирано с хармонизирането на националното законодателство за защита на авторското право, предвидено в чл. 3 от Директива 2001/29/ЕО; 2. Дали приемането на хотелската стая за строго лично (не обществено) място означава, че излъчването (съобщаването) чрез телевизионни приемници, до който се подава сигнал по-рано получен от хотела, не се счита за публично съобщаване, противно на закрилата на авторското право, преследвана от Директива 2001/29/ЕО; 3. За целите на защитата на авторското право във връзка с публичното съобщаване, предвидено в Директива 2001/29/ЕО, може ли излъчването (съобщаването) от телевизионен приемник в хотелска стая да се приеме за публично, защото последователно повече зрители имат достъп до произведението, което се излъчва.

Основна част от мотивите на решението е отделена на значението на „публичното“ съобщаване. Според трайната практика на съда „публично“ означава

широк смисъл, както впрочем е изрично посочено в съображение 23 от тази директива (вж. Решение по дело SGAE, посочено по-горе, точка 36).“; Също и §193 от решението Premier League: „При тези условия и след като законодателят на Съюза не е изразил различна воля по отношение на тълкуването на това понятие в Директивата относно авторското право, и по-конкретно в член 3 от нея (вж. точка 188 от настоящото решение), понятието за разгласяване следва да се разбира в широк смисъл, като обхваща всяко предаване на защитените произведения, независимо от използваните средства или технически способности.“ Също и § 23 от Решението от 27 февруари 2014 година по дело C-351/2012: разпоредбата на чл. 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО трябва да се разбира в широк смисъл във връзка с целта на директивата да осигури високо ниво на закрила на авторите и да им позволи да получават съответно възнаграждение за използване на техните произведения.

⁴¹ Налично на английски език на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=35646AD73561DA20F480E2305812E37B?text=&docid=66355&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2524978>

неопределен/неограничен брой потенциални зрители.⁴² Според мотивите на Съда публиката като правило се състои от „доста голям брой хора.“⁴³ Съдът отнася изискването към конкретното запитване. Гостите на хотела представляват хора, които се настаняват в хотела и го напускат сравнително бързо и заедно образуват значителна група от неопределен/неограничен брой потенциални зрители. Следователно, независимо дали става дума за хотелските стаи или други помещения в хотела, в който е поставен телевизионен приемник, гостите на хотела образуват „публика“. Съдът се позовава на Указанието на Световната организация за интелектуална собственост (WIPO)⁴⁴ в частта, която се отнася до понятието „публично“ в Бернската конвенция. Според разбирането на съда, когато авторът разрешава излъчването на неговото произведение, той има предвид само директните ползватели, т.е. собствениците на приемника, които лично или в своя личен или семеен кръг получават програмата. Когато приемането на сигнала е в по-широка аудитория, включително когато това става срещу заплащане, нова група от зрители чува или вижда произведението и програмата. В този случай публичното съобщаване на програмата чрез приемника представлява не само приемане на сигнал, но е самостоятелен нов акт на съобщаване на публиката на програмата и включените в нея произведения на нова публика.⁴⁵ Този нов акт на публично съобщаване изисква ново разрешение от страна на носителите на права върху закриляните обекти. Следователно гостите на хотела формират нова публика, на която хотелът предоставя достъп до телевизионната програма и включените в нея закриляни обекти. Хотелът осъществява публично съобщаване на програмата по смисъла на чл. 3 от Директива 2001/29/ЕО. Без значение е дали гостите на хотела са включили или не телевизионния приемник. Без значение е и дали е реализирана печалба.

Според съда, обаче „не би могло сериозно да се оспорва, че осигуряването на тази услуга има влияние върху репутацията на хотела и съответно върху цената на стаите.“⁴⁶ Съдът заключава в своето решение следното: „...разпространението на сигнал чрез телевизионен приемник от хотел до потребителите, които отседат в стаите на хотела, независимо каква техника се използва за предаване на сигнала, представлява публично съобщаване по смисъла на

⁴² Виж § 37 от Решението по дело № C – 306/05 SGAE v Rafael Hotels SA: „*The Court has held that, in the context of this concept, the term ‘public’ refers to an indeterminate number of potential television viewers (Case C-89/04 Mediakabel [2005] ECR I-4891, paragraph 30, and Case C-192/04 Lagardère Active Broadcast [2005] ECR I-7199, paragraph 31)*“.

⁴³ Виж § 38 от Решението по дело № C – 306/05 SGAE v Rafael Hotels SA.

⁴⁴ **Ficsor**, Mihály. Guide to the copyright and related rights treaties administered by wipo and glossary of copyright and related rights terms. Geneva: WIPO, 2003, p. 143, наличен на: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf

⁴⁵ Виж § 41 от Решението по дело № C – 306/05 SGAE v Rafael Hotels SA.

⁴⁶ Виж § 44 от Решението по дело № C – 306/05 SGAE v Rafael Hotels SA.

чл. 3(1) от директивата“.⁴⁷ Съдът не приема аргумента, че публично съобщаване или предоставяне на достъп по смисъла на чл. 3, параграфи 1 и 2 от Директива 2001/29/ЕО има само в публично достъпните места в хотела, но не и в хотелските стаи, които са в голяма степен частно, лично пространство. Съдът не намира разлика, тъй като и в двата случая е налице публичното съобщаване, което обхваща предоставянето на достъп на неограничен брой лица до програмата по начин, позволяващ този достъп да бъде осъществен от място и по време, индивидуално избрани от всеки от тях.

Заклучението на съда е: „Частният характер на хотелските стаи не изключва съобщаването на произведение чрез телевизионен приемник от публичното съобщаване по смисъла на чл. 3(1) от Директива 2001/29“⁴⁸ На основата на това решение следва да се приеме, че: понятието публично съобщаване следва да се интерпретира в широк смисъл, с цел осигуряване на по-висока степен на закрила и съответно възнаграждение на правоносителите; публичният характер на съобщаването предполага то да достига до неограничен брой потенциални зрители; разгласяването на обекта на закрила до нова публика е нов самостоятелен акт на публично съобщаване; за да е налице публично съобщаване е достатъчно да е дадена възможност на публиката за достъп до обекта на закрила чрез акта на съобщаване и не е необходимо реално зрителите да са включили приемника си и да са получили достъп до програмата и включените в нея произведения.

*Делото Premier League.*⁴⁹

Делото Premier League поставя пред Съда на Европейския съюз въпроса за публичното съобщаване при излъчването на телевизионна програма в обществените заведения. Решението по делото Premier League е постановено след преюдициални запитвания, отправени от High Court of Justice (England & Wales), в рамките на производства по дело Football Association Premier League Ltd и др. срещу QC Leisure и др. (C-403/08) и дело Karen Murphy срещу Media Protection Services Ltd (C-429/08).⁵⁰

Относима към настоящото изложение е частта от решението на Съда, която се отнася до понятието публично съобщаване (шести въпрос по дело C-403/08). С въпроса си запитващата юрисдикция иска да установи дали понятието „публично съобщаване“ по смисъла на чл. 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО се отнася и до предаването чрез телевизионен приемник (екран)

⁴⁷ Решението по дело № C – 306/05 SGAE v Rafael Hotels SA, т. 1.

⁴⁸ Решението по дело № C – 306/05 SGAE v Rafael Hotels SA, т. 2.

⁴⁹ Достъпно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0403&from=GA>

⁵⁰ За запитването: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.301.01.0019.01.ENG; За диспозитива на решението: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.347.01.0002.01.ENG

и високоговорители на излъчени в програмата закриляни обекти пред присъстващи в обществено заведение клиенти. В конкретния казус собственикът на общественото заведение представя на телевизионен екран и чрез високоговорители съзнателно на клиентите си програма, която съдържа закриляни обекти. Без това действие клиентите на заведението не биха могли да гледат излъчените произведения, независимо, че са се намирали на територията, която е обхваната от излъчването.

Съдът приема казуса за сходен с този по делото *Rafael Hotels*. Съдът намира, че собственикът на заведението осъществява публично съобщаване. За да може към излъченото да е приложимо понятието публично съобщаване по смисъла на чл. 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО е необходимо излъчването да обхваща нова публика, публика „която авторите на защитените произведения не са имали предвид, когато са разрешили тяхното използване чрез първоначалното публично разгласяване.“⁵¹ Съдът приема, че разрешението на правноносителите обхваща само притежателите на телевизионни приемници, които „индивидуално или в тяхното частно и семейно обкръжение получават сигнала и следят предаванията“.⁵² Следователно излъчването на програма или осигуряването на достъп до защитени произведения за клиентите на обществено заведение или друго достъпно за обществеността място обхваща допълнителна публика. Тази група хора формира нова публика, която не е обхваната от разрешението на правноносителите при отстъпването на права за излъчване и предаване на закриляните обекти.

⁵¹ Параграф 197 от решението *Premier League*: „197 При все това, за да може за излъченото произведение да е приложимо понятието за публично разгласяване по смисъла на член 3, параграф 1 от Директивата относно авторското право при обстоятелства като тези в главното производство, е необходимо предаването му да се осъществи пред нова публика, тоест публика, която авторите на защитените произведения не са имали предвид, когато са разрешили тяхното използване чрез първоначалното публично разгласяване (вж. в този смисъл Решение по дело *SGAE*, посочено по-горе, точки 40 и 42, както и Определение от 18 март 2010 г. по дело *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, C 136/09, точка 38).“

⁵² Параграф 198 от решението *Premier League*: „198 В това отношение следва да се припомни, че когато разрешават излъчването на своите произведения, тези автори имат предвид поначало само притежателите на телевизионни приемници, които индивидуално или в тяхното частно и семейно обкръжение получават сигнала и следят предаванията. Щом обаче предаването на излъчваното произведение се осъществява в достъпно за обществеността място за допълнителна публика, която притежателят на телевизионния приемник допуска да слуша или да гледа произведението, то подобна съзнателна проява трябва да се счита за действие, с което въпросното произведение се разгласява пред нова публика (вж. в този смисъл Решение по дело *SGAE*, посочено по-горе, точка 41 и Определение по дело *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, посочено по-горе, точка 37).“

Друг елемент от понятието публично съобщаване по смисъла на рецитал 23 от Директивата 2001/29/ЕО е публиката да не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването.⁵³ Съдът прави ясно разграничение между публичното съобщаване и публичното представяне или изпълнение. Чл. 11 от Бернската конвенция установява права за публично представяне и изпълнение в полза на авторите на литературни и художествени произведения. Правото на публично съобщаване по чл. 11bis от Бернската конвенция има друга характеристика. Публичното изпълнение и представяне се осъществява пред публика, която има пряк физически досег с артиста-изпълнител. При публичното съобщаване, напротив, публиката и изпълнителя нямат пряк досег. Публиката не присъства на мястото на изпълнението или представянето. Параграф 201 и 202 от решението на Съда анализира обхвата на понятието публично съобщаване като изключва публичното представяне и изпълнение и задава като основна характеристика на публичното съобщаване публиката да не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването.⁵⁴ В случай на излъчване или предаване на програма чрез телевизионен екран и високоговорители липсва елемент на пряк физически контакт между публиката – клиентите и изпълнителя на произведенията, включени в програмата.

Така Съдът заключава, че тази характеристика на публичното съобщаване, в конкретния казус, е налице – публиката да не присъства на мястото,

⁵³ Виж рецитал 23 от Директива 2001/29/ЕО „...правото на автора на съобщаване на публиката....обхваща всяко съобщаване на публиката, която не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването“ и параграф 200 от решението Premier League: „Освен това, за да е налице публично разгласяване, излъчваното произведение трябва да бъде предадено на „публика[...], която не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването“ по смисъла на съображение 23 от Директивата относно авторското право.

⁵⁴ Параграф 201 и 202 от решението Premier League:

„201. В това отношение от посочената по-горе Обща позиция № 48/2000 е видно, че това съображение следва предложението на Европейския парламент, който е искал в съображението да се уточни, че публичното разгласяване по смисъла на посочената директива не се отнася до „преките представяния или изпълнения“ — понятия, препращащи към понятията „публично представяне или изпълнение“ съгласно член 11, първа алинея от Бернската конвенция, като последните понятия обхващат изпълнението на произведения пред публика, имаща пряк физически досег с актьора или с изпълнителя на тези произведения (вж. наръчника към Бернската конвенция — тълкувателен документ, изготвен от СОИС, който, без да има задължителна сила, все пак допринася за тълкуването на тази конвенция, като Съдът е обърнал внимание на това в точка 41 от Решение по дело SGAE, посочено по-горе).

„202. По този начин, за да се изключи подобно пряко публично представяне и изпълнение от обхвата на понятието за публично разгласяване съгласно Директивата относно авторското право, в съображение 23 се уточнява, че публичното разгласяване се отнася до всяко съобщаване на публиката, която не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването.“

откъдето произхожда разгласяването. В заключение Съдът постановява, че понятието „публично съобщаване“ съгласно член 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че обхваща предаването на излъчените произведения чрез телевизионен екран и високоговорители пред присъстващи в заведение клиенти.⁵⁵

*Делото Società Consortile Fonografici (SCF) срещу Marco Del Corso.*⁵⁶

Решението на Европейския съд от 15 март 2012 г. по дело С 135/10, SCF срещу Marco Del Corso тълкува понятието „публика“ във връзка с публичния характер на съобщаването. Решението разглежда приложението на член 8, параграф 2 от Директива 92/100 ЕЕС от 19 ноември 1992 г. за правото на отдаване под наем и в заем, както и за някои права, свързани с авторското право в областта на интелектуалната собственост, която е заменена от Директива 2006/115/ЕО на ЕП и Съвета от 12 декември 2006 година за правото на отдаване под наем и в заем, както и за някои права, свързани с авторското право в областта на интелектуалната собственост (Директива 2006/115/ЕО).⁵⁷

Въпросът, който разглежда Съдът по делото SCF срещу Marco Del Corso се отнася до безвъзмездно излъчването на звукозаписи като музикален фон в зъболекарски кабинет в присъствието на пациентите на зъболекаря. Съдът установява, че такова излъчване на звукозаписи не представлява публично съобщаване на звукозаписа. Съдът обръща внимание на няколко относими за решението обстоятелства. Клиентите на зъболекарския кабинет са гру-

⁵⁵ Решение по делото Premier League, т. 7 от диспозитива.

⁵⁶ Достъпно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=120443&pageIndex=0&doclang=BG&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2526074>

⁵⁷ Нормата на член 8 и при двете директиви е еднаква:

„Член 8. Излъчване и публично съобщаване

1. Държавите членки предвиждат за изпълнителите изключително право да разрешават или забраняват излъчването по безжичен път и публичното съобщаване на техните изпълнения, освен ако самото изпълнение вече представлява излъчено изпълнение или е създадено чрез записване.

2. Държавите членки предвиждат право, чрез което се гарантира, че ползвателят заплаща еднократно справедливо възнаграждение, ако звукозаписът се публикува с търговска цел или ако възпроизвеждането на този звукозапис се използва за излъчване по безжичен път или за какъвто и да е вид публично съобщаване, както и се гарантира, че това възнаграждение се поделя между съответните изпълнители и продуценти на звукозаписи. При липса на съгласие между изпълнителите и продуцентите на звукозаписи, държавите-членки могат да установят условията за поделение на възнаграждението помежду им.

3. Държавите членки предвиждат за излъчващите организации изключително право да разрешават или забраняват преизлъчването на техните предавания по безжичен път, както и публичното съобщаване на техните предавания на публиката, ако това съобщаване се извършва на места, достъпни за публиката срещу заплащане на входна такса“.

па от лица, чийто състав до голяма степен е стабилен, т.е. не става въпрос за „лица по принцип“. Броят лица, до които достига излъчването е твърде малък – „кръгът от лица, присъстващи едновременно в кабинета, като цяло е съвсем ограничен.“ Въпреки че клиентите идват един след друг, новодошлите клиенти по общо правило не са адресати на същите звукозаписи, по-специално на излъчнените по радио.⁵⁸ Самото излъчване не би могло да има ефект върху доходите на зъболекаря, т.е. излъчването няма доходоносен характер.⁵⁹

На първо място Съдът извежда важен критерий за „доста голям брой лица“ и въвежда чрез проведеното тълкуване праг *de minimis*, като изключва твърде малкия, незначителен кръг лица.⁶⁰ Понятието „публика“ се отнася до „неопределен брой потенциални адресати и впрочем предполага наличие на доста голям брой лица“.⁶¹ Понятието „публика“ „съдържа определен праг *de minimis*, което изключва от това понятие твърде малкия, дори незначителен, кръг от засегнати лица.“⁶² Въведеният критерий за доста голям брой лица – и праг *de minimis* не са конкретни понятия, а са по-скоро метод за анализ. На второ място публиката следва да бъде неопределена, да не бъде съставена от определени лица, спадащи към частна група, което означава, че съответното произведение или друг обект на закрила трябва „да се направи възприемаемо по всякакъв подходящ начин от лица по принцип, а не от определени лица, спадащи към частна група“. Следователно във всеки конкретен случай следва да бъде анализиран както броят на публиката, която получава достъп до произведението едновременно или последователно, така и характерът на самата публика – дали е неопределена или е съставена от частна група от определени лица. Важно при анализа на акта на съобщаване е да се разгледа не само публиката, която има едновременно достъп до едно и също произведение, но и лицата, които имат последователно достъп до произведението.⁶³ *На трето място, за да е налице акт на публично съобщаване публиката следва да е целево търсена от ползвателя и възприемчива към публичното съобщаване от ползвателя, а не да е случайно „привлечена“.*⁶⁴ На последно място, на база решението по делото Premier League, Съдът приема, че доходоносният характер на публичното съобщаване също е от значение.

Въз основа на тези критерии Съдът възприема клиентите на зъболекарския кабинет като група лица, чиито състав до голяма степен е стабилен и които не съставляват „лица по принцип“, т.е. не съставляват неопределен

⁵⁸ § 96 от Решение по делото SCF срещу Marco Del Corso.

⁵⁹ § 97 от Решение по делото SCF срещу Marco Del Corso.

⁶⁰ § 86 от Решението по делото Marco Del Corso.

⁶¹ § 84 от Решението по делото Marco Del Corso.

⁶² § 86 от Решението по делото Marco Del Corso.

⁶³ § 85 от Решението по делото Marco Del Corso.

⁶⁴ Виж § 91 от Решение по делото SCF срещу Marco Del Corso.

брой потенциални адресати. Такава група не включва значителен брой лица и също не е възприемчива към въпросното излъчване.⁶⁵ Следователно разглежданото излъчване не се включва в понятието публично съобщение и не поражда право на възнаграждение за продуцентите на звукозаписи. С това решение Съдът на Европейския съюз допълва нови критерии при оценката на публичния характер на съобщаването. Публиката, към която е насочено съобщаването, следва да бъде достатъчно голяма, да преминава прага от твърде малък, незначителен брой лица. Публиката също трябва да е целево търсена и възприемчива към публичното съобщаване от ползвателя.

*Делото Phonographic Performance (Ireland) Limited (PPL) срещу Ирландия, дело C 162/10.*⁶⁶

През 2010 г. въпросът за публичното съобщаване на защитени произведения е поставен отново пред Съда на Европейския съюз във връзка с делото Phonographic Performance (Ireland) Limited (PPL) срещу Ирландия. Решението на съда от 15 март 2012 г. се отнася до приложението на Директива 2006/115/ЕО. Дело C-162/10 е образувано по преюдициално запитване на Върховния съд на Ирландия, търговско отделение (High Court, Commercial Division), във връзка с производство по дело между Phonographic Performance (Ireland) Limited (PPL) и Ирландия. С разглежданото решение Съдът тълкува членове 8, параграф 2 и член 10 от Директива 2006/115/ЕО.

Спорът се отнася до правото на продуцентите на звукозаписи да получават справедливо възнаграждение в Ирландия за използване в хотелските стаи на звукозаписи чрез устройство, предоставено в рамките на предлаганите услуги. Организацията за колективно управление на правата на продуцентите на звукозаписи в Ирландия – PPL счита, че местното законодателство нарушава европейските директиви в областта на правата, сродни на авторското право, съгласно които продуцентите на звукозаписи имат правото да получат справедливо възнаграждение. Върховният съд на Ирландия поставя преюдициални въпроси на Съда на Европейския съюз, които се отнасят до

⁶⁵ § 95-98 от Решението по делото Marco Del Corso.

Според цитираното решение на съда понятието „публично съобщаване“ следва да бъде тълкувано във връзка с понятията, които се съдържат в Римската конвенция, в Споразумението ТРИПС (Споразумението за свързаните с търговията аспекти на правата върху интелектуалната собственост), което представлява приложение 1 В към Споразумението за създаване на Световната търговска организация (СТО), подписано в Маракеш на 15 април 1994 г., и в Договора на Световната организация за интелектуална собственост (СОИС) за изпълнения и звукозаписите от 20 декември 1996 г. Тълкуването трябва да е съвместимо с Римската конвенция, споразумението и договора и да съответства на целите на съответните релевантни разпоредби.

⁶⁶ Достъпно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=120461&pageIndex=0&doclang=BG&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2526284>

ползвателя, до акта на публично съобщаване на звукозапис и до правото на справедливо възнаграждение и освобождаването от задължение за плащане, на основание личното използване по смисъла на член 10, параграф 1, буква „а“ от Директива 2006/115.

По отношение на ползвателя Съдът счита, че предоставянето на клиентите на достъп до излъчвано предаване, което съдържа закриляното произведение е съзнателен акт, който осигурява достигането на произведението до клиентите на хотела. Без намесата на ползвателя – хотелиер – излъчваното произведение по принцип не би могло да достигне до клиентите, макар те да се намират в зоната на разпространение на програмата. Излъчените закриляни обекти могат да достигнат до клиентите на хотела само ако хотелиерът съзнателно предприеме съответните действия. В отговор на поставения въпрос Съдът дава следното тълкуване: „С оглед на изложеното дотук на първия въпрос следва да се отговори, че хотелиер, който поставя в стаите на своите клиенти радио- и/или телевизионни приемници, до които подава излъчван сигнал, е „ползвател“, който извършва „публично съобщаване“ на излъчван звукозапис по смисъла на член 8, параграф 2 от Директива 2006/115.“⁶⁷

По отношение на публиката Съдът приема, че тя трябва да се състои от неопределен брой потенциални адресати, доста голям брой лица – които не спадат към частна група. Клиентите на хотела отговарят на това определение, доколкото достъпът до услугата на хотела е въпрос на самостоятелен избор на клиентите, а потенциалната публика ще бъде ограничена само от капацитета за настаняване в хотела. По тази причина става дума за неопределен брой лица „по принцип“, а не за частна група. При изследването на публиката следва да се вземат предвид, както лица, които имат едновременно достъп до едно и също произведение, така и лицата, които имат последователно достъп до него. Публиката, която носителите на права върху закриляните обекти не са включвали, когато са разрешили неговото използване с първоначалното публично съобщаване, образува нова публика. Тази публика е допълнителна спрямо публиката, към която е адресирано първоначалното съобщаване. Клиентите на хотела образуват нова публика, която носителите на права върху закриляните обекти не са включвали, когато са разрешили неговото използване с първоначалното публично съобщаване.

Съдът приема, че поставянето в стаите на клиентите на други устройства и звукозаписи върху материален носител или в дигитална форма, които могат да се възпроизвеждат или слушат с помощта на тези устройства се включва в понятието „съобщаване на публиката“. Публично съобщаване ще е налице и в случаите, когато използването не е в резултат на излъчването на линейния сигнал на радио или телевизионната програма. В този случай хотелиерът – ползвател дължи заплащане на справедливо възнаграждение по смисъла на

⁶⁷ Виж § 31- § 47 от Решението по делото C-162/10.

член 8, параграф 2 от Директива 2006/115 за „публично съобщаване“ на звукозапис.

Съдът отбелязва, че доходоносният характер е релевантен за определянето на акта на публично съобщение, както по отношение на правото по чл. 3, параграф 1 от Директива 2001/29, така и в по-голяма степен по отношение на правото по чл. 8, параграф 2 от Директива 2006/115, което е с предимно икономически характер. Ползвателят търси нарочно публиката с акта на публично съобщение. Целта на публичното съобщение е да достигне до аудиторията. Последното е обвързано и с очаквания доходоносен характер на акта на публично съобщаване. Предоставянето на достъп до защитените произведения е допълнителна услуга, която е от значение за престижа на хотела и за цената на стаите. Възможно е услугата сама по себе си да привлече и още допълнителни клиенти. По тези причини Съдът преценява, че излъчването от хотелиера на звукозаписи има доходоносен характер.

*Делото Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) срещу Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA).*⁶⁸

Запитването до Съда е отправено по повод спор между организацията за колективно управление на авторски права в областта на музиката – UCMR – ADA и цирк „Globus“, който организира циркови и кабаретни спектакли и в рамките на спектаклите, разгласява публично музикални произведения с търговска цел, без да притежава разрешение от организацията за колективно управление.

В своето Решение от 24 ноември 2011 г. по дело C-283/10 Съдът приема, че „Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество, и по-специално член 3, параграф 1 от нея, трябва да се тълкува в смисъл, че се отнася само до разгласяване пред публика, която не присъства на мястото, откъдето то произхожда, като се изключва всяко разгласяване на произведение, извършено пряко на публично достъпно място, под каквато и да било публична форма на изпълнение или на пряко представяне на произведението.“ Съдът посочва, че според параграф 23 от рециталите на Директива 2001/29 ЕО публичното съобщаване не се отнася до „преките представяния или изпълнения“ – т.е. „изпълнението на произведения пред публика, имаща пряк физически досег с актьора или с изпълнителя на тези произведения“.⁶⁹ Хармонизацията

⁶⁸ Достъпно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115203&pageIndex=0&doclang=BG&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2526577>

⁶⁹ § 35 от Решението по дело C 283/2010: „Така, като се позовава на фактите във връзка с приемането на Директива 2001/29, и по-специално на Обща позиция (ЕО)

с Директива 2001/29 ЕО „не следва да се отнася до „традиционните“ форми на публично разгласяване, като прякото представяне или изпълнение на произведението.“⁷⁰

*Делото Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o. s. (OSA)/ Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*⁷¹

Делото C-351/2012 по преюдициално запитване от Krajský soud v Plzni – Чешка република се отнася до акта на разпространението на радио и телевизионен сигнал чрез приемници в стаите на пациентите на балнеосанаториум. Запитването е отправено във връзка със спор между организацията за колективно управление на авторските права върху музикалните произведения OSA и дружеството Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., което стопанисва частно здравно заведение, предлагащо балнеолечение, относно заплащането на такси за авторските права при осигуряване на радио или телевизионно излъчване в стаите на здравното заведение. Запитването е и във връзка с приложението на чл. 3 от Директива 2001/29/ЕО – относно понятието публично съобщаване.

Като се позовава на други свои решения Съдът посочва, че понятието публично съобщаване обхваща „всяко предаване на защитените произведения, независимо от използваните средства или технически способности“.⁷² Съдът отбелязва също, че изразът „публично“ разгласяване означава „неопределен брой потенциални адресати“.⁷³ В стаите на балнеосанаториума могат да се настанят, както едновременно, така и последователно, неопределен, но доста голям брой лица. Без действията на балнеосанаториума пациентите не биха

№ 48/2000 на Съвета от 28 септември 2000 година относно приемането на Директива 2001/29 (ОВ С 344, стр. 1), Съдът напомня, че съображение 23 от тази директива следва предложението на Европейския парламент, който е искал в това съображение да се уточни, че публичното разгласяване по смисъла на посочената директива не се отнася до „преките представяния или изпълнения“ — понятия, препращащи към понятията „публично представяне или изпълнение“ съгласно член 11, първа алинея от Бернската конвенция, които понятия обхващат изпълнението на произведения пред публика, имаща пряк физически досег с актьора или с изпълнителя на тези произведения (вж. Решение по дело Football Association Premier League и др., посочено по-горе, точка 201).“

⁷⁰ § 39 от Решението.

⁷¹ Достъпно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148388&pageIndex=0&doclang=BG&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2526935>

⁷² § 25 от Решението по дело C-351/2012 „25 Всъщност понятието „разгласяване“ най-напред следва да се разбира като обхващащо всяко предаване на защитените произведения, независимо от използваните средства или технически способности (Решение от 4 октомври 2011 г. по дело Football Association Premier League и др., C 403/08 и C 429/08, Сборник, стр. I 9083, точка 193).“

⁷³ Виж параграф 27 от Решението.

имали достъп до защитените произведения. Съдът определя действията на ползвателя като публично съобщаване. Според тълкуването на съда чл. 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО се отнася и до правото на авторите да разрешават или да забраняват „разгласяването на техните произведения от балнеосанаториум, функциониращ като търговско предприятие, чрез целенасочено разпространение на сигнал посредством радио или телевизионни приемници в стаите на пациентите на санаториума“ и съответно разпоредбата не допуска правна уредба на държава членка, която лишава авторите от това тяхно право.

*Делото ITV Broadcasting Ltd и др. срещу TVCatchup Ltd.*⁷⁴

Преюдициалното запитване по дело C-607/11e се отнася до тълкуването на чл. 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО. Запитването е отправено в рамките на спор относно излъчването от TVCatchup Ltd (TVC) чрез интернет до потребители на услугата, почти едновременно с телевизионното излъчване, на програмите на няколко търговски телевизионни оператори (ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd и ITV Studios Ltd) от High Court of Justice (England & Wales) (Chancery Division).

Характерно за услугата е, че TVC осигурява достъп до телевизионните програми чрез техническия способ – интернет – само на абонати, които вече са получили законно правото да гледат на територията на Великобритания телевизионните програми по силата на своя абонамент. Услугата е ограничена за същата територия – територията на Обединеното кралство. Услугата на TVC е безплатна за потребителите и се финансира с реклама. Съдът се произнася относно приложението на понятието публично съобщаване по чл. 3, параграф 1 от Директива 2001/29 по отношение на препредаването на телевизионна програма от организация, различна от първоначалния оператор, чрез друг технически способ на разпространение на програмата, в случая интернет. Абонатите, до които се препредава програмата вече имат достъп до нея чрез наземно телевизионно излъчване и приемат сигнала чрез своя телевизионен приемник законосъобразно. Новото в конкретния казус е, че аудиторията, до която достига сигналът на телевизионната програма не е нова по смисъла на установената практиката на Съда на ЕС. Само способът за приемане на програмата е различен от този, за който правноносителите са отстъпили права за публично съобщаване. Така основен въпрос в производството е дали препредаването на телевизионна програма чрез друг технически способ, от друга организация, в рамките на същата територия и до същата публика, ще представлява нов акт на публично съобщаване.

⁷⁴ Достъпно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134604&pageIndex=0&doclang=BG&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2527626>

На първо място, като базира мотивите си на рецитал 23 и чл. 3, параграф 3 от Директива 2001/29, Съдът приема, че разрешението за публично съобщаване на защитени произведения не води до изчерпване на правото да се разрешава или забранява публично разгласяване на същите произведения чрез друг способ за публично съобщаване (в този смисъл е чл. 3, параграф 3 от Директива 2001/29).⁷⁵ Съдът потвърждава установената съдебна практика, че публичното съобщаване обхваща предаването, препредаването на произведението по кабелен път (жичен) или безжичен път, включително и излъчването до публика, която не присъства на мястото, откъдето то произхожда. Съдът приема, че „за всяко предаване или препредаване на произведение, при което се използва специфичен технически способ, авторът на съответното произведение трябва да даде по принцип индивидуално разрешение.“⁷⁶ Безспорно препредаването по интернет на телевизионна програма, която се излъчва чрез наземно телевизионно радиоразпръскване представлява нов специфичен технически способ, който е различен от първоначалното разгласяване. Без значение в случая е, че препредаването по интернет е насочено към лица, които вече имат телевизионен абонамент за същата територия на разпространение на сигнала. На потенциалните ползватели на услугата се предоставя достъп до съдържанието на телевизионните програми посредством друг, нов технически способ, за който авторите не са дали разрешение. За всеки способ на излъчване и предаване трябва да се получи индивидуално и отделно разрешение от правноносителите. Оттук следва, че в двата случая на излъчване, наземно радиоразпръскване и почти едновременно препредаване по интернет, са налице два отделни акта на публично съобщаване и е необходимо нарочно разрешение.⁷⁷ Въз основа на това Съдът определя акта на препредаването

⁷⁵ Чл. 3, параграф 3 от Директива 2001/29 „Правата, посочени в параграфи 1 и 2, не се изчерпват чрез акт на публично разгласяване или предоставяне на публично разположение, както е определено в настоящия член.“

⁷⁶ § 24 от Решението по дело ITV Broadcasting Ltd и др. срещу TVCatchup Ltd: „Следователно, като е уредил случаите, в които дадено произведение е предмет на многократно използване, законодателят на Съюза е имал предвид, че за всяко предаване или препредаване на произведение, при което се използва специфичен технически способ, авторът на съответното произведение трябва да даде по принцип индивидуално разрешение.“

⁷⁷ Виж § 39 от Решение по дело ITV Broadcasting Ltd и др. срещу TVCatchup Ltd: „За разлика от това настоящият случай в главното производство се отнася до излъчвания на произведения, включени в наземно излъчване, и до предоставянето на разположение на същите произведения по интернет. Както следва от точки 24—26 от настоящото решение, за всяко от тези две излъчвания трябва да се получи индивидуално и отделно разрешение от съответните автори, като се има предвид, че всяко от тях се извършва при специфични технически условия в резултат от различен способ за предаване на защитените произведения и всяко от тях е насочено към публика. При тези обстоятелства не следва да се разглежда по-нататък условието за наличие на нова публика, което е релевантно само в случаите, по които Съдът се е произнесъл с посочените

чрез този нов технически способ като публично съобщаване по смисъла на чл. 3, параграф 2 от Директива 2001/29 и установява, че е необходимо допълнително разрешение на правноносителите.^{78 79}

*Делото C-325/14 SBS Belgium NV срещу Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM).*⁸⁰

Главното производство по преюдициалния въпрос е между дружеството за колективно управление на авторски права SABAM и SBS – телевизионен оператор, който създава и разпространява няколко търговски телевизионни програми. SBS излъчва програмите само чрез способа, наречен „пряко въвеждане“. SBS подава сигнал до разпространителите (платформени оператори) като на този етап сигналът не може да се приеме от широката публика. Сигналът се подава до разпространителите чрез спътник, оптичен кабел или по друг начин. След като получат телевизионния сигнал, разпространителите (платформени оператори) го предават кодиран или не кодиран до своите абонати, за да могат абонатите да гледат програмите на своите приемници. Платформените оператори са сателитни и кабелни оператори, т.е. разпространяват сигнала до абонатите си чрез спътникова или кабелна мрежа.

Въпросът на запитващата юрисдикция – Апелативен съд, Брюксел – е дали излъчващата телевизионна организация, която предава програмите си

по-горе решения по дела SGAE, Football Association Premier League и др., както Airfield и Canal Digitaal.“

⁷⁸ Виж § 26 от Решение по дело ITV Broadcasting Ltd и др. срещу TVCatchup Ltd: „*Като се има предвид, че предоставянето на произведения на разположение чрез препредаване по интернет на наземно телевизионно излъчване се извършва по специфичен технически способ, който е различен от първоначалното разгласяване, това предоставяне на разположение трябва да се счита за „съобщаване“ по смисъла на член 3, параграф 1 на Директива 2001/29. Следователно за подобно препредаване не може да не се прилага изискването за получаване на разрешение от авторите на препредаваните произведения, когато те се разгласяват публично.*“

⁷⁹ Решение по т.1 по дело ITV Broadcasting Ltd и др. срещу TVCatchup Ltd: „1) Понятието „публично разгласяване“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество трябва се тълкува в смисъл, че обхваща препредаване на включени в наземно телевизионно излъчване произведения, което е извършвано от организация, различна от първоначалния оператор, посредством интернет връзка на разположение на абонатите на тази организация, които могат да приемат това препредаване, като се свържат с нейния сървър, въпреки че тези абонати се намират в зоната на приемане на посоченото наземно телевизионно излъчване и могат на законно основание да приемат сигнала му на телевизионен приемник.“

⁸⁰ Достъпно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=171788&pageIndex=0&doclang=BG&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2527783>

чрез способа на прякото въвеждане, осъществява акт на публично съобщаване по смисъла на член 3 от Директива 2001/29.

Съдът се позовава на своята по-ранна практика и по-специално на параграф 16 от решение по дело C 466/12 Svensson и други срещу Retriever Sverige AB. Според параграф 16 от посоченото решение по делото Svensson и др. и параграф 15 от Решението по делото SABAM публично съобщаване обединява два кумулативни елемента: наличието на акт на съобщаване на обекта на закрила и публичния характер на съобщаването. Актът на публичното съобщаване обхваща всяко излъчване и предаване, независимо от използвания технически способ, например разпространение на сигнала чрез сателитно излъчване или предаване по кабел.⁸¹ Вторият основен кумулативен елемент е публичният характер на съобщаването. Съдът се позовава на обсъдената по-горе последователна практика по преюдициални запитвания и посочва, че понятието се отнася до „неопределен брой потенциални адресати- потенциални телевизионни зрители, и .. наличие на доста голям брой лица“.⁸² Съдът приема, че подаването на телевизионен сигнал от излъчващата организация до платформените кабелни и сателитни оператори няма публичен характер. На този етап от излъчването/предаването на сигнала телевизионните зрители нямат достъп до сигнала. Според съда „като се има предвид посоченото в точка 15 от настоящото решение изискване за кумулативно наличие на двата съставни елемента на публичното разгласяване, както и обстоятелството, че условието за публичност на разгласяването не е изпълнено, предаването на сигнали от излъчваща организация принципно не попада в понятието „публично съобщаване“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29.“⁸³ Едва след намесата на платформените оператори – разпространители, абонатите имат възможност да гледат телевизионните програми, като абонатите формират една единствена публика. Според Съда разпространението на телевизионната програма до тази публика се осъществява не от излъчващата телевизионна организация, а от платформените оператори.⁸⁴

⁸¹ Виж в този смисъл § 16 от Решението по делото SABAM.

⁸² Виж в този смисъл параграф 21 от Решението по делото SABAM.

⁸³ Виж в този смисъл параграф 25 от Решението по делото SABAM.

⁸⁴ Съдът заключава, че чл. 3, параграф 10 от Директива 2001/29/ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че „излъчваща организация не осъществява акт на публично разгласяване по смисъла на тази разпоредба, когато предава сигнали, носители на програми, само до разпространители на сигнали, като по време или по повод на това предаване сигналите не са достъпни за публиката, а след това разпространителите ги подават на съответните си абонати, за да могат последните да гледат програмите, освен ако намесата на разглеждащите разпространители представлява само обикновен технически способ, което обстоятелство запитващата юрисдикция следва да провери.“

III. Заключение

В обобщение следва да се изведе основното съдържание на понятието публично съобщаване. Техническият способ за довеждане на произведението или обекта на сродно на авторското право до знанието на публиката е един от следните технически способности: излъчване, предаване, препредаване, предлагане по жичен (кабел) или безжичен път на достъп на неограничен брой лица от място и по време, индивидуално избрани от тях. Използването на всеки един от тези способности, ако се осъществява от организация, различна от първоначално излъчващата, е самостоятелна форма на публично съобщаване, дори и публиката, към която е насочено публичното съобщаване да е същата. Публичното съобщаване винаги е насочено към публика, която не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването. При положение, че публиката присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването са приложими нормите и съдебната практика, относими към друга форма на използване на произведението-публично изпълнение. Публичното съобщаване е акт, който е насочен към публиката. Целта на публичното съобщаване е приемането на обекта на закрила от публиката. Основните характеристики, на които трябва да отговаря публиката, за да е налице публично съобщаване са: да е нова публика, която не е обхваната от разрешението на правноносителите за използване с първоначалното публично съобщаване; да е съставена от достатъчно голям брой лица; да се състои от неопределен брой потенциални адресати; да се състои от „лица по принцип“, а не от определени лица, спадащи към частна група; важно е не само колко лица имат едновременно достъп до едно и също произведение, но и колко от тях имат последователно достъп до него; публиката, към която е насочено публичното съобщаване следва да е целево търсена от ползвателя, а не да е случайно „привлечена“. Доходоносният характер на публичното съобщаване е от значение, но не е задължителен, за да е налице публично съобщаване.

ЛИТЕРАТУРА

- Bently**, Lionel, Brad **Sherman**. Intellectual Property Law. Third edition. Oxford, 2008.
Ficsor, Mihály. Guide to the copyright and related rights treaties administered by wipo and glossary of copyright and related rights terms. Geneva: WIPO, 2003.
Sterling, J.A.L. World Copyright Law. Third edition. Sweet & Maxwell, 2018.
WIPO. Understanding Copyright and Related Rights. Second Edition. Switzerland, 2016.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – доц. д-р Златимир Орсов.

ОТНОСНО СЪЩНОСТТА НА НЕГАТОРНИЯ ИСК КАТО ВИД ПЕТИТОРЕН ИСК И НЕОБХОДИМОСТТА ОТ ВПИСВАНЕТО МУ

ВЕНЦИСЛАВ Л. ПЕТРОВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: В статията е изследвана правната същност на иска по чл. 109 от Закона за собствеността. Той е разгледан като част от системата на петиторните иски, която цели защита от различните възможни нарушения на правото на собственост. Изложено е виждането за необходимостта от еднакво третиране на ревандикационния и негаторния иск поради множеството техни близости и поради сходната им правна същност. В тази връзка е формулиран извод, че установяването на принадлежността на правото на собственост или на ограничено вещно право се включва в предмета на делото по чл. 109 ЗС. Като логическа последица на това е направено предложение исковата молба с правно основание чл. 109 ЗС да подлежи на вписване. Направена е критика на противоположното становище, застъпено в част от съдебната практика и най-вече в Тълкувателно решение 4/2015 ОСГК на ВКС.

Ключови думи: негаторен иск, петиторен иск, вписване.

* Главен асистент по гражданско и семейно право в Катедра „Гражданскоправни науки“ на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право; vencislav.petrov@yahoo.com

ABOUT THE NATURE OF ACTIO NEGATORIA AND THE NECESSITY OF ITS REGISTRATION

VENCISLAV L. PETROV*

Civil Law Sciences Chair

Abstract: The article analyzes the law characteristics of the action, established in art. 109 of The Law of property (actio negatoria). This action is described as a part of the system of the petitory actions, the purpose of which is a defense against the various breaches of the ownership. The author's thesis is that actio rei vindicatio, actio negatoria and the other petitory actions have to be treated in one and the same way because of their similar law characteristics. Consequently the subject of the case includes the ascertainment of the existence of the right of ownership in the estate of the claimant. As a consequence it is proposed the registration of the actio negatoria in the Land register.

Key words: actio negatoria, petitory action, registration in the Land register

I. Въведение в проблема

В последните години се забелязва активна тълкувателна дейност на Върховния касационен съд по въпроси на вещното право, породена от противоречиво правоприлагане на вещноправни норми от съдилищата. В ТР 4/2015 от 06.11.2017 г. по тълкувателно дело No 4 от 2015, ОСГК на ВКС се произнесе по три въпроса, свързани с приложението на негаторния иск по чл. 109 ЗС. В мотивите на решението ОСГК на ВКС взе отношение по някои важни въпроси във връзка с правната същност на разглеждания иск, част от които не могат да бъдат споделени. По-конкретно, далеч не е безспорно възприетото от ВКС виждане, че въпросът за правото на собственост върху засегнатия имот на ищеца остава извън предмета на делото, както и следващият от това извод, че исковата молба по чл. 109 ЗС не подлежи на вписване. За проблемите относно този извод свидетелства както противоречивата съдебна практика до приемането на тълкувателното решение, така и особеното мнение към него.

Отговорът на въпроса относно вписването на исковата молба следва да се търси на едно по-дълбоко теоретично равнище, като се изхожда от правната същност на иска по чл. 109 ЗС и от съдържанието на търсената чрез него защита. В статията е застъпено становище, противоположно на възприетото от ВКС, а именно, че в предмета на иска по чл. 109 ЗС се включва и установяването на принадлежността на правото на собственост върху засегнатия имот в патримониума на ищеца, което налага произнасянето по този въпрос с отделен диспозитив. Като последица от това е обоснована необходимостта исковата молба по чл. 109 ЗС да подлежи на вписване. За доказване на тази теза са използвани

* Senior Assistant Professor in Civil and Family Law at the Faculty of Law, University of Sofia „St. Kliment Ohridski“, Ph.D in Law; vencislav.petrov@yahoo.com

аргументи от правнодогматичен, исторически и телеологически характер, както и такива, извлечени при изследване на доктрината и на съдебната практика.

II. Изложение

В **римското право** *actio Negatoria* е съществувал като иск, даден в полза на собственика¹. Както повечето съвременни гражданскоправни институти, чиито корени могат да се открият в римското право, и негаторният иск е претърпял значителни изменения през многовековното си съществуване. Вероятно е да са съществували различни близки по същността и последиците си средства, които впоследствие са били обединени в *actio Negatoria*². Няма спор обаче относно същността му на средство за защита на правото на собственост.

В сравнителен план негаторният иск е уреден като иск за защита на правото на собственост от нарушения, различни от отнемане на владението. Така например в Параграф 1004 от Германския граждански законник „ако собствеността е нарушена със средства, различни от отнемане или задържане на владение, собственикът може да изиска от нарушителя да отстрани смущението“. Показателно е систематичното място на разпоредбата, която се намира в Книга трета „Вещно право“, Глава IV „Претенции, произтичащи от правото на собственост“. В Гражданския кодекс на Руската федерация негаторният иск е уреден в чл. 304, според който „собственикът може да изисква премахване на всякакво нарушение на правото му, дори тези нарушения да не са свързани с нарушение на владението“. От цитираните разпоредби може да се направи извод за възприемането на този иск като класически собственически иск, т.е. вещен иск за защита на правото на собственост.

Същото виждане относно същността на **негаторния иск като средство за защита на правото на собственост** е застъпено и в по-старата българска литература³. Това трайно разбиране за същността на негаторния иск е намерило своето продължение и в по-новата цивилистична доктрина⁴.

Като такова, той представлява един от исковете за защита на правото на собственост, наречени петиторни искове – ревандикационен (чл. 109 ЗС), иск за установяване на граници (чл. 109а), положителен установителен иск за

¹ Така **Базанов**, Иван. Курс по римско право. Т. I. София: Университетска печатница, 1940, с. 266; **Новицки**, Иван Б., И. С. **Перетерски**, И. С. Римско частно право. София: Наука и изкуство, 1952, с. 166; **Венедиков**, Петко, Михаил **Андреев**. Римско право. София: Наука и изкуство, 1949, с. 165; **Чолов**, Румен. Римското частно право. С.: Сиела, 2000, с. 101; **Дождев**, Д. В. Римское частное право. Москва: Норма, 2004, с. 389.

² **Гарсия Гарридо**, М. Х. Римское частное право: казусы, иски, институты. Москва: Статут, 2005, с. 333, бел. под линия № 32.

³ **Венедиков**, Петко. Система на българското вещно право. 3. прераб. и доп. изд., съобр. С прените в законод. София: Университетска печатница, 1947, с. 171.

⁴ **Боянов**, Георги. Вещно право. 4. осн. прераб. и доп. изд. София: Авалон, 2004, с. 387.

собственост, отрицателен установителен иск за собственост. Всеки от тях има за цел да противодейства на различни нарушения на правото на собственост, респ. на ограниченото вещно право или казано по друг начин – на нарушения или застрашаване на различни правомощия, включени в съдържанието на субективно вещно право. В своята съвкупност тези иски изграждат една система от средства, които са предназначени да дадат защита във всяка една хипотеза на нарушение⁵.

Най-голяма близост негаторният иск има с ревандикационния. Това произтича на първо място от характера на търсената с тях защита – и двата иска са осъдителни, за разлика от останалите петиторни иски, които са установителни⁶. Тези два иска заемат централно място в системата от петиторни иски. Това се дължи на обстоятелството, че те са създадени за противодействие на най-интензивните нарушения на субективните вещни права – не само на тяхното оспорване, а на тяхното директно възпрепятстване и смущаване. Двата иска бележат голямо сходство както в правната си същност, така и в целите си. Затова те следва да бъдат третирани по един и същ начин⁷.

Въз основа на изложеното общоприето разбиране, че негаторният иск, подобно на ревандикационния, е иск за защита на правото на собственост, в литературата трайно се приема, че върху ищеца по него лежи **доказателствената тежест** да докаже наличието в своя патромониум на правото на собственост, респ. на ограниченото вещно право. Тази теза се възприема в романистичната литература по отношение на въпросния иск в римското право⁸. Тя е застъпена в българската доктрина както при действието на Закона за имуществото, собствеността и сервитутите⁹, така и при действието на Закона

⁵ Подробно за съотношението и взаимодействието между тези средства, както и за възможността за комбинирането на някои от тях вж. **Сарафов**, Павел. Съотношение между способите за защита на вещните права. *Търговско право*, 2017, № 2, с. 17–31.

⁶ Спорове съществуват единствено по отношение на иска за установяване на граници, уреден в чл. 109а ЗС. За различните становища вж. **Матеева-Стоянова**, Екатерина. За характера на правната защита, търсена с иска за определяне на граници по чл. 109а ЗС. *Собственост и право*, 1999, № 6, цитирана по Епи 2.0. Авторът защитава виждането за установителния характер на иска и на решението, което се постановява по него.

⁷ Така и **Захария – Кроче**. Ръководство по гражданско право. Т. II. Вещно право. София: Право, 1920, с. 159. Същото се приема и в романистичната литература за *actio negatoria* в Рим – според проф. Базанов тя е „сурогат на *rei vindicatio* и е изградена по принципите на последната и по форми прилича на нея“ – **Базанов**, Иван. Курс по римско право. Т. I. София: Университетска печатница, 1940, с. 266.

⁸ **Жирав**, П. Ф. История и система на римското право. Ч. I. История, лично и вещно право. София: Издание на Софийския университет, 1913, с. 505; **Андреев**, Михаил. Римско частно право. 7. изд. С.: Софи-Р, 1993, с. 258, който пише че „за да се уважи негаторният иск, ищецът трябва да докаже само своето право на собственост...“

⁹ **Венедиков**, Петко. Система на българското вещно право. 3. прераб. и доп. изд., съобр. с промените в законд. София: Университетска печатница, 1947, с. 172; **Вълчанов**,

за собствеността¹⁰. Към същото виждане се придържа и съдебната практика, напр. Решение № 62 от 01.07.2015 г. по гр. д. № 339/2015 г. на ВКС, II г.о.; Определение № 288 от 30.05.2018 г. по гр. д. № 3853/2017 г. на ВКС, I г.о.; Определение № 67 от 12.02.2016 г. по гр. д. № 5568/2015 г. на ВКС, I г.о. и др. В съдебната и арбитражната практика в Русия също безспорно се приема, че негаторният иск подлежи на уважаване само ако ищецът докаже, че е собственик на имота – така т. 45 от Постановление на Пленума на Върховния съд на Руската федерация и Висшия арбитражен съд на Руската федерация № 10/22 от 29.04.2010 г.

Следователно, безспорно е, че ищецът по предявен негаторен иск следва да докаже, че притежава право на собственост или ограничено вещно право върху процесния имот. Спорно е обаче дали това е преюдициален въпрос или той се включва в предмета на делото и следователно с решението се формира сила на пресъдено нещо по отношение на него.

От изложените по-горе аргументи следва да се приеме, че ревандикационният и негаторният иск са **искове с твърде близка характеристика** – петиторни осъдителни искове, които са дадени в полза на титулярите на вещни права за защита срещу различни по характера си нарушения. В старата гражданскопроцесуална литература дори е имало изложено виждане, че *actio negatoria* всъщност е *actio rei vindicatio*, „ограничен в ширината си“¹¹. Подобно виждане, макар и да не може да бъде споделено, ясно сочи за сходната правна същност на двата иска. Основната разлика между тях се изразява в приложното им поле. Те защитават различни по характера си нарушения на правото на собственост¹². Ревандикационният иск се предявява при отнемане на фактическата власт върху вещта; негаторният иск пък е адекватно средство за защита срещу всякакви други нарушения на правото на собственост или ограничените вещни права, извън отнемането на фактическата власт върху тях. Това различие обаче не променя сходната им правна природа, както и предназначението им. Би следвало да се приеме, че в предмета на делото

Христо. Особени искове из областта на гражданското право. Част първа. София: Ц. Н. Чолаков, 1928, с. 235. В ЗИСС негаторният иск не е изрично уреден, но теорията безспорно признава съществуването му.

¹⁰ **Василев**, Любен. Българско вещно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 1995, с. 437, с. 440 и с. 443 – за всеки един от трите вида негаторен иск, които авторът твърди, че съществуват; **Боянов**, Георги. Вещно право. София: Авалон, 2004, с. 387; **Бобатинов**, Марио, Красимир **Влахов**. Вещно право. Практически проблеми. 2. доп. изд. София: Сиби, 2007, с. 346; **Стоянов**, Венцислав. Имотен регистър. София: БАН, 2005, с. 94–95 във връзка със с. 89; **Джеров**, Александър. Вещно право. София: БАН, 1993, с. 54–55.

¹¹ За това виждане и критика срещу него вж. **Абрашев**, Петър. Гражданско съдопроизводство. Т. II. София: Царска придворна печатница, 1914, с. 31 и цитираните там чужди автори. Авторът не възприема тезата за идентичност между двата иска.

¹² Така **Марков**, Методи. Искът за собственост по чл. 108 от Закона за собствеността. София: Сиби, 1994, с. 38.

както по чл. 108 ЗС, така и по чл. 109 ЗС влиза установяване на правото на собственост или на ограниченото вещно право в патримониума на ищеца. Въз основа на това по отношение на тях следва да се възприеме и еднакво разрешение относно необходимостта от вписването им.

ВКС обаче приема горните изводи по отношение на ревандикационния иск. В т. 2А на ТР 4/2014 от 14.03.2016 г. ОСГК на ВКС се приема, че предмет на делото по този иск е правото на собственост на ищеца. Въз основа на това ВКС приема, че съдът следва да се произнесе с два отделни диспозитива: с установителен диспозитив относно принадлежността на правото на собственост и с осъдителен диспозитив, с който осъжда ответника да предаде владението на вещта (ако уважи иска).

Същият извод ВКС възприема и по отношение на положителния установителен иск за собственост в мотивите по т. 1 на Тълкувателно решение № 4/2015 от 06.11.2017 г. на ОСГК на ВКС. Там изрично се сочи, че предметът на делото по този иск е същият като предмета на делото по ревандикационния иск.

В контекста на горните разсъждения същото разрешение следва да бъде възприето и по отношение на иска по чл. 109 ЗС.

Поради това не може да бъде споделено изразеното в Тълкувателно решение № 4/2015 от 06.11.2017 г. на ОСГК на ВКС становище, че **предмет на делото**, образувано по предявен иск с основание чл. 109 ЗС, не е правото на собственост на ищеца върху засегнатия имот. Това виждане е изразено и в други актове на ВКС, напр. Решение № 92 от 01.12.2017 г. по гр. д. № 4715/2016 г. на ВКС, II г.о. В гражданскопроцесуалната литература предметът на делото се определя като спорното материално субективно право; то се въвежда в процеса чрез правното твърдение на ищеца, съдържащо се в исковата молба¹³. Ищецът по предявен иск по чл. 109 ЗС следва да твърди, че е собственик на имот или титуляр на ограничено вещно право върху нея. Останалите негови твърдения са различни в зависимост от вида негаторен иск според възприетото от Тълкувателно решение № 4 от 06.11.2017 г. по тълк. д. № 4/2015 г. на ОСГК на ВКС и част от теорията виждане за нали-

¹³ Сталев, Живко, Анелия Мингова, Огнян Стамболиев, Валентина Попова, Ружа Иванова. Българско гражданско процесуално право. 9. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2012, с. 210. Това се признава и от ВКС в мотивите по т. 1 на разглежданото тълкувателно решение. В по-старата гражданскопроцесуална литература се застъпва близкото виждане, че предмет на делото е материалноправното отношение, което се поражда от твърдения в исковата молба фактически състав – вж. Силяновски, Димитър. Гражданско съдопроизводство. Т. II. Производство пред първата инстанция. София: П. К. Овчаров, 1941. Между двете виждания няма голяма разлика, тъй като според доминиращото виждане в правната теория на всяко субективно право съответства правно задължение, респ. всяко едно субективно право съществува само в рамките на съдържанието на едно правоотношение.

чието на един установителен и два вида осъдителен негаторен иск¹⁴. При негаторния установителен иск е достатъчно ищецът да твърди, че е собственик на вещта, респ. че притежава ограничено вещно право върху нея. При осъдителния негаторен иск за преустановяване на въздействие върху имота ищецът следва да твърди, че ответникът извършва определени действия върху имота¹⁵ и че тези действия му пречат да упражни своето вещно право¹⁶. При предявяване на осъдителен негаторен иск за отстраняване на последиците от извършеното нарушение ищецът следва да твърди и че ответникът с действията си е причинил това състояние¹⁷. И при трите хипотези обаче ищецът следва да твърди и докаже наличието на въпросното вещно право в своя патримониум. По този начин, със своето твърдение, ищецът въвежда в предмета на делото правото на собственост или ограниченото вещно право върху процесния имот.

Като логическа последица на горното следва да се приеме, че с решението по иска по чл. 109 ЗС се формира **сила на пресъдено нещо** и по въпроса за собствеността¹⁸. В т. 1 на ТР 4/2015 ОСГК на ВКС приема, че този въпрос е преюдициален и съдът следва да се произнесе по него само в мотивите. Щом в тълкувателната практика на ВКС е възприето, че решението по ревандикационния иск следва да съдържа и установителен диспозитив, с който съдът се

¹⁴ Виждането за съществуването на три вида негаторен иск – един установителен и два осъдителни – датира много преди ТР 4/2015 от 06.11.2017 г. на ОСГК на ВКС. То е възприето в старата немска, италианска и френска литература – напр. **Захария – Кроме**. Ръководство по гражданско право. Т. II. Вещно право. София: Право, 1920, с. 159; **Ричи**, Франческо. Имушествата, собствеността и нейните видоизменения. Книга втора. Стара Загора: Светлина, 1925, с. 497; **Колен**, Амброаз, Анри **Капитан**. Елементарен курс по френско гражданско право. Т. I, кн. II. Вещно право. София: Държавна печатница, 1926, с. 433. В българската правна литература това виждане е застъпено от акад. Любен Василев – вж. **Василев**, Любен. Българско вещно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 1995, с. 431-432. Някои автори в по-новата литература също възприемат тезата за наличието на три вида негаторен иск – **Стоянов**, Венцислав. Имотен регистър. София: БАН, 2005, с. 94-96. Въпросът остава извън рамките на настоящата разработка. Следва обаче да се има предвид, че ако се признае съществуването на отрицателен установителен иск за собственост или други вещни права (както прави ВКС в ТР 8/2012 ОСГК), то съществуването на установителен негаторен иск става безпредметно. Въз основа на това би следвало да се признае само съществуването на два вида осъдителен негаторен иск.

¹⁵ Така **Василев**, Любен. Българско вещно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 1995, с. 440.

¹⁶ Така т. 3 от Тълкувателно решение № 4 от 06.11.2017 г. по тълк. д. № 4/2015 г. на ОСГК на ВКС.

¹⁷ **Василев**, Любен. Българско вещно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 1995, с. 443.

¹⁸ Така и **Бобатинов**, Марио, Красимир **Влахов**. Вещно право. Практически проблеми. София: Сиби, 2007, с. 346.

произнася по въпроса за принадлежността на твърдяното вещно право в патримониума на ищеца, то същото виждане следва да се възприеме и по отношение на решението по предявен негаторен иск. С първия диспозитив ищецът следва да бъде признат за собственик или титуляр на ограничено вещно право върху процесния имот (или искането да се отхвърли, в случай че принадлежността на субективното вещно право не бъде доказана), с втория диспозитив – ответникът да бъде осъден да преустанови процесното нарушение или да премахне последиците от нарушението (респ. да се отхвърли това искане). Този извод е застъпен и в особеното мнение по т. 1 на ТР 4/2017 по тълк. д. 4/2015 на ОСГК на ВКС. Виждането е изложено отдавна в българската правна литература от Александър Джеров¹⁹. Що се касае то т. нар. негаторен установителен иск²⁰, с втория диспозитив съдът следва да отрече притежанието от ответника на ограничено вещно право върху имота.

Възприемането на изложеното виждане за обхвата на предмета на делото по чл. 109 ЗС би довело и до процесуална икономия. Влязло в сила съдебно решение по предявен негаторен иск би формирало сила на пресъдено нещо по въпроса за принадлежността на правото на собственост или ограниченото вещно право към патримониума на ищеца и би било процесуална пречка за образуване на дело със същия предмет.

Като закономерна последица на становището за необходимостта от отделен диспозитив за признаване на правото на собственост или ограничено вещно право върху засегнатия имот трябва да се възприеме изводът, че исковата молба по чл. 109 ЗС **подлежи на вписване**. Той се споделя от редица автори в българската правна книжнина²¹. Възприет е и в редица съдебни актове, постановени преди ТР 4/2017 по тълк. д. 4/2015 на ОСГК на ВКС. В този смисъл са Определение № 524 от 19.11.2008 г. по ч.гр.д.№ 1714/08 г. на ВКС, I г.о.; Определение № III от 11.11.2010 г. по ч.гр.д.№ 1883/10 г. на Бургаския окръжен съд; Определение от 27.04.2012 г. по гр.д.№ 2380/12 г. на РС- Стара Загора и др. Обратната теза – че исковата молба по чл. 109 ЗС не подлежи на вписване – се възприема както в т. 2 на посоченото тълкувателно решение, така и в редица съдебни актове, постановени преди него – Определение № 103 от

¹⁹ Джеров, Александър. Вещно право. София: БАН, 1993, с. 56. По-горе на същата страница обаче авторът приема, че „предмет на иска е самото нарушение“. Ако приемем, че наличието на правото на собственост в патримониума на ищеца не се включва в предмета на делото, то няма как да се обоснове необходимостта от вписване на иска.

²⁰ Проф. Владимир Петров и проф. Методи Марков го наричат „негаторен (отрицателен) установителен иск – вж. Петров, Владимир, Методи Марков. Вещно право. (Уч. помагало). 8. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014, с. 171.

²¹ Стоянов, Венцислав. Имотен регистър. София: БАН, 2005, с. 87–88; Петров, Владимир, Методи Марков. Вещно право. (Уч. помагало). 8. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014, с. 269; Василев, Ивайло. Действие на вписването по българското вещно право. София: Нова звезда, 2018, с. 254–255.

12.03.2012 г. по гр.д.№ 88/12 г. на ВКС, II г.о.; Определение от 21.12.2011 г. по ч.гр.д.№ 16752/11 г. на СГС, Търговско отделение, VI- 18 състав; Определение от 29.12.2011 г. по ч.гр.д.№ 16267/11 г. на СГС, II-А гражданско отделение; Определение от 15.12.2010 г. по ч.гр.д.№ 566/10 г. на ОС- Стара Загора. Тезата се аргументира основно с обстоятелството, че с решението по негаторния иск не се формира сила на пресъдено нещо относно правото на собственост върху имота. Това становище се споделя и в становището на Висшия адокватски съвет по т.д. 4/2014 на ОСГК на ВКС. Поради изложените по-горе аргументи то не може да бъде споделено.

Ако се приеме, че искът по чл. 109 ЗС подлежи на вписване, трябва да се отговори и на въпроса за **действието на това вписване**. Би могло да се поддържа, че ще е налице оповестително-защитно действие. Може да се приеме, на второ място, че вписването би имало единствено оповестително действие. Това второ виждане би следвало да се подкрепи. По аргумент от чл. 1 от Правилника за вписванията всяко едно вписване има такова действие. То се изразява единствено в даване на гласност на вписания акт. Наличието единствено на оповестително действие може да се обоснове с разпоредбата на чл. 114, б. а), според която когато вписването на исковата молба е предвидено с изрична разпоредба на закона, то произвеждат спрямо трети лица действието, посочено в същата разпоредба; при липса на такава разпоредба вписването има значение само за да даде гласност на съдебния спор относно имоти. В чл. 109 ЗС не е предвидено нищо по отношение на действие на вписването, следователно то няма как да има оповестително-защитно действие (за конститутивно действие въобще не може да става дума). Виждането за чисто оповестителното действие на вписването на исковата молба по чл. 109 ЗС е застъпено вече в правната литература²². То е възприето и от особеното мнение по т. 2 на ТР 4/2017 по т.д. 4/2015 ОСГК на ВКС, подписано от внушителната бройка от десет съдии.

III. Заключение

Въз основа на направения анализ може да се направи заключение, че негаторният иск е еднороден с останалите петиторни искове, най-вече с ревандикационния, и поради това той следва да се подчинява на същия режим като тях. Както при всички тях (без отрицателния установителен иск за собственост и други вещни права), в предмета на делото се включва признаване на вещното право на ищеца. Поради това исковата молба по чл. 109 ЗС следва да подлежи на вписване, независимо от възприетото от ВКС виждане. Вписването би имало единствено оповестително действие.

²² **Василев**, Ивайло. Действие на вписването по българското вещно право. София: Нова звезда, 2018, с. 254.

Подобно тълкуване би държало сметка за правната същност на иска и не би внесло дисонанс в стройната система от искове, изградена от законодателя, доктрината и съдебната практика, имаща за цел да защити правото на собственост и ограничените вещни права от различни по характера си нарушения.

ЛИТЕРАТУРА

- Абрашев**, Петър. Гражданско съдопроизводство. Т. II. София: Царска придворна печатница, 1914. II, 484 с.
- Андреев**, Михаил. Римско частно право. 7. изд. София: Софи-Р, 1993. 480 с.
- Базанов**, Иван. Курс по римско право. Т. I. София: Университетска печатница, 1940. 564 с.
- Бобатинов**, Марио, Красимир **Влахов**. Вещно право. Практически проблеми. 2. доп. изд. София: Сиби, 2007. 352 с.
- Боянов**, Георги. Вещно право. 4. осн. прераб. и доп. изд. София: Авалон, 2004. 463 с.
- Василев**, Ивайло. Действие на вписването по българското вещно право. София: Нова звезда, 2018.
- Василев**, Любен. Българско вещно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 1995. 736 с.
- Василев**, Любен. Негаторните искове за защита на собствеността. *Социалистическо право*, 1960, № 7, 6–25.
- Венедиков**, Петко, Михаил **Андреев**. Римско право. София: Наука и изкуство, 1949. 436 с.
- Венедиков**, Петко. Система на българското вещно право. 3. прераб. изд., съобразено с промените в законодателството. София: Университетска печатница, 1947. VIII, 424 с.
- Вълчанов**, Христо. Особени искове из областта на гражданското право. Част първа. София: Ц. Н. Чолаков, 1928.
- Гарсия Гарридо**, М. Х. Римское частное право: казусы, иски, институты. Москва: Статут, 2005. (Перевод с испанского).
- Джеров**, Александър. Вещно право. София: БАН, 1993. 272 с.
- Дождев**, Д. В. Римское частное право. Москва: Норма, 2004.
- Жирар**, П. Ф. История и система на римското право. Ч. I. История, лично и вещно право. София: Издание на Софийския университет, 1913. 558 с. (Превод Симеон Ангелов).
- Захария – Кроче**. Ръководство по гражданско право. Т. II. Вещно право. София: Право, 1920. (Превод Симеон Ангелов).
- Колен**, Амброаз, Анри **Капитан**. Елементарен курс по френско гражданско право. Т. I, кн. II. Вещно право. София: Държавна печатница, 1926. (Превод Гьлъб Гьлъбов).
- Марков**, Методи. Искът за собственост по чл. 108 от Закона за собствеността. София: Сиби, 1994. 208 с.
- Матеева-Стоянова**, Екатерина. За характера на правната защита, търсена с иска за определяне на граници по чл. 109а ЗС. *Собственост и право*, 1999, № 6, 5–12.
- Новицкий**, Иван Б. Основы римского гражданского права. Москва: Госюриздат, 1960.

- Новицки**, Иван Б., И. С. **Перетерски**. Римско частно право. София: Наука и изкуство, 1952. (Ред.: Флайшиц, Е. А., В. А. Краснокутски, И. С. Розентал).
- Петров**, Владимир, Методи **Марков**. Вещно право. (Учебно помагало). 8. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014. 280 с.
- Ричи**, Франческо. Имуществата, собствеността и нейните видоизменения. Книга втора. Стара Загора: Светлина, 1925. II, 532 с. (Превод Ангел **Стойков**).
- Сарафов**, Павел. Съотношение между способите за защита на вещните права. *Търговско право*, 2017, № 2, 17–31.
- Силяновски**, Димитър. Гражданско съдопроизводство. Т. II. Производство пред първата инстанция. София: П. К. Овчаров, 1941. 286 с.
- Сталев**, Живко, Анелия **Мингова**, Огнян **Стамболиев**, Валентина **Попова**, Ружа **Иванова**. Българско гражданско процесуално право. 9. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2012. 1320 с.
- Стоянов**, Венцислав. Имотен регистър. София: БАН, 2005. 176 с.
- Чолов**, Румен. Римското частно право. София: Сиела, 2000. 268 с.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Павел Сарафов.

СРАВНИТЕЛНОПРАВЕН ПОГЛЕД ВЪРХУ ДЕЙСТВИЕТО НА УГОВОРКАТА ЗА НЕПРЕХВЪРЛИМОСТ НА ВЗЕМАНЕТО

ДИМИТЪР СТОЯНОВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Настоящият труд разглежда правните последици от клаузата за непрехвърлимост на вземане и тяхната уредба в основните европейски правни семейства. Проведеното сравнителноправно изследване разкрива наличието на два основни правни принципа, като при съставянето на правила относно клаузата за непрехвърлимост на вземане се възприема единият от тях. Националните законодателства, които са създали правния режим въз основа на първия принцип, а именно „принципа на автономията на волята“, допускат прехвърлимостта на вземането да бъде изключена по отношение на третите лица по силата на тази клауза.

Друга група национални правопорядъци възприемат противоположния принцип – на свободната прехвърлимост на благата, съобразно който уговорките между страните не могат да ограничават прехвърлителното действие по отношение на трети лица.

Тъкмо съществуващото многообразие налага и извършването на този сравнителноправен преглед.

Трудът предлага при бъдещо усъвършенстване на правната уредба, както и при опит за формулиране на унифицирани правни норми относно клаузата за непрехвърлимост на вземане, да се използват разпоредбите на съществуващите *soft law* кодификации.

* Главен асистент по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св Климент Охридски“, доктор по право; dimitarstoyanov2011@gmail.com.

Ключови думи: договорна непрехвърлимост на вземане, свобода на договаряне, свободна прехвърлимост на благата, Проект за обща референтна рамка, Принципи на международните търговски договори.

A GLIMPSE UPON ANTI-ASSIGNMENT CLAUSES FROM THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW

DIMITAR STOYANOV*

Civil Law Sciences Chair

Abstract: This paper examines the effect of a contractual prohibition on assignment and its embodiment in major European legal families. A thorough comparative overview reveals two legal principles concerning the contractual prohibition on assignment in any national legislation that serve as a founding stone of any respective set of rules in this matter. The first one, referred to as “the autonomy of the will” principle acknowledges the possibility for parties to exclude the transferability of a receivable with an absolute effect, enforceable against any third party.

The second one, known as the “free alienability of assets” principle aims to promote the unrestricted transfer of rights over objects, thus limiting the effect of a prohibition on assignment to contracting parties only.

This existing diversity testifies for the need to provide a harmonized approach to the anti-assignment clause.

The paper calls for an adoption of the provisions of several soft law instruments with regard to the contractual prohibition on assignment due to their balanced legal approach.

Key words: contractual prohibition on assignment, autonomy of will, free alienability of assets, Draft Common Frame of Reference, Principles of International Commercial Contracts.

Въведение

Всяка съвременна правна система предвижда възможност широк кръг правни субекти да участват в гражданския и търговския оборот. Наред с това се наблюдава и тенденция по постоянно разширяване на вида блага, признати и уредени от националните законодателства като обекти на гражданското право. Това обстоятелство е обусловено от редица фактори, сред които най-съществено влияние като че ли имат усложняването на обществените отношения, както и постоянния стремеж към извличане на икономическа облага от страна на правните субекти. Като естествена част от този процес може да се разглежда и признатата възможност да се придобиват права върху безтелесни обекти, сред които попадат и вземанията. Поначало, законодателят допуска техният титуляр свободно да се разпорежда с тях. В процеса по утвърждаване на вземанията, наред с вещите, като самостоятелен прехвърлим обект на гражданското право, се открояват и съществени различия между тях.

* Senior Assistant Professor in Civil and Family Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D; dimitarstoyanov2011@gmail.com.

Това е и причината националните законодателства да провеждат разлика при уредбата на правила относно прехвърлимостта на вещите, от една страна, и на вземанията, от друга. За да настъпи транслативният ефект при разпореждане с вещни права върху вещи поначало не е необходимо извършване на допълнително волеизявление, освен това на собственика на вещта и неговия контрахент. Обратно, сключването на разпоредителни сделки с вземания е в състояние да засегне правните интереси на длъжника, който е разчитал личността на неговия кредитор да остане непроменена, докато съществува правоотношението.

Тъкмо с оглед предоставяне на по-голяма закрила на правните интереси на длъжника, някои национални законодателства позволяват в договора да се включи специална клауза (*pactum de non cedendo*), която да доведе до изключване на прехвърлимостта на вземанията с действие спрямо всички трети лица. Съществува и друга група от национални законодателства, които, без да отричат действителността на подобна уговорка между страните, не допускат тя да произведе абсолютен ефект *erga omnes*. В националните правопорядъци, които принадлежат към тази втора група, се предвиждат различни ограничения на правните последици от договорно установената непрехвърлимост. Най-често, законодателят предвижда тя да поражда обвързващото си действие единствено между страните, които са я уговорили.

При съставяне на правила относно *pactum de non cedendo* в отделните национални правопорядъци, законодателят най-често възприема един от двата противоположни правни принципа, приложими по отношение на този правен институт. Първият от тях условно може да се нарече „принцип на автономията на волята“, доколкото допуска по съглашение между страните да бъде изключена прехвърлимостта на вземане с действие спрямо всички трети лица. Противоположен в подхода си е принципът за свободната прехвърлимост на благата, който не позволява изваждането на правни обекти от участие в гражданския оборот, освен по волята на законодателя. Отделните национални правопорядъци най-често възприемат един от двата правни принципа, но не са редки и случаите, при които се възприема трето, балансирано разрешение, в опит да се отчитат правните интереси на всички заинтересовани участници.

Съществуващото многообразие по отношение на конкретния законодателен подход във връзка с правните последици на *pactum de non cedendo* представлява предизвикателство пред Единния европейски пазар и Четирите свободи на движение, най-вече с оглед свободното движение на лица и капитали. Някои от предприетите напоследък наднационални опити за хармонизация на *pactum de non cedendo* се ограничават само до определен вид договори¹,

¹ Вж. Конвенцията на UNIDROIT за международния факторинг от 1988 г., където предвидените в чл. 6, ал. 1 правила относно действието на клаузата за непрехвърлимост на вземания са приложими само относно факторинга.

а други са част от soft law кодификация на частното право и поради това нямат задължителен характер за всички участници в оборота². Струва ми се, че тези обстоятелства обуславят и нуждата от сравнителноправен поглед върху правната уредба на клаузата за непрехвърлимост на вземане и нейното правно действие.

I. Национални законодателства, които възприемат принципа за „автономия на волята“ при уредбата на клаузата за непрехвърлимост на вземане

Първата група национални правопорядъци изграждат правната уредба на уговорката за непрехвърлимост на вземане върху разрешенията на принципа за автономията на волята. При тях законодателят провежда ясно разграничение между правилата относно прехвърлимостта на правата върху вещи и вземанията. Първите са предмет на уредба във вещното право, изградени са на принципа *numerus clausus*, а ограничаването на прехвърлимостта на вещи и вещни права с ефект *erga omnes* се допуска от законодателя само когато общественият интерес налага възприемане на подобен правен подход. Напротив, вземанията се уреждат от обективното облигационно право. На страните по договора е призната възможността да определят съдържанието на облигационното отношение, така че то в най-голяма степен да съответства на техните правни и икономически интереси. Възможността да се ограничи или дори да се изключи изцяло прехвърлимостта на вземането се разглежда като естествена последица от свободата на договаряне.

Поначало, най-често срещаната разновидност на клаузата за непрехвърлимост на вземане в тази първа група национални законодателства намира израз в поето от кредитора задължение за бездействие спрямо длъжника, а именно да се въздържа от прехвърляне на вземането. На оборота обаче са познати и други проявни форми на тази договорна забрана. Така например, прехвърлителният ефект на сключената цесия може да бъде изключен само по отношение на определени правни субекти, или за определен период от време след възникване на вземането. Най-сетне, възможно е също така транслативното действие на цесията да бъде обусловено от изричното съгласие на длъжника³.

² Двете най-значими soft law кодификации в частното право, които съдържат изрични правила относно *pactum de non cedendo* са Принципите на европейското договорно право (2000-2003), Проектът за Обща референтна рамка (2009) и Принципите на UNIDROIT за международните търговски договори (в тяхната четвърта ревизия от 2016).

³ Вж. Goergen, Ute. Das Pactum de non cedendo. Eine Untersuchung zum vertraglichen Abtretungsverbot im englischen, französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung internationaler Harmonisierungsinitiativen. Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 48, където тези клаузи се разглеждат като „отслабени“, но все пак напълно функционални разновидности на *pactum de non cedendo*.

В правната доктрина се приема, че изключването или ограничаването на цесията по волята на страните е конкретно проявление на принципа за свободата на договаряне в частното право⁴.

Изтъкват се редица причини, които да оправдаят възприемането на абсолютния ефект на клаузата за непрехвърлимост на вземане в позитивното право. Общоприето е, че цесията създава опасност за длъжника да изпълни задължението си на лице, което не е кредитор. Такъв ще е случаят, когато цедентът е прехвърлил вземането си, но преди да уведоми длъжника, трето лице се представя за новия кредитор и изисква плащане. На следващо място, възможно е длъжникът да пропусне уведомлението за цесията и да изпълни на цедента. За да се освободи от задължението си, той трябва да плати наново, този път на цесионера, който е новият кредитор и след това да предяви иск за неоснователно обогатяване срещу цедента. Подобно развитие е възможно при частична цесия, когато цедентът раздели вземането си и го прехвърли на два или повече цесионера.

Друга причина за признаване на абсолютното действие на клаузата за непрехвърлимост на вземане се търси и в хипотезата, когато длъжникът и кредиторът се намират в трайни икономически отношения помежду си. Изключването на прехвърлимостта на някое от възникналите вземания в този случай съхранява възможността за длъжника да упражнява косвен натиск върху своя контрахент, както и да прихване задължението си със свое вземане срещу кредитора.

Като основание за изключване на прехвърлимостта, правната доктрина признава и нежеланието на длъжника да се окаже задължен спрямо неизвестен за него кредитор, който е възможно да създаде по-неблагоприятни условия от досегашните⁵. Най-сетне, уговарянето на *pactum de non cedendo* се допуска и в случаите, когато длъжникът не желае неговата самоличност да се разкрива пред друго лице, освен пред първоначалния кредитор⁶.

Една от най-значимите съвременни граждански кодификации, която урежда клаузата за непрехвърлимост на вземане в духа на принципа за автономия на волята, е *Германският граждански кодекс (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)* – по-нататък герм. ГК) от 1900. В разпоредбата на § 399, предл. 2 герм. ГК германският законодател изрично е допуснал възможността страните да

⁴ Така Tolhurst, Greg Carter, J. W. Prohibitions of assignment: contract or property? *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, December 2014, p. 692.

⁵ Сред тях например могат да бъдат посочени неудобно местоположение на цесионера, различен начин на плащане, различни изисквания относно плащането, а дори и личността на цесионера, който не е обвързан от различни устни уговорки, постигнати между цедента и длъжника във връзка с изпълнение на задължението.

⁶ По въпроса за причините, които обуславят уговарянето на *pactum de non cedendo* вж. по-подробно Woo-Jung, Jon. A Comparative Analysis of the Regulation on Anti-Assignment Clauses. *Korea University Law Review*, 2010, № 7, p. 98–99.

изключат прехвърлимостта на вземането по договорен път. Преобладаващо в германската правна доктрина се приема, че договорната непрехвърлимост на вземането има действие *erga omnes* и може успешно да бъде противопоставена на всяко трето лице, така че успешно да осуети евентуална цесия⁷. Защитата на правните интереси на длъжника е почти абсолютна, доколкото при наличие на подобна клауза трето лице може да придобие права върху вземането и да стане цесионер само при условията на изключението, предвидено в § 405 герм. ГК⁸. Същевременно, германският законодател е предвидил, че правомощието за разпореждане с прехвърлими права не може да бъде изключено или ограничено по силата на правна сделка, но същевременно поетото задължение да не се прехвърля такова право, е само по себе си действително (§ 137 герм. ГК). Преобладаващо, германската правна доктрина не открива противоречие между разпоредбите на § 137 герм. ГК и § 399 герм. ГК. Според значителна част от авторите⁹, договорната непрехвърлимост на вземането няма как да противоречи на принципната прехвърлимост на правата, след като самият законодател едновременно е уредил тези две разпоредби в германския ГК. Това обстоятелство, според тях, води до заключението, че абсолютното действие на *pactum de non cedendo* е допустимо, доколкото тук следва да намери приложение правилото „*Lex specialis derogat legi generali*“. Авторите, които се придържат към това становище, разглеждат предвидената в § 137 герм. ГК забрана за страните да изключват обекти от гражданския оборот, като обща правна норма (съглашение, известно като *pactum de non alienando*). Уговорката за непрехвърлимост на вземане (*pactum de non cedendo* и уредено в § 399 от герм. ГК) от своя страна се определя като специална правна норма, тъй като приложното ѝ поле е ограничено само до вземанията като вид обекти на гражданското право.

Преобладаващо германската правна доктрина търси оправдание на възприетия в Гражданския кодекс абсолютен ефект на *pactum de non cedendo* в съдържанието на принципа за автономия на волята. Приема се, че в съответствие с него страните могат да постигат всякакви уговорки относно правата

⁷ Така **Goergen**, U. Das Pactum de non cedendo., op. cit., p. 48–49.

⁸ Съгласно разпоредбата на § 405 BGB, „Ако длъжникът е издал документ за дълга и вземането е било цедирано срещу представяне на този документ, длъжникът не може да се позове пред новия кредитор на това, че ... по съглашение с първоначалния кредитор отстъпването е било изключено, освен ако новият кредитор при отстъпването е знаел или е трябвало да знае истинското положение“. Преводът е цит. по **Кожухаров**, Александър, Германски граждански законник, София, 1974, с. 112. Повече за тази хипотеза вж. в Beck'sche Kurz-Kommentare Palandt, Band 7. Bürgerliches Gesetzbuch, 70., neubearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2011, с. 611–612.

⁹ Сред тях следва да бъде посочен най-вече Fritz Raber, който взима отношение по правната уредба на *pactum de non cedendo* в BGB при извършване на съпоставка с разпоредбите на австрийския граждански кодекс. Вж. **Raber**, Fritz. The Contractual Prohibition of Assignment in Austrian Law. *Notre Dame Law Review*, 1989, vol. 64, p. 181.

и задълженията, възникващи помежду им. След като те са овластени да определят конкретното съдържание на облигационното отношение в съответствие с икономическите си интереси, следва да им се признае и възможността да създадат едно изначално непрехвърлимо вземане. Договорната клауза за непрехвърлимост засяга правната същност на вземането, лишавайки го от способността му да бъде годен обект на транслативни сделки още от началния момент на възникването му. Така, конкретното вземане възниква като своеобразно лично право, „заключено“ само между страните по договора. Оттук следва и обстоятелството, че то стои извън приложното поле на разпоредбата на § 137 BGB, доколкото законодателят не допуска ограничаване на прехвърлимостта на иначе прехвърлими права, а в конкретния случай вземането възниква като непрехвърлимо, макар и по волята на страните¹⁰.

Напоследък, някои автори изказват мнение, че логическо противоречие между признатия абсолютен ефект на клаузата за непрехвърлимост на вземане и разпоредбата на § 137 от герм. ГК действително съществува¹¹. Според тях, наложилото се като преобладаващо разбиране пренебрегва някои основни правни белези на вземането най-вече от гледна точка на неговите икономически функции. От една страна, вземането единодушно се признава за прехвърлимо право, за годен обект на гражданското право, което може свободно да бъде прехвърляно между участниците в гражданския оборот. От друга страна, на страните по облигационното отношение се позволява неограничено да модифицират всеки негов аспект, включително и да променят същността на едно вземане така, че да го лишат от неговата прехвърлимост. Като последица от това, едно поначало прехвърлимо право се превръща в непрехвърлимо и това положение обвързва всяко трето лице. Изтъква се също така, че създадената от законодателя възможност за страните по облигационното отношение да изменят същността на вземането на практика всъщност води до заобикаляне на разпоредбата на § 137 BGB, тъй като се отнема прехвърлимостта на едно иначе прехвърлимо право. В заключение, авторите предлагат преосмисляне на законодателния подход при уредбата на правните последици на уговорката за непрехвърлимост на вземане по § 399 BGB, така че те да бъдат ограничени само до страните по облигационното отношение.

Отправената напоследък критика към преобладаващото в Германия разбиране за абсолютният ефект на *pactum de non cedendo* всъщност е в унисон с историческото развитие на института в германското право. През средата на 19-ти век, германската правна доктрина като че ли е по-склонна да ограничи действието на клаузата за непрехвърлимост на вземане само между

¹⁰ Тази теория се поддържа както от правната доктрина, така и в съдебната практика, вж. по-подробно **Goergen**, U. Das Pactum de non cedendo., op.cit., p. 49.

¹¹ В този смисъл вж. **Armgarth**, Matthias. Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, April 2009, Bd. 73, H. 2, p. 320.

страните. Подобна уговорка се разглежда като облигационно задължение, чието нарушаване е основание за предявяване на иск за обезщетение за вредите от неизпълнението му. Извършената в нарушение на тази клауза цесия обаче е действителна и поражда присъщия си транслативен ефект. Правната доктрина от този период изтъква, че евентуалното възприемане на абсолютния ефект на *pactum de non cedendo* може съществено да забави развитието на икономическите отношения. С оглед на тези съображения се предлага и ограничаване на действието на *pactum de non cedendo* само до уговорилите го страни¹². Това разбиране е възприето и в първият проект на германския ГК, в който абсолютният ефект на клаузата за непрехвърлимост на вземане е отречен¹³. Като допълнителен аргумент в подкрепа на това виждане Първата кодификационна комисия по съставяне на германския ГК изтъква, че ако се признае абсолютен ефект на уговорката, то тя би могла успешно да бъде противопоставена и на съдебния изпълнител, доколкото вземането ще възникне като непрехвърлимо право. Поради това то няма да послужи за удовлетворяване на кредиторите.

Възгледите относно правните последици на *pactum de non cedendo* се променят съществено при действието на Втората кодификационна комисия. Приема се, че абсолютният ефект на клаузата за непрехвърлимост на вземане няма да засегне значително обществения интерес. Членовете на Втората кодификационна комисия приемат, че абсолютното действие на *pactum de non cedendo* ще защити правните интереси на някои особени категории правни субекти, които по занятие встъпват в голям брой еднотипни облигационни отношения и поради това се нуждаят от засилена закрила срещу евентуално недобросъвестно поведение от страна на своите кредитори. Като пример се посочват търговските дружества с предмет на дейност железопътен транспорт, застрахователните дружества и Имперската банка. Според авторите на Втория проект на германския ГК, включването на подобна клауза в договора така или иначе би представлявало „изключително рядко събитие“¹⁴. Съставителите вземат предвид и допълнителния аргумент на Първата кодификационна комисия и предвиждат изрична разпоредба в *Германския граждански процесуален кодекс* (*Zivilprozessordnung; ZPO*), овластяваща съдебния изпълнител да насочва принудителното изпълнение и върху вземане, за което е уговорена непрехвърлимост (§ 851 герм. ГПК). Така, абсолютният ефект на *pactum de non cedendo* се възприема от германското гражданско право.

¹² Това е преобладаващото разбиране през средата на 19. век в германската правна доктрина. По-подробно вж. **Seuffert**, Lothar. Über die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes. *Archiv für die civilistische Praxis*, 51, 1868, Bd., H. 1, 107–108.

¹³ Вж по-подробно **Mummenhoff**, Wilfried. Vertragliches Abtretungsverbot und Sicherungszession im deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Recht. *Juristen Zeitung*, 34. Jahrg., Juli 1979, № 13, 6., p. 427.

¹⁴ На това обръща внимание **Goergen**, U. Das Pactum de non cedendo., op.cit., p. 45.

Възможността уговорката за непрехвърлимост на вземане да бъде противопоставена на всяко трето лице е възприета също така и в Австрия. Независимо от липсата на изрична правна уредба на клаузата до 2005 г., и съдебната практика, и правната доктрина възприемат виждането, че страните могат да се уговорят относно изключване на прехвърлимостта на вземането по отношение на третите лица¹⁵. През 2005 г. австрийският законодател приема правила относно уговорката за непрехвърлимост на вземане, с която ограничава правните й последици (арг. § 1396а от *австрийския ГК*), но адресати на разпоредбата са единствено предприемачите, действащи в търговско качество. Понастоящем преобладаващото, но силно критикувано от модерната правна доктрина виждане е, че договорната забрана за прехвърляне на вземания може да бъде противопоставена на всяко трето лице, ако е сключена между потребители или между потребител и предприемач¹⁶.

Швейцарският законодател също възприема абсолютното действие на клаузата за непрехвърлимост на вземане, доколкото страните по договора могат да изключат прехвърлимостта на вземането спрямо всяко трето лице (арг. чл. 164 от *швейцарския Облигационен кодекс*). Тези строги правни последици са смекчени от разпоредбата на чл. 164, ал. 2 от швейцарския Облигационен кодекс, съгласно която цесия, сключена в нарушение на тази договорна клауза би могла да породи прехвърлителното си действие, ако цесионерът се легитимира с издаден от длъжника документ за дълга, в който *pactum de non cedendo* не фигурира. При това положение, след като новият кредитор не знае за уговорената забрана за цедиране, длъжникът не може да му откаже плащане и цесията е действителна¹⁷.

Напоследък, швейцарската правна доктрина основателно се усъмни в целесъобразността на тези разпоредби. През 2013 г., група швейцарски учени се обединяват около предложение за реформа на швейцарския Облигационен кодекс, която обхваща и института на *pactum de non cedendo*¹⁸.

¹⁵ Следва да се отбележи, че австрийският ГК урежда уговорката за непрехвърлимост на права, като в нейния обхват попадат само правата върху движими и недвижими вещи. (§ 364с от австрийския ГК). Съгласно посочената разпоредба, договорната забрана да се прехвърля една вещ обвързва само първия собственник, но не и неговите наследници. Спрямо трети лица тя има действие, само ако е постигната между близки лица (родители и деца, съпрузи) и е вписана в имотния регистър.

¹⁶ Вж. в този смисъл **Koziol, Helmut, R. Welser**. Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II., 13., neubearbeitete Auflage, Wien, 2007, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, p. 118–119.

¹⁷ Разпоредбата на чл. 164, ал. 2 от швейцарския Облигационен кодекс напомня на разпоредбата на § 405 BGB. Вж. по-подробно **Guhl, Theo**. Das Schweizerische Obligationenrecht. Achte Auflage. Schulthess Polygraphischer Verlag. Zürich, 1991, p. 250.

¹⁸ Авторите на предложението са университетски преподаватели от различни юридически факултети в Швейцария. Основната им цел, по техните думи, е да реформират

Те приемат, че абсолютното действие на договорната забрана за прехвърляне на вземане създава неоправдани препятствия пред свободното развитие на гражданския оборот, доколкото крайната цел на кредитора често пъти надхвърля непосредствения интерес от получаване на паричната сума от длъжника. Съвременното търговско право предоставя редица правни способи за постигане на икономическа облага чрез договора за факторинг и секюритизация, които често пъти се оказват единственият адекватен икономически способ за получаване на финансиране. Поради това е от особено значение вземанията да бъдат свободно прехвърлими. В крайна сметка, швейцарските юристи предлагат да се изостави абсолютното действие на *pactum de non cedendo* и да се възприеме по-балансиран подход, който да ограничи действието на клаузата само *inter partes*. Те посочват, че правният интерес на длъжника няма да се засегне в значителна степен, тъй като нарушаването на договорната забрана за прехвърляне на вземането представлява неизпълнение на кредитора и е основание за ангажиране на договорната му отговорност. Въпреки това, сключената в нарушение на подобна клауза цесия ще бъде действителна и цесионерът ще може да изисква плащане от длъжника¹⁹. Разбира се, това предложение е необвързващо, доколкото произлиза от академичните среди, а не от орган със законодателна компетентност, но представлява красноречиво свидетелство, че са налице настоятелни предложения за възприемане на по-балансиран подход при бъдещо изменение на разпоредбите относно *pactum de non cedendo*.

Разпоредбата на чл. 417 от **словенския Закон за задълженията** (2001) е по същество рецепция на аналогичната разпоредба на чл. 164 от швейцарския Облигационен кодекс. Възможността страните да изключат прехвърлимостта на вземането по отношение на трети лица е предвидена в чл. 417, ал. 1 от Закона. Словенският законодател също така е възприел и правилото на чл. 164, ал. 2 от швейцарския Облигационен кодекс, че цесията е действителна, макар и сключена в нарушение на договорната забрана за прехвърляне, ако клаузата не е възпроизведена в издаден от длъжника документ, удостоверяващ вземането и цесионерът не знае за нейното съществуване.

В същия дух холандският законодател е допуснал страните да изключат прехвърлимостта на вземането (чл. 3:83 от **холандския Граждански кодекс** – 1992). Все пак, съществуват отделни опити да се преосмисли абсолютното действие на клаузата за непрехвърлимост. Съвременната холандска правна доктрина като че ли е склонна да възприеме виждането, че договорната забрана за прехвърляне не винаги поражда едни и същи правни последици. За да се установи какво е намерението на страните, клаузата следва да бъде тълкувана

облигационното право, като запазят съществените му достойнства. Вж по-подробно на <www.or2020.ch> (последно посетен на 06.09.2018).

¹⁹ Вж. **Huguenin**, Claire, Reto M. **Hilty**. Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil. / Code des obligations Suisse 2020 – Project relatif a une nouvelle partie générale. Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2013, p. 495-496.

ad hoc, с оглед всеки отделен случай. Напоследък холандската правна доктрина имаше случай да предложи провеждане на разлика в правните последици между два вида уговорки, а именно между „клаузи за непрехвърлимост“ и „забрани за прехвърляне“. Според авторите, „клаузите за непрехвърлимост“ водят до осуетяване на прехвърлимостта на вземането спрямо всички лица, докато вторият вид уговорки обвързват само между страните. Сключената в нарушение на „забраната за прехвърляне“ цесия представлява неизпълнение на договорно задължение от страна на кредитора, но това обстоятелство не осуетява извършената цесия. Заслужава да се изтъкне, че подобно разграничение не е чуждо и в практиката на холандския Върховен съд, който се е произнесъл в подобен смисъл. Холандската съдебна практика трайно е възприела разбиране, че за установяване на конкретните правни последици от уговорката за непрехвърлимост на вземане, решаващият съдебен състав следва да тълкува клаузите на договора и да изследва действителното намерение на уговорилите я страни²⁰.

Правната възможност да се изключи прехвърлимостта на едно вземане по волята на страните по договора е възприета и в *латвийския Граждански кодекс*. Поначало, латвийският законодател е предвидил, че всички вземания, независимо от правопораждащия си юридически факт, са прехвърлими (арг. чл. 1798 от латвийския ГК). Независимо от това се допуска вземания, чието упражняване е тясно свързано с личността на кредитора, да не подлежат на прехвърляне. Предвидено е, че подобна тясна връзка може да произтича или от изрична законодателна разпоредба, или по волята на договарящите се страни (арг. чл. 1799 от латвийския ГК). Очевидно е, че латвийският законодател е възприел разрешението на германския ГК, доколкото допуска страните да променят съдържанието на субективното право и да му отнемат качеството „прехвърлимост“, като в резултат то изобщо да не подлежи на последващо прехвърляне.

Подобен подход е възприет и от словашкия законодател, който в § 525 от *словашкия ГК* изрично урежда възможността страните по договора да изключат прехвърлимостта на вземането по отношение на третите лица. В аналогичен смисъл е и разпоредбата на § 1881, ал. 2 от новия *чешки Граждански кодекс* от 2012 г.

Заслужава да се изтъкне, че абсолютният ефект на клаузата за непрехвърлимост на вземане е възприет и в някои законодателства извън Европейския съюз. Така например, украинският законодател поначало е предвидил, че прехвърлителният ефект на цесията настъпва, без да е необходимо изричното съгласие на длъжника за това (арг. чл. 516 от *украинския Граждански кодекс*). Въпреки това, страните могат да се отклонят от това положение и да

²⁰ Подробно изследване на актуалните тенденции в холандското право по въпроса за pactum de non cedendo вж. в **Wichard**, Daphne. Contractual non-assignment clauses with regard to claims. Can Dutch law learn from the German or English approach? Master's Thesis, Amsterdam, 30. June 2015, p. 13–16, < www.scriptsionline.uba.uva.nl/document/621806 > (последно посетен на 30.03.2019 г.).

поставят прехвърлителното действие на цесията в зависимост от съгласието на длъжника с прехвърлянето (арг. чл. 512 от украинския ГК). Така, украинският законодател е допуснал в някои случаи клаузата за непрехвърлимост на вземане да поражда правни последици *erga omnes*. Тъкмо в този смисъл и съдебната практика прилага разпоредбата на чл. 512 от украинския ГК. Украинският Върховен съд е имал случай да даде задължително тълкуване по този въпрос²¹, като е приел, че сключената в нарушение на клаузата за непрехвърлимост на вземане цесия е изцяло нищожна.

Грузинският законодател поначало също допуска страните по договора да изключат прехвърлимостта на вземането по отношение на третите лица, но ограничава този абсолютен ефект само тогава, когато длъжникът има основателен интерес от това (арг. чл. 199 от *грузинския ГК*). Същият подход е възприет и от *молдовския ГК* (арг. чл. 557).

Направеният до момента бърз сравнителноправен поглед разкрива, че във всяко национално законодателство, което е възприело абсолютен ефект на договорната забрана за прехвърляне на вземане, съществуват правни способи за отклоняване на тези последици или се отправят предложения за неговото изоставяне.

В рамките на тази първа група национални законодателства могат да се открият и такива, които макар и да уреждат абсолютен ефект на *pactum de non cedendo*, обуславят неговото проявление от допълнителни предпоставки. Те допускат подобна уговорка да може да бъде противопоставена успешно само на онзи цесионер, който знае, че страните по договора са уговорили забрана за прехвърляне и въпреки това се домогва да придобие вземането. По аргумент от противното, длъжникът не може да откаже плащане на добросъвестен цесионер, а именно на такъв, който не знае за съществуването на тази клауза. В този смисъл са предвидени правните последици на *pactum de non cedendo* в разпоредбата на чл. 1260, ал. 2 от *италианския Граждански кодекс*. Подобни са разпоредбите на чл. 577, ал. 2 от *португалския Граждански кодекс*, на чл. 466, ал. 2 от *гръцкия Граждански кодекс*, както и на чл. 514 от *полския Граждански кодекс*. Въпреки липсата на изрично правило в този смисъл, *испанската* правна доктрина също е склонна да възприеме това разбиране за уговорката за непрехвърлимост на вземане²². Подобен диференциран законодателен подход е познат и на някои национални правопорядъци извън Европа, като *Южна Корея* и *Япония*²³. В правната доктрина

²¹ Верховный Суд, Судебная палата по хозяйственным делам Веховного Суда. Постановление от 05.06.2007 г.

²² Вж. **Christian Von Bar**, Eric Clive, Hans **Schulte-Nölke**. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law. Munich: Sellier European Law Publishers, 2009, p.1054.

²³ Вж. чл. 449, (2) от *корейския ГК* и чл. 466, (2) от *японския ГК*.

дори е изказано предложение посочените национални законодателства да бъдат обособени в самостоятелна група²⁴. Като отличителен белег се посочва, че правните последици от извършената в нарушение на *pactum de non cedendo* цесия са поставени в зависимост от наличието или липсата на знание у цесионера относно уговорката за непрехвърлимост на вземане.

Струва ми се, че обособяването на нова, отделна група не е оправдано. Като решаващ аргумент в полза на тази класификация се изтъква обстоятелството, че при тази група национални законодателства се наблюдават две противоположни групи правни последици, вариращи от пълна недействителност до пълна действителност на сключения договор за цесия²⁵. Според мен това едва ли може да се приеме за убедителен аргумент. Посочената група законодателства всъщност допускат вземането да бъде изключено от участие в гражданския оборот вследствие на уговорка между страните в този смисъл. Обстоятелството, че този абсолютен ефект е поставен в зависимост от знанието или незнанието на цесионера, ми се струва недостатъчно за обособяване на отделна група. В случай, че се докаже знание на цесионера, прехвърлителният ефект на цесията ще бъде осуетен. Доколкото тези национални законодателства също допускат страните да уговорят изключване на прехвърлимостта на вземането, очевидно е, че и при тях е възприет принципът за автономия на волята при уредбата на *pactum de non cedendo*. Единствената разлика е, че тук се отдава по-голямо значение на добросъвестността на цесионера, доколкото се допуска във всеки отделен случай да се установява знанието или незнанието на новия кредитор. При другите национални правопорядъци, възприели абсолютното действие на *pactum de non cedendo*, незнанието на цесионера е правно релевантно по изключение; само тогава, когато длъжникът е съставил документ, удостоверяващ дълга, в който клаузата за непрехвърлимост не е възпроизведена и този документ бъде представен от цедента на цесионера. С оглед тези обстоятелства считам, че обособяването на тези национални законодателства трябва да бъде извършено единствено в подгрупа, но в рамките на съществуващата класификация, тъй като обособяването на нова група е самоцелно и не допринася за изясняване на правните последици.

II. Национални законодателства, които възприемат принципа за свободната прехвърлимост на правата

Както е видно, в повечето национални правопорядъци, възприели абсолютния ефект на уговорката за непрехвърлимост на вземане, се изказват предложения за преосмисляне на тези правни последици, като най-честият

²⁴ Този доктринален подход е предложен от Woo-Jung Jon. Вж. **Woo-Jung Jon**. A Comparative Analysis of the Regulations on Anti-assignment Clauses, op.cit., p. 108.

²⁵ Пак там, p. 109.

инициатор на идеята е съдебната практика. Не са малко обаче и представителите на правната доктрина, които изразяват съмнение дали причините, довели до възприемане на абсолютния ефект на клаузата, всъщност оправдават това законодателно разрешение. Те изтъкват редица съображения в подкрепа на своето разбиране. Така например, рискът за длъжника да пропусне уведомлението за цесията и да трябва да плати повторно, този път на цедента, с всички произтичащи от това усложнения, би могъл да се преодолее чрез полагане на по-голяма грижа и внимание към собствените работи. В тази връзка, посочват те, повечето законодателства допускат изпълнението на привиден кредитор да има освобождаващо за длъжника действие. Също така, намерението на длъжника да използва своето задължение като средство за косвен натиск срещу кредитора също не се накрънява, тъй като той запазва всички възражения, освен личните, по договора. Най-сетне, опасенията на длъжника, че ще се задължи към ново лице, което не е обвързано от устните уговорки със стария кредитор, са преувеличени. Цесионерът е ограничен в действията си от императивните правни норми и от клаузите, относими към конкретното вземане, а не следва да се пренебрегва обстоятелството, че всяко съвременно законодателство съдържа правила, с които да се избегне влошаването на положението на длъжника вследствие извършената цесия²⁶.

Изразените от правната доктрина съмнения са напълно закономерни. Абсолютният ефект на *pactum de non cedendo* създава ненужни препятствия пред установяването на свободен пазар на благата и по-благоприятно икономическо положение за участниците в оборота. Уговорената непрехвърлимост на вземането създава невъзможност за кредитора да го използва възможно най-ефективно, с оглед извличане на друга икономическа облага. Този проблем е особено отчетлив при малките и средни предприятия, които са най-често срещаните правни субекти в европейския търговски оборот. Особеното им значение за създаването и акумулирането на икономически блага в Европейския съюз се подчертава последователно в редица програмни документи на европейските институции²⁷. Тъй като тези предприятия често изпитват затруднения да набавят ликвидни парични средства²⁸, нееднократно европейските институции отправят препоръки да се намалят пречките пред извличане на икономическа облага от притежаваните активи. Признатата въз-

²⁶ Повече по въпроса за аргументите „за“ и „против“ абсолютното действие на клаузата за непрехвърлимост на вземане вж. в Elgar Encyclopedia of Comparative Law, ed. by Jan M. Smits. Edward Elgar Publishing Inc., Cheltenham/Northampton, 2006, p. 98–99

²⁷ Разглеждани като гръбнакът на общеевропейския икономически растеж, малките и средни предприятия са част от стратегията „Europe 2020“. За повече информация по този въпрос вж. http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/small-business-act_en. The Small Business Act for Europe: (последно посетен на 07.09.2018 г.)

²⁸ В този смисъл вж. **Rasche**, Georg. Prohibitions of assignment, a European civil code and business financing. *The European Legal Forum* (E), 2002, № 3, p. 134.

можност за свободно прехвърляне на вземанията подпомага малките и средни предприятия да рефинансират съществуващите си задължения, да инвестират и да развиват продукцията си, да увеличават броя на търговските си отношения и да достигат до нови пазари. Наред с това, заслужава да се изтъкне, че абсолютният ефект на *pactum de non cedendo* води и до повишаване на информационните разходи, които всеки потенциален цесионер следва да извърши, за да се увери, че не съществува договорна забрана за прехвърляне с оглед интересувашото го вземане.

Така посочените обстоятелства свидетелстват, че от икономическа гледна точка принципът за свободната прехвърлимост на правата в много по-голяма степен защитава правните интереси на отделния предприемач и на търговския оборот като цяло.

Струва ми се обаче, че решаващият аргумент за изоставяне на абсолютния ефект на уговорката за непрехвърлимост на вземане следва да се търси отвъд изцяло икономическите причини, независимо от тяхното очевидно значение. По-скоро, според мен, той следва да се търси в правилното очертаване на границата между вещното право и облигационното право. Действително, следва да се признае възможността страните да включат клауза за непрехвърлимост на вземането. Не следва да се забравя обаче, че подобна забрана произтича от договор и поради това е годна да обвърже единствено лицата, които са я уговорили. Както е известно, един от най-съществените правни белези на облигационното отношение е неговият относителен характер, възприет в повечето съвременни национални законодателства. Струва ми се, че ако се допусне поетото от една от страните по облигационното отношение задължение за бездействие да може да бъде успешно противопоставено на всяко трето лице, това означава да се придаде „вещен“, абсолютен характер на облигационното отношение. Подобен извод очевидно е в разрез с възприетия относителен характер на облигационното отношение и представлява смесване на вещното и облигационното право²⁹.

В тази връзка, следва да се посочи и допълнителен аргумент. Възможността да се въведе забрана за разпореждане с определени обекти, която да доведе до изваждането им от гражданския оборот е прерогатив, запазен само на законодателя, към който той прибягва само с оглед защита на значими обществени интереси. Ако се допусне уговорките между страните по относителното, облигационно отношение да поражда същите правни последици, каквито и волята на законодателя, това би довело и до заличаване на границите между частното и публичното право, поне що се отнася до забраните за прехвърляне на права. Така изтъкнатите съображения естествено водят до заключението, че безусловното възприемане на абсолютния ефект на *pactum de non cedendo* не е в състояние да даде задоволително разрешение на конфликта

²⁹ Така **Goode**, Roy. Contractual prohibitions against assignment. *Lloyd's Maritime and Commercial Quarterly*, 2009, № 3, p. 306.

между правните интереси на страните по договора, от една страна, и третите лица-участници в гражданския оборот, от друга.

В светлината на горните обстоятелства считам за оправдано да се хвърли поглед и върху правната уредба на законодателствата, които изключват абсолютния ефект на клаузата за непрехвърлимост на вземане.

Една от първите държави, която отрича на страните по договора правото да изключат напълно прехвърлимостта на вземането, е Франция. Във **френския ГК** от 1804 г., до 01.10.2016 г. липсва изрична разпоредба, посветена на *pactum de non cedendo*. Това обстоятелство не е изненадващо, доколкото някои представители на правната доктрина са имали повод да изтъкнат, че една от основните последици на Великата френска революция от 1789 г. е премахването на всякакви, произтичащи от волята на лицето забрани за прехвърляне на права. Това се обяснява с желанието да се преодолее феодалната система и характерното за нея запазване на богатата за бъдещите поколения. С оглед на това, някои автори приемат, че договорната забрана за прехвърляне на вземания следва да бъде изцяло нищожна³⁰. Преобладаващо обаче, френската правната доктрина не е склонна да се обедини около подобно крайно виждане. По-скоро се приема, че тази уговорка е резултат от съвпадението на волите на двете страни по договора и поради това следва да ѝ се признае обвързващо действие. В случай, че кредиторът се разпорежи със вземането си в нарушение на тази клауза, длъжникът може да предяви иск за обезщетяване на вредите, но извършената цесия е действителна³¹.

Така изразеното виждане от правната доктрина като че ли се нуждае от ревизия, след измененията на френския ГК, в сила от 01.10.2016 г.³². В разпоредбата на чл. 1321, ал. 4 от фр. ГК законодателят е предвидил, че при сключване на договор за цесия, съгласието на длъжника не е необходимо, освен ако вземането не е уговорено като непрехвърлимо. Що се отнася до френското търговско право, още през 2003 г., с изменение във френския Търговски кодекс, е приета нова разпоредба (art. L 442-6), която предвижда нищожност на клаузата за непрехвърлимост на вземане, в случай че уговорилият я длъжник притежава правното качество производител, търговец, индустриалец или занаятчия³³.

По-горе беше посочено, че Австрия принадлежи към онази група национални законодателства, които възприемат абсолютния ефект на *pactum de non*

³⁰ В този смисъл вж. по-подробно **Kötz**, Hein. *Europäisches Vertragsrecht*. Band I. J.C.B.Mohr Paul Siebeck, Tübingen, 1996, p. 416.

³¹ Така изрично **Goergen**, Ute. *Das pactum de non cedendo*, op.cit, p. 139.; Elgar *Encyclopedia of Comparative Law*; op.cit., p. 99–100.

³² Френският Граждански кодекс беше изменен с L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient d'être publiée au Journal Officiel du 11 février 2016, в сила от 01.10.2016 г.

³³ Вж. по-подробно *Loi № 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du Code de commerce*, art. 50 II, art. L. 442-6 Code de commerce.

cedendo. За да облекчи търговския оборот обаче, през 2005 г. австрийският законодател приема нова разпоредба, а именно § 1396a³⁴ в *австрийския ГК*, предвидена да разреши въпроса относно клаузата за непрехвърлимост, уговорена между лица с търговско качество. Законодателят очертава нейното приложно поле лимитативно, доколкото новото се прилага единствено спрямо произтичащи от търговска сделка парични вземания. Наред с това, клаузата следва да бъде предмет на индивидуална уговорка, а не включена в общите условия на някоя от страните. Най-сетне, законодателят въвежда като елемент от фактическия състав изискването уговорката за непрехвърлимост на вземане да не засяга в значителна степен интересите на кредитора, като това обстоятелство е предмет на преценка *ad hoc*, с оглед всеки отделен случай. В отношенията между предприемачи, австрийският законодател изоставя абсолютния ефект на *pactum de non cedendo*, като в разпоредбата на § 1396a от австрийския ГК изрично предвижда, че тази уговорка не влияе върху действителността на извършената в нейно нарушение цесия. Доколкото длъжникът е бил надлежно уведомен за цесията и за личността на цесионера, той не може да откаже плащане. Единствената правна закрила, която австрийският законодател е предоставил на длъжника в тази хипотеза, е възможността да предяви иск за обезщетение за вредите, които извършената цесия е причинила (арг. § 1396a, ал. 2 от австрийския ГК). Някои представители на австрийската правна доктрина критикуват този законодателен подход, като изтъкват, че предоставената на длъжника-търговец правна защита е много по-слаба от тази на длъжника-нетърговец³⁵. Според мен обаче разрешението на австрийския законодател е разумно и заслужава подкрепа. Причините за конкретния подход, струва ми се, следва да се търсят преди всичко в стремежа да се насърчи развитието на търговския оборот. Не е случаен фактът, че приложното поле на разпоредбата на § 1396a от австрийския ГК е очертано така тясно. Целта на законодателя е да стимулира развитието на икономическите отношения и поради това адресати на разпоредбата са единствено предприемачи, действащи в търговско качество. Тези лица са професионалисти, които не се нуждаят от засилена правна закрила. Техният интерес се състои преди всичко в извличане на икономическа облага. Поради това, предвидимостта в търговските отношения и сигурността на търговския оборот се предпочитат пред индивидуалния интерес на длъжника-търговец. Същевременно, извън обхвата на § 1396a от австрийския ГК остават потребителите, спрямо които абсолютният ефект на *pactum de non cedendo* намира приложение. Това се обяснява с обстоятелството, че тези лица участват в гражданския оборот преди всичко за

³⁴ Вж. по-подробно Bundesgesetz, mit dem im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch das Zessionsrecht geändert wird (Zessionsrecht-Änderungsgesetz – Zess-RÄG), в сила от 01. юни 2005.

³⁵ Така **Koziol, H., Welser, R.** Grundriss des bürgerlichen Rechts, op.cit., p. 119.

задоволяване на свои лични потребности, а не с оглед извличане на печалба. Длъжникът-потребител е в много по-голяма степен заинтересуван от запазването на първоначалния кредитор от длъжника-търговец. Така, австрийският законодател предвижда два различни вида правни последици на уговорката за непрехвърлимост на вземане, които варират в зависимост от наличието или липсата на правното качество „предприемач“ у длъжника. Стремежът към създаване на детайлна правна уредба, съобразена с конкретния интерес на страните по правоотношението, според мен заслужава подкрепа.

Напоследък се наблюдава тенденция и други гражданскоправни кодификации да възприемат по-балансиран подход при правната уредба на уговорката за непрехвърлимост на вземане. Така например, разпоредбата на чл. 166, ал. 2 от *естонския Закон за задълженията* (2002) предвижда, че „споразуменията, сключени между договарящите се страни, с които се изключва или ограничава правото на разпореждане с едно вземане нямат действие по отношение на трети лица“. Подобно правило е закрепено и в новия *унгарски Граждански кодекс* (2014), който дори предвижда, че уговорката за непрехвърлимост на вземане е недействителна по отношение на трети лица (арг. чл. 6:195). Както естонският, така и унгарският законодател овластяват длъжника да предяви иск за обезщетение на причините от извършената в нарушение на клаузата за непрехвърлимост цесия. Най-сетне, независимо че разпоредбата на чл. 99, ал. 1 ЗЗД предвижда, че страните могат да уговорят непрехвърлимост на вземането, преобладаващата част от българската правна доктрина като че ли е склонна да приеме, че тази клауза няма действие по отношение на трети лица³⁶.

Правило, насочено към стимулиране на търговския оборот и освобождаването му от последиците на абсолютния ефект на *pactum de non cedendo*, е прието през 1994 г. и от германския законодател. Разпоредбата на § 354а от *германския Търговски законник* (Handelsgesetzbuch; HGB) предвижда, че цесия-

³⁶ Вж. вместо всички **Калайджиев**, Ангел, *Облигационно право – обща част*. 7. изд. София: Сиби, 2016, с. 533–536. Заслужава да се отбележи, че в българската правна доктрина са предложени поне още две обяснения на института. Според някои автори (**Кожухаров**, Александър. *Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение*. Нова редакция и допълнения проф. П. Попов. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2002, с. 479–480, както и **Апостолов**, Иван. *Облигационно право. Ч. 1. Общо учение за облигацията*. София: БАН, 1990, с. 403) действието на клаузата за непрехвърлимост следва да се постави в зависимост от добросъвестността на цесионера, като знанието му за съществуването на подобна уговорка следва да осуети прехвърлителния ефект на цесията. Други (**Диков**, Любен. *Курс по гражданско право. Облигационно право – обща част*. Том III. София: Придворна печатница, 1934, с. 506, а напоследък и **Иванов**, Александър. *Прехвърляне на вземания в търговския оборот*. София: Сиби, 2010, с. 88–103) приемат, че извършената в нарушение на уговорката за непрехвърлимост цесия е относително недействителна по отношение на длъжника. Доколкото този въпрос е от особено значение, ще бъде предмет на самостоятелно изследване.

та на парично вземане, извършена в нарушение на клауза за непрехвърлимост, е действителна, в случай че страните, между които клаузата е уговорена, са търговци. Нещо повече, в тази хипотеза германският законодател дори признава на длъжника-търговец възможността да изпълни с освобождаващо действие на първоначалния кредитор, въпреки че цесията му е била вече съобщена³⁷.

Разпоредбата на § 354a от германския Търговски законник е реципирана и от словенския законодател в разпоредбата на чл. 417, ал. 4 от **словенския Закон за задълженията**.

III. Подходът в правните системи от англо-американския правен кръг

Проблемът за правните последици на уговорката за непрехвърлимост на вземане занимава и националните законодателства, принадлежащи към англо-американския правен кръг. Развитието на възгледите относно *pactum de non cedendo* в английското право е подчертано динамично, доколкото първоначално превес е имало виждането за облигационния характер на клаузата, а по-късно противоположното разбиране за абсолютното действие на клаузата е било също широко споделяно³⁸. *Английската* съдебна практика от началото на 20-ти век почти единодушно отрича абсолютния ефект на уговорката за непрехвърлимост на вземане. Така, по делото *Shaw & Co v Moss Empires* (1908)³⁹ съдията Darling духовито посочва, че подобна клауза “може да забрани цесията дотолкова, доколкото може да повлияе върху законите на гравитацията”⁴⁰. В съдебно решение от този период съдия от Нова Зеландия е имал случай да се произнесе, че право, което по естеството си е прехвърлимо, не може да бъде превърнато в непрехвърлимо в резултат на уговорка между страните⁴¹. Разбирането, че въпреки клаузата за непрехвърлимост на вземане цесията е действителна, е намерило израз и в решението по делото *Spellman v. Spellman* (1961)⁴². Две десетилетия по-късно, по делото *Helstan Securities Ltd v. Hertfordshire City Council* (1978), съдията Croom-Jonson отказва да се съобрази с възприетото от съдебната практика разбиране и отсъжда, че сключената в нарушение на *pactum de non cedendo* цесия е недействителна, вклю-

³⁷ Вж. по-подробно **Jung**, Peter. Handelsrecht, 5. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2006, p. 214.; **Klunziger**, Eugen. Grundzüge des Handelsrechts, 13. Auflage. Verlag Franz Vahlen, München, 2006, p. 188.

³⁸ По-подробно вж. **Allcock**, Bob. Restrictions on the Assignment of Contractual Rights. *Cambridge Law Journal*, vol. 42, November 1983, p. 328.

³⁹ Tom Shaw & Co v. Moss Empires (Ltd.) (1908), 25 T.L.R., 190, 191.

⁴⁰ „Such a clause ... could no more operate to invalidate the assignment that it could to interfere with the laws of gravitation”.

⁴¹ Вж. *Hoddler & Tolley Ltd. v Cornes* (1923), N.Z.L.R., 876, 878. Цит. по **Allcock**, B. Restrictions on the assignment of contractual rights, op.cit, p. 328.

⁴² Вж. *Spellman v. Spellman* (1961) 2 All E.R., 498.

чително и в отношенията между цедент и цесионер. В решението на съда е прието, че „някои видове права са непрехвърлими; поради това не съществува пречка страните по договор да придадат на едно право качеството непрехвърлимост“⁴³. Абсолютният ефект на клаузата за непрехвърлимост на вземане се оправдава с нежеланието на длъжника да бъде обвързан с непознат за него кредитор. Съдията Croom-Jonson посочва също така, че евентуалният цесионер би могъл да проучи особеностите на конкретното вземане, да установи дали по отношение на него е постигната уговорка, която да забранява прехвърлянето му и едва тогава да пристъпи към сключване на договора за цесия.

Делото *Helstan* провокира немалко дискусии в английската правна доктрина. Учените се обединяват около становището, че абсолютното действие на клаузата за непрехвърлимост на вземането представлява сериозна пречка пред адекватното развитие на търговския оборот. Някои автори предлагат да се възприеме „относителният ефект“, при който цесията е недействителна спрямо длъжника, който може да изпълни, дори и след уведомлението, на цедента. Спрямо трети лица обаче, цесионерът е придобил права върху вземането⁴⁴.

Други пък изказват мнението, че за установяване на конкретните правни последици от тази уговорка, договорът следва да бъде прецизно изтълкуван, като абсолютното действие на клаузата е само едно от възможните четири разрешения⁴⁵. На първо място, уговорката може да се изразява в поето от кредитора обещание да не прехвърля вземането си. То само по себе си не води до недействителност на сключената цесия и цесионерът може да изисква плащане от длъжника. Единствената правна защита за длъжника се състои в това да предяви иск за обезщетение на вредите. Друга възможност авторите виждат в разбирането за относителна недействителност на цесията спрямо длъжника⁴⁶. Най-сетне, съгласно трето възможно разрешение, сключената в нарушение на уговорката за непрехвърлимост цесия е действителна, но длъжникът не може да търси обезщетение за вредите си, а следва да пристъпи направо към разваляне на договора с кредитора. Видно е, че правната доктрина от този период решително се противопоставя на опита да се предвиди абсолютно действие на клаузата за непрехвърлимост в съдебната практика, като предлага немалко алтернативни разрешения.

Изразеното критично становище от страна на правната доктрина по повод безусловното възприемане на абсолютния ефект на *pactum de non cedendo*

⁴³ „... certain kinds of choses in action are not assignable; therefore there is no reason why the parties to an agreement may not contract to give its subject matter the quality of unassignability.“

⁴⁴ Вж. Allcock, Bob. Restrictions on the Assignment of Contractual Rights, op.cit., p. 346.

⁴⁵ Така Goode, Roy. Inalienable Rights? *Modern Law Review*, vol. 42, 1979, p. 553–554.

⁴⁶ Това възможно разрешение е възприето от някои представители на английската правна доктрина Вж. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract. 12th edition, Butterworths. London, 1991, с. 518.

намира отзвук в съдебната практика и предизвиква преосмисляне на правните последици от клаузата. При разглеждане на следващия казус, свързан с уговорката за непрехвърлимост на вземане, а именно *Linden Gardens Trust v Lenesta Sludge Disposals Ltd and Others* (1993), абсолютното действие на *pactum de non cedendo* е изоставено в Англия. Съдът приема, че спрямо длъжника цесията е относително недействителна, но в отношенията между цедент и цесионер тя е породила прехвърлителното си действие⁴⁷. Аргумент в подкрепа на този нов подход съдът търси в изразеното в правната доктрина разбиране, че договорна забрана за прехвърляне не следва да предизвиква изваждане на блага от гражданския оборот⁴⁸. Съдията – лорд Browne-Wilkinson, в тази връзка изтъква, че „забраната за прехвърляне прави цесията недействителна по отношение на другата страна по договора (длъжника, бел. моя)... тя обаче не може да доведе до недействителност на цесията между цедента и цесионера. Възможно е дори в такъв случай самата клауза да се окаже недействителна с оглед обществен интерес“⁴⁹.

Като цяло, *австралийските* съдилища следват приетите разрешения на английските съдии по делото *Linden Gardens*. Както австралийската съдебна практика, така и правната доктрина се обединяват около виждането, че на подобна клауза не следва да се признава абсолютно действие. Все пак, те допускат подобни уговорки да бъдат тълкувани *ad hoc*, с цел установяване на действително целените от страните правни последици по конкретното правоотношение⁵⁰.

В отлика от английското и австралийското право, в *правото на САЩ* е възприет по-балансиран подход по въпроса за правните последици на уговорката за непрехвърлимост на вземане. Предвид обема на настоящата статия, този най-общ сравнителноправен преглед не си поставя за цел, а и не би могъл да обхване разрешенията в отделните щати. По-скоро, фокусът ще бъде поставен върху *The Restatement of Contracts (Second)*⁵¹ и върху *Uniform Commercial Code*⁵², тъй като двата акта представляват функционални анало-

⁴⁷ Така **Guest**, Anthony. *Guest on the Law of Assignment*. London: Sweet & Maxwell, 2012, p. 135.

⁴⁸ Така **Goode**, Roy. *Contractual Prohibitions against Assignment*, op.cit., p. 311.

⁴⁹ „*A prohibition of assignment normally only invalidates the assignment as against the other party to the contract ... it cannot operate to invalidate the contract as between the assignor and the assignee and even then it may be ineffective on the grounds of public policy.*“

⁵⁰ Вж. по-подробно у **Tolhurst**, Greg. *The Efficacy of Contractual Provisions Prohibiting Assignment*. *Sydney Law Review*, vol. 26, № 2, June 2004, p. 174–175.

⁵¹ *The Restatement of Contracts* е създаден от Американския юридически институт (American Law Institute) и представлява система от необвързващи правила, приложими по волята на страните, в гражданските и търговските отношения.

⁵² *The Uniform Commercial Code (UCC)* (Еднообразният Търговски кодекс) е система от правила, които предвиждат правна уредба на търговски и икономически отношения. Той няма задължителна сила, а притежава единствено препоръчителен характер, като все-

зи на гражданскоправните кодификации в континенталното право. Правната доктрина дори е склонна да разглежда The Restatement of Contracts като своеобразна „оптативна“ (*soft law*) кодификация на американското договорно право⁵³. В разпоредбата на § 317, ал. 2 от The Restatement of Contracts (Second) поначало е предвидено, че всяко вземане може да бъде прехвърлено, освен ако е уговорена изрично клауза за непрехвърлимост. Правната доктрина не е склонна да приеме, че *pactum de non cedendo* има за последица безусловното изключване на прехвърлимостта на вземането по отношение на трети лица⁵⁴. По-скоро, авторите подкрепят разбирането, че подобна клауза следва да бъде тълкувана стеснително. Подобен подход е в унисон и с разпоредбите на The Restatement of Contracts. Съставителите са предвидили, че наличието на договорна забрана за прехвърляне само по себе си не осуетява придобиването на права от цесионера (арг. § 322, ал. 2, буква „с“ от the Second Restatement of Contracts). При извършено прехвърляне на вземане, за което е уговорена непрехвърлимост, за длъжника възниква правото да търси обезщетение за претърпените вреди (§ 322, (2), (b) of the Second Restatement of Contracts). Все пак, може да се приеме, че съставителите на кодификацията сякаш допускат наличието на абсолютно действие на *pactum de non cedendo*. В този смисъл следва да се тълкува разпоредбата на § 322, (2) от Second Restatement of Contracts. Разпоредбата предвижда, че ако волята на страните е изразена в смисъл, че те целят тъкмо изключване на прехвърлимостта на вземането и изваждането му от гражданския оборот, това е допустима правна последица⁵⁵.

Противоположен подход е възприет при съставяне на The Uniform Commercial Code (UCC) относно договорната непрехвърлимост на вземането в търговските отношения. Заслужава да се отбележи, че още първият вариант на UCC от 1952 г. съдържа изрична разпоредба, а именно чл. 9-318, ал. 4 от UCC (1952), която предвижда недействителност на клаузата за непрехвърлимост на вземане. Независимо че отделни автори са се изказали критично по повод предвидената недействителност на *pactum de non cedendo* в отношенията между търговци⁵⁶, този подход е последователно възприет и в разпоредбата

ки отделен щат може да прецени дали разпоредбите му да имат сила за съответната територия. Понастоящем, Еднообразният Търговски кодекс, е възприет изцяло или отчасти, с някои местни изменения, във всичките 50 щата.

⁵³ За погледа на американската правна доктрина върху явлението „soft law“ вж. по-подробно **Di Robilant**, Anna. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, № 3, Summer 2006, p. 499 et seq.

⁵⁴ Вж. по-подробно **Klass**, Gregory. Contract Law in the United States. Kluwer Law International BV, 2010, The Netherlands, p. 170.

⁵⁵ Loc.cit., p. 171.

⁵⁶ Вж. по-подробно рубрика „Коментари“: Validity of Clauses Prohibiting Assignment of Accounts and Contract Rights. *The University of Chicago Law Review*, vol. 25, № 1, Autumn 1957, p. 199–205.

на сега действащия § 9-406 UCC. Съставителите не само са предвидили недействителност на договорната забрана за прехвърляне, но наред с това дори лишават длъжника от правото да търси обезщетение за претърпените вреди. (арг. § 9-406, буква „d“ UCC).

Избраният от съставителите подход да вземат предвид съображения от социално и икономическо естество заслужава подкрепа. Въвеждането на два паралелно действащи модела на правна уредба, които предвиждат различаващи се помежду си правни последици в зависимост от правното качество на длъжника, цели да постигне по-висока справедливост в обществените отношения. В случай, че конкретният длъжник е потребител, той има интерес да запази първоначалния си кредитор непроменен. В случая обаче, съставителите на The Second Restatement of Contracts изоставят догматичния подход, характерен за континенталните граждански кодификации. Вместо това, те отдават много по-голямо значение на волята на страните, като им предоставят възможността сами да уредят конкретните правни последици на клаузата, съобразно своите интереси. Съставителите допускат действителността на всички възможни разрешения, като за конкретните правни последици на сключената в нарушение на клауза за непрехвърлимост цесия се съди от съдържанието на отделния договор. Този либерален и гъвкав законодателен подход е изоставен в търговския оборот, тъй като търговците са заинтересувани по-скоро от това да извличат печалба, отколкото да настояват за запазване на първоначалния кредитор.

IV. Нуждата от въвеждане на единен правен режим и възможните правни модели за хармонизация на клаузата за непрехвърлимост на вземане

Изводът от този бърз сравнителноправен преглед се налага естествено. Сред националните законодателства е налице забележително многообразие във връзка с правните последици на клаузата за непрехвърлимост на вземане, вариращи от пълна недействителност до действителност на сключената в нарушение на тази уговорка цесия. Подобно многообразие без съмнение поставя на изпитание принципа за свободно движение на капитали в рамките на Единния европейски пазар. Хармонизацията на правните последици от *pactum de non cedendo* се изправя пред предизвикателството да защити в еднаква степен два противоположни интереса. От една страна, ако се възприеме принципът за неограничената прехвърлимост на правата, интересът на потребителите, които разчитат да се запази непроменен първоначалният кредитор, ще се окаже засегнат. От друга страна, интересът на търговците ще бъде сериозно накърнен при въвеждане на абсолютното действие на забраната за прехвърляне на вземания, доколкото това ще ги лиши от множество възможности за извличане на блага. Най-разумното разрешение, според мен, е да

се създадат две паралелно действащи системи от правила, които предвиждат различни правни последици в зависимост от правното качество на лицата по правоотношението.

Според мен, всеки опит за хармонизация на този институт следва да отрече безусловното абсолютно действие на *pactum de non cedendo*, дори и тогава, когато длъжникът е потребител. Едно възможно разрешение, което да предоставя висока степен на защита на длъжника, без да води до изключване на вземането от гражданския оборот, може да се открие в разпоредбата на Книга III, чл. 5:108 от **Проекта за обща референтна рамка**. Общото правило, предвидено в кн. III, чл. 5:108, ал. 1 от Проекта, предвижда, че всички права са прехвърлими, независимо от наличието на договорно установено ограничение или забрана за прехвърляне. Същевременно, съставителите на Проекта не пренебрегват и принципа за автономия на волята. В случай, че вземането е прехвърлено в нарушение на клауза за неговата непрехвърлимост, длъжникът се ползва с относително високо ниво на правна защита, както е видно от разпоредбата на чл. 5:108, ал. 2 от Проекта. На първо място, той има правото да изпълни валидно на цедента, независимо че вече е бил уведомен за цесията и за смяната на кредитора. Наред с това, длъжникът запазва правото да извърши прихващане с цедираното вземане, все едно то не е било обект на прехвърляне. Все пак, длъжникът може да се ползва само в редки случаи от установената в негова полза относителна недействителност на извършената в нарушение на клаузата за непрехвърлимост на вземане цесия. Съставителите на Проекта са изключили приложението на чл. 5:108, ал. 2 спрямо длъжника в няколко хипотези. В случай че длъжникът се е съгласил с извършената цесия или е създал погрешна представа у цесионера, че клауза за непрехвърлимост не е била уговорена, той не може да се ползва от общата правна защита. Също така, когато прехвърленото вземане произтича от договор за продажба на стоки или за предоставяне на услуги, разпоредбата на чл. 5:108, ал. 1 от Проекта също не намира приложение. Независимо от конкретните особености на правоотношението, обаче, съставителите на Проекта са признали правото на длъжника да търси обезщетение за причинените му вследствие на извършената цесия вреди (арг. чл. 5:108, ал. 4 от Проекта).

Струва ми се, че възприетият в Проекта за обща референтна рамка балансиран подход към правната уредба на последиците от *pactum de non cedendo* следва да бъде подкрепен. Разпоредбите предоставят защита на правните интереси на длъжника дотолкова, доколкото това не влиза в противоречие с принципа за свободната прехвърлимост на благата. Поради това ми се струва, че предложените от съставителите на Проекта за обща референтна рамка правила могат успешно да уредят правните последици на тази клауза, когато е уговорена между лица без търговско качество.

Що се отнася до приложението на уговорката за непрехвърлимост на вземане в търговския оборот, разпоредби с хармонизиращ характер могат да

се открият в предложения модел на правна уредба в друга soft law кодификация – **Принципите на UNIDROIT** относно международните търговски договори (the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) в тяхната четвърта ревизия от 2016 г. Съставителите на Принципите се стремят да предоставят завършена система от правни норми, приложими при трансгранични търговски правоотношения⁵⁷. Едва ли предизвиква изненада обстоятелството, че съставителите са предвидили действителност на сключения договор за цесия въпреки наличието на договорна забрана за прехвърлянето му (чл. 9.1.9 от Принципите). Клаузата за непрехвърлимост на вземане е действителна сама по себе си и поражда присъщото на всяка друга договорна клауза действие, а именно само между уговорилите я страни. Длъжникът не може да противопоставя *pactum de non cedendo* на трети лица и разполага единствено с признатата му възможност да предяви иск за обезщетение на вредите.

Струва ми се, че така избраният подход е напълно оправдан и логичен. Основната цел на съставителите е да предложат модел на правна уредба на международните търговски отношения, който да повишава предвидимостта и сигурността, но също така и да способства за тяхното развитие. Замисълът на Принципите е да предоставят балансирано разрешение на интересите на участниците, а не да създават изкуствени пречки пред възможността да се извлича облага. Поради това, предложеният модел за правна уредба на *pactum de non cedendo* в международните търговски отношения е основан на принципа на свободната прехвърлимост на благата.

V. Заключителни бележки

Съществуващото многообразие от възможни разрешения на правните последици от уговорената непрехвърлимост на вземането в отделните национални законодателства без съмнение изненадва. Наред с това е видно, че конкретното национално правило невинаги съвпада с общата принадлежност на гражданската кодификация към съответното правно семейство. По-скоро, то е повлияно от местни причини и едва ли може да се разглежда като резултат от последователно провеждана наднационална политика. Не е и необичаен подходът на някои законодатели да предвидят различни правни последици в зависимост от правното качество на страните по правоотношението. Всички тези обстоятелства водят до извода, че въвеждането на едно общо за всички национални законодателства правило е невъзможно без да предизвика неблагоприятни социално-икономически последици. Поради това ми се струва, че с

⁵⁷ За правния характер на Принципите и тяхното правно значение вж. по-подробно **Vogenauer, Stefan**. Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law? *European Review of Contract Law*, 2010, № 2, p. 148.

оглед постигане на хармонизация, законодателят може едновременно да реципира разпоредбите на кн. III, чл.5:108 от Проекта за Обща референтна рамка и чл. 9.1.9 от Принципите на UNIDROIT за международните търговски договори. По този начин, паралелното съществуване на два модела на правна уредба, приложими в зависимост от наличието или липсата на търговско качество у страните по договора, ще доведе до създаване на модерна, балансирана и цялостна правна уредба на уговорката за непрехвърлимост на вземане.

ЛИТЕРАТУРА

- Апостолов**, Иван. Облигационно право. Част първа. Общо учение за облигацията. София: БАН, 1990. 544 с. (Фототип. изд.).
- Диков**, Любен. Курс по гражданско право. Облигационно право. Обща част. Т. III. София: Придворна печатница, 1934. 628 с.
- Иванов**, Александър. Прехвърляне на вземания в търговския оборот. София: Сиби, 2010. 260 с.
- Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част. 7. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2016. 840 с.
- Кожухаров**, Александър. Германски граждански законник. София: Съюз на българските юристи, 1974. 610 с.
- Кожухаров**, Александър. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. (Нова ред. и доп. Петко **Попов**). София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2002. 726 с.
- Allcock**, Bob. Restrictions on the Assignment of Contractual Rights. *Cambridge Law Journal*, vol. 42, November 1983.
- Armgarth**, Matthias. Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 73, H. 2, April 2009.
- Bar**, Christian von, Eric **Clive**, Hans **Schulte-Nölke**. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law. Munich: Sellier European Law Publishers, 2009.
- Beck'sche** Kurz-Kommentare Palandt. Band 7. Bürgerliches Gesetzbuch, 70., neubearbeitete Auflage. München: C.H.Beck, 2011.
- Cheshire**, Fifoot and Furmston's Law of Contract. 12th edition. London: Butterworths, 1991.
- Elgar** Encyclopedia of Comparative Law. Ed. by Jan **M. Smits**. Edward Elgar Publishing Inc., Cheltenham/Northampton, 2006.
- Goergen**, Ute. Das Pactum de non cedendo. Eine Untersuchung zum vertraglichen Abtretungsverbot im englischen, französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung internationaler Harmonisierungsinitiativen. Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.
- Goode**, Roy. Contractual prohibitions against assignment. *Lloyd's Maritime and Commercial Quarterly*, 2009, № 3.
- Goode**, Roy. Inalienable Rights? *Modern Law Review*, vol. 42, 1979.

- Guest**, Anthony. *Guest on the Law of Assignment*. London: Sweet & Maxwell, 2012.
- Guhl**, Theo. *Das Schweizerische Obligationenrecht*. Achte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991.
- Huguenin**, Claire, Reto M. **Hilty**. *Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil. / Code des obligations Suisse 2020 – Project relatif a une nouvelle partie générale*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2013.
- Jung**, Peter. *Handelsrecht*. 5. Auflage. München: C.H.Beck, 2006.
- Klass**, Gregory. *Contract Law in the United States*. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2010.
- Klunziger**, Eugen. *Grundzüge des Handelsrechts*, 13. Auflage. München: Franz Vahlen, 2006.
- Koziol**, Helmut, R. **Welser**. *Grundriss des bürgerlichen Rechts*. Band II. 13., neubearbeitete Auflage. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007.
- Kötz**, Hein. *Europäisches Vertragsrecht*. Band I. Tübingen: J.C.B.Mohr Paul Siebeck, 1996.
- Mummenhoff**, Wilfred. Vertragliches Abtretungsverbot und Sicherungszession im deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Recht. *JuristenZeitung*, 34. Jahrg., № 13, 6. Juli 1979.
- Raber**, Fritz. The Contractual Prohibition of Assignment in Austrian Law. *Notre Dame Law Review*, vol. 64, 1989.
- Rasche**, Georg. Prohibitions of assignment, a European civil code and business financing. *The European Legal Forum* (E), 2002, № 3.
- Seuffert**, Lothar. Über die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes. *Archiv für die civilistische Praxis*, 51. Bd., H. 1, 1868.
- Robilant**, Anna di. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, № 3, Summer 2006.
- Tolhurst**, Greg Carter, J. W. Prohibitions of assignment: contract or property? *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, December 2014.
- Tolhurst**, Greg. The Efficacy of Contractual Provisions Prohibiting Assignment. *Sydney Law Review*, vol. 26, № 2, June 2004.
- Vogenauer**, Stefan. Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law? *European Review of Contract Law*, 2010, № 2.
- Wichard**, Daphne. Contractual non-assignment clauses with regard to claims. Can Dutch law learn from the German or English approach? Master's Thesis, Amsterdam, 30. June 2015.
- Woo-Jung**, Jon. A Comparative Analysis of the Regulation on Anti-Assignment Clauses. *Korea University Law Review*, 2010, № 7.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Иван Русчев.

ЗА СЪСТАВА НА ЗАЛОЖЕНОТО ТЪРГОВСКО ПРЕДПРИЯТИЕ

ГЕОРГИ В. ГЕОРГИЕВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Анализът изследва значението на състава на търговското предприятие, което е обект на особен залог. Анализират се релевантните моменти, към които следва да се определи съдържанието на заложеното предприятие – при вписване на залога и впоследствие – при вписване на започването на изпълнение спрямо търговското предприятие като съвкупност или върху отделни негови елементи. Изследвано е в детайли съдържанието на заложеното търговско предприятие – основните видове активи, по отношение на които има спорове в доктрината дали принадлежат към него, както и в частност относно предприятието на едноличния търговец, което се отличава с редица особености. Задълженията на предприятието и фактическите отношения също попадат в обхвата на анализа и тяхната релевантност е обсъдена в светлината на бъдещо изпълнение върху предприятието.

Ключови думи: търговско предприятие, особен залог, състав на търговското предприятие, значението на състава на предприятието, вписване на пристъпване към изпълнение.

* Асистент по гражданско и семейно (търговско) право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“.

OVER THE CONTENT OF THE CHARGED COMMERCIAL ENTERPRISE

GEORGI V. GEORGIEV*

Civil Law Sciences Chair

Abstract: This paper examines the significance of the content of the commercial enterprise, which is subject to a charge. It is analyzed what are the relevant moments at which this content should be clarified for the sake of the valid enforcement of the enterprise charge – upon registration of the charge and subsequently – upon registration of the commencement of enforcement vis-à-vis the enterprise as a whole or in respect of specific assets. It is further analyzed the content of the charged enterprise – the major types of assets, on which there are disputes in the doctrine, as well as the issue regarding the enterprise of the sole trader in particular, which has more peculiarities. The obligations of the enterprise and the goodwill fall also within the scope of the analysis and their relevance is considered in the light of the prospective enforcement of the charge.

Key words: enterprise, charge, content of the enterprise, significance of the content of the enterprise, registration of enforcement of enterprise charge.

I. Уводни бележки

Значението на състава на обремененото със залог търговско предприятие е релевантно за правото по редица причини – то касае обхвата на обезпечението, като обуславя практическия ефект от реализацията му, поради което е и определящият фактор за ефективността на залога на предприятие като вид особен залог, учреден по реда на Закона за особените залози (ЗОЗ). Правната уредба на съдържанието на търговското предприятие се състои от правила, относими към два момента – на първо място, при учредяването на залога чрез вписването в търговския регистър по партидата на залогодателя, с оглед възможността за осигуряване на неговата противопоставимост чрез вписване на залога и в особените регистри, водени за отделните активи от него – по чл. 21, ал. 3 ЗОЗ, а на второ място – към момента на вписване в търговския регистър на пристъпването към изпълнение. Налице е изрично уреден в чл. 46 ЗОЗ способ за удовлетворяване на обезпечения кредитор чрез разпоредителна сделка с цялата тази динамична съвкупност от права, задължения и фактически отношения, както и от обособена част от нея. В нашето право няма друго реално обезпечение, което да дава такова правомощие на кредитор с договорно обезпечение – да продаде цялата съвкупност или елементи от нея, която съвкупност не е еднородна такава, както при залога на другите видове съвкупност по ЗОЗ, а разнородна и, както ще бъде аргументирано в настоящото изложение, при корпоративните търговци обхваща цялото им имущество.

* Assistant Professor in the Company Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“.

Ефектът на упражняването на заложеното право чрез продажба на цялото предприятие на залогодателя – корпоративно юридическо лице – не е непознат на римското право – той е сходен с този от изпълнението върху имуществото на длъжника по преторското право от средата на последния век преди новата ера. Наред с изпълнението върху личността на длъжника чрез отвеждането му в частния затвор на кредитора, преторското право уредило възможността за изпълнение върху цялото имущество на длъжника чрез придобиване на фактическа власт върху него от кредиторите и последващата му продажба като съвкупност на един купувач – *emptor bonorum*¹.

Припознаването на залога на предприятие като едно от основните обезпечения, учредявани от търговци за финансиране на дейността им, се дължи в най-голяма степен на възможността това обезпечение да се реализира бързо, по извънсъдебен път от кредитора и да обхваща целия състав на заложеното предприятие. Затова и именно въпросът за принадлежащите към заложеното имущество права, задължения и фактически отношения е от ключово значение – защото иначе ефективният способ за изпълнение няма да постигне целите си, ако междувременно съвкупността е изпразнена от съдържание или лишена от основните си активи, чрез използването на които в обикновената дейност се обезпечава функционирането на предприятието като стопанска единица.

II. Съдържание на заложеното търговско предприятие

1. Действие на вписване на залога на предприятие

Актуалната редакция на чл. 2 ЗОЗ урежда правопораждащо за заложния кредитор действие на вписването на учредяването на залога на предприятие по партидата на залогодателя в търговския регистър. В случай, че бъде извършено вписване на залога и в Централния регистър на особените залози (ЦРОЗ), последното ще е нищожно², доколкото в този регистър не следва да бъдат извършвани вписвания на залог на предприятие и на дружествени дялове, за които търговският регистър е „предвиденият друг регистър“ – това изрично е уредено в чл. 21, ал. 1 ЗОЗ. Изводът е неоспорим и предвид употребата на разделителния съюз „или“ в чл. 2, ал. 1, съгласно която залогът се учредява чрез вписване в ЦРОЗ или в предвидения друг регистър. Вписването във вторичните – специални регистри, които се водят за отделните елементи от предприятието – нотариалните книги – за недвижими имоти; Централен депозитар – за безналични ценни книги; регистрите на Патентното ведомство – за правата върху обекти на интелектуална собственост и други, не е от зна-

¹ Така Андреев, Михаил. Римско частно право. 7. изд. София: Софи-Р, 1993, с. 132.

² Така **Найденев**, Борислав. Особени залози. 3. доп. и прераб. изд. София: Фенея, 2000, с. 95; **Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част. 7. изд. София: Сибир, 2016, с. 736.

чение за възникване на залога на търговско предприятие, предвид изричния текст на чл. 2 ЗОЗ.

Някои автори поддържат, че заложното право при залог на предприятие не възниквало върху отделните елементи от предприятието, ако освен в търговския регистър, залогът на предприятие не е вписан и в съответните вторични регистри³. Тази теза се обосновава със съображението, че ако липсва вписване в особения регистър за съответния актив от предприятието, разпореждането на залогодателя с този актив ще е законосъобразно и противопоставимо на заложния кредитор, тъй като той нямало да има залог върху тези елементи. Това тълкуване не може да бъде подкрепено. С договора за залог в полза на залогодателя се учредява заложно право върху един, макар и хетерогенен по състава си, обект – динамична съвкупност от права, задължения и фактически отношения, а не отделни заложни права върху всяка от съставните ѝ единици. Затова и отвъд всякакво съмнение е, че залогът на търговско предприятие се учредява чрез вписването му единствено в търговския регистър, имащ качеството „предвиден друг регистър“ на основание чл. 21, ал. 2 ЗОЗ, като с вписването в този първичен регистър завършва фактическият състав на учредяването на обезпечението „залог на търговско предприятие“⁴. Да се приеме, че вписването в търговския регистър не е последният елемент от фактическия състав на учредяването на заложното право, означава да се допише правилото на чл. 2, като се прибави и вписването в съответните специални регистри към необходимите действия за учредяване на залога – подход, който е в очевидно противоречие с позитивноправната уредба.

Може да се обобщи, че при вписване на залога в търговския регистър заложното право обхваща съвкупността с всички нейни съставни елементи, които ще бъдат анализирани по-долу, като липсата или наличието на вторични вписвания в регистрите за тези активи не влияе на валидното възникване на заложното право. Към втория определящ момент обаче – вписването на пристъпване към изпълнение, на основание чл. 21, ал. 3 ЗОЗ във връзка с чл. 7 и чл. 8, ал. 4 ЗОЗ може да се приеме, че заложното право ще обхваща следните категории права и активи⁵:

- принадлежащите към предприятието към деня на вписване на пристъпването към изпълнение елементи, без значение дали по отношение на тях са извършени вторични вписвания в специалните регистри, водени за тях;

³ Така **Иванов**, Димитър. Особеният залог в българското право. София: Сиела, 2017, с. 71.

⁴ В този смисъл **Василев**, Ивайло. Вписване на договори за особен залог върху търговско предприятие. *Собственост и право*, 2018, № 7.

⁵ Доколкото именно от правата, а не от задълженията на предприятието може да се удовлетвори кредиторът, акцентът е поставен именно върху активите като съставен елемент от съвкупността.

- тези елементи от предприятието, които вече са отчуждени от залогодателя чрез сделки, които не са в кръга на обикновената му дейност по занятие (чл. 7 ЗОЗ) и за които заложникът кредитор не е дал съгласие по реда на чл. 8, ал. 4 ЗОЗ, за които елементи при учредяване на залога е извършено и вписване на залога на предприятие във водените за тях вторични регистри – отчуждаването им от предприятието е непротивопоставимо на заложникът кредитор на основание изричното правило в чл. 8, ал. 4 ЗОЗ;
- Както и всички елементи, които са станали част от заложеното предприятие след вписването на пристъпване към изпълнение, без значение дали придобиването им от залогодателя е вписано в съответните специални регистри, водени за тях.

От анализа на съдържанието на понятието „търговско предприятие“ по смисъла на чл. 15 от Търговския закон (ТЗ) може да бъде направен изводът, че обектът на залога е съвкупността от права, задължения и фактически отношения, която представлява самостоятелен обект на правото, в голяма степен именно благодарение на уредбата на залога като една от възможните сделки с нея, респективно – като обект на извънсъдебно изпълнение от заложникът кредитор по специалния закон.

1.1. Заложното право, което се учредява с вписването на залога в търговския регистър по електронната партида на залогодателя, обхваща съвкупността като такава, въпреки хетерогенния ѝ характер⁶, като именно тя е обект на залога, а не отделните ѝ елементи⁷. Както бе изяснено, съвкупностите, годни да бъдат заложени по ЗОЗ, са динамични такива и поради това се характеризират с променливия си състав, като константна величина е наличието на съвкупността, без да е определящо за съществуването на заложното право върху нея конкретното ѝ съдържание. Едва с вписване на пристъпването към изпълнение върху однородната съвкупност се ограничава динамичният ѝ характер, но само по отношение на възможността за разпореждане с елементи от нея, без да се предотвратява разпространето на заложното право върху попадналите след вписването нови обекти.

При учредяването на залога той обхваща няколко категории елемента:

- на първо място, това са такива елементи от предприятието, за които се водят съответни специални регистри и за които се извършва вписване на залога в тях;

⁶ **Найденев**, Борислав, цит. съч., с. 76 посочва, че за разлика от залога върху однородни съвкупности, залогът на предприятие обхваща и задълженията в предприятието, за които задължения, след продажбата на предприятието, отговаря купувачът.

⁷ Така **Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част. 7. изд. София: Сиби, 2016, с. 732.

- на второ място – такива, за които се водят регистрите и не се извършва вписване;
- на трето място – елементи от предприятието, за които не се водят специални регистри.

Правното значение на вписването във вторичните регистри се свежда до това, че действието по вписване на заложеното право в тези специални регистри не обуславя възникването на заложеното право, което съществува върху заложеното имущество дори и залогът да не е вписан в специалния регистър. Така, за да обхване заложеното право цялото търговско предприятие е достатъчно залогът да бъде учреден чрез вписване в търговския регистър, като за възникването на заложеното право върху отделните активи е без значение дали се водят регистри за тях или не, както и когато са налице такива регистри за фактическия състав на учредяването на заложеното право е ирелевантно дали е налице вписване на залога в тях. Дори и в случаите, в които съществуват специални регистри за съответните елементи от предприятието и е извършено вписване на залога в тях, извършването на сделка с тях по реда на чл. 7 или със съгласие на кредитора по чл. 8 ЗОЗ ще доведе до погасяване на заложеното право, с оглед напускането от елемента на съвкупността, която е обект на залога. Ако обаче при извършени вторични вписвания, сделките с активите не попадат в хипотезите на чл. 7 или чл. 8 ЗОЗ, залогът ще тежи върху тях и след отделянето им от съвкупността, без значение кой е собственикът им.

На следващо място, залогът на предприятието обхваща съдържащите се в него елементи при учредяването му, както и ще се разпростре върху придобитите такива след вписването на залога по партидата на залогодателя в търговския регистър. Заложеното право обхваща и новите елементи *ipso facto* – с придобиването на право на собственост върху тях или когато по друг начин залогодателят стане техен титуляр – например, при права върху интелектуална собственост с постигане на съответната защита на благото чрез регистрация на патент, марка или изобретение.

За да се противопостави залогът по отношение на тези активи, придобити след учредяването му, следва да бъде вписан в съответните регистри, водени за тях, ако има такива. Тоест, наред с първоначалното вписване на залога на предприятие в тези регистри, следва да се извършват и текущи такива за актуализация на обхвата на заложеното право – при придобиване на нови елементи, за които се водят регистрите, ако заложникът кредитор желае залогът му да бъде противопоставим на приобретателите на съответните елементи от предприятието.

Когато в предприятието бъдат включени права, спрямо които има тежести – обременени с ипотеки недвижими имоти, със залози вземания или движими вещи, конкуренцията между съществуващите обезпечения и заложеното право се решава съобразно реда на учредяването им, като заложеното право ще обхване и вече обременения с други тежести актив в именно това негово състояние.

1.2. Съгласно чл. 32, ал. 3 с вписването на пристъпване към изпълнение заложеното имущество преминава в разпореждане на заложния кредитор, като той има право да вземе мерки за запазването му, да го управлява и да го продаде. В заложеното търговско предприятие към този момент попадат всички активи, които са част от него, без значение дали за тях се водят вторични регистри и ако такива се водят – наличието или липса на вписване също са ирелевантни.

Наред с принадлежащите към предприятието права, задължения и фактически отношения, заложеното право обхваща и тези елементи, за които са налице съответните регистри за тях, в които залогът на предприятие е включен и с които залогодателят е извършил сделки извън кръга на обикновената му дейност по занятие без съгласие на заложния кредитор, в резултат на които сделки трети лица придобиват права върху заложеното имущество, които са несъвместими със заложеното право. Макар и да са напуснали патримониума на залогодателя, какъвто е типичният пример за такива сделки, чрез които третото лице придобива несъвместими със заложеното право права върху обезпечението, върху съответните обекти на сделките продължава да тежи залогът на предприятие по силата на чл. 21, ал. 3 ЗОЗ.

Както бе изяснено при анализа на състава на търговското предприятие, при пристъпване към изпълнение заложеното право не обхваща чужди движими вещи, тъй като чл. 78, ал. 1 от Закона за собствеността не намира приложение при залога на предприятие.

С новата алинея 5 на чл. 21 с измененията през 2016 година бе въведено изрично правило, касаещо приращенията върху недвижим имот на залогодателя, учредил залог на цялото си предприятие – предвидено е, че заложеното право се разпростира и върху всички подобрения и приращения в имота, освен ако не е уговорено друго. Това уточнение бе необходимо, предвид възникналите спорове относно обхвата на ипотека, учредена върху имот, в който след това е построена сграда и зависимостта между точната индивидуализация на бъдещата сграда в акта за учредяване на ипотечното право и разпростиране на ипотечното право и върху нея, като в редица съдебни актове⁸ се възприемаше изискване за изрично препращане в ипотечния акт към вече одобрен инвестиционен проект за застрояване на терена, обосновавано със специалността на ипотека, съгласно чл. 166, ал. 2 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Съобразявайки наличието на практика на Върховния касационен съд (ВКС) в цитирания смисъл, която бе преодоляна впоследствие при решаването на този проблем⁹, с реформата в ЗОЗ от 2016 г. законодателят умело уреди

⁸ Вж. Решение № 39 от 24.03.2014 г. по гр. д. №5059/2013 г. на I г.о. на ВКС; Решение №11 от 25.07.2014 г. по гр. д. №4005/2013 г. III Г.О. на ВКС; Решение №142 от 01.07.2014 г. по гр. д. №396/2014 г. I Г.О. на ВКС;

⁹ В преобладаващата част от съдебните решения правилно се приема, че подробната индивидуализация на бъдещите сгради в ипотекирания имот не е условие за разпрости-

сходната хипотеза при залог на предприятие, в което е включен имот, за да се обезпечи правната сигурност и да се гарантират правата на заложния кредитор. И ако при ипотеката се касае за приращение върху самия имот – обект на ипотечното право, при залога на предприятие подобренията и приращенията са извършени косвено в него, а именно – в елемент от обезпечението, какъвто безспорно е попадащият в него недвижим имот, поради което въвеждането на такова правило бе наложително. В заключение, може да се обобщи, че в състава на предприятието при пристъпване към изпълнение ще попаднат и приращенията и подобренията върху имоти, собственост на залогодателя, без значение дали залогът е вписан в нотариалните книги.

На основание чл. 4, ал. 4 ЗОЗ в състава на търговското предприятие, служещо за удовлетворяване на пристъпилия към изпълнение заложен кредитор, ще се включат и новите вещи, получени в резултат на преработване и присъединяване на заложиени вещи.

ране на ипотеката и спрямо построената сграда. Така в Решение № 142/01.07.2014 г. на I г.о. на ВКС, съгласно което: „След като в договора изрично е посочено, че ипотеката разпростира действието си и върху сградата, която ще бъде построена в имота по одобрени строителни книжа, сградата е в достатъчна степен индивидуализирана, за да се приеме, че е налице яснота относно предмета на ипотеката. Изискването на чл. 166, ал. 2 ЗЗД е спазено. Пълната индивидуализация на сградата и на отделните обекти в нея към момента на учредяване на ипотеката е практически невъзможна, но доколкото застроенният имот по приращение принадлежи на същия собственик и след застрояването представлява единен обект на право на собственост следва да се приеме, че изискването на чл. 166, ал. 2 ЗЗД е спазено чрез посочване на местоположението, границите и площта на терена, както и на бъдещата сграда в него“. Така и в Решение № 39 от 24.03.2014 г., постановено по гр. д. № 5059/2013 г. на I ГО на ВКС: „Когато предмет на ипотеката е право на собственост върху терена, ипотеката разпростира действието си и върху бъдещите приращения върху имота във вид на новопостроени по време на действието на ипотеката сгради, ако при сключване на договора е постигнато съгласие ипотеката да има действие и спрямо бъдещите приращения“. В доктрината този въпрос е изследван от **Калайджиев, А.** При какви условия ипотечното право, учредено върху терен, ще има сила за сградите, построени върху терена. *Търговско право*, 2015, № 2, с. 33–37. Авторът аргументира тезата, че подобно изискване към препращане в ипотечния акт към одобрен инвестиционен проект не се съдържа в закона, като наличието на такъв проект може да послужи само като критерий за тълкуване на волята на страните, ако в ипотечния договор има такова препращане, но подчертава, че за спазване на изискването на чл. 166, ал. 3 ЗЗД е достатъчно в ипотечния договор сградата да бъде описана по начин, който позволява последващата ѝ индивидуализация. Теза в обратен смисъл се поддържа от **Ставру, Стоян**. Въпроси на българското вещно право. София: Феня, 2010, с. 272, който приема, че ипотеката ще има действие по отношение на бъдещата сграда, само ако е налице пълна идентичност между предмета на ипотеката и построената сграда, очевидно абсолютизирайки изискването за специалност на ипотеката в степен, която не съответства на целите на чл. 166 ЗЗД.

2. Състав на търговското предприятие

Ако изложеното по-горе определя теоретично и абстрактно състава на предприятието с оглед противопоставимостта на заложеното право, необходимо е да се изследва какви са, всъщност, конкретните права, задължения и фактически отношения, които се обхващат от залога поради принадлежността им към предприятието.

2.1. Преди всичко, трябва да се отговори на въпроса дали ще е налице залог на търговско предприятие само в случай че то съдържа кумулативно и трите елемента, описани в чл. 15 ТЗ – права, задължения и фактически отношения? Отговорът на този въпрос е безспорен – в литературата и съдебната практика преобладава гледището, че е отрицателен, защото предприятието ще е такова и ако съдържа само един от посочените елементи – дефиницията в чл. 15 не предполага кумулативното им наличие, а определя обхвата на понятието, като дефинира типичното му, но не и задължително съдържание¹⁰. Този извод не се променя от съдържанието на чл. 46, ал. 1 ЗОЗ, който реферира към предприятието като „свкупност от права, задължения и фактически отношения“ – ако се приеме, че свкупността от права и задължения, титуляр на които е търговецът и които са свързани с търговската му дейност, не представлява предприятие при липсата на фактически отношения, ще се въведе *contra legem* изискване за фактическа проверка от длъжностното лице по регистрацията към Агенция по вписванията на състава на търговското предприятие и в случай на липса на фактически отношения – ще е налице основание за отказ за вписване на залога на търговско предприятие или на отказ за вписване на пристъпването към изпълнение върху предприятието като такава свкупност, в случай че към момента на заявяването на съответното обстоятелство в предприятието не влизат и фактически отношения. На следващо място, залогът на предприятие често се учредява от специално създадено за конкретна инвестиционна цел търговско дружество и към момента на вписване на залога, който предхожда отпускането на кредита по главното правоотношение, дружеството не разполага с активи или пасиви, каквито ще възникнат в резултат на учредяване на заложеното право и усвояване на сума по кредита. Да се

¹⁰ **Калайджиев**, Ангел. Търговско право. Обща част. 3. доп. изд. София: Труд и право, 2015, с. 82 и цитираната от него съдебна практика. **Стефанов**, Георги. Търговско право. Обща част. 3. прераб. и доп. изд. Велико Търново: Абагар, 2016, с. 167 приема, че предприятие може да няма права и (или) задължения, но не и фактически отношения – поне в период на тяхното създаване. Последната теза е оспорима, на първо място, защото ако са в процес на създаване, то фактическите отношения все още не съществуват и на второ място – защото законът не поставя задължение за наличие на фактически отношения, за да се квалифицира предприятието като такова по смисъла на чл. 15 ТЗ. Това че фактическите отношения са присъщи на предприятието не води до извода, че липсата им ще доведе до промяна в правния режим на свкупността от права и задължения по чл. 15 ТЗ.

приеме, че кумулативното наличие на трите елемента е изискване на закона означава да се отрече приложимостта на залога на предприятие за новоучредени дружества, което противоречи и на икономическата логика на залога на предприятие.

2.2. Проблемите за състава на търговското предприятие и принадлежността на специфични активи към него са изследвани обстойно в правната книжнина¹¹, като се приема, че те могат да се обособят в две големи групи – имуществени права, които имат оценимо в пари съдържание и подлежат на счетоводно записване, както и неимуществени права – които нямат балансова стойност и не подлежат на парична оценка като самостоятелни обекти, но биват остойностявани като елементи от предприятието при сделки с него. В първата категория попадат облигационните и вещните права, парите, права върху ценни книги и обезпечителните права – заложни и ипотечни права, права по поръчителство, гаранции, менителнични ефекти, права на интелектуална собственост, правата по трудови договори и други. Сред неимуществените права са това на търговска фирма и неимуществените права на интелектуална собственост. За целите на настоящото изследване, предвид ограниченията за обхвата и обема му, няма да бъде отделяно специално внимание на определените като безспорни в теорията елементи от предприятието, като такова ще бъде насочено към някои специфични хипотези, които остават не напълно неизяснени.

2.3. Приема се за безспорно, че капиталът не е елемент от предприятието, тъй като представлява величина, която има единствено стойностно измерение и изпълнява опосредена гаранционна функция – индicia е за чистата стойност на имуществото на капиталовото търговско дружество¹². Съгласно Националните счетоводни стандарти¹³ в баланса на дружеството капиталът се води като пасив, а записаният, но невнесен капитал – актив. Следователно, трябва да се уточни, че капиталът действително не е имущество, а величина, но в предприятието попадат вземанията на капиталовото дружество към съдружниците или акционерите в него – за неизплатената част от вноската им, в която връзка чл. 191 ТЗ предвижда възможност в устава да се предвиди задължение на акционерите за даване на обезпечение за това тяхно задължение към дружеството, в производството по несъстоятелност е уредено задължение за синдика за събиране на невнесения капитал за попълване на масата на несъстоятелността – чл. 643 ТЗ.

¹¹ Вместо всички – **Калайджиев**, Ангел. Търговско право. Обща част, с. 79 и **Стефанов**, Георги. Търговско право. Обща част, с. 163

¹² **Герджиков**, Огнян. По въпроса за имуществото и капитала на търговските дружества. *Търговско право*, 2010, № 2, с. 10.

¹³ Загл. изм. – ДВ, бр. 3 от 2016 г., в сила от 01.01.2016 г. – т. 9 и сл.

2.4. Членствените права на търговеца в различни юридически лица попадат в обхвата на търговското предприятие, като примери за такива са тези, произтичащи от качеството съдружник в персонални и капиталови дружества, съответно – акционер в АД, членство в професионални организации и сдружения. По отношение на участието в корпоративните юридически лица – търговци, в предприятието на съдружника или акционер попадат всички членствени права и задължения, но решаващ е въпросът кои от тях ще бъдат обект на принудително изпълнение при реализация на залога на предприятие. Често неговият отговор необосновано се предпоставя от това дали с прехвърлянето на предприятието се прехвърлят и членствените права на отчуждителя. В съдебната практика и научната литература¹⁴ се приема, че прехвърлянето на търговското предприятие не води до прехвърляне на дяловите участия в персонални дружества и дружество с ограничена отговорност (а според съдебната практика – и в търговските дружества изобщо) – те оставали в собственост на дружеството – прехвърлител. В доктрината този извод правилно се аргументира с непрехвърлимия им характер, а в цитираната съдебна практика – неправилно с аргумента, че носител на членствените права е дружеството-съдружник, а не неговото търговското предприятие.

Необходими са уточнения в няколко насоки – на първо място, в търговското предприятие на търговеца юридическо лице попадат членствените права във всякакъв вид търговци по правно-организационната им форма – както в персонални и капиталови дружества, така и в кооперативните и междукооперативни предприятия.

Втора отграничителна линия трябва да бъде прокарана за настоящия анализ по отношение на това кои от тези права ще бъдат обект на изпълнение при реализация на залога на предприятието на залогодателя – спрямо участията в персонални дружества и ООД, предвид непрехвърлимостта им, лесно би могло да се поддържа, че те няма да послужат за удовлетворяване на кредитора, защото няма да са елемент от вече прехвърленото предприятие. Такъв извод обаче, направен и в съдебната практика – например, в Решение № 2102 от 06.10.2017 г. по т.д. № 1104/2017 г. на Софийски апелативен съд, ще е дълбоко неверен – той води до изключване а priori от обхвата на търговското предприятие на дяловете от събирателни, командитни дружества и дружества с

¹⁴ **Калайджиев**, Ангел. Търговско право, обща част, с. 97; **Стефанов**, Георги. Търговско право. Обща част, с. 188; Решение № 2102 от 06.10.2017 г. по т.д. № 1104/2017 г. на Софийски апелативен съд (неокончателно), в което се приема, че притежаваните от търговското дружество – залогодател дялове от капитала на друго дружество не се включват в обема на неговото търговско предприятие и не се засягат от действието на сключените транслативни или конститутивни сделки с предприятието. Ето защо учредяването на особен залог върху търговското предприятие на залогодателя само по себе си не водело до възникване на заложно право върху дяловете, притежавани от дружеството-залогодател от капитала на друго дружество.

ограничена отговорност – в пряко противоречие с уредбата в ЗОЗ, която не само ги определя като годни обекти на залог, но и предвижда специален ред за реализация на залога спрямо тях. Трябва да се подкрепи поддържаното в литературата виждане, че посочените членствени права са непрехвърлими и приобретателят на предприятието няма да стане техен титуляр, но тази теза е относима само за прехвърлителните сделки с предприятието по чл. 15 ТЗ и не съдържа извод за изваждане от оборота (в частност – от състава на заложеното търговско предприятие) на членствените права. Законодателят е предвидил две алтернативни възможности за заложения кредитор, обезпечен със залог на предприятие – да реализира залога като изпълнение върху предприятието като съвкупност или върху отделни негови елементи.

В първия случай, ако е извършено вписването по чл. 21, ал. 3 ЗОЗ на залога на предприятие и по партидите на дружествата, в които залогодателят има участие, той ще е оправомощен да продаде дяловете от дружествата по реда на чл. 45 – като отправи изявление за прекратяване на дружеството, в което залогодателят е съдружник, съгласно чл. 96 ТЗ или за прекратяване на участието на залогодателя в дружеството със заложения дял – по реда на чл. 125, ал. 2 ТЗ. Ако обаче заложникът кредитор не е вписал залога на предприятието по партидите на посочените дружества, продавайки предприятието като съвкупност, няма да прехвърли на купувача членствените права.

Във втория случай, заложникът кредитор отново ще има възможност да се удовлетвори от дяловете в други дружества, притежавани от залогодателя – като изпълни по реда на чл. 46, ал. 2 ЗОЗ върху отделни елементи от предприятието – каквито несъмнено са дяловете в персоналните дружества и ООД. Водещ в тези хипотези е интересът на заложения кредитор не да прехвърли на приобретателя правото на членство в дружествата, в които залогодателят има участие (което действително не е последица от реализация на залога на предприятие), а правото му да се удовлетвори и от тези активи като част от заложеното имущество, с цел да реализира по-голяма продажна цена, респективно да събере вземането си по реда за прекратяване на участието или на дружеството, предвиден в Търговския закон.

Интересен е въпросът, допустимо ли е придобиване на право на членство от приобретателя на продаденото по реда на ЗОЗ заложено предприятие на залогодателя – съдружник в ООД чрез уговорка в този смисъл в дружествения договор. Според мен, положителният отговор трябва да бъде предпочетен – по аналогия от допустимостта на наследяването на членствено правоотношение, ако има изрична уговорка за това в дружествения договор. Макар да е утвърдено виждането, че предмет на наследяване от наследниците на съдружника в ООД са не самите дружествени дялове, а имуществени права, свързани с притежаваните от наследодателя дялове, безспорно е, че наследниците на починалия съдружник не стават автоматично съдружници в дружеството – те не встъпват в членственото правоотношение, страна по което е бил насле-

додателят им, освен ако не бъдат приети от останалите съдружници, което ще учреди ново членствено правоотношение¹⁵. Изключение от това правило ще е налице при наличие на изрична уговорка за това в дружествения договор, съгласно която в случай на прехвърлителна сделка с предприятието на съдружник, включително и реализация на залог на предприятието в резултат на изпълнение по ЗОЗ, приобретателят на предприятието ще стане страна и по членственото правоотношение.

Не може да се сподели и разбирането, че с прехвърлянето на предприятие-то отчуждителят запазва членствените си права и в акционерно дружество¹⁶, преди всичко защото притежаваните от залогодателя легимационно-разпоредителни ценни книги, каквито са акциите, са елемент от търговското предприятие, като членственото право в акционерното дружество не се предпоставя от приемането на акционера за такъв, освен в случай на винкулирани акции. Нещо повече, членуването в акционерното дружество не е с оглед на личността на акционера¹⁷. След като права върху акциите могат да се наследяват¹⁸, съответно наследникът става страна по членственото правоотношение¹⁹, няма законово основание да се приеме противното за приобретателя на търговското предприятие, включително и на купувача при проведено изпълнение по ЗОЗ от заложния кредитор.

Както бе посочено, изводът за прехвърляне на членствените права на залогодателя – акционер, е обусловен от едно изискване – акциите да не са винкулирани, тоест, да няма ограничения за разпореждането с тях. Наличието на такива специални изисквания обаче не винаги ще води до невъзможност за прехвърлянето им, а само ако ограниченията са вписани по партидата в търговския регистър на акционерното дружество, в което залогодателят е акционер.

Доколкото определящ е принципът, че реалното обезпечение се реализира във вида, в което е било при учредяването му – тоест съобразно именно това фактическо и правно състояние на благото, след като акциите са били винкулирани при учредяването им, как да се прецени дали това обстоятелство е известно на заложния кредитор на акционера?

Безспорно е, че наличието на ограничение за прехвърлянето е известно на залогодателя – акционер, но това не прави заложния трето недобросъвест-

¹⁵ Така в Решение № 530 от 27.09.2007 г. по т.д. №283/2007 г., I т.о. на ВКС.

¹⁶ Така в Решение № 2102 от 06.10.2017 г. по т.д. № 1104/2017 г. на Софийски апелативен съд.

¹⁷ Така изрично в мотивите на Тълкувателно решение №2 от 27.12.2001 г. на ОСГТК на ВКС.

¹⁸ **Диков**, Любен. Търговско право. София: Печатница Балкан, 1925, с. 219; **Ланджев**, Борис. Правото на членство в акционерното дружество. София: Труд и право, 2000, с. 160.

¹⁹ Така **Русчев**, Иван. Върху наследяването на налични акции и на членствено правоотношение [онлайн]. Достъпна на <http://gramada.org/>

но лице, на което това обстоятелство може да бъде противопоставено. За да извърши проверка относно ограниченията спрямо акциите, притежавани от залогодателя, заложникът кредитор следва да провери наличието на вписване по отношение на подлежащите на вписване обстоятелства за елементите от предприятието в съответните вторични регистри. Такъв вторичен регистър за акциите е книгата на акционерите – водена от Централния депозитар за безналичните акции или от дружеството – за наличните акции. В чл. 179 ТЗ не се предвижда вписването в книгата на акционерите на ограничения за прехвърляне на акциите, следователно – не може да се изисква от заложникът кредитор да установи това обстоятелство от книгата на акционерите и липсата на такава проверка не може да има за последица противопоставимост на ограниченията.

Разпоредбата на чл. 174, ал. 2 във връзка с чл. 165, т. 3 ТЗ урежда задължение за вписване по партидата на акционерното дружество, в което е акционер залогодателят, на „особените условия“ за прехвърляне на акциите, чл. 7 от Закона за търговския регистър и регистъра на юридическите лица с нестопанска цел предвижда придаване на публичност на това обстоятелство, касаещо акциите, попадащи в заложеното предприятие. Следователно, във вторичния регистър – книгата на акционерите, особените условия за прехвърляне на акциите не подлежат на вписване и дори да бъдат вписани, това ще е без правно значение. Ако те обаче са вписани в търговския регистър по партидата на акционерното дружество, при справка в него заложникът кредитор е можел да установи наличието на ограничение. Поради това, без значение дали ограниченията за сделки с акциите са вписани в книгата на акционерите, ако такова вписване е извършено в търговския регистър, в полза на залогодателя ще е налице обезпечение върху винкулирани акции с всички произтичащи от това последици – няма да възникне членствено правоотношение за приобретателя на предприятието или на акциите като отделен негов елемент, спрямо който е проведено изпълнение, докато не се изпълни съответното условие, предвидено в устава – решение на съвета на директорите, съответно на общото събрание на акционерното дружество и т.н. Ако обаче особеното условие за прехвърляне на акциите не е вписано по партидата на емитента, то би следвало приобретателят да може да придобие акциите въпреки неспазването на това условие, предвидено в устава, и това придобиване да бъде противопоставимо на акционерното дружество.

В заключение, следва да се има предвид, че изложеното касае само хипотези на залог на безналични акции, доколкото книгата на акционерите се води от централния депозитар – тоест, налице е съответен специален регистър за тези активи. Изложеното обхваща както хипотези на извършено вписване в този специален регистър, в който случай залогът е противопоставим дори и акциите да не са вече част от търговското предприятие, така и при липса на такова вписване – ако акциите са собственост на залогодателя към пристъпването към изпълнение.

За налични акции, доколкото за тях не се води вторичен регистър, за да е противопоставим особенният залог на търговско предприятие на акционера, следва да бъде учреден и втори – търговски залог на акции по реда на чл. 310 ТЗ, по който ред залогодателят може и да изпълни, независимо от изпълнението върху предприятието – което би бил по-удачният от практическо гледище способ за изпълнение. Разбира се и без учредяването на търговски залог по чл. 310 ТЗ, ако наличните акции са част от предприятието към вписването на пристъпване към изпълнение от залогодателя, те ще бъдат прехвърлени като елемент от предприятието на неговия нов приобретател.

2.5. Макар да попадат в обхвата на търговското предприятие, няма да бъдат обект на

принудително изпълнение при реализацията на залога такива непрехвърлими членствени права като правото на членство в организации, за които има изисквания към членовете – например, относно дейността им, специфични изисквания за капиталова адекватност, брой, квалификация и опит на наетите лица – например Камара на строителите, сдружения с нестопанска цел и други.

2.6. Специфично право, което попада в заложеното предприятие на акционерно дружество – залогодател, е и вземането за обезщетение за вреди, причинени на дружеството от членовете на управителните му органи по чл. 240а ТЗ. Доколкото се касае за обезщетение за причинени на дружеството вреди, което може да се претендира от акционера, действащ като процесуален субституент²⁰, именно дружеството е титуляр на правото и поради това то е елемент от заложеното търговско предприятие, който ще бъде обхванат от залога.

2.7. Следващ особен случай, касаещ състава на предприятието, е този за имуществото на залогодателя, по отношение на което е предявен успешно отменителен иск в производството по несъстоятелност или установителен такъв за нищожност – след като зложният кредитор е провел изпълнение по ЗОЗ – обхваща ли се то от зложното право и ще се ползва ли обезпеченият кредитор от привилегията си в тези случаи?

Първият възможен подход е да се приеме, че за исовете по чл. 646, ал.1 ТЗ, доколкото са установителни и имат за предмет нищожност на действията или сделките спрямо кредиторите на масата на несъстоятелността, поради което престацията, предмет на тези сделки или действия, попада в заложеното имущество и зложният кредитор може да се удовлетвори и от нея. В този порядък, ефектът от уважаването на исовете по чл. 646, ал. 2 и чл. 647 ТЗ ще е същият, доколкото се постига относителна недействителност, като за злож-

²⁰ Определение № 354 от 08.06.2017 г. по т. д. № 708 / 2017 г. на ВКС, I т.о.

ния кредитор правото на длъжника ще се счита за такова, спрямо което той има привилегия като обезпечен кредитор. Такова тълкуване обаче ще е *contra legem*, което обуславя прилагането на втори подход. Целта на посочените искове е защита на масата на несъстоятелността, затова, след като се е удовлетворил от предприятието преди откриването на производството по несъстоятелност, кредиторът е получил максимално допустимата защита като обезпечен такъв с особен залог по ЗОЗ. След като е предпочел да се удовлетвори по специалния закон извънсъдебно и е реализирал обезпечението си, заложникът кредитор е изчерпил правата си като обезпечен кредитор с погасяване на обезпечението, което е последица от провеждането на изпълнение и то без значение дали се е удовлетворил изцяло. Ако е останал кредитор на несъстоятелния длъжник въпреки реализацията на особения залог, за остатъка от вземането си кредиторът ще се ползва от благоприятните за него съдебни решения по посочените искове, но вече като хирографарен кредитор на масата на несъстоятелността – защото обезпеченият характер на вземането му се е изгубил с реализация на обезпечението. В противен случай, под предлог за осигуряване на изпълнение върху търговско предприятие в неговата цялост (например, защото прехвърленото с нищожна сделка право никога не е напускало предприятието), ще се учреди несъществуваща по нашето право обща привилегия в полза на кредитора, която противоречи на специалната такава на обезпечения със залог кредитор или по-точно перпетуира последната и след погасяване на обезпечението.

Заложникът кредитор с обезпечение залог на търговското предприятие на длъжника в несъстоятелност следва да се ползва от всички права на кредитор на несъстоятелността, включително да предявява отменителни искове и искове за установяване на нищожност, но вече в качеството му на необезпечен кредитор, а не на кредитор с обезпечено вземане, поради реализация на обезпечението – във вида, в който е било при изпълнението по съответния способ.

Аргумент за това се съдържа и в чл. 43, ал. 4 ЗОЗ, съгласно измененото съдържание на който, след откриване на производство по несъстоятелност, заложникът кредитор може да се удовлетвори само в рамките на това производство – не може тепърва да пристъпи към изпълнение по ЗОЗ. При това положение, заложникът кредитор ще се удовлетвори като привилегирован от извършената от синдика продажба на предприятието или елементи от него, а за остатъка – като необезпечен кредитор. Следователно, и в двете хипотези резултатът ще е един и същ, каквато е и целта на законодателя – започването на изпълнение по ЗОЗ преди откриването на производството по несъстоятелност не може да промени правното положение на обезпечения със залог върху предприятието кредитор.

2.8. Сред правата като елемент от предприятието попадат и тези, придобити от юридически лица – търговци по сделки, които не са търговски – например, търговецът е купувач по приватизационен договор, съгласно т. 1 от

ТР № 1 от 15.06.2010 г. по тълк. д. № 1/2009 г. на ВКС, ОСТК, предвид изложените по-горе съображения. Няма законово основание от предприятието да бъдат изключени правата, придобити не във връзка с упражняването на занятие от търговеца, тоест по сделки, които не са търговски, защото този подход би бил в противоречие с чл. 15 ТЗ, чл. 46 ЗОЗ, уреждащ удовлетворяването на заложния кредитор от предприятието като съвкупност, както и чл. 21, ал. 3 ЗОЗ, съгласно който договорът за залог на търговско предприятие е противопоставим на трети лица, придобиващи права върху отделни активи на заложеното предприятие, когато е вписан и в съответния специален регистър, който се води за такива активи – очевидно законодателят не допуска изключение от противопоставимостта на залога, ако е налице вписване в съответния особен регистър за актива.

2.9. Редица особености са налице относно състава на предприятието на едноличния търговец, който е титуляр на своето имущество, част от което е търговското предприятие, но последното не го изчерпва, доколкото представлява обособено за целите на търговската му дейност имущество.

Особеностите на състава на предприятието на едноличния търговец като обект на залог касаят основно критерия, който обособява предприятието от останалото имущество – обстоятелството дали конкретно право (а не само вещно – към което реферира чл. 22, ал. 3 от Семейния кодекс) или задължение е свързано с упражняването на търговската дейност и е „включено в търговското предприятие“ – съгласно чл. 22, ал. 3 от семейния кодекс (СК). От значение за изясняване на съдържанието на предприятието като обект на залога е не само принадлежността на конкретен вид права, каквито са вещните, но и на останалите категории права, както и на задължения и фактически отношения – доколкото целта и съдържанието на уредбата в СК са приложими за тях, разбира се.

Както се посочва и в коментарната литература²¹, въпросът кога един обект е включен в търговското предприятие остана неизяснен и след постановяването на ТР № 2 от 27.12.2001 г. на ОСГТК на ВКС, а с включването на двете кумулативни изисквания в новия семеен кодекс, отново е на дневен ред. Семейният кодекс изисква, за да не попадат в съпружеската имуществена общност, вещните права да са придобити по време на брака за упражняване на търговската дейност на съпруга – едноличен търговец, както и да са включени в неговото предприятие. Критерият „включен в предприятието“ е възприет от законодателя и в други нормативни актове – в ЗОЗ се уреждат правните последици от „включването в заложеното търговско предприятие“ при последващ залог на такъв актив – чл. 14, разпространето на заложното право върху

²¹ Герджиков, Огнян, Ангел **Калайджиев**, Камелия **Касабова**, Таня **Бузева**, Александър **Кацарски**. Коментар на Търговския закон. Кн. първа. Чл. 1-112. София: Софи-Р, 2000, с. 311.

всички подобрения и приращения в имота, включен в заложеното предприятие – чл. 21, ал. 4, както и правото на заложен кредитор на въвод по чл. 522 от Гражданския процесуален кодекс (ГПК) в имот на залогодателя, включен в търговското му предприятие. Гражданският процесуален кодекс изрично изключва възможността за спиране на изпълнението по искане на длъжника по реда на чл. 454, ако последният е едноличен търговец и принудителното изпълнение е насочено към вещ, включена в търговското му предприятие.

В съчиненията, посветени на семейното право, е изяснено, че Семейният кодекс (СК) от 2009 г. възприема като критерий не как е придобито имуществото – дали в резултат на упражняване на търговска дейност от съпруга-търговец (каквото бе разрешението по Семейния кодекс от 1986 г., както е изяснено в ТР № 2 от 27.12.2001 г. на ОСГТК на ВКС), а единствено с оглед целта, за която е придобито – да е предназначено за обслужване на търговията²². По отношение на второто изискване – субективното право да е включено в предприятието, се поддържат две схващания – според първото, такова включване е налице при осчетоводяването на актива в счетоводните книги, като при спор съдът, включително и чрез анализ на заключение на съдебно-счетоводна експертиза, ще установи дали е налице такова осчетоводяване, следователно – активът е част от предприятието.²³ Алтернативната теза се състои в отричане на самостоятелното правно значение на това изискване на СК, като се обосновава, че то е само пояснение за това, че се касае за права, придобити наистина за стопанска дейност на дадения съпруг²⁴. Именно второто виждане заслужава подкрепа по следните съображения, които са съобразени с позитивноправната уредба, съдържаща се в цитираните нормативни актове от различни области на правно регулиране.

Данъчното законодателство урежда въпроса в чл. 27 от Закона за данъците върху доходите на физическите лица (ЗДДФЛ) за целите на данъчното облагане на едноличния търговец, като заглавието на разпоредбата е „използване на лично имущество на физическото лице за дейност като едноличен търговец“. Текстът изрично предвижда правото на едноличния търговец (неуместно обозначен в текста като „физическо лице – собственик на предприятието на ЕТ, с оглед провеждане на разграничение дали физическото лице действа като гражданскоправен субект или с оглед търговското си качество) да включи в предприятието си придобити от него движими и недвижими вещи, които не са в режим на съсобственост или са част от съпругеска имуществена общност. За целта се изисква завеждане в счетоводството на едноличния търговец на

²² **Матеева**, Екатерина. Семейно право на Република България. София: ВСУ Черноризец Храбър, 2010 с. 127.

²³ **Матеева**, Екатерина. Цит. съч., с. 129; **Марков**, Методи. В: **Ненова**, Лиляна Семейно право. Нова редакция М. **Марков**. Кн. първа. София: Софи-Р, 2009, с. 288.

²⁴ **Станева**, Анна. В: **Цанкова**, Цанка и др. Коментар на новия Семейен кодекс. София: Труд и право, 2009, с. 91.

активите по документално доказаната им цена на придобиване, както и съставяне на протокол, а когато в предприятието се включва вещь – част от съпружеска имуществена общност – и нотариално заверена декларация за съгласието на другия съпруг за включване на вещта в имуществото на едноличния търговец. Съответно, при последващо изключване на вещта от предприятието, включително и когато тя стане част от имуществото му, извън предприятието, за данъчни цели се смята, че „физическото лице-собственик на едноличния търговец“, извършва продажба на тази вещь по пазарна цена. Следователно, съществува специален ред за включване на вещи в предприятието на едноличен търговец, който включва съставянето на протокол за установяване на това обстоятелство и осчетоводяване на актива. Какви обаче ще са последиците от неспазването му и дали те са универсални по своята същност – може ли от неспазването на специалния ред за включване в предприятието по ЗДДФЛ да се обоснове изключване на актива от предприятието? Санкцията за несъобразяването със специалната уредба е липсата на правно основание да се начисляват амортизации на това имущество, евентуално – може да се стигне до преизчисляване на облагаемия финансов резултат на едноличния търговец и въз основа на него – на дължимите данъчни плащания²⁵. Тези последици обаче са строго специфични – за нуждите на данъчното облагане, поради което не могат да имат значение за частното право, като, например, изключване от обхвата на заложеното предприятие на актива, който не е осчетоводен по ЗДДФЛ.

Правното значение на осчетоводяването на елементите от предприятието като индигия за включването им в него може да се обоснове и от съдържанието на глава седма „Търговски книги“ от общата част на ТЗ, предвиждаща задължение за търговеца да води счетоводство, в което отразява движението на имуществото на своето предприятие, като урежда и доказателственото значение на редовно водените търговски книги. Законово уредените задължения на търговеца включват и такова за извършване на инвентаризация в определените в Закона за счетоводството срокове, с цел установяване на наличностите и оценка на елементите от актива и пасива на предприятието, като въз основа на аналитичните записвания се изготвя годишен финансов отчет. Изпълнението на това задължение обслужва интересите на широк кръг от лица – както на самия търговец, така и на съдружниците или акционерите, на кредиторите, особено при капиталови търговски дружества, при които се определя като част от дружественоправните средства за тяхна защита²⁶. Значението, което зако-

²⁵ Така в Решение № 15932 от 13.12.2012 г. по адм. д. № 4692/2012 на ВАС, в което се приема, че за лично имущество на физическото лице, което не е част от активите на предприятието на едноличния търговец и не е установено надлежно, при спазване на законовите изисквания за това, че се използва за дейността на едноличния търговец, не се начисляват амортизации.

²⁶ **Герджиков**, Огнян, Ангел **Калайджиев**, Камелия **Касабова**, Тания **Бузева**, Александър **Кацарски**. Коментар на Търговския закон. Кн. първа. Чл. 1–112, с. 268.

нодателят отдава на търговските книги нараства, видно от изменения в ТЗ в материята за търговска несъстоятелност, обнародвани в ДВ бр. 105 от 2016 г., с които в чл. 608, ал. 2 се уреди презумпция, че търговецът не е в състояние да изпълни изискуемо задължение, ако преди подаване на молбата за откриване на производството по несъстоятелност не е заявил за обявяване в търговския регистър годишните си финансови отчети за последните три години. Това изменение е израз на разбирането на законодателя за значението на счетоводните записвания, включително осчетоводяване на действителните елементи от предприятието, чието обобщение се съдържа в годишния финансов отчет.

Финансовите показатели относно състоянието на предприятието на търговеца, отразени в годишните финансови отчети и други счетоводни документи, са определящи за защита интересите на кредиторите му и за преценката дали длъжникът е в неплатежоспособност. За да установи възможността на едноличния търговец – длъжник в производството по несъстоятелност да погаси задълженията към кредиторите му, съдът следва да направи анализ на активите, чрез които едно действащо предприятие осигурява приходи за погасяване на задълженията си. В съдебната практика е обосновано, че не дълготрайните, а краткотрайни активи на предприятието (т.нар. „оборотен капитал“) са средство за генериране на текущи постъпления от търговеца, с които се заплащат задълженията към кредиторите, като определящи за наличието на неплатежоспособност, състояща се в невъзможност за извършване на плащанията по чл. 608 ТЗ, са показателите за ликвидност, които се формират като съотношение между краткотрайните активи (всички или определена част от тях) към краткосрочните или текущи задължения на предприятието²⁷. Ако обаче първоначалната информация, въведена чрез счетоводни записи на аналитично ниво, е невярна – не отразява вярно състава на предприятието, тя ще е обобщена и невярно в годишния финансов отчет, което ще предопредели и неверни констатации относно коефициентите на ликвидност, в резултат на които може да се направи и противоречащ на действителната фактическа обстановка извод относно наличие на предпоставки за неплатежоспособност.

Търговските книги имат важно значение и за изчисляване на балансовата стойност на дяловете на напускащия съдружник в дружество с ограничена отговорност. При залог на търговско предприятие те също са разбирани от законодателя като особено ценни за осигуряване на възможност за продължаване на дейността на предприятието, доколкото съдържат информация за действителното му съдържание – затова и чл. 34, ал.1 ЗОЗ предвижда право на заложния кредитор при пристъпване към изпълнение да получи и търговските книги на залогодателя, като за обезпечаването му е предвидена и мярка на принуда – правомощие на съдебния изпълнител да въведе заложния кредитор и да му предаде търговските книги на залогодателя.

²⁷ Решение №71 от 30.04.2015 г. по т.д. №4254/2013 г. на ВКС, I т.о.

В литературата и съдебната практика е дефинирано правното значение на търговските книги, придадено с правилото на чл. 55 ТЗ, уреждащо доказателствената им стойност – счетоводните книги като част от търговските книги са частни свидетелстващи документи с формална доказателствена сила, които, ако са нередовно водени, едноличният търговец не може да се позове на записванията в тях, но такова право имат третите лица, като съдът следва да ги цени като доказателствено средство на общо основание²⁸.

От изложеното следва, че включените в предприятието на едноличния търговец активи следва да бъдат осчетоводени, като в противен случай ще е налице нередовност на счетоводните записвания и книги, представляващи част от търговските книги, като е възможно книгите да са нередовни само в частта, касаеща осчетоводяването на съответни стопански операции, респективно – касаеща пропуска да се извърши такова осчетоводяване.

Дали обаче включването на актива само по себе си представлява обстоятелство, по отношение на което търговските книги имат доказателствено значение? На пръв поглед, изглежда, че отговорът е отрицателен, защото чл. 55 ТЗ предвижда, че те са доказателство между търговци за установяване на търговски сделки. Включването на субективно право в търговското предприятие на едноличния търговец обаче може да не е последица от търговска сделка, доколкото се касае за фактическо действие по обособяване на съответното право или вещ за извършване на търговска дейност, а придобиването на правото може да не е резултат от търговска сделка – например, дарение в полза на едноличния търговец като физическо лице или закупуване на имущество, първоначално определено за лично ползване, което впоследствие е добавено към предприятието с цел експлоатацията му в търговската дейност. Тълкуването в съдебната практика на разпоредбата в буквалния ѝ смисъл – че търговските книги имат доказателствено значение само за извършвани търговски сделки, но не и за други юридически факти²⁹, следва да бъде преосмислено, за да позволи доказването на принадлежността на елементи към заложеното предприятие чрез позоваване на търговските книги. Аргументи в тази посока са обсъждани вече в литературата³⁰, но заслужават допълнително внима-

²⁸ Герджиков, Огнян, Ангел **Калайджиев**, Камелия **Касабова**, Тания **Бузева**, Александър **Кацарски**, с. 284. Така и **Калайджиев**, Ангел. Търговско право. Обща част, с. 188. Определение № 359 от 13.05.2014 г. по търг. д. № 3957/2013 г. на ВКС, I т.о.; Определение № 600 от 07.10.2002 г. по ч. гр. д. № 545/2002 г. на ВКС, V г.о. и др.

²⁹ Така в Определение № 79 от 03.11.2008 г. по търг. д. № 385 / 2008 г. на ВКС I т.о.: „Чл. 55, ал. 1 ТЗ въвежда отграничение както по отношение на субектите, така и по отношение на предмета на доказателствената сила на търговските счетоводни книги, като изрично посочва, че тя се отнася само при спорове между търговци и то за доказване на търговски сделки“. В този смисъл и Определение № 79 от 03.11.2008 г. по търг. д. № 385/2008 г. на ВКС, V г.о.

³⁰ Герджиков, Огнян, Ангел **Калайджиев**, Камелия **Касабова**, Тания **Бузева**, Александър **Кацарски**, с. 283. Така и **Калайджиев**, Ангел. Търговско право. Обща част, с. 187,

ние, доколкото касаят преди всичко отпадане на изискването и двете страни по сделките да са търговци, за да имат доказателствена сила записванията за нея в търговските книги, както и уточнението, че това доказателство е неприложимо за гражданскоправни сделки³¹. По същество, всяка осчетоводена стопанска операция, която касае състава на търговското предприятие, следва да се ползва от и доказва чрез доказателствената сила на търговските книги, водени от едноличния търговец – залогодател. Както бе посочено, включването на определено благо в състава на предприятието е по-скоро фактически въпрос и може да не е резултат от извършена от търговеца търговска сделка, без значение дали ще сведем критериите към нея до едностранна търговска сделка – защото самото действие по включването на елемента в предприятието може да се отличава от правопораждащия съответното право или задължение юридически факт. Следователно, фактическото действие по приобщаване на право към предприятието (изложеното касае и включването на задължение и фактически отношения, макар тези хипотези да са по-рядко срещани), за което е извършена съответната счетоводна операция – заприходено е или по друг начин е отразено използването му за целите на предприятието, е самостоятелен юридически факт, който има правни последици и който следва да се ползва от доказателствената сила на търговските книги на търговеца, без значение дали той съвпада с правопораждащия елемента юридически факт.

Изложеното обаче не изчерпва в пълнота различните житейски ситуации, а е основание единствено за извода, че осчетоводяването на съответния елемент от предприятието по законоустановения ред е една от възможните хипотези на „включване в предприятието“. Липсата на осчетоводяване не означава, че съответният елемент не е част от предприятието – съответно, че заложникът кредитор не може да се удовлетвори от него при изпълнение върху цялото предприятие или върху отделни негови елементи. Такова заключение би било необосновано, по-точно би било да се обобщи, че осчетоводяването в търговските книги, когато те са редовно водени, следва да бъде съобразено от съда при определяне на обхвата на предприятието и да бъде ценено като доказателство за принадлежността към него при преценката по същество на спора, освен ако не бъде оборено чрез други такива. Липсата на счетоводен запис при наличие на основание за това означава, че счетоводните книги са нередовно водени, поради което търговецът не може да се позове на тази липса, а третото лице – каквото най-често ще е заложникът кредитор или приобретател на предприятието или елемент от него, няма да има правен интерес от това. Такъв интерес обаче ще е налице, ако се касае за оспорване на пасив от

който посочва правилно, че търговските книги не могат да се използват като доказателство в полза на търговец при спорове, които произхождат от гражданскоправни отношения на търговеца.

³¹ **Каладжиев**, Ангел. Цит. съч., с. 187 констатира, че ограниченията на чл. 55, ал.1 ТЗ са безпредметни, защото не се съдържат в аналогичното правило на чл. 182 ГПК.

предприятието – дали той е бил осчетоводен като такъв. Осчетоводяването на фактурата за съответното задължение на едноличния търговец, включването ѝ в дневника за продажбите по данъка върху добавената стойност и ползването на данък върху добавената стойност по нея са признание за съществуването на задължението³², като е въпрос на фактическа проверка дали пасивът принадлежи на предприятието. С осчетоводяването на задължението именно в предприятието на едноличния търговец обаче, според мен, ще е налице признание както на съществуването на задължението, така и на факта, че същото е част от предприятието, като твърдението си за противното едноличният търговец ще следва да докаже, оборвайки формалната доказателствена сила на търговските си книги, водени от него самия, което процесуално поведение ще бъде преценявано от съда с оглед останалите доказателства по делото, включително и предвид презумпцията по чл. 286 ТЗ за търговския характер на сключваните от него сделки. От друга страна, ако съгласно съдържанието на търговските книги в предприятието са включени активи, пасиви или фактически отношения, които не се използват за дейността на търговеца, те ще се вземат предвид при изчисляването на коефициентите за ликвидност и изобщо ще бъдат третиращи като принадлежащи към предприятието, освен ако търговецът не установи сам нередовното водене на търговските си книги.

Осчетоводяването на актив, пасив или фактическо отношение (когато последното е приложимо) е индигия за принадлежността му към предприятието, но тази квалификация може да бъде отречена чрез други доказателствени средства, включително свидетелски показания³³. Но липсата на счетоводни записи или документи не води до противоположното заключение – че съответният елемент не е част от предприятието. Този окончателен извод се подкрепя от актуалната тълкувателна практика на Общото събрание на Гражданската колегия на Върховния касационен съд – ТР № 4 от 14.03.2016 г., постановено по Тълкувателно дело № 4 по описа за 2014 г., в което се дава отговор на въпрос 2 Г – дали е необходимо предоставеният за стопанисване или управление имот да е заприходен в баланса на държавното предприятие към момента на преобразуването, за да се приложи нормата на чл. 17а от Закона за преобразуване и приватизация на държавни и общински предприятия (ЗППДОБП – отм.). В решението се приема, че фактическият състав на специфичния придобивен способ не изисква „осчетоводяване“, „заприходяване в баланса“ и други подобни действия, в зависимост от които да поставя придобиването на правото на собственост. В мотивите на съда се прави и по-общият извод, че осчетоводяването или отразяването в баланс, инвентарна книга и/

³² Така в трайната съдебна практика – например, Решение № 30 от 08.04.2011 г. по т. д. № 416/2010 г., ВКС, I т. о.; Решение № 23 от 07.02.2011 г. по т. д. № 588/2010 г. II т. о. на ВКС и др.

³³ Така в Решение № 7 от 22.02.2011 г. по т. д. № 264/2010 г. на ВКС, I т. о.

или друг подобен регистър, воден от държавното предприятие, не е елемент от фактическия състав нито на предоставянето на държавното имущество за стопанисване и управление, нито на уредения в чл. 17а ЗППДОБП (отм.) придобивен способ, нито на който и да било друг придобивен способ. Посочва се още, че „заприходяването на имот в счетоводния баланс на едно юридическо лице, не може да породи право на собственост в полза на това лице, ако то не е придобило собствеността върху имота въз основа на осъществен придобивен способ (сделка, придобивна давност или др.). То може да има само непряко доказателствено значение за доказване на факта на предоставяне на имота за стопанисване и управление на съответното държавно предприятие“. Следователно, при липса на изрично законово изискване за включването на елемент в търговското предприятие единствено чрез осчетоводяването му, а не по друг способ (каквото изискване не съдържа чл. 55 ТЗ, защото урежда общо задължение за водене на редовно счетоводство), няма аргумент в полза на тезата за осчетоводяването като изключителен начин на включване в предприятието³⁴, по-важно – не може да се придаде самостоятелно правно значение на самото действие по „включване в предприятието“³⁵.

На последно място, налице е и аргумент от специалния закон – чл. 10 ЗОЗ, който предвижда трансформация на право на предпочтително удовлетворение на заложния кредитор не само от цената на заложеното имущество, но и от полученото за него обезщетение, насрещната престация при отчуждаването му – без значение дали те са включени в търговското му предприятие.

3. Задълженията като елемент от предприятието

Изложеното по-горе относно принадлежността на права към търговското предприятие, липсата на различие между имуществото и търговското предприятие на юридическите лица търговци и значението за включването в предприятието на едноличния търговец се отнася съответно и за задълженията като втората група елементи от състава на търговското предприятие.

3.1. Въпросът за пасивите на предприятието е от определящо значение при изследваните по-горе хипотези, касаещи активите – както за преценка дали е налице неплатежеспособност, така и за изчисляване на балансовата

³⁴ Тезата, че осчетоводяването единствено е възможен, но не и изключителен способ, може да бъде изведена от изложеното в доктрината – **Матеева**, Екатерина. Цит. съч., с. 128

³⁵ В този смисъл съществуването на правен акт на внасяне в предприятието се отрича и от **Станева**, Анна. Търговска несъстоятелност и съпругеска имуществена общност. *Търговско право*, 1995, № 4, с. 43. Анализът касае съдържанието на чл. 614, ал. 2 ТЗ до изменението на текста с ДВ, бр. 70 от 1998, бр. 58 от 2003, съгласно който в масата на несъстоятелността на едноличния търговец попадат и вещите, правата върху вещи и паричните влогове – съпругеска имуществена общност, включени в предприятието му.

стойност на дела на напускащия съдружник и т.н. Когато се касае за залог на търговско предприятие, с оглед възможността за удовлетворяването от него като съвкупност или като отделни негови елементи, заинтересовани от изсяняване на действителните задължения на предприятието са заложникът кредитор, чиито права ще се конкурират с тези на кредиторите на предприятието, както и евентуалният приобретател на предприятието, който ще придобие съвкупността във вида, в който е било проведено изпълнение спрямо нея, след погасяване на заложното право.

3.2. Няма спор в литературата и съдебната практика относно вида и особеностите на задължения, които попадат в предприятието – те могат да бъдат условни, срочни, бъдещи, спорни, като типични представители са облигационните задължения и публичните такива, свързани с търговската дейност, като дори и гражданскоправните задължения, включително тези с извъндогворно основание придобиват търговски характер, ако са свързани със занятието на търговеца³⁶. Задълженията по договори за изпълнение на обществени поръчки, сключени по реда на Закона за обществените поръчки, също са част от търговското предприятие, ако отговарят на посочения критерий, както и парични задължения към ДФ „Земеделие“ относно финансиране на проект, бенефициер по който е търговецът³⁷. Предвид въведеното в края на 2017 г. с изменение на чл. 15 ТЗ, обнародвано в ДВ, бр. 102 от 2017 г., ограничение за прехвърлителни сделки с търговско предприятие, без съмнение е, че сред пасивите попадат и трудови възнаграждения, обезщетения, задължителни осигурителни вноски на работниците и служителите, включително и на работниците и служителите, трудовите правоотношения с които са прекратени до три години преди прехвърлянето на предприятието.

Задълженията, поети от търговците по правно-организационната им форма, са част от предприятието, доколкото при корпоративните търговци предприятието и имуществото им съвпадат като понятия и състав – затова и всяко право и задължение на търговеца, без значение дали възниква от търговска или гражданскоправна сделка, е елемент от предприятието. Не така стоят нещата обаче при едноличния търговец – в резултат на конкретна фактическа преценка трябва да се установи кога задълженията са свързани с дейността на едноличния търговец, доколкото той има и друго битие – като субект на гражданското право, който сключва всякакви сделки за задоволяване на личните си потребности. Установилото се като правило виждане, че преценката за принадлежността на конкретно право трябва да се установи съобразно фактическата обстановка, не е особено полезна при юридическия анализ на пасивите на предприятието, поради което биха могли да се обсъдят правни критерии,

³⁶ **Калайджиев**, Ангел. Търговско право. Обща част, с. 80

³⁷ Определение № 858 от 04.12.2013 г. по ч.пр. д. № 4361/2013 г. на ВКС, Т.О.; Определение № 527 от 19.07.2011 г. по търг. д. № 280/2010 г. на ВКС, II т.о.

чрез които да се оцени съответната фактическа обстановка. Доколкото се касае за поемане на задължения, определяща, според мен, ще е престацията, получена от или дължима на търговеца, ако се касае за двустранна сделка, предвид синалагматичния ѝ характер. Ако търговецът се е задължил срещу престация, свързана с търговската му дейност, то и задължението следва да бъде причислено към предприятието, без значение дали е осчетоводено като такова. При едностранните сделки, по които задължение поема само едноличният търговец, доколкото основанието се съдържа в друго правоотношение, трябва да бъде изследвано каузалното отношение и ако то е свързано със занятието на търговеца, отново ще е налице принадлежност на пасива към предприятието.

4. Фактическите отношения като елемент от предприятието

Последната категория от елементи, определящи съвкупността търговско предприятие, са фактическите отношения, произтичащи от търговската дейност. Те най-точно могат да бъдат определени като отношения, които изразяват търговията, като не са последица от упражняване на права и изпълнение на задължения – тоест, не са правоотношения³⁸.

Фактическите отношения поначало имат правно значение само като елементи от предприятието, в която връзка се ползват с правна закрила – конкурентното право, например, което не допуска нелоялна конкуренция и търговски практики³⁹. Преобладаващото виждане в доктрината е, че те имат имуществено значение, като с важността им за икономиката се обяснява изобщо и въвеждането на позитивноправната уредба, целяща да съхрани предприятието като съвкупността, която ги съдържа и на стойността на която те значително влияят⁴⁰. Доколкото именно фактическите отношения стоят в основата на

³⁸ Така **Кацаров**, Константин. Систематичен курс по българско търговско право, с. 101; **Калайджиев**, Ангел. Търговско право. Обща част, с. 81;

³⁹ **Василев**, Любен. Юридически изследвания върху търговското предприятие. 2. прераб. и доп. изд. София: ТедИна, 1995, с. 83 правилно отбелязва, че клиентелата като фактическо отношение не е обект на самостоятелна правна закрила, а само доколкото чрез засягането ѝ се накърняват правата на титуляра – на търговеца.

⁴⁰ **Кацаров**, Константин. Критически бележки върху правната същност на понятието „търговско предприятие“, с. 12; **Калайджиев**, Ангел. Цит. съч., с. 81, който констатира, че те имат имуществена стойност и не само в рамките на предприятието; **Стефанов**, Георги. Търговско право. Обща част, с. 167 и други. Обратно **Ланджев**, Борис. Търговското предприятие. София: НБУ, 2003, с. 81 – според автора макар да нямат имуществен характер, фактическите отношения имат решаващо значение за цената на търговското предприятие. В практиката на Конституционния съд обаче се приема, че те имат имуществен характер: „Предприятието включва в себе си не само права и задължения, породени от търговска дейност, но и фактически отношения с имуществено значение (например клиентелата на предприятието, от която зависи неговият икономически просперитет)“ – така в Решение № 3 от 27.04.2000 г. на КС на РБ по конст. д. № 3/2000 г.

търговската дейност, те са съществен елемент от предприятието и определят неговото съдържание, защото обхващат както вътрешни процеси в съвкупността – вътрешни фактически отношения са организация на производството, опит и квалификация на персонала, ноу-хау, така и външни отношения – позицията на пазара, каналите за дистрибуция и снабдяване със стоки и материали, клиентелата, добрата репутация и други⁴¹.

В САЩ и Обединеното кралство нуждата от защита на този особен елемент от предприятието е припозната още в средата на деветнадесети век, като постепенно прецедентното право развива различни способи за защитата му – определяйки го като обект на правото на собственост, впоследствие нарушаването му се квалифицира като деликт и се ползва със специална защита⁴².

Не може да се сподели тезата, че фактическите отношения са относително правно илеревантни и поради това всяка евентуална смяна на титулярите е без каквото и да било юридическо значение⁴³, защото промяната на титуляра на фактическите отношения, предвид несамостоятелния им характер, ще означава и промяна на титуляра на търговското предприятие. За приобретателя на предприятието е от определящо значение дали ще му бъдат прехвърлени и фактическите отношения, защото в противен случай би поел единствено правата и задълженията, без определящия ги и свързващия ги помежду им, с пазара и с контрахентите елемент – фактическите отношения. Такъв е и подходът на ЗОЗ, който при уредбата на изпълнението върху предприятието като съвкупност изрично посочва като елемент от нейното съдържание и фактическите отношения – за да се обезпечи принадлежността им към продаваното предприятие. Именно за да опази предприятието – неговите активи и фактически отношения се предвижда и назначаването на управител на предприятието при изпълнение върху съвкупността, който представлява залогодателя и управлява дейността му, включително и в отношенията с клиенти, доставчици и други⁴⁴.

⁴¹ **Стефанов**, Георги. Цит. съч., с. 166

⁴² Терминът за тези, присъщи на търговската дейност фактически отношения е „goodwill“ – определен в доктрината като сбор от правни връзки, обхващащи ценни търговски отношения, които дават на титуляра им отличително преимущество спрямо другите конкуренти, които нямат такива – така **Wright**, Floyd. Tort Responsibility for Destruction of Goodwill. *The Cornell Law Review*, 1929, Volume 14, Issue 3, p. 301.

⁴³ **Ланджев**, Борис. Търговското предприятие. София: Нов български университет, 2003, с. 85.

⁴⁴ Така в Решение № 301 от 20.12.2018 г. по гр. д. № 3341/2018 г. на ВКС, IV г.о.: „Обратното разпорежда нормата на чл.46 ал.6 ЗОЗ: с вписването на управител на заложеното предприятие в търговския регистър се прекратяват правомощията на органите на залогодателя – юридическо лице (по отношение на включените като елементи на предприятието права, задължения и фактически отношения) – затова залогодателят се лишава от право да управлява и да се разпорежда със заложеното имущество (десезира се); той се представлява (за отношенията, включени в предприятието) от назначения управител на заложеното предприятие“.

На последно място, фактическите отношения могат да бъдат обособени в две групи съобразно критерия дали имат самостоятелно съществуване извън търговското предприятие или не. Присъщите на предприятието фактически отношения нямат собствено място в правопорядъка извън предприятието – те са свързани с функционирането му и се проявяват като част от бизнеса – клиента и подобните ѝ, а също и ноу хау, когато под това разбираме знания, опит, умения, неотделими от мениджмънта и персонала. Самостоятелно съществуване имат отношенията от втората категория – тези, които не са присъщи, типични за предприятието и са обект на правно регулиране и без да са част от него, тоест, техен титуляр може да е и нетърговец⁴⁵ – владение, държане и други, включително такива форми на ноу-хау като описания на технологични процеси, процеси по обработка и добив на материали или суровини, рецепти за химически състав и други. Именно обичайно принадлежащите към предприятието са отношенията, които му придават значителна добавена стойност, способстват за генериране на приходи и превръщат съвкупността от права и задължения в самостоятелна икономическа единица, чиято стойност многократно надхвърля простия сбор на активите, в това число и тяхната чиста стойност, след приспадане на пасивите. Към съхраняването на тези фактически отношения е насочена уредбата на изпълнението върху търговско предприятие като съвкупност, защото предприятието е особен случай на залог не толкова заради разнородния характер на активите и пасивите, които го превръщат в хетерогенна съвкупност от еднородни елементи, а заради възможността залогодателят да продължи да развива фактическите отношения по начин, по който зложният кредитор не би могъл, поради липсата на специални знания и умения не за управление на активи и пасиви, а за изграждане на предприятието като център на фактически отношения чрез които търговецът мултиплицира печалбата си.

III. Заключение бележки

Юридическите характеристики на един правен институт определят не само неговия облик и правна природа, но и практическото му значение за оборота. Сред тези на търговското предприятие, което е обект на особен залог, водеща е тази за неговия състав, защото тя не само определя съдържателно обхвата на обезпечението, но и неговото приложение в търговския оборот. Особената важност на състава на предприятието се дължи на друга негова характеристика – то представлява съвкупност от права, задължения и фактически отношения, която е динамична и хетерогенна по своя обхват и която е предназначена да функционира чрез разпоредителни сделки с елементи от

⁴⁵ Така **Герджиков**, Огнян, Ангел **Калайджиев**, Камелия **Касабова**, Таня **Бузева**, Александър **Кацарски**. Коментар на Търговския закон. Кн. първа. Чл. 1–112, с. 121

предприятието – стоки, суровини, материали и други. Оттук и принадлежността към предприятието на тези активи обуславя и възможността заложникът кредитор да реализира обезпечението ефективно – като насочи изпълнението по реда на ЗОЗ спрямо всички негови активи, от чиято цена при продажбата им има право да се удовлетвори предпочтително. Затова и теоретичните въпроси за принадлежността на елементите към предприятието придобива все по-голямо практическо значение – защото тяхното разрешаване има преки практически последици, с които страните следва да съобразяват своето поведение.

ЛИТЕРАТУРА

- Андреев**, Михаил. Римско частно право. 7. изд. София: Софи-Р, 1993. 480 с.
- Василев**, Ивайло. Вписване на договори за особен залог върху търговско предприятие. *Собственост и право*, 2018, № 7, 55–66.
- Василев**, Любен. Юридически изследвания върху търговското предприятие. 2. прераб. и доп. изд. София: ТедИна, 1995. 216 с. (Нова ред. Ч. Големинов).
- Герджиков**, Огнян, Ангел **Калайджиев**, Камелия **Касабова**, Таня **Бузева**, Александър **Кацарски**. Коментар на Търговския закон. Кн. първа. Чл. 1–112. София: Софи-Р, 2007. 580 с.
- Герджиков**, Огнян. По въпроса за имуществото и капитала на търговските дружества. *Търговско право*, 2010, № 2, 7–22.
- Диков**, Любен. Търговско право. София: Печатница Балкан, 1925. XVI, 1032 с.
- Иванов**, Димитър. Особенният залог в българското право. София: Сиела, 2017. 336 с.
- Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част. 7. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2016. 840 с.
- Калайджиев**, Ангел. При какви условия ипотечното право, учредено върху терен, ще има сила за сградите, построени върху терена. *Търговско право*, 2015, № 2, 33–38.
- Калайджиев**, Ангел. Търговско право. Обща част. 3. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2015. 376 с.
- Кацаров**, Константин. Критически бележки върху правната същност на понятието „търговско предприятие“. София: Печатница на Армейския военно-издателски фонд, 1933.
- Кацаров**, Константин. Систематичен курс по българско търговско право. 4. фототип. изд. София: Държавна печатница Георги Димитров, 1990. 1064 с.
- Ланджев**, Борис. Правото на членство в акционерното дружество. София: Труд и право, 2000. 224 с.
- Ланджев**, Борис. Търговското предприятие. София: Сиела, 2003. 364 с.
- Марков**, Методи. В: **Ненова**, Лиляна. Семейно право. Кн. първа. София: Софи-Р, 2009. (Нова редакция М. Марков). 664 с.
- Матеева**, Екатерина. Семейно право на Република България. София: ВСУ Черноризец Храбър, 2010. 544 с.

- Найденев**, Борислав. Особени залози. Коментар и текст на Закона за особените залози и подзаконовите нормативни актове към него. 3. доп. и прераб. изд. София: Феня, 2000. 232 с.
- Русчев**, Иван. Върху наследяването на налични акции и на членствено правоотношение [онлайн]. Достъпна на <http://gramada.org/>
- Ставру**, Стоян. Въпроси на българското вещно право. София: Феня, 2010.
- Станева**, Анна. В: **Цанкова**, Цанка и др. Коментар на новия Семейен кодекс. София: Труд и право, 2009. 688 с.
- Станева**, Анна. Търговска несъстоятелност и съпругеска имуществена общност. *Търговско право*, 1995, № 4,
- Стефанов**, Георги. Търговско право. Обща част. 3. доп., актуализирано изд. Велико Търново: Абагар, 2016. 416 с.
- Wright**, Floyd. Tort Responsibility for Destruction of Goodwill. *The Cornell Law Review*, 1929, Volume 14, Issue 3.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент –доц. д-р Анета Антонова

КЛАУЗАТА ЗА ИЗПИТВАНЕ – ПОСТУЛАТИ, ПРОБЛЕМИ И РЕАЛНОСТ

НИНА ГЕВРЕНОВА*

Катедра „Трудово и осигурително право“

Резюме: Предмет на изследването е клаузата за изпитване и специфичните правни последици, които тя поражда по трудовото правоотношение. Клаузата се сравнява със срока и условието и се правят обосновани изводи за принципните разлики в тяхната същност като модалитети. Анализират се възможностите за договаряне на клауза и на срок по едно и също трудово правоотношение, както и практическите проблеми, които предизвиканите от тях последици пораждат. Обосновава се тезата за наличието на три елемента в клаузата за изпитване, разглеждат се границите, в рамките на които всеки един от тях се договоря, както и правните последици при тяхното нарушаване. В контекста на забраната за договаряне на повече от една клауза за изпитване на една и съща длъжност между едни същи страни по трудовото правоотношение, се идентифицират критериите за определяне на идентичните, сходните и различните длъжности. Подробно се разглеждат най-често срещаните практически проблеми и основните моменти в съдебната практиката, свързани с договарянето на клаузата за изпитване. Въз основа на всички направени изводи се дават конкретни предложения за промяна в действащата правна уредба, която би позволила да се преодолеят различните тълкувания и би облекчила практическото използване на клаузата за изпитване.

Ключови думи: клауза за изпитване, срок, условие, модалитет, право на едностранно прекратяване, предмет на договаряне, забрана за договаряне, граници на договаря-

* Доцент по трудово и осигурително право в Катедра „Трудово и осигурително право“ на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, ръководител Катедра, доктор по право; ngevrenova@gmail.com

не, титуляр на клаузата за изпитване, длъжност, която се изпитва, срок на клаузата за изпитване.

PROBATION PERIOD CLAUSE IN THE EMPLOYMENT CONTRACT: MYTHS, PROBLEMS AND REALITY

NINA GEVRENOVA*

Labour Law and Social Security Department

Abstract: The focus of this article is the probation period clause in employment contracts and the specific legal effects that this clause has on the legal relationship between the employer and employee. By comparing the probation period clause with the term and termination condition clauses, the fundamental differences of these three modalities of the employment contract are explored and explained. The paper dives into the possibility to establish simultaneously a probation period clause and a term of employment clause in the same contract, while also focusing on the practical challenges that such combination may give rise to. The paper argues in favor of the theory, that the probation period clause has three elements, further expanding on the legal limits to negotiating these three elements, as well as the legal consequences in the event of a breach. The criteria for identifying what classifies two employment positions as “identical”, “similar” or “different” are enlisted in the context of the general prohibition for negotiating more than one probation period clause for two identical positions, between two identical parties in an employment relationship. The most common practical problems, arising out of the use of the probation period clause and the recent case law trends are explored in detail. Taking all of the findings into account, the paper finishes by giving specific recommendation for changes in the law that will overturn some case law interpretations, creating a less prohibitive legislative regime and allowing a broader practical use of the probation period clause.

Key words: probation period (clause); term of the employment contract; termination condition of the employment contract; modality; right to unilateral termination of the employment contract; subject of negotiation; exclusive employment clause; legal limits to the right of contracting; holder of the right to probation period; position title/employment position, for which there is a probation period; length of the probation period.

Клаузата за изпитване е един от най-често договаряните елементи от съдържанието на индивидуалните трудови договори (трудови договори) и нейното широко използване продължава да поставя множество въпроси. В същото време, теорията се задоволява единствено с основни изводи относно нейните правни белези, които не отразяват съвременната проблематика, звучат общо и понякога недостоверно. Настоящото изложение си поставя за цел да анали-

* Associate Professor in Labour Law and Social Security at the Faculty of Law, University of Sofia „St. Kliment Ohridski“, Ph.D. Head of Department Labour Law and Social Security; ngevrenova@gmail.com

зира клаузата за изпитване в контекста на актуалните предизвикателства и да даде отговор на основните практически въпроси.

1. Правна характеристика

Клаузата за изпитване е елемент от факултативното съдържание на трудовия договор¹. Аргументите в подкрепа на този извод са няколко. На първо място чл. 66, ал. 1 Кодекса на труда (КТ) не урежда клаузата като част от необходимото съдържание на трудовия договор. Разпоредбата изчерпателно изброява елементите, които страните задължително трябва да договорят, но клаузата не е между тях. На следващо място, чл. 70, ал. 1 КТ изрично посочва, че страните не „трябва“, а „могат“ да договорят клауза за изпитване, независимо дали е в полза на работодателя, в полза на служителя или в полза и на двете страни. В резултат, без каквото и да е съмнение действащото законодателство потвърждава извода, че клаузата за изпитване е част от факултативното съдържание на трудовия договор. Страните решават свободно дали клаузата за изпитване е част от техния трудов договор и *тяхната преценка не подлежи на съдебен контрол*. В този смисъл, *липсата на клауза не води до липса на трудов договор, нито влече след себе си неговата недействителност като основание за възникване на трудовото правоотношение*.

Изводът е безспорен, независимо от наличието на множество колективни трудови договори, които се опитват да „разширят“ необходимото съдържание на трудовия договор, включвайки в него и клаузата за изпитване. Все по-често в практиката се срещат колективни трудови договори, които задължават работодателя да договаря клауза за изпитване с всеки един новопостъпващ служител. При условие, че не го направи, нормите на колективния трудов договор заместват липсващата договорна клауза, попълват съдържанието на трудовия договор и въвеждат клаузата между страните. Налице е хипотеза, при която в противоречие на дадената му като недържавен източник санкция, колективният трудов договор регулира елементи от трудовите отношения. По силата на императива на чл. 70 КТ клаузата за изпитване е част от факултативното съдържание и с оглед своя интерес страните суверенно решават дали да я

¹ В този смисъл виж **Радоилски**, Любомир. Трудово право на Народна република България. София: ДИ Наука и изкуство, 1957, 279–284; **Василев**, Атанас. Трудово право. Бургас: БСУ, 1997, 146–150; **Милованов**, Крюгер. Трудов договор. Сключване. Изменение. Прекратяване. 2. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2008, 77–81; **Мръчков**, Васил. Договорът в трудовото право. София: Сиби, 2010, 112–113; **Мръчков**, Васил. Трудово право. 10. изд. София: Сиби, 2018, 224–227.

В своята трайна практика ВКС определя и анализира „клаузата за изпитване“ като модалитет по трудовия договор, в този смисъл в Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г; Решение № 338/27. 09. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 64/2011 г.

договорят и да търпят свързаните с нея правни последици. В този смисъл, *колективният трудов договор не може да ограничава предоставената им от закона договорна свобода, задължавайки ги да я договорят, както и не може вместо тях да урежда наличието на такава клауза*. Всяка една норма на колективен трудов договор с подобно съдържание противоречи на императивните правни норми, недействителна е и не поражда правни последици (по арг. чл. 60 във връзка с чл. 50, ал. 1 и чл. 70 КТ).

Анализът на клаузата за изпитване като част от факултативното съдържание на трудовия договор поставя въпроса дали тя е срок. Проблемът е актуален поради факта, че законодателят използва термина „срок“ и обозначава клаузата като „срок за изпитване“ (по арг. чл. 70 и в чл. 71 КТ). В теорията и в практиката на Върховен касационен съд (ВКС) клаузата се обозначава по различен начин, включително като „срок за изпитване“, „уговорка със срок за изпитване“, „клауза за изпитване“². Проблемът се задълбочава и от факта, че в самата клауза за изпитване има „срок“, определящ периода от време, през който тя е в сила и поражда правните си последици по трудовото правоотношение.

Прекратителният срок е бъдещо, сигурно събитие, с чието настъпване трудовото правоотношение се прекратява за в бъдеще, въпреки и независимо от волята на страните³. Прекратяването настъпва автоматично, по силата и от момента на изтичане на срока, без да е необходимо страните да правят нарочни волеизявления. В този смисъл заповедта, която по силата на чл. 335, ал. 1 КТ работодателят издава, не прекратява, а само установява (декларира) факта

² В трудовоправната теория клаузата за изпитване се обозначава с помощта на различна терминология, в това число: като „уговорка за изпитване“ в **Радоилски**, Любомир. Цит. съч., 279–284; във **Василев**, Атанас. Цит. съч., 146–150; в **Мръчков**, Васил. Трудово право, 244–247, като „уговорка на срок за изпитване“ в **Милованов**, Крюгер. Цит. съч. 77–81; като „клауза за изпитване“ в **Средкова**, Красимира. Трудово право. Специална част. София: УИ Св. Кл. Охридски, 2011, 78–79 и като „срок за изпитване“ в **Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**. Коментар на Кодекса на труда. 12. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2016, 239–247.

В своята практика ВКС също използва различни термини за обозначаване на клаузата. Най-често ВКС я обозначава като „срок за изпитване“, независимо, че прави ясна разграничение между „клаузата за изпитване“ и „срока“ като два, различни правни модалитета, в този смисъл в Решение № 178/18. 02. 2000 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 1132/99 г.; Решение № 620/18. 10. 2010 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1716/2009 г.; Решение № 338/27. 09. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 64/2011 г.; Решение № 376/26. 10. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 1405/2010 г.; Решение № 325/21. 11. 2011 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1539/2010 г.; Решение № 155/27. 06. 2016 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 418/2016 г. Значително по-рядко ВКС обозначава клаузата като „уговорка за изпитване“, например в Решение № 98/04. 04. 2000 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1083/99 г. или като „уговорка на срок за изпитване“ в Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г.

³ Виж повече за прекратителния срок в **Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II. Плевен: печ. Ал. Пъшев, 1973, 228–230; **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. София: Софи-Р, 2002, 502–504.

на настъпилото поради изтичането на срока прекратяване. Следователно, ако клаузата за изпитване е прекратителен срок, то с изтичането на срока трудовото правоотношение трябва да се прекратява автоматично и за в бъдеще. Правните последици, които изтичането на срока на клаузата предизвиква, обаче са от напълно различно правно естество. По силата на императива в чл. 71, ал. 2 КТ, ако не бъде прекратен до изтичане на срока на клаузата за изпитване, трудовият договор се смята за окончателно сключен. Разпоредбата се нуждае от известни уточнения. „Окончателно сключване“ не означава, че за да запазят своето правоотношение, страните трябва да сключат нов, различен от вече сключения с клаузата за изпитване договор, допълнително споразумение с такова съдържание, или че работодателят трябва да издаде нарочна заповед, с която „да провъзгласи“ това⁴.

Точно обратното, при липса на прекратяване въз основа на клаузата за изпитване, трудовото правоотношение се запазва за в бъдеще, без да са необходими каквито и да е волеизявления на страните. По силата на императива в чл. 71, ал. 2 КТ правоотношението продължава да съществува със същото съдържание, каквото е имало към момента на изтичане на срока на клаузата, с едно единствено изключение. С изтичането на срока, ***се прекратява съществуването на самата клауза за изпитване и на субективното право на страната, в чиято полза тя е договорена, едностранно да прекрати правоотношението***. Разбира се, и по така наречения „окончателен договор“ всяка една от страните продължава да разполага с пълен набор от субективни права, с чието упражняване може да прекрати правоотношението при условията на чл. 326 и чл. 327 КТ за служителя и чл. 328 и чл. 330 КТ за работодателя. Нито едно от тези права обаче не предоставя на своя титуляр възможността за толкова „лесно“, „бързо“ и „евтино“ едностранно прекратяване на правоотношение, каквото клаузата за изпитване. Прекратяването на това специфично субективно право, което само тя поражда, ***възстановява обичайното и нормално съдържание на правоотношението и стабилизира неговото съществуване***. В този смисъл, изтичането на срока на уговорката за изпитване води до „окончателното сключване“ на трудовия договор по смисъла на чл. 71, ал. 2 КТ. Следователно, ***изтичането на срока на клаузата за изпитване не води до прекратяване, а до запазване на трудовото правоотношение за в бъдеще***. След като клаузата за изпитване предизвиква напълно различни в сравнение с прекратителния срок правни последици, то ***може да се направи извод, че тя не е прекратителен срок***.

Отлагателният срок е бъдещо сигурно събитие, с чието настъпване възниква правоотношението, като до изтичането на срока няма правоотношение, по което страните реализират права и задължения⁵. Ако приемем, че клаузата

⁴ Виж в различен смисъл в **Средкова**, Красимира. цит съч., 79.

⁵ Виж повече за отлагателния срок в **Таджер**, Витали. цит съч.229; **Павлова**, Мария. цит съч., 503.

за изпитване е отлагателен срок, то до изтичане на срока, няма да има трудово правоотношение, респективно няма да има работодател и служител, които да упражняват своите субективни трудови права и задължения. Съответно, трудовото правоотношение би възникнало не от момента на сключване на трудовия договор, а в един много по-късен момент, в който срокът на клаузата изтича. Правните последици, които обаче възникват и съществуват докато срокът на клаузата тече, са от напълно различно естество в сравнение с тези, които отлагателният срок предизвиква. По силата на императива в чл. 70, ал. 3 КТ по време на изпитването страните имат всички права и задължения както при окончателен трудов договор. Докато срокът на клаузата за изпитване тече, е налице правоотношение, чието съдържание, с изключение на самата клауза, не се различава от съдържанието на всяко едно друго трудово правоотношение. Правоотношението възниква от момента на сключване на трудовия договор и съществува през целия период от време, през който срокът на клаузата за изпитване тече. Следователно, изтичането на срока на *клаузата за изпитване предизвиква различни правни последиците в сравнение с тези, които отлагателният срок поражда, и по своя характер тя не е отлагателен срок.*

В резултат, може да се каже, че **клаузата за изпитване и срокът са различни по своята правна природа модалитети и всеки един от тях предизвиква различни правни последици.** Това позволява да се направят няколко важни извода относно правните последици, които договарянето на клаузата и срокът по едно и също трудово правоотношение предизвиква. Поради факта, че трудовото законодателство урежда само прекратителни срокове, изследването анализира само тяхното съотношение с клаузата за изпитване.

При условие, че *страните договарят клауза за изпитване и не договарят срок по чл. 68 КТ, то тяхното трудово правоотношение е за неопределен период от време (по арг. чл. 67, ал. 1, т. 1 във връзка с чл. 70 КТ)*⁶. „Срокът“ е част от клаузата за изпитване и определя периода от време, през който тя е в сила, респективно периода от време, през който нейният титуляр има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение. Той не съществува „извън или без“ клаузата, за да може на собствено основание да определя срочността на трудовото правоотношение. Поради това срокът, който е елемент от клаузата за изпитване, не е „срокът“ по смисъла на чл. 68 КТ и с неговото договаряне страните не правят правоотношението срочно. Точно обратното, когато договарят само клауза за изпитване, страните учредяват правоотношение за неопределен период от време с всички правни последици от това. Независимо, че изводът е безспорен, неговото прилагане продължава да създава проблеми в практиката. Част от причините са свързани с факта, че вместо „с клауза за изпитване със срок на действие от 6 месеца..“ в

⁶ В този смисъл **Василев**, Атанас, цит. съч., 148-149; **Милованов**, Крюгер. Цит. Съч. 79;

трудовете договори (допълнителните споразумения по чл. 119 КТ) обичайно се записва „срок на изпитване от 6 месеца“ и от там „механично“ и **неправилно се приема, че става въпрос за срочно правоотношение**. Типичен пример за последиците от „смесването“ на клаузата за изпитване и срока, е договарянето на срока на предизвестие за прекратяване на трудовото правоотношение. Когато правоотношението е срочно, страните нямат право да договорят продължителността на срока на предизвестие, защото тя е императивно уредена като 3 месеца, но не повече от остатъка на срока (по арг. чл. 326, ал. 2 КТ). Когато обаче трудовото правоотношение е за неопределен период от време, страните имат свободата да договорят продължителността на срока на предизвестие, стига срокът да не е по-кратък от 30 дни и по-дълъг от 3 месеца (по арг. чл. 326, ал. 2 КТ). Третирайки клаузата за изпитване като „срок“, страните изобщо не договорят срок на предизвестие, „механично“ прилагат императива в чл. 326, ал. 2 КТ и предизвестие по тяхното отношение е със срок от 3 месеца. При условие, че клаузата за изпитване е договорена в полза само на едната страна, най-често в полза на работодателя, ако другата страна, най-често служителят, иска едностранно да прекрати правоотношението, той отправя 3 месечно предизвестие, независимо че *е могъл да договори и да се възползва от много по-кратък срок на това предизвестие*.

Страните имат право едновременно да договорят клауза за изпитване и прекратителен срок по своите трудови правоотношения⁷. Аргументите в подкрепа са няколко. На първо място в трудовото законодателство няма изрична забрана за едновременното договаряне на клауза за изпитване и срок по едно и също правоотношение (по арг. от чл. 68 във връзка с чл. 70 КТ). Също така, те пораждат различни по съдържание правни последици, които без да си противоречат могат да настъпват по едно и също правоотношение. С помощта на клаузата за изпитване страните договорят, че нейният титуляр има право едностранно да прекрати, без предизвестие и без обезщетения правоотношението. При условие, че той не упражни правото и не го прекрати, с изтичане на срока на клаузата правоотношението продължава да съществува. Договаряйки срока, страните постигат съгласие, че трудовото им правоотношение съществува само за период от време, с чието изтичане автоматично се прекратява за в бъдеще. Без съмнение **двата модалитета могат да се договорят в един и същ трудов договор, и впоследствие, независимо един от друг, да предизвикат своите правни последици по възникналото правоотношение**. Това законодателно решение позволява на страните да разширят и

⁷ **Милованов**, Крюгер. цит. съч. 79; **Мръчков**, Васил, Трудово право, с. 244. В своята практика ВКС трайно приема, че договарянето на клауза за изпитване и на срок по едно и също правоотношение е законосъобразно. В този смисъл Решение № 98/04. 04. 2000 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1083/99 г; Решение № 338/27. 09. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 64/2011 г.; Решение № 376/26. 10. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. № 1405/2010 г.; Решение № 325/21. 11. 2011 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 1539/2010 г.

разнообразят съдържанието на своето правоотношение, реализирайки своите специфични интереси.

Като различни модалитети по трудовия договор, клаузата за изпитване и срокът независимо един от друг пораждаат своите правни последици. Без значение, дали става въпрос за трудов договор или допълнително споразумение по чл. 119 КТ, последиците възникват, респективно се променят, ***само ако страните договорят/променят този от двата модалитета, който ги поражда***. Разбира се, когато договорят и двата модалитета, всеки един и от тях, независимо от другия поражда своите специфични последици. Практиката много често дава примери, които оборват впечатлението, че посочените изводи са ясни, безспорни и лесни за прилагане. Изложението сочи само малка част от случаите, *в които не се прави разлика между последиците, които клаузата и срокът предизвикват*. Така например, когато по едно срочно правоотношение, с допълнително споразумение по чл. 119 КТ се договори клауза за изпитване, правоотношението продължава да е срочно и то с този срок, който вече съществува по него. **Срокът на клаузата за изпитване по никакъв начин не се отразява върху вида и продължителността на заварения „срок“, не го удължава, нито скъсява, не прекратява неговото действие**⁸. Точно обратното, завареният „срок“ продължава да тече и с изтичане на своя остатък автоматично и за в бъдеще прекратява трудовото правоотношение. При условие, че искат да променят или прекратят неговото действие, то освен за клаузата за изпитване, страните трябва да постигнат изрично съгласие и за това. Аналогичен пример може да се даде, когато по правоотношението има клауза за изпитване и по реда на чл. 119 във връзка с чл. 67, ал. 3 КТ страните договорят срок. Този прекратителен срок не се отразява върху клаузата и тя продължава да е в сила, като нейният срок продължава да тече в съответния си остатък и до неговото изтичане страната, в чиято полза тя е договорена, има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение.

Клаузата за изпитване ***може да се договори едновременно с всеки един срок по КТ, независимо от неговия вид и продължителност***⁹. Страните могат да договорят клаузата едновременно, както с определения срок /чл. 68, ал. 1, т. 1 във връзка с ал. 3 и ал. 4 КТ/, така и с определяемия срок, независимо дали става въпрос за срок „до завършване на определена работа“ (чл. 68, ал. 1, т. 2 КТ), „за заместване на работник или служител, който отсъства от работа“ (чл. 68, ал. 1, т. 3 КТ), „за работа на длъжност, която се заема с конкурс – за времето, докато бъде заета въз основа на конкурса“ (чл. 68, ал. 1, т. 4 КТ) или „за определен мандат“, докато длъжността бъде заета с избор (чл. 68, ал. 1,

⁸ В този смисъл Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г.

⁹ В този смисъл Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г. Решение

№ 108/25. 03. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 4838/2013 г. Решение № 155/27. 06. 2016 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 418/2016 г.

т. 5 КТ). **Двата модалитета могат да се договарят едновременно, независимо от продължителността на срока на клаузата и продължителността на прекратителния срок.** Независимо, че в практиката продължава да битува тезата, че срокът на клаузата и прекратителният срок трябва да са с една и съща продължителност, и всяко различие в тяхната продължителност е основание за незаконосъобразност на изпитването, действителни са договорките, както когато срокът на клаузата и прекратителният срок са с една и съща продължителност, така и когато са с различна продължителност, независимо от това кой е с по-голямата продължителност. И това е така, защото изтичането на срока на клаузата предизвиква напълно различни последици в сравнение с тези, които изтичането на прекратителния срок предизвиква. Независимо дали срокът на клаузата е с една и съща, по-голяма или по-малка продължителност в сравнение с продължителността на прекратителния срок, с изтичането на прекратителния срок правоотношението автоматично се прекратява на някое от основанията чл. 325, т. 2, 3, 5, 8 КТ. Също така, ако страната, в чиято полза клаузата е договорена, едностранно прекрати правоотношението, то независимо, че договореният прекратителен срок не е изтекъл, правоотношението се прекратява на основание чл. 71 КТ.

Кодексът на труда урежда различни по вид и съдържание изисквания за законосъобразността на клаузата за изпитване и на срока. **Тяхното нарушаване влече след себе си незаконосъобразност на модалитета, за който се отнасят, като обаче по никакъв начин не се отразява върху законосъобразността и действието на другия модалитет**¹⁰. За целите на изложението посочвам няколко примера, които често се срещат в практиката. Изискването определеният срок да се договаря за изпълнение на временна, краткосрочна или сезонна за работодателя дейност (по арг. чл. 68, ал.1, т. 1 във връзка с ал. 3 КТ)¹¹ не се отнася за клаузата за изпитване, съответно неговото неспазване не се отразява върху нейната законосъобразност. Страните имат право да договорят изпитване на длъжност, която изпълнява, както краткосрочна, временна или сезонна за работодателя дейност, така и такава, която изпълнява дългосрочна, трайна или постоянна негова дейност. Също така, незаконосъобразността на договорения в противоречие на чл. 68, ал. 1, т. 1 във връзка с ал. 3 КТ определен срок, не се отразява върху законосъобразността на клаузата за изпитване. Въпреки незаконосъобразността на срока, клаузата за изпит-

¹⁰ В този смисъл Решение № 98/04. 04. 2000 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 1083/99 г.; Решение № 176/15. 03. 2010 г. на ВКС III г. о., по гр. д. №3022/2008 г.; Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г.; Решение № 155/27. 06. 2016 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 418/2016 г.

¹¹ Виж повече в **Гевренова**, Нина, По някои въпроси за определените срокове на индивидуалните трудови правоотношения. В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнината на проф. д. ю.н. Васил Мръчков. София: Труд и право, 2014, 281–286 и в **Мръчков**, Васил. Трудово право, 233–234.

ване поражда своите последици и нейният титуляр има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение.

На следващо място, превръщането на трудов договор за неопределено време в договор за определен срок става само при наличие на изрично писмено искане на служителя като писмената форма е форма за действителност (по арг. чл. 67, ал. 3 КТ). Липсата на такова писмено искане е самостоятелно основание за обявяване на незаконосъобразността на договорения по реда на чл. 119 КТ определен срок¹². Това изискване се отнася само за определения срок и безспорно няма отношение към законосъобразността на договорената с допълнително споразумение по чл. 119 КТ клауза за изпитване. Липсата на изрично писмено съгласие на служителя за въвеждането на клаузата за изпитване по съществуващо трудово правоотношение, не е основание за нейната незаконосъобразност, и титулярът на клаузата има право едностранно да прекрати правоотношението¹³.

Анализът на клаузата за изпитване изисква отговор на въпроса **дали по своя характер тя не е едно условие**. Независимо, че проблемът има само теоретично значение, за пълнотата на изследването, клаузата се сравнява с прекратителното и с отлагателното условие. Прекратителното условие е бъдещо несигурно събитие, с чието настъпване възникналите от договора правни последици се заличават с обратна сила¹⁴. В този контекст, упражняването на правото на едностранно прекратяване би могло „да играе ролята“ на събждане на „клаузата“ като прекратително условие. Така например работодателят ще прекрати правоотношението, ако „...не счита служителя за подходящ...“, а служителят, от своя страна ще го прекрати, ако „...не счита работата за подходяща...“. Съответно, ако клаузата бе прекратително условие, всички упражнени и възникнали до прекратяването субективни трудови права и задължения биха се заличили с обратна сила. Нека видим дали е така. По силата на императива в чл. 70, ал. 3 КТ по време на изпитването страните имат всички права и задължения, както при окончателен трудов договор. Следователно **възникналото трудово правоотношение се запазва независимо от това дали се прекратява въз основа на клаузата за изпитване или продължава да съществува след изтичане на нейния срок**. Всички упражнени трудови права и задължения се запазват, независимо от това коя от страните е прекратила правоотношението въз основа на клаузата за изпитване, в кой момент го е прекратила и т. н. Прекратяването на основание клаузата за изпитване действа само за в бъдеще и не заличава с обратната сила съществуващото до тогава трудово правоотношение и уп-

¹² Виж повече в **Гевренова**, Нина, цит съч., 296–287.

¹³ Виж в този смисъл Решение № 53/19. 03. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2907/2013 г.

¹⁴ Виж повече за прекратителното условие в **Таджер**, Витали, цит съч. 225–228; **Павлова**, Мария, цит съч., 497–502.

ражнените по него права и задължения (по арг. чл. 70, ал. 3 КТ). В резултат, безспорно е, че клаузата **не предизвиква правните последици, които прекратителното условие поражда и по своя характер не е прекратителното условие**¹⁵.

Отлагателното условие е бъдещо несигурно събитие, до чието настъпване правоотношението не възниква, събдването на условието има обратна сила и правните последици от договора се пораждат от момента на неговото сключване¹⁶. В този смисъл, изтичането на срока на клаузата и липсата на прекратяване от страна на нейния титуляр би могло да се приеме, че „играят“ ролята на събдване на отлагателното условие. Например работодателят няма да прекрати правоотношението въз основа на клаузата, ако „...хареса служителя.“, който от своя страна, няма да го прекрати, ако „...хареса работата.“. Съответно, до този момент трудовият договор не би трябвало да поражда каквито и да са последици, включително да поражда субективни трудови права и задължения за страните. Това обаче не е така. По силата на чл. 70, ал. 3 КТ до изтичане на срока на изпитване между страните има трудово правоотношение, по което те упражняват своите права и задължения, както при окончателен трудов договор. Така например, при сключване на трудов договор с клауза за изпитване работодателят е длъжен да връчи на служителя екземпляр от длъжностна характеристика (по арг. чл. 127, ал.1, т. 4 КТ) и да го запознае с трудовите задължения, които произтичат от заеманата длъжност (по арг. чл. 62, ал. 6 КТ). Той трябва да регистрира договора пред териториалната дирекция на Националната агенция за приходите (по арг. чл. 62, ал. 3 КТ), преди да допусне служителя до работа, да му да предостави екземпляр от договора, копие от заверено уведомление по чл. 62, ал. 3 КТ, писмено да удостовери постъпването на работа на служителя (по арг. чл. 63, ал. 4 КТ) и т. н. Независимо от наличието на клаузата за изпитване, работодателят има право да разпределя работното време на служителя с оглед своя интерес (по арг. чл. 139 КТ във връзка с чл. 4а Наредбата за работното време, почивките и отпуските), да организира и контролира работата на служителя, да реализира дисциплинарна отговорност (по арг. чл. 186-198 КТ), имуществена отговорност (по арг. чл. 203–211 КТ) и т. н. Служителят от своя страна има право на платен годишен отпуск (по арг. чл. 155-156 КТ), на всички други видове отпуски (по арг. чл. 157–171а КТ), на всички видове трудови възнаграждения (по арг. чл. 242–272 КТ и Наредбата за структурата и организацията на работната заплата), на социално битово обслужване (по арг. чл. 292-300 КТ) и т. н. При условие, че въз основа на клаузата работодателят незаконосъобразно прекрати трудовото

¹⁵ В този смисъл в **Радоилски**, Любомир, цит съч., 281–282, **Василев**, Атанас, цит. съч., 149.

¹⁶ Виж повече за отлагателното условие в **Таджер**, Витали, цит съч. 225–228; **Павлова**, Мария, цит съч., 497–502.

правоотношение, служителят има право на защита и може да предяви всеки един от исквете по чл. 344, ал. 1, т. 1, 2, 3, 4 КТ и т. н. Следователно, клаузата за изпитване **не поражда правните последици, които отлагателното условие предизвиква, и не е отлагателно условие**¹⁷.

2. Правна същност

Клаузата за изпитване не е срок, нито е условие, а ***е модалитет със специфична и различна от тях правна природа***. Теза, която независимо че е вярна, не дава отговор на най-важния въпрос и по-точно, каква е нейната същност като различен модалитет. Характерът на клаузата за изпитване се определя от тези правни последици, които само тя предизвиква по трудовото правоотношение. Клаузата се договаря, за да могат страните в процеса на работата да се „изпитат“ една друга и да „изпитат“ конкретните условия по правоотношението. В този смисъл, клаузата задоволява една нормална, обективна и разбираема нужда на всяка една от страните да прецени различните параметри на работата, да ги сравни със своите очаквания и да формира своето решение. Работодателят преценява способността на служителя да изпълнява договорената длъжност, уменията му да усвоява и да прилага съществуващите правила; изпълнението на възлаганите му задължения и задачи; способността му да се адаптира към работната среда, екипа, останалите служители и т. н. Служителят пък преценява интензивността и тежестта на натоварването; естеството на задачите и начина на тяхното възлагане и отчитане; условията на труд, материалната база, техническата обезпеченост; отношението на мениджърите, взаимоотношенията с останалите служители и т. н.

Страните обаче не придобиват нови, различни или с различно съдържание права, които да ги подпомагат или облекчават в това „изпитване“. Нито работодателят, нито служителят придобиват и упражняват „права в повече“ или „права със специфично съдържание“, които да им послужат, за да „преценят“ по-правилно, по-бързо или по-лесно условията по правоотношението. ***„Изпитването“ се прави само и единствено чрез упражняване на тези права, които съществуват и са на разположение на страните по всеки един друг трудов договор, по който няма клауза за изпитване***. Например, работодателят „изпитва“ служителя, като възлага изпълнение на задължения по длъжността (длъжностната характеристика), а не някакви други и специално създадени за целите на клаузата задължения. Той възлага и организира работата на изпитвания служител в рамките на работното време, с оглед нормалната и обичайна за останалите натовареност и т. н. От своя страна служителят „изпитва“ работата, като упражнява тези права, които и без клаузата има на разположение, включително правото на почивка, на платен и

¹⁷ В този смисъл в Радоилски, Любомир, цит. съч., 281, Василев, Атанас, цит. съч., 149.

другите видове отпуск, на възнаграждение и т. н. Разбира се, и за двете страни е важно да използват клаузата за изпитване по възможно най-ефективния за тях начин, за да придобият достоверна представа и да вземат правилното за себе си решение. За тази цел обаче, работодателят и служителят разполагат с обичайните, нормалните и съществуващи по всяко едно правоотношение права и задължения, и само от тяхното умение и опит зависи дали и доколко ще успеят. Следователно, **клаузата не поражда повече на брой, нито с различно съдържание трудови права и задължения, чието използване да реализира или да подпомага „изпитването“ в процеса на изпълняваната работа.**

Единствената промяна, която клаузата внася в съдържанието на трудовото правоотношение, е субективното право на страната, в чиято полза тя се договоря, едностранно да го прекрати. Става въпрос за **субективно потестативно право**, защото със своето *едностранно волеизявление, въпреки и независимо от волята на насрещната страна, титулярът на клаузата внася правна промяна по правоотношението, като прекратява неговото съществуване*. Субективното право не е предмет на настоящето изследване и за това без да се подлага на подробен и задълбочен анализ, се посочват тези негови белези, които имат значение за клаузата за изпитване.

Субективното право **възниква и съществува само и единствено по силата на договорената в трудовия договор клауза за изпитване**, съответно при липса на такава, не възниква и неговото упражняване е незаконосъобразно само на това основание. Законодателят урежда вида, съдържанието, титуляра и последиците, които правото предизвиква, но то възниква и се упражнява само, защото страните договарят клауза за изпитване. Това е единствената хипотеза, при която субективно потестативно право на едностранно прекратяване се упражнява не по силата на закона, а въз основа на взаимното съгласие на страните. Вярно е, че Кодексът на труда урежда и други случаи, при които правоотношението се прекратява по силата на постигнатото взаимно съгласие на страните (по арг. чл. 325, т. 1 и чл. 331 КТ), но при клаузата за изпитване става въпрос за нещо напълно различно. **Договорената клауза е правното основание, въз основа на което, страната, в чиято полза тя се договоря, едностранно и независимо от волята на другата страна, с оглед своя интерес прекратява правоотношението.**

Страната, в чиято полза е клаузата, **прекратява трудовото правоотношение без предизвестие**, от момента, в който насрещната страна получи писмено волеизявление (по арг. чл. 71 КТ във връзка с чл. 335, ал. 2, т. 3 КТ). Страната **не дължи тези обезщетения**, които ако би прекратила на някое от останалите основания по смисъла на КТ, трябва да заплати. Това правно положение засяга най-вече работодателя, който в повечето от случаите на едностранно прекратяване по реда на чл. 327 или по реда на чл. 328 КТ заплаща обезщетения (по арг. чл. 220, чл. 221 и чл. 222 КТ). От правилото има две

изключения, които се отнасят за обезщетения, които работодателят изплаща независимо от основанията за прекратяване. Става въпрос за обезщетението за натрупан, неизползван и непогасен по давност платен годишен отпуск по чл. 224 КТ и обезщетението по чл. 222, ал. 3 КТ, когато към момента на прекратяването служителът е придобил право на пенсия за осигурителен стаж и възраст и не е получавал обезщетение на това основание преди това. Също така, когато работодателят прекратява правоотношението на основание на клаузата за изпитване, *служителят не се ползва от предварителната закрила по смисъла на чл. 333 КТ*, независимо от това на кое от основанията и на колко от основанията има право на такава закрила¹⁸. Въз основа на клаузата за изпитване, работодателят има право да прекрати правоотношението с всеки служител, независимо дали ползва закрила по силата на Кодекса на труда и/или по силата на колективен трудов договор, дали закрилата е абсолютна или относителна и т. н.

Субективното право се упражнява **по преценка на страната, в чиято полза клаузата се договаря, независимо от представянето на „изпитваната“ страна**. Титулярът на клаузата има право да прекрати правоотношението, както на „недобре“, така и на „много добре“ и дори на „най-добре“ изпълняваща трудовите си задължения насрещна страна. И това е резултат, от факта, че **начинът, по който изпитваната страна се представя, не е елемент от основанията за прекратяване на правоотношението**. Без правно значение за прекратяването е дали тя изобщо не се справя или се справя приемливо, добре или дори много добре с оглед изискванията и очакванията на изпитващата страна. След като резултатите от „изпитването“ не са елемент от основанията за прекратяване, то те не подлежат на съдебен контрол, защото контролът би бил по целесъобразност, а не по законосъобразност. Следователно, правото се упражнява **само и единствено с оглед суверенната преценка на страната, в чиято полза е клаузата за изпитване, дали иска едностранно да прекрати или иска да запази трудовото правоотношение**¹⁹. Разбира се решението следва в най-голяма степен да зависи от представянето на изпитваната страна, но това е без правно значение. Едва ли някой разумен работодател би прекратил правоотношението с много добър или отличен служител само, защото клаузата за изпитване му позволява да го направи по много лесен за него начин. Също така, нелепо е да се твърди, че служителът би прекратил правоотношение, по което работата го удовлетворява, оценяват го и му заплащат възнаграждение с оглед очакванията, има добра работната среда и т. н., само защото клаузата е в негова полза.

Това, което обаче е важно и следва изрично да подчертая, е че **нито начинът, по който изпитваната страна се представя, нито начинът, по кой-**

¹⁸ В този смисъл **Милованов**, Крюгер. цит. съч., 80.

¹⁹ В този смисъл във **Василев**, Атанас, цит. съч., 147; **Милованов**, Крюгер. цит. съч., 80

то изпитващата страна я преценява, са елементи от основанието за едностранно прекратяване въз основа на клаузата за изпитване. За това и изводът е, че титулярът на клаузата упражнява правото и едностранно прекратява правоотношението само, защото с оглед своя интерес не желае то да продължи да съществува за в бъдеще. В този смисъл, обвързването на субективното право на едностранно прекратяване с „отрицателната преценка“ без изричното обяснение, че не става въпрос за преценка на изпитваната страна, а за бъдещото запазване на правоотношението, не може да бъде споделено. Определянето на „отрицателната преценка“ като предпоставка за законосъобразно упражняване на правото на едностранно прекратяване е некоректно и в противоречие с уредбата в Кодекса на труда. Независимо от съображенията, поради които се прави, то въвежда в заблуждение и създава неправилни очаквания на служителите в качеството им на изпитвана по трудовите договори страна²⁰.

Разбира се субективно право, което предоставя такива възможности за лесно и бързо прекратяване, може да съществува само за определен и сравнително кратък период от време по трудово правоотношение. По силата на чл. 71, ал. 1 КТ страната, в чиято полза е договорено изпитването, може да прекрати правоотношението само в рамките на срока на клаузата. *С изтичане на срока на клаузата за изпитване субективното право автоматично се прекратява*, без да е необходимо страните да правят нарочни волеизявления в този смисъл. По своя характер срокът е преклузивен, защото неговото изтичане *предизвиква правните последици, каквито всеки един преклузивен срок поражда, независимо че Кодексът на труда урежда хипотези, в които той спира да тече*²¹.

Могат да се направят няколко извода за клаузата за изпитване като специфичен по характера си модалитет по трудовото правоотношение. На първо място, тя е правното основание за съществуването и упражняването на едно субективно право, което в рамките на срока, предоставя на титуляра възможността едностранно, по своя преценка и без предизвестие да прекрати трудовото правоотношение. При неговото упражняване не се прилагат /отпадат/ най-важните и съществени правни ограничения, които закрилата на служителя предоставя, а работодателят-спазва. Клаузата за изпитване е основанието за наличието и *упражняване на право, което в сравнение с другите, уредени в Кодекса на труда права, позволява изключително бързо и лесно прекра-*

²⁰ В този смисъл в **Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**, цит. съч., 247. **Мръчков**, Васил. Трудово право, 246-247. Следва да посоча, че авторите приемат, че „отрицателната преценка“ не подлежи на съдебен контрол и не се мотивира в заповедта, с която правоотношението се прекратява. Но в същото време обвързват тази „отрицателна преценка“ само с „представянето на работника“, с „достатъчното наблюдение“ върху неговата работа и т. н.

²¹ В този смисъл в **Радоилски**, Любомир, цит съч., 283.

тяване на трудовото правоотношение²². За това и **субективното право на едностранно прекратяване може да се характеризира като правния „инструмент“, който законодателят за целите на „изпитването“ предоставя.**

3. Момент на договаряне на клаузата за изпитване

Законодателят урежда едно специфично изискване по отношение на момента, в който страните под страх от недействителност трябва да договорят клаузата за изпитване. По силата на чл. 70, ал. 1 КТ клаузата за изпитване предхожда окончателното приемане на работа на служителя. Както посочих, „окончателно приемане на работа“ не означава сключването на нов, трудов договор или допълнително споразумение, които да установят изтичането на срока на изпитването и да „провъзгласят“ окончателното правоотношение, каквато практика все още съществува. „Окончателно приемане на работа“ означава, че след като срокът на изпитване е изтекъл, титулярът на клаузата вече не може едностранно, бързо и лесно да прекрати трудовото правоотношение. С преклудирание на неговото право *трудоовото правоотношение „възстановява“ своето обичайно, в този смисъл „окончателно“ съдържание*. Какво се оказва? При условие, че страните са договорили **длъжността, но не са договорили нейното изпитване**, то и правото на прекратяване, което се упражнява въз основа на клаузата за изпитване, не е възникнало. *След като правото не съществува и не може да се упражни, то и трудовото правоотношение е възникнало в „окончателното“ си съдържание по смисъла на чл. 70, ал. 1 КТ*. В този случай, клаузата, която се „включва“ след като по правоотношението вече има договорена длъжност, **не предхожда, както законодателят изисква, а следва във времето „окончателното приемане на работа на служителя“**. Изводът, който трябва да се направи е, че **клаузата за изпитване трябва да се договоря едновременно с длъжността, за чието изпитване се въвежда**. При условие, че се „включва“ в съдържанието на правоотношението, след като длъжността вече е договорена, то клаузата нарушава императива в чл. 70, ал. 1 КТ, недействителна е и не поражда правни последици. Посоченото правило *се прилага, независимо дали длъжността и клаузата за нейното изпитване се договорят в трудов договор или в допълнително споразумение по реда на чл. 119 КТ*.

Законодателят не въвежда ограничения по отношение на вида на споразумението, в което клаузата за изпитване се договаря, и **страните имат право да я договорят както в трудов договор, така и в допълнително споразу-**

²² Спецификата на субективното право на прекратяване на основание клаузата за изпитване и разликата между него и останалите субективни права на страните, особено на работодателя, едностранно да прекратяват правоотношението се отчита и посочва в **Радоилски**, Любомир, цит съч., 283; **Василев**, Атанас, цит. съч., 147; **Милованов**, Крюгер, цит. съч. 80; **Мръчков**, Васил. Трудово право, 246.

мение по реда на чл. 119 КТ²³. Този извод следва да бъде изрично посочен, защото бавно и трудно в практиката се преодолява разбирането, че клаузата за изпитване може да се договаря само при първоначалното сключване на трудовия договор, но не и впоследствие с допълнително споразумение по чл. 119 КТ. Разбира се и в двата случая, *нейната действителност зависи от това дали длъжността, за която изпитването се договаря, е първата (единствената) между страните*.

4. Предмет на договаряне и граници на договорната свобода

Клаузата за изпитване включва следните три елемента: длъжността, за която изпитването се въвежда; срока, в който изпитването е в сила, и страната/страните, в чиято полза е изпитването. **Нито един от тези елементи самостоятелно не представлява клауза за изпитване и не предизвиква специфичните за нея правни последици**. За това, договарянето на клаузата за изпитване изисква страните да постигнат съгласие по всеки един от трите елемента.

Длъжността, за чието изпитване, клаузата се договаря, поставя най-много и с най-голяма сложност въпроси, на които изложението следва да даде отговор. Законодателят императивно урежда **забрана за договаряне на повече от една клауза за изпитване между едни и същи страни за една и съща длъжност (по арт. чл. 70, ал. 5 КТ)**²⁴. Спазването на всеки един от параметрите на тази забрана, е предпоставка за действителността на клаузата за изпитване, съответно нарушаването на който и да от е тях, **е основание за нейната недействителност**. Налице е съществено и в същото време необходимо ограничаване на договорната свобода на страните по трудовото правоотношение. Отчитайки специфичните възможности за лесно и бързо прекратяване на правоотношението, които клаузата предоставя, **законодателят трябва да ограничи нейното повторно (многократно) договаряне**. В противен случай, постоянното наличие на клаузата за изпитване, не само би поставило под риск, но изцяло би лишило от смисъл прилагането на основни за трудовото право институти, целящи закрилата за служителя, в това число предварителната закрила при уволнение, прекратяването с предизвестие, изплащаните от работодателя при прекратяването обезщетения и т. н.

²³ В този смисъл трайната практика на ВКС в Решение № 366/28. 04. 2010 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1023/2009 г.; Решение № 338/27. 09. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 64/2011 г.; Решение № 344/29. 11. 2011 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1407/2010 г.; Решение № 95/18. 04. 2012 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1604/2010 г.; Решение № 160/08. 05. 2015 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 4811/2014 г.

²⁴ В този смисъл трайната практика на ВКС в Решение № 366/28. 04. 2010 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1023/2009 г.; Решение № 369/03. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 3037/2013 г.; Решение № 07/04. 02. 2014 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 3029/2013 г.; Решение № 261/07. 11. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1477/2014 г.

Законовата забрана е абсолютна и нейното прилагане не може да се дерогира с частноправно волеизявление, независимо дали става въпрос за едностранно волеизявление, договорна клауза или норма в недържавен източник на трудовото право. Всяко едно волеизявление, което в противоречие на забраната урежда „възможност“ за договаряне на повече от една клауза за изпитване на една и съща длъжност между едни същи страни, е недействително. То не поражда правни последици и всяка една, втора във времето клауза между същите страни, за същата като предходната длъжност, е недействителна. При условие, че страната, в чиято полза тя е договорена, едностранно прекрати правоотношението, е налице незаконосъобразно прекратяване с всички правни последици от това.

Забраната е в сила за неопределен период от време (по арг. чл. 70, ал. 5 КТ). Законодателят забранява договарянето на нова клауза независимо от продължителността на периода от време, който изминава между първата и втората във времето клаузи за изпитване. Под страх от недействителност, страните нямат право да договорят нова клауза за същата длъжност, независимо че от първата са изминали 1 месец, 1 година, 5 или 10 години, 20 години и т. н. **Забраната е в сила независимо от това дали между първата и втората клаузи за изпитване служителят е изпълнявал друга или други длъжности.** Страните нямат право да договорят нова клауза за изпитване, въпреки че след длъжността по първата клауза служителят е изпълнявал друга или други напълно различни от нея длъжности. Те не могат да договорят нова клауза, независимо, че след като правоотношението по първата е прекратено и служителят е работил при друг или други работодатели, или изобщо не е полагал труд по трудово правоотношение²⁵.

Забраната е в сила за едни и същи страни по трудовото правоотношение и не се отнася за различни, в смисъл страни по други трудови правоотношения (по арг. чл. 70, ал. 5 КТ). Докато по отношение на служителя забраната не поставя никакви специфични въпроси, то нейното прилагане по отношение на работодателя поражда множество проблеми. На първо място възниква въпросът дали новият работодател по смисъла на чл. 123 и чл. 123а КТ може на собствено основание да договаря клауза за изпитване със служител, който „се прехвърля“, или е „обвързан“ от клаузата със стария му работодател. Във всяка една от хипотезите по чл. 123 и чл. 123а КТ е налице едновременно прекратяване на работодателя по съществуващото правоотношение и поява на нов, различен от него работодател. Независимо от това, трудовото правоотношение не се прекратява, а се „прехвърля“ и запазва в правната сфера на новия работодател. Посочената промяна настъпва по силата на закона, въпреки и независимо от волята и поведението на служителя, стария и новия му работодател. Налице е специфично по своята същност правопримство,

²⁵ В този смисъл Решение № 261/07. 11. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1477/2014 г.

при което новият работодател замества стария като страна по съществуващото трудово правоотношение. По силата на императива в чл. 123, ал. 2 и чл. 123а, ал. 2 КТ правата и задълженията на стария работодател, които са в сила към датата на промяната, се прехвърлят на новия работодател.

Това положение се нуждае от няколко уточнения. С оглед своя източник субективните права и задължения по трудовото правоотношение, се разделят на две големи групи. Първата група включва тези, които възникват по силата на нормативен източник, независимо дали става въпрос за държавен или недържавен източник (колективен трудов договор, правилник за вътрешния трудов ред, вътрешни правила за работната заплата и други). Втората група включва права и задължения, които възникват по силата на взаимното съгласие между страните, независимо дали то се обективира в трудов договор или в допълнително споразумение по чл. 119 КТ. Въпросът е **дали всички съществуващи към датата на промяната права и задължения се прехвърлят на новия работодател, или само една част от тях, и ако е само част, кои се включват в нея.** Държавните източници продължават да регулират трудовото правоотношение след датата на промяната и пораждат права и задължения, съобразно фактическите обстоятелства при новия работодател. Правните норми на колективния трудов договор продължават да уреждат правата и задълженията и след промяната, но при спазване на изисквания на чл. 55, ал. 2 КТ, която се явява специална по отношение на чл. 123, ал. 2 и чл. 123а, ал. 2 КТ разпоредба. Не на последно място, правилникът за вътрешния трудов ред, вътрешните правила за работната заплата и другите вътрешни правилници на стария работодател прекратяват своето действие, защото от датата на промяната влизат в сила съответните правилници на новия работодател и те продължават за в бъдеще да регулират трудовите отношения. Следователно, законодателят няма предвид, че уредените по силата на нормативните актове права и задължения се запазват в лицето на новия работодател, а **само тези, които са възникнали и съществуват по силата на изричната договорка между служителя и стария работодател.** По силата на императива на чл. 123, ал. 2 и чл. 123а, ал. 2 КТ, въпреки и независимо от своята воля новият работодател получава в своята правна сфера **всички договорени и съществуващи към датата на промяната субективни трудови права и задължения.** Като правопреемник на стария работодател, той получава субективните права и задълженията с това съдържание и естество, каквото те имат към датата на промяната.

Следователно, може да се направи извод, че възможностите на новия работодател да договори клауза за изпитване зависят от наличието на такива по трудовото правоотношение на прехвърления служител²⁶. Възможни са ня-

²⁶ В този смисъл Решение № 178/18. 02. 2000 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 1132/99 г.; Решение № 188/21. 05. 2013 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 795/2012 г.

колко хипотези. При условие, че старият работодател е договорил клауза за изпитване, чиито срок е изтекъл към датата на промяната, то **новият работодател не може да договоря такава със служителя**. Забраната за договаряне на нова клауза за изпитване на една и съща длъжност е в сила за стария работодател и по силата на чл. 123, ал. 2 или чл. 123а, ал. 2 КТ е част от правата и задълженията, които се прехвърлят на новия работодател. **Тя се прехвърля от стария върху новия работодател и го лишава от възможността да договаря клаузата за изпитване за съществуващата към момента на промяната длъжност.** Независимо, че новият работодател никога не е договарял такава клауза със служителя за съответната длъжност, той няма право на това. При условие, че въпреки забраната, новият работодател договори клауза за изпитване и въз основа на нея едностранно прекрати трудовото правоотношение, е налице незаконосъобразно прекратяване. Следва да посоча, че няма правна пречка, новият работодател да договори клауза за изпитване за друга, различна от съществуващата към момента на промяната длъжност, и ако тя е в негова полза едностранно да прекрати трудовото правоотношение.

Напълно различни са *правните последици при условие, че към момента на промяната по чл. 123 или чл. 123а КТ има клауза за изпитване, чиито срок не е изтекъл*. Поради факта, че **срокът на договорената между стария работодател и служителя клауза за изпитване не е изтекъл, клаузата е в сила и е част от правата и задълженията, които се прехвърлят от стария на новия работодател** (по чл. 123, ал. 2 и чл. 123а, ал. 2 КТ). Клаузата за изпитване става част от трудовото правоотношение между новия работодател и служителя като нейният срок продължава да тече в своя остатък. Независимо, че клаузата не е предмет на взаимното съгласие между страните, поради факта, че към датата на промяната е в сила, тя поражда своите правни последици. Новият работодател и служителят са обвързани от договорените между стария работодател и служителя параметри, включително: в чия полза изпитването е договорено, с каква продължителност е срокът за изпитването и колко от него вече е изтекъл и т. н. За това и страната, в чиято полза е клаузата за изпитване, има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение. В практиката много често се поставя въпросът дали титулярът на клаузата трябва да изчака да мине време след промяната, за да може реално да изпита насрещната страна и чак тогава да прекрати правоотношението. *Отговорът е отрицателен*, защото „изпитването“ и резултатите от него не са елементи от основанието за упражняване на правото на едностранно прекратяване. Достатъчно е клаузата за изпитване да е в сила, за да има право *страната, в чиято полза тя е договорена, законосъобразно да упражни своето субективно право*. Както новият работодател, така и служителят имат право да прекратят правоотношението **веднага след промяната по чл. 123 или по чл. 123а КТ или да изчакат**, колкото желаят, стига разбира се срокът на изпитването все още да тече.

Интерес представлява отговорът на въпроса дали предприятието ползвател има право да договаря клауза за изпитване със служител, който е бил изпратен при него да изпълнява временна работа, при условие, че същият вече е бил изпитван за същата длъжност от предприятието, което осигурява временна работа. Спецификата на правната конструкция, в рамките на която правата и задълженията на „типичния“ работодател се разпределят между два субекта: предприятие, което осигурява временна работа, и предприятие ползвател²⁷, дава възможност за различни интерпретации и изводи. Независимо от това, считам, че отговорът на поставения въпрос следва да е положителен поради няколко причини. На първо място предприятието ползвател не е работодател на изпратения от предприятието, което осигурява временна работа, служител. Вярно е, че то използва работната сила на този служител, възлага му изпълнението на трудови задължение, организира и контролира тяхното изпълнение (по арг. чл. 107р, ал. 1 във връзка с чл. 107т и чл. 107ф, ал. 2 КТ). Също така, предприятието ползвател упражнява едни от най-важните за работодателя права, в това число съставя и връчва длъжностната характеристика, определя работното място, разпределя работното време и т. н. Въпреки това, предприятието ползвател не е работодател на изпратения да изпълнява временната работа служител, не учредява и прекратява трудовото правоотношение, не изплаща неговото трудово възнаграждение, не му предоставя платен годишен отпуск е т. н. По силата на чл. 107р във връзка с чл. 107с КТ работодателят е предприятието, което осигурява временната работа, независимо че част от неговите права и задължения са прехвърлени на предприятието ползвател. На следващо място, предприятието, което осигурява временна работа, и предприятието ползвател са различни субекти и упражняват различни права и задължения. Законодателят последователно и категорично прави това разграничение, включително като урежда различни предпоставки по отношение на тяхното създаване и функциониране (по арг. 107р, ал. 7 КТ), както и по отношение на изискванията за сключване на трудовия договор за извършване на работа чрез предприятие, което осигурява временна работа (по арг. чл. 107р, ал. 2 и 3 КТ). Не на последно място, законодателят не урежда каквото и да

²⁷ Виж повече за особеностите на трудовите правоотношения между служителите, предприятието ползвател и предприятието, което осигурява временна работа в **Мингов**, Емил. Особенности на трудовите правоотношения на работниците и служителите с работодател, осигуряващ временна работа. *Норма*, 2012, №2, 16–17; **Койчева**, Райна. Някои правни въпроси на труда чрез предприятие, осигуряващо временна работа. В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнината на проф. д. ю.н. Васил Мръчков. София: Труд и право, 2014, 245–262; **Мръчков**, Васил. Трудов договор с предприятие, което осигурява временна работа, Трудови отношения. Книга-годишник. София: Труд и право, 2013, 409–413; **Генова**, Ярослава. Предприятието ползвател в индивидуалното трудово правоотношение. Пловдив: УИ „Паисий Хилендарски“, 2015, 90–143 и **Мръчков**, Васил. Трудово право, 264–277.

е правоприемство между предприятието, което осигурява временна работа, и предприятието ползвател по отношение на трудовите права на служителя. Точно обратното, Кодексът на труда забранява всяка една хипотеза, която би ограничила възможностите на служителя да учредява трудово правоотношение с предприятието ползвател по време или след като правоотношението с предприятието, което осигурява временна работа, бъде прекратено (по арг. 107р, ал. 5 и 6 КТ). След като става въпрос за различни правни субекти, между които няма правоприемство, не намирам сериозни аргументи в подкрепа на тезата, че предприятието ползвател няма право да договаря клауза за изпитване по трудов договор със служител, който преди това е бил изпратен да работи при него от предприятие, което осигурява временна работа. Считам, че на общо правно основание договорената по този начин клауза за изпитване не противоречи на Кодекса на труда, действителна е и поражда своите правни последици.

През последните няколко години в практиката на част от съставите на ВКС се прави едно много широко и според мен неправилно тълкуване на забраната за договаряне на повече от една клауза за изпитване за една и съща длъжност, между едни и същи страни. В решения на ВКС²⁸ се приема, че макар формално да не противоречи на чл. 70, ал. 5 КТ, защото сключеният трудов договор е първи между страните за изпълняваната работа, клаузата за срок за изпитване е недействителна, поради заобикаляне на закона. Аргументите са, че тя не преследва типичната ѝ и позволена цел да провери годността на работника за изпълняваната работа, а цели прекратяване на договора по облекчения за работодателя ред по чл. 71, ал. 1 КТ. По всяко от делата става въпрос за отделни трудови договори с клаузи за изпитване, които един и същ служител сключва с двама, различни като субекти работодатели. ВКС обаче приема, че става въпрос не за реално, а за формално спазване на изискванията на чл. 70, ал. 5 КТ поради няколко причини. На първо място, съдът счита, че става въпрос не за „реално“, а за „формално“ нов работодател, когато двамата работодатели имат едни и същи собственици на капитала, седалище, адрес на управление, представители и/или управител. На следващо място, според съда фактът, че старият работодател е дал положителна оценка /препоръка/ на служителя потвърждава тезата, че целта на клаузата да се направи проверка на годността на служителя вече е изпълнена. Не на последно място, в едното решение се посочва, че двамата работодатели „кооперация и дружество“ не са разграничавани от „работещите там“ и са „възприемани като едно“.

Не мога да споделя посочените изводи, по няколко основни причини. На първо място, ВКС смесва фигурата на работодателя с фигурите на собственика, на представителя и на управителя. По смисъла на легалната дефиниция

²⁸ Виж Решение № 118/04. 06. 2015 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 6968/2014 г.; Решение № 26/28. 02. 2018 г. на ВКС, III г. о., гр. д. № 2545/2017 г.

в ДР, пар. 1, т.1 КТ работодателят е този, който използва работната сила по трудовото правоотношение, а не този, който притежава собствеността, нито този, който представлява работодателя по правоотношенията. След като има отделни и различни като субекти работодатели, каквито ВКС приема за доказано че са налице, обстоятелствата, свързани с тяхната собственост или представителство, нямат правно значение. На следващо място работодателят, а не неговият управител или представител, е този, който използва работната сила, и за това изпитва служителя, респективно преценява дали да продължи или не трудовия му договор. Без значение е кои са лицата, които представляват работодателя и от негово име сключват и прекратяват трудовия договор, възлагат работа и „физически“ изпитват служителя и т. н. В този смисъл, посочената практика не само влиза в противоречие с КТ, но и *създава един опасен прецедент за бъдещо прилагане на забраната по чл. 70, ал. 5 КТ не с оглед работодателя, а с оглед собственика или физическото лице, което го представлява.*

Забраната за изпитване е в сила за една и съща работа (по арг. чл. 70, ал. 5 КТ). Първият въпрос, който трябва да намери отговор, е дали законодателят използва „работата“ в широкия смисъл на понятието като трудова дейност или в тесния смисъл като трудова функция (длъжност). Разбирана като трудова дейност, „работата“ се характеризира с помощта на множество правни белези, в това число: място на работа, организацията и условия на работа, естество и съдържание на работата и т. н. В тесния смисъл, като трудова функция (длъжност) работата също се характеризира с различни белези, включително: наименование на длъжността, съдържание и естество на изпълняваните трудови задължения, необходима професионална квалификация за изпълнение и т. н. След като в двата варианта анализът на работата се прави въз основата на различни правни белези, то *очевидно и изводите дали работата е една и съща или различна по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ ще бъдат различни, съответно и страните ще разполагат с различни възможности при договаряне на нова клауза за изпитване.* Без каквото и да е съмнение, става въпрос за работата в тесния смисъл на понятието, или по друг начин казано за **трудова функция (длъжността) по трудовото правоотношение**²⁹. Това е логичен резултат от факта, че трудовата функция (длъжността) показва съдържанието на основата престация, която служителят предоставя по правоотношението и само **промяната в трудовата функция (длъжността) може да доведе до различната работа по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ.** Промяната

²⁹ В трайната си практика ВКС преценява реалните трудови функции, задължения, които длъжностите изпълняват. В този смисъл Решение № 366/28. 04. 2010 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1023/2009 г.; Решение № 344/29. 11. 2011 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1407/2010 г.; Решение № 215/17. 07. 2012 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 722/2011 г.; Решение № 369/03. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 3037/2013 г.; Решение № 07/04. 02. 2014 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 3029/2013 г.; Решение № 27/25. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2868/2013 г.; Решение № 350/29. 10. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2458/2014 г.

в който и да е от останалите правни белези, в това число: мястото на работа, разпределението на работното време, трудовите норми, в условията на труд **не води до различна работа, съответно до възможност за договаряне на ново изпитване.** Точно обратното, **независимо, че мястото на работа, работното време, трудовите норми или условията на труд са съществено променени, страните не могат да договорят нова клауза за изпитване, защото работата по тяхното отношение не е различна и забраната по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ е в сила.** При условие, че страните договорят нова клауза за изпитване, тя противоречи на императивната забрана и е недействителна, съответно едностранно прекратяване на правоотношението, което се основава на тази уговорка е незаконосъобразно.

След като **забраната е в сила за една и съща трудова функция (длъжност)**, следващият въпрос е кой или кои от белезите на длъжността имат значение за нейния анализ по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ. Въпросът е от особено значение, защото длъжността се характеризира с множество белези, в това число: наименование и код по Националната класификация на професиите и длъжностите (НКПД), необходима професионална квалификация за нейното заемане, необходими качества за нейното изпълнение, място в структурата на работодателя и т. н. Напълно очаквано, тук длъжността се определя с помощта на този белег, който разкрива нейното съдържание и същност, тоест става въпрос за **трудовете задължения, които определят съдържанието и същността на всяка една длъжност.** *Конкретният набор от трудови задължения, които служителят изпълнява, индивидуализира длъжността и я прави идентична или различна в сравнение с всички останали длъжности,* които съществуват при работодателя. От всички посочени правни белези, **по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ значение имат само съдържанието, естеството и броя на трудовете задължения, които длъжността включва.** Следователно, **само тяхното изменение може да доведе до промяна на съществуващата длъжност (работа), тест до различна длъжност (работа) по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ.**

Този извод има голямо практическо значение в няколко отношения. Разликата в наименованието, кода по НКПД, образованието, професионалната квалификация, мястото в йерархичната структура и т. н. **не е достатъчна, за да бъде направен извод дали става въпрос за еднакви или различни длъжности.** Независимо от приликите и разликите в посочените белези, **преценката трябва да се направи въз основа на изпълняваните трудови задължения.** Напълно възможно е, длъжности с напълно различни наименования да са идентични, при условие, че изпълняваните по тях задължения съвпадат. И обратното, длъжности с идентични наименования, да са различни, защото трудовете задължения се с различно съдържание и естество. Много често след като променят наименованието на длъжността, кода по НКПД, с който тя се регистрира пред НАП или променят необходимото за заемането

образование, страните считат, че са променили самата длъжност, съответно имат основание да договорят нова клауза за изпитване. Това е една от най-честото срещаните в практиката заблуди, която обаче води до недействителност на клаузата за изпитване и до незаконосъобразност на извършеното въз основа на недействителната клауза едностранно прекратяване.

След като длъжността се определя с помощта на трудовите задължения, то изводът за това какво е „една и съща длъжност“ по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ се извежда лесно. Без съмнение, **едни и същи са тези длъжности, чиито трудови задължения изцяло съвпадат по брой и по съдържание**. Следва да посоча, че **анализът на задълженията се прави не въз основа на терминологичното (словесното) им обозначаване, а въз основа на тяхното съдържание**. Едни и същи са тези задължения, които изискват едно и също поведение или въздържане от такова от страна на служителя, независимо че са формулирани с помощта на различни словосъчетания. Различни пък са задълженията, които задължават служителя да извършва различни по съдържание и естество дейности, независимо че за обозначаването им се използват едни и същи словосъчетания. Следователно **под страх от недействителност страните нямат право да договарят изпитване за длъжност, която е с идентични на предходната трудови задължения**. При условие, че го направят, клаузата противоречи на законовата забрана, недействителна е и не поражда правни последици (по арг. чл. 70, ал. 5 КТ). Страната, в чиято полза изпитването се договоря, няма право да прекратява правоотношението въз основа на клаузата, и ако го направи, прекратяването е незаконосъобразно само на това основание.

През последните години практиката на ВКС наложи тълкуване на чл. 70, ал. 5 КТ, което разшири приложното поле на забраната за договаряне на изпитването. Независимо, че законодателят забранява клаузата за изпитване само на едни и същи длъжности, ВКС трайно я прилага и по отношение на **сходните длъжности**³⁰. В резултат, **под страх от недействителност страните нямат право да договарят изпитване, както за длъжност, която е с идентични на предходните трудови задължения, така и за изпитване на длъжност, която е със сходни на предходните задължения**. При условие, че го направят, клаузата влиза в противоречие с императива в чл. 70, ал. 5 КТ, недействителна е и не поражда правни последици. Страната, в чиято полза клаузата се договоря, няма право едностранно да прекратява правоотношението, и ако го направи, прекратяването е незаконосъобразно само на това основание. В резултат, за целите на забраната за изпитване, има **три различ-**

³⁰ Сравнявайки трудовите функции (задължения) ВКС установява частично съвпадане и частична разлика и преценява тяхното сходство в Решение № 369/03. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 3037/2013 г.; Решение № 27/25. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2868/2013 г.; Решение № 53/19. 03. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2907/2013 г.

ни категории длъжности, както следва: идентични, сходни и различни. **Идентични** са тези, чиито трудови задължения напълно съвпадат, **сходните** са тези, чиито трудови задължения частично съвпадат и частично се различават, като обаче повечето на брой или по-съществените задължения съвпадат, а разликата е при по-несъществените или при по-малко на брой задължения. **Различни** остават да са длъжностите, чиито трудови задължения са изцяло или съществено различни.

Независимо, че подкрепям този подход, считам, че освен положителните моменти, следва да посоча и рисковете, които той крие. Прилагането на забраната само за идентичните длъжности предоставя много повече възможности за нейното заобикаляне с цел запазване за максимално дълъг период от време на възможността за лесно и бързо едностранно прекратяване на правоотношението. В този случай, с минимална промяна в броя или в съдържанието на задълженията по изпълняваната длъжност, работодателят може да „възпроизвежда“ нови длъжности, за които съответно да договаря и ново изпитване. В този смисъл прилагането на забраната не само за идентичните, но и по отношение на сходните длъжности, поставя много по-сериозни прегради пред възможностите за нейното заобикаляне. Така съществено се затруднява възпроизвеждането на „едни и същи длъжности“ само и единствено с цел запазване на правото за лесно и бързо прекратяване на правоотношение. В този смисъл, подходът следва да бъде положително оценен с оглед ограничаване на злоупотребата с права и ефективната закрилата на служителите.

В същото време, разширителното тълкуване на чл. 70, ал. 5 КТ предоставя по-голяма свобода и възможност за проява на субективизъм от страна на съда. Поради факта, че идентичността на длъжностите изисква пълно съвпадане на трудовите задължения, нейното установяване не предоставя свобода в преценката на съда, съответно в решаването на трудовия спор. За разлика от нея, сходството между длъжностите представлява частично съвпадане и частична разлика в задълженията, и неговото установяване предоставя много по-голяма свобода в направата на конкретната за всеки отделен случай преценка. Съдът преценява значението и тежестта на еднаквите и на различните задължения в сравняването от него длъжности и въз основа на своето вътрешно убеждение определя техния характер. Възможно е той да реши, че длъжностите са сходни, независимо, че различните им задължения са повече на брой от еднаквите. Както и обратното, независимо че само едно или две задължения са различни, поради факта, че са съществените за длъжностите, според него са достатъчни за извода, че длъжностите са различни. Като резултат, често в практиката различните съдебни инстанции постановят решения, в които едни и същи длъжности се определят като различни, сходни и дори като еднакви. Фактът, че могат да се дадат множество подобни примери не представлява изненада, защото е пряка последица от суверенната и конкретна за всеки отделен случай преценка на съдебния състав. Разбира се, изложението

не иска да внуши, че съдът е субективен или неподготвен правилно да решава съответните спорове. Точно обратното, считам, че независимо от опита и богатата практика, подходът, който изисква конкретна преценка, впоследствие позволява и различното тълкуване и решаване на трудовите спорове. В същото време въпросите, свързани със забраната за договаряне на изпитване, са важни и с голямо практическо значение, и считам, че е необходимо ВКС да се произнесе с Тълкувателно решение с цел уеднаквяване на съдебната практика.

В Кодекса на труда **няма ограничения по отношение на броя на клаузите за изпитване**, които едни и същи страни имат право да договорят по трудовото правоотношение. Следователно те **имат право да договорят неограничен брой клаузи, стига всяка една от тях да е за изпитване на длъжност, която се различава от всички предходни длъжности**. Подчертавам, че става въпрос за длъжност, която трябва да се различава не само от предходната, а от всички длъжности, които са съществували по трудовите правоотношения между същите страни. Като че ли изводът има по скоро теоретично, а не практическо значение, защото едва ли твърде често се срещат случаи, при които с оглед своето образование и квалификация, служителите могат да заемат и изпълняват повече от четири-пет различни длъжности. Независимо от това, е важно е че по силата на Кодекса на труда, **всяка нова и различна от предходните длъжност е основание за договаряне на нова клауза за изпитване**.

Законодателят не урежда други, различни от посочените ограничения по отношение на длъжността, за която изпитване се договаря. Следователно, страните имат право да договорят изпитване **за всяка длъжност, независимо от сложността, тежестта и естеството на трудовите задължения, както и независимо от вида и степента на образованието, което се изисква за нейното заемане**. В този смисъл чл. 70, ал. 1 КТ, който урежда, че изпитването се договаря, когато работата изисква да се провери годността на служителя да я изпълнява, създава едно **напълно невярно впечатление**, което много често води до неправилно тълкуване и прилагане в практиката. Разпоредбата подвежда, че става въпрос само за длъжности с „особено естество“ или с „особена сложност“, които да налагат и необходимостта от изпитване на „годността“ на служителя да се справи с тяхното изпълнение. Тя е некоректна и в още едно отношение, и по-точно, че ако длъжностите не са с подобно „специфично“, в смисъл „сложно“ за изпълнение съдържание, уговорка за тяхното изпитване не може да се договаря.

Това не е вярно поради няколко аргумента. Подобно тълкуване влиза в противоречие с всички останали алинеи на чл. 70 и чл. 71 КТ, които **не съдържат аргументи в подкрепа на тезата, че договарянето на изпитването зависи от съдържанието на длъжността и не е допустимо за всички длъжности**. Също така договарянето на изпитване само за една част от

длъжностите, и по-точно тези, **които са по-сложни/специфични за изпълнение, води до пряка дискриминация на служителите, които ги заемат.** Те се оказват в **по-неблагоприятно в сравнение с всички останали служители правно положение**, защото трябва да търпят правните последици от изпитването, и работодателят може лесно и бързо да прекратява само техните трудови правоотношения. Служителите, които не изпълняват такива сложни/специфични длъжности, се оказват съществено облагодетелствани, поради факта, че по техните отношения изпитване „не може да се договаря“. В този смисъл считам, че както запазването на текста в Кодекса на труда, така и механичното му възпроизвеждането от страна на теорията, не само не подпомагат, а реално затрудняват тълкуването и прилагането. Изводът е, че клаузата за изпитване може да се договаря, както за длъжности с еднотипни, не особено сложни за изпълнение дейности, които не изискват опит, висока степен на образование или особено умения, така и за длъжности, включващи сложни, разнообразни и трудни за изпълнение дейности, изискващи висока степен на образование, опит и множество умения³¹.

Вторият елемент от клаузата за изпитване е срокът, в който тя е в сила и поражда специфичните си правни последици (по арг. чл. 70, ал. 1 КТ). Постигайки съгласие за срока, страните договарят **периода от време, в рамките на който субективното право на едностранно прекратяване въз основа на клаузата за изпитване, може да се упражни.** Страните договарят срок, чиято продължителност не може да е повече от 6 месеца (по арг. чл. 70, ал. 1 КТ). Правната норма е диспозитивна с императивен максимум и **не позволява договарянето на по-дълъг от 6 месеца срок**³². Всяка договорна клауза, която определя по-голяма продължителност, влиза в противоречие с императива на разпоредбата, недействителна е и не поражда правни последици. Налице е частична недействителност, при която разпоредбата в чл. 70, ал. 1 КТ замества недействителната уговорка и срокът на изпитване по конкретно правоотношение е 6 месеца. Законодателят не урежда минимална продължителност на срока, затова страните разполагат с пълна свобода да договорят всяка една продължителност, която реализира техния интерес. Действителни са уговорки, които определят срок на изпитването от 1 седмица, 1 месец, 4 месеца, 5 месеца и половина и т. н. Страните могат да договорят срокът да тече в месеци, в календарни или дори в работни дни, стига сумарно да не надвишава 6-те календарни месеца. При условие, че страните са договорили клауза за изпитване, *но са пропуснали да договорят срока на нейното действие*, разпоредбата на КТ замества липсващата клауза и срокът е 6 месеца.

Законодателят не урежда забрана за договаряне на срокове с различна продължителност, в случаите когато клаузата е в полза и на двете страни по

³¹ Виж **Милованов**, Крюгер. цит. съч., 79; **Мръчков**, Васил. Трудово право, 264–277.

³² Виж **Василев**, Атанас, цит. съч., 148; **Мръчков**, Васил. Трудово право, 246.

правоотношението (по арг. чл. 70, ал. 1 КТ). Следователно, **действителни са както сроковете с една и съща, така и тези с различна продължителност на действие на клаузите за изпитване в полза на работодателя и на служителя.** Допустима е всяка една от следните хипотези: сроковете по двете клаузи да са с една и съща продължителност; срокът на клаузата в полза на работодателя да е по-дълъг в сравнение със срока на клаузата в полза на служителя или срокът на клаузата в полза на служителя да е по-дълъг от този на клаузата в полза на работодателя.

Страните могат да договарят продължителността на срока, **но не и момента, в който той започва или спира да тече, както не и момента, в който срокът изтича** (по арг. чл. 70, ал. 4 КТ). Срокът започва да тече от момента, в който служителят не само постъпва на работа, но и реално започва да изпълнява длъжността, за която изпитването е договорено. При условие, че той постъпва на работа, но вместо да изпълнява трудовите си задължения, се включва в различни обучения, тренинги, инструктажи и други, срокът не започва да тече. Съответно срокът тече винаги, когато служителят изпълнява длъжността, и спира да тече, когато не го прави, независимо от причината за това. Посочените правни положения се уреждат императивно в Кодекса на труда и страните нямат право да ги договарят по начин, който им противоречи. Въпреки това, в практиката се срещат договорки, които в противоречие на чл. 70, ал. 4 КТ определят момента, в който срокът на клаузата за изпитване започва, респективно спира да тече. Така например, срокът на изпитване започва да тече два месеца след учредяване на правоотношението, независимо, че служителят е започнал своята работа още на седмия ден от сключване на трудовия договор; или, че срокът не тече, когато служителят е в командировка, независимо, че и тогава той изпълнява длъжността, за която изпитването е договорено.

В практиката все по-често се поставя един интересен въпрос, на който изложението следва да отговори. Дали става въпрос за нова клауза за изпитване или за същата клауза с променен срок в случаите, когато преди срокът по съществуващата клауза за изпитване да е изтекъл, с допълнително споразумение по чл. 119 КТ страните удължат неговата продължителност. Разбира се, при положение, че това удължаване е в рамките на 6 месечната максимална продължителност на срока на клаузата за изпитване. В зависимост от отговора възникват различни правни последици. При условие, че е налице нова клауза за изпитване, тя нарушава императивната забрана за повече от една клауза за една и съща длъжност, между едни и същи страни по правоотношението. И обратното, ако се „запазва“ съществуващата клауза, то тя не само е действителна, но и предоставя възможност на страната, в чиято полза е договорена, за един по-дълъг период от време едностранно да прекрати правоотношението.

Моето мнение е, че става въпрос за нова, втора във времето клауза за изпитване поради следните аргументи. Независимо, че в клаузата за изпитване

има три елемента, нито един от тях не е самостоятелен и „различен“ от нея модалитет и затова всяка промяна в елементите е всъщност промяна на клаузата за изпитване. В този смисъл **промяната на „срока“ като един от трите елемента в състава на клаузата за изпитване и е промяна на самата клауза като модалитет.** А всяка промяна на вече съществуващата по правоотношението клауза на практика означава договаряне на нова такава, което както вече бе посочено е допустимо само за нова за страните длъжност, каквато в случая липсва. Следователно, така нареченото „удължаване“ на срока на клаузата на практика е договаряне на втора във времето клауза за изпитване на една и съща длъжност между едни и същи страни. Новата клауза противоречи на императивната забрана в Кодекса на труда, недействителна е и не поражда правни последици.

Третият елемент от клаузата за изпитване е страната, в чиято полза изпитването се договаря (по арг. чл. 70, ал. 2 КТ). Законодателят предоставя свобода на страните при договарянето на това, в чия полза е клаузата за изпитване, респективно – кой има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение. Клаузата може да е в полза само на едната страна, независимо дали става въпрос за работодателя или за служителя, както и в полза на двете страни³³. При условие, че пропуснат да договорят в чия полза е изпитването, е налице частична недействителност, при която разпоредбата на чл. 70, ал. 2 КТ замества липсващата клауза, и изпитването се счита в полза и на двете страни.

В практиката се поставя въпросът коя от разпоредбите, тази по чл. 66 КТ, по чл. 67 КТ или по чл. 70 КТ е „водеща“ и следва да бъде посочена на първо място в трудовия договор или в допълнителното споразумение по чл. 119 КТ. В продължение на години той се генерира от практиката на Инспекцията по труда, която дава задължителни предписания за изписване по точно определен ред на тези разпоредби, първо чл. 66, след това чл. 67 и най-накрая чл. 70 КТ. Според мен отговорът няма правно значение, защото не начинът на тяхната подредба, а спазването на законовите изисквания обуславя действителността на клаузата за изпитване. Проблемът, който е важен и е с реално практическо значение, е по-различен. Налице ли е клауза за изпитване, ако страните са посочили чл. 70 КТ като основание за сключване на трудовия договор или допълнителното споразумение, но в тяхното съдържание няма текст, от който да се направи заключение, че договарят клауза с такова съдържание. Отговорът следва да е отрицателен поради факта, че само **позоваването на чл. 70 КТ не е достатъчно за безспорност на извода за наличие на действителна воля на страните за пораждаване на свързаните с клаузата правни последици.** Поради техния специфичен характер, считам че следва да се търси изрично изразена воля в този смисъл, още повече че законодателят е склонен да попълва липсата на един или друг елемент, който страните са пропуснали да

³³ Виж **Василев**, Атанас, цит. съч., 147; **Мръчков**, Васил. Трудово право, 245.

договорят в състава на клаузата, но само при условие, че изрично са изразили желание за нейното наличие по правоотношението.

5. Изводи

Клаузата за изпитване е специфичен по своята природа модалитет, който поражда различни в сравнение със срока правни последици. Целта на клаузата е да позволи на титуляра, включително и на работодателя, лесно и бързо да прекрати правоотношението, когато не желае то да продължава да съществува за в бъдеще независимо от причините за това. Тя е правното основание за упражняването на специфично субективно право, което позволява изключително бързо и лесно прекратяване на трудовото правоотношение. Разбира се законодателят съществено ограничава възможностите за съществуването на това субективно право, уреждайки забрана за договаряне на повече от една клауза за изпитване за една и съща длъжност между едни и същи страни по правоотношението. Прилагането на различните параметри на забраната поставя множество практически проблеми, на които теорията не дава аргументирани отговори.

В същото време действащата правна уредба създава допълнителни затруднения във връзка с прилагането и тълкуването на клаузата за изпитване. В този смисъл, преосмислянето и промяната в разпоредбата на чл. 70 КТ би отразило безспорно установени към момента правни положения и би подпомогнало избягването на такива за в бъдеще. **Правилно би било de lege ferenda** използваната в разпоредбите на чл. 70 и чл. 71 КТ терминология „срок за изпитване“ да се замени с „клауза за изпитване“. **Предложението de lege ferenda е разпоредбата в на чл. 70 КТ** да се промени, както следва: алинея 1 „Страните имат право да договорят клауза за изпитване със срок на действие до 6 месеца. Клаузата за изпитване се договаря едновременно с длъжността, за чието изпитване се въвежда“; алинея 2 „Страните договарят в чия полза е клаузата за изпитване и ако не го направят, се приема, че клаузата за изпитване е в полза и на двете страни“; алинея 3 „По време на действие на клаузата на изпитване страните имат и упражняват всички трудови права и задължения“, алинея 4 „В срока на действие на клаузата за изпитване не се включва времето, през което работникът или служителят не е изпълнявал длъжността, за чието изпитване клаузата е договорена“ и алинея 5 „За една и съща длъжност с един и същ работник или служител и с един и същ работодател се договаря само една клауза за изпитване“. **Предложението de lege ferenda е разпоредбата в на чл. 71 КТ** да придобие следното съдържание: „До изтичане на срока на действие на клаузата за изпитване страната, в чиято полза тя е договорена, може да прекрати договора без предизвестие“.

ЛИТЕРАТУРА

- Василев**, Атанас. Трудово право. [Учебно помагало]. Бургас: БСУ, 1997. 608 с.
- Гевренова**, Нина. По някои въпроси за определените срокове на индивидуалните трудови правоотношения. В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнината на проф. д.ю.н. Васил Мръчков. София: Труд и право, **2014**, 277–298.
- Генова**, Ярослава. Предприятието ползвател в индивидуалното трудово правоотношение, Пловдив: УИ „Паисий Хилендарски“, 2015. 376 с.
- Койчева**, Райна. Някои правни въпроси на труда чрез предприятие, осигуряващо временна работа. В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнина на проф. д.ю.н. Васил Мръчков, София: Труд и право, 2014, 245–262.
- Милованов**, Крюгер. Трудов договор. Сключване. Изменение. Прекратяване. 2. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2008.
- Мингов**, Емил. Особенности на трудовите правоотношения на работниците и служителите с работодател, осигуряващ временна работа. *Норма*, 2012, №2, 12–28.
- Мръчков**, Васил. Договорът в трудовото право. София: Сиби, 2010. 288 с.
- Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**. Коментар на Кодекса на труда. 12 прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2016. 1224 с.
- Мръчков**, Васил. Трудов договор с предприятие, което осигурява временна работа. Трудови отношения. Книга-годишник. София: Труд и право, 2013.
- Мръчков**, Васил. Трудово право. 10. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2018. 1000 с.
- Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. прераб. и доп. изд. София: Софи-Р, 2002. 680 с.
- Радоилски**, Любомир. Трудово право на Народна република България. София: ДИ Наука и изкуство, 1957. XVIII, 760 с.
- Средкова**, Красимира. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. [Лекции]. С., Унив. изд. Св. Кл. Охридски, **2011**. 544 с. (Цит. лит.: под линия и в кр. на всяка гл.; предм. поазалец: с. 533–541).
- Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II. [Учебник за студенти-юристи]. Плевен: печ. Ал. Пъшев, 1973. 384 с.

Дадена в Катедра „Трудово и осигурително право“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Емил Мингов

ПОГЛЕД В БЪДЕЩЕТО НА РАБОТНАТА СИЛА В ЕПОХАТА НА ЦИФРОВАТА ИКОНОМИКА

ЕМИЛ МИНГОВ*

Катедра „Трудово и осигурително право“

Резюме: Във времената на постиндустриалната епоха, където изкуственият интелект намира все повече място в общественото производство, въпросът за бъдещето на работната сила поставя нови интересни идеи, предмет на които е настоящата статия. Опасността хората да останат без работа поради загуба на работните им места поставят на преден план въпросите на образованието и плана за бъдещето, като се вземе предвид възможността в един ден да сме заместени от нещо или някой, който не изисква нито почивка, нито права, нито заплата.

Ключови думи: Изкуствен интелект, автоматизация на труда, роботизиране на производството, закриване на работни места, ново мислене за пазара на труда, подкрепата на сегашната работна сила, високо образование, план за обучение и по-високи стандарти.

* Професор по трудово и осигурително право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

THE FUTURE OF THE WORKFORCE IN THE DIGITAL ECONOMY ERA

EMIL MINGOV*

Labour Law and Social Security Department

Abstract: In the times of the post-industrial era, where the artificial intelligence finds more and more space in public production, the question of the future of the workforce poses interesting issues that are the subject of this article. The danger of people getting out of work due to job losses puts the problem of education and the plan for the future at the forefront, taking into account the possibility of one day being replaced by something or someone who requires neither rest, rights or salary.

Key words: Artificial intelligence, robotization of production, losing of workplaces, new thinking about the labor market, support for the current workforce, high education, training plan and higher standards.

„Много отдавна, в една далечна галактика.....“ така може да прозвучи сега това, което от десетилетия се повтаряше като мантра, че „общественото производство е в основата на съществуването на човека. Защото преди да се занимават с наука, изкуство, политика, хората трябва да си осигурят минимум средства за живот: покрив над главите, дрехи, храна. Ето защо, за да се разберат сложните връзки на обществените отношения, икономически връзки, социални процеси и да се определи посоката и тенденциите в тяхното движение, първо трябва да е налице общественото производство“. А под производство се разбира процесът на въздействие на човека върху обекти и сили на природата като ги приспособява към едни или други свои потребности. В него участват три компонента: работната сила на човека, предметите и средствата на труда. Всичко това знаем от времето на немския икономист и философ от XIX век Карл Маркс, който определя личния и веществения фактор на производството. Личният фактор в този процес се явява човекът с неговата работна сила, а вещественият фактор са средствата и предметите на труда.

Върху това е построена цялата философия на икономическата теория на общественото производство като източник на всякакво благополучие. Това е така, но е важно за закономерностите във времената до приключване на индустриалната епоха, действащи в съответния отрязък от време и където все още не съществува изкуственият интелект. Защото с неговото появяване нещата съществено се промениха. Ние вече навлизаме и живеем в друга епоха – четвъртата, постиндустриалната, където иновациите и високите технологии се развиват с такива темпове, че вече посочените постулати за факторите на

* Professor in Labour Law and Social Security at the Faculty of Law, University of Sofia „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

икономическото развитие са верни, но са валидни за една друга реалност. Защо ли? Защото ето какво се получава!

От така посочените три фактора за растежа на общественото богатство – капитал, природни ресурси и работна сила(човека) два се оказват оскъдни, а третият е излишен. Навлизащите все по-бурно интелигентни роботизирани системи отправят съвсем нови предизвикателства, а именно – отпадане на нуждата от хора за редица професии, чийто функции ще бъдат иззети от изкуствен интелект и технологии, основани на робототехниката, която се справя по-добре при изпълнението на умствените и физически задачи, от които се състои по-голямата част от трудовите функции в днешно време.¹ Замяната на такива сложни видове човешка дейност нарушава установения ред в цели видове професионални дейности и водещи до автоматизирането на такива сложни човешки дейности като управление на автомобил или управление на проект и дори включване на правни, консултантски, търговски и транспортни услуги.² И това е разбираемо, тъй като изкуственият интелект може да допринесе допълнителни 1,2 процента към растежа на годишния брутен вътрешен продукт за следващото десетилетие, както показва симулацията на McKinsey Global Institute. До 2030 година изкуственият интелект ще донесе още \$13 трилиона към световната икономика, което поставя позитивния ефект на технологията наравно с парния двигател, например, казват от института, цитирани от CNBC. Оттам се очаква, че около 70 процента от компаниите ще възприемат под една или друга форма технологията до края на следващото

¹ Колцентровете на крупните компании активно внедряват програми за автоматизирано обслужване на клиентите. Технологичните иновации вече могат да разпознават реч, да дават съвети и да работят с жалби. Половината пекари и сладкари смятат, че 3D принтерите ще се справят с работата им не по-зле от тях. Между отмиращите професии е и тази на мениджърите в туризма. Доказателство е растящият брой на сайтове за покупки на билети и резервации за хотели онлайн.

² Почти всички адвокатски кантори в Лондон масово използват или планират да използват изкуствен интелект в работата си. Целта е напълно да се премахне човешкият фактор в процеса на създаване, обработване и проверка на правни документи. Според проучване на консултантската компания CBRE, която обхваща повече от 100 юридически кантори, 48% от тях вече използват изкуствен интелект в своя бизнес и 41% възнамеряват да направят същото в близко бъдеще. Проучването установи също, че 61% от компаниите, които използват изкуствен интелект го прилагат в обработката на правни документи. Почти половината от фирмите го използват за проверка на документи, а 42% – за изследвания. Около една трета от изследваните фирми разчитат на изкуствен интелект, за да осъществят административна правна помощ. Миналата година, международната правна кантора Baker&Hostetler нае първия адвокат с изкуствен интелект. Името му е ROSS. Според изпълнителния директор и съосновател на кантората, Андрю Аруда, други фирми също са подписали лицензионни договори за използването на ROSS и скоро ще го обявят. ROSS може да открие дори най-неясните формулировки отпреди десетилетия и да даде своето адекватно мнение по случаите.

десетилетие, а значителна част от огромните корпорации ще се възползват напълно от нея.

През 2014 година американският професор Джозеф Стиглиц, лауреат на Нобелова награда по икономика за 2011 г. публикува своето изследване „Иновации и безработица“. В него той отбелязва последиците от внедрените иновации, водещи до намаляване потребността от неквалифицирана работна сила. Автоматизацията заплашва една от най-надеждните стратегии, към които прибягваха бедните страни, за да привлекат чуждестранни инвеститори- евтината работна ръка. Но интелигентните машини стават все по-евтини и съвършени и все по-често ще заменят човешкия труд. Според прогнозите на експертите през 2025 година само в САЩ заради автоматизацията на труда без работа ще останат 22,5 милиона американци. При това- заплашени са трудолюбците се във всички области на икономиката. На първо място са работещите в транспорта и товарните превози заради настъплението на безпилотните влакове, автобуси и автомобили. Според икономистите в следващите десет години ще започне масово преминаване към автономни машини в различни сектори – в промишлеността, в селското стопанство, в товарния транспорт. Пазарът на тези технологии расте с една трета всяка година.³ Основните опасения се предизвикат от това, че независимо от радикалното увеличаване на ефективността на производството, което се дължи на въвеждането в производството на изкуствен интелект, обикновените хора остават без работа, защото тя им се отнема от интелигентните машини. Технологиите вече са съкратили значително работната сила, променяйки традиционните методи на производство и системно унищожават работните места. Една от областите, където се очаква изкуственият интелект (AI) да навлезе масово е търговията на дребно. От Business Insider Intelligence предвиждат бум на роботизирания интелект да има в търговията на дребно, както и в целия търговски сектор. Очаква се технологията да се интегрира в тази дейност до 2035 година, което ще доведе до бизнес вълнения и много инвестиции от страна на компаниите.

Най-активно изкуственият интелект ще се използва за персонализация на продажбения процес и в програмите за директна връзка с потребителите. Чат софтуерите ще работят непрестанно и ще отговарят веднага на клиентите.

³ И това е едва началото. Бързата еволюция на изкуствения интелект и роботите могат да закрийт между 400 и 800 милиона работни места в цял свят до 2030 г., посочва ново изследване на McKinsey Global Institute. Според изследователите до 60% от дейностите могат да бъдат автоматизирани. Докладът твърди, че загубата може да бъде компенсирана от увеличаване на продуктивността, икономическия растеж и други фактори. Но все пак запазването на висок процент заети ще бъде твърде трудно, тъй като икономиката и пазарът на труда ще имат нужда от пълна промяна. Малко по-бавен темп на автоматизация ще постави под риск 39 милиона работни места в САЩ, а по-бърз – 73 милиона. Въпреки потенциалните загуби, около 20 милиона души могат да бъдат преместени на позиции, в които дневните им задачи ще се различават от досегашните, но не твърде много.

Те ще предлагат и алтернативен контакт със служител. Тъй като еуфорията и липсата на разбиране за предназначението на иновацията се засилват, става все по-трудно да не се забравя за истинския негативен ефект, а именно закриването на много работни места.

От друга страна изкуственият „продавач“ няма нужда от заплащане и така приходите на търговските компании ще нарастват значително. Според 64% от анкетиранияте от Business Insider Intelligence компании едно от най-сериозните предизвикателства пред тези, които искат да внедрят иновацията, е липсата на умения и талант у служителите, които би трябвало да използват изкуствения интелект. Машинното инженерство ще позволява на роботите да извършват операции без да е необходимо да се програмират всеки път. Иновативната технология ще може да анализира големи обеми от данни, за да предвиди бъдещите тенденции и поведение на потребителите. През 2018 г. беше открит магазин на американската фирма Amazon за продажба на стоки без нито един продавач. Просто няма нужда от такива. Успехът на този вид магазини дава основание на компанията да го приложи към всички магазини от веригата си, в резултат на което се очаква да бъдат освободени от работа 3.5 милиона продавачи. McDonald's започна напълно да автоматизира веригата за бързо хранене. Изграждането на верига за бързо хранене, управлявана изцяло от роботи (с двама или трима души за поддръжка), за компанията всъщност е по-евтино от обучението и назначаването на хора за сектора на услугите. И това не са единични случаи. Според доклад, публикуван през февруари 2016 г. от Citibank с подкрепата на Oxford University, 47% от работните места в САЩ са изложени на риска от автоматизацията. За Великобритания цифрата е 35 на сто. За страните от ОИСР (Организацията за икономическо сътрудничество и развитие), цифрата средно ще е 57 на сто, а най-много ще бъде засегнат Китай, където ще бъдат автоматизирани около 77 процента от сегашните работни места. Подобна картина чертае изследването на Pricewaterhouse Coopers. Докладът, в който са анализирани повече от 200 000 работни места в 29 държави, предвижда 3 етапа на автоматизация до средата на 30-те години на XX век, което в крайна сметка ще засегне почти една трета от работещите в Обединеното кралство. Първата вълна – на алгоритъма – вече е в ход. Тя ще засегне финансови, професионални и технически услуги, информационни и комуникационни дейности, свързани с анализ на структурирани данни и прости цифрови задачи, като кредитно отчитане. Тази вълна ще продължи до средата на 20-те години на XXI век и ще засегне 2-3% от работните места.

Втората вълна е на разширяването и ще има динамично взаимодействие с технологиите за кариерна подкрепа и вземане на решения. Тя ще включва авиационни дрони, роботи в складове и полуавтономни коли. Промяната ще се усети във всички промишлени сектори, като отново ще има най-голямо влияние върху финансовите услуги. Тази вълна ще продължи до края на 20-те години на XXI век и ще засегне 20% от работните места.

Третата вълна е на автономията. Тогава изкуственият интелект ще анализира данните от множество източници, ще взема решения и ще извършва физически действия с малко или никакво човешко участие. Промяната ще се усети в транспорта, производството и търговията на дребно. Тази вълна ще продължи до средата на 30-те години на XXI век и ще засегне 30% от работните места. В случая, както се казва, нищо лично, те просто правят това, което трябва да направят капиталистите – да сведат до минимум разходите и да увеличат печалбите си. Не случайно в редица страни се поставя въпросът за безусловния базов доход, който по същество е форма на социално подпомагане за всички или за определена категория хора.

Несметното число прогнози за това, че по-голямата част от сегашните трудови функции в предстоящите десетилетия могат да преминат в автоматизиран режим, не е причина за масова и непосредствена паника. Но подобряването на когнитивните способности на машините може да доведе до промяна в модела на заработване на средства за съществуване на хората и оттам на модела на живот в обществото. „Назрял е моментът за пълна промяна и ново мислене на пазара на труда. Не е нужно бъдещето да бъде битка между човека и робота. Създават се нови работни места и много хора имат възможност да поемат по-удовлетворяващи роли, но те ще изискват съответното обучение“, посочва Джонас Прайсинг, председател и главен изпълнителен директор на Manpower Group. По думите му имащите, или хората с търсени умения, могат да станат по-продуктивни, използвайки нови инструменти в индустрии като ИТ или инженерство, а заплатите им ще продължат да растат.⁴ Но заплатите на нямащите, или хората с нискоквалифицирани или остарели умения ще останат на едно място или ще намаляват, тъй като този тип работа все повече ще се опростява или автоматизира. Автомобилните компании например, обикновено наемащи на работа хора с основно или средно образование, сега търсят да назначат на средни по квалификация длъжности в производството лица с математически знания, съответстващи в Съединените щати на началните класове на коледжите. Новите технологии превърнаха старата неквалифицирана

⁴ На едно от първите места ще е умението да се бори с промишлена роботехника В заводите от ново поколение работници почти няма да има. Една от най-големите жертви на автоматизацията ще бъдат хората, работещи на монтажната линия, които правят малките части подходящи за по-големи части, за да изградят музикален плейър, конзола за игри, смартфон и т.н. Всъщност в Китай вече е започнала революция. По-конкретно, в град Донггуан, провинция Гуангдонг. Там, технологична компания е открила фабрика, в която е намалила броя на служителите от 650 на 60, а производството е нараснало с 162,5%. От компанията заявиха, че планират да намалят броя на служителите си до едва 20 в близко бъдеще. На второ място ще расте необходимостта от програмисти и от хора, владеещи 3D моделирането. Нови ще бъдат и длъжностите, заемани от професионалисти, знаещи как да интегрират всички елементи на завода в единна мрежа. Ще се появят и хора, „администратори на предприятието“, които ще следят „умното оборудване“ правилно да работи

работа на конвейра в нови видове работа, които изискват много повече образование и умения. Работникът-заварчик се заменя с робот и работните места се прехвърлят на онези, които имат необходимата квалификация за ремонт на роботи. Автомобилната индустрия вече наема хора, които са учили в колежи или дори са завършили колежи – „Бъдещето е изпълнено с възможности и растеж, но продължаващото учене и развитие на уменията на човешкия капитал са от изключителна важност“, смята Прайсинг.

Изследването на Manpower Group приема, че цялата екосистема на производителите, правителствените органи, образователните институции и работната сила трябва да си задават следните въпроси и да им отговорят:

– Какво трябва да се направи, за да се постигне успех в адаптирането на цифровите технологии в дизайна и производството?

– Какви са знанията и уменията, необходими за внедряване и използване на цифровите технологии?

– Как да се опише работата, която трябва да се извърши, позицията, ролята и работната сила, която да го направи?

– Как може да се промени съществуващият труд и работните места, за да се улесни прехода и трансформацията на производството в глобален мащаб?

Тази нова ера на труда ще изисква нови правила и работодателите ще имат нужда от гъвкавост и таланти, за да успеят. Несправедливо е да не се отбележи, че роботизацията също така може да създаде нови работни места, изискващи развитие на услуги за персонала по поддръжка, контрол, техническа поддръжка и т.н. Отчасти това се разглежда като решение на проблема с безработицата, което обаче е вярно само в случай на значително увеличаване на уменията на съществуващия персонал.⁵ Това само по себе си е допълнителна тежест за всяка публична или частна структура и отново ще изисква политическо решение.

Според Клаус Шваб, основател на Световния икономически форум, в бъдеще талантът, а не капиталът ще бъде критичният фактор на производството.

⁵ Според оценката на Световния икономически форум технологичното развитие ще доведе до загуба на над 5 милиона работни места в 15 развити и развиващи се икономики. В същото време ще бъдат създадени 2.1 милиона нови работни места в областта на компютърното инженерство и математиката. Ето защо политиците трябва да предприемат навременни мерки, за да осигурят на работната сила подходящите умения за новите работни места, ако искат да се възползват от възможностите, предоставени от цифровизацията. Необходимо е по-добро планиране на политиките с оглед насърчаване на създаването на устойчиви и висококачествени работни места. Определянето на правилните умения, които отговарят на нуждите на работодателите и предвиждането на бъдещи потребности от умения, е първата стъпка за ефективно планиране на политиките в областта на образованието, обучението и заетостта. Поради това разработването на иновативни политически подходи и силната връзка между придобитите умения и нуждите на пазара на труда са ключови фактори за насърчаване на продуктивна и висококачествена заетост и увеличаване на участието на пазара на труда.

Това ще доведе до пазар на труда, разделен още повече на „нискоквалифицирани умения/ниско заплащане“ и „висококвалифицирани умения/високо заплащане“, което на свой ред ще доведе до повишаване на социалното напрежение. Затова в изследванията на Световния икономически форум в Давос справедливо се посочва, че изключително важно е компаниите да имат активна роля в подкрепата на сегашната работна сила чрез преквалификация, така че тези хора да имат проактивен подход към тяхното учене през целия живот, а правителствата да създават благоприятна среда, за да помогнат. В предстоящата ера на изкуствената интелектуална индустрия онези държави, които не правят необходимите инвестиции в квалификации, научноизследователска и развойна дейност, инфраструктура, фабрики и оборудване, които не желаят да провеждат макроикономически политики, които да са в съответствие със суровите изисквания на пазара на труда, просто ще имат много хора на дъното на работната си сила. много ниски заплати, падащи по-ниско и по-ниско. Хората без квалификация, които живеят в богатите страни, вече няма да получават автоматично високи заплати. Роботизирането на производството и въвеждането на нови технологии е опасен процес и изисква внимателен подход към всеки от неговите аспекти. Намаляване на работните места и укрепване на стратификацията в обществото, осигуряване на по-високи производствени стандарти и пробиви в производствените области и това нееднозначно, но обективно закономерно явление, засяга основната същност на нашето общество, неговия живот и работа.

Какъвто и сценарий да се развие, поне една трета от работната ръка в САЩ трябва да бъде преквалифицирана. За Япония този дял е половината. При същия сценарий Китай и Индия ще загубят 236 и 120 милиона работни места съответно. За Япония най-лошият сценарий е 30 милиона, а за Германия – 17 милиона. Работните места, които са най-застрашени от изчезване, най-често са свързани с физически труд или лесно предвидими действия – като например оператори на машини или продавачи в ресторанти за бързо хранене. Таксиметровите шофьори също трябва да обмислят преквалификация, както и касиерите. Позициите, които ще останат в ръцете на хората, са свързани с високо образование и вземане на решения – мениджъри, инженери, учени, учители, лекари.

Отговорите на въпросите, които ни предстоят, трябва да бъдат намерени чрез съвместните усилия на техническите, социалните и политическите науки през следващите години. На това се настоява и в становището на Европейския икономически и социален комитет, където се посочва, че огромните възможности, които предлагат новите технологии, трябва да бъдат от полза за всички: работници, граждани и предприятия. В това развитие не трябва да има губещи. Политиките трябва да бъдат приоритетно насочени към укрепването на индивидуалното развитие, с цел всички граждани да придобият добри умения, и към колективно организираните системи за социална сигурност с

оглед на улесняването на достъпа до обезщетенията за социална сигурност, както е предвидено в Хартата на основните права, в приоритетите, провъзгласени от европейските институции в Гьотеборг в рамките на европейския стълб на социалните права, и в конвенциите на МОТ. Работните места може да се променят под въздействието на автоматизацията, цифровизацията и изкуствения интелект (ИИ).

Европейският икономически и социален комитет счита, че актуализирането на уменията на европейските работници е приоритетен въпрос, по-специално за онези, чиито равнища на квалификация и остарели умения не им позволяват да заемат нови работни места или работни места, които ще бъдат изменени от технологията. Комитетът подчертава спешната необходимост от политика, на равнището на ЕС и в държавите членки, в полза на преобразуване на първоначалното обучение и обучението през целия живот с цел благоприятстване на подходящи педагогически методи, в състояние да развиват творческите и цифровите умения, които са все по-необходими на новите работни места.⁶ Остава ни задачата да бъдат внимателно разгледани въпросите на образованието и плана за бъдещето, като се вземе предвид възможността в един ден да сме заместени от нещо или някой, който не изисква нито почивка, нито права, нито заплата.

Дадена в Катедра „Трудово и осигурително право“ – април 2019 г.
Рецензент – доц. д-р Нина Гевренова

⁶ **СТАНОВИЩЕ.** Европейски икономически и социален комитет. Концепциите на ЕС за управление на прехода в цифровизирания свят на труда — ключов принос за Бяла книга на ЕС относно бъдещето на труда. [Проучвателно становище по искане на австрийското председателство]. Брюксел, 11 юли 2018 г. [Заклучение и препоръки, 1.2, 1.3.]

ЗА НЯКОИ ОСОБЕНОСТИ НА НЕТРАВМАТИЧНОТО УВРЕЖДАНЕ КАТО ЕЛЕМЕНТ ОТ ФАКТИЧЕСКИЯ СЪСТАВ НА ТРУДОВАТА ЗЛОПОЛУКА

ЦВЕТА ПОПОВА*

Катедра „Трудово и осигурително право“

Резюме: Изследва се нетравматичното увреждане като особен случай на трудовата злополука. То представлява болест – отклонение от нормалното здравословно състояние, което не е причинено от травма, а е свързано с екстремни условия на полагания труд. Доказва се, че за да се признае за трудова злополука нетравматичното увреждане, то следва да е във функционална връзка с работата. С направения анализ на особеностите му и на затрудненията в административната и в съдебната практика по квалифицирането му и по определяне на характера на връзката му с работата се обосновава необходимостта от усъвършенстване на правната му уредба.

Ключови думи: нетравматично увреждане, трудова злополука, болест, функционална връзка между работата и увреждането.

* Главен асистент по трудово и осигурително право в Катедра „Трудово и осигурително право“ на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право; seropova@uni-sofia.bg

ON ISSUES CONCERNING THE NON TRAUMATIC AS AN FACTUAL ASPECT OF THE ACCIDENT AT WORK

TSVETA POPOVA*

Labour Law and Social Security Department

Abstract: The non-traumatic injury is examined as a particular case of work accident. It is a disease – a deviation from normal health conditions, which is not caused by trauma but is related to extreme work conditions. The study proves that a non-traumatic injury could be qualified as a work accident, in case there is a functional connection with the work conditions. The specifics of the non-traumatic injury as well as the complicated administrative and judiciary practice of qualifying it as a work accident and determining its relation to the work conditions, justifies a necessity for improvement of the legislation.

Key words: non traumatic injury, an accident at work, disease, connection between the injury and the work.

Трудовата злополука, настъпила от нетравматично увреждане, претърпява противоречива уредба в българското осигурително законодателство. Изясняването на елементите от нейното съдържание поражда във времето затруднения при квалифицирането ѝ от осигурителния орган, както и множество съдебни спорове. Това налага особеностите на нетравматичното увреждане да бъдат разгледани по-задълбочено.

1. Правна уредба

До влизането в сила на Кодекса за социално осигуряване (КСО)¹ от 1958 г. българското законодателство² допуска не само травматичното, но и всяко увреждане на здравословното състояние, настъпило в резултат на работа при извънредни обстоятелства или ненормални за дадена професия условия, да бъде признато за трудова злополука, ако такива работа или условия са довели до временна неработоспособност,³ инвалидност или смърт на осигуреното лице.

* Assistant professor in Labour Law and Social Security at the Faculty of Law, University of Sofia „St. Kliment Ohridski“, Ph.D, sepopova@uni-sofia.bg

¹ Кодексът влиза в сила на 1.01.2000 г. под името Кодекс за задължително обществено осигуряване.

² Така в чл. 56 от Правилника за приложение на закона за пенсиите (отм.) (ППЗП), обн. в ДВ, бр. 17 от 1958 г., в чл. 150б (нов, обн. ДВ, бр. 24 от 1963 г.) от Кодекса на труда от 1951 г., чл. 1 от Правилника за регистриране и отчитане на трудовите злополуки от 1966 г. (отм.); Вж. повече за развитието на правната уредба в: **Ангусева**, Ванюша. Понятието „трудова злополука“. *Год. СУ. Юрид. фак.*, 67, [1976], 1977, № 1, 109–149; **Мръчков**, Васил. Осигурително право. 6. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014, с. 219.

³ Нетрудоспособност според чл. 56 ППЗП. Използвам термина неработоспособност, тъй като с него борава действащата правна уредба. Вж. повече за понятията нетрудоспособ-

Въведената с новия кодекс легална дефиниция на трудовата злополука (чл. 55, ал. 1 КСО) не предполага за такава да се признае нетравматичното увреждане. Това положение се запазва 2 години. Промяната му не е категорична, а се подразбира от приетата алинея 2 в чл. 60 КСО, в сила от 1 януари 2002 г. Разпоредбата урежда специален ред за установяване на трудовите злополуки, възникнали от нетравматично увреждане. От нея правоприложителите правят косвен извод за допускане от такова увреждане да настъпи трудова злополука. Промяната се следва от подзаконова регламентация на реда за установяване в **чл. 103, ал. 1, т. 1** от Наредбата за работоспособността (отм.) и в чл. 10, ал. 2, чл. 12, ал. 2, чл. 13 от Наредбата за установяване, разследване, регистриране и отчитане на трудовите злополуки (НТЗ). Настъпилите през двугодишния период (2000 – 2002 г.) нетравматични увреждания не следва да се признават за трудови злополуки.

Законодателят използва интересен подход за изграждане на новия режим на нетравматичното увреждане в чл. 60, ал. 2 КСО като предвижда ред за установяването на така настъпилата трудова злополука, без да дефинира нейното съдържание. Изглежда приема, че основната особеност спрямо травматичната трудова злополука се намира в реда за установяването и не изяснява какво представлява нетравматичното увреждане, което може да се признае за трудова злополука. С разпоредбата на чл. 68, ал. 2 от Наредбата за медицинска експертиза на работоспособността (НМЕР) от 2005 г.⁴ (отм.) законодателят усложнява правоприлагането като, без да установява какво е нетравматичното увреждане, определя кои болести не се считат за трудова злополука (болести от каквото и да е естество, като: инфаркти, инсулти, епилепсия, душевни болести, артериосклероза, високо кръвно налягане, диабет).

Приемането на Наредбата за медицинската експертиза (НМЕ) през 2010 г. значително обогатява установения режим като въвежда дефиниция на нетравматично увреждане (§ 1, т. 3 допълнителните разпоредби (ДР) на наредбата), а с чл. 73, ал. 2 НМЕ от 2010 г. се прецизират случаите, когато патологичните състояния вследствие на заболяване, включително епилепсия, хронична исхемична болест на сърцето (всички клинични форми, включително миокарден инфаркт), мозъчен инсулт, захарен диабет, атеросклероза, високо кръвно налягане, душевни болести не се признават за трудови злополуки.

Действащото законодателство в § 1, т. 3 ДР НМЕ от 2017 г. дефинира легално нетравматичното увреждане. В разпоредбата на чл. 73, ал. 2 НМЕ от 2017 г. се уреждат случаите, когато някои патологични състояния вследствие на заболявания не се считат за трудова злополука. Разпоредбите на чл. 60, ал. 2 КСО и на чл. 10, ал. 2, чл. 12, ал. 2, чл. 13 НТЗ предвиждат реда за установяването на трудовата злополука, настъпила от нетравматично увреждане.

ност и неработоспособност в: **Мингов**, Емил. Понятията „неработоспособност“ и „нетрудоспособност“ в българското осигурително законодателство. *Съвременно право*, 2001, № 2, 22–33; от него: Обезщетения за временна неработоспособност. София: Сиби, 2002, 17–45.

⁴ Отменена с ДВ бр. 36 от 14.05.2010 г.

2. Характеристика на нетравматичното увреждане – елемент от фактическия състав на трудовата злополука

За да се квалифицира едно увреждане като трудова злополука, следва да са налице неговите белези. Легалната дефиниция на чл. 55, ал. 1 КСО определя съдържанието на същинската трудова злополука и откроява нейните елементи, първият от които е – да е налице **внезапно увреждане**. Както беше посочено, с промяната в законодателството от 2002 г. и въвеждането на нетравматичното увреждане като възможна проява на трудовата злополука в чл. 60, ал. 2 във вр. с чл. 55, ал. 1 КСО, без да се дефинира понятието, нито да се открият белезите му, се налага в правоприлагането и в правната теория да извеждат елементите от съдържанието му. Изхожда се от трайно установеното определение за травматично увреждане,⁵ дефинирано като причинено от внезапно, външно, неочаквано и непредвидено, еднократно и пряко въздействие върху човешкия организъм, което има за последица накарняване на телесната цялост или нарушаване на нормалното функциониране на органите на човешкото тяло.⁶ Нетравматичното увреждане се извежда като вид внезапно увреждане, което се приравнява на травма.⁷ За разграничението дали е налице трудова злополука при нетравматичното увреждане се изследва вторият елемент от фактически състав на трудовата злополука – причината, която е породила увреждането. За трудова злополука от нетравматично увреждане се приема увреждането на здравето, което не е възникнало от травма, ако между него и изпълняваната работа може да се установи функционалната връзка по чл. 55, ал. 1 КСО. То следва да е настъпило „през време или по повод на извършваната работа, както и при всяка работа, извършена в интерес на предприятието“.

Естеството на преценката за наличието на връзката между вида и експозицията на причиняващия агент и конкретното увреждане при пострадалия, за разлика от механичната травма, е сложен въпрос и изисква медицински познания. Това обяснява и различния ред за установяване. За да прецени дали едно нетравматично увреждане е трудова злополука, съдът проследява дали случаите на внезапна смърт на работното място, са свързани с остро нарушаване на кръвообръщението на мозъка или сърдечния мускул – инфаркти, инсулти и пр.). Съобразява се здравословното състояние на лицето според наличната медицинската документация и професионалните задължения, натовареността

⁵ Така и **Ангушева**, Ванюша. Цит. съч., 126–127.

⁶ Така в Реш. № 5415 от 02.06.2003 г. по адм. д. № 6941/2002 г., I отд. и мн. други, както и в по-новата съдебна практика – например в Реш. № 1727 от 08.02.2018 г. по адм. д. № 732/2017 г., VI отд. на ВАС и мн. други. Вж. за увреждането на здравето при трудова злополука в: **Мръчков**, Васил. Имуществена отговорност на работодателя при смърт или увреждане на здравето на работника или служителя. София: Сиби, 2013, 82–83; 88–89.

⁷ Така в Реш. № 2087 от 24.02.2006 г. по адм. д. № 9023/2005 Г., VI отд. на ВАС

на пострадалия, включително и установяване на данни за наличие на насилие на работното място, уплах, стрес, жизнена застрашеност и пр. Достиженията на съдебната практика се потвърждават от дадената едва през 2010 г. в §1, т. 3 ДР НМЕ от 2010 г. (в същата разпоредба със същия смисъл и в сега действащата НМЕ от 2017 г.) легална дефиниция на нетравматичното увреждане. То се определя от законодателя като *болест*⁸ в резултат на различни причини извън травма (инфаркти, инсулти, душевни болести, атеросклероза, високо кръвно налягане, диабет и други). Като болест, алтернатива на травматичното увреждане, то е определено и в дефинициите за трайно намалена работоспособност и вид и степен на увреждане в § 1, т. 35 и 36 ДР на Закона за здравето (ЗЗдр.).

Националната уредба не съдържа дефиниция за *болестта*. За характеризиране на правните ѝ белези може да се използват приложимите за България разпоредби на чл. 3 от Конвенция № 24 относно осигуровката болест в индустрията и на чл. 3 от Конвенция № 25 относно осигуровката болест на земеделските работници на Международната организация на труда. Те определят болестта като ненормално състояние на физическото или умственото здраве на човека. От тях може да се изведе първия ѝ белег – наличие на отклонение от обичайния здравословен статус. То може да е причинено от нарушения на нормалното функциониране на човешкия организъм⁹ или на структурните му особености поради неговата недостатъчна приспособимост към постоянно изменящите се условия на външната и вътрешната среда на човека. Това обективно патологично (ненормално) състояние на организма може да има всякакви причини – както фактори в заобикалящата човека среда – физични, химични, биологични и др., така и вътрешни за организма фактори – наследственост, понижен имунитет и др.¹⁰ Вторият белег на болестта се отнася до обхвата на отклонението от нормалното здравословно състояние. То може да засегне както физическото, така и психическото здраве на човека. За да настъпи болест е достатъчно наличие на патологичен процес от всякакъв характер, независимо от последиците за организма.

За да се определи така настъпилата болест като осигурен социален риск, патологичният процес в организма следва да е причинил временно или трайно ограничение на работоспособността или смърт. Обикновено в правоприлагането елементите на болестта и причините за настъпването ѝ се дефинират по-задълбочено, за да се изследва професионалният ѝ характер по чл. 56 КСО. Когато тя се определя като осигурителен случай на общо заболяване, медицинските органи не отделят специално внимание на особеностите на отклонението от нормалното здравословно състояние, нито на причините за настъпването му. Достатъчно е наличието на засягане на работоспособността

⁸ Така **Средкова**, Красимира. Осигурително право. 5. пререб. и доп. изд. София: Сиби, 2016, с. 178.

⁹ Така **Средкова**, Красимира. Цит. съч., с. 197.

¹⁰ Така **Мръчков**, Васил. Осигурително право, с. 183

и основните проблеми се ограничават до определяне очаква ли се възстановяване, в каква степен, кога ще настъпи. По тази причина, за да се открият особеностите на нетравматичното увреждане, което може да се квалифицира като трудова злополука и съответно – не може да се определи като професионална болест, то следва да се отграничи от последната.

Нетравматичното увреждане също е болест – отклонение от нормалното здравословно състояние на човека. Негова характерна особеност е, че не е настъпило в резултат на съприкосновение с травматичен агент. От своя страна, за да настъпи професионална болест е необходимо трайно въздействие на факторите на работната среда или на трудовия процес и този механизъм на влияние причинява увреждане на здравето (болест). Той предполага дългосрочно въздействие, а неговият ефект се натрупва постепенно. Ако съприкосновението с такъв фактор е *еднократно, внезапно*¹¹, не се очаква да причини професионална болест. За да настъпи тя, е необходимо трайно, систематично, за продължителен период от време¹² въздействие на вредностите. Казаното се потвърждава от предвидените минимални срокове за професионално въздействие върху организма в Списъка на професионалните болести, за да се признае едно заболяване за професионално. Такъв срок не може да се предпостави при трудовата злополука. Самата етимология на думата „злополука“ налага извода, че става дума за отделен нещастен случай, инцидент с лоши последици, при който е упражнено *еднократно, непродължително въздействие* (понякога за часове и дори за минути) на фактор от трудовия процес върху организма. За болестта, която може да се признае за трудова злополука, не е характерно натрупване на вредното въздействие на условията на работата във времето до достигане на увреждането на организма. Обикновено нетравматичното увреждане на здравето (болестта), което е следствие на дълго извършваната работа, се определя за професионална болест. Освен това при професионалната болест става дума за дълготрайно влияние върху организма, упражнено от обичайни фактори на работната среда или на трудовия процес, докато при нетравматичното увреждане, което може да се признае за трудова злополука – за влияние на възникнали на работното място *изключителни или необичайни вредни въздействия* (голямо напрежение, висока външна температура, свръх емоционално напрежение и пр.).¹³

¹¹ Така и в реш. № 13861 от 18.11.2010 г. по адм. д. № 5405/2010 г., където се потвърждава задължението на длъжностното лице по чл. 60, ал.1 КСО да прецени, „отчитайки и фактите, които ще бъдат установени след приобщаване на новите доказателства, фактическия материал и за изясняване на фактора внезапност, в качеството му на отличителен белег и съществен елемент от фактическия състав на трудовата злополука.“

¹² Вж. **Гевренова**, Нина. В: **Средкова**, Красимира, Нина **Гевренова**, Иван **Янев**. Здравословни и безопасни условия на труд. София: Труд и право, 2003, с. 542.

¹³ Така в Решение № 3914 от 29.04.2005 г. по адм. д. № 10868/2004 г., VI отд. на ВАС, както и в: **Ангусева**, Ванюша. Цит. съч., 135–140.

Следваща разлика може да бъде открита в по-сериозния ефект на това влияние върху нормалната жизнена дейност на организма. То е кратко, но *причинява дълбоки и трайни структурни и функционални изменения* в него. Според динамиката на протичането му може да бъде остро или хронично, като значение има острото (в медицината наричано акутно) заболяване, което може да бъде подостро (субакутно) или свръхостро (перакутно).¹⁴ Съдебната практика приема, че само някои свръхостри заболявания, които протичат за минути, могат да бъдат определени като трудова злополука (освен разривът на сърцето, такива свръхостро протичащи заболявания могат да бъдат някои отравяния, алергични реакции и др.).

Следваща особеност на нетравматичното увреждане – трудова злополука, произтича от презумпцията, предвидена в чл. 73, ал. 2 НМЕ. Там се установява, че не е налице внезапно увреждане на здравето по смисъла на **чл. 55 КСО** при патологични състояния вследствие на заболяване от каквото и да е естество, включително епилепсия, хронична исхемична болест на сърцето (всички клинични форми, включително миокарден инфаркт), мозъчен инсулт, захарен диабет, атеросклероза, високо кръвно налягане, душевни болести. Законодателят приема, че *наличието на патологично състояние*¹⁵ *изключва внезапността на увреждането*, изискуема по чл. 55 КСО. Не се препятства напълно възможността инфаркт, инсулт, душевна болест и пр. да се признае за трудова злополука, но се поставя изискване острото увреждане на здравето да не е последица от отклонение на здравето вследствие на заболяване.

Когато нетравматичното увреждане на здравето е в резултат на патологично състояние (на болестни отклонения), следствие на общо заболяване от каквото и да е естество, не са установени травматични увреждания, нито причината за смъртта или за нетравматичното увреждане е свързана с внезапен инцидент, а с наличието на хронично заболяване, което може да се установи от наличната медицинска документация, при което смъртта настъпва внезапно или за няколко часа, то нетравматичното увреждане на здравето е патологично състояние, следствие на заболяване от каквото и да е естество. Не е налице трудова злополука и когато нетравматичното увреждане всъщност представлява обостряне на симптомите на съществуващи заболявания, а не

¹⁴ Съгласно мотивите на Реш. № 10479 от 10.07.2013 г. по адм. д. № 6208/2013 г., VI отд. на ВАС такова остро заболяване е например острият инфаркт на миокарда (известен още като сърдечен удар), а свръхостро заболяване е неговото тежко усложнение, известно с популярното наименование разрив на сърцето, изразяващо се в разкъсване на вече увредения от инфаркта сърдечен мускул (инфарктът е некроза на по-малка или по-голяма част от миокарда, сърдечния мускул, поради прекъсване на оросяването му с кръв).

¹⁵ Още повече, когато са налице данни за вече установено увреждане на здравето, което е нелекувано. Така в Реш. № 2129 от 24.02.2016 г. по адм. д. № 5849/2015 г., VI отд., ВАС. А според реш. № 4439 ОТ 07.04.2010 Г. по адм. д. № 14588/2009 г., VI отд. на ВАС, ако бъде установено, че патологичните изменения на кръвоносните съдове, които са довели до настъпване на смъртта, са дълъг болестен процес и не са пряко свързани с условията на работа на кораба.

се касае за „внезапност“ на увреждането, свързано с работата, както изисква разпоредбата на **чл. 55, ал. 1 КСО**, за да се приеме, че се касае до трудова злополука.¹⁶ Съгласно чл. 73, ал. 2 НМЕ такова увреждане не се счита за внезапно увреждане на здравето по смисъла на чл. 55 КСО, не е резултат на злополука и няма функционална връзка с работата, а е причинено от увреденото здравословно състояние на лицето.¹⁷

Тъй като състоянието на пострадалите лица често включва и патологични изменения, и внезапно негативно влияние на изпълнението на работата, преценката на органите на медицинска експертиза на причината за настъпване на нетравматичното увреждане е сложен въпрос. Няма да е налице трудова злополука, когато се установят заболявания на сърдечно-съдовата система: артериална хипертония, атеросклероза, исхемична болест на сърцето, затлъстяване, на фона на които се е развило като усложнение нетравматичното увреждане. В тези случаи то е причинено от множество рискови фактори, които въздействат продължително във времето и не са пряко свързани с работната среда¹⁸ или е резултат от предшестващо увреждане и може да настъпи включително при спокойно състояние.¹⁹ В същото време, ако при разследването се установи патологично отклонение, причинено от факторите на работната среда или на трудовия процес върху организма, което отговаря на условията по чл. 56 КСО, то следва да се определи като професионална болест. Тези въпроси са преди всичко медицински, затова и са предоставени в компетентността не само на длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО, но най-напред на органите на медицинска експертиза на работоспособността в чл. 60, ал. 2 КСО.

Трябва да се има предвид, че за периода от приемане на Наредбата за медицинска експертиза на работоспособността от 2005,²⁰ до влизане в сила на Наредбата за медицинската експертиза от 2010 г. (и чл. 73, ал. 2 от нея) се прилага разпоредбата на чл. 68, ал. 2. НМЕР от 2005 г. Тя изрично изключва възможността да се признаят за трудови злополуки болести от каквото и да е естество, като: инфаркти, инсулти, епилепсия, душевни болести, артериосклероза, високо кръвно налягане, диабет. За настъпилите в този период нетравматични увреждания, независимо дали са във функционална връзка с работата до голяма степен се ограничава възможността да бъдат признати за трудови злополуки. А това са масово случващите се нетравматични увреждания на здравето, които могат да проявят белезите на трудова злополука. От представените особености на нетравматичното увреждане, което може да бъде признато за трудова злополука, може да се изведе, че то представлява *болест – отклонение от нормалното здравословно състояние на организма*,

¹⁶ Реш. № 9457 от 17.07.2017 г. по адм. д. № 7626/2016 г., VI отд., ВАС.

¹⁷ Реш. № 2129 от 24.02.2016 г. по адм. д. № 5849/2015 г., VI отд., ВАС.

¹⁸ Реш. № 6428 от 13.05.2013 г. по адм. д. № 1611/2013 г., VI отд., ВАС.

¹⁹ Реш. № 10194 от 01.08.2017 г. по адм. д. № 2467/2017 г. VI отд., ВАС.

²⁰ Обн. в ДВ, бр. 47 от 2005 г. и отм. с ДВ бр. 36 от 14.05.2010 г.

което не е причинено от съприкосновение с травматичен агент, нито е естествен резултат от патологично състояние на организма, а е настъпило при краткотрайно въздействие на необичайни за работата условия и е причинило дълбоки и трайни последици върху организма.

3. Отражение на особеностите на нетравматичното увреждане върху останалите елементи от фактическия състав на трудовата злополука

Изследването на особеностите на нетравматичното увреждане – трудова злополука изисква да се разгледат и останалите елементи от фактическия състав по чл. 55, ал. 1 КСО, за да се прецени дали произходът на увреждането оказва влияние върху тях.

3.1. Функционална връзка между работата и нетравматичното увреждане.

На пръв поглед изглежда, че законодателят не предвижда особености в уредбата на връзката между изпълняваната от пострадалото лице работа и настъпило нетравматично увреждане. Нейните параметри не се установяват другаде и се прилага разпоредбата на чл. 55, ал. 1 КСО. Трудова злополука е това внезапно увреждане на здравето, което е настъпило през време и във връзка с работата или по повод на работата, както и при всяка работа, извършвана в интерес на предприятието.²¹ Връзката е определена като функционална в правната теория²² и в съдебната практика, защото в процеса на функциониране, на изпълнение на правоотношението по полагане на зависим труд²³ лицето

²¹ В смисъл на насрещния субект по зависимото правоотношение – работодател, орган по назначаване и пр.

²² **Мръчков**, Васил. Осигурително право, 220–222; От него: Имуществена отговорност на работодателя, 87–90; **Средкова**, Красимира. Осигурително право, 180–183; **Василев**, Атанас. Имуществена отговорност на работодателя за вреди от трудова злополука и професионално заболяване. София: Интерсиус, 1997, 24–26.

²³ Под работещи по правоотношение за полагане на зависим труд по-нататък в изложението ще се имат предвид всички категории лица, които полагат труд, който има зависим в по-голяма или по-малка степен характер. Такъв се наблюдава при трудовите правоотношения, където работниците и служителите са в подчинено положение спрямо работодателя, но и при служебните по Закона за държавния служител – от органа по назначаване; така и при държавните служители по Закона за Министерството на вътрешните работи и пр. Различна е зависимостта при правоотношенията по упражняване на съдебната власт на съдиите, прокурорите, следователите, държавните съдебни изпълнители и др., съдиите по вписванията, членовете на ВСС и инспекторите в инспектората към ВСС. За разлика от частните трудови правоотношения по полагане на зависим труд, тук става дума за правоотношения на публичното право, но общите белези на полагания труд позволяват те да се включат в същата категория. За белезите на упражнявания зависим труд вж. **Генова**, Ярослава. Осигурени лица в ДОО. София: Сиела, 2010, с. 33.

е пострадало. Отделните хипотези на функционалната връзка също са широко обсъждани в теорията и в практиката и, понеже не показват разминаване при нетравматичното увреждане, няма да се разглеждат в това изложение. Особености се наблюдават при квалифицирането в практиката на връзката между работата и нетравматичното увреждане. По-често тази връзка се определя като причинна, т.е. не просто през време на функциониране на зависимото правоотношение е настъпило нетравматичното увреждане, а то е причинено от необичайни условия на работната среда или на трудовия процес върху организма. С други думи, практиката в преобладаващите случаи смесва трудовата злополука, представляваща нетравматично увреждане и професионалната болест като определя връзката между настъпилото увреждане и работата като причинна.²⁴

В чл. 60, ал. 2 КСО законодателят предвижда длъжностното лице да издаде разпореждане за характера на декларираната злополука по повод на нетравматично увреждане въз основа на решението на органите, осъществяващи експертизата на работоспособността. От друга страна, в чл. 61, ал. 1, т. 6 НМЕ при регламентиране на експертизата на трайно намалената работоспособност тази връзка между увреждането (смъртта) и условията на труд (извършваната работа) по време на злополуката се определя като причинна.²⁵ Тъй като за установяване на трудовата злополука – траматично увреждане, органите на медицинска експертиза не се произнасят по функционалната връзка между работата и увреждането, а в чл. 60, ал. 2 КСО е предвидено, че разпореждането по чл. 60, ал. 1 КСО се издава въз основа на заключението на медицинските органи, се прави извод, че при нетравматично увреждане е налице особена причинна връзка между работата и условията на труд, която се установява от органите на медицинската експертиза.

Не считам, че последното е било желан резултат от законодателя. На първо място, функционалната връзка при трудовата злополука е прогресивно достижение на българската правна уредба, което не следва да бъде така лесно отричано. Тя е по-широка от причинната и не я изключва. Все пак трябва да се има предвид, че преценката за наличието ѝ и при нетравматично увреждане е оставена на длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО, тъй като изисква правни познания относно конкретните характеристики на полагания труд; установения режим на работното време и допустимите изключения от нормите; даваните заповеди и пр.²⁶ Тези обстоятелства не могат да се изключат при

²⁴ Така в Реш. № 2393 от 09.03.2007 г. по адм. д. № 10438/2006 г.; № 10194 от 01.08.2017 г. по адм. д. № 2467/2017 г.; **№ 10479/10.07.2013 г. по адм. д. № 6208/2013 г.**; решение № 1727 от 08.02.2018 г. по адм. д. № 732/2017 г.; Реш. № 4219 от 16.04.2015 г. по адм. д. № 14218/2014 г., VI отд. на ВАС; № 966 от 02.06.2017 г. по адм. д. № 1232/2016 г. на Административен съд – Варна.

²⁵ Това разминаване, установено и от професор Средкова, следва да се преодолее – **Средкова**, Красимира. Осигурително право, с. 178.

²⁶ Така и в реш. № 13861 от 18.11.2010 г. по адм. д. № 5405/2010 г. административният орган е следвало освен проучване на медицинската документация по случая, да извърши об-

преценката дали е налице трудова злополука при нетравматичното увреждане. Не приемам и че предвиденото в чл. 73, ал. 1, т. 1, предл. II НМЕ дава основание да се твърди, че след като териториалните експертни лекарски комисии (ТЕЛК) и Националната експертна лекарска комисия (НЕЛК) се произнасят по причинната връзка въз основа на протокола за разследване на злополуката, т.е. въз основа на данните за настъпилото нетравматично увреждане, едва ли не, извършват правна квалификация дали е налице или не връзка с работата, която следва да се потвърди в разпореждането на длъжностното лице по чл. 60, ал. 1, във вр. с ал. 2 КСО.

Напротив, в разпоредбата на чл. 73, ал. 1, т. 1, предл. II НМЕ законодателят по-скоро изисква от ТЕЛК и НЕЛК преценка дали съдържащите се в протокола факти са достатъчни да настъпи даденото нетравматично увреждане или то е причинено и от патологично състояние на организма или само от последното. Това не е правен въпрос и преценката дали е налице трудова злополука следва да се основава на направения от медицинските органи извод. Довод за това твърдение намирам и в невъзможността на длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО да установи причинната връзка между съществувало заболяване на лицето и настъпилото нетравматично увреждане. Това е причината законодателят да изисква установяване на връзката между работата и нетравматичното увреждане, преди да се пристъпи към квалифициране на трудовата злополука. Ако е налице причинна връзка между него и патологично състояние на лицето, не следва длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО да квалифицира злополуката като трудова, тъй като увреждането е очаквано развитие на болестните процеси в организма на пострадалия, причинени най-често от вътрешни за организма особености – генетично предразположение, наднормено тегло, неиздържливост на натоварвания поради заседнал начин на живот. Поради това не са трудова злополука случаите на внезапно увреждане, което е резултат не на влиянието на външни, свързани с работата, а на вътрешни фактори, каквото е патологичното здравословно състояние. По същата причина не е поради трудова злополука и настъпилата смърт в резултат на остър инфаркт на миокарда, когато заболяванията на лицето са сред рисковите фактори за инфаркта и неговото възникване е последица от тях, а не от външни и необичайни рискови фактори на средата.²⁷

На становището, че е достатъчно да се установи функционална връзка²⁸ между работата и нетравматичното увреждане, стои и част от съдебната прак-

следване и на други фактори, като професионални задължения, натовареност на пострадалата, включително и установяването на данни за наличие на стрес и пр. на работното място.

²⁷ Решение № 1727 от 08.02.2018 г. по адм. д. № 732/2017 г., VI отд. на ВАС.

²⁸ Дали предприетите проверка и ревизия, нетолерантното отношение на проверяващите, изразяващо се в заплахи, унижения, упреци и обиди на работното място, работа до късните часове на денонощието са развили у пострадалата тежка реактивна депресия или тя е причинена от нейно патологично състояние – Реш. № 13861 от 18.11.2010 г. по адм. д. № 5405/2010 г., VI отд., ВАС.

тика²⁹ и тя следва да бъде подкрепена. От казаното може да се обобщи, че при преценката за връзка между работата и увреждането няма основание за различно третиране на двете форми на трудовата злополука – от травматично или от нетравматично увреждане.³⁰ Ако се установи наличие на функционална връзка между работата и увреждането, то следва да се признае за трудова злополука. Тя е налице, когато е установено непосилно физическо натоварване или значително усилие на пострадалия,³¹ ако е възникнала аварийна ситуация, екстремно натоварване, физическа активност, свързана с работата, която е провокирала внезапното настъпване на нетравматичното увреждане.³² Съдът стига и по-далече като посочва, че ако условията на труд са свързани с извънредно натоварване, необичайно за вида труд, който работникът полага за длъжността си, при прегряващ микроклимат и нервно напрежение и те са основната причина за увреждането и съответно за настъпилата смърт, то е допустимо комплексно въздействие и на други рискови фактори – наличие на хипертонична болест, захарен диабет и др. Доколко те са причината и факторът за настъпване на увреждането следва да се изясни от орган на медицинска експертиза на работоспособността.³³

Интересен е въпросът дали е възможно да настъпи трудова злополука от нетравматично увреждане по време на пътя по чл. 55, ал. 2 КСО.³⁴ Направеният до тук анализ разглежда само случаите на същинска трудова злополука, настъпила от нетравматично увреждане. В някои съдебни решения се защитава тезата, че нетравматично увреждане би могло да се признае за трудова злополука, ако е настъпило и в някоя от хипотезите по чл. 55, ал. 2 КСО.³⁵ Считам, че казаното по-горе доказва необходимостта от наличие на функционална връзка между работата и нетравматичната трудова злополука, в някоя от хипотезите на чл. 55, ал. 1 КСО – през време или във връзка или по повод на работата, както и при всяка работа, извършвана в интерес на предприятието. Във всеки конкретен случай длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО преценява дали е налице функционална връзка между болестта и работата и когато такава не е налице, а, например, е установено, че заболяването е причинено от патологично състояние на организма или от друг външен фактор,

²⁹ Така в Реш. № 2957 от 31.03.2005 г. по адм. д. № 382/2005 г.; № 14786 от 04.12.2009 г. по адм. д. № 10257/2009 г.; № 3914 от 29.04.2005 г. по адм. д. № 10868/2004 г.; № 13861 от 18.11.2010 г. по адм. д. № 5405/2010 г.; № 9457 от 17.07.2017 г. по адм. д. № 7626/2016 г.; № 10657 от 23.07.2012 г. по адм. д. № 3982/2012 г., VI отд., ВАС.

³⁰ Така и **Мръчков**, Васил. Имуществена отговорност на работодателя, с. 102.

³¹ Реш. № 7038 от 12.06.2015 г. по адм. д. № 489/2015 г., VI отд. на ВАС.

³² Така в Реш. № 966 от 02.06.2017 г. по адм. д. № 1232/2016 г. на Административен съд – Варна.

³³ Така в Реш. № 10657 от 23.07.2012 г. по адм. д. № 3982/2012 г., VI отд. на ВАС

³⁴ Повече за приравнените на трудови злополуки по чл. 55, ал. 2 КСО в: **Мръчков**, Васил. Осигурително право, 223–225; **Средкова**, Красимира. Осигурително право, 183–187.

³⁵ Така в Реш. № 2957 от 31.03.2005 г. по адм. д. № 382/2005 г.

нетравматичното увреждане няма да се признае за трудова злополука. Тъй като при несъщинската трудова злополука функционалната връзка не съществува, тя се фингира в чл. 55, ал. 2 КСО. Единствената връзка между работата и увреждането е пътят, по който злополуката е настъпила. Пътуването нямаше да се предприеме, ако лицето не трябваше да е на работа. В тези случаи се очаква друга да е причината за увреждането (травма от падане, сблъсък, пътнотранспортно произшествие и др.), а не от нетравматичен характер. Когато последното е налице, длъжностното лице изследва наличието на функционална връзка, като основава преценката си както на фактите от протокола за разследване, така и на експертното мнение на ТЕЛК и НЕЛК. Ако не установи наличие на функционална връзка, не следва да признае нетравматичното увреждане, получено по пътя, за трудова злополука.

Интересна е хипотезата, когато осигурено лице пътува от или до работа по обичайния си път до дома си или до друго от изброените по чл. 55, ал. 2 КСО места и почине или пострада от остро нетравматично увреждане. То също би могло да се признае за трудова злополука, независимо, че е настъпило по пътя. Това е възможно, ако се докаже функционалната връзка на увреждането с работата в някоя от хипотезите по чл. 55, ал. 1 КСО, например лицето е имало тежко дежурство, дълъг период на работа без почивка и пр. и това извънредно натоварване е причинило болестта – инсулт, инфаркт и пр., без да са установени от ТЕЛК или НЕЛК патологични причини за увреждането. Ако острата фаза на болестта е настъпила по време на пътя, то не се касае до несъщинска, а до същинска трудова злополука, чиито последици са настъпили по време на пътя. Това е злополука по чл. 55, ал. 1 КСО – внезапно настъпило нетравматично увреждане, което е във функционална връзка с работата и това обуславя признаването му за същинска трудова злополука. Фактът, че острата фаза на заболяването е настъпила не на работното място, а по пътя,³⁶ но нетравматичното увреждане е във функционална връзка с работата, извършвана от пострадалото лице, не е основание злополуката да се определи като несъщинска, тъй като увреждането е възникнало от въздействие, настъпило преди пътуването. Ако увреждането е причинено от обстоятелства, настъпили на пътя – удар, пожар, спъване, подхлъзване, тогава ще е налице травматично внезапно увреждане, което може да се квалифицира като несъщинска трудова злополука по чл. 55, ал. 2 КСО.

Може да се обобщи, че за да се признае едно нетравматично увреждане за трудова злополука между него и работата следва да е налице не причинна, а функционалната връзка, уредена в чл. 55, ал. 1 КСО. При този тип увреждане функционалната връзка се характеризира с някои особености. Нетравматичното увреждане следва да е настъпило не просто в процеса на изпълнение на трудовата дейност и при обичайните условия на труд, а при извънредни,

³⁶ Така и в Реш. № 1727 от 08.02.2018 г. по адм. д. № 732/2017 г., VI отд. на ВАС.

екстремни, ненормални или изключително тежки условия на работа. Няма функционална връзка между работата и нетравматичното увреждане, когато последното е в причинна връзка със съществуващо патологично здравословно състояние, освен ако болестното състояние на пострадалия не е факторът, причинил нетравматичното увреждане, а е налице функционална връзка между него и работата. За да се установи наличието на такава връзка преди издаване на разпореждането за квалифицирането на злополуката длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО следва да разполага с оценката от органите на медицинската експертиза, че не патологичното състояние на организма е причина за разследваното нетравматично увреждане.

3.2. Неблагоприятен резултат от настъпило увреждане

За да се квалифицира едно внезапно увреждане като трудова злополука, е необходимо от него да е настъпил неблагоприятен резултат – загубена работоспособност³⁷ (временна или трайна) или смърт на пострадалия. Увреждане на здравето, което не е довело до невъзможност за полагане на труд или до летален изход, няма да се квалифицира като осигурителен случай със съответните осигурителноправни последици. При направеното по-горе изследване на нетравматичното увреждане, което следва да се признае за трудова злополука, бяха изведени особености на последиците от настъпилата болест. Става дума за неблагоприятно състояние на организма, което е причинено от остро, често еднократно, силно въздействие с дълбоки и трайни неблагоприятни последици върху организма. Затова в практиката най-често се декларира по чл. 57 КСО състояния като остър инсулт, инфаркт, тежка реактивна депресия, смърт. Обяснение за това може да се открие във внезапността, в остротата на възникналото нетравматично увреждане, в извънредните, ненормални условия на работата, при които се е осъществило. Екстремните условия, в които е настъпило нетравматичното увреждане, обясняват и тежките резултати, причинени от него върху организма. Тази характеристика на последиците произтича от описаните особености на самото нетравматично увреждане, признато за трудова злополука.

3.3. Причинна връзка между увреждането и настъпилия неблагоприятен резултат (неработоспособност или смърт).

Причинната връзка между нетравматичното увреждане и загубата на работоспособността или смъртта не се характеризира с особености. Тя е медицински въпрос, който, съгласно чл. 72 НМЕ, се решава от ТЕЛК и от НЕЛК и следва да бъде налице, за да се квалифицира една злополука като трудова, независимо причинена от травматичен или от нетравматичен агент.

³⁷ Повече в **Мингов**, Емил. Обезщетения при временна неработоспособност. 17–45; **Мръчков**, Васил. Осигурително право, 243–255.

Може да се обобщи, че особеностите на нетравматичното увреждане, от което настъпва трудова злополука, се отразяват и върху характеристиките на функционалната му връзка с работата и върху причинените от увреждането неблагоприятни резултати. То представлява *болест, която не е причинена от травматичен агент, нито е естествен резултат от патологично състояние на организма, а е настъпила при краткотрайно въздействие на необичайни за работата условия и е причинила дълбоки и трайни последици върху организма (временна неработоспособност, трайно намалена работоспособност или смърт).*

4. Отражение на особеностите на нетравматичното увреждане върху реда за установяването му

Както вече беше посочено, законодателят предвижда особен ред за квалифициране на злополуката, настъпила от нетравматично увреждане в чл. 60, ал. 2 КСО във вр. с в чл. 72 и 73 НМЕ, както и в чл. 10, ал. 2 и чл. 12, ал. 2 НТЗ. При травматичната злополука определеното от ръководителя на териториално поделение на Националния осигурителен институт (НОИ) длъжностно лице, въз основа на документите в досието и данните от информационната система на НОИ по чл. 33, ал. 5, т. 7 КСО, следва в 14-дневен срок от декларирането ѝ да издаде разпореждане за приемането или за неприемането ѝ за трудова. В досието на злополуката се класират данните от извършеното разследване, оформени в протокол в типизирана форма със съдържанието по чл. 10, ал. 1 НТЗ относно причините и обстоятелствата за възникването ѝ (обща характеристика на извършваната работа преди злополуката; специфичното физическо действие, извършвано от пострадалия (пострадалите) в момента на злополуката и свързания с това действие материален фактор; мястото и времето на настъпването ѝ; начина на увреждане и свързания с това материален фактор), вида на уврежданията, както и други полезни за определяне характера на злополука сведения като отклонения от нормалните действия и условия и материалния фактор, свързан с тези отклонения; допуснати нарушения на нормативните актове; лицата, допуснали нарушенията и др. Според чл. 58, ал. 4 КСО протоколът от разследването се ползва с формална доказателствена сила и е валиден до доказване на противното. С него се запознават пострадалият или неговите наследници и осигурителят или предприятието-ползвател. Съгласно чл. 11 НТЗ лицата по чл. 58, ал. 4 и 5 КСО, включително пострадалият или негови наследници и осигурителят, имат право да възразят срещу констатациите в него или срещу начина на провеждане на разследването с писмено възразение, подадено в 3-дневен срок от запознаването им с него. Такива възразения се прилагат към протокола и се представят на длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО, което извършва правна квалификация въз основа на събраните факти. То преценява дали е налице функционалната връзка между работата и настъпилото травматично увреж-

дане. Съгласно чл. 73, ал. 1 НМЕ ТЕЛК и НЕЛК се произнасят по причинната връзка между увреждането и настъпилите неблагоприятни последици (загубена работоспособност или смърт) въз основа на разпореждането за приемане или неприемане на злополуката за трудова или на заместващо го съдебно решение.³⁸

Съществена особеност в процедурата по установяване наличието на трудова злополука при нетравматично увреждане е предвидена тъкмо в реда, който се следва за признаването ѝ. Съгласно чл. 10, ал. 2 НТЗ протоколът от разследването на злополуката не само се прилага към досието, но екземпляр от него се връчва от териториалното поделение на НОИ на съответните органи, осъществяващи експертизата на работоспособността. Съгласно чл. 60, ал. 2 КСО във вр. с чл. 73, ал. 1, т. 1, предл. II НМЕ и чл. 12, ал. 2 НТЗ те следва да се произнесат относно причинната връзка, преди преценката относно трудовия характер на злополуката на длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО. Както и по-горе беше обосновано, считам, че регламентацията на чл. 73, ал. 1, чл. 72, във вр. с чл. 60, ал. 1, т. 6 НМЕ следва да се тълкува изправително. Не става дума за произнасяне относно функционалната връзка между работата и увреждането (независимо травматично или не), а относно наличието на причинна връзка между патологичното състояние по чл. 73, ал. 2 НМЕ и загубата на работоспособност или смъртта.

Тъй като произнасянето относно въпросната причинна връзка има значение за признаването на злополуката за трудова, то при нетравматично увреждане длъжностното лице следва да я получи и да се съобрази с нея, както е предвидено и в чл. 60, ал. 2 КСО – то издава разпореждането „въз основа на решението на органите, осъществяващи експертизата на работоспособността“. Последните извършват експертна преценка на фактите и обстоятелствата по настъпването на злополуката с оглед медицинските си познания и издават решение, в което установяват наличието или липса на причинната връзка по чл. 73, ал. 2 КСО между патологично състояние на лицето и настъпилото нетравматично увреждане. След изчерпване на възможностите за обжалване на експертните решения по чл. 112, ал. 1 от Закона за здравето те стават окончателни и обвързват длъжностното лице по чл. 60, ал. 1, съгласно чл. 60, ал. 2 КСО.

Считам за логично дадената оценка за наличие или липса на причинна връзка между патологичното състояние на пострадалия и увреждането да е обвързваща длъжностното лице. Тя съдържа изводи по медицински въпроси на компетентни експертни органи. С такива знания длъжностното лице по чл. 60,

³⁸ Неточността, допусната от законодателя по отношение установяването на функционалната връзка между работата и травматичното увреждане, е дала основание за нелогичен извод на съда в мотивите на Реш. № 2393 от 09.03.2007 г. по адм. д. № 10438/2006 г., VI отд. на ВАС, а именно, че преценката дали е налице функционална връзка между работата и травматичното увреждане се прави от длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО, а след него, на основание чл. 73, ал. 1 НМЕ органите на медицинска експертиза преценяват наличието на причинна връзка между работата и увреждането.

ал. 1 КСО не разполага. Оценката на органите на медицинска експертиза, че нетравматичното увреждане е причинено единствено от съответно патологично състояние на пострадалия следва да обвързва длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО да откаже да признае за трудова злополука. Преценката за наличието на тези медицински причини, изключва, според законодателя (чл. 73, ал. 2 НМЕ), нетравматичното увреждане да е внезапно увреждане по чл. 55 КСО. С това произнасяне компетентната експертна медицинска комисия установява друга причина за болестта, която изключва наличието на функционална връзка с работата.

С други думи решение на органите на медицинска експертиза на работоспособността, с което се установява причинна връзка между патологично състояние на лицето вследствие на заболяване от каквото и да е естество и настъпилото нетравматично увреждане, изключват връзката му с работата, която е необходима за признаването на една злополука за трудова по чл. 55, ал. 1 КСО. В практиката се поддържа и обратното становище. В мотивите на Решение № 252 от 23.03.2015 г. по адм. д. № 577/2014 г., I състав на Административен съд – София област, се посочва, че крайният извод дали в конкретния случай е налице внезапно нетравматично увреждане на здравето по смисъла на **чл. 55, ал. 1 КСО**, което е следствие (резултат, последица) на извършваната работа, законодателят е поставил в компетентност единствено на ТЕЛК и НЕЛК,³⁹ тъй като влязлото в сила тяхно решение по тези въпроси е задължително за всички (арг. **чл. 113, ал. 3 ЗЗдр**), в т.ч. и за длъжностното лице по **чл. 60, ал. 1 КСО**. Няма съмнение в обвързващия характер на даденото медицинско заключение, но относно медицинските въпроси, съдържащи се в него, а не относно правните оценки. В 14-дневен срок от получаването на експертното решение, длъжностното лице издава разпореждане за приемане или неприемане на нетравматичното увреждане за трудова злополука, като извършва правна квалификация на фактите и обстоятелствата, при които е настъпила злополуката и спрямо тях преценява дали е налице или не функционална връзка с работата, като признава или отказва признаването ѝ за трудова.

Ако с експертното решение се даваше квалификация на злополуката съобразно фактическия състав на чл. 55, ал. 1 КСО, то нямаше да се издава и разпореждане при нетравматична злополука по чл. 60, ал. 1 във вр. с ал. 2 КСО, а правата щяха да се ползват от решението на органите на медицинска експертиза на работоспособността. Юридическата квалификация не следва да се оставя на медицинските органи, които единствено могат да изяснят фактите от своята

³⁹ Че преценката за връзката между работата и нетравматичното увреждане е единствено на ТЕЛК и НЕЛК и че с нея е обвързано изцяло длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО се твърди в множество съдебни решения, например в: Реш. № 10479 от 10.07.2013 г. по адм. д. № 6208/2013 г., VI отд.; Реш. № 4219 от 16.04.2015 г. по адм. д. № 14218/2014 г., VI отд.; Реш. № 5415 от 02.06.2003 г. по адм. д. № 6941/2002 г., I отд., ВАС

компетентност, без да имат правото и способността да дават правни оценки. Ако твърдяното от съдийския състав беше вярно, то обезсмисля изобщо регламентирания ред за обжалване на разпореждането за признаване или за отказ за признаване на злополуката за трудова, тъй като решението на органите на медицинската експертиза вече е окончателно и не подлежи на преоценка. Ако обвързващата сила на решението на ТЕЛК пречи то да се обори в производството по оспорване на решението на директора на териториалното поделение на НОИ, тогава какво от преценката на длъжностното лице ще се оспорва в процедурата по чл. 117, ал. 1 КСО – медицинските въпроси дали е налице нетравматично увреждане или причинната връзка между него и загубената работоспособност или смъртта? Напротив, съдът назначава и изслушва комплексна съдебна медицинска експертиза, която може да обори инцидентно в процеса даденото в окончателното медицинско решение експертно заключение. И административният съд, както и директорът на териториалното поделение на НОИ, на база правните си познания и дадените факти, квалифицира нетравматичното увреждане като трудова злополука или отказва признаването му.

В практиката при произнасянето дали едно нетравматично увреждане е трудова злополука се наблюдават и други затруднения. Те са свързани с обстоятелството, че не винаги при смъртта на осигуреното лице е извършена аутопсия и е изготвен надлежен протокол за процедурата. В същото време, според чл. 66, ал. 1 НМЕ, когато в резултат на увреждането е настъпила внезапна смърт ТЕЛК и НЕЛК се произнасят само по причинната връзка въз основа на наличната медицинска документация и протокола от аутопсията. И съответно, когато такъв протокол липсва, ТЕЛК и НЕЛК отказват⁴⁰ да се произнесат по причинна връзка, но постановяват експертно решение, а по-често и не издават такова. Липсата на произнасяне относно причинната връзка, както и неиздаването на решение от страна на органите на медицинска експертиза, води до разпореждане за отказ да признае злополуката за трудова от длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО.⁴¹ Последното считам за необосновано на-

⁴⁰ В реш. № 10657 от 23.07.2012 г. по адм. д. № 3982/2012 г., VI отд., ВАС законодателното решение на чл. 62, ал. 2 НМЕ да не се квалифицира наличието на причинна връзка при липса на аутопсионен протокол се счита за нормативна празнота, която е следвало да бъде отстранена от горестоящия административен орган при обжалване на разпореждането на длъжностното лице по **чл. 60 КСО**. При липса на специални правила в **чл. 117 КСО** при разглеждане на жалбата горестоящият административен орган следва да разгледа жалбата по реда на глава шеста от Административнопроцесуалния кодекс (**АПК**). При сложност от фактическа и правна страна, както е в случая, е следвало да бъде назначена комисия по реда на **чл. 94 АПК**, така че да бъде отговорено на спорния и релевантен въпрос дали ли са предпоставките по **чл. 55, ал. 1 КСО**, вкл. функционална и причинна връзка.

⁴¹ Разпореждането, с което е постановен отказ да се признае злополуката от нетравматично увреждане за трудова е определено като логичен резултат в мотивите на решение № 9092 от 28.07.2015 г. по адм. д. № 46/2015 г., VI отд., ВАС. Твърдението произтича от погрешната (според мен) квалификация, че органите на медицинска експертиза определят

рушаване на правата на наследниците на пострадалото лице. На първо място, в експертното решение (когато такова е издадено) не се съдържа твърдението, че връзка между работата и увреждането липсва.

Всъщност няма произнасяне относно наличието на причинна връзка, което се обосновава с чл. 66, ал. 2 НМЕ и липсата на аутопсионен протокол. Считам, че съдът, както и директорът на териториалното поделение на НОИ още при административното обжалване следва да се произнесат дали е налице или не функционална връзка на нетравматичното увреждане с работата като се основават на фактите от заключението на органите на медицинската експертиза и съобразят, че нямат произнасяне, че е налице причинна връзка между съществуващи патологични здравословни състояния и нетравматичното увреждане. Необходимо е да използват всички предоставени от законодателя на компетентния административен орган процесуални способности, относими за изясняване на спора. В разпоредбата на **чл. 97 АПК** изчерпателно са изброени правомощията на органа по повод произнасянето му по оспореното пред него разпореждане. Административният орган следва да събере относимите за изясняването на злополуката доказателства и да използва посочените му в **чл. 39 АПК** доказателствени средства. Не приобщаването на доказателствата, налични в протокола, не извършването на необходимата експертиза, е основание издаденото единствено на база решението на ТЕЛК или на НЕЛК разпореждане за отказ по чл. 60, ал. 1 КСО да се признае за незаконосъобразно като неправилно и необосновано.

След като съдът може в процеса да изясни спорните моменти (включително дали е налице причинна връзка между налично патологично състояние на здравето и нетравматичното увреждане) чрез изслушване на назначена от него съдебно-медицинска експертиза, може да установи, че нетравматичното увреждане на здравето, довело до смърт е станало по време на работа, във връзка или по повод извършваната от него работа или при работа в интерес на предприятието, в тежки условия на труд и при нервното напрежение на пострадалия, то следва на злополуката да се признае характер на трудова, а не да се откаже само заради факта на неизвършената аутопсия.⁴² Считам за превратно тълкуването, че характерът на връзката между извършваната работа и увреждането може да се установява единствено от ТЕЛК и/или НЕЛК, дори и когато произнасяне по този въпрос изобщо не е направено. Крайната преценка е поверена на длъжностното лице по **чл. 60, ал. 1 КСО** и когато няма произнасяне, че причинна връзка между патологично състояние и нетравма-

наличието на причинна връзка между работата и увреждането, което обхваща функционалната с причинната връзка.

⁴² Така в Реш. № 14786 от 04.12.2009 г. по адм. д. № 10257/2009 г., VI отд., ВАС. Обратното в Реш. № 15449 от 21.11.2013 г. по адм. д. № 9799/2013 г., VI отд., ВАС, което постановява, че при липса на аутопсионен протокол ТЕЛК и НЕЛК следва да не установяват причинна връзка, а длъжностното лице е обвързано с тази преценка и следва да откаже признаването на трудова на злополуката.

тичното увреждане е налице, то не следва да откаже, а да прецени обстоятелствата и така да издаде разпореждането по чл. 60, ал. 1 КСО.

В потвърждение на това в мотивите на Решение № 10657 от 23.07.2012 г. по адм. д. № 3982/2012 г., VI отд., ВАС съдът посочва, че „причинната връзка не може да остане неизследвана по съществото си. Водещ принцип в уредбата на трудовите злополуки е установяването им – чрез разследване, проверка на всеки един от елементите на състава на **чл. 55, ал. 1 КСО**. При наличие на декларирана трудова злополука това е процесуално задължение на териториалните органи на НОИ. В обратния случай означава да се приеме, че неизвършването на едно действие – аутопсия на починалия (без значение от причината за това) преклудира изначално възможността настъпилото нетравматично увреждане да бъде прието за трудова злополука, дори и да са налице необходимите предпоставки. Това противоречи на нормативния акт от най-висока степен – **чл. 55, ал. 1 КСО**, който е категоричен – налице ли са установените в разпоредбата предпоставки, злополуката е трудова, не са ли налице – не е такава.“

Съдът стига и по-далеч, като посочва, че единствено длъжностното лице по чл. 60 КСО е обвързано да издаде разпореждането въз основа на решението на органите на експертизата по работоспособността, тъй като при нетравматичните злополуки трябва да бъдат изследвани множество фактори и обстоятелства, за които са необходими специални знания относно това налице ли е функционална връзка, нещо което органът самостоятелно не може да извърши. Горестоящият орган обаче има възможност да използва повече процесуални способности за събиране на доказателства и за изясняване на казуса. Формалното съобразяване на липса на положително решение на ТЕЛК относно причинната връзка, без да бъдат съобразени причините за това, не съответства на духа и целта и закона, а именно – изясняване на обективната истина при спазване на принципите на истинност и служебно начало. Съгласно **чл. 97 АПК** и **чл. 117, ал. 3, изр. 2 КСО** горестоящият орган може да се произнася по съществото на спора. С неизвършването на необходимите действия по изясняване на обективната истина чрез събиране на доказателства и доказателствени средства относно наличието на функционална и причинна връзка горестоящият административен орган допуска процесуални нарушения. Неговото решение подлежи на обжалване. В процедурата по обжалване както на разпореждането, така и на решението на горестоящия административен орган, е допустимо изслушването на експертна оценка, но правната квалификация се дава от органите, произнасящи съответните разпореждане или решения. Затова и с влизането им в сила се свързват правните последици за заинтересованите лица – пострадалото лице, наследниците му, осигурителя и т.н. Окончателното експертно решение на органите на медицинска експертиза относно причинната връзка няма самостоятелни правни последици.

Може да се обобщи, че законодателството създава противоречиви и нелогични правила за установяване на функционалната връзка между работата

и нетравматичното увреждане. Няма съмнение, че разпореждането за признаването или за отказа за признаване на последното за трудова злополука се издава от длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО, както и че, съгласно чл. 60, ал. 2 КСО то се основава на преценката за наличието на причинна връзка между нетравматичното увреждане и установените налични патологични изменения на организма. Но правната квалификация дали са налице елементите от фактическия състав на трудовата злополука по чл. 55, ал. 1 КСО се извършва от длъжностното лице по чл. 60, ал. 1 КСО. Когато има произнасяне, че патологично състояние на пострадалия е причинило нетравматичното увреждане, разпореждането по чл. 60, ал. 1 КСО следва да се съобрази и отрече наличието на функционална връзка на увреждането с работата. Когато няма данни за наличието на такава причинна връзка, както и при липса на произнасяне за нея при липса на аутопсионен протокол, длъжностното лице следва да обоснове преценката си на база наличните факти и обстоятелства, установени в протокола от разследването. Неговото разпореждане подлежи на обжалване по административен и по съдебен ред, където е допустимо събирането на допълнителни доказателствени средства, включително изслушване на вещи лица, които могат да оборят наличието или липсата на причинна връзка, установена в окончателното решение на ТЕЛК/НЕЛК. Правната квалификация за характера на настъпилото нетравматично увреждане като трудова злополука е в компетентността на осигурителния орган, съответно на съда.

5. Отражение на особеностите на нетравматичното увреждане, признато за трудова злополука, върху предвидените правни последици

За пълнота на изложението могат да се посочат и някои особености, свързани с правните последици, които българското законодателство предвижда при трудовата злополука, настъпила от нетравматично увреждане. Не може да се твърди, че за тези случаи са уредени специални правила или каквито и да било разлики по отношение на осигурителните и трудовите права, които възникват в резултат на настъпилата трудова злополука. Осигурителното законодателство в чл. 12 КСО предвижда правата на лицата, които зависят от настъпилите неблагоприятни последици, а не от това от травма или не е настъпила трудовата злополука. Известна разлика би могла да се установи при определяне размера на дължимото обезщетение при трудова злополука в резултат на нетравматично увреждане по чл. 200 КТ. Тя може да рефлектира в по-голям размер на неимуществените вреди, които съдят определя по чл. 52 ЗЗД по справедливост, спрямо травматичните трудови злополуки. Обосновка за това твърдение може да се намери в казаното по-горе относно причината и последиците от нетравматичното увреждане, признато за трудова злополука. То настъпва в резултат от екстремни, необичайни физически или психически натоварвания в работния процес, а работодателят или органът по назначаване

носят пряка отговорност за тези неблагоприятни условия за работа. В същото време тежките и трайни вредни последици, които нетравматичното увреждане, признато за трудова злополука, може да причини, също предполагат присъждането на по-голямо обезщетение за обезвреда на причинените имуществени вреди заради по-големи разходи за лекарства, рехабилитация, пропуснатите възнаграждения, които починалият би могъл да спечели, ако беше останал жив и пр., както и на неимуществените вреди – причинените болки и страдания, от внезапната смърт или тежко увреждане на здравето поради екстремните условия на работа, при които е починал или се е увредил пострадалият.⁴³

Тези обстоятелства следва да се отчитат и при налагането на административнонаказателна отговорност за работодателя или за органа по назначаване поради неспазване изискванията за здравословни и безопасни условия на труд, тъй като причините за нетравматичното увреждане са свързани с работата и последиците за организма са по-тежки и дълбоки. От направените бележки може да се направи извод, че са налице особености в правните последици, които се свързват с нетравматичното увреждане – трудова злополука. Те заслужават по-подробно изследване.

6. Заключение

От анализа на правната уредба на нетравматичното увреждане, признато за трудова злополука, както и на проблемите, които тя поражда, могат да се направят няколко извода.

Законодателят е непоследователен в уреждането на възможността трудова злополука да бъде причинена от нетравматично увреждане. Очевидно премахването на тази хипотеза с приемането на Кодекса за задължително обществено осигуряване е преценено като несполучливо и през 2002 г. тя е възстановена. Но нормативните текстове са лаконични и непрецизни. Изтъкнатите затруднения в практиката, наличието на противоречиви разрешения и множество спорове доказват необходимостта да се изгради ясен и систематизиран режим на нетравматичното увреждане, от което е настъпила трудова злополука.

Направеното по-горе изложение изведе особеностите на нетравматичното увреждане. Разликите с увреждането при травматичната трудова злополука са съществени. Става дума за болест, а не за травма. То е отклонение от нормалното здравословно състояние на човека, настъпило поради еднократно, непродължително внезапно въздействие на изключителни или необичайни вредни фактори на работната среда или на трудовия процес на работното място. Нетравматичното увреждане причинява дълбоки и трайни структурни и функционални изменения в нормалната жизнена дейност на организма. За да

⁴³ Повече за вредите, които подлежат на обезщетение по чл. 200 КТ в: **Мръчков**, Васил. Имуществена отговорност на работодателя, 135–145; 169–174.

е внезапно, то не следва да е в резултат на патологично състояние на организма, следствие на заболяване от каквото и да е естество. Тези особености не са отразени в правната уредба. Тя оставя неизяснени въпроси, от което се налага да се прилагат нормативните разрешения за травматичната трудова злополука, които не винаги са подходящи и приложими за нетравматичното увреждане. Логична последица от това е и наличието на непрецизна и противоречива административна и съдебна практика, а предоставената на лицата допълнителна осигурителна закрила не се използва по предназначение. Представените в изложението особености на нетравматичното увреждане – трудова злополука, заедно с нарастващото му значение в практиката доказват, че то заслужава специалното внимание на законодателя и по-прецизното му уреждане в бъдеще.

ЛИТЕРАТУРА

- Ангушева**, Ванюша. Понятието „трудова злополука“. *Год. СУ. Юрид. фак.*, 67, [1976], 1977, № 1, 109–150.
- Василев**, Атанас. Имуществена отговорност на работодателя за вреди от трудова злополука и професионално заболяване. София: Интерюс, 1997. 80 с.
- Гевренова**, Нина. Здравословни и безопасни условия на труд. [Нормативни актове. Съдебна практика. Административна практика. Приложен коментар]. София: ИК Труд и право, 2003. 576 с. (Авт.: § 2; § 3, т. I – 1, 3, 5 и 6, т. II – 8; § 4; § 6, т. III). (Съавт.: Красимира Средкова, Иван Янев).
- Генова**, Ярослава. Осигурени лица в ДОО. София: Сиела, 2010. 372 с.
- Мингов**, Емил. Обезщетения при временна неработоспособност. София: Сиби, 2002. 220 с. (Библиогр.: с. 205–206).
- Мингов**, Емил. Понятията „неработоспособност“ и „нетрудоспособност“ в българското осигурително законодателство. *Съвременно право*, 2001, № 2, 22–33.
- Мръчков**, Васил. Имуществена отговорност на работодателя при смърт или увреждане на здравето на работника или служителя. София: Сиби, 2013. 296 с.
- Мръчков**, Васил. Осигурително право. 6. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014. 504 с.
- Средкова**, Красимира. Осигурително право. 5. прераб. и доп. изд.. София: Сиби, 2016. 648 с. (Азбучен указател: с. 642–647).

Дадена в Катедра „Трудово и осигурително право“ – април 2019 г.
Рецензент – доц. д-р Нина Гевренова.

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ИЛИ ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ МЕЖДУ ПРАВОТО НА ЕС И БЪЛГАРСКОТО ВЪТРЕШНО ПРАВО ПРИ ПРИЛАГАНЕТО НА РЕГЛАМЕНТ „БРЮКСЕЛ IА“?

БОРЯНА МУСЕВА*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: България участва в съдебното сътрудничество по граждански дела с трансгранични последици, включено в Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС), вече повече от 10 години. Един от най-важните инструменти в тази област е Регламент (ЕС) № 1215/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2012 г. относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (т.нар. Регламент Брюксел Iа). Статията се фокусира върху два аспекта, свързани с действието на регламента спрямо лицата.

Първият е посветен на прилагането на Регламент Брюксел Iа спрямо физическите лица в зависимост от наличие на „местоживеене“ в държава членка на ЕС. За съжаление, в Регламент Брюксел Iа не съществува легално автономно понятие за „местоживеенето“ на физическите лица. Този въпрос е оставен на държавите членки, както е предвидено в член 62 Регламент Брюксел Iа. В същото време съществуват насоки за тълкуването му, които могат да бъдат изведени косвено от регламента и от предхождащите го актове. Българската съдебна практика относно местоживеенето на физическо лице, включително на ниво ВКС, е противоречива, което води до несигурност и непредсказуемост. Статията предлага изход от тази ситуация, като предлага, *inter alia*, евентуално отправяне на преюдициално запитване до Съда на ЕС.

* Доцент по международно частно право в ЮФ на СУ „Свети Климент Охридски“, доктор по право, ръководител на Катедра „Международно право и международни отношения“.

Вторият аспект е посветен на възможността за предявяване на иск срещу трето лице в рамките на иск за поръчителство или гаранция или в рамките на друго производство на трето лице в съда, сезиран с първоначалното дело. Правната рамка е установена в член 8, точка 2 от Регламент Брюксел Ia. Съществува проблем, който произтича от член 219, ал. 2 от Гражданския процесуален кодекс, който забранява участието на трета страна в главното производство, ако тази трета страна няма постоянен адрес в България или живее в чужбина. В статията се поддържа тезата, че правото на ЕС има предимство и позволява достъп до българските съдилища и в рамките на дела, свързани с трети страни – помагачи от държави членки на ЕС. Желаната цел е преодоляване на трайната съдебна практика на българските съдилища, ограничаваща участието на трета страна-помагач в трансгранични граждански и търговски дела у нас.

Ключови думи: международна компетентност, Регламент 1215/2012, местоживее-не, преюдициално запитване, трето лице-помагач, съотношение между вътрешно право и право на ЕС.

ACTION AND REACTION BETWEEN EU LAW AND BULGARIAN LAW IN THE APPLICATION OF BRUSSELS I RECAST REGULATION

BORIANA MUSSEVA*

Department of International Law and International Relations

Abstract: Bulgaria is participating at the judicial cooperation in civil matters with cross-border implications entailed currently in the Treaty on the Functioning of the European Union for more than 10 years now. One of the most important instruments in this field is Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (so called Brussels I Recast Regulation). This paper focuses on two aspects connected with the *ratio personae* of Brussels I Recast Regulation.

The first one is devoted to the application of Brussels I Recast Regulation towards natural persons, depending to large extend on their domicile in an EU Member State. Unfortunately there is no definition of the “domicile” of natural persons contained in Brussels I Recast Regulation. This question is left to the Member States as envisaged in Article 62. At the same time there are some guidelines that can be drawn indirectly from the Regulation and from the previous instruments on the same matter. The Bulgarian case law determining the domicile of a natural persons under the Bulgarian standards but in sense of the Brussels I Recast Regulation is controversial. There are three different views of the Bulgarian Court of Cassation in this regard. This ambivalent understanding of the domicile creates uncertainty and unpredictability. This paper suggests way out of this conflicting situation proposing *inter alia* a possible request for preliminary ruling of ECJ.

The second aspect is devoted to the possibility of lodging a claim against a third party in an action on a warranty or guarantee or in any other third-party proceedings in the

* Associate Professor in Private International Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski”, Ph.D.,

court of the domicile of the main defendant in situations when the court is seized with the original proceedings. The legal frame is established in Article 8, point 2 of Brussels I Recast Regulation. The problem lies in a Bulgarian rule contained in Article 219, paragraph 2 of the Civil Procedural Code forbidding participation of a third party in main proceedings if this third party does not have permanent address in Bulgaria or lives abroad. This paper argues that the EU law prevails and allows accesses to the Bulgarian courts also in cases concerning third parties from EU Member States. The desired goal is overriding of a standing case law of the Bulgarian courts limiting the right of proceeding against third parties in cross-border cases.

Key words: international jurisdiction, Regulation 1215/2012, domicile, preliminary ruling, third party, relationship between domestic law and EU law.

I. Увод

Международното частно материално и процесуално право на Република България се промени драстично след присъединяването на страната ни към Европейския съюз (ЕС). Международната компетентност, приложимото право, признаването, допускането до изпълнение, изпълнението, сътрудничеството между националните съдилища (напр. при връчване на документи или събиране на доказателства) в много области вече се уреждат непосредствено от правото на ЕС и задължителната практика на Съда на ЕС (СЕС). Достатъчно репрезентативно е да се посочат области като договорните¹ и извъндоговорните² отношения, развода³, родителската отговорност⁴, издръжката⁵, наследяването⁶, имуществените отношения между съпрузи и регистрирани партньорства⁷. Всички те съставляват т.нар. европейско международно част-

¹ Регламент (ЕО) № 593/2008 относно приложимото право към договорни задължения (т. нар. Рим I).

² Регламент (ЕО) № 864/2007 относно приложимото право към извъндоговорни задължения (т. нар. Рим II).

³ Регламент (ЕС) № 1259/2010 относно осъществяването на засилено сътрудничество в областта на приложимото право при развод и законна раздяла.

⁴ Регламент (ЕО) № 2201/2003 относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по брачни дела и делата, свързани с родителската отговорност, с който се отменя Регламент (ЕО) № 1347/2000 (т. нар. Брюксел IIa).

⁵ Регламент (ЕО) № 4/2009 относно компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на съдебни решения и сътрудничеството по въпроси, свързани със задължения за издръжка.

⁶ Регламент (ЕС) № 650/2012 относно компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на решения и приемането и изпълнението на автентични актове в областта на наследяването и относно създаването на европейско удостоверение за наследство.

⁷ Регламент (ЕС) 2016/1103 на Съвета от 24 юни 2016 година за изпълнение на засиленото сътрудничество в областта на компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на решения по въпроси, свързани с имуществения режим между съпрузи и Регламент (ЕС) 2016/1104 на Съвета от 24 юни 2016 година за изпълнение на засиленото съ-

но и процесуално право, замислено като приложимо в България по идентичен начин, както в останалите държави членки на ЕС.

Европейското международно частно материално и процесуално право е част от политиката на ЕС във връзка с пространството на свобода, сигурност и правосъдие (дял V от ДФЕС) и по-конкретно съставлява т.нар. „съдебно сътрудничество по гражданскоправни въпроси с трансгранично значение“ (глава 3 на дял V от ДФЕС). Компетентността на институциите на ЕС в тази област възниква с Договора от Амстердам, подписан на 2.10.1997 г. и влязъл в сила на 1.05.1999 г. (чл. 67). Тя бе запазена, като обхванатите от нея мерки бяха разширени, и в ДФЕС (чл. 81). По вид компетентността е споделена (чл. 4, пар. 2, б. „й“ ДФЕС) и многократно упражнена – към настоящия момент приетите регламенти в областта на съдебното сътрудничество по гражданскоправни въпроси с трансгранично значение от 1999 г. до 2017 са двадесет и четири като техният брой продължава да расте⁸.

Бурното развитие на съдебното сътрудничество по гражданскоправни въпроси с трансгранично значение в рамките на ЕС постави сериозни предизвикателства пред българските правораздавателни органи. Те трябваше най-напред да се запознаят с релевантната уредба на ниво право на ЕС, включително да разберат наднационалния „език“ на съответните нормативни актове. На следващо място българският съд беше длъжен да се абстрахира от новоприетия Кодекс на международното частно право (КМЧП), който не беше променян с оглед дерогирането му в отделни части от правото на ЕС. След това затруднение, идваше ключовият момент, при който съдът следваше да установи действието на съответния европейски нормативен акт по време, пространство, материя и спрямо лицата, както и неговото съотношение с конкуриращи го нормативни актове с идентичен на неговия предметен обхват. Разбира се, българските правораздавателни органи трябваше да прилагат и тълкуват нормите на правото на ЕС по начина, който произтича от самите тях и с оглед задължителната практика на Съда на ЕС.

В рамките на тези предизвикателства българските съдилища разполагаха с частичната подкрепа на българската правна доктрина, която трябваше да догонва европейското развитие и не винаги успяваше да предложи навременни анализи и разрешения по текущи проблеми, произтичащи от правото на ЕС.

Българската съдебна практика по прилагане на регламентите в материята на съдебното сътрудничество по гражданскоправни въпроси с трансгранично значение в рамките на десетте години членство на страната ни в ЕС нарасна значително. Нейното многообразие не може да бъде представено

трудничество в областта на компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на решения в областта на имуществените последици на регистрираните партньорства.

⁸ На дневен ред е изменение на Регламент (ЕО) №2201/2003, предложението за което беше публикувано от Комисията от 30 юни 2016.

в рамките на една статия, а предполага множество тематично ориентирани проучвания⁹.

Настояща статия си поставя за цел да анализира една от областите на съдебното сътрудничество по гражданскоправни въпроси с трансгранично значение, а именно: съдебното сътрудничество по граждански и търговски дела, доколкото същото е най-старо и най-съществено за свободното движение на стоки, услуги и капитали. Призмата на проучването ще бъде поставена върху действието спрямо лицата на Регламент (ЕС) № 1215/2012 относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (преработен текст) (ОВ 2012, L 351, p.1, по-нататък Регламент Брюксел Ia), съответно отменения Регламент (ЕО) № 44/2001 относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (ОВ 2001, L 12, p.1, по-нататък Регламент Брюксел I). Ще бъде представена релевантната нормативна уредба и българската съдебна практика по два ключови аспекта: относно местоживеенето на физическите лица и във връзка с възможността за привличане на трето лице от държава членка на ЕС като подпомагаща страна.

Причината за избор на областта и дискурса е продиктувана от обстоятелството, че бяха установени определени затруднения, които препятстват адекватното прилагане на този ключов регламент от правото на ЕС у нас в посочените хипотези.

II. Местоживеене на физическо лице според Регламент Брюксел Ia

В рамките на десетте години от прилагане на Регламент Брюксел Ia и предхождащия го Регламент Брюксел I българската съдебна практика и доктрина не успя да се обедини около едно становище относно точното съдържание на понятието „местоживеене“ на физическо лице. Отговорът на този въпрос е фундаментален за точното прилагане на този основен източник на правото на ЕС в материята на съдебното сътрудничество по гражданскоправни въпроси с трансгранично значение.

⁹ Като напр.: **Натов**, Николай, Боряна **Мусева**, Васил **Пандов**, Теодора **Ценова**, Дафина **Сърбинова**, Станислав **Йордански**, Емил **Цанев**, Михаил **Станков**. Регламентът Брюксел IIa. Коментар. София: Сиела, 2014 (по-нататък Регламентът Брюксел IIa. Коментар) и **Натов**, Николай, Боряна **Мусева**, Ясмина **Андреева**, Станислав **Йордански**, Теодора **Ценова**, Дафина **Сърбинова**, Васил **Пандов**, Захари **Янакиев**, Николай **Банков**, Цветан **Крумов**. Регламентът Брюксел I. Коментар. София: Сиела, 2012 (по-нататък Регламентът Брюксел I. Коментар).

1. Значение на „местоживеенето“

Регламент Брюксел Ia, както и отмененият Регламент Брюксел I ориентират своето действие спрямо лицата при определянето на международната компетентност с оглед тяхното „местоживеене“. Доколкото ответникът има местоживеене в държава членка на ЕС, сезираният съд следва да прилага регламентите (чл. 4 Регламент Брюксел Ia и чл. 2 Регламент Брюксел I). Обратно, ако ответникът няма местоживеене в държава членка на ЕС, приложение намират разпоредбите на националното международно частно процесуално право (у нас – най-често: КМЧП). От тази разделителна линия има отклонения при т.нар. случаи на универсално действащи правила за международна компетентност. Такива са правилата относно изключителната компетентност¹⁰, избора на съд¹¹ и в Регламент Брюксел Ia – в някои хипотези, при ищци, които имат качеството на по-слаба страна¹². При тях местоживеенето е без значение, т.е. регламентите се прилагат независимо от местоживеенето на страната/страните. Гражданството във всички случаи е ирелевантно. Местоживеенето е от ключово значение при прилагане на международната компетентност при по-слабата страна, стои в основата на общата компетентност и детерминира случаите на т.нар. специална (факултативна) компетентност. Ето защо неговото точно съдържание има съществена роля, не само с оглед действието на регламента спрямо лицата, но и при прилагането на голяма част от основанията за определяне на международната компетентност.

2. Правна уредба

Европейският законодател дава легална дефиниция на понятието „местоживеене“, когато страната е **юридическо лице**. Съгласно чл. 63 от Регламент Брюксел Ia (преди чл. 60 от Регламент Брюксел I) търговските дружества или други юридически лица или сдружения на физически или юридически лица имат местоживеене в мястото, където се намира тяхното: а) седалище по устав; б) централно управление; или в) основно място на стопанска дейност. Благодарение на тази автономна дефиниция във всички държави членки на ЕС съществува яснота, сигурност и предвидимост при преценката относно действието на регламента спрямо юридическите лица, както и при прилагането на отделните негови правила за международна компетентност.

Не така стоят нещата, когато по гражданско или търговско дело участва **физическо лице**. Съгласно чл. 62, пар. 1 от Регламент Брюксел Ia (преди чл. 59, пар. 1 от Регламент Брюксел I), за да определи дали една страна има местоживеене в държава членка, чиито съдилища са сезирани по делото, съдът

¹⁰ Чл. 22 от Регламент Брюксел I и чл. 24 от Регламент Брюксел Ia.

¹¹ Чл. 23 и чл. 24 от Регламент Брюксел I и чл. 25 и 26 от Регламент Брюксел Ia.

¹² Чл. 18, пар. 1 и чл. 21, пар. 2 от Регламент Брюксел Ia.

прилага вътрешното си право. Обратно, ако страната няма местоживеене¹³ в държавата членка, чиито съдилища са сезирани по дадено дело, тогава, за да определи дали страната има местоживеене в друга държава членка, съдът прилага правото на тази държава членка (пар. 2). На практика подходът на европейския законодател е вместо автономна еднаква за всички държави членки дефиниция за местоживеене на физическо лице, както е направил по повод на юридическите лица, да насочи по пътя на препращането към вътрешното право на съответните държави.

От уредбата, дадена от Регламента, следва, че ако е сезиран българският съд и няма универсално действаща компетентност, той трябва да установи най-напред, дали ответникът има местоживеене у нас. Само ако се установи, че ответникът няма местоживеене в България, нашият съд следва да провери дали ответникът има местоживеене на територията на друга държава членка на ЕС като за целта прилага нейното разбиране за местоживеене. Така се разрешава и колизията в ситуациите, при които едно физическо лице има местоживеене в повече от една държава членка на ЕС. Подобни хипотези са мислими и имат значение при анализа на българското разбиране и съдебна практика.

Използваният подход на европейския законодател при определянето на „местоживеенето“ на физическите лица има потенциал да доведе до различни правни разрешения в отделните държави, съответно по-голяма неяснота и несигурност при прилагането на Регламента. Независимо от това, той се използва още от Брюкселската конвенция относно международната компетентност, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела от 1968 г. (по-нататък Брюкселската конвенция), най-вече с оглед избягване на риска от създаване на различни дефиниции в различни международни конвенции, което по-лесно би довело до отклонение от тях на национално ниво¹⁴.

3. Наднационални параметри за националното понятие „местоживеене“

Независимо, че определянето на местоживеенето на физическите лица е предоставено на отделните държави, Брюкселската конвенция, докладът по нейното прилагане, както и Регламентите Брюксел I и Брюксел Ia индиректно **поставят граници**, в рамките на които трябва да попада националната концепция за местоживеене на физически лица.

Като първа гранична линия следва да се има предвид, че „местоживеенето“ **не трябва да се приравнява и тълкува като равнозначно на „оби-**

¹³ В регламента лош превод „местожителство“.

¹⁴ Доклад **Jenard**, Paul. Bericht über dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil-und Handelssachen. OB. C 59/1, p. 45

чайно местопребиваване¹⁵. Такава възможност е била отречена още при сключването на Брюкселската конвенция, като това отношение е запазено и при приемането, както на Регламент Брюксел I, така и на Регламент Брюксел Ia. Основната причина е желанието в материята на гражданските и търговски дела да се облекчи сезираният съд, който, на базата на **формална връзка** на дадено лице с конкретната държава, сравнително сигурно и лесно доказуемо да прецени дали и как да прилага съответния нормативен акт относно международната компетентност. Като допълнителен аргумент се изтъква и обстоятелството, че в повечето държави на ЕС местната компетентност се определя с оглед местоживеенето, както и че то съдържа в себе си идеята за по-фиксирано и стабилно място на установяване в сравнение с обичайното местопребиваване¹⁶.

Като производно от казаното по-горе, Регламентите Брюксел Ia и предхождащите го Регламент Брюксел I и Брюкселската конвенция **не позволяват „местоживеенето“ да се разбира алтернативно като местоживеене или като обичайно местопребиваване**. Подобен подход би довел до увеличаване на възможните компетентни съдилища, което от своя страна създава правна несигурност и потенциал за повече случаи на висящи процеси и свързани иски¹⁷.

Определянето на „местоживеенето“ чрез или заедно с обичайното **местопребиваване е изключено и чисто позитивно правно, доколкото обичайното местопребиваване се използва самостоятелно** в Регламент Брюксел Ia (напр. в чл. 15, т. 3 и чл. 19, т. 3), в Регламент Брюксел I (напр. в чл. 5, т. 2, чл. 13, т. 3 и чл. 17, т. 3) и в Брюкселската конвенция (чл. 5, т. 2 и чл. 15, т. 3), т.е. то е различен и самостоятелен критерий спрямо „местоживеенето“.

От изложеното до тук следва, че „местоживеене“, използвано в Регламента Брюксел Ia, както и в предхождащите го нормативни актове на правото на ЕС, в никакъв случай **не трябва да обуславя от „обичайното местопребиваване“, а още по-малко да се изпълва със съдържанието на чл. 48, ал. 7 КМЧП, където е дадено българско легално определение на „обичайно местопребиваване“ на физическо лице**.

Втората граница, която трябва да бъде съобразена, почива върху разбирането, че Регламентите Брюксел Ia (чл. 4), Брюксел I (чл. 2) и Брюкселската конвенция (чл. 2) се **прилагат независимо от гражданството на ответника или на ищеца, съответно „местоживеенето“ не трябва и не бива да бъде използвано като „таен път“ за включване на гражданството сред факторите, определящи действието им и международната компетентност**. Причините са множество. Гражданството още от 1968 г. се счита за „ретрограден

¹⁵ Решение на CEC от 2 април 2009, A, C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, точка 43 и 44 и Решение на CEC от 22 декември 2012, Mercredi, C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829, точка 56.

¹⁶ Доклада Jendrd, Paul. op.cit., p. 16.

¹⁷ Доклада Jenard, Paul op.cit., p. 16.

критерий“. Използването му предполага друга система от правила за международна компетентност, съобразяваща спорове между граждани на държави членки и спорове с или между граждани на трети държави. Освен това, установяването на гражданството, особено на ответник от чужда държава в рамките на процес не е особено лесно. Трудности биха създали и хипотезите на лица с двойно гражданство или без гражданство. Обратно „местоживеенето“ позволява спазване на един и същ режим за всякакви граждани, които са се установили и са формализирали връзката си с конкретната държава членка посредством „местоживеене“¹⁸.

Доколкото гражданството не определя нито приложението, нито международната компетентност в Регламент Брюксел Ia и предхождащите го нормативни актове, то не може да бъде въведено едностранно от нито една държава членка чрез „местоживеенето“, защото би довело и до нарушаване на забраната за дискриминация на основание гражданство и екзорбитантни компетентности.

Третата граница е базирана около постулата, че „местоживеенето“ в никакъв случай не трябва да се разширява до законови фикции, както посочва докладът по прилагане на Брюкселската конвенция, относно адрес за целите на връчването¹⁹. **Тази забрана може да бъде доразвита и с оглед всякакви други законови фикции по повод на адрес,** които в никакъв случай не отразяват действителната връзка между дадено лице и държавата, в която то е формализирало своето конкретно и стабилно местоживеене.

4. „Местоживеене“ на физическо лице в българската правна доктрина

В рамките на десетте години членство на България в ЕС и десетгодишното прилагане първо на Регламент Брюксел I, а от 10.01.2015 г. – на Регламент Брюксел Ia българската правна доктрина не успя да изясни по безспорен начин какво точно следва да е налице, за да се приеме, че едно физическо лице има „местоживеене“ у нас.

Според първата група автори, „местоживеенето“ на физическите лица у нас следва да се свързва с техния „**настоящ адрес**“, така, както е определен в чл. 94 ЗГР. Аргументите са свързани с това, че този вид адрес е формална връзка между едно физическо лице и българската държава, който е замислен да доказва, че лицето действително пребивава на него. Той е лесно установим и удобен за приложение. При преместване в чужбина този адрес у нас престава да съществува, а се замества с посочване на държавата, където лицето се е установило (чл. 94, ал. 3 ЗГР). По този начин се отразява действителното местоположение на лицето. Настоящият адрес съобразява принципа *actor*

¹⁸ Доклада Jendrd, Paul. op.cit., p. 15.

¹⁹ Доклада Jenard, Paul. op.cit., p. 15.

sequitur forum rei, според който съдът трябва да следва ответника там, където той наистина се намира. Обратно – постоянният адрес, който всеки български гражданин трябва да има, независимо от местоживеенето си по света (чл. 93 ЗГР), не отразява действителното местоживеене, равен е на гражданство и на практика има фиктивен характер. Авторът на настоящата статия с изложените аргументи застъпва именно това разбиране за „местоживеене“²⁰.

Втора група автори застава зад разбирането, че „местоживеенето“ в България произтича от наличието на „**постоянен адрес**“ у нас. Аргументът е, че „местожителството“ било заменено с „постоянен адрес“ по силата на ЗГР. Съответно, доколкото „местоживеенето“ било равно на „местожителство“, това означавало съобразяване на „постоянния адрес“²¹.

Трета група автори счита, че „местоживеенето“ следва да се тълкува като „**обичайно местопребиваване**“, така, както то е определено в чл. 48, ал. 7 КМЧП. Аргументът е, че КМЧП е приет преди присъединяването на България към ЕС и синхронизира българското право с европейското²².

5. „Местоживеене“ на физическо лице според ВКС

За съжаление, подобно на доктрината, практиката на ВКС по изясняването на понятието „местоживеене“ на физическо лице у нас с оглед прилагането на Регламентите Брюксел I и Брюксел Ia също не е единна.

Според някои състави на ВКС „**местоживеенето**“ е **равнозначно на „обичайно местопребиваване“**, доколкото това е дефиницията, дадена от вътрешното българско право в чл. 48, ал. 7 КМЧП²³.

Други състави на ВКС приемат, че наличието на „**местоживеене**“ по смисъла на Регламент Брюксел Ia и Брюксел I в България **следва да се преценява съобразно „настоящия адрес“**²⁴. Аргументите в подкрепа на това разбиране са, че „настоящият адрес“, за разлика от „постоянния“, отразява действител-

²⁰ **Мусева**, Боряна. Из лабиринта на международната компетентност по граждански и търговски дела. *Юридически свят*, 2006, № 2, 67–68.

²¹ Вж., Регламентът Брюксел I, Коментар, цит. съч. с. 567.

²² **Попова**, Валентина. Актуални проблеми на европейския граждански процес и част VII на ГПК. София: Сиела, 2011, с. 21; **Златарева**, Маргарита. Международен граждански процес. София: Сиела, 2010, с. 97 и с. 101.

²³ Определение № 9 от 13.01.2010 г. по ч. гр. д. № 435/2009 г., Г. К., II г. о. на ВКС, така и по-долните инстанции: Определение № 11105 от 13.11.2015 г. по гр. д. № 4318/2014 г. на Районен съд – Пловдив и решение № 587 от 23.11.2015 г. по в. гр. д. № 577/2015 г. на Окръжен съд – Пазарджик, решение № 814 от 03.11.2014 г. по гр. д. № 2507/2013 г. на Районен съд – Пазарджик.

²⁴ Определение № 886 от 09.11.2011 г. по ч. т. д. № 130/2011 г., Т. К., II Т.О. на ВКС и определение № 649 от 22.11.2010 г. по ч. гр. д. № 631/2010 г., Г.К., IV Г. О. на ВКС (с известна условност), така и по-долните инстанции: определение № 4580 от 15.04.2014 г. по гр. д. № 4941/2011 г. на Районен съд – Пловдив.

ното местоживеене на дадено лице, особено при българи, установили се да живеят в чужбина. Настоящият адрес отразява в по-голяма степен принципа *actor sequitur forum rei*, който изисква съдът да следва ответника там, където той наистина се намира.

Съществува и трето виждане на съдии от ВКС, съгласно което „**местоживеенето**“ трябва да се определя според **мястото, където лицето фактически живее, без значение дали е извършена и административна регистрация**²⁵. До този извод се достига, като се преминава през дефиницията на „обичайно местопребиваване“ по чл. 48, ал. 7 ГПК и тази за „настоящ адрес“ по смисъла на чл. 94 ЗГР. На базата на ал. 3 от чл. 94 ЗГР се приема, че е възможно заявеният адрес и този по фактическо местопребиваване да не съвпадат. Акцентът се поставя върху мястото на живеене, а не върху формалната регистрация, която е негова последица. Съставът на ВКС реферира към друго свое произнасяне в подобен смисъл и приема, че практиката на ВКС е непротиворечива²⁶.

Всички произнасяния на ВКС са с определения по чл. 274 ГПК, всяко от които до последните изменения на ГПК имаше задължителен характер.

Съществуват и други виждания за понятието „местоживеене“, застъпвани от други съдилища, различни от ВКС. Така например се приема, че „местоживеенето“ следва да произтича от обичайното местопребиваване, което трябва да се припокрива с постоянния адрес²⁷. Други съдии приемат, че критерият не е „постоянният адрес“, а местоживеенето, без обаче да уточняват какво точно означава това понятие²⁸.

6. Изводи и предложения

Представената съдебна практика на ВКС и на останалите съдилища безспорно разрешава противоречиво един и същ въпрос.

От точното определяне на „местоживеенето“ на физическо лице у нас зависи, както самото прилагане на Регламент Брюксел Ia в частта относно международната компетентност, така и правото и задължението на българския съд да разгледа и реши спор с международен елемент на базата на компетентност в полза на по-слабата страна, при обща компетентност, както и с оглед съобразяването на специалната или допълнителната компетентност.

²⁵ Определение № 543 от 16.06.2016 Г. по гр.д. № 1754/2016 г., Г. К., IV Г. О. на ВКС, Решение № 270/19.02.2015 г. по гр. д. № 7175/2013 г. на IV г.о. на ВКС, така и Определение № 959 от 25.04.2017 г. по в. ч. гр. д. № 646/2017 г. на Окръжен съд – Пловдив.

²⁶ Определение № 543 от 16.06.2016 Г. по гр.д. № 1754/2016 г., Г. К., IV Г. О. на ВКС.

²⁷ Определение № 305 от 10.05.2014 г. по в. ч. гр. д. № 269/2014 г. на Окръжен съд – Пазарджик.

²⁸ Определение № 2423 от 19.08.2014 г. по в. ч. гр. д. № 2241/2014 г. на Окръжен съд – Пловдив.

Ако в рамките на дело, образувано пред съд на друга държава членка на ЕС се повдигне въпросът за наличие на местоживеене в България, чуждият съд трябва да е в състояние на установи и приложи българското вътрешно правило относно местоживеенето на физическото лице у нас (съгласно чл. 62, пар. 2 Регламент Брюксел Ia). С оглед на факта, че това не е лесно за българските правораздавателни органи, не би трябвало да бъде изненада, ако чуждестранният съд се окаже в безизходна ситуация.

Състоянието на българската съдебна практика е обусловено от множество фактори. От една страна е налице недостатъчно добро познаване на Регламент Брюксел Ia, както и на предхождащия го Регламент Брюксел I, доколкото точно по този въпрос трябва да се познава и техният прототип Брюкселска конвенция и коментара по прилагането ѝ. От друга страна, както се посочи, доктрината също не е особено полезна, доколкото е противоречива. На следващо място, липсата на нарочна уредба във връзка с „местоживеенето“ във вътрешното ни право, конфронтира съда с нуждата от тълкуване на ЗГР и КМЧП. Тълкуването на ЗГР за целите на международното частно процесуално право е трудно, ако се съобразява българската народопсихология и небрежност при съобразяване на задължения за регистрация, съответно за прекратяване на регистрация при преместване извън границите на България. Точно по тази тема е налице и политическа чувствителност, защото от нея зависи доста често изходът на изборния процес, което прави промяната ѝ доста сложна. За съжаление, съществуват и група лица, които не попадат в обхвата на прилагане на ЗГР – по-конкретно: лица, граждани на държави членки на ЕС, различни от България, за чието пребиваване се прилага Законът за влизането, пребиваването и напускането на Република България на гражданите на Европейския съюз, които не са български граждани и членовете на техните семейства. Това затруднява допълнително съдебната практика. Реферирането към КМЧП също не е особено удачно, защото той създава българска система от правила за международна компетентност, а не подпомага прилагането на Регламент Брюксел Ia.

Противоречивата съдебна практика по въпроса за „местоживеенето“ създава сериозна правна несигурност и липса на предвидимост относно достъпа до български съд при физически лица по дела с трансгранично значение. България като държава членка на ЕС не може да си позволи подобно продължаващо с години и доближаващо се до произвол положение.

Съществуват **два мислими варианта** за изход от описаната ситуация.

Първият е **по пътя на тълкувателно решение по реда на чл. 292 ГПК**. Доколкото съществуват противоречиви разрешения на един и същ въпрос, това е установеният национален механизъм за уеднаквяване на съдебната практика. В случая европейският законодател е предвидил изрично, че „местоживеенето“ на територията на държавата на сезирания съд се определя според неговото вътрешно право (чл. 62, пар. 1 Регламент Брюксел Ia). Това

позволява и осъществяване на тълкувателна дейност от българския ВКС. В същото време, при уеднаквяването на своята практика, българският ВКС трябва на всяка цена да съобрази параметрите, зададени от правото на ЕС във връзка с понятието „местоживеене“ на физическо лице в рамките на целите и системата на самия Регламент, т.е. да извърши така нареченото „съобразено с регламента“ тълкуване. Излизането извън тях би означавало нарушение на правото на ЕС, което продължава да се прилага пряко, непосредствено и с предимство. Това от своя страна отново би създавало правна несигурност и непредвидимост, както за българските и чужди правораздавателни органи, така и за всички български и чужди граждани, които са или са били свързани с България.

Вторият мислим изход от ситуацията на правна несигурност по повод изясняване на понятието „местоживеене“ на дадено физическо лице у нас е по пътя на **потенциално преюдициално запитване по реда на чл. 267 ДФЕС**. То предполага ВКС или друг съд да трябва да се произнесе относно наличието или липсата на „местоживеене“ на дадено физическо лице у нас по повод на конкретен спор. Това може да бъде спор, както по повод действието на Регламент Брюксел Ia спрямо лицата (напр. спор с международен елемент срещу ответник, физическо лице – чужд гражданин, пребиваващ в България), така и по повод някой от видовете компетентност (напр. дело у нас, образувано срещу ответник – български гражданин с постоянен адрес у нас, но пребиваващ от години напр. в Германия). Сезираният съд би могъл да попита СЕС дали Регламент Брюксел Ia поставя граници/параметри относно понятието „местоживеене“ на физическо лице, които трябва да бъдат съобразявани при преценката относно националното разбиране за „местоживеене“. В случай, че СЕС отговори, че има подобни граници, може да се разсъждава и дали възприеманите у нас тълкувания на понятието „местоживеене“ отговарят на съответните ограничителни параметри. Преюдициалното запитване до СЕС е възможно, защото се отнася до въпрос, който не е безспорен. Това е така, доколкото представените по-горе параметри са изведени доктринално чрез тълкуване на Брюкселската конвенция и доклада по нейното прилагане. Не съществува изрично произнасяне в този смисъл на СЕС, нито е налице изрична позитивно-правна уредба. Следователно, налице е известна правна несигурност на ниво право на ЕС. Отделно, самото съществуване на противоречива практика на ВКС, както и на спорове в доктрината у нас доказват, че поставеният въпрос е безспорно неясен на ниво българска юриспруденция и теория.

Подобен подход за отправяне на преюдициално запитване **не е непознат в практиката на СЕС**. Като пример може да бъдат посочени дела, при които се прави преценка за съвместимост или несъвместимост на дадено разрешение с обществения ред на дадена държава членка на ЕС. Институтът на „обществения ред“ е предвиден изрично в същия Регламент Брюксел Ia (както и „местоживеенето“), като се счита, че е понятие, което е национално по свое-

то съдържание (както и „местоживеенето“). Независимо от това, в резултат от произнасяния на СЕС трайно се поддържа разбирането, че правото на ЕС (вкл. Регламент Брюксел Ia/Брюксел I и Брюкселската конвенция) поставя определени предели към съдържанието, изяснено с оглед националните особености²⁹. Както изрично се посочва в т. 47 от решението на СЕС от 23 октомври 2012 по дело C-302/13 *flyLAL ECLI:EU:C:2014:2319* държавите членки по принцип остават свободни да определят, в съответствие с националните си разбирания, изискванията на обществения си ред, пределите на това понятие се определят чрез тълкуване на този регламент. Следователно Съдът трябва не да определя съдържанието на понятието „обществен ред“ в държава членка, а по-скоро да упражнява контрол по отношение на рамките, в които съд на държава членка може да използва това понятие... Самите „рамки“ се извеждат от тълкуването на Регламента преди всичко в зависимост от целите и от системата на посочения регламент³⁰.

Вариантите с оглед развитието на производството по отправяне на преюдициално запитване са няколко. Ако СЕС допусне до разглеждане преюдициалното запитване, са мислими две хипотези с оглед преценката дали съществуват рамки за понятието „местоживеене“. Ако се приеме, че такива има, СЕС може да се ограничи само да установи кои са те или да отиде и по-далеч: да направи и преценка за съвместимостта на националните интерпретации с установената рамка. Ако приеме, че няма предели, зададени от Регламент Брюксел Ia, то преценката остава напълно в ръцете на националния законодател, съответно правоприлагащ орган. В случай, че СЕС прецени, че въпросът е ясен и приключи делото с определение, то също има значителна правна стойност, защото, независимо от същността си, то пак има мотиви и диспозитив, съответно задължителен характер, който може да разреши съществуващата повече от 10 години несигурност по повод точното съдържание на понятието „местоживеене“ според Регламент „Брюксел Ia“.

Доколкото точното съотношение между правото на ЕС и националното право, вкл. и по повод Регламент Брюксел Ia, е особено деликатна материя, считам, че следва да се подходи най-напред през преюдициално запитване, а едва след това – с оглед заключението на СЕС – да се прецени кое да бъде конкретното българско разрешение. Описаната последователност би предпазила българските правораздавателни органи от риска да се произнесат по

²⁹ Вж. решение на СЕС от 23 октомври 2012, *flyLAL*, C-302/13, EU:C:2014:2319, точка 47, като и решение от 16 юли 2015, *Diageo Brands BV*, C-681/13, EU:C:2015:471, точка 42.

³⁰ Вж. решение на СЕС от 28 април 2009, *Apostolides*, C-420/07, EU:C:2009:271, точка 41 и цитираната съдебна практика, решение на СЕС от 27 февруари 2014, *Cartier parfums-lunettes* и *Axa Corporate Solutions Assurance*, C-1/13, EU:C:2014:109, точка 32 и цитираната съдебна практика, както и решение на СЕС от 3 април 2014, *Hi Hotel HCF*, C-387/12, EU:C:2014:215, точка 24 и цитираната съдебна практика.

начин, който да не отговаря в пълна степен на целите и систематиката на регламента.

Вероятно поради подобни съображения към настоящия момент СЕС предстои да се произнесе със заключение по дело C-571/16, образувано от Варненския административен съд. Отправеното преюдициално запитване е по повод тълкуването на чл. 4, пар. 3 от Договора за ЕС относно някои процесуални аспекти, отнасящи се до разглеждането на искове за вреди от нарушения на правото на ЕС. Независимо че съществува трайна практика на СЕС, от която следва, че по същество поставените въпроси са прерогатив на националното право, то се намира във връзка и взаимодействие с правото на ЕС и има смисъл СЕС да се произнесе по разделителната граница между тези два правопорядъка. Това наложи и спирането на общото тълкувателно дело на ВКС и ВАС под № 2/2015 г. Какъв ще бъде изходът, предстои да видим.

III. Трето лице – помагач

Вторият аспект, който заслужава анализ с оглед действието на Регламент Брюксел Ia спрямо лицата, е свързан с възможността за участие пред български съд като подпомагаща страна на трето лице от държава членка на ЕС. Проблемът произтича от забраната, която се съдържа в чл. 219, ал. 2 от ГПК, и съотношението ѝ спрямо чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia (чл. 6, т. 2 от Регламент Брюксел I).

1. Участие на трето лице – помагач според чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia

Съгласно чл. 8, пар. 2 от Регламент Брюксел Ia срещу лице с местоживеене в държава членка може да бъде предявен иск *като трета страна по дело за поръчителство или гаранция или в друго производство на трета страна, в съда, сезиран с първоначалното дело, освен ако това дело е заведено единствено с цел това лице да бъде отклонено от подсъдността на съда, който би бил компетентен по неговото дело*. При тази езикова редакция на разпоредбата, не е особено лесно да се извлече съдържащата се в нея норма. На практика чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia позволява съдът на дадена държава членка, който е международно компетентен да разгледа граждански или търговски спор с международен елемент, да придобие международна компетентност и да се произнесе и за обратен иск (съгласно българската терминология), предявен срещу трето лице във връзка с основния спор. Третото лице от своя страна трябва да има местоживеене в държава членка на ЕС, различна от държавата на сезирания съд. По същността си чрез тази възможност се предпочита интересът на страната по първоначалното дело пред интереса на третото лице от привличането му пред познатия

и близък нему съд. Крайната цел е постигане на процесуална икономия и по-голяма правна сигурност³¹.

Доколкото не всички държави членки познават института на обратния иск, а само част от тях (предимно от романския правен кръг³²), чл.8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia позволява ограничаване на неговото прилагане при изрично изявление в този смисъл от страна на държавите членки. Съгласно чл. 65, пар. 1 от Регламента Брюксел Ia, държавите, направили подобно изявление, се включват в нарочен списък, като прилагат компетентността по чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia, доколкото това се позволява от националното им право. България не се е възползвала от подобна възможност, не е посочила, че у нас тази разпоредба е обусловена от българското вътрешно процесуално право, следователно чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia трябва да се прилага у нас пряко, непосредствено и с предимство пред националната уредба. Оттук – българският съд трябва да може да допуска до участие трето лице като подпомагаща страна по дела с международен елемент, доколкото това трето лице има местоживеене в друга държава членка на ЕС.

Хипотезите, при които това се случва, са описани действително по сложен начин. Делото за поръчителство или гаранция (както е според българската версия), съответно *an action on a warranty or guarantee* (английска версия), *la demande en garantie* (френска версия) или *die Klage auf Gewährleistung* (немска версия) визираща иска, който се предявява от ответник срещу трето за процеса лице с цел освобождаване на ответника от неблагоприятни за него последици, които биха възникнали вследствие на съдебния процес³³. От българска гледна точка това е например случаят на упражняване на регрес чрез обратен иск в хипотези на поръчителство или други вид гаранция. Що се отнася до *друго производство на трета страна*, наречено съответно на английски *any other third party proceedings*, на френски *la demande en intervention*, а на немски: *die Interventionsklage*, то се интерпретира като всякакви процесуални отклонения, при които в рамките на едно главно производство, участва трето лице, спрямо което може да бъде предявен иск (извън хипотеза на поръчителство или друг вид гаранция, напр. при продавач по делото срещу купувача за евикция или по повод отговорността на цедента спрямо цесионера за съществуване на вземането). Намесата на третото лице в чуждия за него процес може да бъде доброволна – когато третото лице само встъпва в процеса, за да защити своите интереси (подобно на познатото у нас встъпване на трето лице-помагач). Тя може да бъде и принудителна – когато то бъде привлечено от една или повече от страните (аналогично на българското привличане на трето лице – помагач)³⁴.

³¹ Вж. Регламентът Брюксел I. Коментар, цит. съч, с. 104.

³² Вж. **Jenard**, Paul. op.cit., p. 27.

³³ Вж. **Jenard**, Paul. op.cit., p. 27.

³⁴ Вж. **Jenard**, Paul. op.cit., p. 28, както и **Сталев**, Живко, **Анелия Мингова**, **Огнян Стамболиев**, **Валентина Попова**, **Ружа Иванова**. Българско гражданско процесуално

Исковете срещу третото за делото лице по силата на чл.8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia могат да бъдат предявени и разгледани от съда, компетентен по първоначалното дело. Без значение е основанието, поради което сезираният съд е компетентен³⁵.

Член 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia няма да намери приложение, ако делото срещу третото лице е *заведено единствено с цел това лице да бъде отклонено от подсъдността на съда, който би бил компетентен по неговото дело*. Според Съда на ЕС, ако между първоначалното дело и иска срещу третото лице съществува взаимовръзка, няма да има риск от подобен тип злоупотреба³⁶. Така в чл.8, т.2 от Регламент Брюксел Ia се закрепя изискването за наличие на конекситет между предявените искове. Възможната злоупотреба се преценява от сезирания съд. Основните хипотези, при които може да влезе в действие така въведената защитна клауза, са споразумение за избор на съд между страните в процеса, което е сключено единствено и само, за да може да се сезира съд, който е различен от съда по местоживеенето на третото лице. Друга хипотеза е предявяване на иск в определена държава членка с единственото желание ответникът да предяви иск срещу трето лице в рамките на същия процес³⁷.

2. Забраната за участие на подпомагаща страна според чл. 219, ал. 2 ГПК и българската съдебна практика

Съгласно чл. 219, ал. 2 ГПК привличане не се допуска, ако *третото лице няма постоянен адрес в Република България или живее в чужбина*. Причината за това ограничение, която се посочва в българската правна литература, е че трябва да се даде възможност на лицето да вземе участие в делото от самото му начало, за да не бъде обвързано от мотивите на решението, без да е било в състояние да въздейства върху изхода на делото със своите процесуални усилия. Отделно – при привличане подобни лица биха били затруднени да вземат участие в делото. Подчертава се и че подобно участие би довело до забавяне на процеса между главните страни³⁸.

Българската съдебна практика възприема мотивировката, предоставена в българската правна доктрина по повод тълкуването на чл. 219, ал.2 ГПК като последователно приема, че разпоредбата изрично изключва допускането на привличане в посочените хипотези, за да не се затрудни защитата на третото

право. 9. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2012, с. 407 (по-нататък Българско гражданско процесуално право).

³⁵ Вж. решение на CEC по дело C-365/88 Kongress Agentur Hagen GmbH/Zeehaghe BV.

³⁶ Вж. решение на CEC по дело C-77/04 Réunion européenne/Zurich Espana und Soprans, № 33.

³⁷ Вж. Регламентът Брюксел I. Коментар. Цит. съч., с.106.

³⁸ Вж. Българско гражданско процесуално право. Цит.соч., с. 406.

лице и фактическото му участие в делото и да се даде възможност на лицето да участва в процеса още от самото му начало³⁹. Ограничението е приложено и в случай на трето лице – помагач, български гражданин с постоянен адрес у нас, но с настоящ във Франция⁴⁰.

Доколкото въззивното определение, с което се потвърждава отказът на първоинстанционния съд да конституира подпомагаща страна, не подлежи на касационно обжалване⁴¹, цитираната съдебна практика е на ниво Апелативен съд. Това означава, че поставената проблематика не може да достигне до тълкувателно решение по чл. 292 от ГПК.

3. Съотношение между чл. 8, т. 2 Регламент Брюксел Ia и чл. 219, ал. 2 ГПК

От изложеното по-горе е видно, че съотношението между чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia и чл. 219, ал.2 ГПК създава сериозни затруднения в българската съдебна практика.

В доктрината се подкрепя разбирането, че чл. 219, ал. 2 ГПК не се прилага, в случай, че са изпълнени предпоставките за прилагане на чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia, в частност: когато третото лице има местоживеене в държава членка по смисъла на същия този регламент⁴². Аргументите в подкрепа на това виждане са, че институтите на встъпването и привличането по ГПК попадат в обхвата на чл. 8, т.2 от Регламент Брюксел Ia и че България не е ограничила приложното поле на разпоредбата на базата на чл. 65, пар.1 от Регламент Брюксел Ia⁴³.

Изложените аргументи от доктрината явно не са се оказали достатъчно убедителни за българските съдилища, защото, въпреки че са били представени на вниманието им, те са се произнесли в полза на ограничителния режим, установен в чл. 219, ал. 2 ГПК. Изложените от тях аргументи са различни и в никакъв случай не са убедителни.

От една страна, някои съдебни състави споделят виждането, че привличането на трето лице – помагач не попада „безспорно“ в обхвата на чл. 8, пар. 2 от Регламент Брюксел Ia, доколкото хипотезите относно поръчителство и га-

³⁹ Определение № 101 от 15.06.2016 г. по в. ч.т.д. № 146/2016 г. на Апелативен съд – Велико Търново, Определение № 77 от 05.05.2016 г. по в. ч. т. д. № 104/2016 г. на Апелативен съд – Велико Търново, Определение № 62 от 05.04.2016 г. по в. ч.т.д. № 88/2016 г. на Апелативен съд – Велико Търново, Определение № 69 от 25.02.2016 г. по в. ч. т. д. № 58/2016 Г. на Апелативен Съд – Бургас.

⁴⁰ Определение № 77 от 05.05.2016 г. по в. ч. т. д. № 104/2016 г. на Апелативен съд – Велико Търново.

⁴¹ Така според т. 9 от Тълкувателно решение № 1/2013 ОСГТК.

⁴² Вж. Българско гражданско процесуално право. Цит.сч., с. 407.

⁴³ Вж. Българско гражданско процесуално право. Цит.сч., с. 407.

ранция сочели на „друг интерес от участието на третата страна в процеса по главния иск“⁴⁴. В двете цитирани определения, които ползват този аргумент, е ставало дума за привличане на трето лице-помагач, който е цедент на вземане, по повод на което цесионерът (ответник) прави възражение за прихващане срещу ищеца при предявен срещу него установителен иск за дължимо вземане. Точно такъв тип отношения обаче покриват еднозначно хипотезата на *друго производство на трета страна*, предвидена в чл. 8, т. 2 Регламент Брюксел Ia. Включването на цедент като трето лице в дело срещу цесионера, в рамките на което е релевирано вземането, е вид процесуално отклонение в рамките на главното производство, водещо до участие на трето лице, спрямо което може да бъде предявен регресен иск. При привличането на подпомагаща страна на практика, както вече бе посочено по-горе, се предпочита интересът на страната по главното дело пред интереса на третото лице. Ето защо аргументът от тип „не е безспорно“ без анализ на конкретната хипотеза по делото, не може да бъде приет като убедителен.

От друга страна в откритата съдебна практика последователно се приема, че с оглед защитата на третото лице ограничението на чл. 219, ал. 2 ГПК е „императив“ и по отношение на лицата, които живеят в чужбина, без да се прави разграничение дали лицето е с местоживеене в държава членка на ЕС или не. Член 219, ал. 2 ГПК била *създадена преди всичко с цел съблюдаване и защита на интереса на лицето, което няма постоянен адрес в рамките на страната или живее в чужбина – идея на закона, която от своя страна не може да бъде квалифицирана като нарушение на правото на Европейската общност*⁴⁵. Без съмнение, чл. 219, ал. 2 ГПК не е злонамерена норма, която по принцип нарушава правото на ЕС. Проблемът с този аргумент е, че българският съд разсъждава през ценностната призма на ГПК и не се опитва по никакъв начин да съобрази перспективата на Регламент Брюксел Ia, и в частност – по повод неговия чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia. Целта на Регламента е да създаде уеднаквени правила за международна компетентност, като по този начин се постигне по-голяма свобода при движението на съдебните решения между държавите членки на ЕС. Това е израз на желанието да се подпомогне правилното функциониране на вътрешния пазар от една страна, а от друга – да се увеличи правната сигурност и предвидимост при дела с международен елемент. Ето защо правилата относно възможността по едно гражданско или търговско дело с международен елемент да бъде привлечено трето лице – помагач, следва да бъдат еднакви в държавите членки. Обратното разрешение

⁴⁴ Определение № 77 от 05.05.2016 г. по в. ч. т. д. № 104/2016 г. на Апелативен съд – Велико Търново и Определение № 62 от 05.04.2016 г. по в. ч. т. д. № 88/2016 г. на Апелативен съд – Велико Търново.

⁴⁵ Определение № 77 от 05.05.2016 г. по в. ч. т. д. № 104/2016 г. на Апелативен съд – Велико Търново и Определение № 62 от 05.04.2016 г. по в. ч. т. д. № 88/2016 г. на Апелативен съд – Велико Търново.

създава условия за *forum shopping* и неравноправно третиране на третите лица в България и в останалите държави членки. Именно на базата на тази аргументация следва да се приеме, че чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia изключва ограничението относно привличането на подпомагаща страна, установено в чл. 219, ал. 2 ГПК.

4. Изводи и предложения

От анализа, направен по-горе, е видно, че проблемът с привличането на трето лице – помагач с местоживее в държава членка, изглежда разрешен на ниво съдебна практика. Тя просто не прилага Регламента Брюксел Ia, както защото вярва повече в обосновката на чл. 219, ал. 2 ГПК, зададена на ниво българско гражданско процесуално право, така и защото не счита, че това следва от самия Регламент. Истинската причина е повече от очевидна – привличането на трето лице с местоживее в държава членка на ЕС е допълнително усложнение, което забавя целия процес, затруднява съда и го изправя пред допълнителни дейности като връчване на документи в чужбина, обезпечаване на преводи и, разбира се, го конфронтира с нуждата от произнасяне и по потенциален обратен иск. Ето защо мотивацията е по-скоро ориентирана с оглед резултата – изключване участието на трето лице без постоянен адрес или местоживее у нас. Както видяхме вече, за постигане на този резултат са намерени и съответните аргументи.

Считам, че трудността от привличане на едно трето лице с местоживее в държава членка на ЕС е същата, като ако трябва да се привлече като ответник по главно производство. Не би трябвало да се прави разлика с оглед начина на участие на страната – като главна или подпомагаща – със скрит мотив, базиран върху необходимостта от връчване в чужбина. Отделно, по изложените вече съображения, както по-горе, така и с оглед българската правна доктрина, поддържам тезата, че българските съдии неправилно предпочитат забраната на чл. 219, ал. 2 ГПК пред разрешението, което налага нормата от правото на ЕС, съдържаща се в чл. 8, т. 2 на Регламент Брюксел Ia за привличане на трето лице – помагач с местоживее в държава членка.

Доколкото въпросът не може да бъде отнесен до ВКС, защото прекратителните определения на въззивните съдилища не подлежат на касационен контрол, виждам следните три варианта за развитие на проблематиката. Първият вариант е да се следва установената, неправилна според мен, но изключително удобна за съдиите съдебна практика. Вторият вариант предполага съдия, който да приеме, че чл. 8, т. 2 на Регламент Брюксел Ia покрива хипотезите, водещи до привличане на трето лице с местоживее в държава членка на ЕС като подпомагаща страна, и да приложи разрешителната норма на Регламента вместо забраната на чл. 219, ал. 2 ГПК. Третият вариант е подобен на втория – пак трябва съдия, който да знае, че не трябва

да прилага забраната на чл. 219, ал. 2 ГПК. Особеното в случая е, че този съдия може да отправи преюдициално запитване до СЕС по повод тълкуване на чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia и съвместимостта му с чл. 219, ал. 2 ГПК. При третия вариант въпросът ще бъде разрешен от СЕС по задължителен начин, което ще позволи преодоляване на неправилната според мен българска съдебна практика и ще доведе до уеднаквяване на възможността трети лица с местоживееене в държава членка да участват като подпомагащи страни по дела у нас.

IV. Заключение

В рамките на съдебното сътрудничество по гражданскоправни въпроси с трансгранично значение в рамките на ЕС българските съдилища се оказват конфронтирани с множество нови и почиващи на различна, наднационална логика разрешения. Едно от тях се отнася до определяне на действието на Регламент Брюксел Ia спрямо лицата. Докато действието на разпоредбите относно международната компетентност е обусловено от „местоживееене“ в държава членка на ЕС, и доколкото при физическите лица то е предоставено за определяне от държавите членки, ще съществува правна несигурност. Най-добрият изход би бил Регламент Брюксел Ia да придобие универсално действие и да изключи прилагането на националните правила за международна компетентност, така, както вече се случва в материята на издръжката⁴⁶ и наследяването⁴⁷. Тогава неминуемо европейският законодател би бил принуден да установи еднакъв за всички държави членки на ЕС критерий за връзка между дадено физическо лице и конкретна държава членка. Към настоящия момент подобно развитие нито е предлагано, нито е очаквано. Ето защо за България е налице необходимост от уеднаквяване на понятието „местоживееене“ на физическо лице у нас по адекватен за целите и систематиката на регламента начин. Подобна необходимост е налице и по повод възможността за привличане като подпомагаща страна на трето лице с местоживееене в различна от България държава членка на ЕС. Силно се надявам, че настоящото изложение би подтикнало българския съд да използва института на преюдициалното запитване и да разреши съществуващата правна несигурност по повод „местоживееенето“ на физическо лице у нас и съвместимостта на забраната по чл. 219, ал. 2 ГПК с допълнителната компетентност, предвидена в чл. 8, т. 2 от Регламент Брюксел Ia.

⁴⁶ Вж. чл. 2 от Хагския протокол за приложимото право към задълженията за издръжка.

⁴⁷ Вж. чл. 20 от Регламент (ЕС) № 650/2012 относно компетентността, приложимото право, признаването и изпълнението на решения и приемането и изпълнението на автентични актове в областта на наследяването и относно създаването на европейско удостоверение за наследство.

ЛИТЕРАТУРА

- Златарева**, Маргарита. Международен граждански процес. София: Сиела, 2010. 300 с. (Библиогр.: 297–298).
- Мусева**, Боряна. Из лабиринта на международната компетентност по граждански и търговски дела. *Юридически свят*, 2006, № 2, 41–91.
- Натов**, Николай, Боряна **Мусева**, Ясмина **Андреева**, Станислав **Йордански**, Теодора **Ценова**, Дафина **Сърбинова**, Васил **Пандов**, Захари **Янакиев**, Николай **Банков**, Цветан **Крумов**. Регламентът „Брюксел I“. Коментар. София: Сиела, 2012. 624 с.
- Натов**, Николай, Боряна **Мусева**, Васил **Пандов**, Теодора **Ценова**, Дафина **Сърбинова**, Станислав **Йордански**, Емил **Цанев**, Михаил **Станков**. Регламентът Брюксел IIА. Коментар. София: Сиела, 2014. 488 с.
- Попова**, Валентина. Актуални проблеми на европейския граждански процес и част VII на ГПК. София: Сиела, 2011. 236 с.
- Сталев**, Живко, Анелия **Мингова**, Огнян **Стамболиев**, Валентина **Попова**, Ружа **Иванова**. Българско гражданско процесуално право. 9. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2012. 1320 с.
- Jenard**, Paul. Bericht über dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil-und Handelssachen. OB. C 59/1.

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – април 2019 г.
Рецензент – доц. д-р Васил Пандов.

ОПРЕДЕЛЯНЕ НА ПРИЛОЖНОТО ПОЛЕ НА ПРАВОТО НА ЕС

АТАНАС СЕМОВ*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: Проблемът за определянето на приложното поле на правото на ЕС е въпрос с несъмнено голямо теоретично и практическо значение. От него пряко и изцяло зависи възможността за позоваване на всяка съюзна правна норма, включително и на Хартата за основните права на ЕС. Този проблем е свързан и с изясняването на терминологичната разлика между понятията „прилагане“ и „действие в приложното поле“.

За да е възможно точно да се определи дали една вътрешна за държавата ситуация попада в приложното поле на Правото на ЕС (с всички, произтичащи от самото Право на ЕС последици) е необходимо да се изгради система на критериите.

Постигането на яснота по тези въпроси е възможно само на основата на релевантната юриспруденция на Съда на ЕС.

Ключови думи: Право на ЕС, Харта на основните права на ЕС, приложно поле, прилагане, действие, позоваване, критерии.

* Професор по европейско право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, дюн. Носител на Катедра „Жан Моне“ на ЕС; asemov@abv.bg

DEFINING THE FIELD OF APPLICATION OF THE EU LAW

ATANAS SEMOV*

Department of International Law and International Relations

Abstract: The problem of determination of the field of application of EU law is of a big theoretical and practical importance. It directly and entirely determines the invocation of all EU acts including the Charter of fundamental rights of the EU. The problem is also connected to the terminological difference between “implementation” and “field of application” (or “scope of”).

In order to be able to correctly define whether an internal situation falls in the scope of EU law (with all consequences, established in the same EU law) we need to establish a system of criteria.

Achieving a clear view on the matter is only possible on the ground through the analysis of the EU Court of Justice jurisprudence.

Key words: EU Law, Charter of fundamental rights of the EU, field of application, implementation, application, invocation, criteria.

*„Все по-трудно става
да се намери област,
в която Правото на ЕС отсъства напълно“¹*

Увод

За смисъла с мисъл за прилагането

Правото на ЕС е действащо право в Република България вече 12 години. Съгласно принципа на непосредствена приложимост то е самостоятелен правопорядък, става част от правната система на всяка държава членка (ДЧ), но не става част от вътрешното право². Националният съдия е съдия по Правото на ЕС (ПЕС) на общо основание. Той е длъжен да прилага годните за прилага-

* Professor of European Union Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, PhD, LL.D., Jean Monnet Chair. Judge at the Constitutional Court of Bulgaria; asemov@abv.bg

¹ **Rosas**, Allan. When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?, http://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/jurisprudencija, Mykolas Romeris University, 2012, Jurisprudence, 2012, 19(4), p. 1269-1288, spec. p. 1270.

² Струва ми се необходимо да напомним още веднъж: съюзното право действа като „самостоятелен правен ред, интегриран в правните системи на ДЧ“ – **CJCE**, Costa/ENEL, 4/64 и особено в CJUE, 18. 12. 2014, Avis 2/13. Подробно виж в **Семов**, Атанас. Правна Система на ЕС. София:Институт по Европейско право, 2017, спец. стр. 20 и сл.

не съюзни правни норми, но и да се съобразява с всички други съюзни правни норми (като осигурява съответстващо им тълкуване на приложимите вътрешни правни норми или като ги оставя непримени в случай на противоречие).

Във всички ситуации най-важната от съюзна гледна точка негова задача е правилно да прецени дали конкретното дело има връзка с Правото на ЕС – респ. дали Правото на ЕС е „приложимо“ или поне „относимо“.

Впрочем задължение за такава преценка за наличие на връзка с Правото на ЕС обвързва всички държавни органи и всички частни лица във всяко правоотношение.

От практическа гледна точка (неизбежно и доктринална...) най-същественният проблем обаче е в прокарането на ясна разделителна линия между вътрешните норми по прилагането на ПЕС („в обхвата на ПЕС“) и вътрешните норми, оставащи напълно извън обхвата на ПЕС.

Този проблем е *труден за разрешаване дори за самия Съд на ЕС (СЕС)*! По някои дела той установява, че „връзката между националните мерки и Съюзното право не е достатъчно *директна* или *силна*“ и тогава националните мерки ще останат извън обхвата на ПЕС... По делото *Kremzov*³ подсъдимият неуспешно се позовава на съюзната свобода на движение, за да избегне лишаване от свобода... Нерядко на помощ идва позоваването на ЕКПЧ, но понякога и това не е достатъчно!

По делата *Mangold*⁴ (през 2005 г.) и *Kücükdeveci*⁵ (през 2010 г.) обаче СЕС установява достатъчно ясна връзка, като приема, че забраната за дискриминация на основание възраст е общ принцип в Съюзното право.

Проблем – и то много съществен! – създаде обаче чл. 51, ал. 1 на Хартата на основните права на ЕС (ХОПЕС), който определя, че ДЧ са длъжни да спазват ХОПЕС „единствено когато *прилагат* правото на Съюза“. „Разясненията“ към Хартата – а те се ползват със същата сила като „обвързващ тълкувателен източник“ („...националните съдии трябва надлежно да вземат предвид тези Разяснения“) – от своя страна четат същата разпоредба по очевидно различен начин: „когато действат в приложното поле / в обхвата на Правото на ЕС“.

Простият отговор на този съществен практически въпрос е: ***ДЧ „прилагат правото на ЕС“ винаги, когато действат в обхвата на правото на ЕС!***

Това обаче е отговор в стил „винаги, освен когато...“. И оставя „освен кога?“ открит въпрос!

Последвалата влизането в сила на ДЛ практика на СЕС позволи да се изгради – поне ориентировъчно, поне първоначално – концепция за „*понятие за обхват на Правото на ЕС*“. Именно основните елементи на тази концепция предлагам в това изследване.

³ CJCE, 29. 5. 1997, *Kremzov*, C-299/95.

⁴ CJCE, 22. 11. 2005, *Mangold*, C-144/04.

⁵ CJ, 19. 1. 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07.

Тя ще бъде изследвана, като изясня първо значението на проблема за приложното поле на ПЕС (Първа глава), сетне критериите за определянето му (материалните измерения, Втора глава).

Първа глава

Важност на въпроса за приложното поле

Въпросът за приложното поле на правото на ЕС е дълголетен. Той обаче се постави с нова сила по повод Хартата на основните права на ЕС и се оказва определящ за цялото ѝ действие. От политическа гледна точка той е решаващ за зачитането на принципа на предоставена компетентност и за ограничението ХОПЕС да не създава нова компетентност на ЕС⁶. От ценностна гледна точка приложното поле очертава обхвата на съюзния каталог на основните права, респ. неговото значение⁷. От правна гледна точка точното очертаване на материите, респ. случаите, когато Хартата е приложима пред национален съд, определя и възможността за позоваване на този правен източник и защитата в държавите членки на прогласените в него права и принципи. Най-просто казано, за обикновения човек въпросът за приложното поле е въпроса „Кога мога да се позова на Хартата, т. е. кога имам съюзни основни права и мога да разчитам да бъдат защитени?“.

Всъщност това е въпросът кога действа (или оказва въздействие) въобще Правото на ЕС! Разбирането, че именно и само приложното поле на Правото на ЕС определя приложното поле на Хартата намираме и в историческото произнасяне на СЕС от декември 2014 г. (*Становище 2/13*⁸) относно Проекта на споразумение за присъединяване на ЕС към ЕКПЧ.

Разбираемо, това е и **най-важният за националния юрист въпрос**, в най-голяма степен за националния съдия. Зам.-председателят на СЕС Антонио Тицано е категоричен относно приложното поле: „Никоя друга разпоредба на Хартата не изразява по такъв експлицитен начин същността и обхвата

⁶ Виж напр. **Knoock**, Allard. The Court, The Charter and the vertical division of powers in the European Union. *Common Market Law Review*, № 42, 2005, p. 367–398. СЕС определя и по отношение на собствената си компетентност да дава преюдициални заключения (вкл. относно ХОПЕС), че „разпоредби на Хартата сами по себе си не биха могли да учредят такава компетентност“ – **CJ**, Определение, 12. 7. 2012, *Currà и др.*, C-466/11, т. 26.

⁷ Виж **Rosas**, Allan, Heidi **Kaila**. L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de Justice : un premier bilan. *Il Dritto dell'Unione Europea*, 1/2011, p. 8.

⁸ **CJ**, 18. 12. 2014, *Становище 2/13*, „Т. 186. По-специално съображенията на Съда относно предметното приложно поле на Съюза с цел по-специално да се определи дали дадена държава членка е задължена да спазва основните права на Съюза, не би трябвало да могат да се поставят под съмнение от ЕСПЧ.“

на процеса на европейска интеграция и въздействието му на околната правна среда, съзвездие от харти и съдилища, както европейски, така и конституционни.⁹

Извън практически (и политически) важния въпрос за задължението за съобразяване с Хартата, *въпросът за нейния обхват е преди всичко въпрос за обхвата на цялото право на ЕС* и това го прави още по-значим, а и практически важен за националния юрист, вкл. и във връзка с въпроса за примата на съюзното право¹⁰...

Съдията от СЕС Алан Розас е категоричен: „...реалният проблем не е толкова приложимостта на Хартата като такава, а много повече **приложимостта на другите норми на Съюзното право**“¹¹!

1. Понятие за „приложно поле“ – терминологично разнообразие или внимателно нюансиране в практиката на СЕС

1.1. Ключова особеност на ЕС е, че той е създаден (и се състои!) от суверенни държави и неговият (макар и самостоятелен¹²) правен ред е предназначен да поражда своите *последници именно и предимно в тези държави*, респ. спрямо правите субекти под тяхната юрисдикция¹³.

По ясни политически съображения разпоредба в подобен смисъл в УД не може да се закрепя¹⁴. Както е добре известно още от 1963 г. правото на евро-

⁹ Tizzano, Antonio. *L'application de la Charte des droits fondamentaux à la lumière de son art. 51, § 1. Европейски правен преглед*, том X, 10. 10. 2014, <http://evropeiskipravenpregled.eu/lapplication-de-la-charte-de-droits-fondamentaux-dans-les-etats-membres-a-la-lumiere-de-son-article-51-paragraphe-1>.

¹⁰ **Съгласно принципа на примата** трябва да бъде оставена неприменена всяка вътрешна правна норма, която противоречи на правото на ЕС – пряко или косвено: и именно случаите на косвено противоречие (несъвместимост), са точно случаите, в които е необходимо ясно да се направи преценка за наличието на „връзка“ между вътрешната и съюзната правна уредба – подробно виж в **Семов**, Атанас. *Правна система на ЕС*. цит. съч., стр. 483 и сл.

¹¹ **Rosas**, Allan. *When is the EU Charter...*, op. cit., spec. p. 1270.

¹² В *Становище 2/13* СЕС изрично определя: „Съюзът разполага с нов вид правен ред“ (т. 158), което е надграждане на неговата концепция за „самостоятелен правен ред“ (датираща още от делото **CJCE**, 5. 2. 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62).

¹³ В *Становище 2/13* СЕС потвърждава, че **субекти на съюзния правен ред са „не само държавите членки, но и техните граждани“** и припомня изрично своите знакови и поради това исторически решения по делата **CJCE**, 5. 2. 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, р. 23 и **CJCE**, 15. 7. 1964, *Costa/ENEL*, 4/64, както и **CJUE**, 8. 3. 2011, *Становище 1/09*, т. 65.

¹⁴ И без това не закъсняват притесненията, че Хартата щяла да доведе до хармонизиране на основните права в целия ЕС – виж напр. **Kirchhof**, Paul. *Die Kooperation zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof: Addierung oder Optimierung des Grundrechtsschutzes?* In: *Festschrift für Roman Herzog* (2009), p. 155, spec. p. 164–166.

пейската интеграция (Общностното, днес Съюзното) не урежда само отношенията между държавите – страни по Учредителните договори, а е естествено адресирано до правните субекти под тяхна власт и в огромния си обем урежда правни отношения, в които участват преди всичко именно частните лица (като тези отношения могат да бъдат както вертикални – между частното лице и държавата, така и хоризонтални – между самите частни лица).

...Именно определянето на това „попадане“ (връзка) обаче е неговата *най-важна и трудна задача*. Нейното изпълнение не е въпрос на свободна преценка или желание – това е *задължение* на националния съдия винаги, когато смята Правото на ЕС за относимо към дадена ситуация, по която трябва да се произнесе. Категоричен аргумент в това отношение съдържа *чл. 94 на новия Процесуален правилник на Съда*¹⁵, който изрично и безусловно изисква съдържанието на преюдициалното запитване да включва (редом с кратко изложение на предмета на спора и приложимите национални разпоредби) изложение на „установената от запитващата юрисдикция *връзка* между съюзните разпоредби (чието тълкуване или преценка на валидност иска) и приложимото национално законодателство“¹⁶.

Именно затова е толкова необходимо *да се изгради ясна система от критерии за определянето на неговите рамки и по-точно на „елементите на връзка с правото на ЕС“ в една национална правна уредба*.

1.2. Практиката на Съда на ЕС е безспорен основен тълкувателен източник за цялото Право на ЕС. Не можем обаче да не установим, че *тази практика не само е разнородна*, но покрай отговорите, които дава, *нерядко предизвиква нови въпроси*. Самият СЕС (разбира се, навярно, но не само, и поради произнасянето му в различни състави по различните дела) минава през

ГА Кокот обаче е категорична: „Нека отхвърля всяко съмнение: приложението на съюзните основни права не цели всеобща хармонизация на основните права в ДЧ, а само да осигури **еднообразно прилагане на останалото право на ЕС**. Затова и съюзните основни права не се прилагат, когато ДЧ действа извън неговия обхват. И единственият въпрос е **как да се определи този обхват?**“ – Kokott, Julianne, Christoph Sobotta. The Charter of Fundamental Rights..., op. cit.

¹⁵ В сила от 1 ноември 2012 г. За неговите особености и значение виж подробно в Атанас Семов, Съвременно международно правораздаване. Измененията в правната уредба на съдебната система на ЕС след Лисабонския договор. [Приложение към Том II. Съдът на Европейския съюз]. София: Институт по международно право, Институт по европейско право, 2013.

¹⁶ Пренебрегването на това изискване и респ. задължение на *националния съдия сам да установи* (и надлежно да аргументира в запитването си до СЕС) наличието на връзка с правото на ЕС, многократно е било санкционирано от СЕС с произнасяне за недопустимост на преюдициално запитване – виж напр. определенията по делата **CJ**, 22. 12. 2010 г. *Omalet*, C-245/09, т. 18; **CJ**, 1. 3. 2011, *Chartry*, C-457/09, т. 25 и 26; **CJ**, 10. 5. 2012, *Corpul Național al Polițiștilor*, C-134/12, т. 15 и др.

широка палитра от изрази, чието подвързване в стройна система изисква особено внимателен прочит и задълбочен анализ.

В различни случаи (а понякога дори в рамките на едно и също решение!) Съдът използва понятия като „произтичащо от правото на ЕС“¹⁷, „уредени от правото на ЕС“¹⁸ или „определени от правото на ЕС“¹⁹ или „вписващи се в съюзна рамка“²⁰.

1.3. Извън въпроса за изразите (понятията), съюзният съдия подхожда *разнообразно и по отношение на критериите за определяне на обхвата* на съюзното право. Понякога той настоява за установяване на „определена връзка“, с което налага разбирането, че няма да е достатъчен само условен допир, „съседство“ или индиректно въздействие между материите (разпоредбите)²¹. Друг път извежда като водещ критерий „делта“ на една национална правна уредба и това дали тя включва (макар и не на първо място) „прилагане“ на съюзна разпоредба или преследва цели, различни от тези, които са предмет на съюзното право²². Трети път набляга на това дали съществува специфична съюзна уредба в дадена материя, респ. дали съществуващата съюзна уредба засяга (обхваща) именно конкретен аспект от материята²³.

В решението по делото *Siragusa*²⁴ СЕС използва формулата „национална правна уредба, която *попада в приложното поле на правото на ЕС* или *го прилага*“²⁵.

¹⁷ **CJ**, 15. 11. 2011, *Dereci*, C-256/11, п. 71.

¹⁸ „...Applicable in all situations governed by European Union law” – **CJ**, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, т. 19.

¹⁹ „...Determined by European Union law” – **CJ**, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, т. 29. В българския превод на решението неправилно „регламентирани“, вместо вярното „определени“...

²⁰ „...Within a framework such as that laid down” – **CJ**, 26. 9. 2014, *IBV & Cie*, C-195/12, т. 49.

²¹ **CJ**, 29. 5. 1997, *Kremzow*, C-299/95, т. 16. Виж също делата **CJCE**, 13. 7. 1989, *Wachauf*, 5/88, т. 19; **CJCE**, 11. 7. 2002, *Carpenter*, C-60/00.

²² **CJCE**, 18. 12. 1997, *Annibaldi*, C-309/96, т. 21–23; **CJ**, 8. 11. 2012, *Iida*, C-40/11, т. 79 и **CJ**, 8. 5. 2013, *Ymeraga e.a.*, C-87/12, т. 41.

²³ Напр. **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13.

²⁴ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13.

²⁵ „...Une réglementation nationale qui entre dans le champ d'application du droit de l'Union ou met en œuvre ce dernier...”; „national legislation which falls within the scope of EU law or which implements that law” – **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, п. 34.

Нямам право да подмина и поредния пример на стъписваща, недопустима и неизвинима слабост, за да не кажем *вулгарна непрецизност (неграмотност?)* на български превод на официални съюзни актове. Цитирания текст (на английски език „which must be observed by any national legislation which falls within the scope of EU law or which implements that law”; на немски език „eine nationale Regelung zu wahren sind, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt oder dieses durchführt”; на италиански език „una normativa nazionale

Немислимо е да приемем, че това „ИЛИ“ се появява случайно...

1.4. От съществена важност е разбирането за коя практика става дума. Непременен трябва да се има предвид *практиката* на общностния съд (СЕО) *преди приемането* на Хартата – относно „задължението (на ДЧ – б.м.) да се зачитат основните права, определени в рамките на Съюза“, т.е. *практиката относно генералните правни принципи*²⁶. Тази практика (според „Разясненията“) е „потвърдена“ от СЕС и непосредствено преди приемането на Хартата през април 2000 г.²⁷, когато СЕО „напомня, че изискванията, произтичащи от защитата на основните права в общностния правен ред²⁸, обвързват и държавите членки, когато те прилагат общностната правна уредба²⁹“ и, което е още по-съществено (но не е цитирано в „Разясненията“, нека приемем заради икономия...), подчертава: „Следователно ДЧ са длъжни, доколкото е възможно, да прилагат тази правна уредба *при пълно спазване на посочените изисквания*“ (за зачитане на основните права). След това СЕО препраща към своето

che rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione o che costituisce attuazione del medesimo”; на хърватски език „nacionalni propisi treba poštovati prilikom ulaska u područje primjene prava Unije ili prilikom njegove provedbe”; на словенски език „nacionalna ureditev, ki spada na področje prava Unije ali na področje izvajanja prava Unije”) в нашия превод звучи като „... националното законодателство, попадащо в приложното поле или **въвеждащо** това право“?!!

Освен абсурдната употреба на различни изрази на български език за превод на едни и същи фрази (доколкото очевидно на другите езици фразеологията на Съда следва точно тази на чл. 51, респ. на „Разясненията“ по него – „implement“ в Хартата е преведено като „прилагат“, а тук като „въвеждат“), виждаме и напълно скандалната употреба на български език на израза „въвеждане“. Първо, „implement“ по никакъв начин не може да се преведе като „въвеждане“, и второ – дори по-съществено: редно е поне експертният преводачески екип да е наясно, **че употребата на израз „въвеждане“ е недопустима по какъвто и да било повод за (във връзка с) Правото на ЕС!** Никой елемент от ПЕС (акт, норма и т.н.) по никакъв начин не се „въвежда“ във вътрешното право, включително и директивите – дано това най-сетне се разбере на 12-ата година от действието на това право в нашето Отечество на все по-неграмотни „експерти“...

²⁶ Разбирането за покриването на приложното поле на ХОПЕС с това на генералните принципи е споделяно от мнозина. Длъжни сме да отбележим обаче, че това разбиране не се споделя напълно: виж напр. **Safjan**, Marek. Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of conflict?, European university institute, Working paper LAW 2012/22, www.eui.eu, p. 4, както и **Von Danwitz**, Thomas, **K. Paraschas**. A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights. *Fordham International Law Journal*. 35/2012, p. 1403–1413.

²⁷ **CJCE**, 13. 4. 2000, *Kjell Karlsson et al.*, C-292/97, p. 37.

²⁸ В българския превод на „Разясненията“ непрецизно: „правната система на Общността“.

²⁹ В българския превод: „прилагат правилата на Общността...“

предходно решение по делото *Bostock*³⁰, където подчертава (като припомня на свой ред пионерското в това отношение решение по делото *ERT*³¹), че (винаги) „когато една национална правна уредба попада в приложното поле на Общностното право, СЕО, сезиран преюдициално, е длъжен да осигури всички необходими елементи за преценка от националния съдия дали тази национална уредба е съобразена с основните права, чието зачитане СЕО гарантира“.

Тук логичният кръг се затваря: **както преди, така и след Хартата, Съдът в Люксембург гарантира зачитането на основните права във всички аспекти на прилагането на Правото на ЕС**, което естествено (именно предвид природата и смисъла му!) **включва не само националните актове, приети по повод на** (в изпълнение на изискването за) **прилагане на съюзна правна норма** (напр. транспониране на директива или изпълняване на регламент чрез създаване на последващи вътрешни правни норми), **но и преценката** (за съобразеност с основните права, които съюзното право зачита) **на която и да било вътрешна за ДЧ правна норма, попадаща в материалния обхват** (очертан не само от буквата, но и от духа) **на съюзната норма!**

Респективно разпоредбата на чл. 51, § 1 на Хартата само потвърждава това положение, вече изрично в контекста на действието на самата Харта...

2. ДЧ прилагат правото на ЕС (винаги), когато действат в приложното му поле!³²

Това според мен е възможният опростен извод. Затова по-нататък ще разгледам подробно всички елементи на това *широко разбиране за „действие в приложното поле на ПЕС“*. Достатъчно е тук да посоча решението по делото *N.S.*³³, където става дума за прилагането на Регламента Дъблин 343/2003 (за

³⁰ **CJCE**, 24. 3. 1994, *Bostock*, C-2/92, т. 16. Дали тук не намираме повод да се запитаме защо например това решение е налично на сайта на съда дори на хърватски език, но не и на български?!

³¹ **CJCE**, 18. 6. 1991, *ERT (Elliniki Radiophonia Tileorassi)*, C-260/89, т. 42.

³² Затова в британската литература е очевидно притеснението, изразено например с формулировката „възникващо безкомпромисно разбиране“ („*emerging uncompromising stance*“) – виж **Kyriazis**, Dimitrios. When does the EU Charter of Fundamental Rights apply? The case of Fransson and why we should care. Oxford Human Rights Hub, 16. 11. 2013. Той заключава: „Хартата е тук, за да бъде – и тя хапе. Колко често и колко силно – предстои да видим...“ – пак там.

³³ **CJ**, 21. 12. 2011, *N.S.* AJ C-411/10 & 493/10. По това дело още през 2011 г. СЕС намира повод да покаже, че ограничителният прочит, който може да произтече от решенията му по делата *Wachauf* и *Kjell Karlsson* (виж по-горе и нататък) **не е единственият** възможен или правилен и по-скоро се връща към концепцията по делото *ERT* – така **Tiniere**, Romain. Application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Chronique « Droits fondamentaux », *Annuaire de droit européen*, 2011, виж и **Platon**, Sébastien. La Charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte. RDLF 2013, chron. n°11.

мигрантите...). Неговият чл. 3, ал. 2 закрепва т. нар. „суверенна или дискреционна клауза“ („sovereign or discretionary clause“): ДЧ е по принцип *свободна да реши* (да прецени)³⁴. Според изричното и категорично виждане на СЕС **дори тогава ДЧ действа в рамките на Правото на ЕС**³⁵! Т.е. дори когато ДЧ упражнява свобода на преценка, изрично предвидена в съюзна правна норма, пак действа в условията на ПЕС (което предоставя тази свобода).

2.1. Подборът на цитираните в „Разясненията“ по чл. 51 на ХОПЕС решения на СЕО също насочва пряко към това разбиране. Това е букет от решения, в които *съдът очертава различните хипотези, в които държавата действа в приложното поле на ПЕС*:

- по делото *Wachauf*³⁶ (както и по делото *Karlsson*³⁷) става дума за задължение на ДЧ за действие;
- по делото *ERT*³⁸ става дума за съюзни задължения, които трябва да бъдат зачетени, дори когато ДЧ действа по дерогация (се отклонява) от ПЕС, защото самата дерогация е уредена (предвидена, допусната) от това право;
- делото *Annibaldi*³⁹ (както и делото *Dereci*⁴⁰), пък се отнася до ситуация, когато, обратно, ПЕС не налага задължения на ДЧ (и ХОПЕС няма да се прилага).

³⁴ Дали да разгледа искане за убежище, когато не е нейно задължение по смисъла на критериите закрепени в Глава III на Регламента „Дъблин“...

³⁵ **CJ**, 21. 12. 2011, *N.S.* AJ C-411/10 & 493/10, т. 68: „...дискреционното правомощие, предоставено на ДЧ с чл. 3, § 2 от Регламент № 343/2003, е част от предвидените в този регламент механизми за определяне на държавата членка, която е компетентна да разгледа молбата за убежище, и съответно е просто *елемент от общата европейска система* за убежище. Следователно трябва да се приеме, че **ДЧ, която упражнява това дискреционно правомощие, прилага правото на Съюза по смисъла на чл. 51, § 1 от Хартата**.“ (подчертаването мое).

³⁶ **CJCE**, 13. 7. 1989, *Wachauf*, 5/88 (за „изпълнение“ на разпоредба в материята на селското стопанство). Трябва да се има предвид, че по това дело СЕО на пръв поглед дава по-ограничено тълкуване на приложното поле на генералните принципи на общностното право, отколкото по делото *ERT* – така виж **Platon, Sébastien**. *La Charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre »*..., *op. cit.*, *spec. p.* 4. Показателно е обаче, че по делото *Akerberg* СЕС изобщо не се позовава на делото *Wachauf*!

Аналогичен на *Wachauf* подход СЕО прилага напр. и в материята на митата в **CJ**, 18. 12. 2008, *Sopropé*, C-349/07, т. 38.

³⁷ **CJCE**, 13. 4. 2000, *Kjell Karlsson et al.*, C-292/97. Впрочем тук СЕО използва същата наглед по-ограничена формула...

³⁸ **CJCE**, 18. 6. 1991, *ERT*, C-260/89.

³⁹ **CJCE**, 18. 12. 1997, *Annibaldi*, C-309/96.

⁴⁰ **CJ**, 15. 11. 2011, *Dereci*, C-256/11.

2.2. Така от практиката на СЕС може да се извлече, че **за да бъде обхваната от ПЕС, дадена ситуация в ДЧ трябва:**

- или да представлява „случай на прилагане/изпълнение“ на ПЕС.
- или да разкрива „елементи на връзка“ с ПЕС.

2.3. *Правото на ЕС обаче е много разнородно* – някои материи имат особено конкретна уредба и някои принципи се ползват с особено засилена защита – и спазването на основните права на ЕС поражда множество въпроси: напр. 4-те свободи на движение (именно поради това традиционно определяни като „фундаментални свободи на ЕС“) или околната среда⁴¹.

Правото на ЕС е и много динамично – и е често срещана реалност една материя да променя „статуса си“ във времето: в един период да е „изцяло вътрешна ситуация“, но след приемането на определени съюзни разпоредби вече да се окаже „във връзка с правото на ЕС“⁴². А дори (същата или друга материя) да получи национална уредба, представляваща „прилагане“ на правото на ЕС – след като ЕС упражни своя компетентност и създаде (базова или рамкова) съюзна уредба (най-често като приеме директива, изискваща последващо транспониране в ДЧ с вътрешни правни мерки).

2.4. Затова *критериите за установяване на „връзка“* (между една вътрешна ситуация и ПЕС) не може да не са „гъвкави“. Динамиката на съюзното право изисква особена бдителност на националния съдия – той не може да си позволи небрежно да се осланя на позната му (стара) практика на СЕС в дадена материя (например установяваща „липса на връзка с ПЕС“), без да се постарее да установи дали междувременно не е създадено ново съюзно право,

⁴¹ За тези материи напр. ГА Кокот посочва, че „според някои е достатъчно в тези материи ДЧ да защита основните права според своите собствени конституции“ – **Kokott, Julianne, Sobotta, Christoph. *The Charter of Fundamental Rights...*, op. cit.** Тя обаче посочва примери за това как прилагането на националните конституционни стандарти може да доведе до не-еднообразно приложение на съюзното право: по отношение на транспонирането на Директивата за защитата на личните данни (2006/24/ЕС, OJ L 105, 13.4.2006, р. 54-63) Румънският конституционен съд например обявява за противоконституционен закона за транспонирането (с решение № 1258 от 8 октомври 2009 г.). Важен друг пример е делото пред Ирландския върховен съд (High Court of Ireland, Case 2006/3785 P *Digital Rights Ireland*, <http://www.scribd.com/doc/30950035/Data-Retention-Challenge-Judgment-re-Preliminary-Reference-Standing-Security-for-Costs>, § 110 et s.), довело и до историческото произнасяне на СЕС по делото **CJ, 8. 4. 2014, *Digital Rights Ireland et al.***, съединени дела C-293/12 и C-594/12.

⁴² Съдия Розас пише: „**Все по-трудно става да се намери област, в която ПЕС отсъства напълно**“ (**Rosas, Allan. When is the EU Charter...**, op. cit., spec. p. 1281) и припомня своя анализ (**Rosas, A, L. Armati. *EU Constitutional Law: An Introduction*, 2nd rev ed., Oxford: Hart Publishing, 2012**) относно новата компетентност на ЕС в материте на **наказателното право** (р. 194-197) или на **сигурността и отбраната** (р. 254-260).

което вече да изисква от него (националния съдия) да направи нова преценка, съобразена с моментната реалност (и вече да установи наличие на връзка!). И тази негова преценка ще бъде едновременно и по-отговорна, и по-трудна, ако въпросната нова реалност все още не е била предмет на произнасяне на СЕС.

И именно в такава ситуация се очертава с особена значимост необходимостта (правосъдното задължение⁴³) *националният съдия* да отправя преюдициално запитване до съюзния съдия в Люксембург – за да получи необходимата помощ (отново именно относно конкретната преценка), но и за да снабди всички свои колеги във всички ДЧ с нова релевантна практика и така осигури не само добро правосъдие по делото, което сам разглежда, но и допринесе за постигането на добро правосъдие в общосъюзен план (от всяка друга национална юрисдикция). Тук – отново, както по повод всички централни въпроси на правото на ЕС – от решаваща важност е интензивното осъществяване на сътрудничеството между националните и съюзните съдии⁴⁴...

И несъмнено – националният съдия е свободен (а понякога принуден) да отправи *преюдициално запитване до СЕС именно за да установи наличието на връзка на делото с ПЕС!*

Затова съдия Марек Сафян определя, че „полето на прилагане (на Хартата) е *значително по-широко от полето на директно прилагане на Съюзното право или на неговото формално, техническо имплементиране* в националното право“⁴⁵. От своя страна съдия Алан Розас приема, че „може да се застъпи становището, че изразът „когато те прилагат правото на Съюза“, използван в чл. 51, § 1 от Хартата, изисква *по-скоро широко тълкуване*“⁴⁶.

Именно аспектите на това „по-широко тълкуване“ ще се опитам да проследя нататък във Втора глава.

⁴³ Виж в Семов, Атанас. Преюдициалното запитване. Производството за преюдициални запитвания като гаранция за добро правосъдие и за реализация на основното право на гражданите на достъп до съд. Изводи за ролята на националните юрисдикции в актуалната практика на СЕС. Първа част. *Общество и право*, 2016, № 3, с. 3–22; Втора част. *Общество и право*, 2016, № 4, с. 3–19.

⁴⁴ Един от тях – зам.-председателят на СЕС Антонио Тицано – го формулира красноречиво: „В известен смисъл по-важни от Хартата са... съдилищата“! – **Tizzano, Antonio.** *L'application de la Charte...*, *op. cit.* Той обаче приема, че съдилищата са „осъдени да се слушат и да си сътрудничат“ – пак там.

⁴⁵ **Safjan, Marek.** *Areas of Application...*, *op. cit.*, spec. p. 10.

⁴⁶ Виж **Rosas, Allan, Heidi Kaila.** *L'application de la Charte...*, *op. cit.*

Втора глава

Критерии за определяне на приложното поле на Правото на ЕС според практиката на Съда на ЕС

Систематизация на критериите за установяване на връзка или за определяне дали дадена материя (респ. национална уредба) попада в обхвата на ПЕС е възможна *единствено на основата на практиката на СЕС*. На нейна основа съдия Марек Сафян очертава 3 механизма за установяване на връзка между вътрешна правна уредба и съюзното право⁴⁷.

Първият (приложен по делото *N. S.*⁴⁸) той дефинира като „механизъм на допълване“ („mechanism of complementarity“) – националните власти осъществяват собствени компетенции, но регулаторната сфера, в която действат, кореспондира с упражнена от съюзния законодател компетентност и в този смисъл е „част от по-широк „пакет“ от правни инструменти“⁴⁹ – и така дори да упражнява свобода на преценка, това ще е „обвързана или предоставена свобода“ (изразът мой) и ДЧ ще е длъжна да се съобразява с ХОПЕС.

Вторият механизъм според него (приложен по делото *DEB*⁵⁰) се основава на принципа на ефективност и по-общо на принципа на полезния ефект. При него връзката се основава не на формалното изпълнение от националния нормотворец на съюзна правна норма, а на *последниците от прилагането на дадена национална правна уредба* (сама по себе си запазена национална компетентност). За него „добавената стойност на решението по делото *DEB* е в *разширяването на значението и смисъла на критерия за ефективност*“, изискващ не само добре да се прилагат съюзните правни норми, но и свързаните с тях вътрешни правни средства да са съобразени с гаранциите за основните права, закрепени в Хартата (по конкретното дело относно ефективна съдебна защита).

Третият механизъм съдия Сафян определя като „*тясна функционална връзка*“ („close functional relationship“) между съюзното право и националните разпоредби в материи, които по принцип нямат съюзна уредба. Както сам посочва, „разликата с първата ситуация (доколкото и в двата случая съюзното право препраща към националното), е в случаите, когато (като по делото *McB*⁵¹) материята е изцяло извън съюзната компетентност (семеиноправни въпроси относно незаконните деца)“. Тази „тясна функционална връзка“ между съюзната процедурна уредба в материята на съдебното сътрудничество по

⁴⁷ **Safjan**, Marek. *Areas of Application...*, *op. cit.*, spec. p. 11–12.

⁴⁸ **CJ**, 21. 12. 2011, *N. S. et al.*, **AJ C-411/10 & C-493/10**.

⁴⁹ Той посочва като примери дори решенията по делата **CJCE**, 18. 2. 1982, *Zuckerfabrik Franken*, **C-71/81**, p. 22–28 и **CJCE**, 10. 7. 2003, *Booker Aquacultur and Hydro Seafood*, **AJ C-20/00 & C-64/00**, p. 88–93.

⁵⁰ **CJ**, 22. 12. 2010, *DEB*, **C-279/09**.

⁵¹ **CJ**, 5. 10. 2010, *McB*, **C-400/10 PPU**.

семеиноправни въпроси и материалното право на ДЧ (което не е предмет на предоставени съюзни компетенции) ни позволява да установим връзка.

1. Основополагащото решение по делото Åkerberg Fransson

Пет решения на СЕС, постановени сравнително наскоро (и само в рамките на няколко месеца!), ни позволяват да очертаем по-ясно системата на критериите, които трябва да се отчитат от националния съдия, за да прецени дали делото пред него попада „в обхвата на правото на ЕС“ и да извлече всички произтичащи от това последици⁵².

Решението по делото Åkerberg Fransson⁵³ е основно за цялата доктрина за приложението на правото на ЕС, тъй като в него **СЕС налага много широко разбиране**⁵⁴. Той прави опит за въвеждане на „общ тест“ за приложимост и налага много широко разбиране за обхват на правото на ЕС⁵⁵. Съществено значение имат няколко съществени елемента от разбирането на Съда на ЕС, които ще проследя в цялост.

1.1. Това дело е един от много редките примери за преюдициално запитване от шведски съд (при това – „районен съд“, първа инстанция по делото по същество!), с което се потвърждава разбирането за *огромната важност на активното прилагане* на съюзния механизъм за консултиране между съдии.

1.2. Разбирането на *значението* на въпроса се проявява в това, че делото е *разгледано от Големия състав* на Съда. И, разбира се, от един от най-силните по това време генерални адвокати в Съда – Круз Вилалон⁵⁶.

⁵² Виж подробно в **Семов**, Атанас. Правна система на ЕС, цит. съч., спец. стр. 353 и сл.

⁵³ **CJ**, 26. 2. 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10.

⁵⁴ Виж **Delgado**, Laura. Mise en oeuvre du droit de l'Union et principe ne bis idem ... précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux. ELSJ, Réseau universitaire européen, Droits fondamentaux, 11. 3. 2013, mise-en-oeuvre-du-droit-de-lu-nion-et-principe-ne-bis-in-rem-precisions-jurisprudentielles-sur-lapplicabilite-de-la-charte-des-droits-fondamentaux.

⁵⁵ Това предизвиква някои анализатори да изразят учудване. В коментара на професора по публично право от Сорбоната Розлин Летрон само дни след обявяването на решението четем: „Понятието за „право на ЕС“ се превръща в чантата на Мери Попинс, в която могат да вкарат всички видове невъзможни материи, стига да имат връзка, макар и косвена, с правото на ЕС“... – **Letteron**, Roseline. Liberté, Libertés chéries, <http://libertescheries.blogspot.bg/2013/03/la-charte-des-droits-fondamentaux-de.html>

Именитият професор по публично право в Университета на Бордо Себастиен Платон пък прави двойствен (гъвкав) прочит (сякаш предчувстващ бъдещото развитие на практиката на СЕС към по-ограничено разбиране – виж нататък): „Това решение сякаш потвърждава едно *широко, но ограничено разбиране* за приложимостта на Хартата спрямо ДЧ“ – **Platon**, Sébastien. La Charte des droits fondamentaux..., op. cit., spec. p. 1, подчертаването мое.

⁵⁶ Заключение на генералния адвокат P. Cruz Villalón, представено на 12 юни 2012 г. по делото **CJ**, 26. 2. 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10.

1.3. Трябва да не отбележим и че делото *Åkerberg Fransson* бележи първи етап към налагане на самостоятелно тълкуване на ХОПЕС по отношение на ЕКПЧ, *еманиципиране от ЕКПЧ!* И утвърждава особено категорично разбиране за мястото на ХОПЕС сред източниците на правото на ЕС. Той „напомня“ (с ясното внушение за устойчива практика, макар да не посочва изрично свои предходни решения, както прави обикновено), че „макар признатите от ЕКПЧ основни права да са част от правото на Съюза като генерални принципи, *докато Съюзът не се присъедини към нея, тя не представлява юридически акт, формално интегриран в правния ред на Съюза*“! Това за него е достатъчен аргумент да приеме, че „правото на Съюза не регламентира връзката между ЕКПЧ и правните системи на ДЧ“ (дори в приложното поле на ПЕС!) и освен това не определя какви последици трябва да бъдат изведени от националния съд при противоречие между гарантираните от ЕКПЧ права и разпоредба на националното право.

В решението по делото *Kamberaj*, споменато от самия СЕС, той дори е по-категоричен: *когато към дадена ситуация в ДЧ отношение имат както ХОПЕС, така и ЕКПЧ, националните власти трябва да приложат* (да се съобразяват с... – и най-вече с практиката на СЕС по...) *Хартата!* „Чл. 6, § 3 на ДЕС не регламентира връзката между ЕКПЧ и правните системи на ДЧ и не посочва какви последици трябва да бъдат изведени от националния съд при противоречие между гарантираните от ЕКПЧ права и разпоредба на националното право“⁵⁷. „...Следователно при противоречие между разпоредба на националното право и ЕКПЧ извършената в чл. 6, § 3 на ДЕС препратка към ЕКПЧ не налага на националния съд да приложи пряко“⁵⁸ разпоредбите на

⁵⁷ **СЈ**, 24. 4. 2012, *Kamberaj*, C-571/10, т. 62.

⁵⁸ Не мога да не посоча, че българският превод на това решение е **още един крещящ пример на неадекватност и дори некомпетентност на българския преводачески екип в Съда на ЕС!** Употребеният израз „да осигури прякото приложение на...“ изобщо не съответства на смисъла, вложен от съюзния съд (англ.: „to apply the provisions of that convention directly“, респ. на френски език: „d’appliquer directement les dispositions de...“ – което означава единствено „да приложи разпоредбите пряко“!

Тази некомпетентност проличава още по-ясно в превода на т. 44, където четем за „разпоредбите на правото на Съюза, които имат непосредствено действие“. Това не може да се определи по друг начин, освен като СКАНДАЛИНО!!! На френски език текстът е „...dotées d’un effet direct“, на немски: „deren Bestimmungen unmittelbar anzuwenden“, дори на английски език е „...having direct effect“. От словенски език („da neposredno uporabiti“) да бяха превеждали тези хора, или поне от словашки („priamo uplatni“) или чешки („přimo použít“), ако не им стига и испанският („a aplicar directamente“) или италианският („di applicare direttamente“) превод, пак нямаше запишат подобен *паметник на неграмотността*...

Как пък не се намери в службата за преводи на СЕС един юрист, който разбира правото на ЕС, та да изчита (и поправя) превода поне на по-важните решения – напр. тези, постановени от Големия състав! Кога и къде преводачът на този текст намери в смислен български източник (учебник, статия...) изрази „непосредствено действие“?! Той за принципите на прилагане на Правото на ЕС не е ли чел или поне чувал? А за разликата между

тази конвенция, като остави без приложение несъвместимата с нея разпоредба на националното право⁵⁹. Така към съответната ситуация (пряко) приложима ще бъде само Хартата! Разбира се, отделен е въпросът, че ако конкретната разпоредба на Хартата (по смисъла на чл. 52 на ХОПЕС) съдържа права, съответстващи на гарантирани от ЕКПЧ, техният смисъл и обхват са същите, като по Конвенцията. Приложима обаче ще бъде именно и само Хартата, а не Конвенцията! Респ. водеща за националните власти (и най-вече за националния съдия) ще бъде именно практиката на СЕС (по съответната разпоредба на ХОПЕС), а не тази на ЕСПЧ (по съответната разпоредба на ЕКПЧ), особено пък ако между тях могат да се установят разлики.

1.4. Съдът прави почти *дидактичен прочит*⁶⁰ на проблема:

- приложното поле на Правото на ЕС засяга дори случаите, които имат отношение само към (финансовите) интереси на ЕС, извън въпроса как (със съюзни или само с вътрешни норми) са уредени;
- определя мястото (статуса) на ЕКПЧ сред източниците на правото на ЕС⁶¹;
- очертава и задълженията на националните съдии по силата на принципа на примат на правото на ЕС и за недопустимостта те да бъдат ограничавани с вътрешни правни норми, и още, и още...

1.5. ЕК и повечето взели отношение ДЧ⁶² *оспорват* изобщо *допустимостта* на запитването с аргумент, че материите относно данъчните санкции

„непосредствена приложимост (каквато имат всички съюзни разпоредби, без изключение) и „директен ефект“ (какъвто имат само тези съюзни правни норми, които са годни да предоставят субективни права или задължения на частните лица в отношенията им с друго лице или държавата)?! Ако наистина не – да помолят, от Софийския университет с удоволствие ще им изпратим, да попрочетат...

После се чудим защо подобни безумия се появяват и в решения на български съдии, особено такива, които са учили право в Н-ския юридически факултет... Учете, бе, хора – не боли!

И как да се утешим, че може да става дума за моментна небрежност, след като очевидно сме в хипотезата на класическата формула „... и упорит“: в заключенията на генералния адвокат по делото изразът „having direct effect“ отново е преведен като „които имат непосредствено действие“.

В такива случаи любимият на поколения студенти по право проф. Володя Захаров казваше: „Проста да паладейш“...

⁵⁹ CJ, 24. 4. 2012, *Kamberaj*, C-571/10, т. 63.

⁶⁰ Проф. Платон говори за „педагогически подход“ – Platon, Sébastien. La Charte des droits fondamentaux..., op. cit.

⁶¹ CJ, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, т. 44.

⁶² Да отбележим ли, че и по това дело, както по толкова много други важни дела пред СЕС, позиция на българската държава не се забелязва? Чехия не пропуска дело, ние не пропускаме възможността да пропуснем...

или наказателното преследване не „произтичат от прилагането на правото на Съюза“. И аргументите, с които Съдът им отговаря (по същество им се противопоставя!), са поради това още по-важни и показателни.

1.6. Най-голямо значение има изразът на СЕС „**във всички случаи, уредени от правото на ЕС**“. Неслучайно веднага след това съдът сам утвърждава, че това е **дефиниция**⁶³! Разбира се, това не е ...годна дефиниция. Но е годна – и много важна – рамка за изграждане на дефиниция.

1.7. Логично след това СЕС налага разбирането, че *всяка връзка, дори „частична“* (между национална правна уредба и правото на ЕС) е достатъчна, за да обоснове, че материята (респ. националната ѝ уредба) е в обхвата на ПЕС⁶⁴. Видно от цитираното съюзно право, всяка ДЧ „е длъжна“ – и то именно да създаде (или приложи) собствено, вътрешно право – за да приложи съюзното право⁶⁵.

Макар в конкретния случай да е налице класическо „прилагане“ (транспониране на директива), изводът – и **произтичащият критерий – е общ**: дори когато прилагат собствени (дори заварени при влизането в сила на „частично“ релевантна съюзна разпоредба) разпоредби, приети с оглед други цели (и дори безусловно приети не по повод на прилагане на съюзно право – това могат да са вътрешни норми, приети дори преди присъединяването на съответната ДЧ към ЕС!), когато ги прилагат във връзка с (по отношение на) права (или задължения), произтичащи от съюзното право, трябва да разглеждат тези разпоредби като разпоредби по прилагането на ПЕС. И тук става дума именно

⁶³ „...Тази дефиниция на приложното поле...“ (CJ, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, т. 20)

⁶⁴ „В настоящия случай ...данъчните санкции и наказателното преследване ...*отчасти са свързани* с неизпълнение на задълженията му“ (т. 24) (за деклариране за целите на ДДС), произтичащи вече напълно, а не отчасти, от съюзното право (релевантната директива, самата тя прилагаща разпоредба на УД).

⁶⁵ „...В областта на ДДС всяка ДЧ има задължение да вземе **всички законодателни и административни мерки, с които може да се гарантира** събирането на целия дължим на нейната територия ДДС и да се предотвратят измамите“ (т. 25).

По отношение на всички мерки, свързани с пълното зачитане на съюзното право от ДДС виж също знаковото дело на ЕК срещу Гърция: CJCE, 21. 9. 1989, *Commission des Communautés européennes c/ République hellénique*, 68/88, р. 24 и 25.

Впрочем, неизпълнението на това (и на всяко подобно!) задължение на ДЧ е основание за преследване по реда на производството за установяване на нарушения на ДЧ (по чл. 228 на ДФЕС) – СЕС напомня своята постоянна практика в този смисъл – напр. CJCE, 17. 7. 2008 *Commission Italie*, C-132/06, т. 37 и 46. Подробно по този въпрос виж в **Семов**, Атанас. Съвременен международно правораздаване. Т. 2. Съдът на Европейския съюз. София: Институт по международно право, Институт по европейско право, 2011, спец с. 283 и сл.

За да не остане никакво съмнение, Съдът извлича задължение на ДЧ (т.е. „връзка“ с ПЕС) и от съюзна разпоредба с първичен ранг (чл. 325 ДФЕС – т. 26 на мотивите на решението). В този смисъл виж CJCE, 28. 10. 2010, *SGS Belgium e.a.*, C-367/09, р. 40–42.

за прилагане – в смисъла на общото задължение по чл. 19, § 1, ал. 2 на ДЕС (за уреждане на правните средства, необходими за осигуряване⁶⁶ на ефективна правна защита в областите, обхванати от ПЕС).

1.8. Разбирането за „всяка връзка“ (разбира се, реална, не абстрактна) се потвърждава ясно от СЕС, за който е *достатъчно дадена национална уредба да има отношение към „собствените ресурси на Съюза“* (в частност включващи приходите от прилагането на унифицирана ставка към хармонизираната (чрез съюзно право!) основа на ДДС – и това е не просто връзка, а „*пряка връзка*“⁶⁷).

Дали можем да приемем, че всяка връзка е пряка връзка? Всяко неприлагане на годна национална разпоредба може да „доведе до намаляване на приходите на ЕС“, респ. да наруши Правото на ЕС. Затова и „данъчните санкции и наказателното преследване за престъпления против данъчната и осигурителната система“ (макар и уредени изцяло във вътрешни норми, които може да са приети преди и/или съвсем извън контекста на прилагането на ПЕС и във всички случаи извън всякаква компетентност на ЕС), „представяват прилагане“ (на релевантното съюзно материално право)⁶⁸.

1.9. По този начин *Съдът на ЕС фактически налага нов прочит на понятието „прилагане на правото на ЕС“*⁶⁹! Той всъщност потвърждава, че: *разбирането за приложно поле* (на ПЕС, респ. на ХОПЕС) *съвпада с наложеното в предходната му практика разбиране за приложното поле на основните права (генералните правни принципи)*.

Това налага извода, че **прилагане на правото на ЕС е всяка мярка в приложното поле на правото на ЕС.**

1.10. И за да няма съмнение, СЕС продължава дидактичния си подход⁷⁰: „обстоятелството, че националните правни норми ... *не са приети, за да се транспонира...*, не може да постави под въпрос този извод, тъй като *с прилагането им* (не непременно и с приемането им!) *се цели да се санкционира нарушение на разпоредбите на* (посочената директива, по-общо на ПЕС)⁷¹“.

⁶⁶ В българския превод е използван израз „установяват“, който – макар да не е не-точен, ми се струва по-малко подходящ, от „уреждат“ („établissent“ на френски език е по-скоро „създават“; „shall provide“ на английски език е по-скоро „осигуряват“). Със сигурност не трябва да се използва „създават“, за да не се създаде впечатление за неприложимост на заварените, но годни за прилагане, релевантни национални разпоредби.

⁶⁷ CJ, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, т. 26.

⁶⁸ Т. 26, уточненията в скоби са мои.

⁶⁹ „...*New view on the concept of implementation*” – **Karlsson, Ida, Petra Enmalm, Aman-dine Doum**. Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson, Case C-617/10 of 26 February 2013, April 26, 2013, <https://eulaworebro.wordpress.com/2013/04/26/aklagaren-v-hans-akerberg-fransson-case-c-61710-of-26-february-2013/>.

⁷⁰ Не може да не се подчертае същественият принос в това отношение на заключение-то на генералния адвокат по делото...

⁷¹ CJ, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, т. 28, уточненията в скоби са мои.

1.11. При това в делото по същество (пред питащата национална юрисдикция – шведският съд) става дума за **наказателно право (!)**: дело за измама по данъчно облагане⁷² (ДОД и ДДС⁷³). Г-н Ханс Акерберг Франсон е шведски рибар, обвинен (от прокуратурата) за това, че в данъчните си декларации е предоставил невярна информация, което е довело до загуба на бюджетни приходи (във връзка със събирането на данъка върху доходите и на данъка върху добавената стойност) и не е подал декларации за осигурителните вноски за сметка на работодателя, което също води до загуби (за бюджета на социалното осигуряване).

Две години по-рано обаче данъчната администрация (с ревизионен акт) вече му е наложила „данъчна санкция“ за всяко от установените нарушения (които лицето не е оспорило пред административния съд). СЕС изрично посочва, че този акт „се основава на същото деяние ... в което се състои престъплението по повдигнатото обвинение в главното, наказателно производство“⁷⁴.

Затова въпросът по същество е действа ли (относно наказателно преследване след наложена административна глоба) принципът *non bis in idem*, както произтича от ХОПЕС? Този въпрос е поставен от защитата на г-н Акерберг пред първоинстанционния наказателен съд („районния“) с искане да се прекрати наказателното производство в съответствие със забраната за повторно осъждане за същото деяние, прогласена в чл. 4 от Протокол № 7 към ЕКПЧ и в чл. 50 от Хартата (принципът „*non bis in idem*“⁷⁵), тъй като вече му е наложено наказание за същото деяние в друго производство⁷⁶.

⁷² „... Тежки престъпления против данъчната и осигурителната система“ – CJ, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, т. 2.

⁷³ Във връзка с Шеста директива 77/388/ЕИО.

⁷⁴ Т. 13.

⁷⁵ Всъщност въпросът засяга преценката дали шведският закон, изискващ „да е налице ясно основание, изведено от [ЕКПЧ] или от практиката на ЕСПЧ, за да може националната юрисдикция да не приложи национални разпоредби, които вероятно противоречат на принципа *non bis in idem* съгласно чл. 4 от Протокол № 7 към [ЕКПЧ], а следователно и на чл. 50 от [Хартата]“. Шведският съдия пита съюзния дали „подобно изискване съгласно националното право, за да не бъдат приложени национални разпоредби, е съвместимо с правото на Съюза, и по-специално с неговите общи принципи, включително предимството и непосредственото действие на правото на Съюза?“ (т. 15, 1).

Вторият въпрос по същество е за допустимостта на наказателното производство (за престъпление против данъчната и осигурителната система) – попада ли в обхвата на принципа *non bis in idem*, когато за същото деяние на подсъдимия вече е наложена данъчна санкция (глоба) в рамките на административно производство (т. 15, 2). И ако отговорът на този въпрос е положителен, изпълнени ли са условията на принципа *non bis in idem* при налагането на няколко санкции в отделни производства, когато в последното производство се прави нова и независима от предходното производство преценка на обстоятелствата? (т. 15, 3).

При това „шведската система, която предвижда отделни производства за налагане на данъчни санкции и за наказателно преследване за престъпления против данъчната и осигурителната система, се основава на редица съображения от общ интерес“ (т. 15, 5).

⁷⁶ Т. 14.

1.12. Разбира се, СЕС полага необходимата грижа *да не се допусне волунтаристко разбиране за прекалена всеобхватност*. Той се стреми да очертае ясни „граници...“ и настоява, че „когато дадено правно положение не попада в приложното поле на правото на Съюза, Съдът няма компетентност да го разгледа“⁷⁷.

1.13. Именно в този смисъл ключово важно е изработването на устойчиви механизми за определяне на съществуването на **реална връзка**⁷⁸. И затова особено показателно е, че по това дело Съдът *не възприема твърде строгото разбиране за „степен на връзка“* (очевидно по-висока) на генералния адвокат по делото Круз Вилалон⁷⁹.

Затова като обобщение ***приемам, че единственият възможен (засега) извод е, че една ситуация (респ. една национална/вътрешна правна уредба) ще попада в обхвата на правото на ЕС (и ХОПЕС), когато се намира в реална връзка с него – това изисква връзката да е съществена, но не непременно пряка!***

1.14. Решението по делото *Åkerberg Fransson* е в тясна и важна връзка с решението по делото *Melloni*⁸⁰, постановено впрочем пак от Големия състав на Съда. Делото *Melloni* също се отнася за *наказателноправна материя*, която (в огромната си част⁸¹) се смята за оставаща извън обхвата на ПЕС. Макар формално да става дума за различни институти на наказателното право (престъпление срещу данъчното облагане – *Åkerberg* и престъпление във връзка с фалит на търговско дружество – *Melloni*), делото *Melloni* допълва

⁷⁷ И евентуално посочените разпоредби на Хартата сами по себе си не биха могли да учредят такава компетентност – CJ, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, т. 22, като препраща и към CJ (Ord.), 12. 7. 2012, *Currà et al.*, C-466/11, т. 26.

„Съвсем очевидно се цели ограничаване на вълната от преюдициални запитвания, които ще поставят въпроси за нарушения на Хартата, без делото по същество да е свързано със ситуация, уредена от правото на ЕС. ...ДЧ са подчинени на Хартата само по силата на една рефлексия (отражение) и поради това не във всички области на своята дейност.“ – Platon, Sébastien. *La Charte des droits fondamentaux...*, op. cit.

⁷⁸ СЕС неведнъж настоява, че връзката трябва да бъде реална: CJCE, 1997, *Kremzow*, C-299/95; CJCE, 1991, *Grogan*, C-159/90; CJCE, 18. 12. 1997, *Annibaldi*, C-309/96.

⁷⁹ Изразени в т. 57 на *Заключението на генералния адвокат г-н P. Cruz Villalón, представено на 12 юни 2012 г. по дело CJ*, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10. Не можем впрочем да не отбележим, че този случай е един от сравнително редките примери, когато в свое решение Съдът проявява повече смелост от свой генерален адвокат – обикновено именно генералните адвокати, ползващи се със свободата на самостоятелния анализ, предлагат по-дръзки виждания, немалко от които съдът възприема едва по-късно – виж повече в Семов, Атанас. Особености на ролята на генералния адвокат в Съда на ЕС, www.eubg.org.

⁸⁰ CJ, 26. 2. 2013, *Melloni*, C-399/11.

⁸¹ Но далеч не изцяло – виж подробно в трудовете на Христо Христов и Пламен Панайотов.

делото *Akerberg* и заедно се вписват в *обща линия на прочит на обхвата на правото на ЕС*.

Това решение предизвика изключително много коментари⁸²... Особено интересно е развитието в края на 2015 г., когато и Германският конституционен съд взе отношение (и то какво!...) по това дело⁸³.

СЕС намери повод отново да потвърди *незаобиколимото значение на пълното зачитане на принципа на примата на правото на ЕС* (в духа на практиката по делото *Internationale Handelsgesellschaft*⁸⁴). Сетне наложи водеща роля на принципа на взаимно доверие между ДЧ („основен за правната система на ЕС“ и основополагащ за целия механизъм на ЕЗА) и дори отхвърли позоваването на чл. 4, § 3 на ДЕС, закрепващ задължението на ЕС да зачита *конституционната идентичност на ДЧ*⁸⁵), въпреки че самият Испански конституционен съд настоява за това!...

Той отхвърля и вижданията на държавите членки по делото и подчертава огромното значение на зачитането на примата, опитвайки се поне да го постави наравно със зачитането на конституционната идентичност на ДЧ...

⁸² Виж напр. коментара на големия Анри Лабайл: **Labayle**, Henri. Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle. ELSJ, Réseau universitaire européen, Droits fondamentaux, 3. 3. 2013, http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=mandat-darret-europe. Виж също **Carabot**, Myriam Benlolo. Mandat d'arrêt européen (Décision-cadre 2002/584/JAI): La protection des droits fondamentaux, oui... mais subordonnée aux exigences de la primauté du droit de l'Union européenne. La Revue des Droits de l'Homme, 22 mars 2013, <http://revdh.org/tag/article-6-du-traite-sur-lunion-europeenne-ue> или **Aronsson**, Elisabeth, Hevi **Dawody**, Magnus **Osterdahl**. Case C-399/11, Melloni v. Ministerio Fiscal, 22. 5. 2013, EU Constitutional Law, <https://eulaworebro.wordpress.com/author/eulaworebro>.

⁸³ Най-просто казано през декември 2015 г. Германският конституционен съд постави под съмнение позицията на СЕС с оглед по-висока защита на националната конституционна идентичност (като за първи път приложи „контрол за идентичност“ по отношение на материя, изцяло уредена от правото на ЕС – европейската заповед за арест)... – Bundesverfassungsgericht, Leitsätze zum Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html?sessionid=4F493F11A57F52C0262DE47350D86F5E.2_cid361.

Виж подробно в **Hagenau-Moizard**, Catherine. Identité constitutionnelle et mandate d'arrêt européen: l'exploitation de la jurisprudence Melloni par la Cour constitutionnelle allemande. Revue Europe, LexisNexis, Jurisclasseur, Mars 2016, p. 37.

⁸⁴ **CJCE**, 17. 12. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70.

⁸⁵ Подробно по тази тема виж в **Семов**, Атанас. Правна система на ЕС, цит. съч., спец. стр. 525 и сл.

2. Конкретизация в практиката на СЕС

Макар и по правило изключително стабилна, съюзната юриспруденция не е напълно чужда на известна динамичност или гъвкавост⁸⁶. Можем да мислим и за политическа чувствителност... Само година по-късно по **делото Siragusa**⁸⁷ Съдът наложи известно ограничение⁸⁸ на широкото разбиране за приложно поле. Не може да не се отчете фактът, че докладчик по делото е съдия Алан Розас, а решението е постановено без заключения на генерален адвокат, само след изслушване на генералния адвокат Джулиан Кокот (техните виждания неслучайно цитирам неведнъж в това изследване).

2.1. Преюдициалното запитване на регионалния административен съд на Сицилия се отнася по същество до приложимостта на чл. 17 на ХОПЕС (относно правото на собственост). Ищецът по делото по същество Crusciano Siragusa е собственик на недвижим имот в област Сицилия – в зона, подчинена на специални правила за защита на ландшафта (във връзка с опазването на културното наследство). Той обаче извършва подобрения в имота, без да получи изискуемото предварително разрешение. Местните власти издават административен акт, с който го задължават в срок от 120 дни да премахне всичко, направено без разрешение. Г-н Сирагуса обжалва пред административния съд, който се обръща към СЕС с въпроса дали една подобна административна мярка, лишаваша собственика от право да узакони направените изменения, макар и като заплати глоба, попада в обхвата на ПЕС, респ. на ХОПЕС.

Основното съображение, изтъкнато от административния съд на Сицилия, е това, че „в правото на Съюза опазването на ландшафта не е самостоятелно уредена област и няма различно смислово съдържание от опазването на околната среда, а е част от нея“ – от което прави извод, че материята попада в обхвата на съюзна компетентност (околна среда), извод, който от пръв прочит изглежда доста пресилен или изкуствен. Всички изложени съображения (на ЕК и няколко правителства) настояват, че СЕС няма компетентност да се произнесе, тъй като материята е извън обхвата на Правото на ЕС („*поради липсата на достатъчна връзка с правото на Съюза*“⁸⁹). ЕК настоява, че всички конкретни разпоредби, на които се опира запитващата юрисдикция, са адресирани до самия Съюз, не и до ДЧ. Този път съюзният съд възприема изложените виждания...

⁸⁶ Проф. С. Платон говори за „лъкатушеща (синусоидна) крива на линията на съюзната юриспруденция“... – Sébastien **Platon**, *Applicabilité et inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux aux Etats : la ligne jurisprudentielle sinueuse de la Cour*, Journal d'actualité de Droits européennes, 7.5.2014, <http://jade.u-bordeaux.fr/?q=node/754>.

⁸⁷ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, C-206/13.

⁸⁸ Някои автори говорят за „съществена промяна“ (un changement significatif) – **Platon**, Sébastien. *Applicabilité et inapplicabilité de la Charte...*, *op. cit.*, spéc. p. 4.

⁸⁹ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, C-206/13, т. 17.

2.2. СЕС прави *наглед учудващо* (предвид досегашната практика по делото *Akerberg*) **строго уточнение**: „Съдът трябва да тълкува правото на Съюза в пределите на предоставената (на ЕС – б.м.) *компетентност*“⁹⁰.

2.3. И за да бъде учудването още по-голямо, допълва, че понятието „прилагане на правото на Съюза“ налага⁹¹ съществуването на *известна степен на връзка, надхвърляща сходството*⁹² между разглежданите области **или непрякото**⁹³ *въздействие* на една от областите върху другата⁹⁴. При това СЕС напомня практиката си по делото *Kremzow*, където приема, че наличието само на „чисто теоретична перспектива“ не представлява „достатъчна връзка с общностното право“⁹⁵. След *Akerberg* тази практика изглеждаше изоставена (надживяна, поне надградена)...

2.4. В отклонение от концепцията („дефиницията“?) по *Akerberg*, СЕС отива дори още по-далеч⁹⁶: „основните права на Съюза са неприложими по

⁹⁰ Т. 20, където препраща и към CJ, 15. 11. 2011, *Dereci*, C-256/11, т. 71 и цитираната там съдебна практика.

⁹¹ На френски език е *impose* (именно „налага“), на английски език е *requires* (поне „изисква“), вместо по-немошното „предполага“ в българския превод.

⁹² Тук не мога да не призная, че българският превод е добър и точно отразява нюанса на фразата (фр.: *voisinage*, англ.: *being closely related*)...

⁹³ Ала, уви, веднага след това **българският превод отново шокира**: в него четем „... или **прякото** въздействие на една от областите върху другата“, докато и по смисъл, и според другите езикови версии става дума именно и само за „**непряко** въздействие“: „of one of those matters having an *indirect* impact“; „ou les incidences *indirectes*“! Как ще надхвърля „прякото“ въздействие? Къде по-далеч да отиде? Кое е по-пряко от „прякото“? Понякога се чудя ако не друг, получаващ заплата за това, българските съдии в СЕС не четат ли българските преводи на решенията и ако ги четат – защо не реагират своевременно?!...

Затова нека още веднъж призовем българските юристи: винаги търсете поне още една езикова версия на всяко решение на СЕС, на всеки съюзен акт, на всичко, минало през български преводач! Иначе рискувате да бъдете подвеждани, в някои случаи – опасно...

Такъв **случай на опасна небрежност в официален превод** е напр. българския текст на чл. 265, ал. 3 на ДФЕС (относно производството за установяване на противоправно бездействие на институциите), където четем, че институцията-нарушителка е „пропуснала да адресира до него даден акт“, сякаш става дума за грешка в пощенска услуга (докато става дума за неиздаване на акт, чийто адресат би било частното лице)...

⁹⁴ CJ, 6. 3. 2014, *Siragusa*, C-206/13, т. 24.

⁹⁵ CJCE, 29. 5. 1997, *Kremzow*, C-299/95, т. 16.

⁹⁶ Проф. Платон подозира СЕС в опит за „задържане“ на практиката, въведена с делото *Akerberg*, и много игриво (артистичният език не бил уместен в научни анализи?!) сравнява съюзния съд с „пожарникар-пироман“!... – **Platon**, Sébastien. *Applicabilité et inapplicabilité de la Charte*..., op. cit., spéc. p. 9.

Ще се изкуша да цитирам още: „трябва да кажем, че съдията от Люксембург ще трябва да слалюмира между грижата да не остави Хартата „да излезе от леглото си“ и грижата да осигури ефективна защита на основните права във всички ситуации, подчинени на правото

отношение на национална уредба, когато разпоредбите на Съюза в съответната област *не възлагат каквото и да било задължение на ДЧ* във връзка с разглежданото в главното производство положение⁹⁷. Разбира се, нека го кажем ясно: евентуалното разбиране, че една материя ще попада в обхвата на ПЕС само ако съюзна разпоредба възлага на ДЧ задължения (изрични или поне подразбиращи се) в тази материя, просто е напълно нежизнеспособно!

2.5. За СЕС обаче *„само косвено засягане“* не е достатъчно и „не може да представлява *достатъчна връзка*“⁹⁸. И, логично, когато „не е доказана достатъчна връзка“, съюзното право ще е неотносимо, а заедно с това Хартата ще бъде неприложима.

Остава обаче едно *силно усещане за условност*: възможно е връзка да има, но тя просто да не е... *„доказана“*. По този начин тежестта (отговорността?) се прехвърля на националния съдия – ако или не е успял добре да изследва наличието на връзка или просто добре да го аргументира в запитването си до СЕС. Така по конкретното дело СЕС се обявява за некомпетентен (материята не е във връзка с правото на ПЕС, поне не може да се установи...), а по-общо за нас остава притеснението дали неговите ограничителни формулировки трябва да се тълкуват стриктно.

Още повече, че СЕС превръща в устойчива формулата за „национална уредба, имаща за цел прилагането на правото на ЕС ...или материя, за която в правото на ЕС не се съдържат специфични (конкретни – б.м.) разпоредби...“⁹⁹

на Съюза. Дори тези грижи да са съвсем легитимни, съвсем не е сигурно, че правната сигурност и предвидимостта на правосъдието печелят много от тази промяна между топъл и студен душ в изказа на СЕС“ – *ibid*, преводът, артистичен в съответствие на оригиналния текст, е мой...

⁹⁷ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, C-206/13, т. 26. СЕС препраща към **CJCE**, 13. 6. 1996, *Maurin*, C-144/95, т. 11 и 12.

⁹⁸ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, C-206/13, т. 29.

И отново българският превод (по т. 30) ни ...въвежда в изумление и гняв: „...с тези разпоредби не се **въвеждат** норми от правото на Съюза“. На френски език хората са си го казали ясно „...ces dispositions ne constituent pas la mise en œuvre de normes du droit de l’Union...“ („прилагат“ – и през ум не им минава да въвеждат, *introduire*)... И на английски език е „...do not implement rules of EU law...“, за което от десетилетия вече е ясно, че не е никакво „въвеждане“... *Къде го въвеждат съюзното право тия хора, докога ще го въвеждат и нямали кой да ги изведе от състоянието на мила професионална мърльовицина?*... Наистина ли не се разбира, че подобни лоши преводи са директна предпоставка и за лошо прилагане от националния юрист, респ. лошо правосъдие?!

⁹⁹ По делото **CJ**, 27. 3. 2014, *Marcos*, C-265/13 СЕС отхвърля запитване, отнасящо се до национална уредба, която „няма за цел прилагането на разпоредбите на правото на Съюза“, а пък то „не съдържа каквито и да е специфични правила в тази област или разпоредби, които могат да засегнат това национално законодателство“ (т. 32). „Освен това предметът на делото по главното производство не се отнася до тълкуването или прилагането на разпоредба от правото на Съюза, която е различна от разпоредбата на Хартата“ (т. 33,

и многократно я използва, за да обоснове недопустимост на различни преюдициални запитвания, свързани с приложението на ХОПЕС¹⁰⁰...

2.6. Въпреки че мнозина изразяват силна тревога¹⁰¹, смятам, че *притесненията за отстъпление на СЕС все пак не трябва да се преувеличават*. Струва ми се уместно да приемем, че съюзният съд налага едно необходимо уточнение, което не променя съществено „дефиницията“ от *Akerberg*, а естествено я развива.

Мисля, че и през 2013 г. (когато се сдобихме с концепцията *Akerberg*), *никой не си е помислил, че всяка евентуална свързаност, дори най-малко сходство, близост, допир, биха били достатъчни*, за да се приеме, че дадена вътрешна ситуация е обхваната от съюзното право. В този смисъл надявам се ясно изложих по-горе *наложителния разум в прочита на понятието за „връзка“ и по-общо за „приложно поле“*. Това е и изводът, който ми се иска да остане по повод делото *Siragusa*: *когато националният съдия определя свързаност на една национална марка с правото на ЕС, той трябва да подхожда с разум и отговорност*¹⁰².

2.7. Така отговорният разум ще потърси винаги *елементи на свързаност, по-устойчиви или по-сериозни от сходството*.

където СЕС сам насочва към свои други определения за недопустимост на преюдициални запитвания). Той приема, че ХОПЕС няма да е приложима в случаи, когато (релевантната директива, респ. ПЕС по-общо) не се прилага (т. 36).

Но една вратичка сякаш пак остава отворена: „Налага се обаче изводът, че **на настоящия етап от главното производство** (at the present stage of the main proceedings... – б.м.) разглежданото положение не попада в приложното поле на тази директива, нито в приложното поле на правото на Съюза като цяло“. Дали отново не става дума не за липса на връзка, а за недоказаност на наличието ѝ?... Още повече, че при по-задълбочен прочит ще се установи, че действителният проблем (заплащане на съдебни такси) създава затруднения, по същество засягащи приложното поле на въпросната директива – но питащата национална юрисдикция не е извела по достатъчно ясен начин тази връзка...

¹⁰⁰ **CJUE (Ord.)**, 7. 2. 2013, *Pedone*, C-498/12, р. 14; **CJUE (Ord.)**, 7. 2. 2013, *Gentile*, C-499/12, р. 14; **CJUE (Ord.)**, 8. 5. 2013, *T*, C-73/13, р. 13; **CJUE (Ord.)**, 28. 11. 2013, *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, C-258/13, р. 21.

¹⁰¹ Виж напр. **Platon**, Sébastien. *Applicabilité et inapplicabilité de la Charte...*, op. cit. Виж също **Pirker**, Benedikt. *Case C-206/13 Siragusa: A further piece for the Åkerberg Fransson jigsaw puzzle*, European law blog, 12. 3. 2014, <http://europeanlawblog.eu/?p=2253>, или **EU litigation comment**, *Case C-206/13 Siragusa: the Scope of the Charter of Fundamental Rights, Preliminary References and National Law*, EU litigation, <https://eulitigationblog.com/2014/03/13/case-c-20613-siragusa-the-scope-of-the-charter-of-fundamental-rights-preliminary-references-and-national-law/>.

¹⁰² Уклонът към комюнентаризация (ако предпочитате днес – европеизация) на всяка материя, макар и много масов (понеже е много удобен) в политическото (празно)говорене, е напълно неуместен за отговорния национален съдия.

- Един от тези елементи е **целта на националната правна мярка** – според практиката по делото *Annibaldi*¹⁰³, цитирано изрично в „Разясненията“ и потвърдена след влизането в сила на ХОПЕС изрично по делата *Iida*¹⁰⁴ и *Ymeraga*¹⁰⁵. Ако националната мярка има за цел (макар и не единствена, нито дори основна)¹⁰⁶ да „приложи правото на ЕС“, връзката ще е очевидна. СЕС го потвърждава ясно: „За да се установи дали дадена национална уредба е свързана с прилагането на правото на Съюза, следва наред с други обстоятелства да се провери *дали предназначението* на разглежданата национална правна уредба *е да се приложи* разпоредба от правото на Съюза“¹⁰⁷.

Тук в решението по делото *Siragusa* най-смущаващо изглежда уточнението „дали националната норма не преследва цели, различни от тези, които съюзното право обхваща, дори ако националната норма може косвено да му влияе“¹⁰⁸.

- Веднага след това обаче е въведено огледалното изискване: да се установи дали пък „в правото на Съюза съществува конкретна уредба на съответната материя *или уредба, която може да ѝ влияе*“¹⁰⁹. Това ни позволява да установим, че **втори важен елемент е дали съществуващата съюзна правна уредба „може да влияе“ на националната**¹¹⁰.
- Позоваването от страна на СЕС на делото *Melloni*¹¹¹ *естествено насочва тълкуването към по-фундаментални (и същностни телеологични) измерения. Проф. С. Платон надмогва притесненията и намира в това позитивен сигнал, който поради неговата красноречивост ще цитирам цялостно: „Съдът изследва първо интензивността на връзката между националната уредба и правото на ЕС*

¹⁰³ CJCE, 18. 12. 1997, *Annibaldi*, C-309/96, т. 21–23.

¹⁰⁴ CJUE, 8. 11. 2012, *Iida*, C-40/11, р. 79.

¹⁰⁵ CJUE, 8. 11. 2013, *Ymeraga*, C-87/12, р. 41.

¹⁰⁶ CJUE, 8. 11. 2012, *Iida*, C-40/11, р. 79: „За да се определи дали... (една национална мярка – б. м.) е приета при прилагане на правото на Съюза по смисъла на чл. 51 от Харта, следва наред с други фактори да се прецени дали **предназначението** на разглежданата национална правна уредба **е да се приложи** разпоредба от правото на Съюза, от какво естество е тази правна уредба и дали нейните цели са различни от следваните от правото на Съюза, **въпреки че тя може косвено да му влияе**, и дали в правото на Съюза съществува конкретна уредба на съответната материя или уредба, която може да ѝ влияе“ (виж CJCE, 18. 12. 1997, *Annibaldi*, C-309/96, т. 21–23).

¹⁰⁷ CJ, 6. 3. 2014, *Siragusa*, C-206/13, т. 25.

¹⁰⁸ Пак там, в средата на изречението.

¹⁰⁹ Пак там, в края на изречението.

¹¹⁰ Виж пак и в CJUE, 8. 11. 2012, *Iida*, C-40/11, р. 79. По това дело обаче СЕС също установява, че... наличието на връзка не е установено.

¹¹¹ CJ, 6. 3. 2014, *Siragusa*, C-206/13, т. 32 – относно CJ, 26. 2. 2013, *Melloni*, C-399/11.

и ако тази връзка сама по себе си не е достатъчна, пуска в играта „почистващата машина“, чиято роля играе „рискът от засягане на единството, върховенството и ефективността на ПЕС“ (изведен в ясна догма по делото *Melloni* – б. м.). Изглежда наличието на такъв риск може да оправдае приложимостта на Хартата дори в случаите, когато връзката между националната регламентация и съюзното право е много хлабава.“¹¹²

3. Неизбежната разумна конкретизация на критерия за „връзка“

Почти веднага (само 4 месеца) след делото *Siragusa* (още през юли 2014 г.) по делото *Julián Hernández*¹¹³ СЕС намира повод да успокои или поне канализира вълненията, като изгражда ясен и почти пълен списък на критериите за определяне на приложното поле на ПЕС (и ХОПЕС).

Когато за първи път прочетох решението по това дело, усещането ми беше почти катастрофално – ограниченията, които СЕС налага, ми се сториха твърде строги и доближаващи се до представата за пълен отказ от практиката по *Akerberg*... При това в посока на обезсмисляне на всички усилия за търсене (налагане) на по-широк прочит на понятието за приложно поле и по-общо дори за обезсмисляне на „полезния ефект“ на Хартата!

Разбира се, вторият прочит постави нещата на мястото им – можем спокойно да приемем, че с това решение СЕС доочертава своята концепция и прави опит за систематизация, като изброява нейните съществени елементи и по този начин налага **трезвост и прагматизъм**, естествено необходими изобщо при прилагането на всяка норма от правото на ЕС.

3.1. Казусът наглед е елементарен¹¹⁴. Испански съд иска тълкуване на Директива 2008/94/ЕО относно закрилата на работниците и служителите в случай на неплатежеспособност на техния работодател и на чл. 20 на ХОПЕС по повод уволнение на работници, обявено за незаконосъобразно. Междувременно дружеството е обявено в несъстоятелност и потърпевшите от уволнението лица не успяват да получат полагащото им се обезщетение. Запитващата испанска юрисдикция иска от СЕС да установи дали различното третиране на работници и служители, уволнени неоснователно, и такива с уволнение,

¹¹² **Platon**, Sébastien. *Applicabilité et inapplicabilité de la Charte...*, op. cit., spéc. p. 6. Той дори отива по-далеч: „Трябва да признаем обаче, че е трудно да си представим ситуация, при която неприлагането на Хартата ще засегне единството, ефективността или примата на ПЕС, ако самата ситуация има само далечна връзка с него... Може би става дума не за субсидиарен критерий, а просто за допълнителен аргумент в полза на приложимостта на Хартата. Виждането на СЕС в това отношение заслужава разясняване...“ – *ibid*.

¹¹³ **CJ**, 10. 7. 2014, *Julián Hernández et al.*, C-198/13.

¹¹⁴ Навярно по тази причина и това дело е решено без заключения на генерален адвокат...

обявено за нищожно (при което следва не обезщетение, а възстановяване на работа), противоречи на чл. 20 на ХОПЕС¹¹⁵.

СЕС решава да обедини трите преюдициални въпроса в един, който изисква преценка дали релевантното национално законодателство „попада в приложното поле“ на съюзната директива¹¹⁶ и дали противоречи на чл. 20 на ХОПЕС.

3.2. СЕС логично потвърждава, че преценка дали една национална правна уредба е съобразена с ХОПЕС е допустима само ако тази национална уредба „попада в приложното поле“ на ПЕС (в случая на директивата). И веднага уточнява (*наша тревога първа...*), че „съгласно § 2 на чл. 51 на ХОПЕС Хартата не разширява приложното поле на правото на Съюза извън компетенциите на Съюза, ... и Съдът трябва да тълкува правото на Съюза *в пределите на предоставената на Съюза компетентност*“¹¹⁷. Дали това означава недопустимост на разбирането за косвено приложение (отражение) на правото на ЕС и в материи, в които няма предоставена компетентност (виж по-горе)?

3.3. На пръв поглед изглежда, че наистина е така: СЕС „припомня“, че понятието „прилагане на правото на Съюза“ „предполага съществуването на *връзка* между правния акт на Съюза и разглежданата национална мярка, *надхвърляща сходството* между разглежданите области *или непрякото въздействие* на една от областите върху другата“¹¹⁸.

3.4. Веднага след това обаче Съдът отива по-нататък: и утвърждава („е приел“), че „основните права на Съюза са *неприложими* по отношение на национална уредба, когато¹¹⁹ *разпоредбите на Съюза в съответната област не възлагат каквото и да било конкретно задължение* на държавите членки“ в съответната материя¹²⁰. Означава ли това, че е необходимо не само ЕС да

¹¹⁵ Т. 25.

¹¹⁶ „...Доколкото правната уредба се прилага само в случай на неоснователно, но не и в случай на нищожно уволнение“ (т. 29).

¹¹⁷ Т. 32, където СЕС се позовава на разглежданите от мен по-горе решения по делата **CJ**, 5. 10. 2010, *McB*, C-400/10 PPU, т. 51; **CJ**, 15. 11. 2011, *Dereci*, C-256/11, т. 71, както и **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 20.

Сякаш утешително (или подвеждащо?) в т. 33 СЕС се позовава и на делото *Akerberg Fransson*, в частност т. 18.

¹¹⁸ Т. 34, където СЕС се позовава на решения, „предполагащи влизането в сила на Хартата“: **CJCE**, 1978, *Defrenne*, 149/77, т. 29–32; **CJCE**, 1997, *Kremzov*, C-299/95, т. 16 и 17; **CJCE**, 2005, *Mangold*, C-144/04, т. 75, но и на делото **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 24 (там формулировката е „известна степен на връзка, надхвърляща сходството между разглежданите области или прякото въздействие на една от областите върху другата“, или „връзка от определена степен“ – d'un certain degré).

¹¹⁹ В българския превод „тъй като“, което е напълно неуместно – това не е причина (поради която), а очертаване на ситуация (когато)...

¹²⁰ Т. 35, където СЕС препраща към делата **CJCE**, 13. 6. 1996, *Maurin*, C-144/95, т. 11 и 12, и отново **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 26 и 27).

има предоставена компетентност в дадена материя, не само да я е упражнил (с правни актове), но и изрично (щом трябва да е „конкретно“) да е закрепил задължения на ДЧ (*тревога втора...*)?

3.5. Може би най-съществено (и най-смушаващо – *тревога трета*) е тълкуването, което СЕС прави на чл. 19 на ДЕС – при това в същия ред на мисли („в същата перспектива“)¹²¹: разбирането за широк обхват на задължението на ДЧ „да създадат необходимите правни средства за ефективна правна защита в областите, обхванати от правото на ЕС“ е заменено (нима?!) с по-ограничено. Според СЕС чл. 19 на ДЕС „не би могъл сам по себе си да включи в приложното поле на правото на Съюза за целите на прилагането на основните права като основни принципи на правото на Съюза *национална мярка, която не спада към мерките, приети на основание на посочения член*“¹²².

3.6. И това е постоянна практика („съдът вече е постановил, че...“¹²³)?! Известно е обаче, че разпоредбата на чл. 19, § 1, ал. 2 на ДЕС закрепва общ принцип или най-малкото общо задължение на ДЧ – за гарантиране на ефективността на правото на ЕС. Държавите обаче не приемат собствени правни норми на основание само на тази разпоредба – а я прилагат (изпълняват) винаги, когато друга съюзна норма изисква (вкл. и съгласно принципа на лоялно сътрудничество по чл. 4, § 3, ал. 2 и 3 на ДЕС¹²⁴) създаването (или прилагането на заварена) национална правна уредба за ефективно изпълнение на съюзно задължение (и по-общо за ефективно прилагане на съюзното право).

Извън това изводът изглежда ясен: дори общото задължение по чл. 19 на ДЕС позволява една национална мярка да се определи като обхваната от задължението за зачитане на основните права само ако е мярка по прилагането на правото на ЕС или гарантира неговата ефективност. Чудесно, в това няма нищо ново – и въпросът остава същият: как се определя дали една национална мярка гарантира ефективността на съюзна разпоредба във вътрешния правен ред на ДЧ? Може би търсеното внушение е просто, че *няма да е мярка, свързана с правото на ЕС*, национална норма, *която не цели* да гарантира ефективността му (това ще проверим по-нататък)?

¹²¹ В българския превод „от същата гледна точка“...

¹²² **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 36.

¹²³ СЕС препраща към решенията по делата **CJCE**, 2008, *Bartsch*, C-427/06, т. 18; **CJ**, 19. 10. 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, т. 25 и **CJ**, 2011, *Römer*, C-147/08, т. 61. Без да навлизам в дълбочина на въпроса, ще си позволя само да споделя известно съмнение дали така цитираната практика води до същия извод (същия прочит на чл. 19 на ДФЕС)...

¹²⁴ Виж подробно в **Семов**, Атанас. Фундаментална доктрина за европейската интеграция. Основни особености на съюзния правен ред според Становище 2/13 на Съда на Европейския съюз. *Общество и право*, 2016, № 8, 52–71; № 9, 56–76.

3.7. Преди това СЕС още повече затяга обръча: „самò по себе си обстоятелството, че националната мярка попада в област, в която Съюзът *има компетенции*, не би могло да я причисли към приложното поле на правото на Съюза и следователно да доведе до прилагане на Хартата“¹²⁵.

Какво ще рече това: че е необходимо не само ЕС да има предоставена компетентност, не само тя да е упражнена (с конкретен съюзен правен акт), но и националните норми в материята да са предназначени да гарантират ефективността на съюзната? Разбира се, стига обаче *предназначението да може да бъде и косвено, фактическо* – т.е. установимо по тълкувателен път и извън „целта“ на националната норма. А именно тогава отново ще ни трябва по-точен, по-фин критерий за преценка за целта (но и за ефекта!) на националната норма спрямо съюзната... В противен случай какво става с приложимостта на ПЕС към *материи, които очевидно не отговарят на този критерий, възприет буквално* – напр. наказателното право (по *Akerberg* и др.)?

3.8. СЕС осъзнава ясно тази необходимост и в следващите си мотиви опитва да я удовлетвори. Не съвсем непротиворечиво... Той потвърждава¹²⁶ формулировката, която вече изследвахме по-горе¹²⁷: за да се установи дали дадена национална мярка е свързана с прилагането на ПЕС, трябва „наред с други обстоятелства“ (чудесно, именно те се нуждаят от изясняване!, но явно не тук, не сега...) да се провери¹²⁸:

- дали „*предназначението*“¹²⁹ на *разглежданата национална правна уредба е да се приложи разпоредба от правото на ЕС*“ (това е въпросът за функцията, ролята, в крайна сметка връзката – пряка, но дали и косвена, подразбираща се по силата на чл. 19 на ДЕС?);
- „от *какво естество* е тази правна уредба“ – но понятието за „естество“ на уредбата остава все така открито, голо, самотно... – а може би именно там е „философският камък“ на проблема, неговата

¹²⁵ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 36. Според СЕС в този смисъл са решенията по делата **CJ**, 2011, *Gueye et Salmerón Sánchez*, C-483/09 и C-1/10, т. 55, 69 и 70, както и **CJ**, 2012, *Pringle*, C-370/12, т. 104, 105, 180 и 181. В т. 48 СЕС потвърждава това разбиране: „самò по себе си обстоятелството, че разглежданата в главното производство национална правна уредба попада в област, в която Съюзът има компетенции..., не би могло да доведе до прилагане на Хартата“.

¹²⁶ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 37, „... в съответствие с постоянната практика“...

¹²⁷ По делото **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 25 и във връзка с него по делата **CJCE**, 18. 12. 1997, *Annibaldi*, C-309/96, т. 21–23; **CJ**, 8. 11. 2012, *Iida*, C-40/11, т. 79 и **CJ**, 8. 5. 2013, *Ymeraga e.a.*, C-87/12, т. 41.

¹²⁸ Цялата концепция е развита в т. 37, която е уместно да се разглежда като централен текст сред мотивите на съда по това дело.

¹²⁹ Тук преводът е безупречен: става дума именно за „предназначение“ (intended to implement), а веднага след това вече става дума за „цели“ (pursues objectives). Друг е въпросът каква е разликата в случая, но това е проблем на оригиналния текст...

„божествена частица“, „Хигс бозон“? Именно „естеството на уредбата“ може да разкрие връзка със съюзното право, независимо от предназначението, но в контекста на съюзните цели!;

- *„и дали **нейните цели са различни от следваните**¹³⁰ от правото на Съюза“* – тук проблемът може да се окаже голям: целите (законодателни) на една национална процедурна разпоредба например очевидно са различни (поне по-широки) от тези, които преследва една материална съюзна норма и дори от целите на самия ЕС (съвкупността от целите „следвани“ или „обхванати“ от правото на ЕС), същото безусловно се отнася и за националната наказателноправна уредба. *Нима ще оставим цялото това национално право извън обхвата на съюзното?*

Това просто би означавало Хартата да остане с крайно ограничено приложение, което няма как да бъде възприето, то ще противоречи на целия смисъл и текст на „Разясненията“ по нейния чл. 51. Разбира се, в редица случаи националната норма цели уреждането на материи, които са извън обхвата на съюзната уредба (дори целите ѝ) – и именно на това акцентира Съдът в конкретиката по спора по същество¹³¹.

Но това не променя *общото разбиране за смисъла на целта*. Защото водеща не може да е целта на законодателя, а крайният резултат – и дори когато националната нормотворческа воля е (дори очевидно) да създаде уредба извън обхвата на съюзната, крайният резултат (и нейното действие) могат да се окажат във връзка с (относими към или обхванати от) съюзната!

- *„**въпреки че** тя (въпросната национална уредба) **може косвено да му** (на съюзното право) **влие**“*. Е как така „въпреки“?! Че нали връзка може да се установи именно *и когато* има „косвено“ (но реално, важно, свързващо ги) влияние? Нали ако влиянието е пряко, ще е налице чиста форма на прилагане (действие в приложното поле)? И, разбира се, ако няма и косвено влияние, няма да има връзка...

Нима това „въпреки“ трябва ли да се чете като „въпреки досегашната практика“?! И „въпреки“ цялата логика на съюзния правопорядък, природата и особеностите му? Разбира се, че не – „въпреки косвеното“ влияние трябва да се разбира единствено в смисъл *„въпреки че изглежда, че влиае“*! Другото просто няма смисъл...

¹³⁰ Тук по-точно би било „обхванатите от правото на Съюза“ (couverts par le droit de l'Union; covered by EU law).

¹³¹ CJ, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 38 и 39. Несъмнено Съдът е подходил много отговорно и е вникнал особено задълбочено в релевантното испанско законодателство – и неговите цели...

И тук преводът неизбежно става труден – на други езици се използва палитра от изрази (англ. „the purpose“, фр. „objet“). Бих предпочел като по-точно на български език да се използва именно „предметът на ...не е“, вместо „няма за цел“... Именно предвид гореизложеното, т.е. предвид ключовата за националния съдия необходимост от ясно осмисляне на нюансите между „предназначение“, „цел“ и „предмет“!

- „и дали в правото на Съюза съществува конкретна уредба на съответната материя или уредба, която може да ѝ влияе“. Сега пък нима посоката на влияние е определяща, или реалната връзка? Ако съюзната уредба влияе на националната, връзка очевидно ще има. А ако националната влияе на съюзната – напр. като гарантира нейната ефективност?

Трябва да е налице „конкретна съюзна уредба“ – а абстрактната, а противоречието с духа на съюзното право, с неговите цели¹³²? За мен е сигурно – връзката може да е както с „пряко влияеща“ (конкретна, в същата материя, за същото обществено отношение), така и с „косвено влияеща“ (по-обща, принципна, или пък отнасяща се до друго обществено отношение, но въздействаща и върху въпросното) съюзна уредба...

3.9. СЕС подхожда отговорно и конкретно към тези елементи в следващите си съображения във връзка с делото по същество. С много внимателен анализ на релевантното испанско законодателство той стига до навярно правилния извод, че конкретното положение „не може нито да засегне, нито да ограничи минималната закрила, гарантирана... в съответствие с ...директивата“¹³³.

И именно този подход *може да ни успокои*: само когато много задълбочен анализ покаже разминаване между национална и съюзна правна уредба, можем смело да приемем, че няма покриване на „обхвата“ (и след това – неприложимост на ХОПЕС). При което можем да си поемем дъх и по-смело да твърдим, че в обратната хипотеза – когато не може да се установи, че националната уредба (респ. конкретната ситуация) не може да засегне, да повлияе, още повече да ограничи, съюзната уредба – ще сме в положение на наличие на връзка. **Поради това (първо успокоение...) критерият трябва да бъде „възможно ли е да се установи засягане“, поне някакво, разбира се реално – и в никакъв случай да не се търси много „съществено засягане“, съвсем „пряка връзка“, съвсем не само „прилагане“!**

Нека не избързваме обаче...

3.10. Това успокоение е желано, не непременно и потвърдено от СЕС. В следващото си съображение той *сякаш посяга и на доктрината за „свободата на преценка“* и нейната подчиненост на правото на ЕС. „Чл. 11, ал. 1 от същата директива *само констатира*, че Директива 2008/94 „не засяга правото на избор на ДЧ да прилагат или да въвеждат закони, подзаконови или административни разпоредби, които са по-благоприятни за работниците или служителите“. Според СЕС чл. 11 (в глава V „Общи и заключителни разпоредби“), *не предоставя на ДЧ възможност да приемат законодателни акто-*

¹³² Къде отива цялата практика на СЕС относно последиците на примата при „косвено противоречие“?! Виж в **Семов**, Атанас. Правна система на ЕС, цит. съч., , спец. стр. 581 и сл.

¹³³ **СЈ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 43.

ве по силата на правото на Съюза (т.е. това не е „предоставена от съюзното право свобода на преценка“!), а ...само признава правото им да предвидят в националното право такива по-благоприятни разпоредби извън рамките на установения с директивата режим“¹³⁴. Струва ми се наложително в бъдещи решения това разбиране на СЕС да бъде някак примирено с пак неговото разбиране, изразено по делото *N.S.*¹³⁵ (разгледано по-горе, а и нататък), че дори свободната преценка е в обхвата на Правото на ЕС... Без това националният съдия ще остане напълно неориентиран.

3.11. СЕС сякаш *опитва да ни лиши и от надеждата за ролята на „почистващата машина“* (по С. Платон): винаги, когато има риск от засягане на единството..., ***ХОПЕС да се употреби като спасителен пояс***. Съдът налага особена телеология: „целта да се осигури защита на основните права в правото на Съюза ...е мотивирана от необходимостта да не се допусне закрилата на основните права (която може да бъде различна в отделните национални правни системи), да засегне единството, предимството и ефективността на правото на Съюза“¹³⁶. Няма да се отклонявам от основния въпрос, само ще поставя риторичния: нима това е единствената (дори основната) цел на Хартата?!...

За да заключи след това, че в конкретния случай (по делото по същество) конкретната национална правна уредба „не е източник на подобен риск“, въпреки че може да се мисли и обратното¹³⁷...

3.12. Това дело заслужава обобщен коментар, какъвто обаче аз ще избегна. Дори само защото силно ми се иска да се надявам, че *в бъдещата си практика Съдът на ЕС – върховен тълкувател на Съюзното право – ще намери повод (и воля...) да ограничи... опита за ограничаване на разбирането за приложно поле на Хартата (и по-общо на правото на ЕС)...*

И по този начин сам да даде пример за „разумен подход“, какъвто сам изисква от националния съдия!

4. Още един опит за отстъпление?

През април 2015 г. Съдът на ЕС даде още по-силни основания за предположение, че „прави крачка назад“, „забавя“ или че „иска да промени позиция-

¹³⁴ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 44. На основата на това (спорно...) виждане Съдът заключава *in concreto*, че „не би могло да се счита, че попада в приложното поле на Директива 2008/94 национална правна разпоредба, като разглежданата в главното производство...“ (т. 45).

¹³⁵ **CJ**, 21. 12. 2011, *N.S.* **AJ** C-411/10 & 493/10, р. 68.

¹³⁶ **CJ**, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13, т. 47.

¹³⁷ Може да се сподели **особено силно съжаление, че това дело е решено без заключения на генерален адвокат**... Така очевидно водеща се е оказала ролята (виждането) на съдията-докладчик Томас фон Данвиц, чиито резерви по отношение на Хартата са известни.

та си“ или „да избере по-предпазлив подход“¹³⁸, някои автори дори го наричат „неадекватна работа“¹³⁹. С решението си по делото *Willems*¹⁴⁰ СЕС създаде впечатление за необходимостта от тесен прочит на всяка съюзна разпоредба и недопускане на косвено или рефлексивно тълкуване (и прилагане).

При това в силно чувствителна (и актуална) материя¹⁴¹ – личните данни, в частност съхраняването на пръстови отпечатаци (и други биометрични данни) в контекста на Регламент ЕО № 2252/2004 („регламентът за паспортите“).

4.1. СЕС определя, че конкретната национална мярка не попада в обхвата на регламента (респ. ДЧ не са длъжни да се съобразяват с ХОПЕС). Този извод (и начина, по който достига до него,) обаче сякаш *също отчетливо се различава от виждането по делото Akerberg* в иначе аналогична ситуация – косвена приложимост на съюзна правна уредба (виж по-горе)...

СЕС вече бе имал възможност да се произнесе (по делото *Schwarz*¹⁴²), че събирането на биометрични данни за целите, закрепени в чл. 4, § 3 на регламента за паспортите, е съвместимо с чл. 7 и 8 на ХОПЕС и по-общо, че регламентът е валиден и съобразен с Хартата. И тогава подходът му бе очевидно различен, изразяващ „воля за широко тълкуване“¹⁴³, вкл. относно приложното му поле.

Тук обаче Съдът предпочита да се ограничи в тесен прочит на запитването (отнасящо се според него само до конкретния регламент¹⁴⁴), без да потърси достатъчна връзка с Директива 95/46/ЕО, която има отношение към въпроса¹⁴⁵ и на която, впрочем, видно от самите мотиви на Съда¹⁴⁶, запитващата юрисдикция (холандската върховна административна юрисдикция!) също се позовава... Учудващ тук е не подходът на СЕС да преформулира въпросите на националния съдия, а отказът му да го направи така творчески, както е по-

¹³⁸ *Johansson, Thomas, Lisa Nystrom, Julia Sandgren*. Willems, Joined Cases C-446/12 – C-449/12, of 16 April 2015, EU Constitutional Law, eulaworebro, 29. 5. 2015, <https://eulaworebro.wordpress.com/2015/05/29/willems-joined-cases-c-44612-c-44912-of-16-april-2015>.

¹³⁹ *Steve PEERS*, *Biometric data and data protection law: the CJEU loses the plot*, EU Law Analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.bg/2015/04/biometric-data-and-data-protection-law.html>.

¹⁴⁰ *CJ*, 16. 4.2015, *Willems*, AJ C-446-449/12. Нека споменем, че становището на Съвета на ЕС по делото е представено от екип, включващ и българският колега Иван Гюров.

¹⁴¹ Вкл. в скорошната практика на СЕС – виж напр. (но не само) делото *Google Spain*.

¹⁴² *CJ*, *Schwarz*, C-291/12.

¹⁴³ *Peers, Steve*. Biometric data..., op. cit.

¹⁴⁴ Изрично в *CJ*, 16. 4.2015, *Willems*, AJ C-446-449/12, т. 52.

¹⁴⁵ Виж напр. т. 35-37 и най-вече т. 47-49 и т. 50.

¹⁴⁶ *CJ*, 16. 4.2015, *Willems*, AJ C-446-449/12, т. 29. В самото начало самият СЕС се позовава на директивата, приемайки, че тя задължава ДЧ данните да не бъдат „допълнително обработени по начин, който е несъвместим с целите на директивата“ (т. 3) и т.н.

стъпвал в редица други случаи¹⁴⁷. При това СЕС все пак признава лаконично относимостта към случая на Директивата за защитата на личните данни¹⁴⁸ и „относително малко преформулиране на въпроса би му било достатъчно, за да установи приложимост към спора по същество“¹⁴⁹, след което естествено би установил приложимост и на Хартата... Проф. Пиърс е категоричен: „Трябва да отбележим, че директивата за защита на личните данни се прилага и в материи, за които регламентът не се прилага“¹⁵⁰. СЕС обаче отказва да направи такъв прочит...

4.2. По делото *N.S.*¹⁵¹ обаче видяхме, че СЕС може да прилага и съвсем различна логика: в приложното поле на ПЕС попадат дори националните мерки, приети при осъществяване на свободна и „суверенна преценка“ (виж по-горе). По особено знаковото дело *Digital Rights Ireland*¹⁵² Съдът обяви директивата за личните данни за невалидна именно защото не урежда добре последващата употреба на личните данни, събрани за изпълнение на поставените от нея цели – и по този начин имплицитно очерта косвена (но достатъчно реална) връзка с националното право, формално попадащо извън обхвата на директивата, респ. на ПЕС.

4.3. Накрая прави впечатление и че СЕС (наглед не съвсем аргументирано...) препраща към ЕКПЧ и, което вече озадачава наистина, приема, че в конкретната ситуация *Конвенцията може да бъде приложена* (доколкото е приложима към всяка вътрешна ситуация), *но Хартата – не!*¹⁵³

4.4. Смятам, че значението на това стряскащо решение също не бива да се надценява. За мен то намира място в поредицата от произнасяния на съюзния

¹⁴⁷ За мен най-впечатляващият пример е делото *Schrems* (СЈ (Голям състав), 6. 10. 2015, *Schrems*, C-362/14), където СЕС не само отговори на незададен въпрос за валидност (по запитване за тълкуване), но и обяви за невалиден съюзен акт, за който изобщо не е попитан с конкретното запитване – при това с обратна сила (15 години назад!) и с огромни правни последици за хиляди лица! Тогава съюзният съд намери достатъчно силни аргументи за подобен смел подход – и то отново в материя, свързана със защитата на личните данни. В същата материя ярък пример е и друго негово решение с аналогичен подход: СЈ (Голям състав), 8. 4. 2014, *Digital Rights Ireland*, AJ C-293/12 & C-594/12. По делото *Willems* обаче съдът подхожда по начин, доста различен и поради това неизбежно пораждащ въпроси (и тревоги)...

¹⁴⁸ СЈ, 16. 4.2015, *Willems*, AJ C-446-449/12, т. 3.

¹⁴⁹ Peers, Steve. Biometric data..., op. cit.

¹⁵⁰ Peers, Steve. ibid.

¹⁵¹ СЈ, 21. 12. 2011, *N. S. et al.*, AJ C-411/10 & C-493/10. Да припомним, че проф. Стив Пиърс определя това дело като ключово за определянето на обхвата на Хартата! – Peers, Steve. Biometric data..., op. cit.

¹⁵² СЈ (Голям състав), 8. 4. 2014, *Digital Rights Ireland*, AJ C-293/12 & C-594/12.

¹⁵³ СЈUE, 16. 4.2015, *Willems*, AJ C-446-449/12, т. 51.

върховен тълкувател, целящи прецизирането (или дори просто потвърждаването) на *разумния подход* към определянето на обхвата на съюзния каталог на основните права.

В заключение мога да споделя очевидна озадаченост от някои аргументи (отправни гледни точки) на Съда на ЕС и с още по-голяма убеденост да привлека поради това внимание към необходимостта системата на критериите за установяване на връзка между една национална ситуация и правото на ЕС да бъде изградена главно на основата на принципа за ефективност. Неговото изследване ще бъде предмет на следващ анализ...

ЛИТЕРАТУРА

- Семов, Атанас.** Особенности на ролята на генералния адвокат в Съда на ЕС. www.eu.bg.
- Семов, Атанас.** Правна Система на ЕС. Фундаментална доктрина за европейската интеграция. Източници на Правото на ЕС. Принципи на прилагане на Правото на ЕС. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, Инст. по Европейско право, 2017. 640 с.
- Семов, Атанас.** Преюдициално запитване. (Производството за преюдициални запитвания като гарант за добро правосъдие и за реализация на основното право на гражданите на достъп до съд. Изводи за ролята на националните юрисдикции в актуалната практика на СЕС). *Общество и право*, 2016, № 3, 3–21; № 4, 3–19.
- Семов, Атанас.** Съвременно международно правораздаване. Т. II. Съдът на Европейския съюз. С., Институт по международно право, Институт по европейско право, 2011. 536 с. (Библиогр.: 433–470).
- Семов, Атанас.** Съвременно международно правораздаване. Измененията в правната уредба на съдебната система на ЕС след Лисабонския договор. [Приложение към т. II. Съдът на Европейския съюз]. София: Институт по международно право, Институт по европейско право, 2013. 140 с.
- Семов, Атанас.** Фундаменталната доктрина за европейската интеграция. (Основни особености на съюзния правен ред според Становище 2/13 на Съда на ЕС. Основни принципи на съюзната правна конструкция според ДЕС и практиката на СЕС). *Общество и право*, 2016, № 8, 52–70; № 9, 56–75.
- Aronsson, Elisabeth, Hevi Dawody, Magnus Österdahl.** Case C-399/11, Melloni v. Ministerio Fiscal, 22. 5. 2013. EU Constitutional Law, <https://eulaworebro.wordpress.com/author/eulaworebro>.
- Carabot, Myriam Benlolo.** Mandat d'arrêt européen (Décision-cadre 2002/584/JAI): La protection des droits fondamentaux, oui... mais subordonnée aux exigences de la primauté du droit de l'Union européenne. La Revue des Droits de l'Homme, 22 mars 2013, <http://revdh.org/tag/article-6-du-traite-sur-lunion-europeenne-ue>
- Danwitz, Thomas Von, K. Paraschas.** A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights. *Fordham International Law Journal*, 35/2012, p. 1403–1413.

- Delgado, Laura.** Mise en oeuvre du droit de l'Union et principe ne bis idem ...précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux. ELSJ, Réseau universitaire européen. Droits fondamentaux, 11. 3. 2013, mise-en-oeuvre-du-droit-de-lunion-et-principe-ne-bis-in-rem-precisions-jurisprudentielles-sur-lapplicabilite-de-la-charte-des-droits-fondamentaux.
- EU litigation comment.** Case C-206/13 Siragusa: the Scope of the Charter of Fundamental Rights, Preliminary References and National Law. *EU litigation*, <https://eulitigationblog.com/2014/03/13/case-c-20613-siragusa-the-scope-of-the-charter-of-fundamental-rights-preliminary-references-and-national-law/>
- Hagenau-Moizard, Catherine.** Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen: l'exploitation de la jurisprudence Melloni par la Cour constitutionnelle allemande. *Revue Europe, LexisNexis, Jurisclasseur*, Mars 2016.
- Johansson, Thomas, Lisa Nyström, Julia Sandgren.** Willems, Joined Cases C-446/12 – C-449/12, of 16 April 2015. EU Constitutional Law, eulaworebro, 29. 5. 2015, <https://eulaworebro.wordpress.com/2015/05/29/willems-joined-cases-c-44612-c-44912-of-16-april-2015>
- Karlsson, Ida, Petra Enmalm, Amandine Doum.** Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson. Case C-617/10 of 26 February 2013, April 26, 2013, <https://eulaworebro.wordpress.com/2013/04/26/aklagaren-v-hans-akerberg-fransson-case-c-61710-of-26-february-2013/>
- Kirchhof, Paul.** Die Kooperation zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof: Addierung oder Optimierung des Grundrechtsschutzes? In: Festschrift für Roman Herzog (2009), p. 155.
- Knoock, Allard.** The Court, The Charter and the vertical division of powers in the European Union. *Common Market Law Review*, № 42, 2005, p. 367–398
- Kokott, Julianne, Christoph Sobotta.** The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon. European university institute, Academy of European law, AEL 2010/6, p. 1, www.eui.eu
- Kyriazis, Dimitrios.** When does the EU Charter of Fundamental Rights apply? The case of Fransson and why we should care. Oxford Human Rights Hub, 16. 11. 2013.
- Labayle, Henri.** Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle. ELSJ, Réseau universitaire européen, Droits fondamentaux, 3. 3. 2013, http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=mandat-darret-europe
- Letteron, Roseline.** *Liberté, Libertés chéries*, <http://libertescherries.blogspot.bg/2013/03/la-charte-des-droits-fondamentaux-de.html>
- Peers, Steve.** Biometric data and data protection law: the CJEU loses the plot. EU Law Analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.bg/2015/04/biometric-data-and-data-protection-law.html>
- Pirker, Benedikt.** Case C-206/13 Siragusa: A further piece for the Åkerberg Fransson jigsaw puzzle. European law blog, 12. 3. 2014, <http://europeanlawblog.eu/?p=2253>
- Platon, Sébastien.** Applicabilité et inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux aux Etats: la ligne jurisprudentielle sinueuse de la Cour. *Journal d'actualité de Droits européennes*, 7.5.2014, <http://jade.u-bordeaux.fr/?q=node/754>

- Platon, Sébastien.** La Charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'Union: précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte. RDLF 2013, chron. № 11.
- Rosas, Allan, Heidi Kaila** L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de Justice : un premier bilan. *Il Dritto dell'Unione Europea*, 1/2011, p. 8.
- Rosas, Allan, L. Armati.** EU Constitutional Law: An Introduction. 2nd rev ed. Oxford: Hart Publishing, 2012
- Rosas, Allan.** When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level? http://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/jurisprudencija, Mykolas Romeris University, 2012, Jurisprudence, 2012, 19(4), p. 1269–1288
- Safjan, Marek.** Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of conflict? European university institute, Working paper LAW 2012/22, www.eui.eu, p. 4.
- Tiniere, Romain.** Application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Chronique „Droits fondamentaux“, *Annuaire de droit européen*, 2011.
- Tizzano, Antonio.** L'application de la Charte des droits fondamentaux à la lumière de son art. 51, § 1. *Европейски правен преглед*, т. 10, 10. 10. 2014, <http://evropeiskipravenpregled.eu/lapplication-de-la-charte-de-droits-fondamentaux-dans-les-etats-membres-a-la-lumiere-de-son-article-51-paragraphe-1>

Актове на Съда на ЕС

- CJCE**, 5. 2. 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62
- CJCE**, 3. 6. 1964, *Costa/ENEL*, 6/64
- CJCE**, 17. 12. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70
- CJCE**, 15. 06. 1978, *Defrenne*, 149/77
- CJCE**, 18. 2. 1982, *Zuckerfabrik Franken*, C-71/81
- CJCE**, 13. 7. 1989, *Wachauf*, 5/88
- CJCE**, 21. 9. 1989, *Commission des Communautés européennes c/ République hellénique*, 68/88
- CJCE**, 18. 6. 1991, *ERT (Elliniki Radiophonia Tileorassi)*, C-260/89
- CJCE**, 04. 10. 1991, *Grogan*, C-159/90
- CJCE**, 13. 6. 1996, *Maurin*, C-144/95
- CJCE**, 29. 5. 1997, *Kremzov*, C-299/95
- CJCE**, 18. 12. 1997, *Annibaldi*, C-309/96
- CJCE**, 13. 4. 2000, *Kjell Karlsson et a.*, C-292/97
- CJCE**, 11. 7. 2002, *Carpenter*, C-60/00
- CJCE**, 10. 7. 2003, *Booker Aquacultur and Hydro Seafood*, AJ C-20/00 & C-64/00
- CJCE**, 22. 11. 2005, *Mangold*, C-144/04
- CJCE**, 17. 7. 2008, *Commission c/ Italie*, C-132/06
- CJCE**, 23. 9. 2008, *Bartsch*, C-427/06
- CJCE**, 18. 12. 2008, *Sopropé*, C-349/07
- CJUE**, 19. 1. 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07
- CJUE**, 5. 10. 2010, *McB*, C-400/10 PPU
- CJCE**, 28. 10. 2010, *SGS Belgium e.a.*, C-367/09

CJUE, 22. 12. 2010, *DEB*, C-279/09
 CJUE, 22. 12. 2010, *Omalet*, C-245/09
 CJUE, 1. 3. 2011, *Chartry*, C-457/09
 CJUE, 8. 3. 2011, *Avis I/09*
 CJUE, 10. 5. 2011, *Römer*, C-147/08
 CJUE, 15. 09. 2011, *Gueye et Salmerón Sánchez*, C-483/09 и C-1/10
 CJUE, 15. 11. 2011, *Dereci*, C-256/11
 CJUE, 21. 12. 2011, *N. S. et a.*, AJ C-411/10 & C-493/10
 CJUE, 24. 4. 2012, *Kamberaj*, C-571/10
 CJUE, 10. 5. 2012, *Corpul Național al Polițiștilor*, C-134/12
 CJUE (Ord.), 12. 7. 2012, *Currà et a.*, C-466/11
 CJUE, 8. 11. 2012, *Iida*, C-40/11
 CJUE, 27. 11. 2012, *Pringle*, C-370/12
 CJUE (Ord.), 7. 2. 2013, *Pedone*, C-498/12
 CJUE, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10
 3GA P. Cruz Villalón, 12. 6. 2012, CJUE, 26. 2. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10.
 CJUE, 26. 2. 2013, *Melloni*, C-399/11
 CJUE (Ord.), 7. 2. 2013, *Gentile*, C-499/12
 CJUE (Ord.), 7. 2. 2013, *Pedone*, C-498/12
 CJUE (Ord.), 8. 5. 2013, *T*, C-73/13
 CJUE, 8. 5. 2013, *Ymeraga e.a.*, C-87/12
 CJUE, 17. 10. 2013, *Schwarz*, C-291/12
 CJUE (Ord.), 28. 11. 2013, *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, C-258/13
 CJUE, 6. 3. 2014, *Siragusa*, 206/13
 CJUE, 27. 3. 2014, *Marcos*, C-265/13
 CJUE, 8. 4. 2014, *Digital Rights Ireland et a.*, AJ C-293/12 & C-594/12
 CJUE, 13. 5. 2014, *Google Spain*, C-131/12
 CJUE, 10. 7. 2014, *Julián Hernández et a.*, C-198/13
 CJUE, 26. 9. 2014, *IBV & Cie*, C-195/12
 CJUE, 18. 12. 2014, *Становище 2/13*
 CJUE, 16. 4. 2015, *Willems*, AJ C-446-449/12
 CJUE (Голям състав), 6. 10. 2015, *Schrems*, C-362/14

Решение на Германския конституционен съд

Bundesverfassungsgericht, Leitsätze zum Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html;jsessionid=4F493F11A57F52C0262DE47350D86F5E.2_cid361

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – април 2019 г.
 Рецензент – доц. д-р Юлия Захариева

МЕЖДУНАРОДНАТА ПРАВОСУБЕКТНОСТ НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

МАРИЕТА РАБОХЧИЙСКА*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: След ревизията, направена с Договора от Лисабон, влязъл в сила през 2009 г., Европейският съюз замества Европейската общност и става неин правопреемник, а чл. 47 ДЕС изрично му предоставя правосубектност. В този смисъл проблемът за единната и договорно закрепена правосубектност на Европейския съюз е решен преди 10 години, но това не намалява актуалността на темата за правосубектността по международното публично право.

В настоящата студия се търси теоретично обобщение на проблема за международната правосубектност на международните организации, не само защото тя има своите особености, а и поради нагласата Европейският съюз да се разглежда като структура, която по някои показатели е подобна на международна организация. Чрез анализ на правосубектността на Съюза на фона на това качество на международните организации се потвърждава възгледът, че международноправното положение на ЕС е именно между държавата и класическата международна организация. Общеизвестно е, че Европейският съюз е *sui generis* формация. Тази негова характеристика се проявява и в начина, по който се решава проблемът за международната му правосубектност.

Използваната в студията методология разчита основно на обобщаване и анализ на различните мнения в специализираната научна литература. По такъв начин се демонстрира мащабът на дебата в доктрината относно правосубектността на Европейския съюз и се проследява еволюцията ѝ.

* Доцент по международни отношения в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право; rabohchijs@uni-sofia.bg

Ключови думи: международно право, международни организации, международна правосубектност, Европейски съюз.

THE INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY OF THE EUROPEAN UNION

MARIETA RABOHCHIYSKA*

Department of International Law and International Relations

Abstract: Following the revision made by the Treaty of Lisbon, which entered into force in 2009, the European Union replaced the European Community and became its successor, and Article 47 TEU expressly conferred legal personality to the Union. In this sense, the issue of the EU's single legal personality ensuing directly from a treaty was resolved 10 years ago. However, the relevance of the topic of legal personality under public international law has remained.

The present study aims at achieving a theoretical overview of the problem of the international legal personality of international organizations, not only because this personality reveals certain specificities, but also because of the disposition to perceive the European Union as a structure that, in some aspects, is similar to an international organization. By analysing the legal personality of the Union against the background of this quality of international organizations, it is confirmed that the international legal status of the EU is precisely between a state and a classical international organization. It is established that the European Union is a *sui generis* formation. This feature also manifests itself in the way the issue of the EU international legal personality has been settled. The methodology used in the study relies thoroughly on the summary and analysis of different academic opinions in the specialized scientific literature. In such a way, the research demonstrates the scope of the debate in the doctrine on the legal personality of the European Union and traces out its evolution.

Keywords: international law, international organizations, international legal personality, European Union.

Международноправното положение на субектите е от ключово значение за участието им в международноправния оборот, а оттук – и за участието и политическата им тежест в системата на международните отношения. Теоретичният проблем за правосубектността по международното публично право, в частност – за обосноваване на международната правосубектност на международните организации, провокира сериозна дискусия в доктрината. *Henry G. Schermers*¹ поставя два логични въпроса. *Първо*, защо правното положение на международните организации по международното право и в рамките на националните правопорядъци е важно? *Второ*, защо е необходимо да се из-

* Associate Professor in International Relations at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D in International Relations; rabohchijs@uni-sofia.bg

¹ Имената на непревежданите автори са оставени в оригинал.

следва дали и в каква степен международните организации притежават международна правосубектност и могат да са носители на права и задължения?² Без такъв статут международните организации няма да са в състояние да функционират като самостоятелни единици, няма да могат да участват съществено в международния и националния правен живот и в крайна сметка – просто няма да съществуват в правната сфера³.

След 70-те год. на XX в. дискусията в доктрината и практиката относно международната правосубектност на международните организации намалява с изключение на дебата относно правното положение на Европейския съюз (ЕС) и Организацията за сигурност и сътрудничество в Европа (ОССЕ)⁴. ОССЕ не е създадена по класическия начин чрез подписване на учредителен акт (международен договор), а започва като международна конференция (съвещание, свикано за пръв път в средата на 70-те год. на XX в.), която прераства в организация след изграждането на постоянна институционална структура с Парижката харта за нова Европа от 1990 г. Държавите участнички никога не са постигали изрично съгласие да ѝ предоставят международна правосубектност.

Договорът от Маастрихт, с който през 1992 г. се създава Европейският съюз, не закрепва изрично международната му правосубектност. Впоследствие това не се случва нито по силата на Договора от Амстердам, подписан през 1997 г., нито на Договора от Ница, подписан през 2001 г. В научните изследвания и практиката обаче се защитава тезата, че още от началото държавите членки имплицитно са предоставили правосубектност на ЕС. През април 2001 г. ЕС става страна в собствено качество по Споразумението със Съюзна република Югославия (СРЮ) за дейността на мисията на ЕС за наблюдение (EUMM) в СРЮ⁵. По мнението на *Henry G. Schermers* с това се признава фактически международната правосубектност на ЕС⁶.

Договорът от Лисабон, влязъл в сила през 2009 г., слага край на правната двойственост – чл. 1 от Договора за Европейския съюз (ДЕС) предвижда, че *Съюзът замества Европейската общност (ЕО) и става неин правопреемник, а чл. 47 изрично му предоставя правосубектност*. В този смисъл проблемът за единната и договорно закрепена правосубектност на Европейския съюз е решен преди 10 години, но това не намалява актуалността на темата за правосубектността по международното публично право.

В настоящата студия се търси теоретично обобщение на проблема за международната правосубектност на международните организации, не само

² **Schermers**, Henry G., Niels M. **Blokker**. International Institutional Law. Unity Within Diversity. 4th revised ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 985.

³ Ibid.

⁴ Ibid., p. 991.

⁵ OJ L 125, 5.05.2001, p. 1.

⁶ **Schermers**, Henry G., Niels M. **Blokker**. Op. cit., p. 992.

защото тя има своите особености, а и поради нагласата Европейският съюз да се разглежда като структура, която по някои показатели е подобна на международна организация. Чрез анализ на правосубектността на Съюза на фона на това качество на международните организации (т.е. от гледна точка на критериите на международното публично право за наличието на правосубектност) се потвърждава възгледът, че международноправното положение на ЕС е именно между държавата и класическата международна организация. Общоизвестно е, че Европейският съюз е *sui generis* формация. Тази негова характеристика се проявява и в начина, по който се решава проблемът за международната му правосубектност. Използваната в студията методология разчита основно на обобщаване и анализ на различните мнения в специализираната научна литература. По такъв начин се демонстрира мащабът на дебата в доктрината относно правосубектността на Европейския съюз и се проследява еволюцията ѝ.

1. Проблемът за международната правосубектност на международните организации

Една от най-старите теории за правосубектността, формулирана в научната литература преди 70 години, е на *Ханс Келзен*. Според нея правосубектността е „персонифицирано единство на набор от правни норми“⁷, като не може да се мисли за права и задължения, без да се посочи лицето или образуванието, което ги притежава и носи. По думите на *Ханс Келзен* „концепцията за юридическото лице, което по дефиниция е субект на права и задължения, отговаря на необходимостта да си представим носителя на правото или задължението“⁸. Веднага възниква въпросът по какъв начин и при какви условия правото определя образуванията, които притежават правата и носят задълженията. Най-широко разпространена е една прагматична версия на теорията на *Келзен*, според която правосубектността се свързва с конкретни права, задължения и компетенции. Техният обем определя степента, в която дадени образувания биват признати или не за юридически лица.

Следователно, правосубектността е гъвкава концепция и може да бъде притежавана в различна степен, т.е. обемът на правосубектността е категория, която се различава както между видовете субекти, така и в рамките на всеки отделен вид субекти⁹. В този смисъл и понятието „субект“ е относително, още повече че не съществува стандартен „пакет“ от права и задължения, които

⁷ **Kelsen**, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1949, p. 93. Available from: <<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275060/page/n127>> [последен достъп на 20.05.2019]

⁸ *Ibid.*

⁹ **Видин**, Благой. *Международно публично право. Обща част*. София: Софи-Р, 1999, с. 131.

всеки един субект на международното право да притежава в еднаква форма и степен.

Според *Jaap W. de Zwaan* правосубектността отразява най-общо способността на дадено образувание да влиза в правоотношения с трети страни¹⁰. Друг е въпросът за естеството и обхвата на тези правоотношения, като тук трябва да се направи връзка с целите, задачите и правомощията на субекта. Във всеки случай концепцията за правосубектността е „колкото важна, толкова абстрактна и скромна“¹¹.

В международноправната наука се приема, че с оглед на колективния характер на всички безспорни субекти на международното право те притежават качеството „правоееспособност“. С други думи, правоспособността и дееспособността са неотделими в международното право¹². Според този възглед, който в българската научна литература се защитава от *проф. Благой Видин*, нито понятията „правосубектност“ и „субект на международното право“, нито понятията „правосубектност“ и „правоспособност“ са тъждествени. Първо, правосубектността представлява самата способност дадена единица (образувание или лице) да бъде субект на правото. Второ, правоспособността е само един от елементите на качеството „субект на правото“. Другата му съставна част е дееспособността¹³.

В стремежа си да изработи правилата относно отговорността на международните организации Комисията на ООН по международно право засяга косвено въпроса за правосубектността, тъй като според докладчика ѝ по тези проблеми *Giorgio Gaja* наличието на самостоятелна правосубектност е съществена предпоставка за носенето на международна отговорност¹⁴. Комисията по международно право разглежда правосубектността като праг, който трябва да бъде преминат. Без да я притежават, международните образувания не съществуват от гледна точка на правото. Следователно те не могат да извършват правни действия, признати от съответната правна система, както и не могат да носят отговорност по международното право. В случая международната правосубектност се разглежда като *conditio sine qua non* за възможността да се действа в дадена правна ситуация или иначе казано – за правоееспособността.

За *Jan Klabbers* едно образувание не се нуждае от договорно закрепена или изрично призната правосубектност, за да сключва договори, да извършва

¹⁰ **Zwaan**, Jaap W. de. The Legal Personality of the European Communities and the European Union. *Netherlands Yearbook of International Law*, 30, 1999, 75–113.

¹¹ Ibid, p. 77.

¹² **Видин**, Благой. Цит. съч., с. 130.

¹³ Пак там, 128–131.

¹⁴ **Gaja**, Giorgio (Special Rapporteur). Eighth Report on Responsibility of International Organizations. UN Doc. A/CN.4/640, 14.03.2011, p. 85. Available from: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_640.pdf&lang=ESX> [последен достъп на 20.05.2019]

едностранни актове, включително признаване, да налага условия на другите субекти и дори да нарушава международното право¹⁵. Възгледът на цитирания изследовател може да се обобщи в смисъл, че правосубектността е противоречива концепция, но не е прагово условие за извършване на правни действия. Осъществяването и допускането ѝ от другите субекти на международното право е свързано по-скоро с политическото признаване и политическата тежест на отношенията между участниците в международните отношения¹⁶.

Създението, че понятието „субект“ е относително и че не съществува един и същ набор от права и задължения, притежавани в еднаква форма и степен от всички субекти на международното право, се потвърждава в известното съвещателно мнение на Международния съд на ООН по делото „Обезщетение за вреди, понесени в служба на ООН“, според което „не е задължително субектите на правото в дадена правна система да са еднакви по своя характер или по степента на притежаваните от тях права, като правната им природа зависи от нуждите на общността“¹⁷. Разглеждайки концепцията за правосубектността, Международният съд набляга върху обществената необходимост и наличието на практика. Последната обаче дава интересен пример – понякога самото право отказва да предостави правосубектност на някои образувания по причини, които нямат нищо общо с тяхната дейност. До влизането в сила на Договора от Лисабон през 2009 г. примерът се налагаше от само себе си – липсата на изрично предоставена и договорно закрепена международна правосубектност на Европейския съюз.

Съществува възглед, посочен по-горе, че субектите не могат да извършват правни действия, ако не притежават правосубектност – предоставена, призната или поне допускана от правната система, в рамките на която те искат да предприемат съответните действия. Именно в тази връзка разликата между международното публично право и другите правни системи се откроява най-добре, тъй като за международното право децентрализираният метод е обичайният начин за признаване на правосубектност. Правосубектността трябва най-напред да бъде установена преди субектът да може да се ползва от права и да изпълнява задължения. В същото време е вярно, че участниците в международните отношения действат независимо дали им е предоставена правосубектност, т.е. последната не е абсолютно условие за действителното упражняване на права, задължения или правомощия. В този случай правосубектността се свежда до декларативна категория. Към декларативния харак-

¹⁵ Klabbbers, Jan. The Concept of Legal Personality. *Ius Gentium. Legal Personality. Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law*, 11, Spring 2005, p. 38.

¹⁶ Ibid., 38–39.

¹⁷ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 178. Available from: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>> [последен достъп на 20.05.2019]

тер на правосубектността *Jan Klabbers* добавя и конститутивен, в смисъл че извършването на правни действия свидетелства за правосубектност¹⁸.

В чуждоезичната научна литература, посветена на проблема за международната правосубектност на Европейския съюз и в по-общ план – на международните организации, се дават *различни определения*. Без претенции за изчерпателност ще бъдат посочени част от тях с уточнението, че в някои случаи цитираните изследователи смесват понятията „международна правосубектност“ и „субект на международното право“ или по-скоро определят едното чрез другото. Така например, *M.N.S. Sellers* смята, че „международната правосубектност се отнася до онези образувания, които международното право разглежда като отделни юридически лица“¹⁹. По мнението на *Rafael Leal-Arcas* под „международна правосубектност“ трябва да се разбира способността да се участва в договорни и други отношения с трети страни, както и да се носи отговорност в пълен обем²⁰. Изразът „международна правосубектност“ се използва, за да обозначи „качеството на дадено образувание да се ползва с права и да носи задължения по международното право“²¹. Според *Ramses A. Wessel* под субект на международното право „принципно трябва да се разбира образувание, което е правоспособно както по отношение на собствените си държави членки, така и спрямо другите субекти на международното право като например трети държави“²². За *D. W. Greig* субект на международното право е „всяка единица, която може да действа самостоятелно на международната сцена“²³. Изследователи като *Patrick Daillier*, *Mathias Forteau* и *Alain Pellet* посочват, че една организация придобива качеството международна правосубектност от момента, в който ѝ „се възложат задачи, които предполагат възможност за самостоятелни действия в международните отношения“²⁴. В опит за обобщение на предложените дефиниции може да се посочи, че днес правосубектността принципно се разглежда като най-важния конститутивен елемент на международните организации²⁵.

¹⁸ За повече информация относно конститутивния характер на правосубектността вж.: *Klabbers*, Jan. Op. cit., 55–67.

¹⁹ *Sellers*, M.N.S. International Legal Personality. *Ius Gentium. Legal Personality. Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law*, 11, Spring 2005, p. 67.

²⁰ *Leal-Arcas*, Rafael. EU Legal Personality in Foreign Policy? Bepress Legal Series. Paper 1754, 2006, 2–3. Available from: <<https://law.bepress.com/expresso/eps/1754/>> [последен достъп на 20.05.2019]

²¹ *Marchisio*, Sergio. EU's Membership in International Organizations. In: *The European Union as an Actor in International Relations*. (Ed. by CANNIZZARO, Enzo). The Hague, etc.: Kluwer Law International, 2002, p. 231.

²² *Wessel*, Ramses A. Revisiting the International Legal Status of the EU. *European Foreign Affairs Review*, 5, 2000, 509–510.

²³ *Greig*, Donald W. International Law. 2nd ed. London: Butterworths, 1976, p. 92.

²⁴ *Daillier*, Patrick et al. Droit international public. 7th ed.. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 596.

²⁵ Цит. по: *Schermers*, Henry G., Niels M. *Blokker*. Op. cit., p. 985.

Въпросът за правосубектността, както беше отбелязано в началото, трябва да се разграничава от този за правоееспособността и в частност – за договорната правоспособност. Даден субект не може да сключва международни договори, ако не притежава правосубектност по международното право. В научната литература подобен възглед се защитава например от *Nanette Neuwahl*²⁶. Теоретично е възможна и обратната зависимост – съществуване на субект на международното право, който не притежава договорна правоспособност с уточнението, че фактическото наличие на международна правосубектност и изричното ѝ договорно закрепване или признаване са две различни ситуации. Договорна практика на Европейския съюз от Договора от Маастрихт до Договора от Амстердам щеше да е в противоречие с положението, при което липсата на международна правосубектност означава невъзможност да се сключват международни споразумения. В този период изобщо липсва правно основание в ДЕС за сключване на международни договори от името на Съюза. Той все пак се сдобива със собствена договорна правоспособност (различна от тази на ЕО) по силата на чл. 24 на ДЕС от Амстердам без към онзи момент да има изрично предоставена единна правосубектност. Договорната правоспособност на ЕС обаче свидетелстваше за наличие на фактическа международна правосубектност, която до 2009 г. не беше договорно закрепена и изрично призната от държавите членки.

В международноправната доктрина следователно битуват два възгледа за *връзката между наличието на правосубектност и последиците от този факт*. Според единия качеството „правосубектност“ само по себе си води до правни последици – договорна правоспособност, възможност за носене на международна отговорност, право на активно и пасивно дипломатическо представителство. Според другия възглед, който преобладава, конкретните правни последици произтичат не от самото притежаване на правосубектност, а от предоставянето на правомощия на въпросния субект. За разлика от държавите международните организации не разполагат с неограничени правомощия или с международна правосубектност в пълен обем. Оттук автори, като например *Michael Akehurst*, правят извода, че организациите имат ограничена правосубектност, тъй като създавайки международна организация, държавите я учредяват с конкретни цели и ѝ предоставят ограничени правомощия. Поради тази причина международната правосубектност трябва да се разглежда като относителна, а не абсолютна категория²⁷. Тя е относителна в смисъл, че

²⁶ В този смисъл вж.: *Neuwahl*, Nanette. Legal Personality of the European Union – International and Institutional Aspects. In: *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony*. (Ed. by *Kronenberger*, Vincent). The Hague: T.M.C. Asser Press, 2001, 3–23, както и: *Neuwahl*, Nanette. A Partner with a Troubled Personality: EU Treaty-Making in Matters of CFSP and JHA after Amsterdam. *European Foreign Affairs Review*, 1998, 3, № 2, 177–195.

²⁷ Цит. по: *Malanczuk*, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th revised ed. London, etc.: Routledge, 1997, 92–93.

съществува само по отношение на държавите членки на организацията и по отношение на държавите, които не са членове, но признават организацията.

Възгледът за ограничената правосубектност на организациите има своето основание в съвещателното мнение на Международния съд на ООН по делото „Обезщетение за вреди“, където международната правосубектност на ООН се извлича от Устава и функциите, които Организацията е призвана да осъществява. Становището на Съда е, че ООН е замислена и на практика се ползва с права и изпълнява функции, които могат да се обяснят единствено на основата на притежаваната от нея международна правосубектност в значителна степен²⁸. Логиката на Съда е проста – ООН не би могла да постигне намеренията на своите създатели, ако е лишена от международна правосубектност. Като стига до заключението, че организацията като ООН може да има международна правосубектност, Международният съд бърза да уточни, че правосубектността ѝ се различава от тази на държавите. Ако те притежават права и задължения по международното право в пълен обем, правата и задълженията на международните организации (като се започне с ООН) зависят от целите и функциите им, така както са закрепени или произтичат от учредителните им актове и са развити в практиката. На основата на разсъжденията на Съда може да се направи изводът, че международната правосубектност като правен феномен не е нито обективна, нито изцяло субективна. Първото, защото Международният съд никъде в съвещателното си мнение не твърди, че щом едно образувание бъде квалифицирано като международна организация, то придобива правосубектност *per se* на международната сцена. Второто, защото не толкова волята на създателите е решаваща в случая, а нуждите на международната общност и необходимостта ООН да осъществява целите си.

За да бъде правосубектността на една организация ефективна, освен възлагането на функции с учредителния ѝ акт, се изисква изрично признаване или мълчаливо съгласие с нея на другите субекти на международното право. Що се отнася до ООН, Международният съд приема, че ефектът от създаването ѝ е *erga omnes*. Същото не може да се каже за Европейския съюз. Ето защо въпросът дали конкретните последици от международната правосубектност на една международна организация се нуждаят от изрично признаване/приемане от страна на държавите е спорен. Във всеки случай признаването или поне допускането на наличие на правосубектност може да се извлече от учредителния инструмент на организацията в комбинация с практиката на държавите в тази връзка. Съвещателното мнение на Международния съд от 1949 г. остава и до днес най-авторитетното произнасяне на международна юрисдикция по въпроса за международната правосубектност на международните организации. В научната литература на него се гледа като на „най-значимия

²⁸ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 179.

международноправен прецедент по въпроса за международната правосубектност на институциите по международното публично право²⁹.

Международноправната доктрина не е единодушна за значението и последиците от цитираното съвещателно мнение, като се лансират различни теории за обяснение на международната правосубектност на организациите. Според *теорията за волята (субективната теория)*, която не среща голяма подкрепа днес, правосубектността на една международна организация зависи преди всичко от волеизявлението на нейните основатели, отразено в учредителния акт. Тя не съществува, ако не е изрично предоставена с учредителния договор. Международното право се основава на свободно изразената воля и съгласие на държавите. Същият принцип следва да важи и при учредяването на международните организации. При ясни намерения на държавите относно правосубектността на създаваните от тях организации тези намерения трябва да се зачитат. Проблемът на субективната теория се състои във факта, че сравнително малко учредителни актове на международни организации съдържат изрична разпоредба относно международната им правосубектност. Дори Уставът на ООН не съдържа подобен текст.

В опит да се преодолее този емпиричен проблем се предлага *доктрината за подразбиращите се правомощия (функционалната теория)*, която се обосновава със съвещателното мнение на Международния съд на ООН и е преобладаващият днес възглед. *Esa Paasivirta* е на мнение, че това е най-добрият и най-широко разпространеният метод за определяне на международната правосубектност³⁰. Същността на функционалната теория се изразява в допускането, че правосубектността на една международна организация произтича косвено от функциите, които тя осъществява посредством своите органи, особено когато тези функции свидетелстват за автономна воля на организацията. Воля, различна от тази на нейните членове. За да се говори за международна правосубектност, трябва да са изпълнени три условия: първо, правосубектността да е абсолютна предпоставка за постигането на целите на организацията; второ, организацията да разполага със собствени органи и да се стреми към изпълнението на свои собствени задачи; трето, организацията ясно да се разграничава като структура от своите членове. Организациите не притежават международна правосубектност *ipso facto*, а подобен статут им е предоставен експлицитно или имплицитно.

В продължение на шестнадесет години теорията за волята, отнесена строго към Европейския съюз, изглеждаше по следния начин – волеизявлението на създателите на ЕС трудно можеше да се установи, доколкото липсваше договорна разпоредба, предоставяща изрично единна правосубектност

²⁹ **Leal-Arcas**, Rafael. Op. cit., p. 11.

³⁰ **Paasivirta**, Esa. The European Union: From an Aggregate of States to a Legal Person? *The Hofstra Law & Policy Symposium*, 2, 1997, 43–44. 37–59

на Съюза. Днес субективната теория е формално приложима към ЕС, тъй като чл. 47, инкорпориран в текста на ДЕС с ревизията от Лисабон, предвижда, че Съюзът има юридическа правосубектност.

Според *обективната теория* международната правосубектност произтича естествено от факта на съществуване на организацията. Стига организацията да има поне един орган, чиято воля се различава от тази на държавите членки, тя притежава международна правосубектност *ipso facto*, която ѝ се предоставя от международното право, а не с намерението на страните. Тази теория е разработена в началото на 60-те год. на XX в. от норвежкия учен в областта на международното право *Finn Seyfersted*³¹. Според него правосубектността на международните организации следва същия модел като при държавите. Ако едно образувание покрива критериите на международното право относно създаването му, то притежава международна правосубектност. Сред въпросните обективни критерии се открояват способността на организацията да действа самостоятелно на международната сцена и автономността спрямо членовете ѝ. На волята на учредителите се отдава второстепенно значение, тъй като решаващ фактор е самостоятелната воля на международната организация. От гледна точка на обективната теория Европейският съюз винаги е притежавал международна правосубектност. Голяма част от изследователите обаче обосновават фактическата му правосубектност до 2009 г. с теорията за подразбиращите се правомощия.

В поредица от изследвания *Jan Klabbers* предлага и обосновава друг подход – за *презумптивната правосубектност* или *правосубектност по презумпция*³², според който организациите притежават правосубектност в рамките на която и да е правна система, докато не се докаже противното. Стига една международна организация да извършва действия, които могат да се обяснят само на основата на международна правосубектност, се задейства презумпцията, че тя притежава такава. В максимално опростен и дори изведен до крайност вид може да се направи изводът, че ако учредителният акт на организацията не съдържа разпоредба относно правосубектността и нейното функциониране не свидетелства за такава, то организацията не притежава международна правосубектност. Само липсата на изрично призната правосубектност обаче не е достатъчно основание за горния извод, тъй като практиката разкрива, че организации извършват правни действия в система-

³¹ *Seyfersted*, Finn. Objective International Personality of Intergovernmental Organizations: Do Their Capacities Really Depend on the Conventions Establishing Them? S.I., 1963.

³² Достатъчно е да се посочат няколко неговите трудове: *Klabbers*, Jan. Presumptive Personality: The European Union in International Law. In: International Law Aspects of the European Union. (Ed. by *Koskenniemi*, Martti). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 231–253 (подробна разработка на тезата); *Klabbers*, Jan. An Introduction to International Institutional Law. Cambridge University Press, 2002; *Klabbers*, Jan. The Concept of Legal Personality.

та на международните отношения, без да имат изрично предоставена международна правосубектност.

По мнението на *Jan Klabbers* международната правосубектност е по-скоро описателно понятие, а не нормативен въпрос, защото от предоставянето на правосубектност не произтичат автоматично нито права, нито задължения³³. Той смята, че в съвещателното си мнение Международният съд на ООН всъщност си служи с идеята за презумптивната правосубектност. Съдът не установява правосубектността на ООН спрямо трети страни, а разсъждава на основата на презумпция за правосубектност, която все още никой не е оборил. Международният съд е приел, че държавите учредителки на ООН са разполагали с правомощието да създадат организация с международна правосубектност и по презумпция е стигнал до заключението, че държавите са се възползвали от тази си възможност. *Jan Klabbers* разработва тезата за презумптивната правосубектност на Европейския съюз още през 1998 г. и неотклонно се придържа към нея.

На международната правосубектност може да се гледа като на концепция, която излиза на преден план, винаги когато правото на международните организации започне да се занимава със сътрудничеството между участващите държави. Според *Ramses A. Wessel* правосубектността не е нищо повече от самостоятелно съществуване в рамките на международния правен ред³⁴. В този смисъл не може да се разсъждава върху „частична“ правосубектност или правосубектност „в известна степен“ на международните организации, тъй като няма никакъв смисъл да се говори за субект на международното право, ако същият не съществува по международното право. Не става дума за количествено измерване на качеството правосубектност, а за различен обем на притежаваната правосубектност, разбирана като съвкупност от права, задължения, правомощия. Практическото значение на притежаването на международна правосубектност се изразява във факта, че тогава дадената организация разполага с така необходимите правомощия, за да участва в отношения с другите субекти на международното право и да проявява автономната си воля на международната сцена. Именно правоееспособността на организацията ѝ позволява да разкрие независимото си положение като участник в международните отношения³⁵. В случая на Европейския съюз правосубектността се разглежда като възможност той да действа като субект на международното право, а именно – да сключва международни договори и да поддържа дипломатически отношения с трети страни и международни организации.

Проблемът за правосубектността на международните организации е тясно свързан с въпроса за разграничаването им от членуващите държави и на-

³³ **Klabbers**, Jan. An introduction to international institutional law, p. 57.

³⁴ **Wessel**, Ramses A. Op. cit., p. 510.

³⁵ Ibid, p. 511.

личието на собствена воля. Възприетият в научната литература подход е да се определи минимум от условия, на които да отговаря една международна организация, за да се твърди, че тя има самостоятелност спрямо своите членове и в този смисъл – че притежава правосубектност. Така например, *Ian Brownlie* извежда три условия за правосубектността на международните организации: постоянна асоциация на държави със законни цели и собствени органи; възможност за разграничаване на организацията от нейните държави членки от гледна точка на правомощията и целите ѝ; наличие на правомощия, които се осъществяват на международната сцена, а не само в рамките на националните правни системи на една или повече от държавите членки на организацията³⁶. Разработвайки второто условие, *Ramses A. Wessel* твърди, че когато се ползват с автономност спрямо своите членове, международните организации по дефиниция притежават правосубектност³⁷.

Според *Dick Willem Peter Ruiter* условията отново са три, но включват: наличие на собствени процедури за вземане на решения; наличие на практика, която може да се окачестви като „поведение навън“; наличие на практика, която свидетелства за поведение на другите субекти на международното право спрямо въпросното образувание³⁸. Като се опира предложените от *Ruiter* условия и като напомня още веднъж, че международната правосубектност има отношение единствено към правния статут на дадена организация, *Ramses A. Wessel* посочва три елемента и твърди, че наличието им е достатъчно, за да се направи разграничение между участващите държави и създадената от тях международна организация. Тези три елемента са: собствени органи, членство и самостоятелен процес на вземане на решения³⁹.

Предвид относителния характер на понятието „субект на международното право“ и факта, че различните субекти могат да имат различни права и задължения по международното право, могат да се приложат три основни критерия за определяне на точния обем от права и задължения. Първо, притежава ли субектът договорна правоспособност, т.е. *jus tractatum* или *jus contrahendi*? Второ, притежава ли субектът право на активно и пасивно дипломатическо представителство и ползва ли се с привилегии и имунитети? И трето, може ли да търси и да му бъде търсена международна отговорност? Тези критерии могат успешно да послужат като индикатори за степента на международна правосубектност, тъй като всички субекти на международното право притежават поне една от тези характеристики. Ако държавите могат да

³⁶ **Brownlie**, Ian. *Principles of Public International Law*. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 677.

³⁷ **Wessel**, Ramses A. The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations. *Common Market Law Review*, 2000, 37, № 5, 1148–1149.

³⁸ За повече информация и допълнително изясняване на условията вж.: **Ruiter**, Dick W.P. *Legal Institutions*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2000, 102–103.

³⁹ **Wessel**, Ramses A. Revisiting the International Legal Status of the EU, p. 516 sq.

се похвалят и с трите, другите субекти или не покриват и трите критерия, или ги покриват, но не в пълен обем. Теоретично погледнато, една международна организация може да се ползва с правосубектност в рамките на всяка правна система, стига да отговаря на изискванията на системата за това.

През първата половина на XX век между *вътрешната*⁴⁰ и *международната правосубектност* на международните организации съществува тясна връзка, доколкото националните правни системи се обръщат към международното публично право за насоки. Ако на образуването вече е призната международна правосубектност, такава му се предоставя и по вътрешното право на държавата. За да се избегне обаче опасността от попадане в порочен кръг, учредителните актове на много международни организации включват разпоредби относно тяхната правосубектност по вътрешното право на държавите им членки. Класическият пример в това отношение е чл. 104 от Устава на ООН, който обосновава правоспособността на ООН с функционална необходимост. Разпоредбата на чл. 104 може да се тълкува в смисъл, че на територията на всеки от членовете си, според националните им правни системи, ООН притежава правосубектност във възможно най-голям обем. Вътрешната правосубектност на международните организации може да се отнася също така за техни институции и дори помощни органи.

В опит за обобщение може да се каже, че статутът на международните организации в правните системи на собствените им държави членки (т. нар. вътрешна правосубектност) не представлява проблем, тъй като въпросът обикновено е изрично уреден в учредителния акт на организацията. Проблеми може да предизвиква международната правосубектност на организациите, т.е. правното им положение по международното публично право.

Когато Европейският съюз се създава в Маастрихт през 1992 г., в Договора за ЕС така и не е включена разпоредба относно неговата правосубектност, въпреки че темата е обсъждана на междуправителствената конференция. Възможните обяснения варират от липсата на съгласие между държавите членки, през обикновено недоглеждане в ДЕС до целенасочено лишаване на Съюза от изрично призната и договорно закрепена правосубектност. Наред с това ДЕС от Маастрихт не съдържа разпоредби и относно сключването на международни споразумения от името на Съюза, а договорната правоспособност е един от определящите критерии за наличие на международна правосубектност. Тогава се заражда сериозен правен и доктринален спор по въпроса, продължил до 2009 г. Дебатът в научната литература е насочен преди всичко към това да се установи дали пред Европейския съюз стоят някакви международноправни пречки да предприема действия в международните отношения. Според *Piet Eeckhout*

⁴⁰ „Вътрешна правосубектност“ е термин, който се използва в научната литература – вж. напр. **Жаке**, Жан Пол. Институционно право на Европейския съюз. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2007, с. 152.

„на концепцията за международната правосубектност на Европейския съюз не трябва да се придава толкова голяма нормативна функция“⁴¹, тъй като в светлината на чл. 24 на ДЕС от Амстердам и на ефективното прилагане на посочената разпоредба спорът за правосубектността на ЕС е малко релевантен. Определящо за релевантността е не изричното договорно закрепване, а несъмнената практическа реализация на международната правосубектност на Съюза.

Въпросът за правосубектността на Европейския съюз е от значение за анализа на единството на неговия правопорядък. На основата на международната практика *Christoph W. Herrmann* е на мнение, че правосубектността на ЕС *e fait accompli*⁴². Според него приписването от гледна точка на международното публично право на международна правосубектност на Съюза е повече от очевидно и произтича от несъмнената правна необходимост да се предоставят права и задължения на тези субекти, които и без това ги осъществяват на практика. Подобно разбиране е в подкрепа на тезата, че правосубектността на Европейския съюз е фактическо положение, тъй като има своите проявления в практиката на функциониране на Съюза. От друга страна обаче договорите бяха дотолкова ясни в разграничението между ЕО и ЕС, че без съмнение се отхвърляше становището за едно-единствено юридическо лице – Европейският съюз, „погълнал“ ЕО. Наличието на договорна практика на ЕО, отделна и различна от тази на ЕС, потвърждаваше разграничението между тях.

В научната литература, посветена на въпроса за правосубектността на ЕО и ЕС, съществуваше възглед, че самото наличие на чл. 281 от Договора за ЕО (ДЕО)⁴³, който гласеше, че: „Общността е юридическо лице“, опровергаваше идеята за „поглъщането“ или „сливането“ на ЕС и ЕО към момента на подписване на Договора от Маастрихт⁴⁴. Наред с това на чл. 281 ДЕО се придаваше предимно декларативен характер, тъй като международната правосубектност не е въпрос на правото на Общността, а следва да се определи по международното публично право. Независимо дали ДЕС от Маастрихт предостави правосубектност на Европейския съюз по подразбиране, се приемаше, че продължилото съществуване на чл. 281 ДЕО налага извода за две отделни структури – Общността и Съюза.

⁴¹ **Eeckhout**, Piet. *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 155.

⁴² За повече информация по въпроса вж. **Heermann**, Christoph W. *Much Ado About Pluto? The 'Unity of the Legal Order of the European Union' Revisited*. EUI Working Papers RSCAS 2007/05. Florence: European University Institute, 2007, p. 13 sq.

⁴³ Чл. 281 логично отпадна от текста на ДЕО с ревизията от Лисабон и въвеждането на новата разпоредба на чл. 47 ДЕС, че Съюзът има юридическа правосубектност.

⁴⁴ Обратният възглед за поглъщането се защитава в: **Bogdadndy**, Armin von. *The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System*. *Common Market Law Review*, 36 – II, 1999, 887–910, както и в: **Bogdadndy**, Armin von, **Martin Nettesheim**. *Ex Pluribus Unum: The Fusion of the European Communities into the European Union*. *European Law Journal*, 1996, 2, № 3, 1996, 267–289.

Изследователи в областта на международното и европейското право определяха Европейския съюз като многослойна международна организация и правна структура, която е образувана от няколко други правни структури с предоставена правосубектност – Европейските общности. Те от своя страна обединяваха други юридически лица като Европейската инвестиционна банка и Европейската централна банка. Според тези представители на доктрината подобна картина отразяваше по-добре идеята за съществуването на една правна система (тази на ЕС), включваща в себе си системите на различните предметни области (на ЕО, на общата външна политика и политика за сигурност и на правосъдието и вътрешните работи) и съответстващите им правни режими⁴⁵.

С оглед на факта, че Европейският съюз е правопреемник на Европейската общност, изложените в следващите параграфи положения относно нейната правосубектност важат и за Съюза днес.

2. Проблемът за международната правосубектност на Европейската общност

Вътрешната правосубектност на Европейската общност (някои автори си служат с термина „правосубектност по частното право“⁴⁶), закрепена в чл. 282 ДЕО (сегашен чл. 335 от Договора за функционирането на ЕС – ДФЕС) се отнася до възможността Европейската общност да извършва правни действия по националното право на държавите си членки. За тази цел ДЕО въвежда т. нар. „принцип на асимилацията“, според който Общността може да се ползва с всички улеснения, предоставяни на националните юридически лица⁴⁷. Във всяка от своите държави членки ЕО има най-широката правоспособност, която съответните национални правни системи предоставят на юридическите лица. Разпоредбата на чл. 282 ДЕО продължава с няколко конкретни примера – Общността може да придобива и да се разпорежда с движимо и недвижимо имущество, както и да бъде страна в съдебни производства. Що се отнася до *международната правосубектност на Европейската общност*, ситуацията е по-различна и по-сложна. Веднага възниква въпросът за естеството и точния обхват на правата и задълженията на Общността, произтичащи от тази правосубектност. Знаменателно за отговора на този въпрос е решението на Съда на ЕО (СЕО) по делото *ERTA/AETR* от 1971 г. относно споразумението за шосеен транспорт, сключено под егидата на Икономическата комисия на ООН за Европа⁴⁸. В конкретния случай Съдът на ЕО признава изключител-

⁴⁵ Wessel, Ramses A. Revisiting the International Legal Status of the EU, p. 536.

⁴⁶ De Zwaan, Jaap W. Op. cit., p. 79.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Case C-22/70, Commission of the European Communities v Council of the European Communities. ECLI:EU:C:1971:32. *ERTA* е съкращение на *European Road Transport Agreement*, като може да се срещне и френският вариант на съкращението – *AETR*.

ната компетентност на Общността да сключи споразумението на основата на паралелизъм между вътрешните и външните ѝ компетенции. Така се поставя началото на *доктрината ERTA*, че в резултат на международната ѝ правосубектност Общността има потенциалната възможност да действа в международните отношения по всички въпроси, свързани с постигане на целите и задачите, възложени ѝ с ДЕО. Конкретното правомощие за реализиране на тази възможност обаче трябва да произтича от предходно упражняване от страна на Общността на съответното вътрешно правомощие чрез приемането на задължителни вътрешни актове. Смисълът на принципа на паралелизма е да се елиминира опасността за вътрешните компетенции на Общността поради невъзможност тя да поема международни задължения. Според доктрината *ERTA* всеки път, когато с оглед на прилагането на дадена обща политика, Общността приеме вътрешни правила, държавите членки вече нямат право да поемат задължения спрямо трети страни, засягащи тези правила. Правото на Общността да поема международни права и задължения произтича имплицитно от разпоредбите на ДЕО, предоставящи вътрешното правомощие, доколкото участието на Общността в международното правоотношение е необходимо за постигане на някоя от целите ѝ.

Доктрината *ERTA* е от особено значение за определяне на обхвата на външните компетенции на Общността. В разсъжденията си по делото Съдът на ЕО стига до заключението, че „във външните си отношения Общността се ползва с правоспособност да установява договорни връзки с трети държави по целия спектър от цели, определени в част първа на Договора“⁴⁹. По-нататък в решението Съдът съсредоточава вниманието си върху възможността Общността да сключва в определени случаи международни договори. В резултат на разсъжденията на СЕО се полагат основите на доктрината за подразбиращите се изключителни външни правомощия на Общността.

Впоследствие решението по делото *ERTA* е потвърдено в други решения и становища на СЕО – решението по съединени дела 3, 4 и 6/76⁵⁰, както и становища 1/76⁵¹, 2/91⁵², 2/92⁵³ и 1/94⁵⁴. Така например, в становище 1/94 от 15 ноември 1994 г. СЕО доразвива доктрината *ERTA*, като посочва, че изключителната външна компетентност на Общността не произтича автоматично

⁴⁹ Ibid., para. 14.

⁵⁰ Joined cases 3, 4 and 6-76, Cornelis Kramer and others. ECLI:EU:C:1976:114, paras. 17–20.

⁵¹ Opinion 1/76, European Laying Up Fund for Inland Waterway Vessels. ECLI:EU:C:1977:63, para. 3.

⁵² Opinion 2/91, ILO Convention No. 170 Concerning Safety in the Use of Chemicals at Work. ECLI:EU:C:1993:106, para. 7.

⁵³ Opinion 2/92, Competence of the Community or One of Its Institutions to Participate in the Third Revised Decision of the OECD on National Treatment. ECLI:EU:C:1995:83, para. 29.

⁵⁴ Opinion 1/94, Competence of the European Community to Conclude the Agreement Establishing the World Trade Organization. ECLI:EU:C:1994:384, para. 48.

от правото ѝ да приема правила на вътрешно ниво. Идеята е, че външната компетентност на ЕО става изключителна, само доколкото на вътрешно ниво са установени общи правила⁵⁵.

Съдебната практика, развита след решението ERTA, понастоящем е кодифицирана в чл. 3, пар. 2 ДФЕС, според който Европейският съюз разполага също с изключителна компетентност за сключване на международни споразумения, когато това е предвидено в законодателен акт на Съюза или е необходимо, за да му позволи да упражнява своята вътрешна компетентност, или доколкото може да засегне общите правила или да промени техния обхват. С други думи, ЕС осъществява изключителна външна компетентност, включително когато международните му споразумения попадат, поне в по-голямата си част, в приложното поле на общите правила, които той е създал.

В качеството си на юридическо лице Европейската общност може да упражнява права и да поема задължения по целия спектър от цели, които преследва. Фактът на притежаване на правосубектност обаче не оправдава всякакви действия от страна на ЕО, която трябва да се съобразява както с целите на ДЕО, така и с обема от правомощия, които той ѝ предоставя. Когато става дума за международната ѝ правосубектност, Общността може да поема права и задължения в границите на външните си компетенции. Нейното правно положение в системата на международните отношения се определя по международното право, докато вътрешното разпределение на правомощията между ЕО и държавите ѝ членки е въпрос на общностното право. До подобен извод се стига и по аналогия с ЕВРАТОМ и формулираното през 1978 г. становище на СЕО в тази връзка⁵⁶.

Практиката показва, че Европейската общност се е ползвала активно и ефективно от международната си правосубектност. Като най-видим резултат може да се посочи договорната ѝ правоспособност и фактът, че през годините ЕО е сключила множество международни споразумения с трети страни и международни организации. Без всякакво съмнение тези международни договори са правнообвързващи за Общността, като Съдът на ЕО отдавна се е произнесъл в този смисъл⁵⁷.

Външните правомощия на ЕО включват също така възможността за присъединяването ѝ към международни организации. Общността се е присъединила към няколко международни организации и многостранни международни договори; участва в работата и дори в органите на други, а с трети е установила официално сътрудничество. Наред с това международната правосубект-

⁵⁵ Ibid, para. 77.

⁵⁶ ECJ, Ruling 1/78, Draft Convention of the International Atomic Energy Agency on the Physical Protection of Nuclear Materials, Facilities and Transports. ECLI:EU:C:1978:202, para. 35.

⁵⁷ Case C-327/91, French Republic v Commission of the European Communities. Agreement Between the Commission and the United States Regarding the Application of Their Competition Laws. ECLI:EU:C:1994:305, para. 25.

ност на Европейската общност предполага, че тя може да носи отговорност по международното право за свои международни правонарушения (в това число за неизпълнение на сключени от нея международни договори), както и да търси обезщетение за нарушени нейни права.

Друг аспект на международната правосубектност на Общността се проявява в правото ѝ да приема дипломатически мисии на трети страни. Това право се извличаше от Глава VII на Протокола за привилегиите и имунитетите на Европейските общности още от 8 април 1965 г., озаглавена „Привилегии и имунитети на мисиите на трети страни, *акредитирани към Европейските общности*“. Още по-конкретно, разпоредбата на чл. 17 от Глава VII предвиждаше, че държавите членки на Общността предоставят на мисиите на трети държави, акредитирани към нея, обичайните дипломатически привилегии и имунитети. Правото на пасивно дипломатическо представителство се допълваше в практиката от право на активно представителство с тази особеност, че външното представителство на Общността се осъществяваше от *делегации на една от нейните институции – Европейската комисия*.

Днес ситуацията съдържателно е същата. Глава VI на Протокол № 7, озаглавена „Привилегии и имунитети на мисиите на *трети страни, акредитирани към Европейския съюз*“, предвижда в чл. 16, че държавата членка, на чиято територия се намира седалището на Съюза, предоставя обичайните дипломатически имунитети и привилегии на мисиите на трети държави, акредитирани към него. Функциите на делегациите на Комисията бяха поети от *делегациите на ЕС* в трети страни. Наред с това Съюзът, а преди това Общността, винаги се е ползвал на територията на държавите си членки с привилегии и имунитети, необходими за изпълнението на неговите задачи (чл. 343 ДФЕС, предишен чл. 291 ДЕО).

Може да се обобщи, че международната правосубектност на Европейската общност, респективно Европейския съюз, предпоставя и правото да поддържа дипломатически отношения с държавите си членки, с трети страни и с международни организации посредством постоянни дипломатически мисии; правото да се ползва с привилегии и имунитети, както и правото да предоставя дипломатическа закрила на своите служители.

3. Проблемът за международната правосубектност на Европейския съюз

Прегледът на дебата в научната литература, който протича до 2009 г., създава впечатлението, че специалистите по право на ЕО и ЕС, или поне една не малка група сред тях, поддържаха тезата, че Европейският съюз не разполага с международна правосубектност⁵⁸. В нейна подкрепа се привеждаха следните

⁵⁸ Без претенции за изчерпателност и като примери могат да се посочат: **Everling**, U. Reflections on the Structure of the European Union. *Common Market Law Review*, 1992, 1053–

аргументи: *първо*, за разлика от ситуацията с първоначалните три Европейски общности, ДЕС не съдържа изрична разпоредба относно правосубектността на Съюза; *второ*, подобна правосубектност, ако изобщо се допусне, че е възможна, не отговаря на волята и намеренията на държавите членки и *трето*, предоставянето на правосубектност на ЕС не е било официално договорено в рамките на които и да са преговори за ревизия на Договорите.

Преобладаващото мнение сред експертите по право на ЕО и ЕС беше, че когато Европейският съюз се анализира като правно образувание, на него се гледа само като на правна връзка между участващите държави. Според този възглед Съюзът не е нищо повече от съвкупност от традиционни механизми за междуправителствено сътрудничество, съобразено с нормите на международното право, в рамките на което Европейският съвет, например, се окачествява като конференция на правителства, а не като орган на самостоятелна международна структура. Същата логика се прилага и спрямо Съвета на министрите, когато той функционира във вече бившия втори или трети стълб.

Въпреки че не отрича правната природа на отношенията между участниците и съществуването на правила относно съгласуваността и разпределянето на компетенциите, разглежданият възглед отхвърля идеята за ново образувание на международната сцена, което съществува независимо от учредилите го страни. Решенията, взети на основата на разпоредбите по втория и третия стълб, се възприемат като многостранни споразумения между правителствата, а не като правни актове на Съюза. Това разбиране за ЕС може да бъде открито и в мнението на Федералния конституционен съд на Германия, който се произнася преди Германия да ратифицира ДЕС⁵⁹. Конституционният съд отбелязва, че Договорът от Маастрихт третира Европейския съюз не като самостоятелен правен субект, а като събирателно наименование за държавите членки, които действат съгласувано⁶⁰.

1077; **Curtin**, D. M. The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces. *Common Market Law Review*, 1993, 17–69; **Eaton**, M. R. Common Foreign and Security Policy. In: *Legal Issues of the Maastricht Treaty*. (Ed. by **O’Keeffe**, D. and **P. Twomey**). London: Wiley Chancery Law, 1994, 215–226; **Mathijssen**, P. S. R. F. A Guide to European Union Law. London: Sweet & Maxwell, 1995; **Pliakos**, Astéris. La nature juridique de l’Union européenne. Dans: *Revue trimestrielle de droit européen*, Paris: Sirey, Vol. 29, 1993, 187–224; **Macleod**, I., **I. D. Hendry**, S. **Hyett**. The External Relations of the European Communities. London: Clarendon, 1996; **Gautron**, J.-Cl. L’Union européenne et le concept d’organisation internationale. Dans : *L’Union européenne et les organisations internationales*. Bruxelles: Bruylant, 1997.

⁵⁹ BVerfGE 89, 155 – Maastricht Bundesverfassungsgericht Urteil, 12.10.1993. Available in English from: <http://www.proyectos.cchs.csic.es/euroconstitution/library/Brunner_Sentence.pdf> [последен достъп на 20.05.2019]

⁶⁰ Ibid, para. 67.

Втората група учени, а именно – изследователите в областта на международното публично право, защитават възгледа, че още по силата на Маастрихтския договор Европейският съюз придобива правосубектност, в това число международна. Аргументите в подкрепа на това становище са няколко: външните характеристики на сътрудничеството в рамките на Съюза; начинът, по който той е представен в ДЕС и са формулирани неговите цели и задачи; поведението на Европейския съюз в международните отношения; значението за Съюза на съвещателното мнение на Международния съд на ООН от 1949 г. Като признават, че липсва изрично волеизявление на държавите членки за предоставяне на правосубектност на Съюза, представителите на това течение са на мнение, че международната правосубектност на ЕС или произтича от обективните характеристики на Съюза, или може да се приеме по презумпция. Тезата за необходимостта от изрично предоставяне на международна правосубектност на Европейския съюз имаше свой привърженик и сред самите общностни институции. В специална резолюция Европейският парламент е особено настоятелен по въпроса⁶¹.

Като представителна извадка за доктриналния дебат относно правосубектността на Европейския съюз ще бъдат представени разбиранията на двама изследователи, принадлежащи съответно към едното и другото от посочените течения. Подбрани са възгледи, които в по-синтезиран и теоретичен вид доказват едната или другата теза.

Без да се забравя, че *Louis le Hardy de Beaulieu* излага своето становище през 1998 г., т.е. още преди ДЕС от Амстердам да е влязъл в сила и преди Съветът на Европейския съюз да е сключил и един международен договор от негово име, той посочва, че ЕС представлява по-скоро политически инструмент и обща за държавите членки рамка, отколкото правно образувание, което да се ползва с автономност спрямо съставните си части и да носи отговорност по отношение на външните си партньори⁶². За да се докаже това, са предложени три критерия за анализ – организационен, материален и функционален. Изводът е, че към края на 90-те год. на XX в. Европейският съюз не отговаря на нито едно от трите условия. Във връзка с организационния критерий логиката на *Louis le Hardy de Beaulieu* е, че Съюзът разполага с единна институционална рамка, която да гарантира съгласуваността на предприеманите действия за постигане на целите му. Тази рамка обаче не е собствено на Европейския съюз, понеже Съветът и в по-малка степен Комисията и Европейският парламент, създадени от самото начало да обслужват Европейските общности, „по причина на функционално раздвояване“⁶³ са започнали да се разглеждат като

⁶¹ European Parliament Resolution on the Legal Personality of the European Union, (2001/2021 (INI). O.J. C 47 E, 27.02.2003, 594–597.

⁶² **Hardy De Beaulieu**, Louis. *L'Union européenne à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires*. Belgique: Presses Universitaires de Namur, 1998, 75–76.

⁶³ *Ibid.*, p. 75.

институции и на ЕС. Що се отнася до материалния критерий, Европейският съюз няма собствен бюджет и седалище. Функционалният критерий не е покрит, защото Съюзът си е поставил конкретни цели и задачи, които постига ту чрез междуправителствено сътрудничество, ту с общностни средства.

Eugenia Dumitriu потвърждава наличието на международна правосубектност на Европейския съюз и я извежда логически, като посочва обективните и субективните критерии, по които тя може да се прецени⁶⁴. Обективните критерии се покриват от взаимодействието между ЕС и ЕО и от отношенията между Съюза и неговите държави членки. Към обективните елементи, обосноваващи автономността на Европейския съюз, са отнесени още три: европейското гражданство, въведено с Договора от Маастрихт; волеизявленията на Съюза в международните институции и участието в ЕС. Под „волеизявления на Съюза в международните институции“ се имат предвид различните форми на участие в работата на международните организации и взаимодействието на ЕС с тях, както и хуманитарните мисии на Съюза, мисиите по управление на кризи и тези за поддържане и изграждане на мира. Под „участие в ЕС“ се има предвид присъединяването към него, а не към ЕО или ЕВРАТОМ. Присъединяването на държави само към някоя от Общностите става невъзможно след отпадането на съответните норми на общностното право. Към субективните критерии *Eugenia Dumitriu* причислява: намеренията на държавите членки; начинът, по който институциите възприемат Европейския съюз и начинът, по който другите субекти на международното право гледат на Съюза.

Представителите на тезата в защита на правосубектността на Европейския съюз обобщават, че той има собствена институционална структура и цели, които преследва в международен план. При тези условия може да се приеме, че ЕС разполага с подразбираща се международна правосубектност. За Жан Пол Жаке „доколкото е налице собствена политика на Съюза и инструменти, позволяващи тя да бъде прилагана в международен план, са налице и сериозни предпоставки по посока на окончателно признаване на международната правосубектност на ЕС“⁶⁵.

По мнението на *Philippe de Schoutheete* и *Sami Andoura* целта и значението на международната правосубектност е да позволи на една структура да взаимодейства на равна нога с другите участници в международните отношения. Би било трудно и дори абсурдно такава правосубектност да се отрича на образуване, на което другите субекти на международното право я признават⁶⁶.

⁶⁴ **Dumitriu**, Eugenia. La personnalité juridique internationale de l'Union européenne. Dans: La souveraineté au XX^e siècle. (Ed. par **Balmelli**, Tiziano, Alvaro **Borghi**, Pierre-Antoine **Hildbrand**). Editions interuniversitaires Suisse, 2003, 259–284.

⁶⁵ **Жаке**, Жан Пол. Цит. съч., с. 150.

⁶⁶ **Schoutheete**, Philippe de, Sami **Andoura**. The Legal Personality of the European Union. *Studia Diplomatica*, 2007, 60, No. 1, p. 5. Available from: <<https://core.ac.uk/download/pdf/5081654.pdf>> [последен достъп на 20.05.2019]

Необходимостта държавите членки на ЕС да признаят изрично неговата и без това фактическа международна правосубектност се налага по две причини. Първо, правна яснота. Второ, политически ползи, тъй като всяка инициатива на Европейския съюз в сферата на външната политика и сигурността ще се ползва с много по-голям кредит на доверие сред тези, към които е насочена.

Международната правосубектност на ЕС е тема, която предизвиква дискусии в научната литература в продължение на повече от 10 години. Същевременно тя занимава и самия Европейски съюз и неговите държави членки. Доказателство за това е работата по проблемите на правосубектността на Съюза, извършена в рамките на *Конвента за бъдещето на Европа*, който се свиква през февруари 2002 г. и продължава до лятото на 2003 г., когато предлага проект на Договор за Конституция за Европа (ДКЕ). Разпоредбата на чл. 47 ДЕС, която е нововъведение на Договора от Лисабон, всъщност дословно възпроизвежда чл. I-7 от Договора за Конституция.

Докато се стигне обаче до чл. I-7 на дял I на част I на ДКЕ, с който на Европейския съюз изрично се признава качеството на юридическо лице, в рамките на работна група „Правосубектност“ на Европейския конвент протича сериозен дебат. Мандатът на работната група включва проучване на три основни въпроса: *първо*, за последиците от изрично признаване на правосубектността на ЕС; *второ*, за последиците от сливане на правосубектността на Съюза с тази на Общността и за значението на единната правосубектност на ЕС за опростяване на Договорите и за премахването на стълбовата структура на Съюза; *трето*, за последиците от изричното признаване на правосубектността на ЕС за външните му отношения и по-конкретно – относно процедурата за водене на преговори и сключване на международни споразумения, външното представителство на ЕС и преразглеждането на ролята на Съда на ЕО и на Европейския парламент във връзка с международните договори на ЕС.

Показателно е, че работната група тръгва не от позицията дали ЕС има правосубектност, а от становището, че тази правосубектност трябва изрично да се признае. В тази връзка особено полезни се оказват бележките на Жан-Клод Пири, който към онзи момент е съветник по правните въпроси към Съвета на ЕС и генерален директор на правната му служба. Той е в списъка от експерти, изслушани от работната група. Според него в международен план ЕС вече притежава качеството на юридическо лице. В подкрепа на този възглед Жан-Клод Пири привежда редица аргументи.

Първо, според международното право и ако се прилагат критериите, формулирани от Международния съд на ООН в съвещателното му мнение от 1949 г., Европейският съюз има много от характеристиките на международна организация, притежаваща правосубектност – учреден е по силата на договор между неговите държави членки; отличава се от тях; има свои собствени цели и средства за тяхното постигане; разполага с институции, които могат да приемат задължителни актове; държавите членки се въздържат от действия,

противоречащи на интересите на Съюза; във външните си отношения ЕС се представлява от Председателството на Съвета и др.

Второ, Съюзът действа по начин, независим от държавите членки, което намира израз например в декларациите по външнополитически въпроси, в института на специалните пратеници, в създаването на длъжността на върховен представител на ЕС по въпросите на външните работи и политиката на сигурност.

Трето, чл. 24 ДЕС предоставя правото на Съвета да сключва международни споразумения, винаги когато осъществяването на общата външна политика и политика на сигурност го изисква. Тази разпоредба се тълкува в смисъл, че споразуменията се сключват от името на ЕС, а договорната правоспособност се приема от международното право като недвусмислено доказателство за притежавана международна правосубектност.

Четвърто, ЕС е учредил три свои агенции по втория стълб (Сателитният център, Европейската отбранителна агенция и Институтът за изследване на сигурността), на които е призната правосубектност. С това Европейският съюз демонстрира международно призната способност да създава нови субекти на международното право.

Пето, ЕС е признат *de facto* от редица трети страни, много от които определят мисиите си като такива към ЕС, както и от международни организации, като тук е достатъчно да се посочат препратките в резолюции на Съвета на Европа, ОССЕ, НАТО и др. именно към ЕС.

Шесто, международната отговорност на ЕС е проблем, който вече се поставя на дневен ред и е въпрос само на време да се стигне до това акт на ЕС да бъде обект на съдебен контрол за действия, предприети от името на целия Съюз.

Стъпвайки на тази основа, работната група единодушно препоръчва на Съюза изрично да се признае правосубектност, което ще има за резултат единствено засилване на неговата идентичност на международната сцена. Работната група е изправена пред възможността да направи препоръки в две посоки. Първо, ЕС да има правосубектност, която да е паралелна на тази на ЕО и ЕВРАТОМ. Второ, на ЕС изрично да бъде предоставена единна правосубектност, която да замени съществуващите. Първият вариант не е приемлив по съвсем конкретни причини. Паралелната, допълнителната правосубектност по никакъв начин няма да внесе яснота във външните отношения на ЕС. Единна правосубектност означава, че субект на международното право ще бъде ЕС, който в това отношение ще замени Общността и ще поеме нейните международни задължения.

Работната група стига до заключението, че необходимостта от изрично признаване на единна правосубектност на ЕС е безспорна. Тя се определя от стремежа към ефективност, правна определеност, прозрачност и ясно от-

кроена идентичност на ЕС не само по отношение на трети страни, но и на неговите граждани. Основният резултат от изричното признаване на правосубектността на ЕС е превръщането му в субект на международното право заедно с държавите членки, без обаче да се застрашава тяхното положение като субекти на международното право. Експлицитното предоставяне на правосубектност на Европейския съюз ще му даде всички възможности за извършване на международноправни действия – да сключва договори; да завежда дела пред международен съд; да членува в международни организации; да се присъединява към международни споразумения; да ползва привилегии и имунитети, но няма да доведе *per se* до промяна на разпределението на компетенциите между него и държавите членки.

От гледна точка на международното публично право постигнатото в рамките на Европейския конвент съгласие относно правосубектността в никакъв случай не визиращ класическото определение за международна правосубектност, възприето по отношение на суверенните държави. По-скоро е налице вторична, производна по своя характер договорна правосубектност. Сравнението с правосубектността на международна междуправителствена организация е също условно, защото очевидно ЕС осъществява правомощия в области, непознати за международни организации.

ЛИТЕРАТУРА

- Видин**, Благой. Международно публично право. Обща част. София: Софи-Р, 1999. 320 с.
- Жакс**, Жан Пол. Институционно право на Европейския съюз. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2007. 624 с.
- Bogdadndy**, Armin von. The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System. *Common Market Law Review*, 36 – II, 1999, 887–910.
- Bogdadndy**, Armin von, Martin **Nettesheim**. Ex Pluribus Unum: The Fusion of the European Communities into the European Union. *European Law Journal*, 1996, 2, № 3, 267–289.
- Brownlie**, Ian. Principles of Public International Law. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Curtin**, D. M. The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces. *Common Market Law Review*, 1993, 17–69.
- Daillier**, Patrick et al. Droit international public. 7th ed.. Paris: L. G. D. J., 2002.
- Dumitriu**, Eugenia. La personnalité juridique internationale de l'Union européenne. Dans: La souveraineté au XXI^e siècle. (Ed. par **Balmelli**, Tiziano, Alvaro **Borghi**, Pierre-Antoine **Hildbrand**). Editions interuniversitaires Suisse, 2003, 259–284.
- Eaton**, M. R. Common Foreign and Security Policy. In: Legal Issues of the Maastricht Treaty. (Ed. by **O'Keeffe**, D. and P. **Twomey**). London: Wiley Chancery Law, 1994, 215–226.

- Eeckhout**, Piet. *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Everling**, U. Reflections on the Structure of the European Union. *Common Market Law Review*, 1992, 1053–1077.
- Gaja**, Giorgio (Special Rapporteur). Eighth Report on Responsibility of International Organizations. UN Doc. A/CN.4/640, 14.03.2011. Available from: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_640.pdf&lang=ESX>
- Gautron**, Jean-Claude. L'Union européenne et le concept d'organisation internationale. Dans : L'Union européenne et les organisations internationales. Bruxelles: Bruylant, 1997.
- Greig**, Donald W. *International Law*. 2nd ed. London: Butterworths, 1976.
- Hardy De Beaulieu**, Louis. L'Union européenne à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires. Belgique: Presses Universitaires de Namur, 1998.
- Herrmann**, Christoph W. Much Ado About Pluto? The 'Unity of the Legal Order of the European Union' Revisited. EUI Working Papers RSCAS 2007/05. Florence: European University Institute, 2007.
- Kelsen**, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1949. Available from: <<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275060/page/n127>>
- Klabbers**, Jan. The Concept of Legal Personality. *Ius Gentium. Legal Personality. Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law*, 11, Spring 2005, 35–66.
- Klabbers**, Jan. *An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge University Press, 2002.
- Klabbers**, Jan. Presumptive Personality: The European Union in International Law. In: *International Law Aspects of the European Union*. (Ed. by **Koskenniemi**, Martti). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 231–253.
- Leal-Arcas**, Rafael. EU Legal Personality in Foreign Policy? *Bepress Legal Series. Paper 1754*, 2006. Available from: <<https://law.bepress.com/expresso/eps/1754/>>
- Macleod**, I., I. D. **Hendry**, S. **Hyett**. *The External Relations of the European Communities*. London: Clarendon, 1996.
- Malanczuk**, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th revised ed. London, etc.: Routledge, 1997.
- Marchisio**, Sergio. EU's Membership in International Organizations. In: *The European Union as an Actor in International Relations*. (Ed. by **Cannizzaro**, Enzo). The Hague, etc.: Kluwer Law International, 2002.
- Mathijssen**, P. S. R. F. *A Guide to European Union Law*. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Neuwahl**, Nanette. Legal Personality of the European Union – International and Institutional Aspects. In: *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony*. (Ed. by **Kronenberger**, Vincent). The Hague: T.M.C. Asser Press, 2001, 3–23.
- Neuwahl**, Nanette. A Partner with a Troubled Personality: EU Treaty-Making in Matters of CFSP and JHA after Amsterdam. *European Foreign Affairs Review*, 1998, 3, № 2, 177–195.
- Paasivirta**, Esa. The European Union: From an Aggregate of States to a Legal Person? *The Hofstra Law & Policy Symposium*, 2, 1997, 37–59.

- Pliakos**, Astéris. La nature juridique de l'Union européenne. Dans: Revue trimestrielle de droit européen, Paris: Sirey, Vol. 29, 1993, 187–224.
- Ruiter**, Dick W. P. Legal Institutions. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2000.
- Schermers**, Henry G., Niels M. **Blokker**. International Institutional Law. Unity Within Diversity. 4th revised ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Schouthete**, Philippe de, Sami **Andoura**. The Legal Personality of the European Union. *Studia Diplomatica*, 2007, 60, No. 1, 1–9. Available from: <<https://core.ac.uk/download/pdf/5081654.pdf>>
- Sellers**, M. N. S. International Legal Personality. *Ius Gentium. Legal Personality. Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law*, 11, Spring 2005, 67–78.
- Seyersted**, Finn. Objective International Personality of Intergovernmental Organizations: Do Their Capacities Really Depend on the Conventions Establishing Them? S.I., 1963.
- Wessel**, Ramses A. Revisiting the International Legal Status of the EU. *European Foreign Affairs Review*, 5, 2000, 507–537.
- Wessel**, Ramses A. The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations. *Common Market Law Review*, 2000, 37, № 5, 1135–1171.
- Zwaan**, Jaap W de. The Legal Personality of the European Communities and the European Union. *Netherlands Yearbook of International Law*, 30, 1999, 75–113.

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Благой Видин.

**ОГРАНИЧАВАНЕ ПРАВОМОЩИЯТА НА ЕВРОПЕЙСКАТА
КОМИСИЯ И НАЦИОНАЛНИТЕ ОРГАНИ
ПО КОКУРЕНЦИЯ ЗА ПРИЛАГАНЕ НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ
АНТИТРЪСТОВИ ЗАБРАНИ В СВЕТЛИНАТА
НА ЗАЩИТАТА НА ОСНОВНИТЕ ПРАВА И СВОБОДИ В ЕС**

ИВАН СТОЙНЕВ*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: Настоящата статия изследва сложното взаимодействие между правния режим за защита на конкуренцията в ЕС и системата на защита на основните права и свободи, действаща на територията на Съюза. Специален акцент е поставен върху ограниченията, които се налагат върху правомощията на органите по защита на конкуренцията (на съюзно и национално ниво) по разследване и решаване на дела в контекста на процесуалните права и гаранции, с които предприятията разполагат по силата на Хартата на основните права на ЕС, Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи и практиката на съюзната юрисдикция. Този прочит към днешна дата е още по-актуален с оглед последните изменения в нормативната база и приемането на новата Директива 2019/1 на Съвета и Парламента относно хармонизирането на някои аспекти на производствата пред националните органи по защита на конкуренцията, имаща за цел повишаване ефективността на прилагането на забраните по чл. 101 и чл. 102 ДФЕС.

Ключови думи: конкуренция, антикартел, основни права, право на справедлив процес, правомощия.

* Доцент по право на ЕС в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

RESTRICTING THE POWERS OF THE EUROPEAN COMMISSION AND NATIONAL COMPETITION AUTHORITIES TO ENFORCE EUROPEAN ANTITRUST PROHIBITIONS IN THE LIGHT OF THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS IN THE EU

IVAN STOYNEV*

Department of International Law and International Relations

Abstract: This paper explores the complex interaction between the EU competition law and the system of protection of fundamental rights and freedoms established in the Union. A special focus is done on the constraints on competition law enforcement (at Union and national level) in the context of the procedural rights and safeguards, guaranteed to the undertakings by the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and the practice of the Court of Justice of the European Union. Nowadays, this subject is even more relevant in the light of recent legal amendments and the adoption of the new Directive 2019/1 of Council and Parliament on harmonization of some aspects of national procedural rules, aimed to increase the effectiveness of the prohibitions under Art. 101 and Art. 102 TFEU.

Key words: competition, antitrust, fundamental rights, enforcement powers, rights of fair trial.

Правният режим за защита на конкуренцията винаги е играл важна роля в процеса на европейската интеграция. Посредством този режим Европейският съюз се опитва да реализира няколко ключови за него цели. На първо място, трябва да се посочи икономическата ефективност като едно от средствата за увеличаване благосъстоянието на потребителите, но също така и за най-оптимално разпределение на ресурсите в икономиката. На следващо място, сред целите на политиката на конкуренция може да бъде посочена защитата на потребителите и малките и средни предприятия от големите икономически субекти, които разполагат с икономическа мощ, позволяваща им да определят едностранно (под формата на монопол) или многостранно (под формата на олигопол) условията на пазара. Не на последно място, сред целите на конкуренцията следва да бъде отбелязана и нейната ключова роля за реализирането на Вътрешния пазар и защитата му от поведението на предприятията и от поведението на държавите членки.

За да бъдат реализирани тези цели, още на ниво първично право бива изградена система от норми, които следва да служат като нормативна основа за институциите на ЕС при реализирането на тази политика. В актуалната редакция на Учредителните договори правилата за защита на конкуренцията са регламентирани в Дял VII от Договора за функциониране на Европейския

* Associate Professor of European Union Law, Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

съюз (по-нататък ДФЕС). Тези правила могат да бъдат обособени в две основни групи съобразно адресата на нормите. Първата група е съставена от норми, чийто адресат са държавите членки¹. Във втората група са нормите, чийто адресат са основните икономически субекти на пазара, а именно – предприятията². Тази втора група от норми представлява основният корпус на т.нар. европейско антитръстово законодателство (чл. 101 и чл. 102 ДФЕС).

Член 101 ДФЕС въвежда обща забрана за споразумения между предприятия, решения на сдружения на предприятия и съгласувани практики, които ограничават, предотвратяват или нарушават конкуренцията на пазара при условие, че в тези споразумения не са предвидени ефективни мерки за преодоляване на негативните последици (ефекти). Член 102 ДФЕС от своя страна забранява злоупотребата с господстващо положение. Прилагането на тези две забрани е възложено на Европейската комисия (ЕК), като чл. 105 ДФЕС изрично посочва, че било по нейна инициатива или по искане на държава членка: „Комисията осигурява прилагането на принципите, предвидени в чл. 101 и чл. 102“ посредством разследване на „случаите на предполагаемо нарушаване на тези принципи“. Ако Комисията установи нарушение на тези забрани, тя следва да предприеме необходимите мерки за неговото преустановяване. Лаконичността на горесцитираната разпоредба не позволява да бъдат изведени по един ясен, категоричен и изчерпателен начин правомощията, с които разполага ЕК, за прилагане на антитръстовото законодателство. Тези въпроси са доуредени на ниво производно право, прието въз основа на чл. 103, пар. 1 ДФЕС. Съгласно горесцитираната разпоредба Съветът по предложение на Комисията и след консултация с Европейския парламент може да приема регламенти и директиви, необходими за прилагането на принципите, залегнали в чл. 101 и чл. 102 ДФЕС. Съгласно пар. 2 на същата разпоредба актовете, приети в изпълнение на оправомощаването в пар. 1, следва да бъдат предназначени в частност за определяне съответните функции на Комисията при прилагане на разпоредбите относно правилата за защита на конкуренцията³, да гарантират спазването на забраните, като предвидят глоби и имуществени санкции⁴, както и да определят отношението между националните законодателства и европейското законодателство в областта на защитата на конкуренцията⁵.

¹ Към тази група принадлежат правилата относно публичните предприятия (чл. 106 ДФЕС) и правилата, регулиращи държавните помощи (чл. 107–109 ДФЕС).

² Относно понятието за предприятие виж. **Стойнев**, Иван. Правен режим на защита на конкуренцията в ЕС. Антикартелно право. Том I. София: Сиела, 2018; също и: **Стойнев**, Иван. Дефиниране на понятието „предприятие“ в практиката на Съда на Европейския съюз при определяне персоналия обхват на правилата за защита на конкуренцията. *Правен преглед*, 2017, № 4, 2017, 96-104.

³ Чл. 103, пар. 2, б. „г“ ДФЕС.

⁴ Чл. 103, пар. 2, б. „а“ ДФЕС.

⁵ Чл. 103, пар. 2, б. „д“ ДФЕС.

I. Правомощия на органите по защита на конкуренцията по прилагане на забраните по чл. 101 и чл. 102 ДФЕС

В изпълнение на това оправомощаване на 16 декември 2002 г. Съветът прие Регламент (ЕО) № 1/2003⁶. С приемането на този Регламент Съветът предприе една от най-големите реформи в правния режим за защита на конкуренцията, като в центъра на тази реформа бе премахването на монопола на ЕК върху прилагането на забраните и децентрализацията на този процес посредством включването на националните органи по защита на конкуренцията. Тоест съгласно Регламент 1/2003 Комисията, сътрудничейки си с националните органи по защита на конкуренцията в държавите членки, сформира своеобразна мрежа, която има за цел да гарантира ефективното и еднообразно прилагане на принципите, залегнали в чл. 101 и чл. 102 ДФЕС⁷.

Въпреки, че въвежда децентрализиран подход на прилагане на антиitrustовите правила, Регламент 1/2003 не съдържа разпоредби, които да хармонизират националните законодателства в областта на предоставяне на правомощия на органите по конкуренция за прилагане на принципите, заложиени в чл. 101 и чл. 102 ДФЕС. Съгласно чл. 22, пар. 1 от Регламента органите по защита на конкуренцията в държавите членки осъществяват проверки или други действия за установяване на обстоятелства, свързани с нарушаване на европейските антиitrustови правила, прилагайки националното законодателство. Това общо препращане към националните законодателства обаче, без да бъде конкретизирано, води до съществени различия в обхвата на правомощията, с които разполагат националните органи по защита на конкуренцията. Европейската комисия в своята оценка за прилагането на Регламент 1/2003 посочи различията в националните законодателства като една от основните пречки пред ефективното прилагане на реформата от 2004 г. С цел да бъдат преодолени тези различия в началото на 2017 г. Комисията внася предложение за приемането на хармонизационна директива.

Специалните правила в тази сфера бяха приети в края на 2018 г. с приемането от страна на Европейския парламент и на Съвета на Директива

⁶ Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 и 82 от Договора, ОВ L 1, 4.1.2003 г., с. 1–25 (последно изменен на 18 октомври 2006г.).

⁷ Освен този публичноправен механизъм за прилагане на забраните, съществува и паралелна възможност за прилагане на европейското антиitrustово законодателство посредством исково производство, завеждано пред граждански съдилища с предмет на иска обезщетения за вреди, причинени от антиконкурентно поведение – Директива 2014/104/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 ноември 2014 година относно някои правила за уреждане на искове за обезщетение за вреди по националното право за нарушения на разпоредбите на правото на държавите членки и на Европейския съюз в областта на конкуренцията, ОВ L 349, 5.12.2014 г., с. 1–19, и чл. 104 и следващите от Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК).

2019/1⁸. Основната цел на тази Директива е да гарантира минимални стандарти, които националните държави ще трябва да прилагат в националните си законодателства относно правомощията на националните органи по конкуренция, за да могат да получат цялата информация, свързана с предприятието-обект на разследване, както и да бъде гарантирана ефективността на проверките на място, без значение дали ще се прилага националното законодателство в областта на конкуренцията или чл. 101 и чл. 102 ДФЕС. Съгласно чл. 34 от Директивата държавите членки следва да предприемат необходимите закони, подзаконови и административни разпоредби, необходими за транспонирането на съюзния акт в срок до 4 февруари 2021 г.

Внимателният прочит на нормативната уредба показва, че по отношение на категориите правомощия, които са предоставени на ЕК и които следва да бъдат предоставени (ако все още не са били) на националните органи по конкуренция, европейският законодател е подхождал по един и същи начин. Тези правомощия могат да бъдат обособени в две основни групи – правомощия по разследване и правомощия по приемане на решения.

Българският законодател също е възприел това деление, въпреки, че от формално юридическа гледна точка в чл. 45 ЗЗК той ги изброява без да ги групира. Правомощията на българския орган по защита на конкуренцията намират своята по-детайлна уредба в следващите разпоредби на закона, а именно – събирането на информация (чл. 47), снемане на устни обяснения (чл. 49), проверки на място (чл. 50), решения на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) (чл. 60).

1. Правомощия по разследване

Правомощията на Комисията да осъществява разследване на поведението на предприятията е уредено в Глава V от Регламент 1/2003, като сред правомощия могат да бъдат обособени два основни правни инструмента за тяхното реализиране – искания за предоставяне на информация (чл. 18) и снемане на обяснения (чл. 19), от една страна, а от друга – осъществяването на проверки (чл. 20 и чл. 21)⁹.

⁸ Директива (ЕС) 2019/1 на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2018 година за предоставяне на правомощия на органите по конкуренция на държавите членки, за да бъдат по-ефективни в правоприлагането, и за гарантиране на правилното функциониране на вътрешния пазар, ОВ L 11, 14.1.2019 г., с. 3–33.

⁹ Внимателният прочит на Директива 2019/1 показва, че по отношение на категориите правомощия, които следва да бъдат предвидени за националните органи, и тук може да се приложи делението, направено в Регламент 1/2003 във връзка с правомощията на ЕК. От една страна, следва да бъдат уредени правомощията, свързани с проучване и събиране на информация (чл. 8 и чл. 9 от Директивата), а от друга страна – правомощия по разследване, изразяващи се в извършване на проверки в стопански и други помещения (чл. 6 и чл. 7 от Директивата).

Съгласно чл. 18 от Регламент 1/2003 Комисията може да изиска от предприятия или от сдружения на предприятия да предоставят цялата необходима информация, посочена в искането в определения срок. Ефективността на това правомощие е гарантирана посредством възможността за налагане на санкции за неизпълнение от страна на предприятията на задължението за предоставяне на информация¹⁰. Тези санкции са с финансов характер. Съгласно чл. 23, пар. 1, б. „б“ от Регламент 1/2003 Комисията може да наложи парична глоба в максимален размер до 1 % от общия размер на оборота от предходната стопанска година, ако предприятието или предприятията умишлено или поради небрежност представят неточна, непълна или подвеждаща информация. Освен тази еднократна глоба Комисията би могла да избере да наложи санкции под формата на периодични санкционни плащания на ден. Целта на този вид санкция е предприятието или предприятията да бъдат принудени да предоставят пълната и точна информация. Размерът на тези плащания не може да надвишава 5 % от среднодневния оборот за предходната стопанска година. Този тип санкции се прилага основно в хипотезите, когато процесният субект отказва да предостави надлежната информация.

Съгласно чл. 20 от Регламент 1/2003 Комисията може да извършва всички необходими проверки на предприятия или на сдружения на предприятия, за да изпълни задълженията си, предоставени от Учредителните договори и от самия Регламент. Длъжностните лица, както и други лица, които са оправомощени от Комисията да извършват проверка, разполагат с правомощия да влизат във всяко едно помещение на разследваното предприятие, да проверяват търговските книги или други документи, свързани със стопанската дейност, както и да получават и да вземат копия от тези документи. Съгласно пар. 2, б. „г“ от горесцитирания член представителите на Комисията могат да запечатват всички търговски помещения, книги или документи за срока, необходим за осъществяване на проверката. Съгласно чл. 20, пар. 2, б. „д“ те също така са оправомощени *„да искат от който и да е представител или член на персонала на предприятието или на сдружението на предприятия обяснения по факти или документи, свързани с предмета и целта на проверката, и да записват отговорите“*.

И тук както по отношение на ефективността на правомощията по чл. 18, правомощията по чл. 20 са гарантирани посредством възможността за нала-

¹⁰ Задължения за предприятията да предоставят информация възниква в хипотезите, когато искането на Комисията е оформено в решение. Член 18, пар. 1 обаче предвижда възможност Комисията да адресира до предприятията и т.нар. „обикновено искане“. В тази хипотеза за предприятията не възниква задължение да предоставят информация и не носят отговорност в случай, че не отговорят на ЕК. Ако обаче предприятията отговорят на искането и доброволно предоставят тази информация, то те са длъжни да спазват изискванията за добросъвестност и в случай, че информацията е непълна, неточна или подвеждаща, те могат да носят отговорност и Комисията да им наложи санкция.

гане на санкция в случай, че предприятията или техните представители не окажат съдействие на длъжностните лица при осъществяваната проверка¹¹. Тук е мястото да бъде посочено обаче, че Регламент 1/2003 не предвижда възможност за налагане на каквито и да е било санкции за служителите на предприятията, които не предоставят или предоставят некоректна, непълна или подвеждаща информация при отговори на поставени към тях въпроси по време на проверката¹².

Освен чрез налагането на санкция, ефективността на това правомощие на Комисията е гарантирано и посредством задължението на държавата член да осигури необходимото съдействие, когато представителите на Комисията установят, че предприятието се противопоставя на проверката. Това съдействие може да бъде осъществено както от полицията, така и от равнопоставен правоохранителен орган, като по отношение на тяхната дейност следва да се прилага относимото национално законодателство. Ако за реализиране на съдействието е необходимо разрешение от съдебен орган, то тогава следва да бъде получено преди да бъде пристъпено към реализиране действията по проверката.

Член 21 от Регламент 1/2003 оправомощава Комисията да осъществява проверки и на други помещения, различни от търговските помещения на предприятието. Тази хипотеза може да бъде осъществена, ако е налице обосновано предположение, че търговски книги или други документи, свързани със стопанската дейност, предмет на проверката от страна на ЕК, се съхраняват в други помещения, имоти или транспортни средства, включително в домовете на директори, управители или служители в съответното предприятие. В случай че Комисията разпорежи подобна проверка, длъжностните лица или другите упълномощени представители имат правото да проверят всички намерени в помещенията книги или документи, свързани със стопанската дейност, както и да получат копия или извадки от тях. За разлика обаче от проверките по чл. 20, при осъществяването на проверка в други помещения Комисията не разполага с правото да ги запечатва или да сменя обяснения от лицата, които се намират в тези помещения или са им поверени за тяхно разпореждане или управление. Също така в хипотезите на чл. 21 от Регламент 1/2003 Комисията не разполага с правото да налага финансовите санкции, предвидени в чл. 23 и чл. 24 от Регламента.

¹¹ И тук трябва да се посочи, че предприятията са длъжни да се подчинят на проверките само ако те са разпоредени с решение на Комисията. Член 20, пар. 4 от Регламент 1/2003 съдържа минималното изискуемо съдържание към това решение. Ако проверката се осъществява единствено на базата на упълномощаване, то за предприятията или за сдруженията на предприятия не възниква задължение за оказване на съдействие.

¹² **Vestendorf, Bo**, Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EC law: recent development and current issues. *Fordham international law journal*, 2004 Vol. 28, Issue 4, 727–729.

Тук е мястото да бъде отбелязано, че при осъществяването на проверки по реда на чл. 20 и чл. 21 от Регламент 1/2003 представителите на Комисията могат да получат „активна подкрепа“ от длъжностни лица, посочени от националния орган по защита на конкуренцията, на чиято територия ще бъде осъществена проверката. Тази проверка може да бъде поискана от самата ЕК или да бъде предоставена по собствена инициатива от страна на националния орган. В този случай националните длъжностни лица ще разполагат с правомощията, с които разполагат и представителите на Комисията, уредени в чл. 20 и чл. 21 от Регламента.

Освен гореразгледаната хипотеза на съдействие от страна на националните органи по защита на конкуренцията при осъществяването на проверка от страна на Комисията е предвидена и още една хипотеза, при която Комисията възлага проверката на националния орган по защита на конкуренцията. В този случай националните длъжностни лица, които отговарят за извършването на тази проверка, ще упражняват своите правомощия в съответствие с националното законодателство при спазването на принципите на ефективност и еквивалентност.

Принципът на еквивалентност изисква приложимите към европейските материалноправни норми национални процесуални норми да не бъдат по-неблагоприятни от тези, които се прилагат спрямо същите или сходни национални материалноправни норми. Принципът на ефективност от своя страна се основава на принципа на полезния ефект и предвижда, че националните процесуални норми не могат да правят практически невъзможно или изключително трудно защитаването на правата, които частноправните субекти черпят от съюзното право. Тоест дори да е спазен принципът на еквивалентност (напр. еднакъв процесуален режим), държавата член не може да прилага спрямо субективните права, произтичащи от съюзното право, процесуални норми, които затрудняват тяхната защита. Изискването за спазване на принципа на ефективност е залегнало и в редакцията на чл. 35, пар. 1 от Регламент 1/2003, според която държавите членки трябва да определят органа по конкуренция или органите, отговарящи за прилагането на чл. 101 и чл. 102 ДФЕС, по такъв начин, че разпоредбите на този Регламент да са ефективно спазени.

Съгласно принципа на еквивалентност държавата член, която е предоставила на своя орган по защита на конкуренцията правомощия да осъществява проверки в частни домове във връзка с предполагаеми нарушения на забраните в националното законодателство, сходни или съответстващи на чл. 101 и чл. 102 ДФЕС, е длъжна да предостави същите правомощия и по отношение на проверки за нарушения на европейското антитръстово законодателство. Също така би могло да се твърди, че съгласно принципа на ефективност всички държави членки са задължени да предоставят на своите национални органи по конкуренция правомощия за осъществяване на проверки на място в помещения, различни от тези, в които се осъществява обичайната търговска

дейност на предприятието. Подобна логика на разсъждения обаче не следва да води до заключението, че органите по конкуренция в държавите членки, които все още не са предвидили правомощия за проверки на частни домове в своето законодателство¹³, могат да претендират, че имат такова право на основание на правото на ЕС. Това би противоречало на принципа на правната сигурност, друг общ принцип на правото на Съюза. Не би било немислимо обаче Комисията да предяви иск по реда на чл. 258 ДФЕС пред Съда на ЕС срещу държавата член и ако е необходимо впоследствие, по силата на чл. 260 ДФЕС да накара държавите членки да приемат необходимото законодателство¹⁴.

2. Правомощие за вземане на решение

Правомощията на ЕК за вземане на решения намират своята уредба в Глава III и Глава VI. Внимателният прочит на горепосочените глави позволява да бъдат открити три основни правни инструмента, чрез които Комисията упражнява тази категория правомощия. Първият от тези инструменти са решенията, чрез които се постановява прекратяване на нарушението (чл. 7 от Регламента): решението относно налагането на глоби (чл. 23 и чл. 24), решенията за налагане на временни мерки (чл. 8) и решенията за утвърждаване на ангажименти, поети от предприятията (чл. 9).

Съгласно чл. 7 от Регламент 1/2003 ако Европейската комисия, действаща по жалба, инициирана от физическо или юридическо лице или държава членка, или по своя инициатива, установи, че е налице нарушение на забраните по чл. 101 и чл. 102 ДФЕС, може да приеме решение, с което да задължи предприятието или сдружението на предприятия да преустанови антиконкурентното поведение. За целта Комисията би могла да наложи както поведенчески, така и структурни мерки, които следва да доведат до ефективно преустановяване на нарушението. Тези мерки трябва да бъдат пропорционални на процесното нарушение. Освен налагането на тези коригиращи мерки, чл. 24, пар. 1, б. „а“ от Регламент 1/2003 оправомощава Комисията да налага периодични финансови санкции в размер на 5 % от среднодневния оборот, изчислен въз основа на данните от предходната стопанска година. Налагането на тази парична санкция има за цел да осъществи принуда по отношение на предприятието или на сдружение на предприятия да приложат визираните в ре-

¹³ На практика се наблюдава известна степен на доброволно хармонизиране на правомощията за прилагане на правилата за конкуренцията, предоставени на националните органи по защита на конкуренцията след влизане в сила на Регламент 1/2003. Това се дължи отчасти и на дискусиите между ЕК и националните органи по защита на конкуренцията в рамките на европейската мрежа по конкуренция.

¹⁴ Тази хипотеза би продължила да бъде мислима дори и след транспонирането на Директива 2019/1 в случаите, когато правомощията за проверка не водят до постигането на ефективен резултат.

шението по чл. 7 мерки. Членове 23 и 24 от Регламент 1/2003 оправомощава Комисията да налага финансови санкции за нарушение на антитръстовото законодателство. Специално внимание трябва да бъде обърнато на хипотезата на чл. 23, пар. 2, б. „а“ от Регламент 1/2003, която оправомощава Комисията да наложи еднократна парична санкция в размер на 10 % от световния годишен оборот на предприятието или на предприятията, участващи в сдружение на предприятия, ако по отношение на тях е взето решение, чрез което се установява нарушаване на забраните по чл. 101 или чл. 102 ДФЕС.

Съгласно чл. 9 от Регламент 1/2003 в случаите, когато ЕК възнамерява да приеме решение, с което да поиска прекратяване на нарушение, и предприятия, обект на разследването, предложат да поемат ангажименти за преодоляване на „загрижеността“ на Комисията, последната може чрез свое решение да превърне тези ангажименти в задължителни за предприятията. При условие, че така утвърдените ангажименти не бъдат изпълнени от предприятията, Комисията разполага, от една страна, с възможността да наложи санкции съобразно чл. 23 или чл. 24 от Регламента, а от друга – съгласно чл. 9, пар. 2, б. „б“ да възобнови производството и да постанови акт по реда на чл. 7.

Що се отнася до хипотезата на чл. 8 от Регламент 1/2003, при нея ЕК е овластена да приеме временни мерки, чрез които при неотложни случаи, когато е налице опасност от тежко и непоправимо увреждане на конкуренцията, Комисията взема решение, с което налага на предприятията определени задължения по отношение на тяхното поведение.

Тук е мястото да бъде отбелязано, че Съдът на ЕС е имал възможността да даде задължително тълкуване по отношение на правомощията на ЕК за прилагане на забраните на чл. 101 и чл. 102 ДФЕС, от една страна, така както те са заложили индикативно в разпоредбата на чл. 105 ДФЕС, така и както те са разписани в Регламент 1/2003. В тази връзка едно от най-емблематичните решения е това, постановено на 14 декември 2000г. по дело C-344/98 *Masterfoods*, в чийто пар. 48 СЕС посочва, че „за да изпълни ролята, която ѝ е възложена от чл. 85 ДЕО (чл. 105, пар. 1 ДФЕС – бел. моя), Комисията не може да бъде обвързвана от решение на национален съд по прилагане на членове 81 и 82 ДЕО (чл. 101 и чл. 102 ДФЕС – бел. моя). Следователно Комисията има право по всяко време да приеме отделно решение, дори когато даденото споразумение или практика вече са били предмет на решение на национален съд и решението, което Комисията предвижда, противоречи на решението на съда“¹⁵.

Що се отнася до правомощията на националните органи по защита на конкуренцията за вземане на решения, чл. 5 от Регламент 1/2003 гласи следното: „Органите по конкуренция на държавите-членки имат правомощието да

¹⁵ CEO, Решение на Съда от 14 декември 2000г. по дело C-344/98, *Masterfoods Ltd срещу HB Ice Cream Ltd.*, ECLI:EU:C:2000:689, пар. 48.

прилагат членове 81 и 82 от Договора в индивидуалните случаи. За тази цел, като действат по собствена инициатива или по внесена жалба, те могат да вземат следните решения:

- да изискат прекратяване на нарушението;*
- да постановят временни мерки;*
- да приемат поемане на ангажменти;*
- да наложат глоби, периодични санкционни плащания или всякакви други санкции, предвидени в тяхното национално законодателство.*

Когато въз основа на информацията, с която разполагат, условията за налагане на забрана не са изпълнени, те могат да решат и че няма основания за предприемане на действия от тяхна страна.“

Тоест чл. 5 от Регламента посочва онези видове решения, които националните органи по конкуренция могат да вземат при прилагане на чл. 101 и чл. 102 ДФЕС, и обратно кои видове решения, предоставени на ЕК, не могат да бъдат приемани от националните органи по защита на конкуренцията и по-специално решения, установяващи неприложимост на правния режим или решения за установяване на нарушения. За разлика от по-подробните разпоредби на Регламент 1/2003 относно правомощията на Комисията за вземане на решение, чл. 5 не дава отговор на някои важни въпроси, свързани с това дали националните органи по конкуренция могат да налагат не само поведенчески, но и структурни мерки, а също така и въпросите относно максималния размер на глобите и периодичните имуществени санкции. Тези въпроси са оставени в дискреционната власт на всяка държава член, заедно с въпроса какви други санкции могат да се налагат за установените нарушения.

Макар по принцип националното законодателство на всяка държава членка да определя по какъв начин ще бъдат определени точните правомощия на националните органи за защита на конкуренцията за вземане на решения, държавите членки отново са ограничени от двата общи принципа на правото на ЕС за еквивалентност и ефективност.

II. Източници на процесуални права и гаранции, приложими в антитръстовото производство

Редица процесуални права и гаранции, свързани със защита на основни права на човека ограничават правомощията на органите за защита на конкуренцията във връзка с прилагането на забраните по чл. 101 и чл. 102 ДФЕС. Тези права и гаранции могат да бъдат изведени на първо място от Хартата на основните права на ЕС, но също така и от Европейската конвенция за защита правата на човека, общите принципи на правото на ЕС, производното право на ЕС (по-специално Регламент 1/2003 и Регламент 773/2004), а при определени обстоятелства и от собствените изявления и практики на Комисията.

1. Харта на основните права на ЕС

Член 6, пар. 1 от Договора за Европейския съюз (по-нататък „ДЕС“) в редакцията му след Ревизията от Лисабон изрично предвижда, че Съюзът зачита правата, свободите и принципите, определени в Хартата на основните права на ЕС, като ѝ придава същата юридическа сила като самите Учредителни договори. Хартата не създава нови права. Според Преамбюла нейна основна цел е да засили защитата на основните права, като ги направи „по-видими“. Хартата препотвърждава правата, произтичащи по-специално от конституционните традиции и международните традиции, общи за държавите членки, Европейската конвенция за защита правата на човека, както и от съдебната практика на съюзната юрисдикция и на Съда в Страсбург. Според чл. 52 от Хартата, който съдържа разпоредба относно тълкуване на правата, съдържащи се в Хартата:

„2. Признатите от настоящата Харта права, които са предмет на разпоредби на Договорите, се упражняват при определените в тях условия и граници.

3. Доколкото настоящата Харта съдържа права, съответстващи на права, гарантирани от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, техният смисъл и обхват са същите като дадените им в посочената Конвенция. Тази разпоредба не пречи правото на Съюза да предоставя по-широка защита.

4. Доколкото настоящата Харта признава основни права, които произтичат от общите за държавите-членки конституционните традиции, тези права трябва да бъдат тълкувани в хармония с тези традиции.

...

7. Разясненията, изготвени за да направляват тълкуването на настоящата Харта, се вземат надлежно под внимание от юрисдикциите на Съюза и на държавите-членки.“

Съгласно Разясненията, дадени на чл. 52, пар. 3 от Хартата, значението и обхватът на правата, които съответстват на гарантираните от ЕКПЧ права, трябва да се определят не само чрез позоваване на текста на Конвенцията, но и чрез позоваване на съдебната практика на ЕСПЧ. Следователно за правилното тълкуване на правата, съдържащи се в Хартата, е необходимо да се знае какъв е източникът на тези права. Разясненията към Хартата дават насоки в това отношение.

Основните разпоредби на Хартата, приложими в контекста на прилагането на антиотръстовите правила в ЕС, се съдържат в чл. 7 (зачитането на личния живот, жилището и съобщенията)¹⁶, чл. 41 (право на добра администрация, включително правото да бъдеш изслушан и правото на достъп до документи-

¹⁶ Съгласно разясненията към Хартата член 7 (зачитането на личния живот, жилище-то и съобщенията) има същото значение и същия обхват като чл. 8 от ЕКПЧ.

те от преписката)¹⁷, чл. 47 (правото на ефективни правни средства за защита и справедлив процес)¹⁸, чл. 48 (презумпция за невиновност и право на защита)¹⁹, чл. 49 (принцип на законност и пропорционалност на престъплението и наказанието)²⁰, чл. 50 (право на всеки да не бъде съден или наказван два пъти за едно и също престъпление или т.нар. *non bis in idem*)²¹.

Не на последно място сред разпоредбите на Хартата, които имат значение за прилагането на антитръстовото законодателство на Съюза трябва да се посочи и чл.52, пар. 1 ХОПЕС, според която *„всяко ограничаване на упражняването на правата и свободите, признати от настоящата Харта, трябва да бъде предвидено в закон и да защита основното съдържание на същите права и свободи. При спазване на принципа на пропорционалност ограничения могат да бъдат налагани, само ако са необходими и ако действително отговарят на признати от Съюза цели от общ интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора.“* Без съмнение, ефективното прилагане на членове 101 и 102 ДФЕС представлява така „цел от общ интерес, призната от Съюза“.²²

Значението на изискването, че ограниченията трябва да бъдат „предвидени от закона“ в областта на антитръста е илюстрирано изключително добре в решението на СЕС по делото *Knauf*²³. В него Съдът отменя решението на Общия съд, с което той постановява, че едно дружество не може да повдига за първи път пред него доводи за незаконосъобразност на решение на Комисията, позовавайки се на аргументи, които не е релевирал в административното про-

¹⁷ Член 41, пар. 1 и 2, б. „а“ и „б“ от Хартата (право на добра администрация) се основават на съдебната практика на СЕС, признаваща общите принципи на правото на ЕС, докато пар. 2, б. „в“ и пар. 3 и 4 от същата разпоредба, възпроизвеждат чл. 296 ДФЕС, чл. 340 ДФЕС и чл. 20, пар. 2, б. „г“ и чл. 25 ДФЕС.

¹⁸ Член 47, пар.1 от Хартата (право на ефективни правни средства за защита) се основава на чл. 13 ЕКПЧ, докато пар. 2 и 3 (право на справедлив процес) имат същото значение като чл. 6, пар. 1 ЕКПЧ.

¹⁹ Член 48 ХОПЕС (презумпция за невиновност и право на защита) има същия смисъл и обхват като чл. 6, пар. 2 и 3 ЕКПЧ.

²⁰ Член 49, пар. 1 и 2 ХОПЕС (принцип на законосъобразност на престъпленията и наказанията) имат същия смисъл и обхват като чл. 7 ЕКПЧ, докато чл. 49, пар. 3 (принцип на пропорционалност на наказанията) се основава на общи конституционни традиции на държавите членки на ЕС и съдебната практика на Съда на Европейските общности.

²¹ Член 50 ХОПЕС (право на всеки да не бъде съден или наказан два пъти в наказателното производство за същото престъпление) има същото значение като чл. 4 от Протокол № 7 към ЕКПЧ, но неговият обхват се разширява с това, че се прилага не само в рамките на юрисдикция на една държава, но в рамките на целия Европейския съюз.

²² CEO, Решение на Съда от 1 юни 1999 по дело C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton, International NV*, ECLI:EU:C:1999:269.

²³ CEC, Решение на Съда от 1 юли 2010 по дело C-407/08 P, *Knauf v Commission*, ECLI:EU:C:2010:389.

изводство. Според съюзната юрисдикция „при липсата на конкретно правно основание“ за подобно ограничаване на правата на засегнатите предприятия, не следва да бъде допускано подобно тълкуване, което се явява ограничаващо правото на ефективни правни средства за защита и на достъп до независим съд, гарантиран от чл. 47 ХОПЕС. Според решението по дело *Schecke u Eifert*, обаче СЕС е приел, че ограничение, предвидено в регламент на Комисията за прилагане на регламент на Съвета, може да се счита за „предвидено от закона“ по смисъла на член 52, пар. 1 ХОПЕС и да позволи ограничаване на някои от гарантираните права²⁴.

2. Европейска конвенция за защита правата на човека и основните свободи

Още преди влизането в сила на ревизията от Лисабон, СЕС нееднократно е „черпил вдъхновение“ от Европейската конвенция за правата на човека (към която са се присъединили всички държави членки на ЕС) и от практика на Европейския съд по правата на човека, тълкуващ Конвенцията, за да гарантира основните права на човека.

Основните разпоредби на Конвенцията, които са приложими в контекста на прилагането на антиitrustовите правила на ЕС, са чл. 6 (право на справедлив процес), чл. 7 (принцип на законоустановеност на наказанието), чл. 8 (право на зачитане на личния живот), чл. 13 (право на ефективни средства за защита) и чл. 4 от Протокол № 7 към Конвенцията (право на всеки да не бъде съден или наказван два пъти за едно и също престъпление или т.нар. *non bis in idem*).

През годините редица автори и жалбоподатели пред СЕС са твърдели и продължават да твърдят, че антиitrustовите процедури на ЕС не са в съответствие с Конвенцията. Основният им аргумент за подобно твърдение, произтича от припознаването на антиitrustовото производство, като такова, което има „наказателен“ характер и от там попадащо в обхвата на по-високата степен на защита на правата на разследвания, такава каквато тя е изведена в практиката на ЕСПЧ. Внимателният преглед на съдебната практика на Съда в Страсбург показва, че някои негови решения въвеждат изисквания по отношение на наказателните производства, които изглежда не са налице в антиitrustовите процедури на ЕС, поради и което антиitrustовите процедури на ЕС, според критиците са несъвместими с Конвенцията.

Подобно разбиране обаче не следва да бъде споделено тъй като то не отразява практиката на ЕСПЧ в нейната цялост. На първо място тя разграничава изискваното, според Конвенцията, ниво на защита, според обстоятелствата във всеки конкретен случай: *„Въпреки че правото на справедлив съдебен процес съгласно член 6 (ЕКПЧ) е безусловно право, това, което представлява*

²⁴ СЕС, Решение на Съда от 9 ноември 2010 по съединени дела C-92/09 и C-93/09, *Schecke and Eifert v Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:662, пар. 66.

справедлив съдебен процес, не може да бъде предмет на едно единствено правило, а трябва да зависи от обстоятелствата в конкретния случай.²⁵

В тази връзка особено важно в контекста на антитръстовите процедури на ЕС е разграничението, което Конвенцията прави между „наказателния процес“ в тесен смисъл и други области на правото, които прилагат способите на наказателната репресия в широк смисъл. Също така следва да се държи сметка и за разграничението в практиката на Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ) между физически лица, субект на наказателно преследване и юридическите лица, субекти на санкционни процедури.

Както вече бе отбелязано по-горе, решенията на Европейската комисия, приети въз основа на чл. 7 и/или 23 от Регламент 1/2003, с които се установява нарушение на членове 101 или 102 от ДФЕС и с които се разпорежда прекратяването му и/или се налагат глоби, имат санкционен характер и следователно попадат в по-широкото разбиране за „наказателно производство“ по смисъл на чл. 6 ЕКПЧ, а както самият ЕСПЧ посочва в решението си по делото *Jussila v Finland*²⁶ гаранциите, предвидени в чл. 6 ЕКПЧ, „не се прилагат задължително с пълната си строгост“ към санкционните производства, оставащи извън твърдата основа на наказателното право.

Разграничението между физическите и юридическите лица може също да бъде от значение за определяне равнището на защита, предлагано от Конвенцията.

Например, докато ЕСПЧ е постановил, че защитата на жилището, предвидена в чл. 8 ЕКПЧ, при определени обстоятелства може да бъде разширена, така че да обхваща и стопански помещения, той също така счита, че правото на публичните органи да се намесват в упражняването на това право, в съответствие с чл. 8, пар. 2 ЕКПЧ „може да е по-широкообхватно, отколкото би било в противен случай, ако се отнася за професионални или стопански дейности или помещения“²⁷.

Въз основа на разграничението между физическите и юридическите лица ЕСПЧ приема за съвместими с режима на Конвенцията, разлики в третирането на двете категории правни субекти по отношение на предоставянето на правна помощ. А в решението си от 26 август 2008 г. *VP Diffusion v France*²⁸ е отишъл дори още по-далече приемайки за допустима разликата в третирането

²⁵ ЕСПЧ, Решение на Европейския съд по правата на човека (Голям състав) от 29 юни 2007 г. по дело *O'Halloran and Francis v United Kingdom*, Applications nos. 15809/02 и 25624/02, пар. 53.

²⁶ ЕСПЧ, Решение на Европейския съд по правата на човека (Голям състав) от 23 ноември 2006 г. по дело *Jussila v Finland*, Application no. 73053/01, пар. 43.

²⁷ ЕСПЧ, Решение на Европейския съд по правата на човека от 16 април 2002 г. по дело *Colas Est and Others v France*, Application No 37971/97, пар. 41, и Решение на ЕСПЧ от 16 декември 1991 г. по дело *Niemietz v Germany*, Application no. 13710/88, пар.19.

²⁸ ЕСПЧ, Решение на Европейския съд по правата на човека от 26 август 2008 г., по дело *VP Diffusion v France*, Application No 14565/04.

между юридическите лица със стопанска цел, от една страна и юридически лица с нестопанска цел, от друга.

Разликата между физическите и юридическите лица може също да бъде от значение и при признаване на привилегията срещу самоинкриминиране. Всички съществуващи решения на ЕСПЧ относно тази привилегия, както и по отношение на правото на мълчание са постановени по дела, засягащи физически лица. ЕСПЧ все още не е сезиран със случай, касаещ юридическите лица. В същото време Германският конституционен съд обаче е приел, че привилегията срещу самоинкриминиране, съдържаща се в германската конституция, не се отнася до юридически лица, тъй като тя се основава на защитата на човешкото достойнство²⁹. По същия начин, съгласно Върховния съд на САЩ, юридическите лица не могат да се позовават на тази привилегия³⁰.

3. Общи принципи в правото на ЕС

Член 6, пар. 3 от ДЕС гласи: *„Основните права, както са гарантирани от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи и както произтичат от общите конституционни традиции на държавите-членки, са част от правото на Съюза в качеството им на общи принципи.“* Тази редакция отразява практиката на съюзната юрисдикция през годините, водеща до изграждането на автономна система за защита на основните права в рамките на ЕС. След влизането в сила на Договора от Лисабон, и придаването на Хартата на основните права на ЕС на същата юридическа сила като Договорите, конституционните традиции на държавите членки и общите принципи на правото на ЕС днес са преди всичко субсидиарни и допълващи се източници на процесуални права, които могат да служат за запълване на нормативна празнота.

4. Производно право в областта на конкуренцията

Сред производното право на ЕС в областта на конкуренцията, Регламент 1/2003 и Регламент 773/2004 на Комисията имат водещо място при определянето на редица от процедурните права и гаранции, които следва да бъдат спазвани в производствата по прилагане на членове 101 и 102 от ДФЕС от страна на Комисията. Съображение 37 от Регламент 1/2003 гласи, че *„(с) настоящият регламент се зачитат основните права и се съблюдават принципите, прогласени по-специално с Хартата на Европейския съюз за основните права. Съответно настоящият регламент следва да се тълкува и прилага при зачитане на тези права и принципи.“*

²⁹ Решение на Федералния конституционен съд на Германия от 26 февруари 1997 г., 1 BvR 2172/96.

³⁰ Решение на Върховния съд на Съединените американски щати от 22 юни 1988 г. *Braswell v United States*, 487 U.S. 99 (1988).

Без да се претендира за изчерпателност, тук ще бъдат посочени само няколко примера за права и гаранции, произтичащи от вторичното право на Съюза в областта на конкуренцията. Така например чл. 18 от Регламент 1/2003 постановява, че Комисията може да отправя искания за предоставяне на информация единствено и само с цел изпълнение на задълженията ѝ, възложени с настоящия Регламент, и че в искането или решението задължително се посочва правното основание и целта на искането. В своята практика Съдът на ЕС е разтълкувал тези изисквания в смисъл, че те означават, че искането за информация трябва да посочва с „разумна точност“ предполагаемото нарушение на чл. 101 или чл. 102 ДФЕС и че то може да бъде направено само и единствено ако Комисията може основателно да предположи към момента на отправяне на искането за предоставяне на информация, че даденият документ или друга поискана информация биха могли да ѝ помогнат да установи дали е извършено твърдяното нарушение³¹. Съгласно решението по делото *Orkem*³² Комисията не може да използва правомощията си по чл. 18 от Регламент 1/2003, за да принуди предприятията, че са извършили нарушение на чл. 101 или чл. 102 ДФЕС, а според решението по делото *AM&S*³³ Комисията не може да използва своите правомощия за разследване, за да получи достъп до документи, обменяни между дадено предприятие и неговите правни консултанти. В решението си Съдът е определил два критерия за това документите да бъдат защитени с т.нар. „правна привилегия“. Първо, документът трябва да е изготвен за целта и в интерес на правото на защита на клиента. Второ, документът трябва да произхожда от „независим адвокат“.³⁴ Комисията има право да разгледа само заглавната част на документа, за да провери дали тези условия са изпълнени.³⁵

³¹ Заключение на Генералния адвокат Сър Франсис Джейкъбс от 15 декември 1993 г. по дело C-36/92P, *SEP v. Commission*, ECLI:EU:C:1993:928. Това заключение е изрично възприето от Съда в неговото решение от 19 май 1994 г.

³² CEO, Решение на Съда от 18 октомври 1989 г. по дело C-374/87, *Orkem v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1989:387.

³³ CEO, Решение на Съда от 18 май 1982 г. по дело 155/79, *AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1982:157.

³⁴ Пак там, пар. 21: „Освен тези разлики обаче в националните законодателства на държавите членки се съдържат общи критерии, доколкото тези закони защитават, при сходни обстоятелства, поверителността на писмените съобщения между адвокат и клиент, при условие че, от една страна, тези съобщения се правят за целите и в интерес на правото на защита на клиента, а от друга страна, те произхождат от независими адвокати, т.е. от адвокати, които не са обвързани с клиента чрез зависимост от заетостта.“ Вж. също ПИС, Заповед на Първоинстанционния съд от 4 април 1990 г. по дело T-30/89, *Hilti Aktiengesellschaft/Комисия*, Сборник, 1990 г., стр. II-163, както и Решение на Първоинстанционния съд от 17 септември 2007 г. по съединени дела T-125/03 и 253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2007:287, пар. 117.

³⁵ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 17 септември 2007 г. по съединени дела T-125/03 и 253/03, цит.по-горе в бележка 34, пар.134.

Друг пример за подобни процесуални права и гаранции може да се открие в чл. 27, пар. 1 от Регламент 1/2003, който предвижда, че преди да бъде взето решение за установяване на нарушение, разпореждане за неговото прекратяване, постановяване на временни мерки и/или налагането на глоби, Комисията е длъжна да предостави на предприятието или на сдруженията на предприятия възможност да бъдат изслушани по въпросите, за които Комисията е направила възражение. Комисията може да основе своето решение само на онези възражения, по които разследваните предприятия са имали възможност да изразят мнение и да дадат становище.

От тази гледна точка, следва да бъде отбелязано, че по отношение на някои процесуални права и гаранции Регламент 1/2003 на практика кодифицира съдебната практика на съюзната юрисдикция. Така например член 20, параграф 8 от Регламент № 1/2003, който определя ролята на националните съдилища при предоставяне на разрешение за подпомагане от страна на националните органи в случай на възпрепятстване на проверка, разпоредена от Комисията, потвърждава решението по делото *Roquette*³⁶. Второто изречение на съображение 23 от Регламент № 1/2003 пък закрепва съдебната практика по делото *Orkem* относно самоинкриминирането.

Подобна законодателна кодификация на съдебната практика повдига въпроса до каква степен СЕС следва да се счита обвързан от нея или от гледните точки, изразени в законодателния процес, в случаите, когато страните в процеса поискат от него да разшири обхвата на процесуалните права и гаранции. Този въпрос е обсъден в решението по делото *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals*³⁷. Едно от повдигнатите възражения по делото е във връзка с разширяване на обхвата на „адвокатската привилегия“, призната в *AM&S* по начин, който да позволи в приложното ѝ поле да попаднат и юрисконсултните на предприятията. В тази връзка Генералният адвокат Kokott застъпва становището, че „за разлика от становището на *ECLA*, така изразените намерения на законодателя на Съюза не са ирелевантни само поради това че биха могли да са мотивирани поне отчасти от правно-политически съображения. Напротив, именно когато Съдът е призван да доразвие правото на Съюза чрез признаване на общи правни принципи, той не може да не отчете правно-политически мотивирани становища на институциите на Съюза.“³⁸

³⁶ CEO, Решение на Съда от 22 октомври 2002 г. по дело C-94/00, *Roquette Frères SA v Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, and Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:2002:603.

³⁷ CEC, Решение на Съда от 14 септември 2010 г. по дело C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission*, ECLI:EU:C:2010:512.

³⁸ Заключение на генералния адвокат Джулиан Кокот от 29 април 2010 г. по дело C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission*, ECLI:EU:C:2010:229, пар. 107.

Освен посочените регламенти, сред производното право на ЕС в областта на конкуренцията съществена роля за гарантиране на основните права на човека има и новоприетата Директива 2019/1 на Съвета и Парламента за предоставяне на правомощия на органите по конкуренция на държавите членки, за да бъдат по-ефективни в правоприлагането, и за гарантиране на правилното функциониране на вътрешния пазар. В чл. 3 от Директивата изрично е предвидено, че при упражняването на правомощията, предоставени на националните органи за защита на конкуренцията, включително правомощията за провеждане на разследвания, следва да бъде предмет на подходящи гаранции, като общите принципи на правото на Съюза и Хартата се разглеждат като минимални стандарти и държавите членки могат да предоставят по-висока степен на защита. Тези минимални гаранции включват правото на добра администрация и зачитането на правото на защита на предприятията, съществен елемент от което е правото на изслушване.

5. Съобщения на Комисията. Практика на Комисията

Сред производните източници в областта на конкуренцията специално внимание следва да бъде обърнато на т.нар. атипични източници и в частност на съобщенията и известията на Комисията. Тези актове, въпреки че нямат правнообвързващо действие за третите лица, могат да проявят правни последици по отношение на институциите, които са ги приели. Посредством подобни актове Комисията често е заявявала едностранно, приемането на процедурни правила в работата си, които надвишават изискванията, определени в съдебната практика на СЕС, в регламентите или други правнообвързващи актове. Например в своя Дванадесети доклад за политиката в областта на конкуренцията, публикуван през 1983 г., Комисията създава процедура за предоставяне на достъп до преписката. Шест години по-късно в решението си по дело *Hercules Chemicals*³⁹ Първоинстанционният съд приема, че дори да не е имало предварително задължение за Комисията да предостави такъв достъп до преписката, Комисията не може да се отклони от правилата, които сама си е наложила.

През 2011 г. Комисията публикува „Най-добри практики“ относно провеждането на производства във връзка с членове 101 и 102 ДФЕС, като обяви редица изменения в своите процедури, предназначени да подобрят прозрачността и предвидимостта.⁴⁰

³⁹ ПИС, Решение на първоинстанционния съд от 17 декември 1991 г. по дело T-7/89, *Hercules Chemicals v Commission*, ECLI:EU:T:1991:75.

⁴⁰ Известие на Комисията относно най-добрите практики за водене на производства, свързани с членове 101 и 102 ДФЕС (текст от значение за ЕИП), 2011/C 308/06 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC1020\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC1020(02)&from=EN)

III. Практическо приложение на процесуални права и гаранции в производствата по чл. 101 и чл. 102 ДФЕС

Както вече бе споменато съществуват редица права и процесуални гаранции, произтичащи от ХОПЕС, които в една или друга степен ограничават правомощията на правоприлагащите органи (било то Комисията, било националните органи по защита на конкуренцията, било националните съдилища). Това особено ясно проличава от внимателния анализ на съдебната практика, свързана с членове 41, 47, 48, 49 и 50 от Хартата.

1. Право на ефективно участие в антигръстови производства

Всяко предприятие, обект на разследване от страна на органите на конкуренцията за предполагаемо нарушение на правилата на чл.101 и чл.102 ДФЕС, трябва да може да участва ефективно в административното производство. Според него, всяко предприятие, обект на проверка трябва да има възможност да бъде представявано във всички етапи от процедурата (било чрез своите законни представители или било от представители, упълномощени съобразно устройствения им акт) и да бъде подпомагано от адвокат. За целта разследваните субекти могат да ангажират и външен за тях правен съветник.

Това право намира своето нормативно признаване в чл. 47, пар. 2 ХОПЕС, както и в практиката на СЕС. То се явява неразделна част от правото на изслушване и правото на справедлив съдебен процес, предвидено в член 6 ЕКПЧ.⁴¹

Правото на ефективно участие в производството намира проявление в няколко аспекта.

⁴¹ Вж. чл. 18, пар. 4 от Регламент (ЕО) № 1/2003, в който се предвижда, че: „*собствениците на предприятията или техните представители и, в случай на юридически лица, дружества или асоциации, които нямат юридическа правосубектност, лицата, упълномощени да ги представляват по закон или по силата на учредителни актове, предоставят поисканата информация от името на съответното предприятие или сдружение на предприятия. Надлежно упълномощени адвокати могат да предоставят информацията от името на своите клиенти. Последният остава изцяло отговорен, ако предоставената информация е непълна, неточна или подвеждаща*“. Дори ако правото на ефективно участие в антигръстови производства не бъде включено в Регламент (ЕО) № 1/2003, се уточнява, че член 27 е посветен на правото на изслушване. Преди да вземе решения за налагане на глоба или периодична имуществена санкция, за постановяване на временни мерки и за установяване на нарушение, Комисията дава възможност на *предприятията, които са обект на производството*, „да бъдат изслушани по въпросите, по които Комисията е направила възражение“. След като спомена правото на изслушване, Регламент (ЕО) № 1/2003 постановява по-общо, че „*правото на защита на засегнатите страни се зачита в пълна степен в хода на производството*“. Това може да означава, че правото на обвиняемия да участва по ефективен начин в наказателно или административно наказание.

На първо място посредством него се гарантира на разследваните предприятия да се ползват от помощ и/или съдействие от адвокат⁴². Това е особено важно с оглед на факта, че в рамките на разследването ЕК или националните органи по защита на конкуренцията могат да изискват устни обяснения от служители на предприятия, а съобразно трайната практика на СЕС (а и на ЕСПЧ) устните обяснения могат да бъдат валидни само ако на лицето, което е разпитвано, му е било предоставена възможността да се ползва от съдействието на адвокат. Това е така, защото адресатите на подобни искания могат да бъдат подвеждани под отговорност за своите декларации съгласно националното законодателство. Подобна хипотеза е налице в държавите членки, които са предвидили криминализация на нарушенията на антитръстовите правила.

С оглед на изчерпателността и обективността на настоящето изследване, следва да се отбележи, че в доктрината се застъпва и друга теза, а именно, че доколкото разпитваното лице е служител на предприятието, стандартните права и гаранции, предоставени на последното в административното производство, следва да се считат и за защита и на неговите служители. При тази хипотеза помощта на адвокат не би била предпоставка за валидността на събраните по този начин гласни доказателства. Като допълнителен аргумент в подкрепа на това виждане може да се посочи и чл. 12, пар. 3 от Регламент 1/2003, който ограничава възможността националните органи по конкуренцията да използват доказателствата, събрани от Комисията, за налагане на наказания за лишаване от свобода на физически лица. Следователно рискът от последващи наказания за служителите в съответствие с националното законодателство в областта на конкуренцията е ограничен, въпреки, че не е напълно изключен. Тук е мястото да се посочи също така, и че ако Комисията въз основа на събраните материали открие официално производство, то по принцип националните органи са възпрепятствани да образуват производство за същото нарушение съгласно чл. 11, пар. 6, като по този начин допълнително се ограничава този риск.

На второ място, правото на ефективно участие в производството обхваща и гаранциите, които се предоставят по отношение на поверителността на документите, обменяни между дадено предприятие и неговите правни консултанти. Според Съда на ЕС тези документи не следва да попадат в обсега на проверка на Комисията. Този принцип, известен като *„адвокатска привилегия“* (legal privilege), за първи път е утвърден от СЕС в решението по вече цитираното дело *AM & S*⁴³. Според съюзните съдии, гарантирането на адво-

⁴² **Blanco**, Luis Ortiz. EU Competition procedure. Oxford: University press, 2013, 336–337.

⁴³ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 17 септември 2007г. по съединени дела T-125/03 и 253/03, цит.по-горе в бележка 34, пар.18: *„Законодателството на Общността, което води не само до икономически, но и до юридическо тълкуване на държавите членки, трябва да вземе предвид принципите и понятията, които са общи за законодателствата на тези държави относно спазването на поверителност, по-специално*

катската тайна, насърчава дадения клиент да предостави всички необходими документи и допълнителна информация без страх от разкриване, което пък от своя страна ще позволи на процесуалния представител да представлява своя клиент по най-ефективния начин в започнатото производство.

В решението си по делото *AM&S* Съдът е извел два критерия, които трябва да са налице, за да може процесните документи да се ползват от предоставената „привилегия“. Първо, документът трябва да е изготвен за целта и в интерес на правото на защита на клиента. Второ, документът трябва да произхожда от „*независим адвокат*“.⁴⁴ За да установи дали посочените критерии са изпълнени по отношение на даден документ или не, ЕК има правото да поиска да се запознае със заглавната част на документа, който следва да отразява тази информация.⁴⁵

Професионалната привилегия обхваща всички писмени съобщения, обменяни след началото на антитръстовото производство, както и по-ранни писмени съобщения, но само когато те са съставени „с изключителна цел“ да се потърси правна консултация от адвокат при упражняване на правото на защита. Например документите, изготвени с адвокат в контекста на програма за съответствие, са изключени от привилегията, тъй като такива програми „*често обхващат информация, която надхвърля упражняването на правото на защита*“⁴⁶. Също така самият факт, че даден документ е бил обсъждан с адвокат, сам по себе си не е достатъчен, за да може той да се ползва от привилегията.

Както вече бе споменато в предходната част на настоящото изследване, в решенията си по делата *AM&S*, а по-късно и в *AKZO* Съдът изключва изрично юрисконсултите от привилегията. За разлика от адвокатите, юрисконсултите не са обвързани от същите професионалните етични задължения. Освен това те са подчинени на йерархично трудово правоотношение⁴⁷, поради и което Съдът е счел, че правните консултации, предоставени от ведомствените юристи не могат да се считат за независими.

Тази практика е силно критикувана както от страна на доктрината, така и от самите предприятия⁴⁸. Основната критика е насочена към факта, че горесцитираната практика маргинализира ролята на юрисконсултите при организирането на защитата, включително по отношение на избора на външен за предприятието процесуален представител. СЕС като, че ли до известна степен е чул тези

по отношение на някои съобщения между адвокат и клиент“. Този принцип произтича от националната съдебна практика по наказателни дела.

⁴⁴ Пак.там. пар. 21.

⁴⁵ Пак, там.пар.134.

⁴⁶ Пак.там, пар.127.

⁴⁷ CEO, Решение на Съда от 18 май 1982 г. по дело 155/79, цит.по-горе в бележка 33, пар. 44.

⁴⁸ Виж по въпроса **Coen**, Philippe и **Christophe Roquilly** (Eds.). *Company Lawyers: Independent by Design*. ECLA White Paper, LexisNexis, 2014.

критики и в последващата си практика признава, че два вида документи, изготвени от юрисконсултите, могат да се възползват от привилегията. Тези документи са, от една страна, вътрешните бележки с цел търсене на външни правни съвети при упражняването на правото на защита на предприятието⁴⁹, и второ, подготвителните документи, създадени изключително с цел да се потърси правна консултация от външен адвокат в изпълнение на права на защита.⁵⁰

2. Право на достъп до преписката

Правото на достъп до преписката се изразява във възможността разследваното предприятие да се запознае с всички документи, събрани в производството и причислени към преписката на Комисията. Това е от ключово значение, за да се гарантира, че предприятието се намира в равнопоставено положение с Комисията.

Фундаменталният характер на това право се потвърждава от факта, че то е закрепено във всеки един от изброените в предходния раздел източници, гарантиращи защитата на основните права и в частност в чл. 41, пар. 2, б. „б“ ХОПЕС. Според Комисията това право е *„една от процесуалните гаранции за прилагане принципа на равнопоставеност и за съблюдаване правото на защита“*.⁵¹ Тази двойна обосновка прониква и в практиката на съдилищата на ЕС. От една страна, Съдът на Европейските общности е постановил, че правото на достъп до преписката на Комисията е *„процесуална гаранция, предназначена да защитава правото на защита“* и *„съществена предпоставка за ефективното упражняване на правото на изслушване“*, което позволява на предприятията да изразят мнението си относно предварителните заключения, направени от Комисията⁵². От друга страна, Съдът е постановил в решението си по делото *Sweden and API*, че това право представлява част от принципа на равни процесуални възможности, което е само следствие от самото понятие за справедлив процес⁵³.

От практическа гледна точка правото на достъп до преписката означава, че заинтересованите страни трябва да могат да представят своите забележки по жалбите/възраженията, повдигнати срещу тях, преди окончателното ре-

⁴⁹ ПИС, Заповед на Първоинстанционния съд от 4 април 1990г. по дело Т-30/89, цит. по-горе в бележка 34.

⁵⁰ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 17 септември 2007г. по съединени дела Т-125/03 и 253/03, цит. по-горе в бележка 34, пар.123.

⁵¹ Известие на Комисията относно правилата за достъп до преписката на Комисията при производства по членове 81 и 82 от Договора за ЕО, членове 53, 54 и 57 от Споразумението за ЕИП и Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета (2005/С 325/07). Текст от значение за ЕИП. ОВ С 325, 22.12.2005 г., с. 7–15, пар.1.

⁵² ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 30 септември 2009 г. по дело Т-161/05, *Hoechst GmbH v Commission*, ECLI:EU:T:2009:366, пар.160.

⁵³ СЕС, Решение на Съда от 21 септември 2010 г. по съединени дела C-514/07 P, C-528/07 and C-532/07 P, *Sweden and API v Commission*, ECLI:EU:C:2010:541, пар.88.

шение⁵⁴. Съгласно члл 27, пар. 2 от Регламент 1/2003 и членове 15 и 16 от Регламент на Комисията 773/2004 ЕК трябва да разкрие на адресатите на предявените възражения документите, на които възнамерява да се позове в окончателното си решение. Освен това страните следва да бъдат информирани за фактите, на които се основават тези жалби/възражения.

Това обаче не означава, че разследваното предприятие следва да разполага с достъп до цялата преписка на Комисията. Така например, решението на Комисията няма да бъде отменено, ако исканият документ се състои от публично достъпна информация. В решението по делото *ICI*, Съдът постанови, че отказът за разкриване на пазарна информация, която подкрепя установяването на господстващо положение, не опорочава решение на Комисията, тъй като съдържащата се в преписката информация е от такъв характер, че не може да не е известна на разследваното предприятие⁵⁵. Или както отбелязва генералния адвокат Вестрдорф в заключенията си по дело *T-1/89, Rhone-Poulenc SA v Commission*, правото на достъп до преписката изисква страните „да бъдат запознати с всички материали от значение за решаването на делото“ и да бъдат сигурни, че „не съществува друг документ, който да е релевантен“⁵⁶.

Видно от горепосоченото правото на достъп до преписката въпреки, че е фундаментално за гарантиране правата на предприятията, не е безгранично и има някои ограничения.

На първо място, съгласно Регламент 773/2004, правото на достъп до преписката не обхваща поверителна информация. Това ограничение произтича от общото право на професионална тайна, защитено в чл. 339 ДФЕС и приложено в членове 27 и 28 от Регламент 1/2003.

Внимателният преглед на съдебната практика показва, че една значителна част от споровете относно прилагането на ограничението на правото на достъп до преписката се отнасят до откази на ЕК, мотивирани с аргумента за защита на търговски тайни⁵⁷. Въпреки това, дори Комисията да смята, че достъпът следва да бъде ограничен, то тя трябва да се опита да предостави ограничен достъп под формата на неуповителна версия на първоначалната информация⁵⁸.

⁵⁴ CEO, Решение на Съда от 13 юли 1966 г. по съединени дела 56/64 и 58/64, *Etablissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission*, ECLI:EU:C:1966:41.

⁵⁵ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 29 юни 1995 г. по дело *T-36/91, Imperial Chemical Industries v Commission*, ECLI:EU:T:1995:118, пар. 216.

⁵⁶ Заключение на съдия Bo Vesterdorf, определен за генерален адвокат ad hoc от 10 юли 1991 г. по дело *T-1/89, Rhone-Poulenc SA v Commission*, ECLI:EU:T:1991:38.

⁵⁷ **Bernatt**, Marciej, Right to Be Heard or Protection of the Confidential Information? Competing Guarantees of Procedural Fairness in the Proceedings Before the Competition Authority. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2010 Vol. 3, № 3, 53–70.

⁵⁸ Известие на Комисията относно правилата за достъп до преписката на Комисията при производства по членове 81 и 82 от Договора за ЕО, членове 53, 54 и 57 от Споразумението за ЕИП и Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета (2005/С 325/07) Текст от значение за ЕИП. ОВ С 325, 22.12.2005 г., стр. 7–15, пар. 17

Информацията се класифицира като поверителна само когато въпросното лице или предприятие е направило нарочно искане за това и Комисията го е приела⁵⁹. Лицето или предприятието трябва да представи мотиви за класифицирането на документа като поверителен⁶⁰.

На второ място, *„правото на достъп до преписката не се разпростира върху [.....] вътрешни документи на Комисията или на органите в областта на конкуренцията на държавите-членки.“*⁶¹. Това ограничение е необходимо, за да се запази способността на органите по защита на конкуренция да изпълняват своите задачи, и по-специално да разследват и разкриват антиконкурентни практики.

Последиците, свързани с нарушение на правото на достъп до преписката, са установени за първи път в решението по делото *Soda Ash*. Видно от фактите по делото ЕК е наложила на химико-преработвателното предприятие *Solvay SA* глоба за антиконкурентни споразумения и злоупотреба с господстващо положение на пазара на сода. Първоинстанционният съд потвърждава решението на Комисията, но намалява размера на глобата с 25%. Това решение е обжалвано от *Solvay* пред Съда на Европейските общности. Съдът на ЕС отменя решението на долната инстанция, постановявайки, че са налице съществени нарушения на процесуалните права и гаранции на *Solvay SA*, а именно, че Комисията не е предоставила достъп до преписката и дори е загубила редица документи. Съдът посочва в решението си, че ако тези документи са били предоставени на *Solvay*, то резултатът от производството би могъл да бъде различен. Тоест, в случай на незаконосъобразен отказ за предоставяне на достъп до оневиняващи документи, е налице основание за отмяната на обжалваното решение по реда на чл. 263 ДФЕС.

В решението си по делото *Hercules CEO* е прецизирал практиката си, свързана с нарушенията на правото на достъп до преписката, които са годни да доведат до отмяна на акта. В мотивите на решението си съда постановява, че *„нарушаването на тези общи принципи на общностното право в процедурата преди приемането на решението може по принцип да доведе до анулиране на решението, ако посредством отказа е нарушено правото на защита на съответното предприятие. В такъв случай извършеното нарушение не може да бъде санирано от факта, че достъпът е станал възможен на по-късен етап, и по-специално по време на съдебното производство, свързано с искане за отмяна на обжалваното решение. Такова нарушение обаче не води автоматично до отмяна на процесното решение, освен ако съответното предприятие не докаже, че е могло да използва документите, до които му е бил отказан достъп за неговата защита.“*⁶²

⁵⁹ Пак там. пар. 21.

⁶⁰ Пак там. пар. 22.

⁶¹ Чл. 15 от Регламент 773/2004.

⁶² ПИС, Решение на първоинстанционния съд от 17 декември 1991 г. по дело T-7/89, цитирано по-горе в бележка 39.

Тоест практиката по делото *Hercules* установява стандарт, според който правото на достъп до документите от преписката, гарантирано и в чл. 41, пар. 2, б. „б“ от Хартата налага ограничения на Комисията да оценява и да решава еднолично какъв документ е от полза за защитата на предприятието.

Неспазването на задължението за предоставяне на достъп до преписката по принцип може да доведе до отмяна на обжалваното решение. Това обаче е така само ако i) съответното предприятие може да докаже, че Комисията е използвала този документ в подкрепа на възраженията си, и ii) окончателното решение е щяло да бъде различно, ако поисканият документ е бил оповестен.⁶³

3. Правото на изслушване

Съществен елемент от правото на защита е правото на всяко лице да представи своите възражения относно истинността на събраните доказателства и основателността на твърдяното нарушение. За първи път това право е изведено от СЕС в решението му по делото *Transocean Marine Paint*. Днес то е основен принцип на правото на ЕС, дълбоко вкоренен в няколко текста от производното право, като Регламент 1/2003, Регламент 773/2004, Насоките за добри практики и Хартата.

Правото на изслушване изисква всяко предприятие, което е обект на разследване от ЕК или националните органи по защита на конкуренцията, да има възможност да изложи своето становище относно истинността и релевантността на фактите, обвиненията и обстоятелствата, на които се позовава компетентният орган. В тази връзка следва да бъде отбелязано едно важно разграничение, прокарано от СЕС в решението делото *National Panasonic*⁶⁴. В него на първо място Съдът постановява, че между решенията на Комисията, взети при упражняване на правомощията по разследване, и тези, предприети за прекратяване на нарушение, съществува съществена разлика. Разграничаването се състои в това, че разследванията на Комисията имат за цел да дадат възможност да се съберат необходимите доказателства, за да се оцени реалното съществуване и обхвата на правната и фактическа обстановка и не са насочени пряко към предизвикване промяна в правната сфера на лицата, докато актовете насочени към прекратяване на нарушението, почиват на вече събрана информация и имат за своя основна цел именно внасянето на промяна в правната сфера на предприятието. Оттук СЕС заключава, че следователно Комисията не е длъжна да осъществява комуникация с предприятието, преди да вземе решение за започване на разследване, като по-сетне в решението се посочва, че по отношение валидността на разследването на Комисията и

⁶³ **Van Bael**, Ivo. *Insufficient Control of EC Competition Law Enforcement*. Fordham Corporate Law Institute, 1993, с.742.

⁶⁴ CEO, Решение на Съда от 26 юни 1990 г. по дело 136/79, *National Panasonic (UK) Limited v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1980:169.

защитата на основните права на предприятията, Комисията би могла да осъществява разследване и да извършва проверки съгласно членове 18 и 20 от Регламент 1/2003, без да е необходимо да спазва правото на предприятията да бъдат изслушани⁶⁵. Тоест задължението, което Комисията има да обезпечи правото на изслушване, се отнася до онези хипотези, при които Комисията упражнява свои правомощия, свързани с прекратяване на нарушението⁶⁶.

По този начин на практика Комисията трябва да даде възможност на предприятията да бъдат изслушани във всички случаи, когато отправя твърдения за нарушение. Това се потвърждава и от редакцията на чл. 27, пар. 1 от Регламент 1/2003г., където е посочено, че правото на устно изслушване се отнася само за решения на Комисията по членове 7, 8, 23 и чл. 24, пар. 2 от Регламента⁶⁷. Тези разпоредби се отнасят до установяването на нарушение, налагането на временни мерки, налагането на глоба и окончателното определяне на периодична имуществена санкция. В Комисията за целта е създадена фигурата на длъжностното лице по изслушванията (на англ.ез. – Hearing Officer), който е независим и чиято задача е да организира устните изслушвания и да гарантира ефективното упражняване на процесуалните права през цялата административна процедура, като липсата на тази фигура по време на изслушванията води до процесуална незаконосъобразност на решенията на Комисията⁶⁸.

4. Право на решаване на делата в разумен срок

Всяко едно предприятие, обект на производство от страна на Комисията или национален орган по защита на конкуренцията има правото преписката да бъде разгледана и решена в разумен срок. Комисията не трябва да оставя правните субекти в състояние на трайна правна несигурност⁶⁹. Най-често това право се релевира в случаите, когато на ЕК ѝ отнеме твърде много време, за да постанови своето решение⁷⁰. Но също така това право е противопоставяно на институцията и в случай, когато последната публикува решение, преди да е уведомила за това адресатите му. В този случай нарушението

⁶⁵ Пак там., пар. 17-22.

⁶⁶ Пак там.

⁶⁷ **Beumer**, Elsbeth. The Interaction between EU Competition Law Procedures and Fundamental Rights Protection: the Case of the Right to Be Heard. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2014 Vol. 7, № 10, 28-29.

⁶⁸ Decision of 13 October 2011 on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition proceedings (2011) OJ L 275/59.

⁶⁹ CEO, Решение на Съда от 17 декември 1998 г. по дело C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH v Commission*, ECLI:EU:C:1998:608, пар. 21; виж също: Решение на Съда от 1 юли 2008г по съединени дела C-341/06 и C-342/06 P, *Chronopost and La Poste v UFEX and others*, ECLI:EU:C:2008:375, пар.45.

⁷⁰ CEO, Решение на Съда от 18 март 1997 г. по дело C-282/95 P *Guérin automobiles v Commission*, ECLI:EU:C:1997:159, пар. 38.

се изразява в забавяне от страна на Комисията да обяви решението си на своите адресати⁷¹.

Основополагащо в тази връзка е решението на СЕС по делото *SCK / FNK*⁷². Това решение (и следващите) установява, че правото на решаване на делата в разумен срок произтича от принципа на ефективна съдебна защита⁷³. Това се потвърждава и от практиката на ЕСПЧ по прилагането на член 6, параграф 1 от ЕКПЧ, където изрично е посочено, че всяко лице има право на справедливо и публично гледане на неговото дело в разумен срок. Член 47 от Хартата съдържа подобен текст. Все пак обаче не следва да се забравя и фактът, че това право е производно и на правото на добра администрация, закрепено изрично в чл. 41 от Хартата.

Нито Конвенцията, нито Хартата, нито Съдът са дали определение за това какво следва да се разбира под „разумен срок“⁷⁴. Според последния оценката трябва да се извършва за всеки отделен случай, в зависимост от конкретните обстоятелства⁷⁵. Оценката обаче трябва да почива на няколко критерия, които СЕС е извел: а) значение на делото за съответното лице; б) сложност на случая; в) поведение на лицето, както и г) на компетентните органи⁷⁶. Тук е мястото да бъде споменато, че преценката на обосноваването на разглеждания период не изисква системно проучване на обстоятелствата по делото с оглед на всеки от четирите гореспоменати критерия, когато продължителността на производството изглежда оправдана с оглед на едно от тях. Следователно сложността на делото или поведението на жалбоподателя само по себе си може да се счита като годно основание за една прекомерна на пръв поглед продължителност. Валидно е обаче и обратно, а именно необходимото време може да се счита за нарушаващо „разумния срок“, и в светлината на само един критерий, особено когато продължителността му е следствие от поведението на компетентните органи⁷⁷.

⁷¹ CEO, Решение на Съда от 8 ноември 1983г. по съединени дела 96/82-102/82, 104/82, 105/82 и 110/82 *IAZ v Commission*, ECLI:EU:C:1983:310, пар. 16.

⁷² ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 22 октомври 1997 г. по съединени дела T-213/95 и T-18/96, *SCK and FNK v Commission*, ECLI:EU:T:1997:157.

⁷³ CEO, Решение на Съда от 13 март 2007 г. по дело C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, пар. 37.

⁷⁴ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 1 юли 2008 г. по дело T-276/04, *Compagnie Maritime Belge v Commission*, ECLI:EU:T:2008:237, пар. 41 и сл.

⁷⁵ CEO, Решение на Съда от 15 октомври 2002 г. по дело C-238/99, *LVM v Commission*, ECLI:EU:C:2002:582, пар. 192 и сл.

⁷⁶ CEO, Решение на Съда от 17 декември 1998 г. по дело C-185/95 P, цитирано по-горе в бележка 69, пар. 29.

⁷⁷ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 20 април 1999 г. по съединени дела T-305/94-307/94, T-313/94-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 и T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV and others v Commission*, ECLI:EU:T:1999:80, пар.188.

Правото на решаване на делото в разумен срок за целите на конкуренцията се прилага за периода, който започва с предявяването на възражението от страна на Комисията или националния орган по защита на конкуренцията и завършва с приемането на окончателно решение. Преди предявяването на възражението за твърдяно нарушение Комисията може да отдели толкова време, колкото счита тя еднолично за необходимо, за да разследва случая и да събира доказателства. Това е така, защото самото разследване само по себе си не може да засегне правата на защита, тъй като засегнатите предприятия не подлежат на официално обвинение, докато не получат предявеното възражение⁷⁸.

Независимо от това, Съдът на ЕС призна, че при определени обстоятелства прекомерната продължителност по време на фазата на разследване може да намали ефективността на правото на защита във втората фаза на административното производство. Например, ако разследването е продължително, Комисията ще бъде в състояние да представи прекалено голям брой утежняващи доказателства, което на свой ред увеличава тежестта на доказване, която пада върху разследваното предприятие и способността му да се защити ефективно в строго определените процедурни срокове⁷⁹. Също така, много промени могат да повлияят върху бизнес организацията в течение на времето, което на свой ред води и до промяна в аналитичната рамка и оттам във водената линия на защита. Забавянето на фазата на разследване може да намали неблагоприятно шансовете на страните да намерят оневиняващи доказателства, свързани с нарушенията⁸⁰.

Внимателният прочит на съдебната практика обаче показва, че СЕС относително рядко прибегва до отмяна на решение на Комисията, единствено и само поради нарушаване на правото за решаване на делото в разумен срок⁸¹. Според съюзната юрисдикция невъзможността за произнасяне в разумен срок може да представлява основание за отмяна на решения само когато забавянето е засегнало способността на предприятията да се защитават⁸².

⁷⁸ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 16 декември 2003 г. по съединени дела T-5/00 и T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied and Technische Unie BV v Commission*, ECLI:EU:T:2003:342, пар. 77–80.

⁷⁹ CEO, Решение на Съда от 21 септември 2006 г. по дело C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied and Technische Unie BV v Commission*, ECLI:EU:C:2006:592, пар. 49–51.

⁸⁰ Пак там.

⁸¹ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 20 април 1999 г. по съединени дела T-305/94-307/94, T-313/94-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 и T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV and others v Commission*, ECLI:EU:T:1999:80.

⁸² CEO, Решение на Съда от 15 октомври 2002 г. по дело C-238/99, цитирано по-горе в бележка 75, пар. 122.

Същото се отнася и до отмяната на решения на Общия съд, постановени по реда на чл. 263 ДФЕС по дела срещу актове на ЕК в областта на конкуренцията. И в този случай правото на решаване на делото в разумен срок е гарантирано на лицата, но когато пропускат за произнасяне в срок няма ефект върху решаването на делото по същество, отмяната на обжалваното съдебно решение не би поправила нарушението на принципа на ефективна правна защита⁸³. Напротив, Съдът счита, че жалбоподателят, понесъл вреда, все разполага с други способи за компенсиране на вредите, а именно да търси финансова компенсация в производствата по чл. 268 и чл.340 ДФЕС⁸⁴.

Подобно разрешение обаче може да бъде критикувано, тъй като молбата за обезщетение трябва да бъде подадена пред Общ съд, същият, който поради бавност при разглеждането на първоначалната молба за отмяна е нанесъл вреди на предприятието. По-логична би била алтернативата Съдът, установявайки нарушението на правото, вредата и причинно-следствената връзка между тях, да намали наложената глоба с размера на потенциалното обезщетение, нещо като *quid pro quo*⁸⁵. Подобно решение би имало полза и в още едно отношение, а именно то би ограничило по-нататъшни съдебни производства (и разходи) за първоначалния жалбоподател⁸⁶. В по-скорошната си практика обаче Съдът изрично е отхвърлил тази възможност. Според него не следва да се предоставя намаление на глобата, тъй като необходимостта да бъде гарантирано спазването на правилата за конкуренция на ЕС не позволява на жалбоподателя да повдига въпроса за размера на глобата, когато всичките му правни основания са били отхвърлено от ОС⁸⁷.

5. Право на неприкосновеност

Както вече бе споменато в антитръстовите производства, Комисията в качеството ѝ на разследващ орган има правомощия да влиза в помещенията на предприятията и да изземва доказателства. При някои обстоятелства Комисията може да претърсва и частни помещения на директорите, управителите и другите членове на персонала на предприятията. Тези прерогативи според Деймиън Чалмърс са едно от най-впечатляващите средства на Комисията за осигуряване на необходимата информация за евентуални нарушения на пра-

⁸³ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 16 декември 2003 г. по съединени дела T-5/00 и T-6/00, цитирано по-горе в бележка 78, пар. 78–79.

⁸⁴ СЕС, Решение на Съда от 30 април 2014г. по дело C-238/12 P, *FLSmidth & Co. A/S v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:284, пар. 116–117.

⁸⁵ СЕО, Решение на Съда от 17 декември 1998 г. по дело C-185/95 P, цитирано по-горе в бележка 69, пар. 48.

⁸⁶ Заключение на генералния адвокат Мелхиор Ватле от 29 април 2014 г. по дело C-580/12 P, *Guardian Industries Corp. v Commission*, ECLI:EU:C:2014:272, пар.106 и сл.

⁸⁷ СЕС, Решение на Съда от 26 ноември 2013 г. по дело C-50/12 P, *Kendrion NV v. Commission*, ECLI:EU:C:2013:771, пар. 87.

вилата на конкуренцията⁸⁸. Както обаче бе споменато в началото на настоящето изложение, тези правомощия имат своето ограничение, а именно правото на неприкосновеност на личния живот, жилището и кореспонденцията.

Правото на неприкосновеност е закрепено по еднакъв начин както в ЕКПЧ, така и в Хартата и в Регламент 1/2003. Член 8 ЕКПЧ и чл. 7 от Хартата предвиждат, че всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, неговия дом и кореспонденция. Член 8, пар. 2 ЕКПЧ обаче съдържа дерогация по отношение на това право. Обществената намеса се толерира, ако (i) съществува правно основание и (ii) необходимо е да се постигне легитимна цел – напр. превенция на престъпността. Тази дерогация ЕСПЧ винаги тълкува изключително стеснително⁸⁹.

Правото на неприкосновеност е тълкувано за първи път от ЕСПЧ. И докато редакцията на чл. 8 недвусмислено реферира към правото на неприкосновеност на домовете на физическите лица, ЕСПЧ в решението си по делото *Niemetz срещу Германия*⁹⁰, разшири обхвата му, включвайки и стопанските помещения, когато това е необходимо за защита на лицата срещу произволна намеса на държавните органи. Това тълкуване бе допълнително прецизирано в решението по делото *Société Colas Est и др. срещу Франция*, в което ЕСПЧ подчерта, че когато обект на претърсване са стопански помещения съдебно разрешение преди всяка проверка е задължително, за да бъдат избегнати всички рисковете от злоупотреби⁹¹.

Тази съдебна практика е възприета и в практиката на СЕС, но само частично. Подобно на ЕСПЧ, Съдът на ЕС е постановил в решението си по дело *Roquette Frères*⁹², че защитата на дома, предвидена в член 8 от ЕКПЧ, при определени обстоятелства може да бъде разширена до стопанските помещения. Съюзните съдии обаче са се отклони от съдебната практика на ЕСПЧ, като са постановили, че възможността за публична намеса, установена в чл. 8, пар. 2 ЕКПЧ, може да бъде по-широкообхватна, когато нарушението, което е санкционирано е реализирано посредством стопанската дейност на предприятието или материалната му инфраструктура⁹³. Така според Съда на ЕС търговските помещения могат да бъдат обект на по-слаба защита в сравнение с частните домове на физическите лица.

⁸⁸ Chalmers, Damian, Gareth Davies, Giorgio Monti. *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 927.

⁸⁹ Blanco, Luis Ortiz, цит.сч., стр. 32

⁹⁰ ЕСПЧ, Решение на Европейския съд по правата на човека от 16 декември 1992 г., цитирано по-горе в бележка 27, пар. 88.

⁹¹ ЕСПЧ, Решение на Европейския съд по правата на човека от 16 април 2002 г., цитирано по-горе в бележка 27, пар. 49.

⁹² CEO, Решение на Съда от 22 октомври 2002 г. по дело C-94/00 C-94/00, , цитирано по-горе в бележка 36.

⁹³ Пак там. пар. 29.

Нарушаването на правото на неприкосновеност също води след себе си (като последица) до анулиране на актовете на органа по конкуренцията. Така например в решението си по делто *Nexans*⁹⁴ Общият съд отменя решението на Комисията, с което се разпорежда проверка, тъй като според съдиите, Комисията е нарушила правото на неприкосновеност, като е извършила проверка въз основа на решение, в което не е определила точно продуктите, към които е насочено разследването. Според съда, за да приеме решението за проверка, Комисията е трябвало да разполага с достатъчно сериозни улики, обосноваващи извършването на проверка в помещенията на предприятието. Решение, което е твърде абстрактно, не отговаря на този стандарт. По този начин силно се ограничава т.нар. практика на „изследователска експедиция“ – да се търси в помещенията на това предприятие полезни документи и информация, за да се открият евентуални нарушения на правилата на конкуренцията във връзка с цялата дейност на жалбоподателите, а не само във връзка със сектора, до който се отнася разследването.

За съжаление обаче съдът не дава индикации за последиците от нарушаването на това право върху статута на незаконно събраните доказателства.

6. Презумпцията за невинност

Всеки, който е обект на съдебно-санкционно производство, се счита за невинен до доказване на вината му.⁹⁵ В законодателството в областта на конкуренцията презумпцията за невинност има три проявления: (i) всяко предприятие, обект на производство пред Комисията се счита за невинно до установяване на неговата отговорност за нарушение в официално решение (презумпция за невинност *sensu stricto*);⁹⁶ (ii) всяко съмнение следва да е в полза на предприятието, за което има съмнения;⁹⁷ и (iii) разследването предприятие има право да не се самоуличава.⁹⁸

⁹⁴ ОС, Решение на Общия съд от 14 ноември 201 г. по дело T-135/09, *Nexans v Commission*, ECLI:EU:T:2012:596.

⁹⁵ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 12 октомври 2007 г. по дело T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Комисия*, ECLI:EU:T:2007:306, пар. 76. Забранено е да се правят официални констатации за отговорност на физическо или юридическо лице, без това лице да се ползва от всички гаранции, присъщи на упражняването на правото на защита. Виж също **Blanco**, Luis Ortiz, цит.сч., 25–26.

⁹⁶ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 6 юли 2000 г. по дело T-62/98, *Volkswagen/Комисия*, ECLI:EU:T:2000:180, пар. 281.

⁹⁷ Пак там. виж също Заклучението на съдия Бо Вестердорф, действащ като генерален адвокат, по дело T-1/89, цитирано по-горе в бележка 56.

⁹⁸ Първите две права се обсъждат по-долу. Правото на лицата да не се самоинкриминират и пределите му в материята на конкуренцията е разгледано в първата част на настоящето изложение.

Презумпция за невиновност *sensu stricto* произтича от чл. 6 ЕКПЧ и чл. 48 от Хартата. И в двете разпоредби се посочва, че „всяко лице, обвинено в извършване на престъпление, се счита за невинно до доказване на вината му в съответствие със закона“.⁹⁹ Това само по себе си се основава на теоретичната идея, че в едно свободно общество вината може да се установи само ако публичен орган докаже, и не следва да се изисква лицата да доказват своята невинност.¹⁰⁰ На практика правото на лицата да се ползват от презумпция за невиновност не позволява на Комисията да разкрива или да предполага наличието на нарушение пред обществеността преди приемането на официално решение.¹⁰¹

Презумпцията за невиновност се прилага за всички процедури, свързани с нарушения на правото в областта на конкуренцията, които могат да доведат до налагането на сериозни глоби и/или периодични имуществени санкции.¹⁰² В тези случаи Комисията е задължена да предостави достатъчни, точни и относими доказателства за твърдяното нарушение, в противен случай ще е налице нарушение на презумпцията за невиновност.¹⁰³ Не е ясно обаче какво счита СЕС за „достатъчни“ доказателства.¹⁰⁴

Също така интересна е и практиката на съюзната юрисдикция относно последиците от нарушаването на тази презумпция. В решението си по делото *Volkswagen*¹⁰⁵, СЕС установи, че служител на Комисията е оповестил свое лично мнение относно предложените констатации пред пресата и е информирал обществеността за размера на предвидените глоби, докато тези констатации

⁹⁹ Член 6, пар. 2 ЕКПЧ.

¹⁰⁰ ОС, Решение на Общия съд от 3 март 2011 г. по дело T-110/07, *Siemens AG v European Commission*, ECLI:EU:T:2011:68, пар. 46; CEO, Решение на Съда от 17 декември 1998 г. по дело C-185/95 P, цитирано по-горе в бележка 69, параграф 58.

¹⁰¹ **Petit**, Nicolas, Miguel **Rato**. From Hard to Soft Enforcement of EC Competition Law-A Bestiary of Sunshine Enforcement Instruments в Gheur, Charles, Nicolas Petit (eds.) *Alternative Enforcement Techniques — A New Paradigm of EC Competition Law*, Bruylant, 2008.

¹⁰² ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 8 юли 1999 г. по дело C-199/92 P, *Hüls AG v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1999:358, пар. 149-150.

¹⁰³ СЕС, Решение на Съда от 1 юли 2010 г. по дело C-407/08 P, цитирано по-горе в бележка 25, пар. 47: „необходимо е Комисията да представи сериозни, точни и съответстващи доказателства. Същевременно всяко от представените от последната доказателства не трябва непременно да отговаря на тези критерии по отношение на всеки елемент на нарушението. Достатъчно е съвкупността от изтъкнатите от посочената институция улики, разгледани като цяло, да отговаря на това изискване.“

¹⁰⁴ Въпросът все още предстои да бъде разгледан в съдебната практика на СЕС, тъй като правилата, уреждащи стандартите за доказване, не са кодифицирани. Виж. CEO, Решение на Съда от 23 март 2000 по съединени дела C-310/98 и C-406/98, *Hauptzollamt Neubrandenburg v Leszek Labis u Sagpol SC Transport Miedzynarodowy i Speedcja*, ECLI:EU:C:2000:154, пар. 29.

¹⁰⁵ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд от 6 юли 2000 г. по дело T-62/98, цитирано по-горе в бележка 96.

са били представени на Консултативния комитет и на колегиума на членовете на Комисията за обсъждане¹⁰⁶. Според Съда това представлява грубо нарушение на презумпцията за невиновност, както и нарушение на задължението ѝ да спазва търговската тайна и задължението ѝ за добра администрация. Съдът обаче не се е произнесъл по отношение на отмяната на решението на Комисията. Той аргументира това свое решение, позовавайки се на факта, че съдържанието на решението не би се различавало, ако тази нередност не е била допусната.

7. Други процесуални права и гаранции, предвидени в Хартата

Член 41, пар. 2, б. „в“ ХОПЕС предвижда задължението на администрацията да мотивира своите решения. Това мотивиране следва да бъде пълно, изчерпателно и обосновано. В съответствие с чл. 296, пар. 2 ДФЕС във всяко решение за налагане на глоба Комисията е длъжна да изложи мотивите за своето решение, особено по отношение на размера на глобата и метода на изчисление¹⁰⁷. Трябва ясно и недвусмислено да се посочат мотивите на Комисията, така че заинтересованите лица да могат да разберат обосновката на взетата мярка, за да решат дали би било целесъобразно да сезират съда, а това от своя страна да позволи на съда да упражни правилно правомощията си за съдебен контрол. С оглед на прозрачността и увеличаването на правната сигурност за засегнатите предприятия Комисията също така публикува Насоки, определящи метода на изчисление, който тя прилага във всеки конкретен случай¹⁰⁸. Член 41, пар. 4 ХОПЕС предвижда правото на всяко лице да може да се обърне към институциите на Съюза на един от официалните езици на Договорите. Това от своя страна би довело до проблем в производствата по конкуренция дотолкова, доколкото в това производство термините са изключително усложнени и се изисква много добра подготовка на езиково ниво. В същото време липсват единни езикови стандарти за различните езици, което от своя страна утежнява работата на преводачите (най-често се използват юристи-лингвисти) и би могло да я затрудни. Рискът при преводите да се получи загуба на съдържание или смисъл възниква тогава, когато се превежда от един по-рядък език. Именно поради тази причина предприятията предпочитат да се използват някои от основните езици, с които се работи в институциите (напр. английски, френски, немски), но това неминуемо влияе на обема

¹⁰⁶ Пак там, пар. 281.

¹⁰⁷ O'Neill, Aidan. Competition law and fundamental rights: some unresolved issues, *Working paper*, London, 2011, пар. 2.14, достъпна на: http://www.matrixlaw.co.uk/wp-content/uploads/2016/03/18_05_2011_02_37_13_Aidan-O'Neill-QC-COMPETITION-LAW-AND-FUNDAMENTAL-RIGHTS.pdf

¹⁰⁸ Насоки относно метода за определяне на глобите, налагани по силата на чл. 23, пар. 2, буква „а“ от Регламент № 1/2003 (2006/С 210/02).

на защита на правото им, който те могат да реализират. Затова *de lege ferenda* би могло да се предложи да се създаде общ терминологичен речник на всички официални езици на ЕС в областта на правото на защита на конкуренцията. Подобен подход не е непознат на европейската законодателна техника, по подобие на общия терминологичен речник в областта на обществените поръчки например.

IV. Заключение

Видно от всичко казано дотук, между правният режим за защита на конкуренцията в ЕС, ЕКПЧ и Хартата съществуват редица взаимовръзки, които не позволяват ясна систематизация на изследваната материя. Въпреки това приемането на автономен правен източник на защита на основните права в ЕС, който да кодифицира натрупаната през годините практика на съюзните съдилища оказва изключително благоприятно влияние върху нивата на закрила, която предприятията в ЕС получават срещу евентуална злоупотреба с предоставените на Комисията властнически правомощия.

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – април 2019 г.
Рецензент – доц. д-р Христо Христов.

ДЪРЖАВА, ТЕРИТОРИЯ И ГРАНИЦИ ПРЕЗ ПРИЗМАТА НА ПОЛИТИЧЕСКИЯ РЕАЛИЗЪМ

МИРА КЪНЕВА*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: Статията прави преглед на над 250-годишния преход в класическата геополитическа мисъл, рамкирането на пространството в тази парадигма и въздействието върху държавата и същностните ѝ елементи: суверенитет, територия и граници. Обект на проучване са няколко стадия от развитието на научните изследвания, които са възлечени в малко или много отворен диалог помежду си, посредством подход, наречен историческо картографиране. Концептуалната рамка е свързана с теорията на международните отношения и по-точно – политическия реализъм, така както е дефиниран с шестте постулата на Ханс Моргентау. Разгръщането на структурата на аргументацията има за отправна точка по-примитивните и детерминистични възприятия за държавната територия като жив организъм, борещ се за оцеляване, преминава през стремежа за доминация и експанзионистичните домогвания към големите пространства, за да стигне до апогея – крайните политически догми за хегомонистичен световен ред. Изводите са подчинени на търсенето на рационалност в тази еволюция и опит за изясняване на причините – защо все пак понякога се случват революционни обрати.

Ключови думи: граници, държава, територия, суверенитет, пространство, геополитика, политически реализъм.

* Главен асистент по международно право и международни отношения в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право, mzkuneva@uni-sofia.bg

STATE, TERRITORY AND BORDERS THROUGH THE PRISM OF POLITICAL REALISM

MIRA KANEVA*

Department of International Law and International Relations

Abstract: This article makes an overview of the 250 years' shift in the classical geopolitical thought, the way space is framed within this paradigm and the impact on the state and its essential elements: sovereignty, territory and borders. Several stages of the development of the scholarly research, which are actually involved in a more or less open dialogue with one another, are explored through an approach, called historical cartography. The conceptual framework relates to International Relations theory, and more specifically – political Realism, as defined in Hans Morgenthau's six postulates. The structure of the argumentation sets out at the more primitive and deterministic perceptions of state territory as a living organism, fighting for survival, goes through the drive for domination and the expansionist aspirations for large spaces, and arrives at the final destination – extreme political dogmas for a hegemonic world order. The conclusions attempt at finding some rationality in this evolution and at clarifying the reasons why sometimes revolutionary turns do happen.

Key words: borders, state, territory, sovereignty, space, geopolitics, realism.

Преди точно един век (1919 г.) се извършва последното голямо прекрояване на граници от страна на традиционните имперски Велики сили от XIX век съгласно държавоцентричното им виждане за териториалната организация на света. Годината е и повратната точка за пробива на универсалистични визии за правно-политическото устройство като либералния утопизъм на Уилсън, класовия интернационализъм на Ленин и тоталитарни идеологии, базирани на реваншизъм. Тя дава тласък и за развитие на класическата геополитическа мисъл в България, чийто национално-обединителен проект търпи поражение, дори и като чисто териториално „осакатяване“.

Настоящата студия разглежда прехода в рамките на повече от 250 години на класическата геополитическа мисъл и начина, по който се нормира пространството, а оттам се оказва въздействие върху държавата и нейните формообразуващи елементи: суверенитет, територия и граници. С помощта на метод, който условно обозначаваме като **историческо картографиране**, се проследяват етапи от развитието в научните изследвания, които открито или прикрито диалогизират помежду си. Концептуалната рамка се задава от теорията на международните отношения и по-точно **класическия реализъм**, така както е дефиниран в постулатите на *Hans Morgenthau*¹. Структурата на

* Assistant Professor in International Law and International Relations at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D in International Relations, mzkuneva@uni-sofia.bg

¹ Имената на непревежданите автори са оставени в оригинал; имената на превежданите са транслитерирани алтернативно в основния текст. Следвана е последователността на

аргументацията тръгва от по-примитивните детерминистки схващания за държавната територия като жив организъм, борещ се за оцеляване, преминава през стремежа за доминация и експанзионистичните тежнения за големите пространства и стига до политизирането чрез различни крайни догми за световен ред. Изводите търсят рационалната логика в тази еволюция и причините за настъпващите понякога революционни обрати.

1. Държавата като жив организъм, борещ се за оцеляване, в анархична система на самопомощ

Държавоцентристите (примордиалисти, на англ. език *primordialists*) считат, че фундаменталното право на общностите на самоопределение получава закрила единствено и само в рамките на държавата. В този смисъл държавоцентричната гледна точка стои в центъра на концепцията за националната държава. Морфологията, семантиката, функциите на границите на националната държава се определят от лоялността на нейните граждани към неограничената върховна власт (ненарушаване на принципа на суверенитета в частта му за единност, неделимост, ненакърнимост на територията).

Вестфалският ред, поставил края на големите религиозни конфликти на европейския континент през 1648 г., свързва държавите в анархична система, където практичността на националния интерес (*raison d'état*) налага въздържане от намеса и признаване на границите на суверенното право над територията на всяка една национална държава, взета сама за себе си.² Това може да се разчете като своеобразна препратка към монадите на Лайбниц – аналогията между държавите като съставни единици на Вестфалската система и елементарните частици от вселенския ред (макар и с различна геометрична форма). Неслучайно името на *Готфрид Лайбниц* се появява тук – през 1679 г. в съставяна от него Енциклопедия (*Consilium de Encyclopaedia*) именно той измисля термина „геополитика“. *Лайбниц* дефинира геополитиката като изследване на Земята във връзка с човешкия род, което обхваща универсалната история (*Historiam omnem*) и гражданската география, понастоящем обществена география (*Geographiam civilem*).³ Изборът на представката „гео-“ е нарочно търсен ефект на внушение за конфликти и съперничества (земен аспект) за разлика от първоначално обмисляната представка „космо“, която е символ на хармония в един космологичен ред, подобен на по-късния „вечен мир“ на Кант. Подобно „приземяване“ съответства на виждането на реалисти-

формулираните постулати в: **Morgenthau, H. & K. W. Thompson.** Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace (6th ed.). New York: Knopf, 1985, pp. 3–14.

² **Кисинджър**, Хенри. Световен ред. София: КК Труд, 2015, с. 11.

³ **Louis, F.** Pour une histoire critique des idées géopolitiques. In: Les Grands Théoriciens de la Géopolitique. Paris: Presses Universitaires de France, 2014, p. 13.

те за политиката като борба за власт, която следва обективни закономерности, вкл. материалните дадености на околната среда.

Още в предкласическия период малцина учени правят отчетлива разлика между концепцията за вертикално единство като единството на всички явления в едно пространство и хоризонталното единство на това пространство като обособяването в монолитна единица, отделена от съседните ѝ. Вместо това те се впускат в опити да дефинират естествени граници, които да оправдаят или опровергават политическите такива, донякъде повлияни от естествената философия. Същественият дебат се развива в схоластични спорове между поддръжниците на „сухите граници“ (вододелите) и „мокритите граници“ (водните басейни). Нещо повече, политическите лидери се възползват от съответната теза за своите експанзионистични цели, за да обосноват действията си, например разширяването на революционна Франция към Рейн. Според немските географи *Zeune* (1808–11) и *Butte* (1811) отделните области са „организми“, които се състоят от физическа страна като неодушевена природа, например релеф и одушевена като населението. Колегата им *Bucher* (1827) подлага на систематична критика невъзможността трайно и недвусмислено да се установят подобни естествени граници. Той обаче стига до задънена улица, без да се завърне към политическите граници, твърдейки, че пространствените разделения са нужни само в регионалните изследвания, поради което регионите могат да се обособяват *ad hoc* по различни критерии.⁴

Един от основоположниците на съвременната география редом с *Humboldt*, германецът *Carl Ritter*, се възползва от тезата за организмистичната природа на държавите, които преминават през циклите на раждането, съзряването и смъртта. В мащабното си изследване '*Die Erdkunde*' (1822–1859) той обръща внимание на телеологията (предназначението) на мисленето за еволюцията на политическите единици в пространствени категории. *Ritter* настоява в тази връзка, че прокарването на граници не е самоцелно, а е начин за разбиране на съдържанието на единиците, оградени от тези граници.⁵ Границите не бива да се изследват заради самите тях, а заради особените характеристики на онова, което ги изпълва, т. е. заради връзките, които те създават между елементите от цялото. Чрез емпирични наблюдения тези елементи разкриват своите собствени закони на функциониране.

Сред сравнително малко германски учени се открива приемственост с концепцията на *Ritter* за Земята като органична цялост – донякъде тя е отразена в изследванията на *Friedrich Ratzel*/*Фридрих Ратцел* и в по-пълна степен във френската географска мисъл. Френският географ *Elisée Reclus* в своя

⁴ Цит. по: **Hartshorne**, R. The Nature of Geography: A Critical Survey of Current Thought in the Light of the Past. *Annals of the Association of American Geographers*, Vol. 29, 1939, № 3, pp. 220–223.

⁵ **Hartshorne**, R. *Op. cit.*, 1939, p. 233.

магнум опус „*Универсална география*“ от 19 тома (1876–1894) представя глобален контра-наратив, който е съзнателно анархистичен, защото има за цел да разруши западноцентричната система на доминация в света. Той заявява, че тогавашният свят (в края на XIX век), раздвоен между хегемонистичен център и слаба периферия, трябва да се унифицира в свят с „*център навсякъде, периферия никъде*“, ⁶ в синхрон с надигащите се революционни идеи. Картите в съчиненията му минимизират ролята на политическите граници както на пример в скандинавския и в южноамериканския том, за сметка на културните граници. В целия северноафрикански том единствената отбелязана граница е тази на граничните спорове между Мароко и Алжир. Дори и там, където политическите граници присъстват, те не са отчетливо обособени, придружени са от обстоятелствени описания на историческите политически разделения (т. е. има определена условност) и са доминирани от географските детерминанти на пространството. Следователно отхвърлянето на значението на централизираната териториална държава рефлектира върху отхвърлянето на същността ѝ символ или най-малкото ограничената му употреба – границата.⁷

Във френските географски кръгове хегемонистичната традиция в противовес на критичната на *Reclus* се закрепва и утвърждава от *Paul Vidal de la Blache*. Историческото му образование обяснява защо той прави хуманистичен (наричан във френската научна литература „вероятностен“: *L. Febvre*), а не детерминистичен прочит на географията – с други думи **човекът се превръща в географски фактор**. Научните аргументи във „*La France de l'Est*“ (1917) относно френско-германската граница по Рейн са най-явното свидетелство за това, че човешката воля има примат над географския детерминизъм. В случая границата трябва да минава именно по протежението ѝ, защото елзасците се чувстват свързани с миналия си опит (колективната памет) с тази територия. Поставен редом с *Ratzel*, *Vidal de la Blache* пренаписва геополитическата традиция по френски модел със своя историцизъм, измествайки акцента от държавата към региона.⁸

Връщайки се към органичната цялост на Земята и държавоцентризма, немският учен от Лайпциг *Ратцел* намира сърцевината на политическата география в държавата, защото тя е основният фрагмент на човечеството, разположен върху част от пространството, изследван посредством материалните фактори на средата (каквото е и задачата на политическата география в

⁶ **Reclus**, E. (1876–1894). *The Earth and Its Inhabitants: The Universal Geography*”, transl. in English. London: H. Virtue, 1–3. Cit.: **Reclus**, E. *Anarchy, Geography, Modernity: The Radical Social Thought of Elisée Reclus*. 2004. Preface by Ed. John P. **Clark** & Camille Martin. **Lanham**: Lexington Books, p. 4.

⁷ **Boria**, E. *Representing the Politics of Borders: Unorthodox Maps in Reclus, Mackinder and Others*. *Geopolitics*, 20, 2015, p. 151

⁸ **Mercier**, G. *La région et l'État selon Friedrich Ratzel et Paul Vidal de la Blache*. *Annales de Géographie*, 104e Année, № 583 (Mai-Juin), 1995, pp. 211–235. Cit. in: **Louis**, F. (2014). *Une école française de géopolitique?* In: *Op. cit.*, p. 95–98.

противовес на геополитиката). Материалната среда на пространството задава мащаба на политическите идеали, които се разширяват или стесняват в зависимост от растежа на територията. Както заявява авторът в „Духовните, политическите и икономическите въздействия на големите пространства“ (1897), голямата територия „приканва към дръзка експанзия“, а малката „поражда предпазливо струпване на населението“.⁹ Както на индивидуално, така и на колективистично (държавно) равнище географското пространство служи като измервателен уред, подобно на теодолита, за предела на координатите на географската експанзия. Тази теза остава неподкрепена от адекватни емпирични свидетелства, например с великите национални проекти на балканските държави по това време. *Ратцел* фокусира вниманието си само върху северноамериканското териториално разрастване с анексирането на Хавай и закупуването на Аляска, което противопоставя на невъзможността за подобно разширение в Западна Европа заради „малката, но интензивно териториално оползотворена“ европейска система от държави.

Към материалните фактори *Ратцел* прибавя и духовните – чувството за бяло превъзходство на европейските колонизатори, изразено в пространствената категория на завоеванието на индианците в Америка и аборигените в Австралия и Нова Зеландия.¹⁰ В рамките на германския въпрос е ключово разминаването между етническите или езиковите с политическите граници. Последователността на тази несправедливост е илюстрирана с исторически карти, които доказват „неразумните“ граници, които пречат на географията към този момент.¹¹ От гледна точка на теорията на игрите, териториалните въпроси приключват винаги с нулев резултат в рамките на западноевропейската стара цивилизация (Европейския концерт на XIX век, в който винаги има безпрекословен победител/и), а с ненулев – извън очертаванията на Европа, където се осъществява империалистичната политика на Великите сили по това време и съотношението ползи–загуби не е еднозначно.

Основните белези на организмистичната теория на *Ратцел* са два. На първо място, заеманото пространство като размер (*Raum*) е обособено с външен орган, а именно – границите. Разширяването на границите указва възход, а свиването – упадък; измененията протичат в различна форма, например чрез установяване на сфери на влияние или колонизаторска политика. На второ място, локализираното пространство като отношение с другите пространства (*Lage*) се концентрира върху проблемите, свързани с географското положение, например топографията.¹² Оттук и логично, според автора, всяка политическа

⁹ **Ratzel**, F. (1897a). Intellectual, Political, and Economic Effects of Large Areas. *Studies in Political Areas*. (Translated in English) *American Journal of Sociology*, Volume 3, № 3, p. 449, <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/210723>> (last accessed on 28/10/2018).

¹⁰ **Ratzel**, F. (1897a). *Op. cit.*, pp. 458–459.

¹¹ **Boria**, E. *Op. cit.*, 2015, pp. 161–162.

¹² **Hagan**, C. B. Geopolitics. *The Journal of Politics*, Vol. 4, No. 4 (Nov), 1942, pp. 478–480.

единица се нуждае от **жизнено пространство** (*„Lebensraum“*, 1901), за да се развива нормално. Точните граници на жизненото пространство са в пряка зависимост от „метаболитните“ изисквания на членовете, с което Дарвиновият естествен подбор е поставен в пространствено измерение. Адаптацията на биологичния вид, наречен държава, към заобикалящите я материални фактори, определя еволюционния ѝ успех, измерен в разширение. Тази връзка между политическото и биологичното се означава с термина „биогеография“ – затова и границите на държавите *„не са нищо друго освен израз на органичното и неорганичното движение“*.¹³ Конфликтът „борба за пространство“ (*Kampf um Raum*), чисто диалектически, произтича от движението на живота и неподвижността на пространството.¹⁴

С оглед на границите, които са динамична променлива и установеността им е гарант за стабилни отношения, *Ратцел* формулира два закона на териториалното разширение.

- *„Законът за еволюцията на границите може да се разглежда като насочен към опростяване, а това опростяване означава съкращаването на границите.“*¹⁵
- *„В съответствие с общия закон за историческите пространствени явления границите на големите пространства обхващат границите на по-малките.“*¹⁶

Съкращаването на границите на практика означава включване в големи пространства, какъвто е примерът с германското обединение. Границите на разширението на една държава се задават от границите на експанзионистичните стремежи на другите държави, които зависят от развитието на технологиите (инфраструктура и комуникации) и социалната организация. Експанзията се извършва непреднамерено, чрез движението на големи маси от хора, наречено миграция, и целенасочено, чрез ефективно завладяване и експлоатация, наречено колонизация. Само последната форма води до развитие и културна дифузия, подобно на земеделието (агрикултура или обработване на земята); съчетана с първата, се обозначава като *„емиграционен колониализъм“* и е част от имперската политика на Третия райх в края на XIX и началото на XX век, без да почива на демографски детерминанти.¹⁷ Точно в практическата реализация излиза наяве научната необоснованост и логическата цикличност на идеология, която самовъзпроизвежда метафори в опростени клишета.

¹³ **Ratzel**, F. (1897b) *Politische Geographie / Géographie politique*. Cit.: **Louis**, F. *Op. cit.*, 2014, p. 26.

¹⁴ **Ratzel**, F. (1897b). *Op. cit.*, p. 29.

¹⁵ **Ratzel**, F. (1897b). *Op. cit.*, p. 555.

¹⁶ **Ratzel**, F. (1897b). *Op. cit.*, p. 557.

¹⁷ **Ratzel**, F. *Lebensraum*, pp. 101-89; *Politische Geographie*. 3rd ed. Munich and Berlin, 1923, pp. 1–32. На бълг. откъс: **Ратцел**, Ф. Зависимостта между земята и държавата. [Прев. от нем.]. *Военен журнал*, CIX, 2002, № 2, 134–141.

Жизненото пространство се радва на радушен прием сред консервативните кръгове в Германия, защото събира в (условно) научна рамка лесно разпознаваеми идеологически компоненти. По този начин се легитимират политическите тежнения на маси хора, които са с предварителната нагласа да намерят научно оправдание за радикалните си възгледи, породени от реваншизма. Това обяснява и съвсем краткия, но главоломен политически успех на концепцията, чийто теоретичен дефицит се крие в неправилните допускания за връзката между държавите и околната среда. *Ратцел* представя *Lebensraum* като непроменлив фактор, като закономерностите, които управляват социалните отношения, са базирани на „не-нютонovski“ вероятностни допускания без позитивистки доказателства; противоречията се прикриват като усложнения и повторения, а не отхвърляне на грешни хипотези, с други думи, езикови интерпретации на основната теза; прокарват се преки аналогии между биологичното (организма) и социалното (народа). Накратко ненаучни идеи се обвивават в научен контекст,¹⁸ което е първият, методологически проблем на концепцията.

Другият, нормативен (етически) проблем на концепцията за жизненото пространство е, че в нея липсва ограничение, зададено от всеобщо правило на съвместяването на всички тези политически единици в едно ограничено пространство – в междуличностните отношения такава функция изпълнява колективният интерес, границите на свободата на другия и други хуманистични стандарти. Валиден става единствено примитивният нагон на оцеляване на по-приспособените в хобсиански анархичен свят, с което неволно *Ратцел* проправя пътя към оправдание на агресивно експанзионистичната политика на нацизма няколко десетлетия по-късно, съчетана с евгенични ексцесии на масово изтребление на набедените за *Untermensch* (например: Холокоста).

2. Държавата като сила, стремяща се към експанзия на жизненото ѝ пространство, с оглед на задоволяване на националния интерес

За да измести акцента от географията към политическите науки, шведският географ *Rudolf Kjellén*/Рудолф Челен замества термина „антропогеография“ на *Ратцел* с „геополитика“. За пръв път именно по повод на статия за границите на Швеция през 1899 г. *Kjellén* си служи с термина, а по-късно го включва в система от пет категории за анализ на държавата (наред с етноили демополитика, екополитика, социополитика и кратополитика). Неговият принос е в популяризирането му във фундаменталното германско географско списание *Geographische Zeitschrift* през 1905 г., когато използва понятието във връзка с изследване на разпадането на съюза между Швеция и Норвегия, откъдето то влиза в научния оборот, а по-късно и в политическия жаргон.

¹⁸ **Smith**, W. D. Friedrich Ratzel and the Origins of Lebensraum. *German Studies Review*, 1980, Vol. 3, № 1, pp. 52–54, 64–65.

Kjellén е вдъхновен от германската идеалистическа философия, социалния дарвинизъм и духа на епохата (*Zeitgeist*) на империализма, като по ирония на съдбата привлича повече последователи в Германия отколкото в родината си, без да доживее до опорочаването на трактовката му на организмистичната теория в расистки крайнодесен тоталитаризъм по време на Третия Райх. Той, образно казано, скъсва с доминиращия възглед за държавата като правен субект (с което се дават гаранции за съществуването на малките държави), а я разглежда като сила (с което дава преимущество на империите).

Kjellén, на първо място, отново прокарва аналогията между държавата и човешкия организъм („*Държавата като форма на живот*“, 1916 г.). Той я заимства от просвещенски философи като *Fichte*, *Ranke* и *Treitschke*, според които националната държава не е съвкупност от елементи, а самостоятелен организъм с отделно предназначение: „*жива реалност, органична цялост, с потребности и изисквания, надхвърлящи индивида*“.¹⁹ Опирайки се на вече този нетолкова строго теоретичен, а по-скоро иновативен лингвистичен (метафоричен) подход, *Kjellén* описва териториалните загуби не като загуба на собственост, а „*операция, вследствие от която не просто е отстранена тъкан, а се губи жизнеспособност*“.²⁰ В образния свят на автора сърцето е ключово за съществуването и благоденствието на държавата и областите, а Ахилесовата пета са артериите на комуникацията (пътища, пристанища, проходи и под.).

Държавата, на второ място, според *Kjellén*, е с дуалистична природа – тя е материална единица (жив организъм) в отношенията си с останалите единици в системата, докато спрямо гражданите си остава юридически феномен. Органичното пространство на държавата (тялото или територията), което е рационалната, дисциплинираща половина, се характеризира с естествени външни граници и вътрешна хармония без граници (душата или идентичността). Естествените външни граници са различни природни отграничители като реки, планински вериги, пустинни, блатисти или гористи местности, като океанът е идеалната водна граница заради трудната достъпност в онази епоха. С оглед на връзката на сушата на държавите с водни басейни те се делят на два вида: разположени по поречието на реки (*circumfluvial*) и по крайбрежието на вътрешни морета (*circummarine*).²¹ Правилото на отсрещната земя обяснява както домогването на континентални сили като Русия към морски излаз, така и стремежа на островни империи да си осигурят подход към континента чрез острови, носове и ивици суша като „камъни-стъпки“ от морския път (напр. Япония към Манджурия).

¹⁹ Cit. in.: **Holdar**, S. (1992). Political geographers of the past: The ideal state and the power of geography. The life-work of Rudolf Kjellén. *Political Geography*, vol. 11, 1992, № 3, p. 310.

²⁰ **Tunander**, O. (2001). Swedish-German geopolitics for a new century: Rudolf Kjellén's 'The State as a Living Organism'. *Review of International Studies*, 27, p. 455.

²¹ **Haggman**, B. (1998) Rudolf Kjellén and Modern Swedish Geopolitics. *Geopolitics*, 3:2, p. 105.

В аналитичната рамка на държавата на „специалната геополитика“ на *Kjellén*, на трето място, са включени три категории: местоположението спрямо останалите държави (*топополитика*), формата на територията (*морфополистика*) и големината на територията (*физиополистика*).²² Неблагоприятното положение е буферното (заклученото, *landlocked*); благоприятно е периферното или островното. Геополитическото положение освен това се разглежда не само в контекста на външнополитическата ориентация (съседството), но и на културните връзки; например съюзите на предвоенна Германия се сключват с внимателни калкулации на съотношението на силите в обкръжението на три Велики сили и пет малки държави. И не на последно място роля играе „историческата страна“, която заема държавата; например Русия се премества от оста Балтийско море – Атлантика към Черно море – Средиземноморието (ок. 1878 г.), а от началото на XX век към Далечния изток, чрез преместването на столицата от Москва към Санкт Петербург. Предпочитаната форма е концентрична (което и предполага разширяване на кръга), докато издължената форма е уязвима от гледна точка на отбраната; проблематична за формата е осеяността с анклав и ексклав подобно на Прусия или издадеността на Югоизточна Аляска с лесен подстъп (коридор) към сушата. Картите на *Kjellén* правят впечатление с липсата на ясно прокарани граници между държавите, а последните фигурират само като столица.²³ Това е пряко следствие от реалисткия постулат за световната политика като продукт на борбата на Великите сили за налагане на националните интереси. Затова и на картата са видни взаимодействия под формата на „алианс“ (Рим – Берлин), „антанта“ (Лондон – Виена) или само символ на столицата (Париж). Границите в този смисъл са делигитимирани като временен продукт на политиката на силата. Метонимията със столиците е доказателство за концентрация на силовата политика в държавите и централизираната им власт.

Размерът е показател за силата на държавата, като заедно с маневреността (свободата на излизане от и влизане в територията) и вътрешното сцепление се превръщат в императив за успех в борбата между Великите сили; в този смисъл и експанзионистичната политика става обективна закономерност. *Kjellén* помирява насилствеността на експанзионистичната политика с проекта си за доброволна лига от независими държави под предводителството на Германия (*Mitteleuropa*), което би гарантирало сигурността им и би създавало сфера на икономически интереси, по подобие на Британската колониална империя: „Това е образът на държавен комплекс или блок от държави, който да отговори на географските промени“²⁴ – като сянка от бъдещето тази играва

²² Holdar, S. (1992). *Op. cit.*, p. 312; Haggman, B. (1998) *Op. cit.*, p. 106.

²³ Boria, E. (2015), *Op. cit.*, p. 163.

²⁴ Tunander, O. (2001). *Op. cit.*, pp. 462–463.

Изследователят от PRIO прокарва друг паралел – между англо-саксонската йерархична конструкция на алианси като НАТО, която е вдъхновена от германската политиче-

комбинация се преиграва като непосредственото „жизнено пространство“ на Третия райх.

Концепцията за *Mitteleuropa* се възражда след края на Студената война,²⁵ като опасенията за предводителството на Германия в последните години се разтварят в националистически настроения по обособяване от европейски интеграционни проекти (повече от либералния френско-германски, отколкото атлантическия) на Вишеградската четворка и Австрия и нееднозначна позиция спрямо другото голямо пространство – Евразия с лидер Русия. Очевидно тези, от съвременна гледна точка звучащи като метанаучни, постулати, отразяват глобалната конфигурация на силите в една предглобализационна фаза на неразвити от гледна точка на днешния ден комуникации, транспортна инфраструктура и технологии.

3. Политическата етика и нормирането на пространството чрез балансиране на интересите/силата/сферите на влияние

Именно в тази фаза, в посттравматичния период на трудно отвоюваната победа във Втората Бурска война, британският географ *сър Халфорд Макин-дер/Halford Mackinder*, в речта си пред Кралското Географско Дружество в Лондон (1904), прокарва тезата за „нова география“ на академичния синтез, която да замени „старата география“ на открития и проучвания чрез колонизаторска политика. Географското образование е задължителна дисциплина в образованието на „децата на Имперска раса“, за да могат „да визуализират в съзнанието си далечните географски условия“, т. е. „да мислят по имперски начин“.²⁶ Такова образование за расата и за географските фактори (т. е. детерминираността на пространството и йерархията по външни белези на обитателите му) би имало възпитателен ефект и върху лидерите на една империя като Британската, от които се очаква да прокарват грандиозни стратегии на цивилизаторите спрямо външните варвари.

Така *Макин-дер* отваря пространството отвъд тесните граници на съответните държави към глобалната сцена на борбата за власт между Великите сили – неговата интерпретация на геополитиката се нарича **империалистическа**. Той

ска география, но отива отвъд налагането на хегемонията на САЩ след Втората световна война с оглед съхраняването на Западна Европа в глобалното противостояне, към лидерство и споделена отговорност.

²⁵ **Русев**, М. „Mitteleuropa“ и големите пространства: (Геополитически измерения на континенталното ядро): 2. Политическа организация на Mitteleuropa – традиция, съвременност и перспективи геополитическа постановка. *Год. СУ. Геолого-географ. фак.* 94, 2002, кн. 2 – География, 14–15.

²⁶ **Mackinder**, H. On Thinking Imperially. Lectures on Empire. M. E. Sadler. London: Privately Printed, 1907, pp. 36–38. In: O **Thuathail**, G. et al. (eds.). The Geopolitics Reader. London and NY: Routledge, 2011, p. 18.

оставя отпечатък върху геополитическото мислене с „етикетирането“ на огромни пространства с единна идентичност (*ос, периферия, полумесец, вътрешност* и под.). Подобно на Меркаторовата проекция върху географските карти, в своите обозначавания *Макиндер* изопачава реалните мащаби в северното полукълбо, увеличавайки Евразия за сметка на смалените Австралия и Африка, като така онагледява мисленето си в категориите на европоцентричния **център и периферията**. Той ограничава критичните световни процеси до хартланда – евразийската географска ос на историята, която е на завет от морската експанзия, но попада под ударите на номадската конница. Русия заема сърцевината (*осева държава или хартланд*), а периферията включва във вътрешния кръг (*полумесец*) Китай, Централна Европа, Турция и Индия, във външния – Британия, Южна Африка, Австралия, Съединените щати, Канада и Япония.²⁷ Воден от краен детерминизъм, *Макиндер* измерва процесите в материални величини като постоянните географски фактори (климат, релеф и под.), закрепени със суверенните граници на държавите, а не променливите човешки такива.

Близкоизточният, средноизточният и далекоизточният въпрос просто допринасят за нестабилния баланс на силата, но като локални фактори са с пренебрежима тежест; едва френският историк *Фернан Бродел* в класическия си труд за Средиземноморието повече от половин век по-късно ще разглежда физическата география на този дълго колонизиран от европейците регион през призмата на бавните темпове на човешкото развитие, т. нар. *longue duree*. Към момента на края на Първата световна война обаче географското пространство остава ограничено в рамките на затворена международна система, където доминацията от една Велика сила за пръв път се превръща в стратегическа политическа цел. С национално консолидираната и реваншистки настроена Германия в сърцевината *Макиндер* се съмнява дали е възможно идеално картографиране, защото границите са обект на политически пазарлък, а не на самоопределение, което би могло да бъде превратно употребено. Част от това сложно балансиране са малките държави в Източна Европа, затова и *Макиндер* насърчава създаването на Югославия (първоначално Кралството на сърби, хървати и словенци) чрез инициативи като Сръбското дружество и участва в групата „Нова Европа“, подкрепяща разпадането на Австро-Унгарската империя, заедно с историка *R. W. Seton-Watson* и бъдещия чехословашки президент Томаш Масарик. Причината е в популяризираната и перифразирана до крайност максима, че

„някой небесен херувим би нашепвал от време на време в ухото на [победителя]:

Който владее Източна Европа, контролира хартланда:

²⁷ **Mackinder**, H. The Geographical Pivot of History. The Geographical Journal. 1904. In: O Thuathail, G. et al. (eds.). *Op. cit.*, 2011, pp. 27–31. На бълг. език: **Макиндер**, Х. [Прев. от англ. на доклада в Geographical Journal, London, 1904, № 23]. Географската ос на историята. *Военен журнал*, 2, 1998, № 2, 102–112.

*Който владее хартланда, контролира Световния остров:
Който владее Световния остров, контролира света.*“²⁸

... а победеният е Германия, която чрез високата си *Kultur* отчита географската и икономическата реалности и чертае бъдещите си политически стратегии чрез тях. Оказва се обаче, че хартландът сменя местоположението в зависимост от политиката на Великите сили на обективизиране на определени региони като стратегически достъп, като дори и Балканите понякога се нареждат в тази графа.

В навечерието на Втората световна война *Макиндер* прави рекапитулация на идеята си и предупреждава за втори претендент за владетел на хартланда – Съветска Русия. За съдържане на сухопътния претендент той предписва морска сила и така разширява концепцията с Вътрешния океан (*Midland Ocean*), който обхваща Северния Атлантис и е по същество триединен амфибиен проект (френски мост, британско летище и северноамерикански резерв от обучена работна ръка и индустриален комплекс²⁹). Двата глобални конфликта на XX век разтварят държавоцентричните граници в големите пространства, особено с улеснената преодолитост посредством развитието на военната авиация.

Допълнителните корекции на концепцията за хартланда са дело на *Nicholas J. Spykman/ Никълъс Спайкман*. Американският професор от нидерландски произход, преподавател по международни отношения в Йейл, изследва близката история и краткосрочните перспективи на междувоенния свят и стига до заключението, че не хартландът, а вътрешният или външният полукръг/полумесец (континенталната периферия на Евразия) е критичната зона.³⁰ Това е т. нар. **римланд** (земя на ръба или външния край), която играе ролята на хартланда като стратегически подстъп към световно господство. Римландът е ограден от морета, като за разлика от външния полумесец при *Макиндер*, стигащ до Африка, Австралия и Америките, при *Spykman* те са ограничени до евразийските покрайнини (Северно море, Средиземно море, Червено море, Южнокитайско море, индонезийските териториални води и Японско море). Римландът е маргинален само в чисто географски смисъл, от гледна точка на континенталната сухоземна сила и досега на островната морска сила; в политически, социален и културен смисъл, римландът „захранва цивилизацията“.³¹

²⁸ **Mackinder**, H. J. *Democratic Ideals and Reality: A Study in the Politics of Reconstruction*. (Suffolk: Penguin Books), 1919 [1944], p. 194. Cit. in: **Sloan**, G. Sir Halford J. Mackinder: The Heartland theory then and now. *Journal of Strategic Studies*, 1999, 22:2-3, p. 27.

²⁹ **Mackinder**, H. J. 'The Round World and the Winning of the Peace'. *Foreign Affairs*, 1943, 21/4 (July), p. 604.

³⁰ **Spykman**, N. J. *The Geography of the Peace*, ed. Helen R. **Nicholl**. New York: Harcourt, Brace & Co., 1944.

³¹ **Gray**, C. S. Nicholas John Spykman, the Balance of Power, and International Order. *Journal of Strategic Studies*, 2015, 38:6, p. 892.

Spykman (1944) доразвива и концепцията на *Ратцел* за местоположението, което като най-силно подвластно на влиянието на околната среда, определя цялостната ориентация във външната политика. От тази гледна точка има три типа държави съобразно местоположението им в съответния регион и съответно границите – затворени (без излаз на море – само със сухоземни граници), островни държави (само с морски граници) и със смесени граници. Освен това топографията на самите граници (например трудна достъпност поради планински вериги) определя степента на изолационизъм или ангажираност, особено при малките държави.³² Топографията задава и класификацията на границите на речни, морски, горски, блатисти, пустинни и планински; но по-интересна тук е променливостта в предназначението на границите, отчетена от автора, например обединяващия вместо отбранителния статут на европейските реки заради икономическата и културната им стойност.³³ *Spykman* дава пример с България и нейната „половинчата“ отвореност – има излаз на едно море, което улеснява концентрацията на морските сили, но поради липсата на пряк достъп до световния океан, тя е зависима от Великата сила, която контролира Проливите. И все пак, разсъжденията за границите като естествени прегради с развитието на военните технологии като въздушните, още преди Втората световна война, престават да бъдат функционално полезни, както признава авторът (с условност за планинските).

Границите са физическата изява на разширяването (или смаляването) на територията на държавите. От гледна точка на баланса на силите, който занимава *Spykman*, границата е израз на относителна сила като линията, където се изравнява конфликтното напрежение от всички посоки. Образно казано, в мирно време е „фронтният окоп“, начална точка на експанзия при офанзивна стратегия и челното укрепително съоръжение при отбрана.³⁴ В този смисъл авторът прави теоретичния пробив за границата като изцяло политическа категория, която както вече бе посочено, се променя с времето. От чисто изолационистка територия (често ненаселени ивици земя) тя се превръща в зона на сблъсък на държавната власт на съседни единици поради демографския бум и индустриалния напредък на разработването на пространството. Това, което е може да отчете като заслуга на *Spykman*, е вникването в нееднозначната природа на границата, която трябва да служи на двойка цел – да обособява върховната суверенна власт на държавата и да бъде контактна зона за комуникация.³⁵

Разбира се, освен географския критерий не бива да се пропуска и съотношението със силата на съседните държави (напр. силовата диспропорция

³² *Spykman*, N. J. Geography and Foreign Policy, II. *The American Political Science Review*, Vol. 32, 1938, № 2 (Apr), 214–217.

³³ *Spykman*, N. J. *Op. cit.*, 1938, 231–236.

³⁴ *Spykman*, N. J. and Abbie A. *Rollins*. Geographic Objectives in Foreign Policy. I. *The American Political Science Review*, Vol. 33, 1939, № 3 (Jun.), p. 395.

³⁵ *Spykman*, N. J. and Abbie A. *Rollins*. *Op. cit.*, 1939, p. 397.

между съседни малка държава и Велика сила³⁶). Когато малката държава е разположена между две Велики сили (макар *Spykman* да си служи с термина „слаба държава“, защото мисли в категориите на баланса на силите), тя е в положението на буферна държава. В този случай нейната сигурност е производна от сигурността, която извличат съседните Велики сили от продължителното ѝ съществуване като граница сама по себе си. Това тласка буферната държава към политика на неутралитет, защото заемането на позиция на по-тесни връзки с единия съсед би тласнало другия да замени сигурността на буфера със сигурността на окупираната територия³⁷ (на вече разглеждания като враг буфер в категориите на *Шмит*). Така неминуемо буферът се превръща във временен инструмент на уталяване на напрежението и отлагане на конфликта между опоненти.³⁸ Като един предвестник на песимизма на реалисти като *Morgenthau*, *Spykman* стига до извода, че знанието за границите е ключово за териториалната сигурност, но тя не е продукт на международното право и международните организации (критикувайки неефективността на Обществото на народите), а е продукт на временни стратегически и тактически решения за поддържане на международния ред чрез баланс на силите.³⁹

Картите също отразяват значението на географските региони за борбата за надмощие в световната политика. В тях взаимозависимостта между геостратегическите пространства (хартланд и римланд) отдава по-голямо значение на границите между тях отколкото на държавните граници. Всеки квадрант от картата влияе върху цялостната конфигурация на силите, с което се установява глобално пространство. Всичко това се вписва в цялостния контра-наратив за големите пространства и географските стълбове на историята, който се преутвърждава със световните войни и лесния достъп до противниковата територия от въздуха.⁴⁰ Ако развитието на конвенционалните военни технологии има за последица взаимосвързаността и хомогенността на физическото пространство и оттам разглеждането му в интегрални категории, то усъвършенстването на ядреното оръжие и скоростта на развитие на кибертехнологията има за ефект възприятието на света като дезинтегрирано и дестабилизирано от заплахи пространство.

И докато *Kjellén* е „приземен“ в теоретизациите си, образно казано, „на сушата“, а *Макиндер* и *Spykman* съвсем плахо интегрират водата, американският

³⁶ Вж. по-подробно: **Pantev**, P. The Fluid Nature of Smallness: Regulation of the International System and the Challenges and Opportunities of Small States. In: **Steinmetz**, R. & A. **Wivel**. Small States in Europe: Challenges and Opportunities. Farnham: Ashgate Publishing, 2010, pp. 103–116.

³⁷ **Spykman**, N. J. *Op. cit.*, 1938, p. 227.

³⁸ **Spykman**, N. J. and Abbie A. **Rollins**. *Op. cit.*, 1939, p. 410.

³⁹ **Spykman**, N. J. Frontiers, Security, and International Organization. *Geographical Review*, Vol. 32, 1942, № 3 (Jul.), p. 447.

⁴⁰ **Boria**, E. *Op. cit.*, 2015, p. 154

морски стратег контраадмирал *Алфред Тайър Махен/Alfred Thayer Mahan* се опитва да обхване привидната необозримост на морското пространство чрез различни тактики на увеличаване на морската мощ, конкретно на САЩ. Той е поддръжник на развитието на този компонент на силата чрез трансформация от т. нар. „кафяв флот“, т.е. речен, към т. нар. „син флот“, т.е. морски, след териториалния триумф на Испано-Американската война (Пуерто Рико, Гуам, Филипините; контрол на Куба). В тази връзка *Mahan* формулира няколко логически постулата в крупната си четиритомна история на морските битки от 1660 до 1815 г. „*Влиянието на морските сили*“ (1890-).⁴¹ Първото твърдение, базирано на меркантилния империализъм гласи, че морската търговия е фундамент на икономическото господство, а за да се осъществи търговски протекционизъм в буквалния смисъл на думата, е нужен мощен флот (а не просто флотилия от търговски кораби), с който да се поддържа морското превъзходство. Оттук следва и индуктивното твърдение, че морското превъзходство е предпоставка за глобален възход въобще.

Harold u Margaret Sprout в отделна глава от изследването си ‘*Foundations of International Politics*’ (1962) определят *Mahan*, а после и *Mackinder* като големите геополитически умове в началото на XX век, чиито концепции оставят траен отпечатък върху германската геополитическа мисъл в навечерието на Втората Световна война. Картата на геополитическото пространство според *Mahan* обхваща безграничния **световен океан** и свързаните помежду си морета, осеяни с континенталната суша от три части:

- трансконтиненталната Руска империя от снежна Арктика до пустинно-планинския пояс на Централна Азия и от Източна Европа до Япония, почти без излаз на световния океан;
- европейските, източно- и южно-азиатските държавите с излаз на морета;
- островните държави като Великобритания, Япония и САЩ без пряк досег със сушата на Евразия.⁴²

Островните държави са с най-голямо предимство, дотолкова доколкото могат да концентрират усилията си в разработване на флота (съсредоточаване на сила) и откъдморска експанзия (разпръскване на сила чрез транспорт и търговия). Разположението на територията има значение във връзка с подстъпите за морски контрол (отправна точка за атаки). Когато обсъжда физическия строеж и форма на територията, *Mahan* поставя ударение върху формата на бреговата ивица като открита граница не само от гледна точка на дължината, но по отношение на брой и качество на пристанищата, които определят достъпността

⁴¹ **Mahan**, A. T. *The Influence of Sea Power upon History, 1660–1783*. Boston: Little, Brown, 1890, 29-50.

⁴² **Sumida**, J. Alfred Thayer Mahan, Geopolitician. *Journal of Strategic Studies*, 1999, 22:2–3, 40–42.

към океански търговски маршрути.⁴³ Освен това той не пропуска да отбележи и островното положение (степената на изолираност) в зависимост от това дали става дума за остров или полуостров, както и разделянето на политическата единица от водни басейни, което прави държави като архипелазите уязвими с оглед на многобройните гранични подстъпи за инвазия. Следователно големината на територията е подвеждащ критерий за мощта (обратно на виждането на „сухопътните“ геополитици), а решаващият е концентрацията на населението по откритите морски граници и мобилизираността му в опазването им.

4. Относителност на морала и политическите злоупотреби на пространството

Детерминисткият уклон в мисленето за пространството намира и идейна платформа в списание *Foreign Affairs*, основано през 1922 г. от Съвета за външни отношения под егидата на тогавашния американския президент Теодор Рузвелт. Един от активните членове на редакционната колегия е *Isaiah Bowman/Айзая Боуман*, който пропагандира „безпристрастно“ експертно познание за глобалните ресурси и употребата им от държавите. В обзорното си изследване „*Новият свят*“ (1921) *Bowman* настоява за издигане над „провинциалния“ мироглед за международните отношения, като предлага широкоспектрна „зрителна леща“ към едно монолитно световно пространство. На англо-американската визия се гледа с тревога в Германия, където работна група от немски географи отговаря с тритомник през 1941 г., озаглавен „*Сила и Земя*“ (*Macht und Erde*, гл. ред. *Otto Maull*).

В междувоенния период всяка асоциация на географското с властта се именува „геополитика“, което действа похабяващо за научния потенциал. Това кара *Bowman* да заеме защитна позиция с полемична статия „*География срещу геополитика*“ (1942 г.), в която на географията е отредена морализаторската роля на символ на демокрацията и човешките права, докато геополитиката (*Geopolitik*) е заклеймена като нацистка псевдонаука с империалистически императиви, едва ли не „нумерология“. ⁴⁴ Така по изопачен начин американският географ представя американската идеология на интернационализма от времето на У. Уилсън като не-идеология и алтер его на нацисткия експанзионизъм зад претенцията за космополитна „научна география“ (не много по-различно

⁴³ На английски език тази особена морска граница, чиято достъпност и разработеност задава търговски и транспортни предимства, се нарича ‘seaboard’, а формата ѝ е ‘conformation’: **Mahan**, A. T. *Mahan on Naval Strategy*. Annapolis, Maryland: Naval Institute Press, 1991, 37. Cit. in: **Black**, B. *The Legacy of Mahan for the 21st Century*. USAWC, U.S. Army War College, Carlisle Barracks, Carlisle, PA, 2006. Strategy Research Project: 6-7, <<https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a449259.pdf>>

⁴⁴ **Bowman**, I. Geography vs. Geopolitics. *Geographical Review*, Vol. 32, 1942, № 4, pp. 646–658.

от съветските географи след Втората световна война). За идеологизацията на географските фактори в рамките на военната пропагандна машина говори заявлението на *Bowman*, че отговорът на германското териториално жизнено пространство е глобално икономическо жизнено пространство (за американския бизнес). По този начин се прокарват ясни граници между образите за собственото пространство и вражеското такова, като обозначаването на всяко едно от тях като изключително тласка политиката на държавите в нееднозначна посока. В германските и американските кинопрегледи по това време намира широко приложение „кинематорафската“ картография – кървави карти, застрашителни стрелки и др. с цел мобилизация на общественото съзнание.⁴⁵

В навечерието на Втората световна война всички тези елементи на империалистическата геополитика, базирана на реализма, намират своя завършен облик в германската геополитическа мисъл. Германският бивш военен и ветеран от Първата световна война, преквалифицирал се в професор по политическа география в Университета в Мюнхен, *Karl Haushofer*/*Карл Хаусхофер*, остава нарицателен като един от идейните сподвижници на нацистката доктрина поради укривателството на Рудолф Хес след злощастния „бирен пуч“ и честите срещи в затвора с Адолф Хитлер.⁴⁶ За пропагандна платформа на изправянето на „Версайската грешка“ служи „Списание за геополитика“ (осн. 1924); учители на *Хаусхофер* са *Ratzel* със социално-дарвинистките идеи и *Макиндер* с концепцията за хартланда. Следвайки традицията на натуралистичната мисъл за държавата като биологичен организъм, *Хаусхофер* отрича чистата юриспруденция (напр. формализирането на граници в международни договори) като заплаха за „*здравата национална почва*“ (*Volksboden*). По силата на тази логика границата не е абстрактна политическа разделителна линия, а представлява зона с жива енергия, поради което не може да се прокарва по абстрактни критерии, например по права линия. Тя не може да се променя и по силата на различни движения (на хора, стоки и др.), а трябва да бъде подхранена чрез социална демобилизация, напр. ограничителни закони за наследяване на земеделска земя.⁴⁷

По донякъде очаквана прищявка на съдбата *Хаусхофер* попада под ударите на Гестапо след разрыв с фюрера,⁴⁸ като в самооправдателна писмена пле-

⁴⁵ Ó **Tuathail**, G. The critical reading/writing of geopolitics: Re-reading/writing Wittfogel, Bowman and Lacoste. *Progress in Human Geography*, 18, 1994, № 3, 320–324.

⁴⁶ Вж. по-подробно за превратната лична и академична съдба на Хаусхофер в: **Herwig**, H. H. Geopolitik: Haushofer, Hitler and lebensraum, *Journal of Strategic Studies*, 1999, 22:2–3, 218–241. **Heske**, H. Karl Haushofer: His Role in German Geopolitics and in Nazi Politics. *Political Geography Quarterly*. Vol. 6, 1987, No. 2, April, 135–144.

⁴⁷ **Haushofer**, K. Grenzen in ihrer geographischen und politischen Bedeutung. Berlin, 1927, p. 226; In: **Jacobsen**, H.-A. Karl Haushofer: Leben und Werk, (Boppard am Rhein), Vol. 1, 1979, pp. 523ff. Cit.: **Diner**, D. Knowledge of expansion on the geopolitics of Karl Haushofer. *Geopolitics*, 1999, 4:3, p. 164.

⁴⁸ Разрывът е включително на идейно ниво: Хаусхофер изследва прехода към широчинна стратегия на меридианите с разширяването/стесняването на границите. Той про-

доария на страниците на пресата след Нюрнбергския процес той се оплаква от „злоупотребата и превратното тълкуване на геополитиката от управляващите“, когато нейната цел била да предвратява конфликти чрез жизнено пространство, базирано на „справедливост и политико-културна автономия за малцинствата“ (визирайки парадоксално Мюнхенската конференция...).⁴⁹ На извращенията на германската геополитическа мисъл се дава изява в „Моята борба“ на Адолф Хитлер, където с псевдонаучни расистки категории той обосновава мегаломанския проект за световно господство и политиката на изстребление на Другия (нечистия, неариеца, евреина-капиталист, съветския комунист). Тази свръхидеологизация на пространството по време на Третия райх води до нов оправдателен режим – по време на Студената война германските геополитически изследвания се абстрахират от политическото и се фиксират върху географското, например микропланиране, измерване на граници, с което се избягва критическият препрочит.

5. Нова политика на силата: идеологическо преначертаване на границите

Такъв критически препрочит се налага по време на Студената война по повод на наследството на немската геополитическа мисъл чрез идеите на германския юрист *Карл Шмит*. Въпреки че идиосинкретичният му труд „Номосът на Земята в европейското публично право“ (1950) изобилства на места с езотерични митологични спекулации, той е ценен с кратката историография на международното право и международните отношения: повратът от средновековното религиозно единство към светска система на териториално ограничен суверенитет след договорите от Мюнстер и Оснабрюк → противопоставянето между вътрешноевропейското право и естественото право и проекцията им в Новия свят → преходът към пацифистки универсализъм с учредяването на Обществото на народите.⁵⁰ Отражението на изследванията му е ограничено поради биографията на автора – членството му в Национал-социалистическата партия и съпричастността му към антисемитски мероприятия, довели до процеса срещу него пред Нюрнбергския трибунал, макар и с оправдателна присъда; симпатизирането на франкисткия режим в Испания и

гнозира центростремително ограничаване на Източна Азия и центробежно разрастване на САЩ, докато Хитлер вижда заплахата от Изток: **Хаусхофер**, К. Геополитическа динамика на меридианите и паралелите. *Военен журнал*, 1998, № 5, с. 104–106.

⁴⁹ **Haushofer**, K. Total Power: A Footnote to History. 1948. In: O **Thuathail**, G. et al. (eds.). *The Geopolitics Reader...*, 2011, p. 55.

⁵⁰ **Koskenniemi**, M. The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International law 1879–1960. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, 413–509. Cit. in: **Koskenniemi**, M. International Law as Political Theology. How to read the Nomos der Erde? Forum Historia Iuris. Debatte zu Carl Schmitts Geschichtsbild nach dem Zweiten Weltkrieg. Beitrag vom 31. März. 2006. ISSN: 1860-5605, <<https://forhistiur.de/legacy/zitat/0603koskenniemi.htm>>, p. 6.

крайнодесни военни хунти в Латинска Америка като този на Перон, където той намира трибуна за академичното си поприще заради формалната забрана за заемане на катедра след денацификацията във Федерална Република Германия, едно „самоналожено изгнание като това на Макиавели“, по негово собствено сравнение.⁵¹ Едва чрез трудовете на основоположника на политическия реализъм *Morgenthau* перспективата на *Шмит* за политическата сфера става централна за международните отношения.

Посредством зрителната призма на международното право номосът на Земята полага европейския ред върху възникването на държавата като политическа единица, заемаща дадено пространство, което после подлага на регулиране; така се прокарва съединителната нишка между реда, пространството и държавността. *Шмит* разглежда правото като законност (*Recht*), включваща процедури за вземане на решения и институции, а не като закон (*Gesetz*), създаден по волята и целесъобразността на някой законодател.⁵² Той постулира фундаментална връзка между реда в човешката общност и заеманото от нея пространство (*Ordnung-Ortung*) – ако първичният акт е завладяването, то следващият е разпределението, което изисква ред или „номос“. Така политическите единици заявяват юрисдикционната си власт, а както е известно от концепцията му за политическото, политическата власт се базира на ясно разграничение между приятеля и врага, на дихотомията наше – чуждо или Ние – Те („понятиенно определяне в смисъла на критерий“⁵³). С други думи политическото пространство е описвано с ясните граници на упражняване на контрола (във вътрешнополитически смисъл – власт, в международните отношения – сила).

Шмит разглежда Земята като монолитно единно Цяло, но все пак границите маркират както пространствено, така и времево (поетапно) систематично място в развитието на политическите общности. Действията, които се извършват с това Цяло, са изцяло в материалната сфера – първо, завоюване (завземане), второ, разпределение, трето, експлоатиране.⁵⁴

В първия акт на драмата, както я нарича *Шмит*, която продължава до Великите географски открития, хората покоряват и завладяват нови земи до сблъсъка им с някаква естествена преграда. Там те изграждат изкуствена такава, т. нар. „лимес“ – граничен вал или стена, отсам чиито очертания е поместено обитаемото пространство (на гръцки „ойкумен“), което е собствено, на съответна империя и в този смисъл митологизирано; отатък са чужденците, варварите, неверниците.

⁵¹ **Schmitt**, C. Dialogues on Power and Space. Editors' Introduction by Andreas Kalyvas and Federico Finchelstein. Cambridge: Polity Press, (2015 En, 1954/1958 De): 2–3.

⁵² **Palaver**, W. Carl Schmitt on Nomos and Space. Telos, № 21, 1996, 106–109.

⁵³ **Шмит**, К. Понятието за политическото. [Прев. от немски] София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2008, с. 21.

⁵⁴ **Schmitt**, C. (1950) / **Шмит**, К. Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum / Новият номос на Земята. [Прев. от рус.] *Геополитика*, 2006, бр. 1, 170–174.

Второто действие е свързано с обхождане на морските пространства и откриването на Новия свят (в този смисъл, по вебериянски, разомагьосано). При усвояването на това пространство те не се нуждаят от „визата“ (т.е. от разрешението) на онези, които биват „открити“. Така, този втори номос на разпределянето на вече глобалната земната повърхност (суша плюс океани) между империите-откривателки става европоцентричен. Завладяната и поделена неевропейска суша (която е отвъдморска проекция на баланса на силата на европейския континент) или заема формата на колонии като американските, или на протекторати като тези в Субсахарска Африка чрез договори за аренда на земя или търговски договори. Морето, напротив, трябва да бъде свободно (т.е. без разделящи граници), за да позволи свободната експлоатация на ресурсите и свободния достъп чрез мирното корабоплаване и морските войни. Оказва се, че свободното водене на война е органична част от свободата на морските територии, с което тяхното завладяване се осъществява от съответния морски хегемон от епохата и така свободата е всъщност присвоена.

Третият номос се установява след края на Втората световна война, когато монолитното земно пространство се дели на две половини – западна и източна в рамките на трайна студена конфронтация, от време на време ескалираща до горещи. Новите полюси, контролиращи половините, които не отговарят на стабилните географски полюси (Север и Юг), са непостоянни и неопределени, зависещи от геополитическата конюнктура на принадлежност към съответния идеологически лагер. Шмит, обаче, отива по-далеч в мащабното обхващане на следвоенния свят: за него Изтокът е огромната маса на континенталната суша, а Западът е покрит от два океана – Атлантическия и Тихия. Следователно зад поляризацията Изток – Запад се крие противопоставянето между континенталния и морския светове, „между стихиите и елементите на Земята и Морето“. В условията на това противопоставяне ще се оформят нови мерки и пропорции, предвещава авторът, почти заклинателно, позовавайки се на свръхестествения разум (боговете, както ги нарича той, в съзвучие с Вагнеровата оркестрация, употребена за нацистки цели), водещи или до хегемония, или до сложно равновесие.

В малко по-късната си следвоенна радиопиеса под формата на Платонов диалог (по-скоро триалог) „Диалог за новото пространство“ Шмит очертава, образно казано, концептуалния път от антитезата между сушата и морето към отвореното въздушно и безграничното космическо пространство, които разколебават цялата идея за номоса. Altmann (старият историк) прави исторически прочит на библията през призмата на опозицията между сушата и морето, разделени още по време на Сътворението и където само сушата е подредено жизнено пространство, а от морските дълбини на хаоса изплуват чудовища като Левиатан; Neumeier (новаторският химикофизик) отхвърля анахронизма на тази примитивна естествена философия с отворените към морето империи като Британската, които съчетават индустриализацията с колонизацията;

MacFuture (северноамериканецът футуролог) поглежда отвъд, към изкуствените стихии като атомното оръжие и грозящата дестабилизация от употребата му. Етичната дилема на Студената война е рискът от буквално изтриване на човешкото (с разрушителната ядрена енергия) поради детериториализацията на властта и контрола на държавата; затова и решението ѝ е подобно на събудилия се от кошмарна нощ Фауст – хората да „останат здраво стъпили на земята“.⁵⁵

Връщайки се назад към довоенната (модерна) пространствена концепция на стабилните граници на контрола, е обяснимо упованието на *Шмит* на големите пространства в геостратегията на Великите сили. На 1 април 1939 г, само две седмици след инвазията на Хитлер в Чехословакия, той въвежда понятието *Grossraum* на лекция в Университета в Кил. *Шмит* се позовава на Доктрината Монро, поставила ясни граници, първо, като бариера на европейската колониална политика, и, второ, като обхват на влияние на САЩ в Северна и Южна Америка; допълнителна легитимност черпи от 14-ата точка на Удроу Уилсън за Обществото на народите като инструмент за изпълнение на глобалната доктрина. Така германското неинтервенционистко Велико пространство, повлияно от католическия теологическа доктрина за универсализма, парадоксално е контрапункт на американската империалистическа доктрина (заявена като философия на утопизъм, но прикриваща според *Шмит* политически стремеж към хегемония). Следва да се подчертае, че то е различно от нацистката идеология за *Lebensraum*, защото се фокусира върху геополитическите аспекти на пространството, а не върху биологическите аспекти на чистата раса.⁵⁶ Пространството получава и чисто религиозна трактовка (католическа привързаност към родината, често придружена с антисемитска критика на липсата на прикрепеност на евреите към конкретна територия в контекста на гоненията, прокудеността, скиталствата).

Може да се прокара паралел между антитезата германски национализъм – Наполеонов универсализъм при *Kjellén* и антитезата централноевропейско Велико пространство – уилсъниански и болшевишки универсализъм при *Шмит*. Това, което най-много плаши *Шмит*, е края на историята, пророкуван от *Alexandre Kojève* (вдъхновител на Фукуяма) и установяването на нов номос на обединен свят след триумфа на капитализма. Затова той се застъпва за **анти-универсалистски плуралистичен номос** на разделена на големи пространства, а не разпокъсана на слаби държавици Земя. Новата държава е качествено тотална в смисъла на интензивност и политическа енергия, а не количествено тотална държава на демократични мнозинства, която не може да се справи с

⁵⁵ **Schmitt**, C. Dialogue on New Space. In: Dialogues on Power and Space..., (1955/1958/1994), 51–82.

⁵⁶ Ясното разграничение на двете концепции е направено по време на разпита на Шмит от съдията Robert Kempner пред Нюрнбергския трибунал: **Schmitt**, C. Interrogation of Carl Schmitt by Robert Kempner (I). *Telos*, 72, 1987, 99–100.

натиска на различни социални групи;⁵⁷ фашистката тоталитарна държава на Мусолини е „светъл образец“ в това отношение във възжеланията на Шмит.

Паралелно с реализма марксистите също имат своята заслуга макар и към разрушаването на държавоцентричния модел с призива за интернационална класова солидарност. Унгарският картограф *Alexander Radó*, приел Съветския съюз за втора родина (с преломни житейски превъплъщения от съветски шпионин към концлагерист), изготвя карти с нееднозначно марксистко послание. Самият той описва научната си работа като „*география на работническото движение и картографичното му представяне от марксистка перспектива*“.⁵⁸ Естетиката на публикувания през

1930 г. „*Атлас на политическата икономия на работническото движение. Империализъм*“, илюстрирана от известния дадаист и отявлен антинацист *John Heartfield*, отразява глобалния конфликт между старите империи и новите национални държави, между експлоататори и експлоатирани, между реакционери и революционери. Затова и държавните граници са напълно negliжирани – единствената валидна разделителна линия е пропагандната, между оцветения в червено комунистически блок и запълнените с черен цвят буржоазни държави.⁵⁹ Подобни догматични и силно идеологизирани (двухцветни) карти не са съвместими с академичната неутралност. Те обаче са в духа на универсалистката традиция на релативизиране на държавните граници. Неслучайно и самият *Radó* проектира Международната карта на света след Втората световна война, чието предназначение е да заличи разликите между националните картографии.

Незападната класическа геополитическа традиция намира изява в руската, която следвайки плътно империалистическия курс на Царистка и след това Болшевишка Русия, също борави свободно и дори „на едро“ с големите пространства. Евразийството се обозначава в науката като „географска идеология“, която приспособява западни идеи за нуждите на руския национализъм, т. е. модерна трактовка на традиционния руски империализъм. Немската концепция за големите географски единици е подложена на ревизионизъм чрез лингвистични категории. Евразийството се оформя в особения международен контекст на уилсънски-ленинския идеал и съответното идеологизиране на самопределението на народите, паралелно с първия мащабен паневропейски проект на граф Куденхов-Калерги през 20-те години на XX век.

Представителите на евразийската школа са белогвардейски емигранти, които след неуспешните си контрареволуционни опити да възстанавят царисткото статукво в Гражданската война, се установяват през 1920 г. в София, където преподават и издават към Софийския университет. В монолитните им

⁵⁷ **Axtmann**, R. (2007). Humanity or Enmity? Carl Schmitt on International Politics. *International Politics*, 44, 2007, 531–551.

⁵⁸ **Boria**, E. *Op. cit*, 2015, p. 158.

⁵⁹ **Boria**, E. *Op. cit*, 2015, p. 159

консервативно-либерални редици изпъкват имената на: лингвистът принц Николай Сергеевич Трубецкой, издателят и меценат Пьотр Пьотрович Сувчински, политическият изследовател Пьотр Николаевич Савицки, теологът Георгий Василиевич Флоровски и др., а по-късно към идейното течение се присъединяват литературният критик принц Дмитрий Пьотрович Светополк-Мирски от Лондонското училище за славянски и източноевропейски изследвания и историкът Георгий Владимирович Вернадски от Йейл. Евразийците пропагандират отявлен панрусизъм с известно „заиграване“ с украинските корени на някои от тях, независимо от настояването за номадската азиатска „жилка“ в руската култура. В този смисъл те претендират за нова евразийска месианска алтернатива за колонизираните източни народи (монголите като първите обединители на европейското пространство) в противовес на културния „залез“ на Запада⁶⁰ и изключителността на славянофилството. В някои периоди и отделни ляво ориентирани представители на квазинационалистическата идеология на евразийството си сътрудничат със съветския федеративен проект (СССР) по линията на своеобразния метафизически материализъм.⁶¹

Евразия е конструирана като лингвистично пространство, отделено чрез езика и религията от Латинска Европа. Тя е структурно цяло, което се развива по своя вътрешна центростремителна динамика, както бащата на Г. Вл. Вернадски, известният геохимик *Владимир Вернадски*, обосновава наличието на **нусфера – еволюиращо човешко колективно съзнание по управление на екологичните процеси с технологии**. Евразия е монолитна система със свои закономерности, която е ясно разграничена от европейския континент с четири последователни линейни орогеографски и климатични зони от запад на изток и от север на юг: тундра, тайга, степ и пустиня за разлика от регионалната нехомогенност на „карирана“ Европа. *Мирски (1927)* подчертава „*изкуствения и нереален*“ характер на границата между Европа и Азия, като линията от Мурманск и Галац (т.е. разделящата от Западна Европа, с изключение на близките културни връзки с българите) е далеч по-реална от Уралската планинска верига като отграничител от Азия.⁶²

Пьотр Савицки в „*Особености на руската география и Русия като отделен географски свят*“ развива идеята за **Евразия като „суша-океан“**, а анексирането на територии не е ориентирано към достъп до морета (напр. балтийските държави се възприемат като част от Латинска Европа).⁶³ Следва да се отбележи, че не цялата територия на Евразия влиза в границите на

⁶⁰ Bassin, M., S. Glebov, M. Laruell, eds. *Between Europe and Asia: The Origins, Theories, and Legacies of Russian Eurasianism*. Pittsburg PA: University of Pittsburg Press (online copyrighted material), 2015.

⁶¹ Shlapentokh, D. V. Eurasianism. Past and Present. *Communist and Post-Communist Studies*. Vol. 30, 1997, № 2, 129-151.

⁶² Mirsky, D. S. The Eurasian Movement. *The Slavonic Review*, Vol. 6, 1927, № 17, p. 313.

⁶³ Ishboldin, B. The Eurasian Movement. *The Russian Review*, Vol. 5, 1946, № 2, p. 68.

Велика Русия според автора и нито източната (Сибир), нито западната граница (Източна Полша) следват ясна географска логика, например отделяне чрез планински вериги. *Трубецкой* в своя основополагащ манифест „*Изход на Изток*“ (1921 г.) доразвива идеята за Евразия като специфична изява на траен безкласов наднационализъм на „човечеството“ в противовес на европейския империализъм, който е следван от Царска Русия. Евразия е хармонично органично цяло, в което съжителстват културните кодове на руснаците с тези на монголите (изследвани от *Г. Вл. Вернадски*) и други неруски народи (обозначени от *Трубецкой* като „*туранския елемент*“, урало-алтайски⁶⁴). В тази връзка се спекулира в литературата, че на психологическо равнище идеологията за общоевразийския национализъм и мирното съжителство в едно пространство завоалира дълбокия геополитически ужас от настъплението на вараварската „жълта заплаха“ от изток.⁶⁵ Може да се твърди с увереност обаче, че зад привидно антиимпериалистическите заявления прозират експанзионистични домогвания, артикулирани като обща идентичност на взаимно културно смесване и ясно отграничение спрямо европейските обединителни тенденции от запад, а последните всяват тревоги за „сврхцивилизованост“ и оттам чуждост за самобитността на евразийската култура.

6. Обективни закономерности в изследванията на границите?

Българската следа в изследванията на границите е, на първо място, в предоставената платформа за развитие на руската евразийска школа в началото на 20-те години на XX век, както бе посочено по-горе. На второ място, тя никога не се е лутала особено между крайностите на материализма и идейните структури, а заема умерена средишна позиция. Първите съчинения на ученика на Фридрих Ратцел, основоположникът на географската наука в България *Анастас Иширков*, са посветени именно на антропогеографията.⁶⁶ Според него държавата има много от свойствата и на организма (форма и големина на територията, положението), и на механизма (народ), а вътрешният живот на държавата е основан на дуализма на тези два елемента.⁶⁷ *Иширков* прави отделни антропогеографски прочувания за конкретни български гра-

⁶⁴ *Трубецкой*, Н. За туранския елемент в руската култура. *Военен журнал*, 1998, № 4, 115–122. Също: *Трубецкой*, Н. Общоевразийският национализъм. *Военен журнал*, 1998, № 6, 116–121.

⁶⁵ *Riasanovsky*, N. V. Prince N. S. Trubetskoy's "Europe and Mankind". *Jahrbücher für Geschichte Osteuropas*, Neue Folge, Bd. 12, 1964, № 2, p. 220.

⁶⁶ Подробен общ преглед: *Карастоянов*, Ст. Политическа география, геополитика, геостратегия: История, теория, практика. 3. осн. прераб. изд. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2008, 292 с.

⁶⁷ *Иширков*, А. Политическо-географско схващане за държавата. Научен преглед. Кн. 1. 1929, 56 – 61. Препеч. във: *Военен журнал*, 1999, № 1, 123–125.

ници: черноморската (1902 г.); западната граница на Македония и албанците (1908 г., 1926 г.); тракийската (1919 г., 1930 г.), общо за границите на Българското царство по повод на 10-годишнината от Ньойския мир (1929 г.). *Иван Батаклиев* (1941) допълва изследванията за границите, като защитава тезата за липсата на резки вътрешни разделителни линии в Мизия, Тракия и Македония, която обосновава легитимността на националния идеал (обединението на всички българи в българската държава, която се характеризира с антропо-географско единство).⁶⁸ За разлика от демагогския национализъм с анти-семитско отхвърляне и „изхвърляния“ към големите пространства, идеите на българските географи преди 1944 г. запазват известна мярка в етническите, историческите и демографските критерии за хомогенна нация.

Първото систематично теоретично проучване на границите от български автор е дело на *Крум Дрончилов* през 1925 г. В „*Политическата граница*“ той разглежда функциите на границите като **гранични пояси** (нарича ги „държави-тампони“, по същество буфери), които имат отбранително предназначение и **гранични линии** (договорена по международното право разделителна за суверенитета функция), които имат улесняващо предназначение. Предложената класификация на границите е от гледна точка на обусловеността им от материалната действителност (естествени и изкуствени) и моралното им съответствие (добри и лоши),⁶⁹ като с последното разграничение се третира по специфичен антропо-географски начин болезнените аспекти на националния въпрос след крушението на националните катастрофи.

Подобна позиция за необходимостта от ревизия на договори-диктати, но от международноправна гледна точка, заема юристът *Георги П. Генов* в „ревизионната“ си статия „*Една тъжна десетгодишнина*“ (1929 г.; притурка към вестника на ветераните „Инвалид“), в която с полемичен тон критикува „варварския принцип“ на правото на победителите и онеправдаване на победените,⁷⁰ по силата на който се създават несправедливи граници. Извън програмния мобилизационен характер на студията, основна заслуга на изследването е систематичното разглеждане на проблемите на наложените граници от морална и практическа гледна точка.

От гореизложеното може да се направят следните изводи. Първо, развитието на теоретичните концепции не е линейно, а търпи революционни поврати, особено във времена на криза и възход на крайни популистски течения (както реваншизма между двете световни войни). Второ, именно поради

⁶⁸ **Батаклиев**, И. Географското единство на българските земи. *Известия на българското географско дружество*, 1941, № 9. Препеч. във: *Военен журнал*, 1999, № 5, 114–120.

⁶⁹ **Дрончилов**, К. Политическата граница. *Год. СУ. Ист.-филолог. Фак.*, 21, 1925, 1–24. Препеч. във: *Военен журнал*, 1999, № 2, 120–130.

⁷⁰ **Генов**, Г. П. Една тъжна десетгодишнина. Ньойският мирен договор. В: *Народно-стна държава и международно право. [Речи, студии и статии]*. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2012, 96–134.

нелинейността на развитието на теорията се наблюдава връщане към и дори надграждане на примитивните детерминистки идеи за държавата като жив организъм и необходимостта от жизнено пространство. Трето, неравномерността означава нееднозначно присъствие освен на обективните закономерности, а и на субективни фактори. Така рационалните калкулации на себичния национален интерес задават външнополитическия курс, но понякога, в критични исторически моменти, по нелогичен начин се втъкват и раздвояват насочеността му именно колективни емоции на реваншизъм, изключване на другите (несправедливи граници, стени, лагери) и подобни мобилизиращи масите сантименти и практики.

ЛИТЕРАТУРА

- Батаклиев**, Иван. Географското единство на българските земи. *Известия на българското географско дружество*, 9, [1941].
Препеч. в: *Военен журнал*, 1999, № 5, 114–120.
- Генов**, Георги П. Една тъжна десетгодишнина. Ньойският мирен договор. В: *Народностна държава и международно право*. [Речи, студии и статии]. София: УИ Св. Кл. Охридски, 2012, 96–134.
- Дрончилов**, Крум. Политическата граница. *Год. СУ. Ист.-филолог. фак.*, 21, 1925, 1–24.
Препеч. в: *Военен журнал*, 1999, № 2, 120–130.
- Иширков**, Анастас. Политическо-географско схващане за държавата. *Научен преглед*, 1929, № 1, 56–61.
Препеч. в: *Военен журнал*, 1999, № 1, 123–125.
- Карастоянов**, Стефан. Политическа география, геополитика, геостратегия: История, теория, практика. 3. осн. прераб. изд. София.: УИ. Св. Кл. Охридски, 2008, 292 с.
- Кисинджър**, Хенри. Световен ред. София: Труд, 2015.
- Макиндер**, Халфорд. Географската ос на историята. *Военен журнал*, 2, 1998, № 2, 102–112. (Прев. от англ. на доклада в *Geographical Journal*, London, 1904, № 23).
- Ратцел**, Фридрих. Зависимостта между земята и държавата. *Военен журнал*, XIX, 2002, № 2, 134–141. (Прев. от нем.).
- Русев**, Марин. „Mitteleuropa“ и големите пространства: Геополитически измерения на континенталното ядро: 2. Политическа организация на Mitteleuropa – традиция, съвременност и перспективи геополитическа постановка. *Год. СУ. Геолого-геогр. фак.*, 94, 2002, Книга 2 – География, 14–15.
- Трубецкой**, Николай. За туранския елемент в руската култура. *Военен журнал*, 1998, № 4, 115–122.
- Трубецкой**, Николай. Общоевразийският национализъм. *Военен журнал*, 1998, № 6, 116–121.
- Хаусхофер**, Карл. Геополитическа динамика на меридианите и паралелите. *Военен журнал*, бр. 1998, № 5, 104–106.
- Шмит**, Карл. Понятието за политическото. София: УИ Св. Кл. Охридски, 2008.

- Axtmann**, Roland. Humanity or Enmity? Carl Schmitt on International Politics. *International Politics*, 44, 2007, 531–551.
- Bassin**, Mark, Sergey **Glebov**, Marlene **Laruelle**, eds. Between Europe and Asia: The Origins, Theories, and Legacies of Russian Eurasianism. Pittsburg PA: University of Pittsburg Press (online copyrighted material), 2015.
- Black**, Bruce. The Legacy of Mahan for the 21st Century. USAWC (U.S. Army War College, Carlisle Barracks, Carlisle, PA, Strategy Research Project, 2006, 6–7), available from: <https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a449259.pdf>
- Boria**, Edoardo. Representing the Politics of Borders: Unorthodox Maps in Reclus, Mackinder and Others. *Geopolitics*, 2015, Vol. 20, p. 151.
- Bowman**, Isaiah. Geography vs. Geopolitics. *Geographical Review*, 1942, Vol. 32, No. 4, 646–658.
- Diner**, Dan. Knowledge of expansion on the geopolitics of Karl Haushofer. *Geopolitics*, 4:3, 1999.
- Gray**, Colin S. Nicholas John Spykman, the Balance of Power, and International Order. *Journal of Strategic Studies*, 38:6, 2015.
- Hagan**, Charles. B. Geopolitics. *The Journal of Politics*, 1942, Vol. 4, No. 4 (Nov), 478–480.
- Haggman**, Bertil. Rudolf Kjellén and Modern Swedish Geopolitics. *Geopolitics*, 3:2, 1998.
- Hartshorne**, Richard. The Nature of Geography: A Critical Survey of Current Thought in the Light of the Past. *Annals of the Association of American Geographers*, 1933, Vol. 29, № 3, 220–223.
- Herwig**, Holger H. Geopolitik: Haushofer, Hitler and lebensraum. *Journal of Strategic Studies*, 22:2–3, 1999, 218–241.
- Heske**, Henning. Karl Haushofer: His Role in German Geopolitics and in Nazi Politics. *Political Geography Quarterly*, April, 1987, Vol. 6, № 2, 135–144.
- Holdar**, Sven. Political geographers of the past: The ideal state and the power of geography. The life-work of Rudolf Kjellén. *Political Geography*, 1992, Vol. 11, № 3.
- Ishboldin**, Boris. The Eurasian Movement. *The Russian Review*, 1946, Vol. 5, № 2.
- Koskenniemi**, Martti. International Law as Political Theology. How to read the Nomos der Erde? *Forum Historia Iuris. Debatte zu Carl Schmitts Geschichtsbild nach dem Zweiten Weltkrieg*. Beitrag vom 31, 2006 März. ISSN: 1860–5605, available from: <https://forhistiur.de/legacy/zitat/0603koskenniemi.htm>, p. 6.
- Louis**, Florian. Pour une histoire critique des idées géopolitiques. In: *Les Grands Théoriciens de la Géopolitique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2014.
- Mackinder**, Halford. J. The Round World and the Winning of the Peace. *Foreign Affairs*, 1943, 21/4 (July).
- Mackinder**, Halford. On Thinking Imperially. *Lectures on Empire*. M. E. Sadler. London: Privately Printed, 1907.
- Mahan**, Alfred T. The Influence of Sea Power upon History, 1660–1783. Boston: Little, Brown, 1890.
- Mirsky**, Dmitry S. The Eurasian Movement. *The Slavonic Review*, 1927, Vol. 6, № 17.
- Morgenthau**, Hans, Kenneth W. **Thompson**. Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace. 6th ed. New York: Knopf, 1985.
- Ó Thuathail**, Gearóid et al. (eds.) The Geopolitics Reader. London and NY: Routledge, 2011.

- Ó Thuthail**, Gearóid. The critical reading/writing of geopolitics: Re-reading/writing Wittfogel, Bowman and Lacoste. *Progress in Human Geography*, 18, 3, 1994.
- Palaver**, Wolfgang. Carl Schmitt on Nomos and Space. *Telos*, 1996, № 21.
- Pantev**, Plamen. The Fluid Nature of Smallness: Regulation of the International System and the Challenges and Opportunities of Small States. In: **Steinmetz**, Robert, Anders **Wivel**. Small States in Europe: Challenges and Opportunities. Farnham: Ashgate Publishing, 2010.
- Ratzel**, Friedrich. Intellectual, Political, and Economic Effects of Large Areas. Studies in Political Areas. *American Journal of Sociology*, 1897, Vol. 3, № 3. (Translated in English).
- Ratzel**, Friedrich. Lebensraum. In: Politische Geographie. 3rd ed. Munich and Berlin, 1923.
- Reclus**, Elisée. Anarchy, Geography, Modernity: The Radical Social Thought of Elisée Reclus. Lanham: Lexington Books, 2004. (Preface by Ed. John P. Clark & Camille Martin).
- Riasanovsky**, Nicholas V., N. S. **Prince**. Trubetskoy's „Europe and Mankind“. Jahrbücher für Geschichte Osteuropas, Neue Folge, Bd. 12, H. 2, 1964.
- Schmitt**, Carl. Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum. 1950. (**Шмит**, Карл. Новият номос на Земята. *Геополитика*, 2006, № 1, 2006. (Прев. от рус.).
- Schmitt**, Carl. Dialogues on Power and Space. Cambridge: Polity Press, 2015, [1954/1958].
- Schmitt**, Carl. Interrogation of Carl Schmitt by Robert Kempner (I). *Telos*, 1987, Vol. 72.
- Shlapentokh**, Dmitry V. Eurasianism. Past and Present. *Communist and Post-Communist Studies*, 1997, Vol. 30, № 2.
- Sloan**, Geoffrey. Sir Halford J. Mackinder: The Heartland theory then and now. *Journal of Strategic Studies*, 22:2–3, 1999.
- Smith**, Woodruff. Friedrich Ratzel and the Origins of Lebensraum. *German Studies Review*, 1980, Vol. 3, № 1.
- Spykman**, Nicholas J. Frontiers, Security, and International Organization. *Geographical Review*, 1942, Vol. 32, № 3 (Jul.).
- Spykman**, Nicholas J. Geography and Foreign Policy, II. *The American Political Science Review*, 1938, Vol. 32, № 2 (Apr).
- Spykman**, Nicholas J., Abbie A. **Rollins**. Geographic Objectives in Foreign Policy, I. *The American Political Science Review*, 1939, Vol. 33, № 3 (Jun.).
- Sumida**, Jon Tetsuro. Alfred Thayer Mahan, Geopolitician. *Journal of Strategic Studies*, 22: 2–3, 1999.
- Tunander**, Ola. Swedish-German geopolitics for a new century: Rudolf Kjellén's 'The State as a Living Organism'. *Review of International Studies*, 27, 2001.

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Пламен Пантев.

ДОПЪЛНИТЕЛНИ ФУНКЦИИ НА ЯДРЕНОТО СДЪРЖАНЕ В УСЛОВИЯТА НА СЪВРЕМЕННАТА СРЕДА ЗА СИГУРНОСТ

ИВО ЦЕКОВ*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: Настъпи моментът за фундаментално преосмисляне на ролята на ядрените оръжия в националната отбрана и в състава на сегашните ядрени сили. Студената война свърши, но тя бе заменена от нови заплахи за националната сигурност. Технологиите непрекъснато напредват, създавайки както опасности, така и възможности за основните участници. Този документ анализира бъдещата роля на ядрените оръжия в националната и международната сигурност, описва ролята и ограниченията на напредналите конвенционални оръжия за посрещане на стратегическите нужди и предлага няколко алтернативни сценария за бъдещи ядрени сили.

Ключови думи: съдржане, сигурност, ядрени оръжия.

* Главен асистент по международно право и международни отношения в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право; icekov@uni-sofia.bg

ADDITIONAL FUNCTIONS OF NUCLEAR DETERRENCE IN THE MODERN SECURITY ENVIRONMENT

IVO TSEKOV*

Department of International Law and International Relations

Abstract: The time is right for a fundamental rethinking of the role of nuclear weapons in national defense and of the composition of current nuclear forces. The Cold War is over, but it has been replaced by new threats to our national security. Technology, is inexorably advancing, creating both dangers and opportunities for the main actors. This paper analyzes the future role of nuclear weapons in national and international security, describes the roles and limitations of advanced conventional weapons in meeting strategic needs, and suggests several alternate scenarios for future nuclear forces.

Key words: deterrence, security, nuclear weapons.

1. Проблемът за актуалността на ядрените оръжия днес

Ядрените оръжия изиграха ключова роля в международната сигурност през втората половина на XX век. Въпреки бързото развитие на комуникациите, транспорта и оръжейните технологии, от Втората световна война не е имало мащабен стратегически конфликт. Ядрените оръжия, като най-разрушителните бойни инструменти, създавани някога, имаха стабилизиращ ефект върху отношенията между свръхсилите, като правеха всеки конфликт неприемливо скъп. Въпреки това, геополитическата промяна и еволюцията на военните технологии предполагат, че съставът на ядрените сили и стратегиите за тяхното използване могат да са различни през XXI век. Ето защо, днес времето е подходящо за основно преосмисляне на нашите очаквания и изисквания за тези уникални оръжия.

Ядрените оръжия са част от интегрирана отбранителна стратегия, която включва дипломация и конвенционални сили. Основната роля на ядрените оръжия е била и продължава да бъде тази да възпират всички потенциални противници от нападение срещу съответните ядрени държави или техните жизнени интереси. Очаква се тази роля да продължи дотогава, докато ядрените оръжия запазят статута си на „върховни“ инструменти на военната сила, но това не означава, че тяхната роля във военното планиране няма да се промени изобщо.¹ Напредъкът на военните технологии и доктрини предполага, че

* Chief Assistant Professor in International Law and International Relations at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D in International Relations; icekov@uni-sofia.bg

¹ **Younger**, Stephen M. Nuclear Weapons in the Twenty-First Century. Associate Laboratory Director for Nuclear Weapons. Los Alamos: National Laboratory, June 2000.

позицията на ядрените оръжия в политиката за национална сигурност ще се развива с времето с цел интегриране на стратегическите ядрени сили в последователна и всеобхватна политика за национална и международна сигурност.

Традиционната функция на ядреното съдържане и занапред ще продължи да бъде като гаранция срещу заплахи от други оръжия за масово поразяване. Наред с това, все по-дискутиран става и въпросът за приложимостта на доктрината за съдържането срещу един от феномените на съвременните международни отношения – трансграничния тероризъм. Освен това обаче, е възможно да бъде отличен и един набор от т.нар. „допълнителни функции“ на ядреното съдържане – поредица от приложения на съдържането, които макар и да не са така популярни и важни като посочените по-горе, също имат своето място в ядрената стратегия и военното планиране.

2. Ядрените оръжия като средство за упражняване на виртуална сила

Някои специалисти твърдят, че именно масивният ядрен арсенал на Съединените щати и Съветския съюз им е дал необходимата увереност в годините на Студената война и ги е карал да поддържат водещата си роля в световен мащаб. По този повод изтъкнатият американски учен Харълд Браун пише:

„...поведението на държавите в период на напрежение може и според мен се влияе значително от стратегическите им възможности и баланса между тях, дори когато реалната употреба на тези възможности е крайно невероятна. Загубата на възприеманото като тотално ядрено превъзходство на САЩ от края на 60-те години доведе до реални геостратегически последици. Американското предимство щеше да бъде от ограничена полза при една тотална термоядрена война, но загубата му несъмнено повлия как-то на Вашингтон, така и на отношението на неговите съюзници и врагове“².

До определена степен тази функция на ядрените оръжия може да бъде открита и в съвременните международни отношения. Трудно е да бъде оценена полезността на тези оръжия в такъв аспект, защото тя почива на един латентен ефект. Тази функция е по-различна от употребата на ядрените оръжия като инструмент за съдържане. При нея се цели по-скоро непряк, психологически ефект, който изобщо да обезкуражи потенциалния противник да влезе в надпревара или конфликт с ядрената сила, защото това би било безнадеждно. Тази мисия поставя ударението върху политическата сила, увереността и влиянието, което ядрените държави притежават. Съединените щати са единствената призната суперсила в момента и в този смисъл техни-

² **Brown**, Harold. Thinking about National Security: Defense and Foreign Policy in a Dangerous World. Boulder: Westview Press, 1983, p. 51.

ят ядрен арсенал може да бъде използван като пример за това какъв трябва да бъде арсеналът на една държава, за да претендира тя за такъв статут. Ето защо от определена гледна точка Вашингтон е силно заинтересован да поддържа летвата колкото се може по-високо, но подобно поведение може се наблюдава и в Русия, чийто основен гарант за статута на велика сила е нейният ядрен арсенал.

Друг пример за ядрените оръжия като виртуална и политическа сила е свързан с планирането на военните кампании. Така увереността, с която САЩ започнаха офанзивата си в Ирак със сигурност не е била породена заради огромния им ядрен арсенал, но в същото време висшите американски политици и военни определено са осъзнавали това си превъзходство, макар и на заден план.³ Така няма как да не си зададем въпроса дали през годините Вашингтон щеше да вземе различни решения в международното общуване, ако арсеналът му бе два пъти по-голям или наполовина по-малък от действителния?

Облягайки се на безспорното си политическо влияние и военна мощ, Вашингтон използва застоя в преговорите относно ядрените противоречия между Индия и Пакистан, за да ги накара да загърбят десетилетната си вражда. От освобождението си от английско управление двете страни са водели четири войни, като през 2002 г. почти стигнаха и до пета. Днес Ню Делхи и Исламабад преговарят в стремеж да намерят мирно разрешение на проблемите си, включително и на конфликта в Кашмир. Те дискутират и приемането на мерки за защита сигурността на ядрените си оръжия и предпазването им от неоторизирана употреба и инциденти. Всичко това се дължи най-вече на натиска, оказан от САЩ. От началото на 90-те години Индия и Китай също забележимо подобриха своите отношения, разрешиха няколко гранични конфликта и увеличиха търговския си оборот.⁴ Това показва, че системите на съдържане могат да имат стабилизиращ ефект дори в региони, белязани от дългогодишни съперничества, като този на Индийския океан.

Виртуалната сила на ядрените оръжия отчасти е това, което подтиква правителството на Южна Африка да стартира своя собствена ядрена програма. Бялото малцинство съзнава, че политиката на Апартейд, която то води, поставя страната в неперкъсната опасност и атомната бомба е един вид застрахователна полица срещу това. Когато вътрешнополитическата ситуация в страната се смени, необходимостта от тази застраховка изчезва и така силата на ядрените оръжия вече не бе нужна.

Изrael е държава, която в особено голяма степен се обляга на политическата и военната мощ, асоциирана с ядрените оръжия. От самото възникване

³ **Oelrich**, Ivan. Missions for the Nuclear Weapons after the Cold War. Washington D.C.: Federation of American Scientists, 2008, p. 80.

⁴ **Wagner**, Christian. Die indisch-chinesischen Beziehungen. In: Ernst Reiter, ed. Jahrbuch für internationale Sicherheitspolitik. Hamburg: Mittler&Sohn, 2002, Vol. 2, pp. 305–324.

на държавата, тя е принудена да съществува в сериозна геополитическа асиметрия спрямо заобикалящия я арабски свят. Когато Давид Бен Гурион взима решението да започне израелската ядрена програма през втората половина на 50-те години, той гледа на нея като въпрос на живот и смърт. Тел Авив се нуждае от решително предимство, което да балансира постоянната арабска заплаха. През всички десетилетия след това израелските правителства, политически партии и общественост са оставали твърдо зад идеята страната да разполага със собствена ядрена опция. В същото време Тел Авив е крайно внимателен в поддържането на неопределеност относно реалните си ядрени възможности. Причината за това е именно в огромната политическа стойност на ядрените оръжия – като създава неяснота относно точните данни за своите оръжия, както и за доктрината, която ги направлява, Израел съзнателно се стреми да получи максимум от виртуалната сила на ядрения си арсенал. Без да знаят дори приблизително количеството и мощността на израелските ядрени оръжия, потенциалните агресори винаги ще се поколебават, преди да атакуват стремглаво, защото не са наясно с това какво ги очаква. Повечето израелски ядрени обекти също така не са преминали инспекцията на Международната агенция за атомна енергия. Политиката на ядрено двусмислие затруднява анализа на израелската отбранителна стратегия от останалите, като в същото време позволява на Тел Авив да наблюдава, съпоставя и влияе на доктрините на останалите държави. Освен това почти митичната „опция „Самсон“ – виждането, че Израел ще използва масиран ответен удар срещу всеки, който застраши жизнените интереси на страната – сама по себе си действа възпиращо, черпейки сили от виртуалната мощ на ядрените оръжия.⁵ Наричана „най-лошо пазената тайна в света“ и „бомбата, която не съществува“, израелската ядрена програма въпреки това дава необходимата увереност на Тел Авив в дългосрочен план и играе ролята на застраховка в най-лошия случай.⁶

Младата преподавателка от Университета на Чикаго Ан де Сантана внася дори още по-интересна гледна точка към възможността ядрените оръжия да генерират виртуална сила за държавите, които ги притежават. Според нея ядрените оръжия представляват своеобразен фетиш, който изразява най-пълно понятието за сила, така както Карл Маркс дефинира парите като най-ярък изразител на понятието за благо. Така както достъпът до блага под формата на пари определя възможностите, които се откриват пред индивида и мястото му в обществото, достъпът до сила под формата на ядрени оръжия определя възможностите пред държавата и нейното място в международния ред. И в двата случая физическата форма на фетишизираните обекти – пари и ядрени

⁵ **Bunn**, Elaine, Can. Deterrence be Tailored? Washington D.C.: National Defense University, 2008, p. 3.

⁶ **Shalom**, Zaki. Israel's Nuclear Option: Behind the Scenes Diplomacy between Dimona and Washington. Portland: Sussex Academic Press, 2005, p. 61.

оръжия – е ценна, защото служи като носител на обществено благо. С други думи, ядрените оръжия са мощни, защото обществото ги възприема като такива. Освен това, подобно на парите, това което прави ядрените оръжия толкова ценни в очите на обществото, е тяхната рядкост. Така държавата, която притежава ядрен арсенал ще има и по-силна позиция и колкото по-голям е този арсенал, за толкова по-силна е възприемана съответната държава.⁷

Теорията за ядрения фетишизъм намира подкрепа в начина, по който се оформя политиката на Съединените щати спрямо ядрените оръжия от зората на тяхното възникване. Показателна е ревността, с която Стратегическото военновъздушно командване на САЩ – основен бенефициент на ядрената програма в продължение на десетилетия – брани своето право да определя военоядрената политика на страната. Когато ген. Къртис Ле Мей поема ръководството на Стратегическото командване през 1948 г., той ще остане на този пост до 1957 г. – най-дълго задържаният се висш американски военен от времето на Гражданската война. Около него бързо се оформя кръг от съмишленици, който опонентите им наричат „бомбената мафия“.⁸ Консервативната група офицери е твърдо убедена, че ядрените оръжия и стратегическите бомбардировачи са гръбнакът на американската военна машина и не се съмнява в необходимостта от тяхното съществуване и поддържане, дори и с цената на огромни разходи и непопулярност от страна на опозицията им. Под ръководството на ген. Ле Мей Стратегическото военновъздушно командване развива техническия и оперативен капацитет за осъществяването на удари във всяка една точка на земната повърхност, а ядрените бомбардировачи стават истинско въплъщение на военната сила. Облягайки се на своеобразния ядрен фетиш, поставен под негов контрол, ген. Ле Мей успява да внесе сериозни промени в американската ядрена стратегия. Под негово давление е изготвен нов План за извънредни бойни действия, който предвижда засипването на седемдесет съветски града със 133 бомби в продължение на един месец, което трябва да прекърши политическата и икономическата воля на СССР. Малко по-късно Ле Мей си извоюва и изключителното право неговото командване да одобрява стратегическите цели, преди те да бъдат окончателно включени в американските бойни планове.⁹ На всеки опит ролята на ядрените оръжия да бъде преразгледана, а контролът на Стратегическото въздушно командване – отнет, то се противопоставя категорично. Неоспоримата водеща роля на командването в американската ядрена политика се запазва чак до началото на 60-те години на XX в., когато ген. Ле Мей напуска неговото ръководство.

⁷ De **Santana**, Anne Harrington. Nuclear Weapons as the Currency of Power. Monterey: Monterey Institute of International Studies, 2009, pp. 6–10; свободен достъп на http://cns.miis.edu/npr/pdfs/npr_16-3_harrington_de_santana.pdf, посетен на 30 декември 2009 г.

⁸ **Halperin**, Morton. Nuclear Fallacy: Dispelling the Myth of Nuclear Strategy. Cambridge: Ballinger, 1987, p. 81.

⁹ Ibid., p. 90.

Наистина е трудно да се докаже пряката връзка между ангажираността на Съединените щати в международните отношения и размера и вида на ядрения им арсенал. Очевидно е, че ситуацията е силно променена в сравнение с периода на Студената война и тази промяна се отразява и на силовите отношения – докато ядрените арсенали търпят постепенни редукиции, САЩ увеличават конвенционалната си мощ. Подобна мисия на ядрените оръжия дори размива определението „цел“ – дали притежаването на голям арсенал помага да бъде постигната дадена цел, или то е цел само по себе си. С други думи, виртуалната сила на ядрените оръжия дори може да се разглежда не толкова като тяхна функция, колкото страничен ефект. Въпреки това факт е, че и днес ядрените оръжия продължават да бъдат символ на политическа и военна мощ, който не може да бъде пренебрегван.

3. Ядрените оръжия като средство за водене на регионална война

Немалък брой изследвания върху приложението на ядрените оръжия и в САЩ, и в други страни поглеждат към възможността те да бъдат използвани не само в стратегически сблъсък на глобално ниво, но и в тактически бойни действия на регионално ниво.¹⁰ По същество това виждане не е ново, защото идеята, че ядрена война може наистина да бъде водена и спечелена възниква още в годините на Студената война. Тогава американското военно командване предвижда потенциалната инвазия на войските на Варшавския договор в Западна Европа да бъде спряна именно с тактически ядрени оръжия.

В категорията „тактически ядрени оръжия“ попада широка група въоръжения, някои от които водят началото си назад във времето, макар и да не са възприемани експлицитно като такива тогава. Още през май 1953 г. Съединените щати тестват първият ядрен артилерийски заряд, който е изстрелян с помощта на 280-милиметрово оръдие на почти 10 километра. Само година по-късно Съветският съюз създава собствена тактическа ядрена бомба, разположена на борда на изстребител Ил-28А. През 60-те години на XX в. американската армия започва работа по т.нар. специални ядрено-разрушителни муниции (special atomic demolition munition), които имат за цел да придадат наистина миниатюрни форми на ядрените заряди. Муницията представлява цилиндър с размер 40 на 60 см. и тегло от 68 кг. Според военните планове специални мобилни групи е трябвало да разположат на стратегически места тези мини-бомби в случай на съветска атака към Западна Европа. Предвижданата сила на взрива на подобно устройство е между 10 тона и 1 килотон, но през 70-те специалната ядрено-разруши-

¹⁰ Вж. **Medalla**, Jonathan. Nuclear Weapons Initiatives: Low-Yield R&D, Advanced Concepts, Earth Penetrators, Test Readiness. Ft. Belvoir: David Acker Library and Knowledge Depository, 2004; **Nelson**, Robert, Low-Yield Earth Penetrating Nuclear Weapons. Washington D.C.: Journal of the Federation of American Scientists, January/February 2001.

телна муниция е снета от въоръжение. Лондон също не остава по-назад и през 1962 г. Кралските военновъздушни сили оборудват своя ескадрила с първото английско тактическо оръжие. С дължина 3 м. и тегло от 700 кг., бомбата носи кодовото име Red Beard („Червена брада“) и остава на въоръжение до 1971 г.¹¹

Още през ноември-декември 1955 г. американската армия провежда операция под кодовото название „Пелин“, чиято цел е да симулира локална война в Западна Европа с размяна на ядрени удари. Учението се състои в райони на щатите Луизиана и Алабама, които по размер са сходни с Гърция и Португалия, а по природа приличат на Белгия и Холандия. В „Пелин“ взимат участие над 100 000 души от сухопътните сили и повече от 40 000 от военновъздушните, което прави операцията едно от най-големите военни учения в американската история. Резултатите са категорични – след като над двата щата са „хвърлени“ 70 бомби всяка с мощност не повече от 40 килотона, животът там просто ще престане да съществува.¹²

Това обаче не разколебава военните и политическите кръгове във Вашингтон и почти едновременно в Западна Германия се провежда второ учение с името „Картбланш“. То симулира използването на ядрени оръжия само от силите на НАТО при съветска атака от изток. Според параметрите на операцията, в рамките на два дни над територията на Федералната република са „хвърлени“ повече от 350 бомби с различна мощност. Резултатите отново са обезкуражаващи – предвиждат се над 1.7 милиона убити и 3.5 милиона ранени западногерманци, което е пет пъти повече в сравнение с цивилните жертви, които Германия дава през Втората световна война.¹³ Но идеята за тактическата употреба на ядрените оръжия вече е станала част от доктрината и военноподготвянето на Вашингтон.

Днес тактическите ядрени оръжия – наричани още нестратегически или субстратегически ядрени оръжия – включват относително малки по размер устройства като т.нар. ядрени мини, ядрени артилерийски снаряди, гравитационни и дълбочинни бомби, ракети с малък обseg на действие, торпеда с ядрен заряд, ракети „земя-въздух“, чак до ядрени бомби с мощност, равна или малко по-голяма от тази на хвърлените над Хирошима и Нагасаки. Съвременните тактически ядрени бомби имат мощност между 0.1 килотон и 1 мегатон, докато за сравнение бомбата, хвърлена над Хирошима е с мощност около 12 килотона. Важно е да отбележим, че не съществува общоприета дефиниция на това понятие, тъй като за пръв път въпросът е повдигнат на двустранните съветско-американски разговори от края на 80-те години на XX век. Най-простият начин е да бъде приложен методът на изключването, спо-

¹¹ **Cirincione**, Joseph. Bomb Scare: The History and Future of Nuclear Weapons. New York: Columbia University Press, 2007, p. 30.

¹² **Biddle**, Stephen, **Peter Feaver**. Battlefield Nuclear Weapons: Issues and Options. Boston: University Press of America, 1989, p. 18.

¹³ *Ibid.*, p. 19

ред който всички ядрени оръжия, които не попадат в графата „стратегически“ принадлежат към тактическия клас. Трудният въпрос с дефиницията се вижда и при следните два примера. Бомбардировачите, които могат да стигнат до територията на САЩ или Русия, да хвърлят там бомбите си и да се върнат обратно, се считат за стратегически. Проблемът е, че всяка от двете държави може да използва и трети държави, от които да излетят самолетите ѝ или пък да се възползва от презареждане във въздуха, така че факторът „разстояние“ се размива. На свой ред, някои крилати ракети имат обсег от 600 км., което не е много, но тъй като се намират на борда на подводници с практически неограничена маневреност, могат лесно и бързо да бъдат изстреляни по всяка една точка на земната повърхност.

В своите официални документи Пентагонът дефинира термина „тактически ядрени оръжия“ по следния начин:

*„Тактическата употреба на ядрени оръжия представлява тяхното използване по суша, въздух и вода срещу вражески сили и съответните поддържащи обекти и съоръжения, в подкрепа на операция с ограничена цел или на локална военна маневра, предприета от главнокомандващия армейското звено“.*¹⁴

Русия няма единна дефиниция за това кои оръжия спадат към тактическия клас. Министерството на външните работи счита за стратегически оръжията с обсег над 5000 км., докато всички останали автоматично отиват към тактическата категория. Според Москва нестратегическите ядрени оръжия служат за постигането на оперативни и тактически задачи в непосредствения периметър на врага, макар в изключителни ситуации да могат да се използват и като стратегически.¹⁵

Комисията по отбраната към английския Парламент счита за тактическа употребата на „едно или няколко ядрени оръжия срещу враг с цел изпращането на политическо съобщение, предупреждение или демонстриране на готовност“.¹⁶ Английската стратегия в случая се базира на предположението, че съответната вражеска страна няма да реагира с по-голяма ядрена сила от тази, която Лондон е използвал. За целта английските ядрени подводници носят и ракети със заряд едва един килотон, които да бъдат изстреляни при нужда. Според Министерството на отбраната на страната, тактическата

¹⁴ Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms. Defense Technical Information Center Online, <http://www.dtic.mil/doctrine/jel/doddict/data/t/7471.html>, посетен на 30 ноември 2009 г.

¹⁵ **Arbman**, Gunnar, Charles **Thornton**. Russia's Tactical Nuclear Weapons. Stockholm: Swedish Defense Research Agency, p. 13

¹⁶ **Wisotzki**, Simone. Nuclear Weapons Policy in Britain and France: Strategic Thinking and Disarmament. Bern: International Relations and Security Network, 2004, p. 130.

употреба на ядрено оръжие „дава на правителството допълнителна възможност за реакция, преди нещата да ескалират до мащабна размяна на ядрени удари с неприемливи и непредотвратими последствия за всички въвлечени страни“.¹⁷

Въпреки неяснотата при дефиницията на този тип оръжия и тяхното изключване от големите международноправни актове в областта на неразпространението на ядрени оръжия, към момента тактическите арсенали в света се изчисляват както следва: Русия (ок. 3000), Съединените американски щати (ок. 1600-3000), Китай (ок. 400), Израел (ок. 200), Великобритания (ок. 110), Франция (ок. 60-80), Индия (ок. 60) и Пакистан (ок. 15-48).¹⁸

Съвременни примери за употребата на такива оръжия са различни и могат да включват следните ситуации:

- срещу голяма сухопътна войскава част;
- срещу наземен вражески обект от стратегическо значение;
- срещу укрепен подземен бункер;
- срещу отдалечена и/или укрепена точка, която не може да бъде достигната с конвенционални оръжия;
- срещу голяма група тежковъоръжени бойни машини;
- срещу голяма амфибийна вражеска част;
- срещу вражески конвой от поне 100 единици;
- срещу ескадрила от стратегически бомбардировачи.¹⁹

От горепосочените ситуации нанасянето на ограничен тактически удар по голяма сухопътна войскава част или по ключов обект на врага са относително най-вероятни при подобна мисия. Естествена цел на локален удар са ядрените арсенали на врага, които трябва да бъдат извадени от строя, най-често чрез изпреварващ удар. Полезността на такова действие не се е променила съществена от самото начало на ядрената надпревара между Съединените щати и Съветския съюз. Тогава съществуват страховете, че първобитните по сегашните стандарти оръжия, разположени в трюмави самолети и на големи летища, са крайно уязвими. Малко по-късно построяването на първите подземни силози за кратко намалява опасността от унищожаване на арсенала, но причината за това е, че нападателните оръжия не са достатъчно прецизни, за да поразят силозите, а и нито една от страните няма достатъчно информация за точното местоположение на въпросните силози. Когато през 60-те години

¹⁷ Ibid., p. 131

¹⁸ Issue Brief: Tactical Nuclear Weapons, Nuclear threat Initiative; http://www.nti.org/e_research/e3_10a.html, посетен на 1 януари 2010 г.

¹⁹ **Bernstein**, Paul, **John Caves Jr.** The Future Nuclear Landscape. Washington D.C.: Center for the Study of Weapons of Mass Destruction, 2007, p. 39.

започва да се развива сателитната фотография, противниците успяват сравнително лесно да локализируют разположението на арсеналите, а насочването на нападателните ядрени оръжия става по-добро. Възможността за изпреварващ удар срещу обекти от изключителна важност за врага продължава да бъде една от причините, поради която ядрените сили не желаят да се откажат от своите арсенали, макар че стратегическата обстановка не се отличава с напрежението от времето на Студената война.

На свой ред, идеята че ядрени оръжия могат да бъдат използвани в ограничен локален конфликт, също води своето начало от годините на Студената война, и по-точно от военно-стратегическия дисбаланс в конвенционално отношение, който възниква между силите на Варшавския договор и Запада. За голям период от време Централна Европа е фокус на противоречие между двата блока и САЩ отчитат, че конвенционалните сили на Съветския съюз и останалите държави членки на Варшавския договор, превъзхождат техните. Ако ядрените оръжия имат единствено приложение само като съдържащ елемент срещу друга ядрена атака, Вашингтон реално няма полза от тях, що се отнася до конвенционален конфликт, тъй като не може да ги включи в уравнението. Един тактически ядрен удар, от друга страна, ще нанесе големи поражения на врага и ще бъде бърз и ефективен начин за нулиране на ефекта от конвенционалното превъзходство. Някои дори достигат до крайност, като твърдят, че без наличието на тактически оръжия в арсенала си, достоверността на политиката на съдържане на западните сили е щяла да бъде значително подкопана. Тъй като е малко вероятно САЩ – а същото се отнася и за Франция и Великобритания – първи да прибегнат да стратегически ядрен удар, именно наличието на тактически ядрени оръжия в арсенала им помага на съдържането да изглежда по-достоверно.²⁰

На пръв поглед това не е изключено, защото при подходящите условия на бойното поле тактическите ядрени оръжия могат за кратко време да нанесат значителни поражения на врага. В това отношение особено важна е оперативната подготовка и реалната възможност на съответната страна да извърши локален ядрен удар. В този смисъл най-подготвени за подобно действие са Съединените щати, тъй като Вашингтон поддържа голям подводен флот, който е напълно мобилен и много трудно уязвим от врага. От своя страна, Русия теоретично също има възможността да осъществи локална атака по стратегически вражески обекти, но е имало случаи, когато практически всичките ѝ подводници са били на пристан, а наземните ракети – извадени от готовност за атака.²¹ Като прибавим към това и обстоятелството, че руската система за

²⁰ Cerami, Joseph. *Defensive Use of Tactical Nuclear Weapons*. Washington D.C.: RAND Corporation, 1982, p. 62.

²¹ Podvig, Pavel. *Russian Strategic Nuclear Forces in the Next Decade*. Boston: Stanford University Press, 2001, p. 29.

ранно предупреждаване не е в особено добро състояние и че Москва не разполага с техническите възможности на Вашингтон за локален удар, се оказва, че страната е много по-уязвима от изненадваща атака срещу регионален обект или военна част.

Използването на ограничена ядрена атака трябва да се извършва на принципа, че „наказанието трябва да съответства на престъплението“. С други думи, страната, използваща ядрени оръжия, не трябва да причинява повече разрушения, отколкото е необходимо. Това може да стане чрез селективен подбор на целите, който изключва цивилни обекти.

Освен това, разбирането, че тактическите ядрени оръжия не могат да се използват по прецизен и дискриминативен начин, така че цивилните да бъдат извън техния обсег, има още едно важно следствие. Ако се налага, тяхната употреба трябва да стане на ранен етап от конфликта, преди нахлуващите вражески сили да са завладели прекалено голяма територия. Тъй като ядрените оръжия са предимно дефанзивни, а разрушенията, които ще нанесат върху земята практически непоправими, от тях няма особена полза при завоюването на загубена вече територия. Вместо това, ако бъдат използвани по-рано, това ще намали размера на потенциалното ядрено бойно поле, а оттам и пораженията върху него. Противниците на ядрените оръжия не виждат в тези операции нищо друго освен поредното доказателство, че ядрените оръжия не могат да се използват в локален конфликт, макар това твърдение да е спорно, при положение че става въпрос за рядко населена територия.

Въпреки това подобна функция на ядрените оръжия поражда най-малкото два основни въпроса – какви ще са непосредствените и бъдещите ползи от употребата на ядрените оръжия? Най-напред, непосредствената полза от тактическите ядрени оръжия трябва да бъде разглеждана не като сравнение с въздържането от бойни действия изобщо, а в сравнение с ползата от въздържането от такава употреба. С усъвършенстването на прецизните муниции относителното предимство на тактическите ядрени оръжия намалява. В повечето бойни ситуации командирите най-вероятно не биха предпочели да използват ядрени оръжия – дори и да имат необходимия арсенал и пълномощия за това – поради неизбирателния ефект, който тези оръжия имат в сравнение с други. Наред с чисто военните причини, трябва да се има предвид, че поддържането на тактически ядрени оръжия в готовност е свързано с допълнителни разходи за поддръжка, модернизация и обезопасяване. Макар военните бюджети на ядрените сили да са традиционно големи, те не са безкрайни и тези разходи могат да бъдат прехвърлени за други нужди, свързани със стратегическите ядрени оръжия или с конвенционалното въоръжение.

Вторият въпрос е свързан с дълготрайните ефекти от употребата на ядрено оръжие в регионален конфликт. Употребата на ядрено оръжие, дори

и в локален контекст, ще има широки последици, особено ако се окаже, че целите на атакувания са постигнати по този начин или че международната общност е относително толерантна към случилото се. Тук най-важно е запазването на т.нар. „ядрено табу“ – т.е. въздържането от реално използване на ядрено оръжие, което има най-вече психологически ефект. Какво ще се случи, ако в резултат на внезапна и мащабна тактическа грешка, десетки хиляди американски или руски войници се окажат под смъртна заплаха или опасност от повторение на случай като Дюнкерк²² или Пусан²³? Възможно е засегнатата страна да прецени, че ядрения удар е най-малката злина от възможните развития на ситуацията и да прибегне до него. Някои смятат, че в такъв случай е по-добре притиснатата държава да понесе определени загуби за момента, но да запази „ядреното табу“, защото противното може да доведе до бърза и необратима ескалация, до мащабен ядрен конфликт.²⁴ Подобен конфликт, породен от употребата на ядрени оръжия може да навреди и на държави с могъщи конвенционални сили. При всички положения удар с тактическо ядрено оръжие ще дестабилизира международната общност и вероятно ще накара някои държави да вземат мерки за засилване на собствената си ядрена сигурност или дори за започването на ядрена програма, ако не са имали такава преди. Отново от ключово значение е успехът или провалът на атаката – ако страната, предприела тактическа ядрена атака, впоследствие загуби войната и дори пострада много тежко в резултат на прибързаната употреба на ядрени оръжия, това ще убеди останалите държави, че ядрената опция не е добър вариант. Ако обаче страната постигне целта си чрез ядрена атака, това още повече ще накара останалите държави да се замислят за собствената си сигурност и ще провокира напрежение. Ето защо изборът е не толкова между приемането на загуби и поддържане на „ядреното табу“, колкото между приемането на загуби сега за сметка на още по-големи загуби в бъдеще.

От американските учения през 50-те години може да се направи и още един извод – че върху самото понятие „тактически ядрени оръжия“ ляга сериозна сянка на съмнение. Очевидно е, че бойните действия с тях ще се водят до голяма степен върху приятелска територия. Дори когато са считани за съюзници, много държави далеч не биха били съгласни тяхната земя да се превърне в ядрено бойно поле, тежко засегнато от бойните действия и ос-

²² Определена от Уинстън Чърчил като „колосален военен провал“, евакуацията при Дюнкерк от май-юни 1940 г. няколко хиляди френски войници падат в нацистки плен, а английската и френската флота търпят огромни загуби.

²³ В битката за Пусан от август-септември 1950 г. американските сили дават над 5 000 убити, а други 12 000 са ранени в защита на периметъра около едноименния град от севернокорейската армия.

²⁴ **Drell, Sidney, James Goodby.** What Are Nuclear Weapons For? Recommendations for Restructuring U.S. Strategic Nuclear Forces. Washington D.C.: Arms Control Association, 2005, p.39.

татъчната радиация. Така въпреки тактическото ударение, все по-ясно става, че решението за употреба на ядрени оръжия в локална война няма да бъде напълно тактическо и взето от командващия според конкретното състояние на битката, а стратегическо решение, взето на най-високо ниво и с оглед цялостната военнополитическа ситуация.

Най-сетне, за да бъдат бойните действия с ядрени оръжия ограничени в локален контекст, е необходимо желанието на двете враждуващи страни за това. Ако страната-обект на тактическа ядрена атака разполага със съответния ядрен арсенал, е възможно тя да не се ограничи само в тактическия аспект на бойните действия.

Докато на политическо ниво „тактическата карта“ може да се разиграва относително по-често, практическото възприемане на тази функция за момента е само от ограничен брой военни с по-радикални виждания.²⁵

4. Ядрените оръжия като инструмент за прекратяване на война

Единствената до момента ситуация, при която ядрени оръжия са били използвани на практика във военни действия е през лятото на 1945 г., когато Съединените щати пускат две бомби над Япония. Широко разпространено е схващането, че това допринася за приключването на войната в Тихия океан. Никой не се съмнява, че японското поражение е неизбежно, но двете атомни бомби пораждаат истински шок в управляващите и обществото и в резултат страната капитулира безусловно, като по този начин Вашингтон си спестява считаната за трудна и продължителна инвазия на островите по вода. Подобна ситуация може да възникне и в бъдеще.

Един от най-често разиграваните военни сценарии от американските стратегии е защитата на Тайван от евентуална китайска атака. На практика никой не поставя под съмнение способността на Вашингтон да изпълни това, но се счита, че подобна задача би била скъпоструваща. Макар победата или поражението да не са под въпрос тук, възможно е Съединените щати да решат да изпратят на Китай ясен и шокиращ сигнал. Това може лесно и недвусмислено да бъде направено с употребата на ядрени оръжия. Подобна постъпка категорично ще покаже, че САЩ считат ситуацията за критична за техните национални интереси и са готови да бъдат безкомпромисни в своите последващи действия. Тази функция обаче може да бъде използвана само, ако на ядрените оръжия се гледа като на последна възможност и в резултат на това подобен сценарий е приложим твърде рядко, например не повече от веднъж на две поколения.²⁶ Разбира се, ядрените оръжия могат да бъдат използвани и

²⁵ **Bernstein**, Paul, John Caves Jr. The Future Nuclear Landscape. Washington D.C.: Center for the Study of Weapons of Mass Destruction, 2007.

²⁶ **Khalilzad**, Zalmay, et al. The U.S. and a Rising China: Strategic and Military Implications. Santa Monica: RAND Corporation, 1999, p.29.

по-често, но тогава шоковият ефект от употребата им ще бъде загубен и функцията им като инструмент за прекратяване на война ще се превърне по-скоро в елемент на конвенционалната война. Един бъдещ свят, в който ядрените оръжия се разглеждат като рядка, но иначе напълно възможна алтернатива на конвенционалната война, ще бъде и в ущърб на САЩ, защото ще неутрализира до известна степен ефекта от техния ядрен арсенал.

Тази функция може да допринесе и за засилване на сигурността у съюзници и приятели. В продължение на горния пример, Тайван би могъл да започне самостоятелна ядрена програма, но няма да го направи, ако е уверен, че Съединените щати ще произведат необходимия шок от негово име. По същия начин страни като Канада, Австралия и Япония също се въздържат от натрупването на собствен ядрен арсенал, защото до голяма степен разчитат на американска помощ в случай на криза. Функцията за прекратяване на война сама по себе си е несъвместима с традиционната функция на ядрените оръжия като инструмент на съдържането. Това е така, защото съгласно теорията за съдържането ядрените оръжия не трябва да влизат в употреба, докато политиката на съдържане не се провали напълно. Като цяло тази функция се разглежда в съвременните военни планове като вероятна, макар и второстепенна.²⁷

5. Заключение

Краят на Студената война, развитието на новите регионални заплахи за международната сигурност и заявеното желание на много страни да намалят или премахнат ядрените си арсенали показват, че е време за основно преосмисляне на ролята на ядрените оръжия в променената среда за сигурност. Като най-разрушителните инструменти, измислени досега, ядрените оръжия трябва да се разглеждат като част от координирана национална програма за сигурност, която използва дипломация, инициативи за контрол на оръжията и конвенционални сили за оптимизиране на стабилността и мира в света.

Технологичните оценки показват, че напредналите конвенционални оръжия, доставяни от балистични или крилати ракети, могат да поразят много цели, които в момента са обект на ядрено стратегическо мислене. Прецизното поразяване с ядрени оръжия ще позволи някои класове твърди цели да бъдат победени с много по-малки количества бойни глави, отколкото в момента се използват. Някои от сегашните проекти за ядрени оръжия могат да бъдат запазени, за да се отговори на много трудни цели или за традиционната им възпираща роля. Опростени ядрени арсенали, които могат да бъдат поддържани на

²⁷ **Oerlich**, Ivan. Missions for the Nuclear Weapons after the Cold War. Washington D.C.: Federation of American Scientists, 2008, p.56.

сравнително ниска цена и без необходимост от ядрени опити, могат да бъдат част от такава стратегия.

Процесът по изобретяването на ядрените оръжия е вече необратим, нито пък можем да приемем, че тяхната роля в стратегическото възпиране никога няма да се промени. В същото време обаче, предпазливото и адаптивно мислене за ролята на ядрените оръжия през XXI век ще пожъне неоспорими дивиденди за националната сигурност на демократичните държави и за стабилността на целия свят.

ЛИТЕРАТУРА

- Arbman**, Gunnar and Charles **Thornton**. Russia's Tactical Nuclear Weapons. Stockholm: Swedish Defense Research Agency.
- Bernstein**, Paul and John **Caves Jr.** The Future Nuclear Landscape. Washington D.C.: Center for the Study of Weapons of Mass Destruction, 2007.
- Biddle**, Stephen and Peter **Feaver**. Battlefield Nuclear Weapons: Issues and Options. Boston: University Press of America, 1989.
- Brown**, Harold. Thinking about National Security: Defense and Foreign Policy in a Dangerous World. Boulder: Westview Press, 1983.
- Bunn**, Elaine. Can Deterrence be Tailored? Washington D.C.: National Defense University, 2008.
- Cerami**, Joseph. Defensive Use of Tactical Nuclear Weapons. Washington D.C.: RAND Corporation, 1982.
- Cirincione**, Joseph. Bomb Scare: The History and Future of Nuclear Weapons. New York: Columbia University Press, 2007.
- De Santana**, Anne Harrington. Nuclear Weapons as the Currency of Power. Monterey: Monterey Institute of International Studies, 2009.
- Drell**, Sidney and James **Goodby**. What Are Nuclear Weapons For? Recommendations for Restructuring U.S. Strategic Nuclear Forces. Washington D.C.: Arms Control Association, 2005.
- Halperin**, Mortin. Nuclear Fallacy: Dispelling the Myth of Nuclear Strategy. Cambridge: Ballinger, 1987.
- Khalilzad**, Zalmay, et al. The U.S. and a Rising China: Strategic and Military Implications. Santa Monica: RAND Corporation, 1999.
- Oelrich**, Ivan. Missions for the Nuclear Weapons after the Cold War. Washington D.C.: Federation of American Scientists, 2008.
- Podvig**, Pavel. Russian Strategic Nuclear Forces in the Next Decade. Boston: Stanford University Press, 2001.
- Shalom**, Zaki. Israel's Nuclear Option: Behind the Scenes Diplomacy between Dimona and Washington. Portland: Sussex Academic Press, 2005.

- Wagner**, Christian. Die indisch-chinesischen Beziehungen, in Ernst Reiter, ed. *Jahrbuch für internationale Sicherheitspolitik*, 2002, Vol. 2, Hamburg: Mittler&Sohn.
- Wisotzki**, Simone. Nuclear Weapons Policy in Britain and France: Strategic Thinking and Disarmament, Bern: International Relations and Security Network, 2004.
- Younger**, Stephen M. Nuclear Weapons in the Twenty-First Century. Associate Laboratory Director for Nuclear Weapons, Los Alamos National Laboratory, June 2000.

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Пламен Пантев.

