ГОДИШНИК
НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“

Юридически факултет

ANNUAL
OF SOFIA UNIVERSITY "ST. KLIMENT OHRIDSKI"

Faculty of Law

Том/Volume 87

УНИВЕРСИТЕТСКО ИЗДАТЕЛСТВО „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ST. KLIMENT OHRIDSKI UNIVERSITY PRESS
СОФИЯ • 2021 • SOFIA

РЕДАКЦИОННА КОЛЕГИЯ

Проф. д-р Даниел Вълчев (Главен редактор)
Проф. дюн Цветан Сивков
Проф. д-р Анелия Мингова
Проф. д-р Янаки Стоилов
Проф. д-р Пламен Киров
Доц. д-р Нина Гевренова
Доц. д-р Ралица Илкова
Доц. д-р Боряна Мусева
Явор Михайлов

© Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет
2021

ISSN 0081–1866

СЪДЪРЖАНИЕ

Янаки Стоилов. Светско и свещено в правото на християнската цивилизация 5

Малина Новкиришка-Стоянова. Mater familias 37

Сашо Пенов. Проблеми на правната уредба на публичните държавни вземания за такси 88

Ива Пушкарова. Отвличането в съвкупност с други престъпления: Проблеми на квалификацията и индивидуализацията в съдебната практика 116

Анелия Мингова. За някои пороци на съдебните решения, относими към тяхната нищожност 152

Галина Димитрова. Промяната на мярката за закрила при прекратяване на настаняването на дете извън семейството 172

Виктор Токушев. Командитните дружества по българското право като възможна форма за структуриране на алтернативен инвестиционен фонд 197

Димитър Стоянов. Прехвърлянето на вземания и клаузите за непрехвърлимост на блага в римското частно право 237

Ирина Богданова. Общият иск за неоснователно обогатяване в някои смесени юрисдикции 300

Цвета Попова. Спицифики при уволненията в условията на извънредно положение и на извънредна епидемиологична обстановка 336

Боряна Мусева. Международна компетентност при спор по договор за банков кредит на недвижим имот с физическо лице от ЕК: Изгубени в квалификацията „потребителски договор“ 377

Христо Христев. Съотношението на вътрешното право и правото на ЕС в светлината на практиката на Съда на ЕС относно зачитане на конституционната идентичност на държавите членки на ЕС 395

Иво Цеков. Ролята на НАТО в трансформацията на парадигмата за гарантиране на сигурност през 21 век 426

CONTENTS

Yanaki Stoilov. Secular and Sacred in Law of the Christian Civilizatio 5

Malina Novkirishka-Stoyanova. Mater familias..... 37

Sasho Penov. Problems of the Legal Regulation of Public Receivables for Fees 88

Iva Pushkarova. Abduction in Cummulation with Other Crimes: Jurisprudence Problems of Legal Qualification and Penalty Individualisation 116

Aneliya Mingova. For Some Defects in Court Decisions, Relevant to the Invalidity... 152

Galina Dimitrova. Changing the Protection Measure for Termination of Placement of a Child Outside the Family 172

Viktor Tokushev. Limited Partnerships in Bulgarian law as an Option for Structuring of an Alternative Investment Fund..... 197

Dimitar Stoyanov. Transferability of Receivables and the Contractual Prohibition on Assignment in Roman Private Law..... 237

Irina Bogdanova. On the Concept of Enrichment Claim in Some Mixed Legal Systems . 300

Tsveta Popova. Specific Aspects in Dismissal During a State of Emergency and Extraordinary Epidemiologic Situation..... 336

Boriana Musseva. Jurisdiction as Regards a Dispute Arising out of Credit Agreements for Natural Persons from EU Relating to Immovable Property: Lost in the Qualification "Consumer Contract" 377

Hristo Hristev. The Relationship Between Domestic Law and European Union Law in Light of the Court of Justice Concerning the Constitutional Identity of the Member States of the EU 395

Ivo Tsekov. The Role of NATO in the Transformation of the 21st Century Security Paradigm.....426

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

СВЕТСКО И СВЕЩЕНО В ПРАВОТО НА ХРИСТИЯНСКАТА ЦИВИЛИЗАЦИЯ

ЯНАКИ СТОИЛОВ*

Катедра „Теория и история на държавата и правото“

Резюме: В центъра на вниманието на изследването е един важен аспект в отношението право – религия, а именно светското и свещеното. Този проблем е разгледан в рамките на християнската религия и формираната на нейна основа правна цивилизация. Дълго време святото и светското са две страни на нормативния ред, създаден чрез религията и олицетворяван от църквата. Текстове от Библията доказват, че идеята за закона е обща: той се раздвоява на закон, който регулира общението на човек с Бог, и на закон, който урежда човешките дела. От тази гледна точка са анализирани предписания от Стария и Новия Завет.

Постепенно правото се отделя от религията, а в редица случаи се конкурира с нея и се противопоставя на нейните догми. Модерното право е светско право, но в него, както и в правосъдието има сакрални черти и елементи. Такива откриваме в някои правни норми и институти, в правни конструкции и теории. Развитието на правото като светско явление не го лишава от ореола на някаква святост, без обаче да се противопоставя на неговата рационалност. Правото не се отказва да търси легитимност, която надхвърля властното му обосноваване. Концепцията за правовата държава с присъщата ѝ черта – човешките права – изпълнява такава роля. Тази концепция се превръща в нещо като „светска религия“ на правото.

* Професор по теория на държавата и правото в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право. Ръководител на Катедра „Теория и история на държавата и правото“.

* Professor in Theory and History of State and Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D. Head of Department Theory and History of State and Law.

В правото проникват както ценности, някои от които първоначално се свързват със свещеното, така и цели, които са присъщи на светската му природа. Отношението към сакрализацията на правото и правосъдието е една от основните линии, по които могат да се разграничат различните възгледи за правото, включително в днешно време. Отликите между правото и морала, включително религиозния, не изключват възможността, дори позволяват, черпейки вдъхновение от текстове на Новия завет, правото да става по-хуманно и все повече да се социализира.

Ключови думи: право, религия, християнство, Стар/Нов Завет, свещено, светско, църква, канонично право, Християнска реформация, легитимност, модерно право, рационалност, клетва, върховенство на правото.

SECULAR AND SACRED IN LAW OF THE CHRISTIAN CIVILIZATION

YANAKI STOILOV*
Department of Theory and History of State and Law

Summary: The focus of the study is an important aspect in the relationship law – religion, namely secular and sacred. The problem is considered within the Christian religion and the legal civilization formed on this basis. For a long time, the sacred and the secular have been two sides on the normative order created by religion and embodied by church. Texts from the Bible prove that the idea of law is common: it is divided into a law that regulates man's communion with God and a law that regulate human affaires. From this point of view, the prescriptions of the Old and New Testaments are analyzed.

Gradually, law is separated from religion, increasingly competed with it, and opposed religious dogmas. The Modern law is secular law, but in it, as well as in justice, there are sacred features and elements. Such we find in some legal rules and institutions, in legal constructions and theories. The development of law as secular phenomenon does not deprive it on the halo of some holiness, without however, opposing its rationality. Law does not refuse to seek legitimacy that goes beyond its justification by power. The concept of the rule of law, with its inherent feature – human rights – plays such a role. This concept becomes something like a "secular religion" of law.

Both values, some of which are originally associated with religion, and goals that are inherent in its secular nature penetrate in law. The attitude to the sacralization of law and justice is one of the main lines along which different views of law can be distinguished, including nowadays. The differences between law and morality, including religious, do not exclude the possibility, even allow, drawing inspiration from the provisions of the New Testament, law to became more humane and increasingly socialize.

Keywords: law, religion, Christianity, Old/New Testament, sacral, secular, church, canon law, Christian Reformation, legitimacy, modern law, rationality, oath, rule of law.

I. Уводни бележки

Преди повече от тридесет години, в началото на моята научна дейност написах студията „Институционност и ефективност на социалните норми“, издадена в Годишника на ЮФ на Софийския университет (Год. СУ. Юрид. фак., 79, 1988, № 2.). Там проблемът за религията и нейните норми е бегло засегнат от гледна точка на сравнението ѝ с морала и правото. Сегашната работа по никакъв начин не дублира предишната, а се опитва чрез отношението светско – свещено да разгледа развитието на правото в неговото взаимодействие с християнската религия. Внимателният читател сам може да проследи концептуалната и предметна връзка между двете студии, да прецени дали и в какво изминалото време и настъпилите обществени промени са повлияли върху възгледите на автора по проблемите на социалните норми и специално на правото и религията.

Изследването на светското и свещеното, без да пренебрегва приноса на теологията, е проведено от гледище на правната теория и история, т.е. от позицията на един светски мироглед. „Бог“ на повечето места и навсякъде в библейските текстове се изписва с главна буква, за да се покаже монотеистичният характер на християнството. Позоваванията на Библията, сиреч книгите на Свещеното писание на Вехтия и Новия завет, са според изданието на Светия синод на Българската православна църква от 1993 г. Възприето е утвърденото цитиране на Библията, което започва с наименование на книгата, а след това с числа са номерирани главата и текстът на съответното предписание.

В древногръцкия и в латинския език *свято (sanctus)* и *свещено (sacer)* са отделни термини. Първият означава свят, божествен, а вторият служи за опредметяване на святото, за означаване на неговото проявление. В този смисъл двата термина се отнасят помежду си приблизително като категориите същност и явление. Аз обаче ги употребявам като синоними, за да не се обременява читателят с търсене на смислов нюанс при всяко използване на единия или другия.

Свещеното и светското столетия, дори хилядолетия съжителстват в религията, при зараждане на правото, а и след това. За разлика от религията, която тръгва от духовното към практичното, правото се занимава предимно с регулиране на практическата страна на живота. Това предназначение на правото кореспондира с неговия светски характер. Рационализацията на правото обаче не изключва напълно претенцията за възвишеност, вложена в него, и почерпена от святостта на религията, включително от опита на религиозното свещенодействие. В какво се изразява тази остатъчна и модифицирана святост и дали тя допринася правото да действа ефективно са другите въпроси, на които се опитвам да отговоря.

Изказвам благодарност на Александър Смочевски за направените бележки и коментари по текста преди неговото завършване.

* * *

Още от дълбока древност – хилядолетия преди новата ера – хората са търсели някакво по-силно основание от волята на разполагащите с власт, за да се подчиняват на установените норми. Това се постига чрез религията – било в условията на политеизъм или монотеизъм.

В древния Египет Анубис е представян като пазител на отвъдното, но и на безсмъртните закони. След него Озирис е възприеман като син на Земята и Небето, наследил трона на фараона и донесъл закон и ред на египетския народ.

Законите на Вавилонския владетел Хамурапи от XVIII столетие преди новата ера също претендират, че са дадени от бога, че владетелят на небесата и земята действа срещу беззаконието и за да сияе справедливостта. В нормативната си част тези закони съдържат множество разпоредби, които регулират разнообразни житейски ситуации. Любопитно е, че един от текстовете задължава жената, която е обвинена в прелюбодеяние, но не е намерена да лежи с друг мъж, да произнесе клетва в бога, след което може да се завърне в дома си.

Като че ли законите в древна Гърция (тези на Дракон, Солон и др. от VII и VI век преди новата ера) са най-светски. Единственият сакрален елемент, който откриваме в тях, е задължението на членовете на полиса да полагат клетва за спазването им.

В древния Рим много повече се залага не само на атрибутите на светската власт, но и на нейната святост. За Гай Юлий Цезар през I век до н. е. не е било достатъчно да бъде пожизнен консул, дори император и pontifex maximus (върховен жрец). Скоро след убийството му той окончателно е обявен за божествен – Divinus Julius. Така още преди християнството да се разпространи и наложи като официална религия светското и свещеното се съчетават в него, а и във всяка друга религия, олицетворяват се от божествени и човешки образи.

През Средновековието много войни – светски и религиозни – са се водили наред с другите цели за надмощие на една вяра над друга. Да си припомним кръстоносните походи, преследванията между католици и протестанти и т. н.

Дори в съветска, т.е. в атеистична, Русия войната срещу хитлеристка Германия е възприемана като свещена. Тогава църковните храмове стават напълно достъпни за вярващите.

Модерната епоха бележи развитието на правото като светско явление, чието съществуване е отделено от религията. Но и до днес свещеното присъства не само в религията и дава своята отсянка върху правото. Това е причината да обърна специално внимание на поставения проблем. Традицията на свещеното, носена от религията, включително от християнската, прониква в правото и въздейства както върху негови норми и институти, така и върху светски теории за правото.

II. Свещеното и светското в генезиса на правото

Всяко право и правен ред се нуждаят от легитимация, т.е. от обяснение и оправдание на претенцията да бъдат зачитани и поддържани. Източникът на тази легитимация обаче е различен. Векове наред основните религии са споряващата сила на нормативния синкретизъм. Този ефект е двоен: веднъж религията чрез своите догми изразява както нравствените претенции, така и правните повели, които по-късно се отделят от нея и формират светския морал и юридическата система; втори път легитимацията на съществуващите норми се свежда в крайна сметка до божията промисъл и воля. В първия случай религията е вместилище на нормативния ред, във втория – негово обяснение и легитимация. В течение на столетия правото се развива в лоното на религията. Потвърждение за това са Мойсеевите закони, които се съдържат в Стария завет. Някъде докъм началото на второто хилядолетие от нашата ера за хората от Западна Европа светското и църковното са едно цяло, правото не съществува като отделна система за регулиране[1]. По своеобразен начин то отразява опита на религията в нормиране на отношенията. Следователно възникването на правото не е отрицание на религията, напротив, то я утвърждава като приема религиозна форма. Този факт обяснява защо е толкова силна морално-религиозната традиция, олицетворявана от дълга, който продължително време забулва спецификата на правото като оправомощаващо-задължаващ регулатор.

Историците са отделили достатъчно внимание на средновековната политическа теология, основана върху възгледа за двата меча – на религиозната и на светската власт[2]. Моята теза е, че първичната и по-дълбока симетрия е между сакрално (свято) и секуларно (светско), а едва след това настъпва разделението между религиозно и светско[3]. В религиозното общество религията не е отделна сфера по отношение на светската; тя обхваща всички аспекти на обществото и на индивидуалния живот поради това, че не е възможно да се разделят отношенията между бог и човек от отношенията между хората[4]. И сакралното, и светското са обгърнати от религията, а отделянето и дори противопоставянето между светското (държавата и нейното право) и религиозното (църквата и нейните догми) е значително по-късен исторически процес,

---

[1] **Berman**, Harold J. Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983, p. 85.

[2] Вж. **Kantorowicz**, Ernst H. The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology. New Jersey: Princenton University Press, 2016.

[3] Сравни **Mcilroy**, David. Is Secular Law Possible. – Theos, June 2013: https//www.theosthimktank.co.uk/comment/2013/06/11/is-sacral-law-possible

[4] Вж. **Matthijs de Blois**. Religious Law Versus Secular Law. The example of the get refusal in Dutch, English and Israeli Law. – Utrecht Law Review, 2000, Vol. 6, Issue 2, p. 93. – http://www.utrechtlawreview.org/

започнал около началото на второто хилядолетие на нашата ера. В практически план сакралното и светското са снабдени със свои институции, които се занимават с тяхното поддържане и защита. Като християни всички са били обвързани от духовното (религиозното – бел. моя, Я. С.), като поданици на краля (английския – доп. мое, Я. С.) всички също са били обвързани от правилата на common law; но в някои области на живота каноничното право и общото право са претендирали за изключителна юрисдикция[5]. Религията, за да е в състояние да влияе на земните дела на хората, по необходимост съчетава в себе си свещеното и светското. Тя изпълнява едновременно няколко роли: идеологическа, познавателна и нормативна, които по-късно се обособяват и осъществяват преимуществено от различни институции – политически, образователни, държавни. В персонален и организационен план сакралното се олицетворява от свещениците и църковните съдилища, а светското – от служителите на държавата и нейните съдилища.

През християнската древност и през средните векове сакралното и секуларното се преплитат в самата религия, те са двете страни на една монета – законът, даден от Бога. Свято е всичко, което произлиза от Бога или е предназначено за него. Законът на Светия Дух стои по-горе от всеки постановен от човека закон[6]. Последният получава своето оправдание от Бога, съгласно казаното в Първото послание на свети апостол Петър (2:13) – „Подчинявайте се на всяко човешко началство заради Господа“[7]. Благодарение на божествения си произход и законът, и властта са свещени. В Посланието на св. ап. Павел до римляните (7:12) е речено: „…законът е свят, и заповедта – свята, справедлива и добра“. В първия случай подчинението е на римския и по-общо на човешкия закон, който получава божественото уважение или снизхождение. Във втория – се има предвид върховенството на Божия закон. Той ни казва в какво да вярваме, каква е религиозната догма, а оттам нататък религията, която съдържа изискванията на каноничното право, предписва как да се живее.

Всичко в Светото писание, когато разказва историята на народа израилев или съобщава посланията на Господ Бог Йехова, излъчва неоспорим авторитет: да се позовеш на нещо „казано“ или „писано“ в закона, означава да пренесеш нещата върху плоскостта на сакралното[8]. Също благодарение на

---

[5] **Helmholz**, Richard. Conflicts between Religious and Secular Law: Common Themes in the English Experience, 1250–1640. – Cardozo Law Review, 1991, Vol. 12, № 3–4, p. 708.

[6] **Тома от Аквино**. Сума на теологията. Ч. 2, раздел 1. Прев. от лат. Ц. Бояджиев. София: Изток-Запад, 2005, с. 1374.

[7] Тази религиозна повеля е остро критикувана от най-категоричните застъпници на светското начало в идеологията и литературата: „Бой се от бога, почитай царя!“ Свещена глупост! Векове цели разум и совест с нея се борят…“ **Ботев**, Христо. Борба. Съчинения в 2 т. Т. 1. София: ИК З. Стоянов, 1998, 34–35.

[8] **Михайлова**, Михайлина. Правото в Стария завет (И защо не подобава да е в Новия завет). София: Фенея, 2006, с. 46. Правото е проява на практическия разум, но вписано

религията цялото всекидневие на римлянина и всяко негово действие били заобиколени с една сакрално-правна казуистика, която претендира за неговото внимание, подобно на еврейските и индуски ритуали, закони и на таоисткото сакрално право на китайците[9]. Именно римското право органично съчетава в себе си свещеното и светското. Поради това то идеално се вписва в християнския светоглед. Същевременно римското право притежава светска виталност, благодарение на която векове по-късно на неговата основа се развива континенталната правна система. Налице е обаче и друг ефект – през Средновековието на свещениците, обвързани с каноничното право, смятано за свято, някъде (например във Франция) е било забранявано да изучават римското право. На Запад, при католицизма светската власт получава признание от религиозната, а на Изток в Европа владетелите се представят за наместници на Бога и разчитат на църквата да ги благославя и подкрепя. Така или иначе християнството извежда на преден план свещената власт, която като принадлежаща на Бог, е първична и доминираща.

Предписанията на Светото писание, които засягат основните истини на вярата и на църковната уредба, църквата винаги е приемала и пазила като непротивопоставими и безусловно задължителни закони[10]. Но в Светото писание има и предписания, които не съдържат в себе си такива общи истини, а засягат само отделни въпроси по уредбата и управлението на църквата, други въпроси имат само историческо значение за тогавашното време; дори не всичко в Стария завет е актуално в Новия, а само това, което се отнася до *нравственост*та, а не до еврейския народ[11]. Следователно в нормативен план свещеното се възприема в две измерения. Първото е въпрос на произход – Светото писание и Светото предание, които съставляват *jus divina* (божественото право). Святостта идва от предполагаемия създател на първичните религиозни източници, които задават нормативния ред на вярата и църквата. Второто измерение е съдържателно и откроява тази част от библейските текстове – началата, които са основополагащи, с догматично значение за цялостната уредба на религиозния, църковния, а и на светския живот. Казано на съвременен светски език, принципите на религиозното учение и устройството на църквата се смятат за свещени, неизменни и неприкосновени. Святостта във второто значение не изчерпва цялото съдържание на закона, даден от Бога, за-

---

в Стария завет, сакрализирано от него, е представено като разум и воля Божии. Пак там, с. 53, 85.

[9] **Вебер**, Макс. Социология на религията. – Социология на господството. Социология на религията. Прев. и въведение Р. Даскалов. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 1992, с. 350.

[10] **Милашъ**, Никодим. Православно църковно право (Съставено по общите църковно-юридически източници и частните закони, действащи в автокефалните църкви). Прев. от първото руско издание Ив. Стефанов. София: печатница „Св. София“, 1904, с. 42.

[11] Вж. пак там, 42–43.

щото неговата възвишеност сама по себе си не би могла да обслужи нуждите на реалния живот.

Библията съдържа както норми, отнасящи се до общението между човека и Бога, така и до отношенията между самите хора. Божественият закон се постановява най-вече, за да обърне човеците към Бога, а човешкият – за да ги обърне един към друг[12]. В този смисъл Старият завет е законът, който кореспондира с правото, защото, независимо от претенцията за святост, той се отнася предимно до човешкото поведение. В Посланието на св. ап. Павел до римляните (3:27) се прави разлика между „закона на делата“ и „закона на вярата“. На тази основа Августин твърди в „За духа и буквата“, че „както законът на делата е бил написан на каменните скрижали, така законът на вярата е записан в сърцата на вярващите“[13]. Но между тях няма противопоставяне. На въпроса: „унищожаваме ли закона чрез вярата?“ се отговаря: „Съвсем не, а утвърждаваме закона“ (3:31). Така чрез Новия завет (духовния закон) се легитимира и утвърждава действието на Стария завет (закона за поведението). Последният свързва божествения с природния закон и дава предписания за човешкото поведение. Отношението между Новия и Стария завет може да се опише чрез Хегеловата категория „снемане“. Новият завет снема в себе си в диалектически вид Стария. В Стария завет (закон) трябва да бъдат положени три вида предписания: нравствените, отнасящи се до поведението на природния закон; наредбите за свещенослужение, уточняващи формите на богопочитание; и съдебните разпореждания, уточняващи начина за съблюдаване на справедливостта между човеците[14]. Правораздавателната дейност на съда е квинтесенция на човешкия закон, защото съдиите имат за задача да отсъждат кому какво се полага и така да защитават справедливостта според правилата, които ръководят човешкото поведение.

По-нататък разделението между светско и свещено се проектира в структурата на основния писмен извор на религията – Библията. Новият завет като закон на вярата донякъде се отличава от Стария завет като закон на битието. Срещат се и мнения за по-дълбоко различие между двете части на Светото писание, според които симбиозата между религия и право приключва в Новия завет, в учението на Христос, което се съсредоточава във вярата[15]. В тази логика за разлика от Стария завет, който е закон за всекидневното банално съществуване и човешко поведение, Новият завет е закон за живот с благата на духа, с нова парадигма: любов към всеки и към всичко, обърнат навътре към самия човек[16]. Светото евангелие от Йоана (1:17) лаконично посочва тази

---

[12] **Тома от Аквино**. Цит. съч., с. 1412.

[13] Цит. по **Тома от Аквино**. Пак там, 1601–1602.

[14] Пак там, с. 1415.

[15] Така **Михайлова**, Михайлина. Цит. съч., с. 251, 293.

[16] Вж. пак там, 250–251.

разлика: „…законът бе даден чрез Мойсей, а благодатта и истината произлезе чрез Иисуса Христа“. Истински свещената част на религията става животът във вяра и стремежът към съвършенство, олицетворявани от сина божий – Христос. Очертаването на тази вътрешна граница между светско и свещено в християнската религия се преустановява или поне значително забавя поради превръщането на християнството в официална, в държавна религия. Така се появява каноничното или църковното право. Християнската религия се оказва съставена от два основни клона: Закон Божий, т.е. учението за религиозните догми, известно още като вероучение, и правилата, които регулират църковната организация и нейните отношения с държавата. Двупосочната връзка държава – църква обуславя необходимостта от използване на правото за нормиране на техните отношения. В този случай обаче не правото произлиза от Божия закон, а църквата използва правото за уредба на своята организация. Само в правилата за богослужението свещеното и светското отново се сливат в неразделно цяло. Религиозните елементи в правната система, които засягат “sacra” са разделени на три части – относно местата на практикуване на религиозните култове, времето на извършване на жертвоприношенията и начина на осъществяване на култовете[17]. Жреците от езическия период и духовниците от християнския са онези, които посредничат между сакралното и светското право, осигурявайки неразривното единство на ius[18]. Наред с това сакралното, освен като структурно подразделение на правната система, което обхваща нормите, отнасящи се до религията, нейната организация и практикуването ѝ в обществото, става важна страна на правото, която разкрива негови особености след като християнството става официална религия.

Показателно за ролята на свещеното в светските закони е, че след налагане на християнството (покръстването) в България първият текст (гл. I) на Закона за съдене на хората (приет най-вероятно в края на IX век) гласи, че преди всяка истина достойно е за божията истина да се говори[19]. Всяко село, в което

---

[17] Вж. **Новкиришка-Стоянова**, Малина. De Iure Publico. Студии по римско публично право. София: Сиела, 2013, 99–100.

[18] **Новкиришка-Стоянова,** Малина. Publicum Ius. – Автореферат на дисертационен труд за придобиване на научната степен „д. ю. н.“ ПУ „П. Хилендарски“, ЮФ. Пловдив, 2016, с. 43.

[19] Закон судный людям. – Восточная литература. Средновековные исторические источники Востока и Запада (пер. Е. А. Тихоновой). Текст воспроизводится по изданию: Хрестоматия памятников феодального государства и права страны Европы. Москва: Юридическая литература, 1961. – www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Bulgarien/IX/Zakon/text.phtml?id=2223.

В нашата правна литература този закон е изследван от **Бобчев**, Стефан. Един паметник на старото българско право (Законъ соудный людьмъ). – *Периодическо списание на Българското книжовно дружество*. С., 1901–1902, кн. 62.; **Ганев**, Венелин. Законъ соудный людьмъ. Правно-исторически и правноаналитични проучвания. София: БАН, 1959;

се извършват езически обреди или езически заклинания, се отдава на божия храм с цялото си имущество. Господарите се наказват още по-строго – продават се заедно с цялото си имущество, а цената се дава на бедните. Законът предвижда както светски, така и религиозни наказания. Който не съблюдава заповедите на божия закон, ще бъде проклет. Част от наказанията могат да се налагат алтернативно, съответно от старейшините (местните светски първенци) и от свещениците[20]. Никой, намерил убежище в църквата, да не бъде изведен насила. На попа се разказва същината на спора и вината. Делото се гледа по закона (гл. XVI). Изглежда, че по този начин, приелите новата вяра, са стимулирани да се обръщат към църквата за закрила и отдаване на правосъдие. За свещена се смята освен Божия закон и църквата, която го прилага и защитава на Земята. Според друга разпоредба влезлият в олтара и взел някои от свещените съдове или дреха или всяка вещ – се продава. А ако е извън олтара взетото от църквата – се бие, остригва се и се прекарва като нечестивец (гл. XVIII). Разбираемо е, че всяко посегателство срещу собствеността се наказва. Тук интересни са два факта: единият е, че кражбата нарушава собствеността, но заедно с това осквернява религията и чувствата на вярващите; другият е, че колкото повече се засяга предметната и сакралната стойност на религиозната утвар, толкова по-тежко е наказанието – продаване в робство.

Любопитно е едно историческо съвпадение на събития във време, когато християнската теология е в своя разцвет. През 1215 г. в Англия е прогласена Magna Charta, която е документ по същество със светско съдържание, закрепващ редица свободи, с които трябва да се съобразява кралят. През същата година се провежда четвъртият Латерански съвет, който създава задължение за всички християни да признават един път годишно своите грехове и да получават своето причастие[21]. Тези обществени събития очертават противоположни вектори в по-нататъшния ход на историята. Те са показателни за това, че борбата между светското и религиозното играе важна роля за развитието, включително на правото и публичните институции. В Англия в случаите на конфликтни за юрисдикция кралските съдилища претендират и фактически упражняват правото да ограничават и определят тази на духовните съдилища; всеки, който призовава или налага каноничното право в противоречие с правилата на общото право, подлежи на сериозни светски наказания, включително

Андреев, Михаил. Към въпроса за произхода и същността на Законь соудный людьмъ. – *Год. СУ. Юрид. фак.*, 49, [1957], 1958, 1–60.

[20] Разговор с колегата д-р Михаил Матеев за нашето средновековно право ме насочи към спецификата на връзката между светско и канонично в първия български християнски законник.

[21] Вж. **Драмалиев**, Любомир. Философски увод в морала и правото. Основни етически и юридически категории (Втори раздел). 2. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2002, 160–161.

глоба и конфискация[22]. Дори в рамките на църквата с течение на времето формалната сакралност отстъпва пред реалните резултати от следване на вярата. Висши православни свещеници, специално в руската църква, както и изследователи на религията правят разлика между външното, формалното спазване на християнските завети и свободната вяра – истината; не вярата обича Бог, а истината[23]. Следователно търсенето на святото в Бог става по-скоро източник на легитимност на нормите и властта, отколкото самоцелна, номинална почит към него. Религията и свързаното с нея право не биха могли да действат ефективно, ако се задоволяват само с преклонение пред Бог, без да въздействат върху поведението на хората.

Християнската реформация е тази, която значително допринася за доближаване на религията до нуждите на светското съществуване. Протестантите се захващат да секуларизират католицизма – те обаче също така се захващат да сакрализират според собствените си представи светската власт[24]. Заедно с това самата религия е подложена на профаниране под въздействие на житейски интереси, вследствие на което под религиозна маска придобива някои светски черти. Така масовото разпространение на индулгенции прераства в масова злоупотреба и търговия на всякакви светски и църковни нива – като някакви своеобразни „ценни книги на приносител“ за освобождаване от санкциите на религиозните норми[25]. Този църковен разврат с вярата провокира Мартин Лутер да постави и то на вратата на храма множество тезиси, в един от които пише: „лъжа и измама проповядват онези, които твърдят, че душата се издига от Чистилището, щом парите звъннат в ковчежето“[26]. Този пример ясно показва, че религията е поставена пред сложни дилеми, когато светското и свещеното влизат в конфликт. Изправено пред такава дилема, светото евангелие от Матея (6:24) прави категоричен извод: „Никой не може да служи на двама господари…Не можете да служите на Бога и на мамона (на богатството)“. Докато християнството избира духовното и възвишеното, то правото по необходимост нормативно изразява търговската дейност и стопанската предприемчивост. Пред религията стои въпросът как да се спаси от изкушението на богатството, да запази своята свещена идентичност, но без да се откъсва от реалния живот.

По същото време на Изток, в покорената от османските турци Византийска империя и съседни на нея страни, на християните се дава право да се

---

[22] **Helmholz**, Richard., Op. cit., p. 709, 714.

[23] Вж. **Васильев**, Антон А. Концепция православной монархии Ивана IV Грозного. Барнаул: Алтайский государственный университет, 2016, с. 150.

[24] **Berman**, Harold J. Op. cit., p. 158.

[25] **Брайков**, Валентин. Санкционен капацитет и разделени власти. – Адвокатски преглед, 2018, № 2, с. 28.

[26] Вж. пак там.

обръщат по своите частни дела към местните епископи. Така дори в условията на османското господство частните спорове са решавани в рамките на църквата, а християните са имали възможност да ги уреждат като вътрешни за общността отношения. Съответно ръководителите на православната църква поемат множество светски функции, включително тази за политическо представителство пред султана – Цариградският патриарх става Етпарх (водач на православния етнос).

Правото на Запад от края на XI-то, през XII-то столетие и след това е замислено като органично развиваща се система, нарастващо тяло от принципи и процедури, конструирано като катедралите – за поколения и векове[27]. Столетия наред то се развива в лоното на религията, от която, поне модерното право, се отделя напълно едва през XVII–XVIII век. Още преди това, през XV–XVI век се появяват теолози, които смятат, че рационалната природа на правото стои дори над неговия божествен произход. Правилността на вечния закон се смята за по-важна от неговия божествен произход. Според Габриел Васкес нито божията воля, нито божият разум са първичната норма за добро и зло, а просто природата на нещата, включително рационалната човешка природа[28]. С тази формула Бог вече не е нищо повече от един указател за това кое е правилно, а не създател на нормата; и естественото право „се освобождава от неговия божествен произход до такава степен, че вече нищо повече не се изисква за неговата пълна секуларизация“[29]. Оттам нататък естественото право се проявява не само в простата одежда на разума, но и без да му се придава някакъв особен приоритет пред човешкото право[30]. Така на прага на буржоазните революции правото вече е „освободено“ както от легитимиращата роля на Бога, така и от религиозните предразсъдъци. С настъпване на Модерната епоха в Европа правото окончателно напуска домена на религията, а с това се превръща в светско занимание, отнасящо се до земните дела. Религиозната вяра отстъпва на просвещенската вяра в общата човешка природа, чийто център е разумът.

Казано обобщено, в отношенията между светско и свещено, респективно в отношението между религията/църквата и правото/държавата се открояват три епохи. При създаване на християнството вече са налице наченки на правото като самостоятелно явление (примерът с римското право). В тези столетия, когато християнството на редица места от ерес се превръща в официална

---

[27] **Berman**, Harold J. Op. cit., p. 118.

[28] Commentary on Summa Theologica, 2.1. disp. 150. 3.22–23, 26. – Цит. по Кели, Джон М. Кратка история на Западната теория на правото. Прев. Ю. Михайлов. София: Рива, 1998 с. 131.

[29] **Welzel**, Hans. Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Gotingfen, 1951, s. 97. – Цит. пак там.

[30] Вж. **Кели**, Джон М. Пак там.

религия, светското и религиозното съжителстват, така че самата светска власт се домогва да представлява Бога. През Средновековието в католическа Европа християнството чрез църквата се превръща в най-мощната институция, която е повелител на свещеното и на светското в нормативния ред и властта. От Просвещението насам правото и държавата все повече се освобождават от опеката на църквата, за да поставят религията в своя служба или поне да я изтласкат към частната сфера на живот. Модерното право и модерната държава в християнския свят са предимно светски феномени, които се развиват отделно от религията и определят общите правила на обществения живот, включително правилата, засягащи вероизповеданията.

III. Светският характер на модерното право

Светското право най-често се описва като право, което не е доминирано от църквата; право – земно (а не божествено), временно (а не вечно) и тленно (преходно). То се отделя от каноничното право и обхваща отношения, които надхвърлят обсега на тези, регулирани от религията. Но дори това разделение е исторически условно, защото дълго време, а в някаква степен винаги религията остава свързана със светския живот. Големият сборник на каноничното право на католическата църква – Corpus iuris canonici – съдържа и някои материали, които представят от себе си чисто светско право[31]. Намаляването на свещеното качество на светското управление е свързано с концепцията за нецърковните тела и техния правен ред – по-скоро множество и разнообразни, отколкото едно[32]. От своя страна използването на думата духовно за характеризиране на правото на църквата цели да означи аспекта на святост, каквато не достига на времево ограниченото или на светското право, действащо извън сферата на църквата[33]. Каноничното право носи в себе си освен претенцията за възвишеност по отношение на светското и натрупан опит от собственото си развитие. Затова се предполага, че първоначално светското право подражава на църковното[34]. Постепенно еманципацията на светското от религиозното право ги поставя в открито съперничество, което в рамките на християнския свят исторически се решава в полза на първото. Ако религията се опитва да сакрализира света и така да го приобщи към себе си, то държавата се опитва да секуларизира религията и така да я „одържави“. По този начин държавата инструментализира религията в името на опазване на обществения ред и се опитва да я направи безопасна за политическата власт. Следователно през Модерната епоха разликата между свято и светско придобива структурно из-

[31] **Торбов**, Цеко. История и теория на правото. София: БАН, 1992, с. 54.

[32] **Berman**, Harold J. Op. cit., p. 272.

[33] Ibid.

[34] Ibid., p. 273.

ражение като разделение между канонично (църковно) и светско (държавно, в смисъл на произхождащо от държавата) право.

Интересно е, че английският глагол "emulate" означава както „подражавам ревностно", така и „съревновавам се". При своята поява светското право е следвало каноничното, но набирайки сила в самостоятелния си живот, е влязло в съперничество с религиозния канон. Степените на обособяване и конкуренция между двете нормативни системи – светска и религиозна – са различни както по отношение на отделните религии, така също на културата и традициите на отделните народи. В термините на формалното право едни правни системи са по-светски от други[35]. Най-отчетливо в рамките на християнската цивилизация, към която принадлежим (можем с неголяма доза условност да я наречем също европейска, западна), това съперничество се проявява на Запад, особено в страните, които възприемат протестантството. В Източно-православните страни официалната религия разполага с духовна власт, но стои под скиптъра на светската.

Разликата между свещено и светско, която прави християнството, му помага да стигне до виждането, че както религията, така и обслужващите светската власт имат своя роля и значение. Светото писание съдържа идеята за разделение между църковна и светска власт, но не се впуска в обсъждане на последиците от тяхната автономност. В своя собствен свят християнството е единно. Това единство се олицетворява от триадата Отец, Син и Светия дух. Бог е както върховен законодател, така и върховен съдия. Дълго време се е смятало, че човешките закони са проекция на божествения закон, а те са написани по внушение свише (Мойсеевите закони) или пренесени от традицията. В отношенията със светската власт обаче християнството за разлика от други религии, особено с исляма, отчита нейната самостоятелност. В Новия завет има два идентични текста, станали емблема за разделението между светска и религиозна власт. Светото евангелие от Матея (22:21) призовава: „отдайте, прочее, кесаревото кесарю, а Божието Богу". Същото се повтаря в св. ев. от Лука (20:25). Тази повеля-сентенция недвусмислено изразява идеята, че всяка от двете институции има власт да изисква полагащото ѝ се. Пряко това са средства за издръжка (данъци), но и зачитане, уважение. Символично това е изразено в двуглавия орел – герб на Византийската, а по-късно на Руската империя: орел, който има едно тяло, но две глави, гледащи в две противоположни посоки. Единното тяло на държавата и църквата е народът, но задачите на религията, респективно на църквата и на държавата са различни. Следователно далеч преди да се зароди политическата идея за пълно отделяне на светската власт от религиозната, християнството вече е дало формула за съвместното, но отделно съществуване на църква и държава.

---

[35] Вж. сравнение между Холандия, Англия и Израел по този критерии **Matthijs de Blois**. Op. cit., p. 106.

Модерната държава се формира, излизайки от лоното на католическата църква, а модерното право се отделя от каноничното право. Буржоазните революции налагат принципа за разделение между църквата и държавата, респективно между религията и правото. Редица държави, придобили сила и самочувствие, обявяват в своите конституции, че религиозните институции са отделени от държавата. В католическия свят това е краят на доктрината на папоцезаризма, а в източноправославния – на цезаропапизма. Дълго време обаче ореолът на религиозната святост озарява правото и държавата. Свидетелство за това е наличието на официална религия, която се поддържа от държавата. Търновската конституция например съдържа глава IX за вярата. Нейният чл. 37 определя Православно-Християнската вяра от Източно изповедание за господстваща, а чл. 38 урежда въпроса за вероизповеданието на княза и потомството му. Според чл. 8 лицето на Княза е свещено и неприкосновено. Признаването обаче на свободата на вероизповеданията, включително на по-общото право – свобода на съвестта, лишава това право от специален статус. Тези права се приравняват с останалите основни права, без да претендират за изключителност, още по-малко за святост. Плурализмът и равнопоставеността на вероизповеданията са несъвместими с признаването на едно от тях за свещено. Това са практически, нормативни примери как правото в закона, поне в част от основните си разпоредби се осланя на авторитета на свещеното, закодирано в религията, но заедно с това „слиза“ на нивото на останалите права.

За разлика от предходните епохи правото през Модерната епоха търси рационален път за своята легитимация. Тя е рационална, т.е. водена от човешкия разум и основана на правила, които хората създават, за да регулират отношенията помежду си. Според доктрината за обществения договор, който е върховна еманация на правото и източник на властта на държавата, то става несъвместимо с религията. Нормите на правото са израз на разумно обоснована (целево и утилитарно) човешка воля. Според другата основна концепция за правото – като валидно изразена в правила за поведение воля – то също няма как да е подвластно на религията. Във всяко от тези две разбирания за правото може да се говори за негова автономна легитимация, която не напуска реалния свят (духовен и материален), в който живеем. Но и много по-рано по своето съдържание религиозното или магическото е ориентирано към земното: тъкмо в своята изначална форма религиозно мотивираното действие е най-малкото относително рационално[36]. Именно по своята рационалност модерното право се отличава от средновековното право, което търси първичния си източник и оправдание в Бог. Затова модерното право е светско, т.е. човешко дело, което не само отхвърля средновековната догматика, но сваля свещената мантия, която обгръща традиционното и религиозното право.

[36] **Вебер**, Макс. Цит. съч., с. 343.

Правото все повече се свързва с разума и в този смисъл се рационализира. Рационалността на правото се подсилва от целите, за постигане на които служи. В много случаи то се противопоставя на мистиката на божественото – веднъж, за да преодолее ограничеността на религиозната схоластика, и втори път, за да се освободи от властта на църквата. Постепенно, но неотклонно и до наши дни се развива една тенденция в рамките на идеята за демокрация, според която властта (авторитетът) вече не произтича от Бога или неговите земни представители, а от народа (суверена) и от неговите избраници[37]. Причината за това се корени в капиталистическия икономически ред, посветен на „призванието“ да се печелят пари: на него вече не му е потребна подкрепата на някакви религиозни сили и той възприема въздействието на религиозните норми върху икономическия живот като също такава пречка, за каквато смята и контрола от страна на държавата[38]. Задълбочаващото се разделение между светското и каноничното право, от една страна, и между държавата и църквата, от друга, не означава, че правото е готово напълно и изведнъж да се лиши от претенцията за святост, с която го подсилва религията. Общата тенденция обаче е към все по-голяма десакрализация на правото. Достатъчно е да прегледаме Конституцията на Република България от 1991 г., за да видим, че в нея няма разпоредба, която се отклонява от светския характер на съвременното право. По отношение на най-масовото и исторически утвърдено у нас вероизповедание – източноправославното – е намерена сполучливата формулировка за традиционна религия в България (чл. 13, ал. 3 на КРБ).

Рационализацията на правото не допуска отстъпление от вече постигнатото разделение между религиозно и светско право, между църква и държава. Разделението между институциите на църквата и държавата е не само възможно, но и много желателно[39]. Силата на държавата и на църквата се намират във взаимна зависимост. Когато държавата е слаба, църквата обикновено използва възможността да разширява терена, на който се изявява. И обратно, когато църквата е слаба, държавата поне частично изземва нейната роля. В състояние на кризи, каквато е ситуацията, предизвикана от епидемичното разпространение на опасния за хората вирус – Covid-19, наблюдаваме различни реакции на поместните църкви в отделните държави. Религиозната догма изисква от църквата да провежда служение в храмовете и да бъде в общение с миряните. Конституцията на Република България (КРБ) в чл. 37, ал. 2 засяга въпроса за начина на практикуване на вероизповеданията: „свободата на съвестта и на вероизповеданията не може да бъде насочена срещу…народното здраве…“.

---

[37] **Колев**, Тенчо. Християнските ценности като правообразуващ фактор. София: Сиела, 2017, с. 154.

[38] **Вебер**, Макс. Протестантската етика и духът на капитализма. Прев. К. Коев. София: Просвета, 2004, с. 56.

[39] **Mcilroy**, David. Op. cit.

Думата „насочена“ обаче едва ли е най-подходяща за визираните случаи, защото създава впечатление за специален умисъл с цел да бъде увредено някое от изброените блага. В същия дух е и съдържанието на чл. 9, т. 2 на Конвенцията за защита на правата и основните свободи, който гласи, че свободата да се изповядва религия подлежи само на такива ограничения, които са предвидени в интерес на …защита на здравето… Чл. 57, ал. 3 на КРБ безусловно включва свободата на вероизповеданията сред правата, чието упражняване не може да бъде ограничавано дори в случаите на извънредно положение. Според Решение на Конституционния съд на РБ правото на вероизповедание не може да бъде ограничавано по никакъв начин, освен когато религиозните общности се използват за политически цели или когато свободата на съвестта и вероизповеданието е насочена срещу националната сигурност, обществения ред, народното здраве и морала или срещу правата и свободите на други граждани[40]. В този смисъл правото на вероизповедание не е безгранично от гледна точка на реалното му упражняване[41]. Неговите граници обаче са зададени от самата конституция, а упражняването му варира само с оглед гарантиране на други права и ценности, които също имат конституционен ранг.

Според правилата на извънредното положение, въведено от българската държава, се изисква на всички публични места, каквито безспорно са храмовете, да се спазват наложените ограничения в интерес на общественото здраве. Друг въпрос е дали държавните органи у нас притежават воля във всички случаи да привеждат в действие собствените си разпоредби, дори когато те не се споделят от членове на Светия синод и други клирици. Държавата е длъжна да осигури еднаквото прилагане на закона, като разбира се, зачита автономията на религиозните организации и ролята им за опазване душата на техните последователи, но не за сметка на излагане на риск на тяхното физическо здраве, а косвено и на всички останали. Част от тази автономия е религиозната служба в и около храмовете, но при условие, че мерките за опазване на общественото здраве са с приоритет пред начина на практикуване на религиозния култ. Следователно изправени сме пред общия проблем за решаване на конкуренцията между различни права чрез прилагане на принципа на пропорционалност, който определя допустимите ограничения при тяхното упражняване. Точно на принципа на съразмерност се е позовал Конституционният съд на Федерална република Германия при обжалване на забраната за литургии и общи молитви. Той приема, че „защитата на живота и здравето на всички има приоритет в този момент пред тежката намеса в свободата на вероизповеданията“[42]. Този приоритет е двоен: веднъж по отношение на

[40] Решение № 5/11. 06. 1992 г. на КС на РБ по к.д. № 11/1992 г. Обн. ДВ, бр. 49 от 16 юни 1992 г.

[41] Пак там.

[42] defakto.bg/2020/04/12/германският-конституционен-съд-прие/

опазване на живота и здравето пред начина на упражняване на религиозните свободи и втори път по отношение на права, които засягат всички граждани, и тези от тях, които се числят към някое от вероизповеданията. Решение на Европейския съд по правата на човека в процеса „Свидетели на Йехова“ срещу Руската федерация от 2015 г. също се позовава на принципа на пропорционалност, но за да се съобрази с факта, че православното вероизповедание в тази държава е най-разпространено.

Най-важният нормативен, а същевременно и политически резултат от признаване на светския характер на правото е, че то придобива върховенство по отношение на останалите социални норми, включително по отношение на религиозните. Законодателството на държавата съдържа правила, които се отнасят до дейността на вероизповеданията (до основни изисквания за организацията, регистрацията и отношенията с държавата). Това не означава, че църквата няма сфера на собствена автономия, а че тя, както и останалите организации трябва да се съобразяват с изискванията на светския закон, което се илюстрира с приведените примери. Държавата администрира правно-уставно църковната и религиозната сфера тогава, когато е прокламирала разделянето им, но държавата е неутрална спрямо вътрешно църковните и изобщо спрямо религиозните въпроси[43]. Следователно светската власт не бива да се намесва във въпросите на вярата, т.е. на свещеното. Теоретично не е трудно да се направи този извод, но на практика въпросът не е лек за решаване. В гранични ситуации, които се отнасят до проповядване на религиозни възгледи, които застрашават обществения ред и сигурност, държавата чрез закона може да ограничава определени религиозни прояви и вероизповедания. Това е допустимо също и по отношение на разпространение на светски възгледи, които подбуждат към поведение несъвместимо с установени права и други правно признати ценности. Във всички такива случаи обаче е необходимо да има правна възможност за защита на религиозните свободи от неправомерни посегателства, включително при необосновани ограничения от страна на държавата. Така правото става единственият нормативен регулатор, който чрез държавата придобива универсалност и задължителност, включително по отношение на религиозните организации и границите на упражняване на религиозните свободи.

[43] **Папатомас**, Григориус. Етапи на формиране на отношенията църква – държава и държава – църква (Контекстуален преглед и историканонично описание) – В: Съвременни и бъдещи предизвикателства пред Православната църква (Исторически, каноничен и еклисиологичен подход). Солун-Катерини, 2020 (под печат).

IV. Сакрални черти и елементи на модерното право

Съвременното право не е напълно чуждо на сложилата дълбок отпечатък върху него сакралност. Дори след отделянето си от религията, съблякло религиозните одежди, то не е съвсем чуждо на претенцията за някаква „святост“. Правото и държавата се нуждаят от символен капитал и често пъти го намират в религията, а религията от своя страна получава допълнителна институционална легитимация. Нишката на свещеното, макар изтъняваща, се вплита в тъканта на модерното право и дълго време зримо или незримо присъства в него. Показателно е, че още в преамбюла на Декларацията за правата на човека и гражданина във Франция от 1789 г. правата са окачествени като естествени, неотчуждаеми и *свещени* (курсивът мой – Я. С), а собствеността е обявена освен за неприкосновена и за свещена (чл. 17 на Декларацията). Оказва се, че правото не отхвърля напълно ореола на свещеното, а го прехвърля върху себе си, след като дотогава е бил привилегия на църквата и на кралската власт.

Историческият процес на замяна на религиозното със светско право е тенденция, която обаче би било опростено да се разглежда само като отрицание на религиозното от светското право. Помежду им има взаимодействие, влияние от страна на каноничното върху светското право и проникване на първото във второто. Правото, станало изцяло светско, престава да е обиталище на сакралността, но след като заявява своята различност и след като се оттегля от религията, още дълго в него се откриват религиозни наслоения[44]. Нещо повече, тези, които създават и прилагат юридическите правила, сами търсят външен по отношение на правото авторитет. Той обаче не се обяснява с божествен произход, а оказва влияние върху правото по други два начина. Единият е чрез запазване на институти, които имат своя произход в религията. Другият начин не е толкова осезаем, но дори е по-въздействащ – чрез възприемане на правни доктрини, които моделират правото и институциите, занимаващи се с неговото прилагане. Така правото създава своя, алтернативна на религиозната сакралност.

Пример за пренасяне на сакралтост от религията към правото са институти, чиито първообраз намираме още в Библията. Десетте божи заповеди или Декалогата, съдържащи се в Стария завет, Втора книга Мойсеева (20:3–17) са морално-религиозни императиви, част от които под някаква форма се намират в съставите на престъпления срещу личността и имуществото в наказателните закони (кодекси). В Стария завет откриваме и начала, които регулират гражданския обмен, т.е. облигационните отношения при размяна на материални блага. Непряко, но все пак подлежи на установяване, че редица текстове на Новия завет съдържат идеята за социални права и специално за правото на социално подпомагане. Тя обаче е изразена като дълг на милосърдие към

[44] **Михайлова**, Михайлина. Цит. съч., 142, с. 91.

нуждаещите се, който в днешно време е възложен на държавата по отношение на лица, които очакват социална подкрепа. Следователно Светото писание, макар само смътно и приблизително, очертава отрасловата структура на модерното право. Казано най-общо, Старият завет кореспондира преимуществено с наказателното право (Декалогата) и с частното право, а Новият – с идеята за социални права.

Институтът на клетвата, която полагат лица, заемащи висши длъжности в държавата, и някои категории държавни служители, се корени в религията, в предаността към Бог. Чрез клетвата правото придава специална тежест на лицата, които я полагат, и по този начин издига авторитета на съответната държавна длъжност. Съвременната клетва е предшествана от религиозния ритуал на миропомазването, описан в Библията. Божият избор се манифестира с акта на миропомазването – един староеврейски обичай, добил голямо държавно-правно и политическо значение в християнските монархии през средните векове и достигнал до наши дни[45]. Тържествените церемонии около миропомазването са създадени много по-късно във Византия и в католическото средновековие; от Византия са минали в Източно-православната църква (България и Русия)[46]. Актът на миропомазването предшества възцаряването, но за да встъпи на престола и да поеме управлението, Божият помазаник трябва да получи и народното одобрение (признание)[47]. Разбира се, при тогавашните условия последното е било чисто формален акт, защото за решаваща се е смятала волята на Бога. В съвременния свят според демократичните стандарти водещ е народният вот, спечелването на избори. Именно изборът е източник и основание на властта, а клетвата е тържественият обет за служене на тези, които са направили избора.

В днешно време клетвата за съвестно изпълнение на възложената служба може да се провежда в присъствие на духовни лица, но тя има светско или предимно светско съдържание, защото тържественото обещание обикновено е за спазване на Конституцията и законите и за съобразяване с интересите на народа. Единственото правно значение на клетвата е самото ѝ (не)полагане. Без изпълнение на този ритуал в предписаната от закона форма няма как лицата да встъпят в длъжност и да изпълняват своите правомощия. Няколко такива случаи у нас имаше през последните години с избрани за народни представители, за председател на държавна агенция и за конституционен съдия. Само по себе си неспазването на клетвата не е отделен юридически факт, който води до неблагоприятни правни последици. Юридическата отговорност се носи за конкретно правонарушение, което поне във формален смисъл е в

[45] **Владикин**, Любомир. Правната природа на библейската монархия. София: Сиби, 2016, с. 18.

[46] Пак там, с. 19.

[47] Вж. пак там, с. 20.

противоречие с дадената клетва. Ритуалът на клетвата обикновено има място и в съдебния процес. Там клетва полагат свидетелите, че ще представят истината за известните им факти. Нарушаването на клетвата в този случай осъществява отделен състав – лъжесвидетелстване, според който се определя отговорността за нейното пристъпване.

Свещеното най-ярко присъства в държавните символи и ритуали. На герба и знамето на редица държави са изобразени основни религиозни символи – кръста за християнството и полумесеца за мюсюлманството. Понякога държавата възприема, а законът въвежда в гражданско обръщение религиозни символи, които стават част от държавната система за награди с ордени и медали. Такъв е случаят с кръста за храброст, с който у нас са се удостоявали лица за воински героизъм. Ритуалът по освещаване на бойните знамена показва връзката между армията като институция, която брани държавността, и духовенството, което благославя нейната мисия.

От гледна точка на органите на модерната държава съдът като че ли разполага, ако не със свещена власт, то поне с власт, която свещенодейства. Причина за това е не само известната ритуалност на съдебния процес с неговите формални атрибути. Отсенките на сакралност в правосъдието идват от християнството. Тази констатация вероятно изглежда странна, като се има предвид, че през последните десетилетия у нас общественото доверие към съдебната власт като цяло е на едно от най-ниските си нива. Това показва, че тази власт се оценява по всички критерии на светското – с критичност и рационален скептицизъм.

В качеството си на съдия Бог е морален съдник и разпоредител на правото. Християнството наследява от юдаизма вярата в Бог, който едновременно е любящ баща и справедлив съдия, по парадоксален начин съчетаващ милост и правосъдие[48]. Вярата, че Бог е справедлив съдия, и че Христос ще се завърне като съдия, играе важна роля в развитието на правните ценности както в Източната, така и в Западната църква[49]. Оказва се, че за вярващите най-осезаем е досегът им с Христос като съдник на техния живот. Затова като изключим тези, на които принадлежи върховната публична власт, другите, които отсъждат какво е праведно или не, кое е правда и кое не, изглеждат поставени най-близо до Бога. На земята те се разпореждат с човешките съдби, защото вземат решения, които чувствително засягат хората, за които тези решения се отнасят. Оттук вероятно идва ритуализацията на съдебната дейност и на образа на съдебните магистрати чрез почитанието към съда, тайната на съдебното съвещание, използването на тоги и евентуално други атрибути. В съдебната дейност се пренася свещената идея за правдата, която съчетава в себе си истина и справедливост. За разлика от законите и актовете на изпълнител-

[48] **Berman**, Harold J. Op. cit., p. 165.

[49] Ibid., p. 166.

ната власт, които се подлагат на публична критика, съдебните решения след като влязат в сила претендират за достоверност по отношение на фактите и за неоспоримост по отношение на правната квалификация. Известна е фразата „съдебните решения не се коментират, а се изпълняват“. Разбира се, че тези решения се ползват със сила на пресъдено нещо и с изпълнителна сила, но от това не следва, че те трябва да се поставят извън обсега на професионалната и обществената дискусия. Независимостта на правосъдието не бива да се бърка с неприкосновеност на неговите актове и представители по отношение на публична критика.

По-интересна и с по-голямо значение е тази сакралност, която захранва – по-често в неявна отколкото в явна форма – някои философски учения за правото. Част от тях, които са по същество светски, не скъсват изцяло връзката между сакрално и секуларно. Показателен за това е начинът, по който Им. Кант извежда т. нар. от него морално практически закон. Законът, който ни обвързва a priori и безусловно, може да бъде изразен също и като произтичащ от волята на един висш Законодател, т.е. на такъв, който има само права и никакви задължения, следователно, като произтичащ от Божията воля[50]. Това обаче е само идея за едно морално същество, чиято воля обединява всички, но не е тъждествена на конкретните закони, които ни обвързват[51]. В тази логика категорическият императив представлява морално-практически закон на една метафизика на нравите, намираща потвърждение в моралната и правна антропология. Корените на този нравствен императив се намират в християнската религия, специално в св. евангелие от Матея (7:12): „…всичко, което искате да правят вам човеците, същото правете и вие тям, защото това е законът…“. Преходът от божественото към земното обаче все по-отчетливо отделя правото от морала, т.е. оценката за външното поведение от тази за чисто вътрешните мотиви на поведението. Законодателство, което не включва в Закона и изискването Дългът да е мотивът, следователно допуска и някакъв друг мотив за постъпката, освен самата идея на Дълга, е юридическо[52]. Така правото става все по-автономно както по отношение на морала, така и на религията. За редица юристи основата на правото е духовното и неговото най-близко място и изходна точка – волята, която е свободна[53]. Описанието на правото чрез волята има много устойчива традиция още от историческата школа на правото в Германия до днес. Философските възгледи проникват в правните доктрини и

[50] **Кант**, Имануел. Метафизика на нравите. Ч. 1. Метафизични основни начала на учението за правото. Прев. от немски Б. Гумнеров. София: Фараго, 2009, с. 51.

[51] Пак там.

[52] Пак там, с. 35.

[53] **Хегел**, Георг Фридрих. Философия на правото. Прев. Ив. Стефанов, Д. Денков. София: ГАЛ-ИКО, 2000, с. 72.

намират израз в правни категории, които изпълняват важна роля в съвременното право и юридическа практика.

Няма друга нормативна система като правото, която стои толкова близо до религията, когато си служи с правни догми. Всяка догма е изходно положение, което претендира за неизменна валидност, без да се доказва. Юридическата догматика е светска, но тя приема черти от религиозната, която е нейният първоначален източник. Духовенството е било единствената образована класа през Средновековието; затова напълно естествено църковната догма е била изходна точка и основа на всяко мислене[54]. През Модерната (буржоазната) епоха мястото на догмата, на божественото право заема правото на човека, мястото на църквата заема държавата[55]. Но с това догмите не стават чужди нито на правната теория, нито на самото право. Разликата е, че докато на религиозните догми се приписва истинност и оттам задължителност, то правните догми се задоволяват с обвързващата си сила. Ако използването на догми в правото понякога се налага поради неговия формален характер, то в правната теория те би трябвало да се избягват. Увлечението в правната догматика – осъзнато или не – има последици подобни на сакрализацията на правото, т.е. приемане на определени основни положения за неоспорими и задължителни, без да се доказват. Така се получава странен резултат – претенцията за ценностна неутралност на правото го извежда на недосегаем за морална критика пиедестал, но благодарение на възприемането на „свещен“ формализъм.

Религията се изправя пред подобен проблем далеч преди модерните учения за правото, които поставят въпроса тъждествено ли е то на закона, установен от властта. Религията, колкото и да се стреми да съвмести божия закон с човешкия и да възпитава законопослушание, няма как да пренебрегне въпроса за сложната и противоречива връзка между „небесното царство“ и земния свят. Този въпрос се прокрадва още с поставяне на дилемата за следване на небесния или на светския закон. Какво обаче би станало, ако човек се подчинява на светския закон и нарушава повелите на свещения закон или обратно – като следва Божия закон влиза в противоречие с предписанията на светския? Предполага се, че позитивният закон, макар ограничен във времето и несъвършен, е в съответствие с Божия закон и представлява негово продължение (вж. с. 5–7). Тази презумпция в пределите на католическия свят е необорима и така се превръща в религиозна догма. Папата едновременно е върховен носител както на свещената, така и на светската власт. В Деяния на св. апостоли (5:29) е даден ключ за решаване на дилемата от какво преди всичко се ръководи човешкото поведение: „…трябва да се покоряваме повече на Бога, нежели на човеци“. Този принцип се смята за душа и сърце на Православна-

[54] **Маркс**, Карл. Юридически социализъм. – Маркс, Карл и Фридрих Енгелс. Съчинения. Т. 21. София: Изд. на БКП, 1967, с. 494.

[55] Пак там.

та църква; за принцип над всички други, святост над всички други светини, мярка за всички мерки; за същност на всички свети догми и канони[56]. Същият проблем в рамките на самата църква е поставен от алтернативни (опозиционни) движения в средите на християнството като албигойци, катари, а у нас от богомилите. В техните учения се съдържа критика, че наместниците на Бога на земята са узурпирали неговата власт и я упражняват превратно, в противоречие със свещения закон. Този проблем заслужава специално внимание и отделно изследване. Претенцията на държавата за суверенна, т.е. за върховна власт по отношение на всички други власти на нейната територия създава непреодолимо противоречие с религиозната повеля неотклонно да се следва Божият закон. Затова за последователите на християнството за разлика от тези на други религии, които виждат в държавата проекция и инструмент на собствената си вяра, моралният избор между закона на Бога и светския закон, когато влизат в непримиримо противоречие помежду си, е драматичен. Това в крайна сметка е избор между свещеното и светското.

Библията се занимава повече с действието на религиозните правила в процеса на еволюция на християнството от първоначалния към зрелия му период – от Стария към Новия Завет. На въпроса задължителни ли са все още всички старозаветни закони в техните подробности намираме теологични аргументи за положителен отговор (тълкуване на св. евангелие от Матея, 5:17–19): „Ние понякога откриваме конкретно новозаветно учение, че някой старозаветен закон трябва да се *спазва по различен начин* в новозаветната епоха; но никога не можем да *изоставим* кой да е старозаветен закон по принцип – променено приложение *не е* същото като унищожение“[57]. Цитираното обяснение се основава на това, което в съвременната правна теория наричаме еволютивно тълкуване, използвано за приспособяване и развитие на правото от съдебните юрисдикции. Но за разлика от правото, което по практични съображения заменя едни правила с други, религията не си позволява да изостави канона или го прави само в краен случай, защото го е обявила за свещен.

Възвишеността на Божия закон по отношение на човешкия стои в основата на по-късно създаденото учение за правовата държава, вече като част от светската философия и теория на правото. Така идеята за върховенство на правото с присъщото ѝ ядро – идеята за човешките права изпълнява силна сакрализираща роля по отношение на съвременното право. Принципът за върховенство на правото (на правовата държава, както легално е установен у нас) показва, че правото има по-дълбока причина за съществуването си от държавата и че не се свежда до всяка нормативна заповед, издадена от овластени лица. Ако не би могло да възникне противоречие между формално валидни правила и опреде-

[56] Преп. **Иустин** (**Попович**). Толковая Библия. – https://bible.optina.ru/new:act:05:29

[57] **Норт**, Гари. 75 библейски въпроса, които вашите учители се молят да не зададете (в. 49). – https://books.ekipirane.com/wp/wp-content/uploads/2014/03/75_bibleiski_vaprosa.pdf

лени правно защитени ценности, то тогава не би имало нужда проблемът за законността и за върховенството на закона да се отличава от този за върховенство на правото и да се допълва с други изисквания.

Някои автори смятат, че идеята за ограничено управление идва в защита на църквите срещу правителствената намеса и в защита на правата на вярващите – индивиди и групи[58]. Това е времето на претендиращата за върховна власт държава, която се освобождава от опеката на католическата църква и налага своя закон, независимо дали по форма държавната власт е абсолютна или представителна. Върховенството на правото става нещо като „светска религия“ на правото, чрез която трябва да се оценяват неговите конкретни проявления и дейността на държавата[59]. Получава се вторично легитимиране на правото в отговор на опита му да се освободи от наслоенията на позитивизма, който го разглежда само като продукт на властта (на държавата) или като ценностно неутрално нормативно явление. Крайната рационализация и инструментализация на правото го превръщат в средство, което може да се използва за постигане на всякакви цели. А обслужването на някои от тези цели е в състояние да засегне болезнено освен обществото и самата природа на правото. В отговор на това се търсят начини и средства властта, която създава и прилага законите, да бъде поставена в съответствие с правото и под негов контрол. В най-голяма степен това се постига в рамките на конституционализма чрез разделение на властите и признаване на права, с които гражданите разполагат, включително по отношение на държавата.

V. Как да се отнасяме към сакрализацията на съвременното право?

Някои съвременни автори, и то не само богослови, смятат, че светско право, което е неутрално по отношение на въпросите, за които е загрижена религията, е невъзможно, освен ако самата религия не е подчинена на друга идеология[60]. Връзката между религията и правото не се отличава значително от тази между морала и правото. Затова всички възгледи, които – повече или по-малко – се отнасят към учението за естественото право или гравитират към него, по същество споделят това виждане. От тази гледна точка религията запазва непреходно значение в култивирането и налагането на ценности, които се признават и защитават и от правото. Не мисля обаче, че е налице някакво

[58] **McConnell**, Michael. Liberalism and People of Faith. – In: Christian Perspectives on Legal Thought. McConnell, Cochran and Carmella (Eds.). New Haven: Yale University Press, 2001, p. 10.

[59] Вж. **Stoilov**, Yanaki. The Rule of Law Principle as a Criterion for Validity of Legal Acts. – In: Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century. Martin Belov (Ed.). Hague: Eleven International Publishing, 2018, p. 9.

[60] Така **Mcilroy**, David. Op. cit.

завръщане към класическа традиция отпреди епохата на Просвещението, според която съществува един отговор, който съдържа истината за всички човешки проблеми, истина, която е дадена от Бога[61]. Вярно е, че част от християнските ценности продължават да оказват влияние върху обществения живот и са дълбоко вкоренени в съвременното право. То обаче ги е приело като свои собствени принципи, благодарение на които тези ценности са валидно признати. Следователно отстояването на светския характер на правото, поне на съвременния етап на християнската цивилизация, е съобразяване със собствената му природа и развитие.

Като че ли преминаването на обществото в информационната епоха все повече тласка правото към рационализация и формализация, включително дигитална. В този хронологичен ред отдалечаването на правото от религията продължава. То, макар и непоследователно, върви по пътя на своята рационализация, която се изразява в поставяне на цели и в постигане на по-висока определеност на неговите предписания. Тази рационалност е особено необходима с оглед гарантиране и защита на правата. Не заклинания за това, че правата са свещени им придава допълнителна сила, а тяхната определеност и интегриране в система, която е в състояние да осигури реалното им действие.

Отбелязаната тенденция е доминираща, но не е единствена. Заедно с нея, особено в дискурса на постмодернизма, правото е подложено на влияния, които се отразяват върху неговото еднозначно възприемане и строга вътрешна йерархия. Конкуренцията между светско и свещено в правото, макар в неявен вид, продължава и едва ли напълно ще изчезне. Някаква доза сакралност, вложена в рационализма на светското право, е преграда срещу грубото му инструментализиране и вулгаризиране. Възприемането на правото като средство за защита на исконни ценности повишава неговия авторитет и мотивира неговите адресати към правомерно поведение. В крайна сметка възприемането на правото като нещо, което има общо със свещеното, е сигурно противодействие срещу правния нихилизъм.

Уважението към правото обаче не бива да се разбира като проява на безкритично отношение към правни актове, включително тълкувателни и правораздавателни, които излизат от рационалните нормативни рамки. Критиката на закона също следва да си служи с рационални средства и аргументи. Тя не бива да пренебрегва едни разпоредби за сметка на други, когато не се отличават по юридически ранг или се намират в обособени сфери на регулиране (национална сфера на компетентност и компетентност на Европейския съюз). С особена сила това се отнася за случаите, когато се издават юридически актове, включително от висши съдебни и конституционни юрисдикции, които не съответстват на цялостната конституционна композиция. В абсолютизирането на един принцип или институция за сметка на останалите, като се пренебрег-

[61] Обратно **Колев**, Тенчо. Цит. съч., с. 153.

ват границите, в които това е допустимо, се съдържа скрита заявка за върховенство на упражняваната власт, присвояваща си едва ли не свещена мисия.

Поставеният проблем е свързан с този за ролята на съдията според религията и правото. В днешно време, когато правосъдието до голяма степен е съсредоточено в държавата, съдебната власт, както вече стана дума, разчита на уважение чрез претенцията, че раздава правосъдие като прилага закона от името на народа. Оттук следват определени стандарти за дейността на магистратите. Именно за представители на съдебната власт освен професионални изрично се изискват и високи нравствени качества. Във всичко това се търси гаранция, че тази власт и специално правосъдието е отдадено на защитата на правата. С посочените черти правораздаването се домогва до авторитет, който надхвърля светското, поне в неговото банално изражение.

Съвременното право зачита свободното убеждение на съдията. Последното се смята за необходимо с оглед осигуряване на независимо правосъдие. Съдийското усмотрение обаче поставя на изпитание точното и еднакво прилагане на закона, което е основно изискване към правораздаването. При това преценката на съдията няма как да претендира, че е отражение на някаква висша и безусловна воля, още повече, че тя се отнася за отделни актове на човешкото поведение и не може да се генерализира. По друг начин и на друго ниво се поставя въпросът за присъдата пред съда господен. Светото евангелие от Йоана (5:30) казва: „Аз не мога да правя нищо от Себе Си. Както слушам, тъй и съдя, и Моят съд е праведен, защото не търся моята воля, а волята на Отца, който ме е пратил“. Тук става дума за цялостна преценка на човешките дела пред Божия съд, която е резултат от безпристрастно свеждане на волята, вложена в самия закон божи. Дори Христос не претендира, че може да направи нещо повече от това да оцени фактите според повелята на закона. Вероятно този възглед е повлиял задълго върху разбирането, че съдията стриктно трябва да се придържа към закона, а не да го тълкува. В много случаи обаче от съдията се изисква повече от това да прави силогизми, сравнявайки и квалифицирайки наличните факти с описаните в правната норма. Затова един от най-сложните и дискусионни въпроси в юриспруденцията, особено в съвременната, е за основанията и границите на тълкувателната дейност на съда. Този въпрос се решава от юристите чрез постулатите за тълкуване на правните актове. При неговото обсъждане е необходима максимална рационализация на аргументацията, която би осигурила убедителност на юридическото обосноваване. Колкото по-вероятно е добре подготвените юристи да предвидят решенията на юрисдикциите, толкова повече правото се рационализира, респективно десакрализира.

Освен от рационализация правото се нуждае от одухотворяване, от привързаност към ценности и следване на принципи, някои от които са положени още при неговото раждане. В този смисъл Новият завет дава някаква пред-

става за идеалното общество. Той е ориентиран към духовното, към божието царство – това значително го различава от Стария завет, който повелява как да се устрои земният живот. Не мисля обаче, че правото няма място в Новия завет, че той се противопоставя изцяло и докрай на правото[62]. В това отношение Новият завет е по-скоро радикална версия и развитие на Стария завет, отколкото негово отрицание. Християнството не може да се помести в прокрустовото ложе на закона, то все повече се отделя от правото, но е пресилено да се твърди, че напълно се разграничава от него, че между тях настъпва разрив[63]. Доказателство за това са както многобройни позовавания и препратки от Новия към Стария завет, така и текстове в Новия завет, които имат юридическо съдържание. Например в св. евангелие от Йоана (5:31) е казано: „ако аз свидетелствам за себе си, свидетелството ми не е истинско“. В този текст е заложено юридическото изискване за безпристрастност при установяване на фактите. В първото послание на св. апостол Павел до коринтяни (9:15) се говори за права, но той предпочита да получи всеобщо признание пред това да се възползва от правата си. За простосмъртните (за лозаря, за пастира и др.) обаче правата са необходими.

Новият завет, ако не се възприема само като свещена книга за християните, е универсален стандарт за „очовечаване“ и социализация на правото. В това отношение в някои свои разпоредби днес той е още по-актуален, ако го разглеждаме като далечен предтеча на идеята за социалната държава и за постигане на социална справедливост. Правото, най-вече гражданското и специално облигационното, не е в състояние да се откъсне от принципите за автономията на волята и равенството (главно в смисъл на равновесие в престациите), без да загуби своята природа. Правото, особено процесуалното, няма как да действа без известна състезателност. В същото време общото съществуване на хората и на човечеството налага императиви, които не се свеждат до симетрична реципрочност между права и задължения и до налагане със сила на решенията на съдебната власт. Тезата за правата трябва да бъде поставена в по-широк контекст както по отношение на тяхното относително равномерно разпределение, така и по отношение на връзката между права и задължения. На плоскостта на правните спорове търсенето на споразумение в редица случаи може да е по-добър изход отколкото принудата за изпълнение на съдебните актове. Това са концептуални подходи, които кореспондират с повели на Новия завет. Той призовава не само към състрадание, а към човеколюбие, към надмогване на егоизма, към търсене на правда, а не просто на праворазбиране.

---

[62] Обратно **Михайлова**, Михайлина. Цит. съч., с. 249, 268.

[63] Сравни пак там, с. 270. Авторът в крайна сметка достига до балансирано виждане, според което „християнството не поема и не вписва в своя закон правото, както го прави юдаизмът, но нишки в едната и другата посока „тъкат“ пътеката, която води от едната към другата“. Пак там, с. 286.

VI. Изводи

В религиите, включително в християнството, е натрупан богат опит, мъдрост и духовност. Те им дават възможност да въздействат на хората и обществото не само чрез образа на това, което смятат за свято, а и върху светските дела и норми на поведение. Религиите носят в себе си дълговечна традиция и универсализъм, но и национална самобитност. Те предшестват и захранват с идеи светските идеологии, но понякога влизат в остър конфликт с тях. Сега е широко разпространена илюзията за следхристиянска Европа, а всъщност нейните ценности идват от християнството. В действителност става дума за светска, за постцърковна организация на обществото и държавата. Разколебаването на вярата, респективно на убеждението в християнски ценности, които могат да се споделят и от атеисти, е придружено с криза на основните идеологии. Последните изпитват все по-големи затруднения както да обясняват, така и да направляват обществения живот. В резултат на това може да се стигне до две крайности: едната е абсолютизиране на свещеното, което създава илюзия за сбъдване на желаното, ако не в земния, то поне в отвъдния свят, другата е профаниране на светското, което, лишено от идеали, не е в състояние да влияе ефективно върху мотивацията. Хората обаче, поне не всички и не за дълго, не спират да търсят упование в нещо (Бог, идея или друго), което смятат за свято. В резултат на това на помощ идва свещеното. Така става почти винаги, когато рационалното не е достатъчно, за да даде отговор на важните обществени въпроси или да оправдае поддържането на определен социален ред. В края на краищата обаче, правото е такова, каквато част от нормативната представа за обществото успява да реализира в светската си битност.

Религията предлага идеал и проповядва ценности, а правото служи за решаване на практически задачи. По тази причина, сравнена с правото, тя е по-силно ценностно ангажирана и по-скоро духовно, отколкото практически ориентирана. Религията и правото обаче не са на различни полюси по отношение на ценностите. Правото – повече или по-малко, по явен или неявен начин – интегрира в себе си ценности, идващи от религията, като ги превръща в свои принципи. То сàмо изглежда неутрално, защото определя поведението по общи признаци като донякъде се абстрахира от разнообразието на случаите и като формализира критериите за валидност на собствените си правила. Неутрален по дефиниция е съдията, който решава даден спор, заради което той трябва да е независим, когато прилага закона. Като светско творение правото е обърнато към реалния живот, изпълнен с различни интереси и неизбежни противоречия. Поради това, особено при установяване на правните принципи и правила, то няма как да е ценностно неутрално – в основата си и в част от своето съдържание.

В днешно време правото доколкото носи в себе си висши идеали, дотолкова се доближава до свещеното. В своя най-възвишен източник – Новия за-

вет – християнската религия преодолява меркантилизма на правото и призовава към човеколюбие. Правото, зачитайки човешкото достойнство и правата като негов израз, се позовава на една свещена идея, която определя светското му съдържание. В това отношение то може да черпи от силния хуманен и социален заряд на амбицията за съвършен свят, завещана от религията. Дори да не обещава небесен или земен рай, както се пее в националния ни химн и каквато е била мечтата на поета. Важно е правото да допринася за постигане на мечтата на редица поколения за достоен и добър живот за всеки човек и за човечеството в цялост – за такъв живот не в някакъв отвъден свят, а в реалния. Това никак не е малко за изпълнение на такава свещена мисия и на светското предназначение на правото.

ЛИТЕРАТУРА

Андреев, Михаил. Към въпроса за произхода и същността на Законь соудный людьмъ. – *Год. СУ. Юрид. фак.*, 49, [**1957**], **1958**, 1–60.

Библия (Книгите на Свещеното писание на Вехтия и Новия завет). София: Изд. на Св. синод на Българската църква, 1993.

Бобчев, Стефан. Един паметник на старото българско право (Законъ соудный людьемъ). – *Периодическо списание на Българското книжовно дружество*, 1901–1902, № 62.

Ботев, Христо. Борба. Съчинения в два тома. Т. 1. София: Захари Стоянов, 1998.

Брайков, Валентин. Санкционен капацитет и разделени власти. – *Адвокатски преглед*, 2018, № 2.

Васильев, Антон А. Концепция православной монархии Ивана IV Грозного. Барнаул: Алтайский государственный университет, 2016.

Вебер, Макс. Протестантската етика и духът на капитализма. София: Просвета, 2004. (Превод: К. Коев). (Пълно име на автора: Карл Емил Максимилиан Вебер).

Вебер, Макс. Социология на религията. – В: Социология на господството. Социология на религията. София: Унив изд. Св. Кл. Охридски и Абагар, 1992. (Превод и въведение: Р. Даскалов). (Пълно име на автора: Карл Емил Максимилиан Вебер).

Владикин, Любомир. Правната природа на библейската монархия. София: Сиби, 2016.

Ганев, Венелин. Законъ соудный людьемъ. Правно-исторически и правноаналитични проучвания. София: БАН – Институт за правни науки, 1959. (Отг. ред.: М. Андреев, Д. Ангелов).

Кели, Джон Маурис. Кратка история на Западната теория на правото. София: Рива, 1998. (Превод: Ю. Михайлов).

Драмалиев, Любомир. Философски увод в морала и правото. Основни етически и юридически категории. София: Сиела, 2002.

Закон судный людям. – Восточная литература. Средневековные исторические источники Востока и Запада (перевод Е. А. Тихоновой). Текст воспроизводится по изданию: Хрестоматия памятников феодального государства и права страны Евро-

пы. Москва: Юридическая литература, 1961. – www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Bulgarien/IX/Zakon/text.phtml?id=2223

Кант, Имануел. Метафизика на нравите. Първа част. Метафизични основни начала на учението за правото. София: Фараго, 2009. (Превод от нем. ез.: Б. Гумнеров).

Колев, Тенчо. Християнските ценности като правообразуващ фактор. София: Сиела, 2017.

Маркс, Карл. Юридически социализъм. – В: Маркс, Карл. Фридрих Енгелс. Съч. Т. 21. София: Изд. на БКП, 1967.

Милашъ, Никодим. Православно църковно право. (Съставено по общите църковно-юридически източници и частните закони, действащи в автокефалните църкви). София: печатница „Св. София", 1904. (Превод от първото рус. изд.: Ив. Стефанов).

Михайлова, Михайлина. Правото в Стария завет. (И защо не подобава да е в Новия завет). София: Фенея, 2006.

Новкиришка-Стоянова, Малина. De Iure Publico. (Студии по римско публично право). София: Сиела, 2013.

Новкиришка-Стоянова, Малина. Publicum Ius. (Автореферат на дисертационен труд за придобиване на научната степен „д. ю. н." ПУ „П. Хилендарски", ЮФ. Пловдив, 2016).

Норт, Гари. 75 библейски въпроса, които вашите учители се молят да не зададете. – https://books.ekipirane.com/wp/wp-content/uploads/2014/03/75_bibleiski_vaprosa.pdf

Папатомас, Григориус. Етапи на формиране на отношенията църква – държава и държава – църква (Контекстуален преглед и историканонично описание) – В: Съвременни и бъдещи предизвикателства пред Православната църква. (Исторически, каноничен и еклисиологичен подход). Солун-Катерини, 2020 (под печат).

Преп. Иустин (Попович). Толковая Библия. – https://bible.optina.ru/new:act:05:29

Тома от Аквино. Сума на теологията. Част II, раздел I. София: Изток-Запад, 2005. (Превод от лат. ез.: Ц. Бояджиев).

Торбов, Цеко. История и теория на правото. София: БАН, 1992.

Хегел, Георг. Философия на правото. София: ГАЛ-ИКО, 2000. (Превод: Ив. Стефанов, Д. Денков). (Пълно име на автора: Георг Вилхелм Фридрих Хегел).

Конституция на Република България.

Решение № 5/11. 06. 1992 г. на КС на РБ по к.д. № 11/1992 г., Обн. ДВ, бр. 49 от 16 юни 1992 г.

Berman, Harold J. Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983. defakto.bg/2020/04/12/германският-конституционен-съд-прие/

Helmholz, Richard. Conflicts between Religious and Secular Law: Common Themes in the English Experience, 1250–1640. – *Cardozo Law Review*, 1991, Vol. 12, № 3–4.

Kantorowicz, Ernst H. The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology. New Jersey: Princenton University Press, 2016.

McConnell, Michael. Liberalism and People of Faith. – In: Christian Perspectives on Legal Thought. McConnell, Cochram and Carmella (Eds.). New Haven: Yale University Press, 2001.

Mcilroy, David. Is Secular Law Possible. – Theos, June 2013: https//www.theosthimktank.co.uk/comment/2013/06/11/is-sacral-law-possible

Matthijs de Blois. Religious Law Versus Secular Law. The example of the *get* refusal in Dutch, English and Israeli Law. – *Utrecht Law Review*, 2000, Vol. 6, Issue 2. – http://www.utrechtlawreview.org/

Stoilov, Yanaki. The Rule of Law Prnciple as a Criterion for Valididty of Legal Acts. – In: *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century*. Netherlands, Eleven Internatinal Publishing, 2018, 9–19. (Martin Belov, Ed.).

Дадена в Катедра „Теория и история на държавата и правото“ – май 2020 г.
Рецензенти – проф. дюн Малина Новкиришка-Стоянова
проф. д-р Тенчо Колев

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

MATER FAMILIAS

МАЛИНА НОВКИРИШКА-СТОЯНОВА*

Катедра „Теория и история на държавата и правото“

Резюме: Изследването е посветено на една от основните фигури в римската фамилия и в обществото – mater familias, чийто статус е обект на дискусия и в наши дни. Представени са някои терминологични уточнения и различните аспекти на понятието за mater familias като съпруга и член на римската фамилия. Специално внимание е отделено на римския брак (matrimonium) и римската фамилия, като е определено мястото на mater familias в тях. Интерпретирани са основните текстове от римскоправните източници, в които се среща терминът, и е предложена концепция във връзка с изясняването на правния статус на mater familias. Основните изводи по темата са включени в заключението на изследването.

Ключови думи: mater familias, familia, matrimonium, uxor, manus, persona sui iuris, procreatio, римско право.

* Професор по Римско право в Юридическия факултет на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор на науките.

* Professor in Roman Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski”, Dr. Scienc., Dr. Habil.

MATER FAMILIAS

MALINA NOVKIRISHKA-STOYANOVA
Department of Theory and History of State and Law

Summary: The study is dedicated to one of the main figures in the Roman family and society – *mater familias*, whose status is still debated today. Some terminological clarifications and various aspects of the concept of *mater familias* as a wife and as a member of the Roman family are presented. Special attention is paid to Roman marriage (*matrimonium*) and the Roman *familia* and the place of *mater familias* in them is determined. The main texts from the Roman legal sources in which the term occurs are interpreted. The autor proposes the general concept in connection with the clarification of the legal status of *mater familias*. The main conclusions on the topic are included in the study's final.

Keywords: mater familias, familia, matrimonium, uxor, manus, persona sui iuris, procreatio, Roman law.

Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

1. Въведение

Една от основните фигури в римския социален и правен живот е pater familias, определян като глава на фамилията, домовладелец, едноличен собственик и господар на фамилното имущество. Той е експонентът на римската концепция за патриархална организация, той е пълноправният субект на правото – persona optimo iure, той е ключовата фигура за разбиране на римското общество и основа на величието на Древен Рим. Терминът има силно концептуално натоварване и сякаш изцяло изчерпва характеристиката на римската фамилия. Около него се вихрят дебатите за семейните ценности в Античността и често се правят популярни дискурси за известна приемственост в този смисъл[1].

Един много кратък фрагмент от книга 46 на коментара към преторския едикт на класическия юрист Улпиан, известен с ненадминатата точност на своите определения и становища, обаче дава повод за размисъл в друга насока. В него е казано:

[1] Вж. в тази смисъл статията на **Saller**, Richard P. Pater Familias, Mater Familias, and the Gendered Semantics of the Roman Household.– In: Classical Philology, 94, 2 (1999), p. 182–197.

D. 50.16.195.5 (Ulpianus libro 46 ad edictum)
Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

Но (от друга страна) жената е началото и края на своето семейство.

В какъв контекст е изразено това становище? Какъв е неговият действителен смисъл? Защо е включено към определенията и изясняването на смисъла на понятията в титул 16 на книга 50 на Дигестите, озаглавена De verborum significatione? Защо е включено в края на фрагмента, в който разглежда различните аспекти на понятието за familia и в нея присъства mater familias?

На тези и на много свързани с тях въпроси в романистиката все още няма еднозначен отговор. Но този фрагмент е основание да се отправи поглед към една друга фигура в римската фамилия – mater familias. Често тя не присъства или ѝ е отредена кратка рубрика в правните и общите енциклопедии за Древния Рим[2]. Повече внимание ѝ е отделено в социален план и в контекста на общите съчинения за ролята и мястото на жените в римското общество[3],

[2] В една от най-авторитетните енциклопедии – **Daremberg**, Victor, **Saglio**, Edmond. Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines (DAGR), Paris 1873 –1919, t.3.2. за mater familias се споменава мимоходом в рубриката относно богините, закрилящи майчинството – „Matres“ (p. 1635–1639) и малко по-обстойно във връзка с римския брак – „Matrimonium“ (p. 1639–1662). Вж. по-подробно рубриката „Mater familias“ на **Kunkel**, Wolfgang. – In: PWRE, XIV.2, Stuttgart, 1930, p. 2183 s., и съвсем кратко в **Berger**, Adolf. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia, 1953 (2002), p. 578.

[3] В най-общ план вж. библиографията на **Goodwater**, Leanna. Women in the Antiquity: an annotated bibliography. Metuchen, 1975, както и редица по-нови монографии, като **Fau**, Guy. L' émancipation féminine dans la Rome antique. Paris, 1978; **Gardner**, Jane F. Women in Roman Law and Society. Bloomington, 1991; **Bauman**, Richard. Women and Politics in Ancient Rome. New York: Routledge, 1994; **Burns**, Jasper. Great women of imperial Rome. Mothers and wives of the Caesars. London. New York, 2007; **Augenti**, Domenico. Momenti e immagini della donna romana. Roma, 2007; **Hoebenreich**, E., **Kuehne**, V. Las mujeres en Roma antigua. Imagenes y derecho. Lecce, 2009; **Minaud**, Gerard. Les vies de 12 femmes d'empereur romain - Devoirs, Intrigues & Voluptés, Paris, 2012; **Chrystal**, Paul. Women in ancient Rome. Gloucester, 2013; както и сборниците със статии и изследвания: **Frei-Stolba**, Regula, **Bielman**, Anne, **Bianchi**, Oliver. (eds.) Les femmes antiques entre sphere privée et sphere publique. Actes du diplôme d'études avancees, Universites de Lausanne et Neuchatel, 2000–2002. Bern, 2003; **Buonopane**, Alfredo, Francesca **Cenerini**. (eds.) Donna e vita cittadina nella documentazione epigrafica. Atti del II Seminario sulla condizione femminile nella documentazione epigrafica. Verona, 25–27 marzo 2004. Faenza, 2005 и **Alvarez-Melero**, Anthony. (eds.) Clarissima femina. Etudes d'histoire sociale des femmes de l'élite a Rome. Scripta varia. Bruxelles, 2016 и някои по-нови значими статии: **Hillner**, Julia. A woman's place: imperial women in Late antique Rome. – In: Antiquite tardive, 25 (2017), 75–94; **Cenerini**, Francesca. Donne e politica alla luce della documentazione epigrafica. – In: Epigrafia e politica. Contributo della documentazione epigrafica allo studio della dinamiche politiche nel mondo romano, a cura di S. Segenni, M. Bellomo. Milano, 2017, 213–228; **Cantarella**, Eva. Marriage and Sexuality in Republican Rome: A Roman Conjugal Love Story. – In: The Sleep of Reason: Erotic Experience and Sexual Ethics in Ancient Greece and Rome, Chicago, 2002 и пр.

както и в някои общи изследвания за правния статус на жените в Древен Рим[4]. Съчиненията, посветени на нейния правен статус, са много малко при това в тях е отразена дискусията доколко такъв статус въобще съществува[5].

Но въпреки това терминът съществува самостоятелно в правните източници, което дава основание да се изследват отделните аспекти на правното положение на mater familias именно в това ѝ качество – като противостояща на pater familias и изграждаща заедно с него фамилната общност.

Това изследване съвсем не е предприето от някакви феминистки амбиции или стремеж към оригиналност. По-скоро то е провокирано от няколко дискусии в последните години за майчинството, за правата на майката и на заченатото и родено от нея дете, за брака и съпружеското съжителство като основа и среда за създаване и отглеждане на деца, за античните етични, философски и правни корени на съвременното семейство. И ако на статуса на pater familias и на доминираната от него familia да са посветени много трудове, един малък

---

[4] Вж. например испанската антология от статии **Rodriguez Lopez**, Rosana, **Bravo Bosch**, Mª J. (eds.) Mulier. Algunas historias e instituciones de Derecho Romano. Madrid, 2015 и обширната библиография в нея, **La Femme**. Recueil de la Société Jean Bodin. Vol. XI. Bruxelles, 1959, както и някои други изследвания, сред които основно **Baccari**, Maria Pia. Matrimonio e donna.Vol. I. Concetti ulpianei. Torino, 2012; **Cantarella**, Eva. L'ambiguo malanno. Condizione e imagine della donna nell'antichità greca e romana. Milano, 2013; ID. Pandora's Daughters: The Role and Status of Women in Greek and Roman Antiquity. Baltimore, 1987; **Peppe**, Leo. Civis romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenanza e dell'identita femminili in Roma antica. Lecce, 2016; **Monaco**, Lucia. Heriditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacita successoria della donna in Roma antica. Napoli, 2000; **Grubbs**, Judith Evans. Women and the Law in the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and Law in the Roman Empire. Routledge, 2002, както и някои по-специфични проблеми в статиите на **Gaudemet**, Jean. Le satut de la femme dans l'Empire romain. – In: Etudes de droit romain, v. 3. Vie familiale et vie sociale. Napoli, 1979, p. 225–258; **Melillo**, Generoso. La media iurisprudentia e le limitazioni alla legittimazione successoria delle donne. – In: Studi per Giovanni Nicosia,. Vol. V. Milano, 2007, p. 285–325; **Patrick**, Laurence. La femme et son rang dans le Code Theodosien. – In: Societé, économie, administration dans le Code Theodosien, Lille, 2012, p. 491–501; **Pennacchio**, Carmen. Normazione imperiale e patrimoni femminili. – In: Legal roots, 3 (2014), p. 135–186; **Charles-Laforge**, Marie-Odile. Patrimoines et heritages des femmes a Rome: l'exemple des princesses Antonines. – In: Arcana imperii. V. 1. Mélanges d'histoire economique, sociale et politique offert au professeur Yves Roman. Paris, 2015, p. 233–271; **Pavon**, Pilar. La mujer en la legislacion de Adriano. – In: SDHI, 82 (2016), p. 265–290 и др.

[5] Вж. библиографията в **Wolodkiewicz**, Witold. Inttorno al significato della nozione di 'mater familias. – In: Studi C. Sanfilippo, vol. III, Milano, 1983, p. 735, n. 7. както и статиите на Carcaterra, Ava. Mater familias – In: AG, 123 (1940), p. 113 ss., **Wolodkiewicz**, Witold. Mater familias. – In: Czasopismo prawno-historyczne, 16 (1964), p. 103 ss. и по-новите изследвания на **Fiori**, Roberto. Mater familias. – In: BIDR, p. 35–36 (1993– 1994), p. 454–498; **Salazar Revuelta**, Maria. Posición jurídica y papel social de la materfamilias a través del análisis de las diferentes acepciones del término en las fuentes romanas – In: RGDR 20 (2013) на https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413526 и цитираната там обща литература във връзка с правния статус на жените.

принос към определянето на мястото на mater familias в римското общество би могъл да даде отговор и на някои съвременни въпроси. Бих искала и да взема отношение по въпроса съществува ли правният статус на mater familias или това е просто название, което не е обвързано с определено правно положение, а има по-скоро социално и етично значение.

2. Терминът и понятието за mater familias

2.1. Постановка на въпроса

В римскоправните източници няма голям брой текстове, в които да се среща терминът mater familias[6]. В книга L, титул XVI на Дигестите, съдържащ пояснения за значението на думите (De verborum significatione), е поставен текст от коментара на Улпиан към преторския едикт, което обаче не може да се възприеме като обобщаващо непротиворечиво определение[7]. Самото понятие има разнородни значения и е въвеждано (сякаш инцидентно поради презумирана всеобща известност) в една казуистика, свързана с брачните отношения и правата и задълженията на съпругата. При това е трудно да се направи отграничение на употребата на този термин за означаване на определен статус, когато той е използван като синоним на uxor, matrona, domina, mater, а понякога и за статус на жената извън брака – като синоним или наред с термините mater, mulier, femina.

В съчиненията, посветени на тази тематика, често не се отчитат две обстоятелства. На първо място е развитието на статуса на жените в рамките

---

[6] В речника на **Дыдынский**, Федор М. Латинско-русский словарь к источникам римского права. Варшава, 1896 на https://lawbook.online/pravo-rimskoe/latinsko-russkiy-slovar-istochnikam-rimskogo.html са посочени около двадесетина текста, в които е употребено това съчетание на съществително (mater)и прилагателно (familias), което формира един термин и което се явява като синоним на uxor, matrona, domina, mulier, perona sub potestate/ sub manu. На първо място терминът е използван като синоним на съпруга (uxor) в D. 1, 7. 44.; D. 23, 2. 41.1.; D. 25, 7. 1 pr.; CJ. 5, 3. 5; CJ. 9, 9. 18. В някои текстове той се явява синоним на matrona: D. 43, 20. 3.6.; D. 47, 10.15.15.; D. 50, 16.46.1.; CJ. 9, 9 . 29. Статусът на mater familias в повечето случаи е обвързан с нейното подвластно положение в римската фамилия (sub potestate mariti, sub manu mariti) и аналогично (включително и в теминологичен план) на filia familias. Но има и няколко текста, в които mater familias е еквивалентно на femina suae potestatis: D. 1, 6. 4; D. 1, 7. 25 pr.; D. 24, 3. 34; D. 32. 41.7; D. 38, 17.1. 1 и др. Някои от тези текстове са разгледани и интерпретиарни по-долу.

[7] Става въпрос за D. 50. 16. 46. 1., което ще бъде разгледано по-долу. Тук може само да се припомни, че въпреки големия брой текстове, които компилаторите на Дигестите са включили в двата последни титула на книга L на Дигестите – XVI. De verborum significatione и XVII. De diversis regulis iuris antiqui, въпреки наличието на съчинения на римската юриспруденция, озаглавени Definitiones, винаги се отчита невъзможността за даване на точно определение в частното право, защото то никога не може да се отнася по еднакъв начин за всички случаи.

на 14-вековната история на Древен Рим, съответно и на римското право. Повечето запазени текстове са на класическите юристи, но понятието съществува още от архаичната епоха, при това със смислово и правно по-ограничено съдържание.

Наред с това при всяко изследване несъзнателно се прилагат съвременните понятия и стереотипи за майката, търси се и точен превод на термина mater familias и интерпретация само в дадена насока, но в някои случаи това ни отдалечава от римската действителност[8].

Самият термин се явява съчетание от две лексеми: съществително (mater) и прилагателно (familias) и се използва било като две, било като една дума. Трудно може да се определи коя от тях е по-значимата – жената в качеството си на майка или като член на патриархалната фамилия. По тази причина обикновено се разглежда смисълът и на двата термина в римскоправните източници, за да се продължи с терминологията конкретно за mater familias.

2.2. Лексемата mater се предполага, че произхожда от детското обръщение към майката и назоваването на майчината гръд (mamma, μάμμα) и наставката -ter[9]. В етимологичните речници се подчертава, че произходът ὴ е аналогичен на този за pater и има своя еквивалент на гръцки (μήτηρ)[10].

Като термин mater се използва не само за майка в биологичен и социален смисъл, която е създала, откърмила и отглежда децата си[11], но и за съпруга в законен брак (като синоним на uxor), стопанка на дома (domina), достопочтена жена (matrona), жена, която е обвързана с майчинство и съответните чувства на грижовност, отдаденост, нежност, милост и състрадание и пр., а също и за най-възрастната жена, която е начело на религиозни колегии[12]. Особено място в литературата и надписите, но и с определено политическо съдържа-

[8] Вж. в този смисъл **Salazar Revuelta**, Op. cit. , p. 2.

[9] Вж. **De Vaan**, Michiel. Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages. Leiden – Boston, 2008, p. 367.

[10] **Ernout**, Alfred, Antoine **Meillet**. Dictionnaire Etymologique De La Langue Latine. Paris, 2001, p. 389.

[11] В същия смисъл лексемата се използва, предимно в неюридическата литература и в надписите, и за дойка, но в латинския език има и специална лексема – nutrix.

[12] Вж. Oxford Latin Dictionary, Oxford, 1968, p. 1082 **Gaffiot**, Felix. Dictionnaire Latin-Français. Paris 1934, 2e ed. 2016, p.833.

ние придобива званието Mater Patriae (Майка на Отечеството)[13] в паралел с Pater Patriae (Баща на Отечеството), както наричат Ливия и Август[14].

Терминът има полисемантично значение – освен за хората така се означават и женски животни във фертилна възраст[15], растения, които дават плодове или филизи за нови растения[16]. В по-широк и преносен смисъл така се означава родина, метрополия[17], а също и създател, основа, източник (не непременно в женски род)[18].

Особено място има терминът във връзка с различни богини – Юнона, Флора, Веста, Сибела[19]. Използват се термините Mater deum, Mater idaea,[20] Magna Mater[21], Mater Matuta [22] и пр. Има и специален празник – Matronalia, празнуван

---

[13] Tac., Ann., 1.14. ..alii matrem patriae appellandam (Augustam) censebant ; CIL 13.6531 Iuliae Avgvstae …mater patriae. За първи път така се назовава съпругата на Август Ливия Августа – вж. **Hemelrijk**, Emily A. Octavian and the introduction of public statues for women in Rome. – In: Athenaeum, 93 (2005), p. 309– 317; **Barrett**, Anthony A. Llivia: first lady of imperial Rome. New Haven, 2002.

[14] Според Stevenson титлата за първи път е присвоена от Цицерон след потушаването на заговора на Катилина, но също и от Юлий Цезар след края на Гражданските войни– вж. **Stevenson**, Tom R. Acceptance of the Title Pater Patriae in 2 BC. – In: Antichthon, 43 (2009), p. 97–108; Вж. и идеята за родството и закрилата, както и за аналогията между родина и фамилия в **Schniebs**, Alicia. Del Divi Filius al Pater Patriae. La paternalizacion del poder en tres textos latinos.– In: Phaos 2 (2002), p. 139 – 166, а по-общо в Severy, Beth. Augustus and the family at the birth of the Roman Empire. New York, London, Routledge, 2003.

[15] Varro, R. R., p. 2. 4 ; Virg., Georg.,. 3. p. 398

[16] Virg. ,Georg., p. 2, 23; Plin., H.N., 12, p. 23

[17] Virg., En. 10; Flor., Epitome de Gestis Romanorum. 3.18. 5

[18] Cic., De leg. 1,47; 1 .58. Вж. OXFORD LATIN DICTIONARY, cit., p. 1082 ss.; **Дворецкий**, Иосиф. Латинско-русский словарь. Москва 1980– в електронен вариант на http://linguaeterna.com/vocabula/show.php?n=27228

[19] Вж. Vesta Mater-Virg., Georg., 1, 498, Magna Mater-Cic., Sest. 56; Cybela – Virg., Georg., 4, 64.

[20] **Mastrocinque**, Attilio. Bona dea and the cults of roman women. Stuttgart, 2014; **Boeels–Janssen**, N. Bona dea devoilée. – In: REL, 92(2014), p. 35–54.

[21] Трите термина обикновено се използват на латински във връзка с фригийската богиня Сибела, (Кибела). Magna Mater (букв. Великата Майка) е названието и на египетската богиня Изида, на древногръцката богиня Рея или на Мая (една от Плеадите и майка на Хермес). Всички култове са посветени на майката като символ на живота, в по-общ план на семейството и възпроизводството на рода, на майчинството като задължение, призвание, грижа за поколението, на достойнството на омъжената жена– пазителка на домашното огнище, на рода и на благополучието и развитието. Вж. сборника **Mastrocinque**, Attilio, **Giuffre Scibona**, Concetta. (ed.). Mélanges Guilia Sfameni Gasparro. Demeter, Isis, Vesta and Cybele. Stuttgart, 2012.

[22] Mater Matuta е древноиталийска богиня на зората и на възраждането на живота, като в дясната си ръка държи нар като символ на плодородието и общността на хората и всички живи същества, а в лявата – гълъб като символ на спокойствието и мира. Вж. най-общо на сайта Impervm Romanvm – https://www.romanoimpero.com/2019/07/culto-delle-dee-matres.

на 1 март в чест на богинята Юнона, чийто храм се е намирал на Есквилинския хълм, и в общ план посветен на майките, децата и новия живот[23]. Преди реформите на римския календар това е датата, от която започва римската Нова година. Затова и празникът се свързва с новото начало, плодородието, пролетта, възхода и светлината, с идеята, че Великата майка – Юнона, както и обикновените жени-майки, са в основата на просперитета на римския народ[24].

Акцентът на почитането на тези богини е върху майчинството – било на самите тях като майки, било като закрилници на майките, включително по време на бременността и раждането. Може да се открие значителна приемственост от гръцката и източната митологии, в които майчинството се възхвалява като основна добродетел както на боговете, така и на хората, а майчината грижа за децата е част от естественото предназначение на жените и основание за тяхната закрила, макар и изразявана по различен начин у различните древни народи. Но тези богини в по-общ план покровителстват плодородието и живота, изобилието и благодатта, разумното развитие и просперитета, които се пренасят в по-конкретен план върху майките и майчинството.

Понятието за майка има две измерения – биологично и социално. В повечето запазени съчинения от Античността, както от гръцки, така и от римски автори – основно мъже, жената е възпитавана и обучавана да бъде майка, при това съобразно даден социален модел. Тя трябва да създава деца – по възможност предимно момчета, за да продължават рода и да са полезни на обществото и държавата. Всичко това оказва влияние върху психиката и поведението на жените от най-ранна възраст. Във философски, медицински, художествени, правни текстове, в надписи, изображения, митични разкази, религиозни церемонии[25]– всичко е насочено към това тя да осъзнае собствената си биологична природа, от която произтича нейната обществена мисия, и да я възприема не

---

html , както и по-подробно в **Mantzilas**, Dimitrios. Mater Matuta: An Overview of her Cult – In: Myrema. Mythology-Religion-Magic. 30 Articles and Essays, Ioannina, 2018, p. 487–540.

[23] Предполага се, че именно на тази дата е бил осветен храмът. Другата хипотеза е, че на тази дата е бил сключен мирът между латините и сабините, като за разрешаването на конфликта значителна роля имат сабинянките, които стават съпруги и майки във фамилиите на латините..

[24] Юнона (Juno) е богиня на брака, съпружеската любов, покровителка на омъжените жени, помагачка на бременните и родилките, затова и често е представяна като майка-кърмилница. Самата тя е съпруга на Юпитер и майка на Марс и Вулкан. По-късно тя поема функциите на закрилницата-майка на целия римски народ и на държавата. Вж. CULTO DI GIUNONE на сайта Impervm Romanvm – https://www.romanoimpero.com/2009/10/culto-di-giunone.html

[25] Вж. например **Cenerini**, Francesca. La rappresentazione della maternità : alcuni confronti fra carmina e imagines su pietra nella Regio VIII. – In: Ostraka, 19 (2010), p. 117–125 на https://www.torrossa.com/it/resources/an/2510821; **Morelli**, Anna L. Madri di uomini e di dei. La rappresentazione della maternità attraverso la documentazione numismatica di epoca romana. Bologna, 2009.

само с оглед на общественото, но и на личното си съществуване и благополучие. Използват се два основни инструменти за внедряването на тази позиция – самоопределянето на жената, която не може да съществува освен като майка, и полезността на майчинството за нейното здраве.

Въз основа на биологичната природа в социален план понятието mater включва както отдадеността на жената на нейната биологична функция, така и на полезността ѝ за цялата общност – фамилия, род, народ. На нея е поверена грижата за поколението и за развитието и нарастването на civitas. По тази причина тя е почитана и закриляна, като постепенно в хода на развитието на римското право и отразявайки една социална, икономическа и политическа действителност, ѝ се отдават определени привилегии и се променя нейният статус.

В правните текстове много често терминът „mater“ се използва за омъжената жена[26], но не са малко и текстовете, в които става въпрос именно за жената, родила дете и само с оглед на факта на майчинството се прилагат определени норми. В тази връзка е основната уредба на произхода на детето според статуса на майката и известният и в съвременното право принцип „Mater semper certa est“:

D. 2.4.5 (Paulus libro quarto ad edictum) quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.

Тя (майката) е винаги известна, дори и детето да е заченато извънбрачно[27], а бащата всъщност е този, когото бракът посочва.

Конкретният текст, в който той е включен обаче не е свързан с материята за статуса на лицата или брака, а е в книга II, титул IV, посветен на призоваването пред съд (in ius vocatio). Поставен в контекста на предходния фрагмент на Улпиан, той пояснява, че майката, независимо дали детето е родено в законен брак или извънбрачно, не може да бъде призовавана от него на съд без изрично разрешение на претора. Почитта, дължаща се по еднакъв начин и на двамата родители и възходящите, е създадена въз основа на обичаите на предците (mos maiorum) и религията и намира отражение и в много други правни текстове по един специфичен начин.

По отношение на майката се изразява сигурност поради факта на раждането, като в случая освен биологичната връзка нищо друго не е от значение. Ако този принцип не съществува, детето, родено извън брака, би останало без установен произход и статус, което е недопустимо. В този смисъл е и стано-

[26] Вж. напр. D. 1, 7. 44.; D. 23, 2. 41.1.; D. 25, 7. 1 pr.

[27] Терминологията в правните източници за извънбрачно дете според буквална интерпретация на някои автори означава „дете, заченато в тълпата, сред простолюдието“, като по-точно е по-широкото значение на „обикновено, обичайно заченато“, т.е. извън брака (с оглед на често използвания израз in vulgo). При това не се отдава никакъв негативен оттенък на тази терминология, нито осъдително отношение спрямо майката.

вището на Целз, но поставено вече на съответното място – титул V на книга I на Дигестите относно статуса на лицата (De statu hominum) и критериите за определянето му:

D. 1.5.19 (Celsus libro 29 digestorum)
Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: volgo quaesitus matrem sequitur.

Когато са заченати в законен брак, децата следват статуса на бащата, а заченатите извънбрачно следват статуса на майката.

В текста на Целз прави впечатление, че са употребени термините mater и pater, но те са на различно ниво. Ако по отношение на майката става въпрос за признатата от естественото право генетична връзка, то по отношение на бащата очевидно се има предвид правният му статус на pater familias и правната връзка на детето с фамилията, която той ръководи, както и брачната връзка с майката, родила това дете.

Терминът и понятието за mater трябва винаги да се разглеждат в конкретния контекст, но не само с оглед на дадения казус, а и спрямо авторството на текста и епохата, към която се отнася даденият правен коментар или описание в неюридическата литература. От значение е дали става въпрос за фамилни отношения, за произход, наследяване или участие в стопанския живот, какъв е статусът на жената, назовавана като майка и защо е употребен този термин, а не някой друг. Много често в текстовете като синоними се използват, дори и едновременно, mater, materfamilias, uxor, milier, matrona. Следователно не само акцентът на майчинството е от значение, но и цялостната обстановка, в която е поставена римската жена и майка, за да се определи нейният статус.

2.3. ***Терминът mater familias (или mater familiae)*** е образуван, като към лексемата mater е добавена генетивната форма на лексемата familia. Повечето автори отбелязват лексикалния паралелизъм на двете понятия pater familias и mater familias, но приемат, че граматическата симетрия не отразява социална и правна равнопоставеност, основана на пола[28]. По-важното в случая е акцентът на връзката с фамилната общност, т.е. позицията на съпруга и майка, чийто живот е предопределен и протича в рамките на голямото патриархално семейство. В този аспект може да се направи съпоставка със статуса на pater familias от една страна, и с другите подвластни (filii, filiae familias) като alieni iuris.

Понятието за mater familias се развива паралелно и обвързано с това за pater familias. Те се интерпретират в такава релация и като биологическа и социална функция, и като правна уредба. Макар че не може да има сравнения с неограничената и всеобхватна власт на pater familias и дори аналогия с нея, позицията на mater familias и нейният статус ѝ гарантират известна авто-

[28] Вж. **Salazar Revuelta**, Maria. Op. cit., p. 2 ss.; **Saller**. Op. cit., p. 193 s., 196 s.

номия, постигната постепенно в хода на еволюцията на римското общество, съответно и на правото.

Лингвистични, антропологични, социологични изследвания в исторически контекст обосновават тази социална симетрия, като на моменти се поставя въпрос коя позиция е доминираща – на бащата, който предпоставя, или на майката, която реално създава и реализира прокреативната функция[29]. Според някои автори в латинския език нито pater, нито mater означават биологичните родители, а са свързани по-скоро с определена социална позиция, престиж и достойнство, както и разпределение на конкретните функции по съществуването и управлението на фамилията. Подобна симетрия в божествения свят се открива у Юпитер и Юнона, конструирани като римски божества в такъв план още в републиканската епоха[30].

Може би на това ниво в римското правосъзнание, а съответно и в правото се установяват две равноположени позиции, но не една спрямо друга, а за две отделни социални общности. Така както pater familias заема определено място сред мъжете и участва в поверените им социални функции, така и mater familias има съответното място в обществото на жените.

В този смисъл понятието за mater familias, така, както го представя Улпиан в D. 50.16.46.1, разгледан по-долу, не изисква непременно биологично майчинство, а по-скоро социална позиция, аналогична на майчинството – на закрила, на плодородие, на грижа и отдаденост, каквито се откриват в култа на Bona Dea[31]. Това разбиране, съответно през призмата на социалното и политическото развитие през Принципата, и под влияние на християнството през Домината, дава възможност понятието за mater familias да се отдалечи както от физическото майчинство, така и от майчинството въобще, както се вижда от текста на Улпиан.

По принцип понятието за pater familias е централно в римското право, доколкото той се явява ръководител на фамилната общност, притежател на имуществото и представител на подвластните ѝ членове в обществото, той има икономическа самостоятелност, участва в публичните изяви и в политическия живот. Той е persona optimo iure както в обществото, така и вътре във фамилията, доколкото има дори дисциплинарна власт по отношение на подвластните. Неговият статус е ясно определен в:

---

[29] Вж. някои аспекти на това взаимоотношение в **Benveniste**, Emile. Il vocabolario delle istituzioni indoeuropei. (trad. it.), Torino, 1976 (2 ed. 1969), p. 161 ss.

[30] Вж. подробния анализ у **Fiori**, Op. cit., p. 473 ss

[31] Не е случайно и нейното празнуване в дома на консула, в който начело на церемонията е поставена неговата съпруга или майка– mater familias. Вж. изводите и аргументацията в **Fiori**, Op. cit., p. 475.

D.50.16.195.2. (Ulpianus libro 46 ad edictum)…Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus.

Pater familias се нарича този, който притежава властта в семейството и това е правилното название, дори ако той няма син, защото ние така означаваме не самата личност, но и правното положение.

Mater familias определено няма такава позиция и това произтича както от традиционното за всички антични общества разделение според пола, така и от структурата на римската фамилия и римското общество[32].

Терминът mater familias се използва в по-ограничен брой текстове, поради което в по-старата романистика се приема, че понятието за mater familias е свързано с една почетна позиция в римското общество и без определена правна стойност[33]. Основният аргумент за това обикновено се търси в становището на Улпиан в D. 50. 16. 46. 1., който приема, че става въпрос за назоваване на жена, независимо от нейния статус, която води добродетелен живот в съответствие с boni mores.

Този текст обаче има доста противоречива интерпретация, която ще разгледам по-долу. Всъщност текстовете, в които е спомената mater familias съвсем не са малко[34]. В малкото по-новите изследвания, посветени специално на тази тема, се прави анализ на повечето текстове с правен характер, както и надписи и сведения от художествената, историческата и философската литература и постепенно се преодолява тази констатация[35].

В римската юриспруденция, макар да липсва изрично определяне на статуса на mater familias, то тя съвсем не е инцидентно споменавана. Да се отрича съществуването на специфична уредба относно нейния статус означава да

---

[32] **Thomas**, Yan. La división de los sexos en Derecho romano. – In : **Duby**, Georges, в **Perrot**, Michelle, Historia de las mujeres. 1. La Antigüedad, Taurusminor, Madrid, 2000, p. 190–205.

[33] Вж. в този смисъл **Bonfante**, Pietro. Corso di diritto romano. T. I. Diritto di famiglia. Roma, 1925, p. 9: „mateifamilias è titolo meramenre onorifico che in epoca storica non ha valore giuridico“ Срв. и Perozzi, Silvio. Istituzioni di diritto romano. T. I, Milano, 1947, p. 327; **Kaser**, Max. Das romische Privatrecht. Miinchen, 1955, p. 57, цитирани от **Fiori**. Op. cit. , p. 455, n.1.

[34] Вж. D. 1. 7. 44.; D. 23. 2. 41.1.; D. 25. 7. 1 pr.; CJ. 5. 3. 5; CJ. 9. 9. 18 ; D. 1. 6. 4; D. 1. 7. 25 pr.; D. 24, 3. 34; D. 32. 41.7; D. 38, 17.1. 1 и др.. Срв и D. 3.1.1.5; D. 5.1.12.2; D. 16.1.1.1; D. 16.1.2.1–3; D. 22.6.9 pr.; D. 26.1.18; D. 27.10.9; D. 48.16.1.10; D. 49.14.18 pr.; D. 50.4.3.3; D. 50.17.2; IJ.. 2.8 pr.; CJ. 5.3.20.1; CJ. 5.4.23 pr.; CJ. 5.35.1; CJ. 7.39.3; CJ. 8.17.12; CJ. 9.8.5.3; IGai.1144 ; IGai. 1.190.

[35] Вж. бел. 5 и по-специално студиите на FIORI. Op. cit ., p. 456 ss.; **Salazar Revuelta**. Op. cit., p.3 ss. и статията на **Wolodkiewicz**, Witold. Mater familias. – In: Czasopismo prawnohistoryczne, 16 (1964), p. 103 ss.

се отрича такава и за подвластните дъщери и синове, внуци и внучки. В много други текстове, особено в Дигестите, трябва да се направи интерпретация дали става въпрос само за mater в смисъл на биологична майка, или на mater familias, дали това назоваване е по време на съществуващ брак или дори и по отношение на вдовица или неомъжена жена, която е sui iuris. Всичко зависи от конкретния казус и неговото систематично място както в съчиненията на съответния класически юрист, така и отредената му позиция в съответен титул на Дигестите, Институциите или кодексите на Теодосий и Юстиниан.

Може да се обобщи, че казуистиката, в която е употребено това понятие, е в четири основни аспекта:

– mater familias като съпруга;

– mater familias подвластна;

– mater familias неподвластна;

– mater familias като достопочтена жена (матрона).

Като изключим т.нар. определение в D. 50. 16. 46. 1, във всички други текстове е налице употреба, която насочва към утвърдено и ясно понятие, което не поражда колебания или противоречиво тълкуване, тъй като то е поставено винаги в дадена конкретна правна ситуация и подлежи на тълкуване в някой от посочените аспекти. Дори тогава, когато става въпрос за изследване доколко една жена има статус на mater familias във връзка с последиците в личен и имуществен план, които произтичат от него, то очевидно параметрите на този статус са очертани и римската юриспруденция не полемизира по тях.

2.4. *Определението на Улпиан за mater familias*

В рамките на това първоначално поставяне на темата да погледнем все пак на първо място текста на Улпиан, който се счита, че е редактиран по специфичния за определенията на римските юристи начин. Но той не е включен в негово съчинение, наречено Definitiones, а в коментара му към перторския едикт, което поставя въпрос и за конкретния контекст, в който е поставено:

D. 50.16.46.1 (Ulpianus libro 59 ad edictum) "Matrem familias" accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores.

За mater familias се считат тези, които водят благопристоен живот: защото mater familias се разграничава и отличава от другите жени по своя морал. И няма значение дали е омъжена или вдовица, свободнородена или освобожденка: защото не бракът и не раждането на деца я правят mater familias, а добрите нрави.

Всъщност Улпиан изрично подчертава, че това назоваване на жената не се влияе от личния ѝ статус – status libertatis и status familiae. Пропуснат е

status civitatis, вероятно защото по отношение на перегрините не може да се използват римските понятия за mater и familia, аналогични, но и различаващи се от тези по ius gentium и тяхното локално право.

Наред с това положението на mater familias според юриста не е обвързано въобще и с две други обстоятелства: наличието на брак и раждането на дете. С това понятието окончателно е откъснато от факта на майчинството и на брачното съжителство, които традиционно определят статуса на mater familias в предходната епоха. Следователно Улпиан изцяло представя едно друго, реформирано понятие, в което акцентът е върху поведението, а не върху реалното правно положение на жената.

Налице е твърдение, в което могат да се потърсят следите на една еволюция на статуса на жените в Рим. Докато в републиканския период mater familias е само римска гражданка, която е омъжена и има деца, то по-късно е налице пълното отрицание на този модел, като понятието се използва и за вдовици (вероятно и за неомъжени или разведени, т.е. за всички жени, които нямат брак към даден момент). С приравняването на libertini на ingenui с Августовото брачно законодателство и допускането на бракове между тях (с резерва само за представителите на сенаторското съсловие), както и с придаването на римско гражданство на всички жители на Империята през 212 г. сл. Хр. очевидно такива разграничения също нямат значение в началото на III в., когато Улпиан пише своя коментар към преторския едикт. Това от своя страна води до някои (макар и само загатнати) предположения за интерполации в текста, тъй като подобно схващане е напълно обяснимо и в синхрон със статуса на жените по-скоро в Юстиниановата епоха, отколкото в началото на III в..

Текстът обаче съществено контрастира с други становища както на Улпиан, така и на други класически юристи, в които mater familias е обвързана или с брак и статус на подвластна, или е sui iuris, разведена или вдовица и от това произтичат различни правни последици. По-долу ще разгледаме и свидетелствата от художествената литература, които също насочват към определен статус, а не към почетна социална позиция. Очевидно Улпиан поставя акцент на една еволюция на статуса на жената, но трудно може да се определи в какъв контекст той изразява предпочитание към нейното поведение, а не към реалната ѝ позиция в обществото и правното ѝ скрепяване.

2.5. *Mater familias и matrona*

Така поставено, определението сякаш се доближава до понятието за матрона, което е изградено основно във връзка с определено поведение и почетно отношение с ясен традиционен и етичен аспект. Самият термин matrona е аналогичен на patronus, както се назовава господарят, освободил роб, но също и римският гражданин от аристократичната прослойка, който осигурява про-

текция на чужденци, плебеи и клиенти и подобно на pateri се грижи за техните интереси, а те от своя страна му дължат почест и уважение[36].

В повечето запазени текстове в Дигестите и Юстиниановия кодекс[37] терминът matrona е употребен заедно с прилагателни, насочващи към почтеното и благопристойно поведение, както и особеното достойнство и непорочност, означавани като honestas, dignitas и pudor matronalis. Споменават се както носеното достойно име на матрона (matronalis nomen)[38], с подходящо благопристойно облекло (in matronali habitu, matrona stolata)[39] и пр. В този смисъл самият Улпиан в коментар относно преторските правила за установяване на съществуваща или мнима бременност (D. 25.4. De inspiciendo ventre custodiendoque partu) споменава:

D. 25. 4. 1. 6 (Ulpianus libro 24 ad edictum) Item praetor domum **honestae matronae** eligere debet, in qua mulier veniat, ut possit inspici.

Преторът трябва да избере дома на почтена жена, в която да отиде жената и там да бъде посетена (от акушерки), които да засвидетелстват дали е бременна.

Понятието за матрона е значително устойчиво в този си етично – правен смисъл и в императорските конституции. Така в една конституция на император Константин от 312 г. с указания до управителите на провинции се съдържа рескрипт до Съвета на Провинция Африка (Concilium provinciae Africae), в който изрично се подчертава закрилата на матроните с оглед опазване на тяхната благопристойност:

---

[36] Вж. **Ernout**, Meillet. Op. cit., p. 389 in fine. Вж. по темата най-общо **Cosentini**, C. Patrono. – In : NDI, t. XII, Torino, 1965, p. 706–707, както и **Masi Doria**, Carla. Civitas operae obsequium: tre studi sulla condizione giuridica dei liberti. Napoli, 1993; **Cosentini**, C. Patrono. – In: NDI, t.XII, Torino, 1965, p. 706–707.

[37] Вж. напр. D. 25. 4. 1.6.; D. 47. 10. 1.2.; D. 48. 5.13 pr.; D. 47. 10.15.15.; CJ. 2.12.21 и пр.

[38] D. 47, 10. 1. 2 (Ulpianus libro 56 ad edictum) Omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: **ad dignitatem, cum comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur**.

[39] D. 47.10.15 (Ulpianus libro 77 ad edictum) 15. Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent entiarum si igitur **non matronali habitu** femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur. Вж. и **Berger**, Adolf. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia, 1953, p. 579.

CJ. 2. 12. 21. Maritus citra mandatum in rebus uxoris cum sollemni satisdatione et alia observatione intercedendi habeat liberam facultatem, ne feminae persequendae litis obtentu in contumeliam **matronalis pudoris** inreverentur inruant nec conventibus virorum vel iudiciis interesse cogantur.

Император Константин. Съпругът има пълното право да поеме управлението на делата на съпругата си без никакъв мандат, като той дава соленелни гаранции или спазва другите изисквания за поръчителство, за да могат жените да не се втурват във водене на дела, оскърбителни за тяхната благопристойност на матрони и да бъдат принудени да се явяват на събирания на мъжете или в съда[40].

По– различно е тълкуването на термина у граматиците. Авъл Гелий в книга XVIII на Атически нощи споменава дискусия за разликата между matrona и materfamilias. Той цитира определението на граматика Елий Мелис (Aelius Melissus), според който

Aul. Gell. , N.A., XVIII. 6 . 4. … Ex eo libro verba haec sunt: " 'Matrona' est, quae semel peperit, quae saepius, 'mater familias'; sicuti sus, quae semel peperit, 'porcetra', quae saepius, 'scrofa'."…

… В неговата книга думите са следните: „ Матрона е жената, която е родила само веднъж, а materfamilias е тази, която е имала няколко деца; тъй както свинята, родила само веднъж, се нарича porcetra, а тази, която е родила няколко пъти– scrofa“…

За римляните подобно сравнение не изглежда необичайно, грубо и обидно, както би се възприело в наши дни, но Гелий го счита за лекомислено и погрешно[41], тъй като няма никакви основания и сведения у други автори и опитни граматици за това. Според него по-скоро матрона се нарича жената, която е омъжена и бракът ѝ продължава да съществува (т.е. не е разведена или вдовица), защото този термин произлиза и е свързан с майчинството – реализирано или бъдещо и очаквано:

[40] Вж. по въпроса за призоваването на матроните пред съд в статията на **Cascione**, C. Matrone «vocatae in ius» tra antico e tardoantico. – In: Index 40 (2012), p. 238–243 на https://unina.academia.edu/CosimoCascione

[41] Той отбелязва, че макар и този автор, който му е съвременник, през II в. сл. Хр. да се е считал за един от видните граматици и да е създал многобройни съчинения, има повече литературен и софистичен уклон, отколкото талант и ерудиция и твърде претенциозно е озаглавил своето произведение, от което е взет цитата, „За свойствата/ собствеността на езика“ (de loquendi proprietate), която при публикуването ѝ е наречена „Рог на изобилието. Вж. Aul. Gell. XVIII. 6. Quod Aelius Melissus in libro, cui titulum fecit de loquendi proprietate, quem, cum ederet, cornum esse Copiae dicebat, rem scripsit neque dictu neque auditu dignam, cum differre "matronam" et "matrem familias" existimavit differentia longe vanissima…

Ibid., 8…. matronam dictam esse proprie, quae in matrimonium cum viro convenisset, quoad in eo matrimonio maneret, etiamsi liberi nondum nati forent, dictamque ita esse a matris nomine, non adepto iam, sed cum spe et omine mox adipiscendi,

… всъщност матрони се наричат жените, които се намират в брак със съпруга си и докато (този) брак съществува, дори и още да нямат деца, защото тази дума (матрона) произлиза от mater (майка) и дори да не е станала още, има надежда и в скоро време да се сдобие с деца.

В цитирания текст очевидно акцентът и при двете понятия е поставен върху майчинството и броя на децата. Като краен резултат от еволюцията на понятията е определението на Изидор Севилски[42], който счита, че матрона в същински смисъл е жена, която има деца, докато mater familias е жена, която с ритуално – тържествен правен акт е преминала във фамилията на съпруга си, т.е. тя става подвластна на съпруга си или на неговия pater familias (matrimonium cum manu):

Isid., Etym. 9.7.13. Matrona est quae iam nupsit, et dicta matrona, quasi mater nati, vel quia iam mater fieri potest, unde et matrimonium dictum. Distinguitur autem inter matronam et matrem, et matrem et matremfamilias. Nam matronae, quia iam in matrimonium convenerunt: matres, quia genuerunt: matresfamilias, quia per quandam iuris sollemnitatem in familiam mariti transierunt.

Матрона е жена, която вече е омъжена, и тя се нарича matrona, сякаш е майка на родено дете (mater nati) или защото вече може да стане майка (mater), и поради това и бракът се нарича така (matrimonium). Но има разлика между матрона и майка и между майка и mater familias. Матрона е тази, която е сключила брак, майка е тази, която е създала деца, mater familias е тази, която чрез тържествени действия съгласно правото е преминала във фамилията на съпруга си.

[42] Isid., Etym. 9,7,13. Matrona est quae iam nupsit, et dicta matrona, **quasi mater nati, vel quia iam mater fieri potest, unde et matrimonium dictum**. Distinguitur autem inter matronam et matrem, et matrem et matremfamilias. Nam matronae, quia iam in matrimonium convenerunt: matres, quia genuerunt: matresfamilias, quia perquandam iuris sollemnitatem in familiam mariti transierunt. Той прави подобна разлика и между мъж и съпруг пак в книга IX, глава VII, озаглавена DE CONIVGIIS: 1. Vir sexum significat, non coniugium, nisi adieceris vir eius. 2 Maritus vero etiam sine adiectione coniugem sonat... (Думата „vir“ означава пол на мъж, а не брачен статус, макар и да се казва понякога „нейният мъж“.2. Но съпруг (maritus) без каквито и да е допълнителни термини означава мъж, който е женен). Интересното в случая е, че на maritus като термин за съпруг би следвало да противостои съответният термин за съпруга – uxor, но явно и Изидор Севилски възприема mater familias като синоним на uxor.

В повечето текстове в Дигестите и в кодекса обаче се открива идентитет между понятието за matrona и mater familias, като с оглед на конкретната казуистика се акцентира на съществуването на iustum matrimonium, в някои случаи и cum manu, но също и sine manu. Може обаче само да се предполага защо е било нужно такова акцентиране на морала и благоприличието на mater familias и защо е използван този термин за жена дори и без брак, вместо термина matrona от Улпиан в цитираното определение, което се явява единствено в този смисъл в източниците. Едва ли прецизен юрист като него е имал предвид извън конкретна ситуация да определя правен статус чрез обичайните норми и традиционните етични предписания, означавани като boni mores.

3. Mater familias и matrimonium

3.1. *Майчинството и бракът*

Както е видно от самия термин, така и от правните текстове, в които той е употребен, е налице тясна обвързаност на статуса на mater familias с брака.

На първо място се изтъква един етимологичен аргумент. Терминът за брак – matrimonium, е пряко свързан и производен от mater[43]. Майката е основният член на фамилията, в която заедно с pater familias обичайно, религиозно и правно чрез брака двамата създават фамилната общност[44]. Тя се явява като пазителка на брака, създава децата като продължители на рода, макар и да няма реална и призната от правото власт над тях. В условията на патриархалното семейство pater familias има ръководната социална и правна позиция, той е притежател на фамилното имущество и това е отразено в съответния термин – patrimonium, лексикално също симетричен на matrimonium.

Може да се приеме, че по-скоро става въпрос за разграничаване и противопоставяне, така както е в терминологичен и в субстанциален план между термина за брак и легално майчинство (matrimonium, matrimonia) и термина за определяне на имуществото, образуван по същия лексикален модел –

---

[43] Вж. **Ernout**, **Meillet**. Op. cit., p. 389.

[44] Вж. по-специално **Della Luna**, M. Antiquitus libera matrimonia esse placuit. Profili evolutivi del matrimonio nel diritto romano e nel diritto moderno. – In: A&R, 32 (1987), p. 126–136. Срв. и **Allende Correa**, Maria E. La mujer romana en la obra de Tito Livio. El exemplum y el ideal femenino en la Antigua Roma. – In: Historias del Orbis Terrarum, 18 (2017), p. 53–82– file:///C:/Users/Malina/Downloads/Dialnet-LaMujerRomanaEnLaObraDeTitoLivio–6120179.pdf . Вж. най-общо за архаичния период в коментара на Закона на Дванадесетте таблици статията на **Mcginn**, Thomas A. J. La familia e i poteri del pater. – In: XII tabulae. Testo e commento, T I, Napoli, , 2018, p. 189–229; **Cascione**, Cosimo. Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale. – In: Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del Principato. Relazioni del Convegno internazionale di Diritto Romano, Copanello 4–7 giugno 2008, Milano 2014, p. 23-94 и цитираната там литература.

patrimonium[45]. Концептуално ако на майката е поверен домът, неговото стопанисване и грижата за децата, то бащата получава, създава, пази и разполага с фамилното имущество. Вероятно по същата причина няма прилагателно matrius по модела на patrius, тъй като в архаичната епоха, когато се е създавала тази терминология, жените нямат право да се разпореждат с имуществото, да съставят завещания, да участват в публични дейности и пр. Прилагателните maternus и maternalis означават произход на нещо от майката или свойство, качество, свързано с майката – в смисъл на „майчин“ и с акцент върху биологичната, а не социалната или имуществената връзка[46].

Доминиращата концепция е, че понятието за pater familias отразява правен статус и не е обвързано с бащинството[47], докато mater familias е по-скоро отражение на една биологична и социална реалност със или без конкретно правно значение[48]. В правните текстове, както и в художествената литература са налице множество свидетелства, които насочват към съществуването на определен статус на жените, наричани по този начин, макар че терминът се използва предимно по отношение на омъжените жени. Използва се засвидетелствания от самите римски автори аргумент, че терминът за брак (matrimonium) е производен от термина за майка (mater) и съществува пряка обвързаност между брака и майчинството, съответно ролята на съпругата в брака е тя да осигури продължаването на рода.

Нека се върнем на текста на Авъл Гелий, който във втората си част разглежда тази концепция, която изглежда е господстваща към II в. сл. Хр., макар и към този момент съпругите да са значително по-независими в рамките на фамилията.

---

[45] Обикновено се обосновава произходът на този термин от факта на първоначалното притежание в собственост на фамилното имущество от pater familias, върху което той има пълна власт и с което оперира във „външния свят“, в който се явява единствен представител на цялата familia. Вж. относно концепцията за фамилното имущество в Закона на Дванадесетте таблици **Feuvrier-Prevotat**, Claire. Le concept de la familia pecuniaque dans la Loi des XII tables. – In: La question agraire a Rome: droit romain et societé. Perceptions historiques et historiographiques. Como, 1999, p. 59 – 79. Относно употребата на термина в общ план и по отношение на майчиното имущество вж. **Fuenteseca**, Pablo. Maternum patrimonium. (Revision de CTh. 8. 18. 1 y 8. 18. 2). – In: AARC , 9 (1993), p. 331– 347.

[46] Вж. **Ernout**, **Meillet**. Op. cit., p. 389– 390.

[47] Вж. в този смисъл цитирания по-горе фрагмент на Улпиан от D.50.16.195. 2.

[48] Вж. в този смисъл твърдението на **Bonfante**, Pietro. Corso di diritto romano. Vol. I. Diritto di famiglia. Roma, 1925, p. 9, 51, който счита, че „mateifamilias е изцяло почетно название, което в исторически план няма правна стойност“. Подобно е становището на **Perozzi**, Silvio. Istituzioni di diritto romano. Vol. I. Milano, 1947, p. 327; **Kaser**, Max. Das röemische Privatrecht. T. I. München, 1955, p.57.

Aul. Gell., N.A., XVIII. 6. 9. unde ipsum quoque "matrimonium" dicitur, matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset.

...защото така (поради връзката с думата mater) се назовава самият брак, а mater familias се нарича тази, която е под съпружеската власт на мъжа си или под властта на този, на който е подвластен мъжът ѝ, защото тя влиза не само в брака, но и във фамилията на съпруга си и е в качеството на законен наследник (в нея).

От целия текст, който макар да не е от правните източници, но съдържа определено правни характеристики и терминология, обикновено се правят изводи в няколко насоки. На първо място бракът се създава с цел жената да стане майка, това е нейното основно биологично предназначение и социална роля в съпружеското съжителство, както и нейното емоционално очакване. Майчинството е основание за почитта и уважението към съпругата и заради това тя е приета така във фамилията на своя съпруг. То е основната причина да се нарече matrona[49] .

На второ място Гелий посочва пряката връзка между брака (matrimonium), при това с попадане под властта на съпруга или неговия pater familias (in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset) и положението на mater familias. Това не отговаря напълно на действителността през II в. сл. Хр. (когато са писани Атически нощи), когато съпружеската власт е вече в упадък и бракът без manus е масово прилаган. Но Гелий се позовава на традицията на предците (boni mores, за които по-късно споменава и Улпиан), която е отразена в терминологията, и акцентира на брачната и фамилната обвързаност на матроната. И трите лексеми – matrimonium, mater familias и matrona, се извеждат от термина, с който се обозначава майката (mater) – както при осъществено, така и при бъдещо майчинство. Те са взаимно обвързани и имат известно припокриване. Но докато matrona е всяка омъжена жена и това название е свързано с особена почит и уважение към нея, включително и поради репродуктивната ѝ роля в обществото, то назоваването на съпругата като mater familias се свързва със статуса ѝ на подвластна във фамилията, съответно и на наследница в качеството на heres suus, in loco filiae и пр. и е с по-обобщено правно значение.

В същия смисъл е и твърдението на Изидор Севилски, че матрона е омъжената жена и тя се нарича така, защото е или предстои да стане майка (mater) , и от същата дума произтича и назоваването на брака (matrimonium). Впрочем той определя, че с брака са свързани само двете понятия – за mater familias и matrona, но счита, че само mater familias е подвластна и нейният брак е

[49] Вж. A. Gell. XVIII. 6. 8., цитиран по-горе.

matrimonium cum manu[50]. В тази връзка е налице идентична интерпретация с текста на Авъл Гелий.

За да се уточни изграждането на понятието за mater familias, считана предимно в положението си на законна съпруга (uxor), би следвало да се има предвид римскоправната концепция за брака, чиято основна цел е създаването на поколение. Тя се извежда още в определението на Улпиан за естественото право:

D.**1.1.1.3. (Ulpianus libro primo institutionum)** Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. **Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio**: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.

Естествено право е това, на което природата е научила всички живи същества: защото правото е присъщо не само на човешките същества, но е общо и за всички животни, които се раждат на земята и в морето, а също и за птиците. **От него произтича съединяването на мъжа и жената, което ние наричаме брак, създаването на децата и тяхното обучение:** и така виждаме, че всички, дори и дивите животни признават и се подчиняват на това право.[51]

Текстът е обект на много критики в романистиката, според които остава непонятно защо такъв прецизен в своя изказ и правно тълкуване юрист като Улпиан дава подобно елементарно и дори грубовато сравнение, за да илюстрира универсалността на природните закони с брака, възприеман като присъщо на всички живи същества сексуално общуване с цел създаване и отглеждане на поколение. Въпреки това може да се приеме известна достоверност, ако текстът се разглежда във връзка с разбирането на римляните за прокреативната роля на жената и смисълът на брачното съжителство, поставянето на интересите на римския народ и неговото нарастване пред личните интереси[52]. В този смисъл бракът не е въпрос на индивидуално решение и

[50] Вж. цитирания по-горе фрагмент от Isid., Etym., 9.7.20.

[51] Този текст е обект на оживена дискусия, най-вече относно концепцията за пряката връзка между правните институти и естественото право, което е неписано. Вж. подробно по въпроса **Baccari**, M. P. Concetti ulpianei per il "diritto di famiglia". Torino, 2000, p. 16 ss.; ID. Matrimonio e donna. V. I, Concetti ulpianei. Torino, 2012, p. 51 ss.. и цитираните там автори и становища в дискусията.

[52] Вж. едно интересно сравнително изследване на **Varela**, Julia. Mater familias. Modelos clásicos de sociología del género: E Engels y E. Durkhei. – In : Politica y sociedad, 32 (1999), p. 173–188 на https://www.researchgate.net/publication/27585804_Mater_familias_Modelos_clasicos_de_sociologia_del_genero_E_Engels_y_E_Durkhei

емоции, а резултат от установено сътрудничество, одобрено от обичаите и боговете, между две фамилии, в което участват не само съпрузите, но и техните patres familiarum и което има както персонални, така и имуществени и дори политически измерения.

В повечето запазени съчинения от Античността, както от гръцки, така и от римски автори – основно мъже, жената е възпитавана и обучавана да бъде майка, при това съобразно даден социален модел. Тя трябва да създава деца – по възможност предимно момчета, за да продължават рода и да са полезни на обществото и държавата. Всичко това оказва влияние върху психиката и поведението на жените от най-ранна възраст. Във философски, медицински, художествени, правни текстове, в надписи, изображения, митични разкази, религиозни церемонии[53] – всичко е насочено към това тя да осъзнае собствената си биологична природа, от която произтича нейната обществена мисия, и да я възприема не само с оглед на общественото, но и на личното си съществуване и благополучие. Използват се два основни инструменти за внедряването на тази позиция – самоопределянето на жената, която не може да съществува освен като майка, и полезността на майчинството за нейното здраве.

3.2. Matrimonium procreandorum

Традиционният римски морал изисква брачната връзка да е насочена към създаването на деца и продължаването на рода – procreandorum liberorum causa. Лекарите – предимно гърци и египтяни, които практикуват в Рим, създават към края на Републиката цяла медицинска стратегия в тази насока, която се възприема в правото и се създават някои мерки за реализирането ѝ[54]. Очевидно тя е провокирана и от определени политически внушения, тъй като в този период римското общество е в дълбока демографска и нравствена криза. Във висшите съсловия все по-малко се създават трайни бракове и многодетни семейства. Средните и дребни собственици, също и градската и селската беднота, нямат възможност да издържат такива семейства. Но императорите считат и отправят съответните пропагандни послания, че римските граждани, разпръснати на територията на империята, трябва да задържат своето господстващо място сред другите народи. В тази ситуация правото се опитва да интервенира с протекции, забрани, наказания, но като цяло подобна намеса в личните и фамилните отношения рядко е съпътствана с успех. Ав-

[53] Вж. например **Cenerini**, Francesca. La rappresentazione della maternità : alcuni confronti fra carmina e imagines su pietra nella Regio VIII. – In: Ostraka, 19 (2010), p. 117–125 на https://www.torrossa.com/it/resources/an/2510821; **Morelli**, Anna L. Madri di uomini e di dei. La rappresentazione della maternità attraverso la documentazione numismatica di epoca romana. Bologna, 2009.

[54] Вж. обобщено по тези въпроси **Gourevitch**, Danielle. Se marier pour avoir des enfants : le point de vue du médecin. In: Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine. 1990, p. 139–151.

густовото брачно законодателство, както и другите мерки за насърчаване на раждаемостта и издигане на положението на майката в римското общество, въпреки значителната казуистика и коментари, не са особено ефективни. Това е ясно изразено по повод на рестриктивните разпоредби на Августовите закони, които са отменени от император Константин и окончателно целите закони от император Юстиниан.

Не са достатъчни мерките, свързани с освобождаването на брака от строгите формални изисквания на ius civile, зачитането на браковете и на фактическите съжителства от типа на римския конкубинат, практикувани в провинциите, освобождаването на жените от настойничество, установяването на норми относно издръжката след развода, на грижата и привилегиите на бременната жена и пр.[55]

Като продължение на политиката на Август от края на I в. пр. Хр. и началото на I в. сл. Хр. за насърчаване на брачното съжителство и създаването на многобройно потомство, която е актуална и към момента на съставянето на „Атически нощи“, Авъл Гелий цитира една реч на оратора и политик Метел Нумидийски за необходимостта от брака. В нея той приканва римляните да живеят в брак и се аргументира, че трябва да се мисли повече за „трайното благополучие на нашия род, отколкото за краткото неблагополучие на нашия живот“[56].

В този смисъл е известният текст на Модестин, който се приема като определение за римския брак:

D.23.2.1 (Modestinus libro primo regularum) Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

Бракът е съюз между мъжа и жената, обединение за целия живот, общение по божественото и човешкото право[57].

---

[55] Вж. глава I. Definizione e libertà di matrimonio на монографията на **Astolfi**, Riccardo. Il matrimonio nel diritto romano classico, 2e ed., Padova, 2014, p. 3–62 ; **Quadrato**, Renato. „Maris atque feminae coniunctio“: „matrimonium“ e unioni di fatto. – In: Index, 37 (2010), p. 223–252 ; **Lamberti**, Francesca. Convivenze e ‘unioni di fatto’ nell’esperienza romana: l'esempio del concubinato. – In: RIDA, 64 (2017), p. 157 – 176, и цитираната там литература.

[56] Вж. A.Gell., N.A., I. 6. Verba ex oratione Metelli Numidici, quam dixit in censura ad populum, cum eum ad uxores ducendas adhortaretur;…In ea oratione ita scriptum fuit: „Si sine uxore possemus, Quirites, omnes ea molestia careremus; set quoniam ita natura tradidit, ut nec cum illis satis commode, nec sine illis uno modo vivi possit, **saluti perpetuae potius quam brevi voluptati consulendum est**.“

[57] Това е традиционната интерпретация на текста, която се развива от различни позиции в романистиката. Вж. **Андреев**, Михаил. Римско частно право. София: Наука и изкуство, 1975, с. 182. По-подробно вж. в статията ми „Римскоправната концепция за брака според Модестин“. – В: Семейните отношения в променящия се свят. Правни, социологически и икономически отношения. София: Сиби, 2014, с. 11 – 42.

Модестин използва същия израз, употребен и от Улпиан в цитирания по-горе фрагмент (maris atque feminae coniunctio), който е свързан с присъщото на всички живи същества полово общуване на мъжки и женски екземпляри. По отношение на хората coniunctio се интерпретира като „съединение на мъж и жена“. Макар и да има определени биологични и медицински термини, в случая юристът е използвал една адекватна за учебен трактат терминология и в рамките на християнската етика и благоприличие тя е подходяща за началния фрагмент относно брака на Дигестите[58]. В други текстове и той, и други юристи, а и в императорските конституции се използва билогичното понятие за coitus, за да се разграничат хипотезите, в които дори и да няма сексуално общуване между съпрузите, брачната връзка съществува по силата на affectio maritalis и взаимното съгласие на съпрузите[59].

В етимологичен план се счита, че лексемата coniunctio произхожда от древния впряг (ярем) – iugum. В брачните отношения това напомня архаичния ритуал съпрузите да бъдат впрягани заедно, за да се сложи началото на съвместния им живот и да не се разделят. В този смисъл са и разсъжденията на Изидор Севилски, цитирани по-горе, коментирани в етимологическите и други речници и енциклопедии[60]. Терминът означава самия акт на свързване, както и резултатът от обвързването – свързаност, привързаност, връзка, което в брачните отношения има и по-конкретен смисъл[61]. Той е употребяван както за брачните съюзи, така и за създаването на когнатски връзки и родство[62].

---

[58] Самият Модестин, който има специално съчинение в за брака (De ritu nuptiarum), използва термина в по-общ план за брачна обвързаност в D.23.2.42. pr, но в D. 50.17.197 компилаторите на Дигестите му придават значение на regula iuris, т.е. общовалидно правило, необвързано с конкретна казуистика.

[59] В този смисъл са коментарите относно валидността на легати, завещания, дарения между съпрузи и пр. Вж. и D. 24, 1, 32, 13 (Ulpianus libro 33 ad Sabinum)… Non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio. D.35.1.15 (Ulpianus libro 35 ad Sabinum) … Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit. Срв. и D.50.17.30 (Ulpianus libro 36 ad Sabinum) Nuptias non concubitus, sed consensus facit., като текстът е даден като определение, а не във връзка с конкретен казус, макар и да кореспондира с другите фрагменти от Улпиан, но в различни книги от коментара му по цивилното право. Очевидно става въпрос за трайно правило, възприето и по времето на Юстиниан.

[60] **Ernout, Meillet,** cit., v. iugum, iungo. Срв. и **Benveniste**, Emile. Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, I, Torino, 1976, p. 186.

[61] По-подробно вж. **Quadrato**, Renato. “Maris atque feminae coniunctio”: “matrimonium” e unioni di fatto; – In : Index, 38 (2010), p. 223–252. Вж. и **Илиев**, Димитър. За понятието брак и определението на римския юрист Модестин. – *Съвременно право*, 2000, № 3, с. 104–112 ; **Ernout, Meillet**, cit.

[62] Срв. **Илиев**, цит. съч., с. 106. Твърде неточно обаче е обобщението, че в употребата именно на този термин се съдържа идея за сродяване на двете фамилии на съпрузите, тъй като римското когнатство има съвсем друго значение и е свързано с установяване на кръга лица, между които съществува кръвна връзка. Вж. **Galeno**, G. Parentela e affinità (Diritto

Именно майчинството е основанието за отдаване на особена почит и уважение на съпругата, която заема достойно място както във фамилията, така и в обществото[63]. То се явява своеобразен „баланс“ спрямо ролята на pater familias и за отреждане на равнопоставеност на двамата съпрузи и при продължаването на рода, така както е определено от Улпиан според принципите на естественото право в D.1.1.1.3. (цитиран по-горе) и която се съдържа в термина coniunctio, разбиран както в биологичен, така и в социален аспект. Юстиниан в Novella 89 от 539 г. приема, че не трябва да се прави разлика между мъжете и жените, защото природата не я прави, и често има разпоредби, които се отнасят и до двата пола, а ако някъде тя съществува, то не е особено правилна и произтича от законите от миналото.

Подобна концепция е изразена и в две конституции от 531 и 534 г., адресирани до преторианския префект Йоан:

CJ. 6.58.14.pr. Lege duodecim tabularum bene Romano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis et in eorum successionibus nec non libertis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito, cum natura utrumque corpus edidit...[64].

В Закона на Дванадесетте таблици за доброто на римския народ е предвидено, че не трябва да съществува разлика между законните деца от мъжки и женски пол и че това правило трябва да се спазва, както по отношение на тяхното наследяване, така и при наследяването на самите деца (от родителите им), без никаква разлика в наследяването, тъй като природата дава на всички едно и също човешко тяло ....

Romano e vigente). – In: NDI, v. 12, Torino 1965, p. 390–392; **La Rosa**, F. Osservazioni sulla parentà in età arcaica. – In: Studi per G. Nicosia, v. IV., Milano, 2007, p. 327–333 ; **Bonte**, P, **Copet-Rougier**, E. Groupes de parenté et stratégies matrimoniales.– In: Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine. Rome, 1990, p. 253–266.

[63] **Saller**, Op. cit., p. 196; **Thomas**, Op. cit., p. 142 , p.181.

[64] Вж. в същия смисъл и CJ.6.58.15. Imperator Justinianus. Meminimus antea divinam promulgasse constitutionem, per quam ad vestigia legis duodecim tabularum totam progeniem ex legitima subole descendentem sive masculinam sive femininam legitimo iure hereditatem adipisci sanximus, ut, quemadmodum ipsis a legitimis succeditur, ita et ipsae legitimarum personarum amplectantur successionem. Тези констатации обаче не следва да се извеждат извън контекста, който е свързан с наследяването по закон в тази новела. В Novella 118 се съдържа окончателната и същностна реформа на законното наследяване, като при никой от видовете наследяване няма никаква разлика между наследниците, основана на техния пол. Вж. **Biondi**, Biondo. Diritto romano cristiano. Vol. 2, p. 214, както и монографията на **Lambertini**, Renzo. I caratteri della Novella 118 di Giustiniano. Milano, 1977, p. 40.

3.3. *Mater familias и формата на брака*

Според някои автори[65] само бракът, а не майчинството придават статус на съпругата на mater familias, съответно и на matrona. Счита се, че те са синоними на „законна съпруга“ или „омъжена жена“ (съответно на гръцкия термин γυνή γαμετή). Основен аргумент за тази позиция се извежда от цитирания по-горе текст за полемиката между Авъл Гелий и Елий Мелис относно разликата между термините matrona и mater familias. Според Гелий матрона е жената, която има брак със своя съпруг (matrona dictam esse proprie, quae in matrimonium cum viro convenisset) и това няма нищо общо с наличието или не на деца.

Подобно тълкуване на текста обаче не е съвсем точно, защото обяснението на автора е, че тя може да има деца или да е в очакване, но сякаш изключва възможността съпругата да не стане майка. Стерилитетът се е считал за основната болест, но и за проклятието на жената, защото ѝ отнема възможността да е пълноценен човек и да се инкорпорира в обществото. Според римската традиция, въплътена и в правните норми, той се явява основание за развод. Няма сигурни сведения в източниците за това, но предвид на всеобхватността на съпружеската власт (manus) и неограниченото от основания едностранно прекратяване на брака от мъжа (repudium), дори при малки прегрешения или несговорчив характер на жената, вероятно в архаичния период и Ранната Република това е било честа практика и за безпродните съпруги[66]. Ако жената се е стремяла към запазване на своето здраве, но и на социалната си позиция, на семейството си, то тя е трябвало да се реализира като майка.

От цитираните по-горе текстове за безспорно се приема, че статусът на mater familias е на съпруга на pater familias, която е въведена във фамилията чрез соленелния акт на бракосъчетанието, като нейният брак предполага съпружеска власт над нея (matrimonium cum manu) и само тогава съпругата става mater familias. При това съществуват и двете форми на законен брак с manus, осъществен чрез coemptio или confarreatio (към I в. сл. Хр. задължителен само за фамилиите на понтифиците). Това е ясно уточнено в два по-подробни текста от Сервий от коментара му към Енеида на Вергилий[67]:

---

[65] **Salazar Revuelta**. Op.cit., p. 6 s. **Benveniste**, Emile. Il vocabolario delle istituzini indo-europee. (trad. it.). Torino, 1976, T. I, p. 243.

[66] Вж. сведенията у Aul.Gell., N. A., 4.3.2, който споменава развода на Spurius Carvilius, нарича още Ruga, консул през 234 и 228 г. пр. Хр., член на колегията на авгурите. Той, въпреки голямата си обич и привързаност към съпругата, която е имала и благ характер, но била с вродена малформация и не можела да има деца, в 230 г. пр. Хр. бил принуден от цензорите да изпълни брачния си обет и да се разведе. Аргументът за това е бил, че сключването на брак е с цел създаването на поколение и общественият дълг следва да има приоритет пред личните емоции и благополучие.

[67] Сервий (Maurus Servius Honoratus) е римски граматик от IV в. Текстовете от коментара на Сервий към Енеида на Вергилий се цитират по изданието Maurus Servius Honoratus. In Vergilii carmina comentarii. Servii Grammatici qui feruntur in Vergilii carmina

Serv., In Verg. Aen., 11. 476. Matronae nunc feminae. quidam sane arbitrantur inter matronam et matremfamilias hoc interesse, quod matrona dicatur primi pueri mater, materfamilias quae plures peperit. alii hoc putant rectius, matronam dici quae in matrimonium cum viro convenerit et in eo matrimonio manserit, etiam si liberi nondum fuerint: dictam **matris nomine**, spe atque omine, unde et matrimonium dictum. **matrem vero familias eam esse, quae in mariti manu manicipioque,** aut in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam in familiam quoque mariti et sui heredis locum venisset. alii matronas virgines nobiles dicunt, matresfamilias vero illas quae in matrimonium per coemptionem convenerunt: nam per quandam iuris solemnitatem in familiam migrant mariti.

Матрони са жените, за които основателно се твърди, че има разлика между тях и mater familias, защото матрона е тази, която е станала майка на едно дете, а mater familias е родила повече деца. Други пък основателно твърдят, че матрона се нарича тази, която е встъпила в брак и бракът продължава да съществува, дори и още да няма деца: тя се назовава майка, защото се надява да има деца, и затова и бракът се нарича matrimonium. **Mater familias е тази, която е подвластна на съпруга си** или на този, на когото е подвластен нейният съпруг, като тя се включва във фамилията на съпруга си и е в положението на законен наследник. Някои наричат матрони благородните девици (весталките), а mater familias е тази, която е встъпила в брак чрез откупуване (coemptio) и е преминала чрез соленелен правен акт във фамилията на съпруга си.

Serv., In Verg. Aen., 11. 581 … **matres inter matrem et matremfamilias** hoc interest, quod mater est praeter illam significationem quae est ad aliquid, quae tantum convenit in matrimonium; materfamilias vero illa dicitur quae in matrimonium convenit per coemptionem: nam per quandam iuris sollemnitatem in familiam migrat mariti. …

Разликата между **mater и mater familias** се състои в това, че mater, наред с другите значения трябва да се добави и това, че е омъжена, а mater familias се нарича тази, която е встъпила в брак чрез coemptio: чрез соленелен правен акт е преминала във фамилията на съпруга си.

Текстовете на Сервий изразяват типичното разграничаване между понятията за mater, mater familias и matrona, както е направено и по-късно у Изидор Севилски. Но към IV в., когато е създаден този коментар, се приема съществуването на две възможности за статуса на съпругата – подвластна

commentarii; recensuerunt Georgius Thilo et Hermannus Hagen. Georgius Thilo. Leipzig. B. G. Teubner. 1881 в интернет на http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3atext%3a1999.02.0053

във фамилията на съпруга си или на неговия pater familias или неподвластна. Coemptio, интерпретирана при превод често и неточно като „откупуване“, е формален акт, извършван с тържествени (соленелни) изрази и брачна клетва, с който се придобива manus. На неговия характер на съглашение съответства точно изразът за придобиване на съпружеска власт – conventio in manu.

Дискусионен е въпросът доколко бракът придава на mater familias уникален и изключителен статус. В тази връзка се разглежда един текст от компилацията на Павел Дякон от съчиненията на Фест, който се позовава на сведенията у Верий Флак от епохата на Август. В него се твърди, че mater familias е само съпругата, встъпила в соленелен брак със съпружеска власт (conventio in manu). Към този момент все още се предполага, че confarreatio е практикувана само за членовете на фамилиите на понтифиците, докато основният способ за придобиване на съпружеска власт е coemptio[68]:

Fest., De verb. sign., s.v. „materfamiliae“ (LINDSAY, p. 112): **Materfamiliae non ante dicebatur, quam vir eius paterfamiliae dictus esset**; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari. sed nec vidua hoc nomine, nec quae sine filiis est, vocari potest.

Mater familiae не може да се определи като такава, преди съпругът и да е станал pater familiae. И с това име не могат да се назовават повече жени във фамилията, освен една. И нито вдовицата, нито съпругата без деца могат да се наричат така.

Фест обаче акцентира на един друг момент в своето определение: в една фамилия само една жена може да бъде mater familias и това е изключителен статус. Тя е съпругата на pater familias, следователно това не се отнася до снахите на подвластни синове и внуци. Двата статуса са така обвързани, че след смъртта на pater familias вдовицата не може да се назовава повече така, нито да ползва правните възможности, свързани с този статус.

Ако се приеме това виждане, като се има предвид разграничението между двете разновидности на фамилната власт – manus на съпруга и patria potestas на домовладелеца, то положението на съпругата на подвластния син е по-неблагоприятно. Тя, както и другите alieni iuris, е подложена на дисциплинарната власт на pater familias (ius vitae ac necis), ius vendendi и съответните имуществени и лични ограничения. Изглежда обаче зестралният режим е еднакъв и в двете хипотези и това е напълно оправдано, като се има предвид правното значение на зестрата и засилената ѝ защита. Наред с това, per argumentum a fortiori, от утвърждаването на изключителното положение на mater familias само като съпруга на pater familias логично следва извод, че нейното поло-

[68] Секст Помпей Фест (Sextus Pompeius Festus) е римски граматик от II век. Цитирането на Фест е по Sexti Pompei Festi De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome. Thewrewkianis copiis usus edidit Wallace M. Lindsay, Lipsiae, 1913 в интернет на .https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=njp.32101077773990&view=1up&seq=9

жение съвсем не е само социално и религиозно обособено, а зад понятието majestas още в архаичната епоха се разбира определен правен статус.

В I в. сл. Хр. обаче в правните извори се твърди, че съпругата на подвластен син също е mater familias. Така Прокул разглежда казус на осиновяване на внук от pater familias, роден от брака на подвластния му син и съпругата му, която има този статус:

D. 1.7.44 (Proculus libro octavo epistularum) ...Sed si sic adoptavit, ut etiam iure legis nepos suus esset, quasi ex lucio puta filio suo et **ex matre familias** eius natus esset....

...ако едно дете е осиновено според законите да има права на внук, но то е родено от сина и неговата съпруга – mater familias.

Това становище е в синхрон със сведенията и у Авъл Гелий, че в резултат на брака mater familias встъпва във фамилията на съпруга си и остава подвластна било на него, било на неговия pater familias, ако съпругът е подвластен (matrem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset).

От текста на Фест следват и друг извод: вдовицата, дори и да е била mater familias, както и съпругата, която е бездетна, не могат да имат този статус. Така той обвързва статуса с 2 обстоятелства: с наличието на брак с manus, но само за времето, в което той съществува, и само ако той е скрепен със създаването на поколение, т.е. ако съпругата е изпълнила своята естествена и обществена проекреативна мисия.

Може би в тази връзка е породено и съмнението дали жената в брак с manus може да бъде mater familias, преди да е родила, което се тълкува и от Авъл Гелий, и от Изидор Севилски и очевидно е присъствало като проблем в обществото още от края на Републиката насетне. И двамата автори приемат, че периодът между брака и раждането на деца не се тълкува неблагоприятно за жената с оглед на нейния статус, но все пак mater familias е тази, която е дарила съпруга си с повече деца.

Следователно статусът на mater familias като законна съпруга и с действителен и съществуващ брак е пряко свързан с нейното положение във фамилията, което следва да се разгледа по-детайлно.

4. Mater familias и familia

4.1. *Мястото на mater familias във familia*

Както в правните, така и в литературните извори се акцентира на факта, че съществен момент за определянето на статуса на mater familias е нейната обвързаност с фамилията на съпруга. В повечето определения всъщност се споменава не само за наличието на законен брак, а по-скоро за въвеждането

на жената във фамилната общност с основна цел да се осигури нейното нарастване, да се запази фамилното имущество и традиции. От тази гледна точка еволюцията на статуса на mater familias е резултат от промените в римската фамилия, която преминава от голям социален колектив с общо имущество и под ръководството на pater familias към по-ограничен персонален състав със значителна имуществена обособеност на нейните членове, макар и под общото (и често формално) управление на pater familias.

Като резултат от тази еволюция в титул XVI на книга L на Дигестите се съдържа едно обширно определение за термина familia и различните аспекти, в които той има употреба. Да разгледаме последователно становището на Улпиан в коментара му към преторския едикт. Очевидно определянето на терминологията е било от съществено значение, тъй като значителна част от уредбата на личните и фамилни отношения е обвързана именно с понятието за familia и статуса на нейните членове.

Най-общо понятието е определено в §2 на фрагмент 195 в този титул:

D. 50.16.195.2 (Ulpianus libro 46 ad edictum) Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, **matrem familias**, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps

Фамилията се нарича по този начин и има значение като термин в същински смисъл и по общото право, според което тя обединява всички когнати. В същински смисъл на думата фамилията се образува от съвкупността на лицата, които естествено или по силата на правото са под властта на едно лице – така в нея се включват домовладелецът (pater familias), майката (mater familias), подвластните синове и дъщери и тези, които произхождат от тях– внуците и внучките.

В случая е видно поставянето на mater familias наред с pater familias като член на голямото патриархално семейство, но това не бива да се надценява и приема като безспорен аргумент за равнопоставеност в правен смисъл между тях[69]. Акцентира се на когнатството като основа за обединението на членовете на фамилията, т.е. на кръвната връзка, съответно на майчинството и бащинството на тези лица. Самият pater familias, наричан също princeps в смисъл на поставен начело на общността, също се включва във фамилията[70]. Улпиан

[69] Вж. по-горе.

[70] D. 50.16.196. pr. (Ulpianus libro 46 ad edictum) Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. Терминът princeps, образуван от лексемите primus и capio, има както обща употреба в смисъл на първи, първенец, най-добър, поставен начело, глава, ръководител и пр., както е в случая, така и като предводител, повелител, властелин, съответно

обаче разглежда неговия статус по-скоро правно, отколкото във връзка с произхода, тъй като в §1 на същия текст проследява еволюцията на агнатската фамилия, в която се включват и освободените, а в § 3 – и робите. Така тя е определена като общност, създадена по силата на естественото или на цивилното и преторското право под ръководството на pater familias (plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae). Но неговият статус е правно определен и той не зависи от факта на биологичното бащинство, съответно наличието на деца, а от неговото неподвластно положение, което дава възможност и непълнолетно лице да е с този статус, и от властта, определена най-общо като dominium (...quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus).

Не такова е положението на mater familias, ако то може да се изведе от двата фрагмента – D.50.16.195 и 196. След определянето на различните аспекти на употребата на термина familia, в последния параграф на фрагмент 195 Улпиан твърди:

D.50.16.195.5.(Ulpianus libro 46 ad edictum) Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

Но (от друга страна) жената е началото и краят на своята фамилия.

Една от интерпретациите е свързана с разграничаването на позициите на pater familias и mater familias, която дори и когато sui iuris, не може да има подвластни и законни наследници (heredes sui)[71]. Тя не може и да осиновява деца, тъй като не може да има над тях никаква власт[72]. Дори при определянето на произхода на извънбрачните деца според статуса на майката те не са във фамилия, доминирана от нея, а им се назначават настойници. Тези принципи на цивилното право обаче постепенно се модифицират с въвеждането на преторската система на интестатното наследяване с приоритет на когнатството пред агнатството, с предоставянето на привилегията на ius tria liberorum и доразвитието на наследяването по майчина линия със Senatusconsultum Tertulianum и Senatusconsultum Orficianum[73]. Всичко това се отразява в разграничението,

princeps Senati като позиция на ръководителя на римския Сенат и поставен начело в списъка на сенаторите от I в. сл. Хр. постепенно се превръща в синоним на император. Вж. монографията на **Cancelli**, Filippo. Res publica – princeps di Cicerone e altri sagg. Torino, 2017 с обширна библиография по темата.

[71] Повечето автори го тълкуват във връзка с D.50.16.196.1. (Gaius libro 16 ad edictum provinciale) Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur, patris familiam sequuntur.

[72] IGai 1.104. Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent.

[73] Вж. D. 50.16.56.1. (Ulpianus libro 62 ad edictum) "Liberorum" appellatione continentur non tantum qui sunt in potestate, sed omnes qui sui iuris sunt, sive virilis sive feminini sexus

че ако обвързаността на децата с pater familias е предимно на правно ниво, то с mater familias тя е на естествено, природно, но признато от правото ниво.

Ако се приеме, че компилаторите на Дигестите са следвали поредността в коментара на Улпиан към едикта, противопоставителното твърдение относно familia mulieris изглежда логично след твърдението в D.50.16.195.2, че след смъртта на pater familias или еманципирането всички членове на familia стават самостоятелни и придобиват качеството на pater familias[74]. Това обаче се отнася до лицата от мъжки пол, въпреки уговорката в началото на същия фрагмент, че когато се говори за нещо в мъжки род, се разбират и двата пола[75]. Очевидно такава ръководна позиция във фамилията не се отрежда на mater familias, макар и тя също да е става sui iuris – било след смъртта на своя pater familias, ако е била в брак без manus или на съпруга си при брак с manus.

В случая твърдението, че тя има своя фамилия (familia sua) би следвало да се интерпретира в смисъл на имуществена самостоятелност, каквато е преобладаващата ситуация в III в., когато Улпиан пише коментара си, и почти изцяло съществуващата в VI в., когато са съставени Дигестите. От тази позиция се правят изводи от една страна за възможна интерполация, без обаче да има сериозни аргументи за автентичния улпианов текст, а от друга – текстът се интерпретира в смисъл, че макар и да има свое имущество, то с предаването му по наследство обособеността му като familia престава да съществува. В този смисъл familia sua на жената е с временно съществуване по време на нейния самостоятелен живот като persona sui iuris, обезпечава я материално, дава ѝ възможност да остави наследство на децата или роднините си, но не води до правен континуитет или самостоятелност в статуса на наследниците. Би следвало да се обърне мнимание и на факта, че ако в цялостния текст на Улпиан се споменава в рамките на фамилията mater familias, то в този параграф е употребен терминът за жена (mulier), който по-рядко се използва и

---

sunt exve feminini sexus descendentes. Вж. библиография относно наследяването по майчина линия и двата сенатусконкулта в монографията на **Meinhart**, Marianne. Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung fuerdas klassische roemische Erbrecht. Graz, Wien, Koeln, 1967. По-общо за развитието на статуса на mater familias в тази посока вж. **Blanch Nougues**, Juan M. La filiación en el pensamiento jurídico romano: ueritati locum superfore. – In : RGDR 3 (2004), pp. 5 ss. на https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=403355; **Nunez Paz**, Maria I. Progresivo y limitado reconocimiento de la figura materna en el Derecho romano. De la cesión del vientre al ejercicio de la tutela. – In: Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica. Oviedo, 2009, p. 284–285.

[74] D.50.16.195.2.(Ulpianus libro 46 ad edictum)… Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet.

[75] D.50.16.195.pr.(Ulpianus libro 46 ad edictum) Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.

за съпруга. Независимо от съществуването на familia sua тя очевидно няма качеството на mater familias.

Половин век по-рано Гай в коментара си към провинциалния едикт също споменава за familia sua на жената, в този случай тя е наречена с общия термин за жена (femina):

D. 50.16.196.1. (Gaius libro 16 ad edictum provinciale) Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur, patris familiam sequuntur.

Общоизвестно е, че децата на жените не могат да бъдат във фамилията им, защото тези, които се раждат, следват фамилията на бащата.

Твърдението, че децата не се включват в нея, произтича от общото правило за определяне на статуса на децата според този на бащата, но това е валидно при наличието на законен брак[76]. Така определено, правилото не дава отговор на въпроса за извънбрачните деца, но няма текст, че те се включват във фамилията на майката, когато тя е sui iuris. В текста прави впечатление също и употребата само на термините pater и mater, макар и от контекста да става ясно, че децата принадлежат към фамилията на pater familias. Това би могло да се обясни по два начина – както с опит за лексикална краткост, тъй като правилата са общоизвестни (palam est), така и с факта, че коментарът е към провинциалния едикт, т.е. би следвало тези правила да се адаптират и за случаите, когато в правоотношенията участват не само римски граждани, а и латини и перегрини, като за някои случаи нормите на цивилното право въз основа на изрични разпоредби се прилагат по аналогия. Но статусът на pater familias и mater familias е уникален и римските юристи държат на традиционното му възприемане според нормите на цивилното право.

Тези текстове насочват към изследване на мястото на mater familias в римската familia, което само привидно изглежда ясно определено предвид цитираните в предходната част на изложението текстове. Ако трябва да им се направи обобщение, то следва да се разгледат две хипотези:

1. съпругата при matrimonium cum manu, която е подвластна (alieni iuris) на своя съпруг или неговия pater familias или
2. съпругата в matrimonium sine manu, която остава подвластна на своя pater familias или е еманципирана и неподвластна (sui iuris).

Обикновено обясненията за наличието и на двете, при това твърде различни фамилни статуса, и за противоречията в становищата на класическата юриспруденция, се обясняват с темпоралното развитие на статуса на жените.

[76] D. 2.4.5 (Paulus libro quarto ad edictum)...quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.

При преглед на основните съчинения, посветени на mater familias, се очертава една дискусия, която не е напълно приключила и към момента[77].

Antonio Carcaterra приема, че понятието за mater familias като sui iuris се оформя едва в следкласическото и юстиниановото право, като се внасят съответните интерполациии при компилирането на Дигестите. През класическия период тя е само uxor in manu. Един от основните му аргументи е, че у Гай и дори у Сервий Граматик в текстовете от IV и V в. се споменава за confarreatio и usus като практики от миналото, но coemptio е актуален способ за придобиване но съпружеска власт[78]. Наред с това той счита, че понятието за mater familias, обвързано с традициите, назовавани boni mores, благочестиво поведение, са под влияние на християнството и по тази причина са въведени съответните интерполации[79]. Тези възгледи обаче не са споделяни от повечето съвременни романисти, които изследват фамилните отношения в Рим в тяхната еволюция.

От своя страна Witold Wolodkiewicz приема, че преходът на mater familias от persona alieni iuris sub manu mariti към независимия статус на persona sui iuris се осъществява към края на I и началото на II в., с изчезването на conventio in manum, поради което не е нужно да се прави разграничение между uxor и mater familias[80]. Имплицитно Wolodkiewicz приема сякаш, че mater familias е название само на съпругата, която е в рамките на фамилията на своя съпруг, т.е. която е подвластна. Текстовете обаче, в които е употребен терминът, са доста разнородни и в някои от тях съвсем очевидно mater familias не е подвластна.

Според Wolfgang Kunkel преходът на съпругата (uxor) от подвластна към неподвластна в римската фамилия се осъществява през класическия период, разбиран от началото на Принципата насетне и това е отразено в правните[81]. Макар и по-общо и отдавна изразено, това становище сякаш най-много се доближава до съвременните изследвания на отношенията в римската фамилия и по-специално на статуса на mater familias.

---

[77] Вж. становищата на отделните автори у FIORI. Op.cit., p. 455, n.5 и сл. , както и в по-новото изследване на **Salazar Revuelta**. Op.cit., p. 1 ss.

[78] Вж. **Carcaterra**, A. Mater familias. – In: AG, 123 (1940), p.116 ss. Вж. IGai1. 110–115 и Serv. In Verg. Georg., 1, 31 , което според **Fiori**. Op. cit., p. 456, n. 7 не е съвсем точно интерпретирано, както и тълкуването на Куяций относно D. 23, 2, 15; D.45, 1, 121, 1; D. 10, 2, 46. Безспорно обаче Сервий отбелязва: In Verg. Georg., 11, 581: mater familias illa dicitur, quae in manum convenit per coeptionem.

[79] Вж. **Carcaterra**. Op. cit., p. 115; 156 ss., както и Fiori. Op. cit., p. 479, n. 109 – да се има предвид преномериране – номерата от препратките намаляват с 5 .

[80] Вж. W. **Wolodkiewicz**, Attorno al significato della nozione di 'mater familias. – In: Studi C. Sanfilippo, III, Milano, 1983, p. 755 s.,

[81] Вж. **Kunkel**, Wolfgang. Mater familias. – In: RE, XIV.2, Stuttgart, 1930, 2183 s. Вж. становищата на отделните автори у **Fiori**, Roberto. Mater familias. In: BIDR 96-97 (1993–1994), p. 455, n.5 и сл.

Всъщност основното разминаване в позициите на тримата основни автори, разглеждащи тази проблематика, както отбелязва Fiori[82], е относно преминаването на mater familias от категорията на подвластните (alieni iuris) в тази на неподвластните (sui iuris), макар и тя да остава омъжена, т.е. не е обвързана и с фамилията на своя pater familias. При този преход се влага вече съвсем ново съдържание в съществуващата в предходния период опозиция на понятията pater familias – mater familias, тъй като и двамата са с еднакъв статус на sui iuris и в този смисъл са и някои от текстовете в Дигестите. Fiori обаче отбелязва, че никой от цитираните автори не обяснява как се извършва този преход.

Повечето автори, които приемат разграничението между mater familias като съпруга sub manu и uxor sine manu, се позовават на два текста от Цицерон[83] и Квинтилиан [84], предимно във връзка със завещания, но в които ясно се споменава съществуването на два вида брак, съответно и два различни статуса на съпругата.

Текстовете, в които mater familias се включва във familia на своя съпруг чрез conventio in manum, са предимно литературни[85]. Това е обяснимо, предвид на факта, че този статус на съпругата е in desietudine още към края на Републиката и началото на Принципата, отстъпвайки място на matrimonio sine manu, и напълно признат за архаичен към момента на съставянето на Юстиниановата компилация в началото на VI в. В този смисъл вероятно може да се обосноват някои от интерполациите на класическите текстове, доколкото този брак присъства по силата на силния традиционализъм на римската юриспруденция (както напр. са запазени и позоваванията на Закона на Дванадесетте таблици)[86].

---

[82] Вж. **Fiori**. Op. cit., p. 457, който посвещава изследването си основно на този проблем.

[83] Cic., Top. 14: Si ita Fabiae, pecunia legata est a viro, si ei viro materfamilias esset si ea in manum viri non convenerat, nihil debetur. genus enim est uxor; eius duae formae, una matrumfomilias (eae sunt quae in manum convenerunt) altera earum, quae tantummodo uxores habentur. qua in parte cum fuerit Fabia, legatum ei non videtur

[84] Quint., Inst. orat. 5, 10, 62: Cicero genus et speciem, quam eandem formam vocat, a finitione deducit, et iis quae ad aliquid sunt subicit: ut, si is cui argentum omne legatum est petat signatum quoque, utatur genere: at si quis, cum legatum sit ei quae uiro mater familias esset, neget deberi ei quae in manum non convenerit, specie, quoniam duae formae sint matrimoniorum.

[85] Вж. наред с разгледаните текстове на Авъл Гелий, Фест и Изидор Севилски вж. и цитираните у **Fiori**. Op. cit., p. 458 ss. текстове на Ноний Марцел и Боеций. Особено интересен е фрагментът от Боеций (Boet., In Cic. top. 2), в който изрично подчертава, че терминът съпруга (uxor) се използва за омъжените жени като родов, като те могат да бъдат било mater familias, било само uxor (Uxoris species sunt duae,una matrumfamilias, altera usu; sed communi generis nomine uxores vocantur).

[86] Вж. за съществуването на брака без manus **Amunategui Perello**, C. F. Casos de matrimonios sine manu en tiempos arcaicos. – In: RGDR, 10 (2008) на https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406607 и цитираната там литература.

4.2. *Mater familias sui iuris*

Текстовете, в които като mater familias се споменава като неподвластна жена – омъжена или разведена или вдовица, са предимно от правните източници. На първо място се разглежда становището на Улпиан, позицията на mater familias е поставена напълно идентично на тази на pater familias:

D. 1.6.4 (Ulpianus libro primo institutionum) Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam **matres familiarum**, quaedam filiae familiarum. Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: **simili modo matres familiarum**; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate...

Някои от римските граждани са глави на фамилията (patres familiarum), други подвластни синове, или matres familiarum, или подвластни дъщери. Глави на фамилията са тези, които не са подвластни, било те да са пълнолетни или непълнолетни: **по същия начин са и matres familiarum**; а подвластни са синовете и дъщерите, (които) са под чужда власт.

Текстът не е от коментара на Улпиан към преторския едикт, а от неговите Институции, т.е. има дидактично значение, но се предполагат интерполации, особено в израза „simili modo matres familiarum“. Ако се следва логиката на предходното изречение, то както pater familias, така и mater familias могат да не са подвластни, независимо дали са пълнолетни или непълнолетни. Това обаче е свързано от една страна с понятието за potestas, което в частноправните отношения се отнася само за бащината власт[87], но не се считат за подвластни (alieni iuris) лицата под настойничество или попечителство (cura vel tutela). Наред с това следва да се има предвид и една еволюция на статуса на жените, които към началото на III в. могат да бъдат неподвластни, ако са омъжени в брак sine manu и техният pater familias е починал или ако се ползват от привилегията на трите деца (ius tria liberorum). В тази насока жените, съответно и съпругите са значително по-освободени от фамилната власт през VI в. и вероятно в тази връзка се предполага интерполация.

Но като контрааргумент може да се посочи, че самата редакция на текста изглежда напълно в стила на Улпиан. И ако приравняването на статуса на pater familais и mater familias по отношение на пълнолетните не поражда проблеми, то по-трудно може да се обясни статусът на mater familias, която е непълнолетна (impubera), ако се следва пълният паралелизъм в текста. Следва да се има предвид обаче, че значението на възрастта и пълнолетието в Рим са различни като понятия от съвременните. Пълнолетието в Рим не е толкова свързано с психическата и интелектуалната зрялост на лицето, а с физическа-

[87] D . 1.6.3 (Gaius libro primo institutionum) Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus: quod ius proprium civium Romanorum est.

та му възможност да създава поколение и следователно да допринесе, чрез размножаване, за „нарастването“ на civitas[88]. Вероятно Улпиан е търсел паралелизъм на понятията, без да влага необходимото наличие на брачната връзка по отношение на mater familias, а по-скоро е индикирал случая, в който жената става неподвластна и е начело на своя фамилия, дори и да не е омъжена – например разведена или вдовица и неподвластна. Ситуацията изглежда напълно разбираема, като се има предвид, че и непълнолетните, включително под cura и tutela, могат да имат своя фамилия, а паралелното понятие за pater familias не е обвързано непременно с бащинството, а означава определен статус[89].

В същия смисъл е фрагмент от следкласическата компилация Tituli ex corpore Ulpiani, за която се предполага, че е създадена на основата на становищата на Улпиан, съответно с отстранена казуистика и формулирани като regulae[90]:

Tit. ex corpore Ulp. 4. l: Sui iuris sunt familiarum suarum principes, id est pater familiae **itemque mater familiae.**	Неподвластните са начело на своята фамилия, т.е. pater familias както и mater familias.

Повечето автори считат, че това е следкласическа обработка на становището на Улпиан, макар и в началото на III в. да е налице значителна самостоятелност на жените и техният статус sui iuris е по-скоро правило, отколкото изключение[91].

---

[88] За такава изключителна ситуация вж. статиите на **Ruggiero**, A. Il matrimonio della impubere in Roma antica. – In: Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di. Napoli, 92 (1981), p. 63– 71 и Mcginn T. A. J. Child brides at Rome. – In: Iura, 63 (2015), p. 107–155. Вж. по-общо в **Lamberti**, Francesca. Su alcune distinzioni riguardo all'età dell impubere nelle fonti giuridiche romane. – In: Scritti di storia per Mario Pani. Bari, 2011, p. 211–236. Вж. в този смисъл D. 50.16.13. pr. (Ulpianus libro septimo ad edictum) "Mulieris" appellatione etiam virgo viripotens continetur. Срв и D. 32.51. (Paulus libro quatro ad Sabinum) Si filiae familias ita legatum sit "cum in tutelam suam pervenerit", tunc debebitur, cum viripotens facta fuerit.

[89] Вж. в този смисъл D.50.16.195. Ulpianus libro 46 ad edictum)…Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: **denique et pupillum patrem familias appellamus**.

[90] Liber singularis regularum или Tituli XXVIII ex corpore Ulpiani qui vulgo Domitio Ulpiano adhuc tribuuntur е съчинение с дидактичен характер, съставено вероятно по времето на Диоклециан или Константин (между 320 и 342 г. сл. Хр.), като съответните класически текстове от Домиций Улпиан са сведени до прости правила, полезни за изучаването на правото и в практиката. Вж. монографията на **Mercogliano**, F. Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo. Napoli, 1997 с богата библиография. Самото съчинение е на https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/

[91] Вж. основно в **Giunti**, Patrizia. Mores e interpretatio prudentium nella definizione di materfamilias (una qualifica fra conventio in manum e status di sui iuris). – In: Nozione

В подкрепа на тази теза се цитират два други текста, за които няма основания да се предполагат интерполации. Първият е на Яволен, който се позовава на становището на Лабеон и полемизира с Офилий, т.е. разглежда доктрината от Ранния Принципат (I в. сл. Хр.), в която изрично се споменава mater familias, която е определена за наследник в завещанието на своя син[92]. В другия текст, който разгледахме по-горе (D. 50.16.195. 2.) Улпиан определя структурата на фамилията, в което mater familias е поставена наред с pater familias и преди подвластните синове, внуци и внучки.

Струва ми се обаче, че в двата текста споменаването mater familias не е категорично обвързано с безспорно определяне на нейния статус на persona sui iuris. По-скоро той би могъл да се изведе чрез тълкуване на някои конституции, включени в Юстиниановия кодекс. Така може да се предполага, че е налице развитие на самостоятелна стопанска дейност от mater familias в един рескрипт от Каракала от 213 г., в която става въпрос за легат на вино, намиращо се в складове в нейното имение[93].

Макар и да не е изрично указано, но подобен извод може да се направи и от редица други текстове, например:

– за наследяването на майката по силата на ex Senatusconsultus Orphitianus[94];

– предоставянето на завещателна дееспособност[95] ;

– предявяване на искове – actio iniuriarum, actio de dote, actio rei uxoriae[96];

---

formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Mélanges F. Gallo, I, Napoli, 1997, p. 301– 337.

[92] D. 35. 1.40. 2. (Iavolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis) Quidam Titio centum legaverat, deinde infra ita iusserat: "Quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato": mortuo patre familias Titius vixerat et viva matre familias decesserat. Mortua matre heredibus Titii legatum deberi Ofilius respondit, quoniam non sub condicione esset legatum, sed ante legatum pure, deinde dies solvendi adiecta. Videamus, inquit Labeo, ne id falsum sit, quia nihil intersit, utrum ita scribatur: "Quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato" an ita: "Nisi mater mea moritur, ne dato": utrubique enim sub condicione vel datum vel ademptum esse legatum. Labeonis responsum probo.

[93] Вж. CJ. 6. 38. l. 1 . Imperator Antoninus... Vinum vero, quod in apothecis fuit, si ideo illic habuit, ut, cum in praedium venisset **mater familias**, eo uteretur, legato cedere ignorare non debes., Срв. и и CJ. l. 48. l от 316 г., CJ. 6. 61. 5 pr. от 473 г.

[94] Със Senatusconsultum Orfitianum (178 г. сл. Хр.) децата получават предпочитание при наследаване на майка си пред нейните братя, сестри и други агнати. Вж. D. 38.17. 1.pr.–1 (Ulpianus libro 12 ad Sabinum) pr. Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto Orphitiano. 1. Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum **mater familias** sit an filia familias, ut puta quoniam pater eius ab hostibus captus sit: si certum esse coeperit matrem familias esse, liberi admittentur.

[95] D. 1. 7. 25 pr.; D. 32. 34 pr.; D. 35. 2. 86.

[96] D. 47. 10. 1. 3; D. 24. 3. 34; D. 48. 20. 5.1 ; Tit. ex corpore Ulp., 6. 6.

– разграничаването на mater familias като неподвластна (sui iuris) от filia familiae, която е подвластна (alieni iuris)[97] и пр.

От анализа на тези текстове могат да се направи обобщение в няколко насоки.

От края на Републиката, но окончателно в класическия период понятието за mater familias значително се променя, като така се назовава и жената, която е sui iuris. В повечето текстове това понятие е свързано с омъжена жена – било в настоящия или в един минал момент (вдовица или разведена), която има деца – предимно във връзка с наследяването по майчина линия. Новото понятие не отменя старото възприемане на mater familias, която е подвластна по силата на conventio sub manu.

В случая е налице типичната за римската юриспруденция техника за въвеждане на ново съдържание в съществуващи понятия, които се разгръщат и разширяват с оглед на нова социална действителност и нови цели, преследвани от законодателството. Тясното понятие за mater familias не съответства на развитието на индивдиуализма в римското право, както и стремежа за самостоятелно управление на имуществото от страна на жените и все по-рядкото сключване на традиционни бракове със съпружеска власт. Тук може да се добави и въвеждането на общо римско гражданство в началото на III в., което постепенно интегрира жените от различните етноси и народи към римскоправната уредба, при което запазването на рамката на римския законен брак (iustum matrimonium) би оставило извън правна защита значителна част от населението от женски пол. Наред с това стремежът за защита на интересите на децата провокира развитието на уредбата за наследяването по майчина линия, както и упражняването на настойничество и попечителство от майката. Първите стъпки на нейната независимост в имуществен план са залегнали още в архаичния и републикански период с възможността за законен брак sine manu чрез института на usurpatio/ ocupatio trinoctii[98], с въвеждането на привилегията на ius liberorum в Августовото брачно законодателство[99] и постепенното развитие на другите институти, с които положението на жената само в някои аспекти е по-неблагоприятно от това на мъжа.

---

[97] D. 11. 7. 20. 1–2; D. 24. 3. 30 pr.; D. 37. 6. 4; D. 32. 41. 7; D. 35. 1. 40. 2.

[98] IGai 1.111. Вж. основното съчинение на **Wolff**, Hans J. Trinoctium. – In: TR, 16 (1939), p. 165 ss., както и в по-новите изследвания на **Fayer**, Carla. La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Roma, 2005, p. 283 ss. на https://books.google.bg/books/about/La_familia_romana.html?id=FnzxmEeboRQC&redir_esc=y и цитираната там литература.

[99] Вж. най-общо за Августовото брачно законодателство и привилегиите в едно от по-новите изследвания на **Fino**, M. A. La legislazione matrimoniale Augustea. Un'occasione per valutare le potenzialità dell'analisi del diritto condotta nella prospettiva dell'ecologia umana. Valutazioni preliminari a Pierluigi Zannini.Scritti di diritto romano e giusantichistici. Milano, 2018, p. 97–112 с цитираната там библиография.

В този смисъл и Bonfante твърди, че „от зората на историята... жената стои в частния бит и в самия публичен живот на Римкато една благородна, строга и впечатляваща личност... Уважавана от съпруга си, почитана от робите, от клиентите, от децата, тя е украсена с почетни звания на матрона и mater familias“. Той подчертава нейната автономия, която я поставя на значително по-престижна социална и правна позиция от жената в Древна Гърция[100]. В римската фамилия mater familias има централна роля и като domina ръководи домакинството, управлява имуществото, възпитава децата, грижи се за фамилния култ.

Издигането на mater familias на пиедестал е свързано най-вече с нейната прокреативна функция, която е от значение за стабилността и обновяването на държавата (civitas). Плиний дава за пример Тиберий Семпроний Гракх, който предпочита своята смърт, за да даде шанс на съпругата си Корнелия, която може да има още деца, да дари с тях римския народ от нов съпруг[101]. Плутарх разказва за Катон Младши, който се развежда с любимата си съпруга и майка на децата му Марция, за да се омъжи тя за неговия приятел и да му роди деца, тъй като е доказала своята плодовитост[102]. Споменава се и Турия, която предлага на съпруга си развод и брак с друга жена, която да му роди деца, като обещава да се грижи за тях като за свои[103].

---

[100] Вж. становището на **Bonfante**, Pietro. Corso di diritto romano. Vol. I. Diritto di famiglia. Roma, 1925. 3e ed. Milano, 1963, p. 53– 54, цитирано от **Бакари**, М. П., цит. съч., с. 397 и сл., както и другите цитирани от нея съчинения в n. 2.

[101] За Корнелия Гракх вж. Plut., Tib. Gracch. 1,5.; Cic., De divinatione, 1,36, както и DIXON, S., Cornelia, mother of the Gracchi. London, New York, 2007 ; GUARINO, A. Minima de Gracchis. – In: Studi A. Biscardi,. Vol. I, Milano, 1982, p. 53– 67 на http://www.antonioguarino.it/wp-content/uploads/2016/11/Pagine-di-diritto-romano-III-Spunti-di-storia-costituzionale-Minima-de-Gracchis-Il-naso-di-Cornelia.pdf .

[102] За Марция вж. Plin., N. H., 7,122, Plut. Cat. Minor, p. 24–25, както и **Cantarella**, Eva. Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana. Una storia romana di amore coniugale. – In: Seminarios complutenses de derecho romano, 13 (2001), p. 21–35 на http://www.storiadelledonne.it/wp-content/uploads/2008/12/Cantarella2005.pdf ; **Flaceliere**, Robert. Caton d'Utique et les femmes. – In: Mélanges Jacques Heurgon, v. I, Roma, 1976, p. 293–302 на https://www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1976_ant_27_1_1992.

[103] За Турия сведенията са от надгробен надпис (laudatio Turiae-funeberis oratio uxori dedicata) от 8–2 г. пр. Хр.(CIL VI, 1527) , за който се предполага, че е посветен на съпругата на консула Квинт Лукреций Веспил и който възхвалява добродетелите на римската матрона в епохата между Втория триумвират и началото на управлението на император Октавиан Август. Вж. текст и коментар на надписа в **Wistrand**, Eric. The so-called Laudatio Turiae. Introduction, Text, Translation, Commentary. Göteborg, 1976. Вж. и **Lemosse**, Maxime. A propós de la „Laudatio Turiae”. – In: Bulletin of the Institute of Classical Studies at the University of London, 30 (1983), p. 85 ss.; **Peppe**, Leo. Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana. Milano, 1984, p. 70 ss.; **Flachlawrence**, T. The Laudatio Turiae: A Source for Roman Political and Social History. – In : Berkeley Undergraduate Journal

Все с оглед на просперитета на фамилията въпреки много по-значимото място, което римската съпруга заема в обществото, патриархалният морал, религията и правото не ѝ дават възможност да се „разпорежда“ със своето майчинство. Счита се, че макар забраната за аборт да е спомената едва в една конституция на император Каракала от 211 г. сл. Хр, всъщност тя е съществувала още от архаичната епоха. Има достатъчно сведения, за да се предполага, че абортирането без знанието или съгласието на съпруга в архаичната и републиканската епоха се е наказвало от него, било като упражни ius vitae necisque начело на iudicium domesticum, било най-малкото с едностранно прекратяване на брака (repudium) с всички негативни последици от това[104]. Плутарх (Plut., Vita Romuli 22.3). споменава именно аборта чрез приемане на отровна отвара за основание за развод или дори умъртвяване на жената по времето на Ромул. Цицерон при защитата на Клуенции (Cic., pro Cluent. 11.32) привежда пример за осъждането на смърт на жена, направила аборт, уговорена и приела пари от другите наследници на починалия ѝ съпруг. Дори в Хипократовата клетва наред с общото споменаване на всякакви недопустими увреждания, причинявани в хода на лечението от лекаря, изрично се определя и забраната за даване на абортивни средства[105].

По-либералните отношения в тази област са засвидетелствани само сред аристократичния елит към епохата на Принципата, но винаги са обект на осъдително обществено отношение, религиозни санкции и дори специална уредба, създадена от Август, за заздравяване на нравите, увеличаване на раждаемостта и укрепване на фамилията[106]. В християнската епоха забраната за аборта е на религиозно основание, но тя следва утвърдената вековна римска традиция, според която бракът и създаването и отглеждането на поколение са институти на естественото право – liberorum quaerundorum causa.

---

of Classics, 3. 1 (2014) на https://escholarship.org/uc/item/2123r4bs; подробно в монографията на **Osgood**, J. Turia: A Roman Woman's Civil War. Oxford, 2014.

[104] Вж. по-подробно в **Mentxaka**, Rosa. El aborto en el Derecho Romano Clásico. – In: Estudios de Deusto, Vol. 31, 1983, p. 307 ss., **Nardi**, Enzo. Procurato aborto nel mondo greco-romano. Milano, 1971, p. 45 ss.; **Annunziata**, Dario. Il procurato aborto in diritto romano. Brevi cenni a proposito di D. 48.8.8. – In: Legal roots, 7 (2018), p. 131–143 и цитираната там по-нова литература.

[105] В превод на български „... Никога и никому няма да препоръчвам употребата на отрови и ще отказвам да давам на когото и да било подобно нещо. **Също така не ще дам на жена песар за унощожаване на плода**; ще пазя своя живот и своето изкуство винаги чисти и неопетнени от никакво престъпление...“

[106] За августовото брачно законодателство и мерките за насърчаване на раждаемостта, както и санкционирането на изневярата и насилието над жени вж. обобщение на литературата у **Mcginn**, Thomas. A. J. The marriage legislation of Augustus: a study in reception. – In: Legal roots, 2 (2013), p. 7–43.

Въпреки че се счита, че съпрузите споделят обща съдба (consortes omnis vitae) и са равни в общението си според божественото и човешкото право (iuris humani e divini communicatio) , както определя Модестин (D. 23.2.1.), доминирането на pater familias по отношение на потомството е очевидно и в редица правни принципи и правно регламентирани обичаи. След раждането приемането на детето във фамилията[107], което има за основна последица и определянето на произхода му според статуса на бащата, са от основно значение за неговото съществуване[108]. Pater familias още от този начален момент придобива право над живота на новороденото (ius vitae necisque) и това се запазва като неотменен атрибут на бащината власт[109]. Той преценява дали да запази живота на детето, особено ако има някакъв недъг, чудовищен вид или неясен пол[110]. Пак той самостоятелно и въобще без зачитане на волята на mater familias може да реши детето да бъде изоставено или продадено, най-често поради икономическа невъзможност да бъде отгледано в семейството[111]. Тези права могат да бъдат упражнени и в по-късна възраст на детето. Наред с това

---

[107] За ритуалното и правно значение на акта на приемане на новороденото от pater familias– tollere, suscipere liberos вж. **Santoro**, N. Sul "tollere liberos". – In: INDEX, 27 (2000), 273–278; **Capogrossi-Colognesi**, L. Tollere liberos. – In: MEFRA, 102 (1990), p. 107–122 на https://www.persee.fr/docAsPDF/mefr_0223–5102_1990_num_102_1_1662.pdf.

[108] Относно презумпцията за бащинство вж . D. 2, 4, 5; D. 1, 6, 6. Вж. синтезирано в статията на **Lefebvre-Teillard**, Anne. Pater is est quem nuptiae demonstrant: jalons pour une histoire de la presomption de paternite. – In: RHD, 69 (1991), p. 331– 341.

[109] Относно ius vitae necisque като право за разпореждане с живота на подвластните, вкл. и тяхното убийство **Westbrook**, Raymond. Vitae necisque potestas. – In: Historia, 48 (1999), p. 203–223 на https://www.jstor.org/stable/4436540; **Thomas**, Yan. P Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort. – In: Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9–11 novembre 1982) Rome, 1984, p. 499– 548 на https://www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1984_act_79_1_2546

[110] Отношението към новородените, които са определени като monstrum **Allery**, Annie. Les enfants malformes et handicapes a Rome sous le Principat. – In: Pallas. REA, 106 (2004), 73–01 на https://journals.openedition.org/pallas/5691. За недъгавите и нежизнеспособни деца, както и за децата с неопределен пол вж. **Monaco**, Lucia. Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità. – In: Diritti degli altri in Grecia e a Roma. Sankt Augustin, 2011, PP. 396–415; **Tafaro**, Sebastiano. Diritto alla vita e infanticidium. – In: Diritto & storia, 11 (2013) http://www.dirittoestoria.it/11/tradizione/Tafaro-Diritto-vita-infanticidium.htm; **Vallar**, Sandrine. Les hermaphrodites : l'approche de la Rome antique. – In: RIDA, 60 (2013), p. 201–217.

[111] За ius exponendi вж. **Lanfranchi**, F. „Ius exponiendi" e obbligo alimentare nel diritto romano classico". – In: SDHI, 6 (1940), p. 5 ss.; **Lovato**, Andrea. Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico. – In: Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII. Vol.I . Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 239–254 и монографията на **Lorenzi**, Carlo. De iure necandi et vendendi et exponendi liberos. Nel diritto romano tardoimperiale. Napoli, 2018 и цитираната там подробна библиография.

pater familias дава съгласие за осиновяване на подвластен син или дъщеря[112], за брак на подвластна дъщеря, съответно за неговата форма (със или без manus) и за зестрата[113], за постъпването на подвластен син на военна служба[114], за предоставянето на подвластни на фамилно имущество за осъществяване на търговски сделки (peculium, начначаване като exercitor или institor)[115], обезпечаване на дългове[116] и пр.

Въпреки това mater familias има определена позиция в римската фамилия, която определя не само нейното социално, но и правно положение и с което са свързани не само задължения, но и права. Но доколкото то се определя въз основа на много критерии – наличието на брак, съпружеска или бащина власт, раждане на деца, благопристойно поведение, правна самостоятелност и дееспособност, и всеки от тях еволюира във времето, то трудно може да се определи някакъв еднозначен и обобщен статус, който да е свързан с това понятие. Но същото може да се каже и за много други статуси, включително и за pater familias, а също и за еволюцията на институтите на римската фамилия, на дееспособността, брака и пр.

5. Заключение

Няма достатъчно информация за контекста на становището на Улпиан, поставено в началото на това изследване. То обаче може да бъде интерпретирано в няколко насоки във връзка с разгледаните по-горе проблеми относно статуса на mater familias, който може да бъде обобщен така:

1. Жената на първо място се разглежда като майка, създателка на живота, закриляна от религията, морала и обичаите. Обвързана в брак, разведена, вдо-

---

[112] Вж. обощено в **Russo Ruggeri**, Carmela. La datio in adoptionem. I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale. Milano, 1990. ID. La datio in adoptionem. II. Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustinianea. Milano, 1995 и цитираната там библиография.

[113] Съгласието за брак на дъщерята при coemptio вж. в **Bartocci**, Ugo. Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti. Roma, 1999; **Peppe**, Leo. Storie di parole, storie di istituti sul diritto matrimoniale romano arcaico. – In: SDHI, 63 (1997), p. 123– 196; за dictio dotis **Magagna**, M. D. 23. 4. 19: in tema di patti dotali. – In: In memoria di Gianbattista Impallomeni, II, Index, 27 (1999), p. 471– 490.

[114] Вж. **La Rosa**, F. I peculii speciali in diritto romano. Milano, 1953 ; **Longo**, Giuseppe. Sulla capacità patrimoniale e processuale del filius familias fornito di peculio castrense. – In: Annali della Facoltà di giurisprudenza di Macerata, 21 (1957), p. 1– 23.

[115] Вж. монографията на **Longo**, Sara. Filius familias se obligat. Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias. Milano, 2003 и цитираната библиография.

[116] Относно обезпечаване на дългове вж. основно монографията на Lucrezi, Francesco. Senatusconsultum macedonianum. Napoli, 1992 с обширна библиография.

вица, неподвластна, тя има своето място в римското общество и то е правно защитено;

2. Съпругата е в основата на familia – не само в исторически план и като отглас от матриархата, но в биологичен и социален аспект с оглед осигуряване на репродукцията на рода, като пазителка на ценностите, морала, традициите и духовната общност и стопанка на фамилното имущество;

3. Бракът не случайно е наречен matrimonium – той е създаден с оглед бъдещото майчинство на съпругата и признание на ролята на жената в затвореното в рамките на domus фамилно общение. Етимологията и конструирането на термините много точно отразяват социалната практика и мисловни схеми;

4. Не е случайно и разграничаването на позициите на mater familias като пазителка на брачната общност и на pater familias като активен участник в обществения и икономическия живот на civitas, създател и притежател на фамилното имущество, наречено patrimonium. Налице е една особена диалектика на „затваряне“ и вътрешно опазване на интегритета на фамилията от mater familias и „отваряне“, експониране и опериране с имуществото и организиране на членовете на фамилията за действията им в обществото от pater familias. Така двата термина с определено правно значение – matrimonium и patrimonium, отразяват основния модел на римското общество, изградено от фамилии и родове и обединено от философската, етична, политическа и правна концепция за res publica;

5. Въвеждането и използването на понятията за mater familias и matrona с определено правно значение показва от една страна силната обвързаност на правните и етичните норми, но и еволюцията на положението на жената в римското общество и на фамилната власт, отношението към майчинството, съпружеската вярност, общественото достойнство, икономическата самостоятелност и личностното утвърждаване.

Ако се върнем към началото на изложението, то отново трябва да спомена особената трудност за изясняване на действителния смисъл, който е вложил Улпиан в цитираното твърдение. Поставено самостоятелно, твърдението на Улпиан провокира към някои по-свободни интерпретации. Несъмнена е позицията на pater familias начело на фамилната общност, в която протича развитието на поколението и наследяването. На това обаче, и сякаш на същото концептуално ниво, се противопоставя съществуването на familia sua на жената. Ако в случая терминът се възприема не толкова в персонален, колкото в имуществен аспект, то е напълно обяснимо защо се определя нейното ръководно място (caput familiae suae). Самият термин caput, който е с богата семантика, дава възможност за такъв извод[117]. Интерпретацията на целия из-

[117] Всъщност понятието за „caput“ в правото определено се свързва с правния статус, съответно с правоспособността и нейното изменение – capitis deminutio. Вж. изследванията в сборника **Corbino**, A., M. **Humbert**, G. **Negri**. Homo, caput, persona. La costruzione

раз би могла да се обвърже и с някое по-широко значение на лексемата „finis“ като цел или предназначение, а не непременно като край и предел[118] . В този смисъл тълкуването може да е свързано с ролята на жената като пазителка на домашното огнище, на домашния култ, на нейната неизменна роля за съществуването на фамилията и за завършеността на тази общност, обединена именно около фигурата на майката и съпругата.

Няма обаче сериозни основания или обвързаност с други запазени текстове от римската юриспруденция, които да потвърдят едно такова, при това и не съвсем правно, тълкуване. Едва ли и Улпиан, един от най-прецизните в терминологичен и концептуален план юристи, би си позволил подобен полет на мисълта. Едва ли и Юстиниановите юристи са имали предвид някакви други значения на термините „caput“ и „finis“, които в римското право са с ясно правно съдържание. Така че енигмата на текста остава.

Все пак като основен извод в това изследване може да се приеме, че макар и mater familias да не заема място, равностойно на позицията на pater familias в обществото и според правото, то е обособено, в непрекъсната еволюция, по-скромно и ограничено, но не по-малко значимо. И независимо от това каква е формата на нейния брак, как са определени нейните status libertatis, status civitatis и status familiae, то с термина mater familias се означава определено и обособено правно положение.

ЛИТЕРАТУРА

Андреев, Михаил. Римско частно право. София: Наука и изкуство, 1975.

Дворецкий, Иосиф. Латинско-русский словарь. Москва 1980– в електронен вариант на http://linguaeterna.com/vocabula/show.php?n=27228

Дыдынский, Федор М. Латинско-русский словарь к источникам римского права. Варшава, 1896 на https://lawbook.online/pravo-rimskoe/latinsko-russkiy-slovar-istochnikam-rimskogo.html

Илиев, Димитър. За понятието брак и определението на римския юрист Модестин. – Съвременно право, 2000, № 3.

Albanese, B. Capitis deminutio. – In: Studi A. Arena. Vol. I. Padova, 1981.

Allende Correa, Maria E. La mujer romana en la obra de Tito Livio. El exemplum y el ideal

giuridica dell'identita nell'esperienza giuridica romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano. Pavia, 2010 и класическото изследване на **Albanese**, B. Capitis deminutio. – In: Studi A. Arena. Vol. I. Padova, 1981, p. 31–66 с позоваване на по-старата литература. Лексемата на първо място означава глава, лице, човек в анатомичен смисъл, но също и разум, разсъдък, живот, начало, връх, извор, източник, същност, основа, столица, основен капитал, началник, ръководител, предводител, глава или раздел и пр.

[118] Основното значение на лексемата е „предел, граница, рубеж“, както и „ край, изход, смърт“, но също и „цел, назначение, намерение, връх, висша степен, висше благо“. Вж. рубриката fines (finis) – Bove, L. Finis. – In: NDI. Vol. VII, Torino, 1961, p. 369– 370.

femenino en la Antigua Roma. – In: Historias del Orbis Terrarum, 18 (2017), file:///C:/Users/Malina/Downloads/Dialnet-LaMujerRomanaEnLaObraDeTitoLivio–6120179.pdf
Allery, Annie. Les enfants malformes et handicapes a Rome sous le Principat. – In: Pallas. REA, 106 (2004), 73– 101 на https://journals.openedition.org/pallas/5691
Alvarez-Melero, Anthony. (eds.) Clarissima femina. Etudes d'histoire sociale des femmes de l'élite a Rome. Scripta varia. Bruxelles, 2016.
Amunategui Perello, C. F. Casos de matrimonios sine manu en tiempos arcaicos. – In: RGDR, 10 (2008) https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406607
Annunziata, Dario. Il procurato aborto in diritto romano. Brevi cenni a proposito di D. 48.8.8. – In: Legal roots, 7 (2018).
Astolfi, Riccardo. Il matrimonio nel diritto romano classico, 2e ed., Padova, 2014.
Augenti, Domenico. Momenti e immagini della donna romana. Roma, 2007.
Baccari, M. P. Concetti ulpianei per il "diritto di famiglia". Torino, 2000.
Baccari, Maria Pia. Matrimonio e donna.Vol. I. Concetti ulpianei. Torino, 2012.
Barrett, Anthony A. Llivia: first lady of imperial Rome. New Haven, 2002.
Bartocci, Ugo. Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti. Roma, 1999.
Bauman, Richard. Women and Politics in Ancient Rome. New York: Routledge, 1994.
Benveniste, Emile. Il vocabolario delle istituzioni indoeuropei. (trad. it.). Torino, 1976 (2 ed. 1969).
Berger, Adolf. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia, 1953 (2002).
Biondi, Biondo. Diritto romano cristiano. Vol. 2.
Blanch Nougues, Juan M. La filiación en el pensamiento jurídico romano: ueritati locum superfore. – In : RGDR 3 (2004) на https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=403355
Boeels– Janssen, N. Bona dea devoilée. – In: REL, 92(2014).
Bonfante, Pietro. Corso di diritto romano. Vol. I. Diritto di famiglia. Roma, 1925. 3e ed. Milano, 1963.
Bonte, P, **Copet-Rougier**, E. Groupes de parenté et stratégies matrimoniales.– In: Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine. Rome, 1990.
Bove, L. Finis. – In: NDI. Vol. VII, Torino, 1961.
Buonopane, Alfredo, Francesca **Cenerini**. (eds.) Donna e vita cittadina nella documentazione epigrafica. Atti del II Seminario sulla condizione femminile nella documentazione epigrafica. Verona, 25–27 marzo 2004. Faenza, 2005.
Burns, Jasper. Great women of imperial Rome. Mothers and wives of the Caesars. London. New York, 2007.
Cancelli, Filippo. Res publica – princeps di Cicerone e altri sagg. Torino, 2017.
Cantarella, Eva. L' ambiguo malanno. Condizione e imagine della donna nell'antichità greca e romana. Milano, 2013.
Cantarella, Eva. Marriage and Sexuality in Republican Rome: A Roman Conjugal Love Story.– In: The Sleep of Reason: Erotic Experience and Sexual Ethics in Ancient Greece and Rome, Chicago, 2002.
Cantarella, Eva. Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana. Una storia romana di amore coniugale. – In: Seminarios complutenses de derecho romano, 13 (2001), на

http://www.storiadelledonne.it/wp-content/uploads/2008/12/Cantarella2005.pdf
Carcaterra, Ava. Mater familias – In : AG, 123 (1940).
Cascione, Cosimo. Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale. – In: Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del Principato. Relazioni del Convegno internazionale di Diritto Romano, Copanello 4–7 giugno 2008, Milano 2014.
Cascione, Cosimo. Matrone «vocatae in ius» tra antico e tardoantico. – In: Index 40 (2012), на https://unina.academia.edu/CosimoCascione
Cenerini, Francesca. Donne e politica alla luce della documentazione epigrafica. – In: Epigrafia e politica. Contributo della documentazione epigrafica allo studio della dinamiche politiche nel mondo romano, a cura di S. Segenni, M. Bellomo. Milano, 2017.
Cenerini, Francesca. La rappresentazione della maternità : alcuni confronti fra carmina e imagines su pietra nella Regio VIII. – In: Ostraka, 19 (2010) на https://www.torrossa.com/it/resources/an/2510821;
Cenerini, Francesca. La rappresentazione della maternità : alcuni confronti fra carmina e imagines su pietra nella Regio VIII. – In: Ostraka, 19 (2010), p. 117–125 на https://www.torrossa.com/it/resources/an/2510821
Charles-Laforge, Marie-Odile. Patrimoines et heritages des femmes a Rome: l'exemple des princesses Antonines. – In: Arcana imperii. V.1. Mélanges d'histoire economique, sociale et politique offert au professeur Yves Roman. Paris, 2015.
Chrystal, Paul. Women in ancient Rome. Gloucester, 2013.
Colognesi, L. Tollere liberos. – In: MEFRA, 102 (1990), 107–122 на https://www.persee.fr/docAsPDF/mefr_0223–5102_1990_num_102_1_1662.pdf.
Corbino, A., M. **Humbert**, G. **Negri**. Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identita nell'esperienza giuridica romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano. Pavia, 2010.
Cosentini, C. Patrono. – In : NDI, t.XII, Torino, 1965.
Daremberg, Victor, **Saglio**, Edmond. Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines (DAGR), Paris 1873 –1919, t. 3.2.
Della Luna, M. Antiquitus libera matrimonia esse placuit. Profili evolutivi del matrimonio nel diritto romano e nel diritto moderno. – In: A&R, 32 (1987).
Ernout, Alfred, Antoine **Meillet**. Dictionnaire Etymologique De La Langue Latine. Paris, 2001.
Fau, Guy. L' émancipation féminine dans la Rome antique. Paris, 1978.
La Femme. Recueil de la Société Jean Bodin. Vol. XI. Bruxelles, 1959.
Fayer, Carla. La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Roma, 2005 на https://books.google.bg/books/about/La_familia_romana.html?id=FnzxmEeboRQC&redir_esc=y
Feuvrier-Prevotat, Claire. Le concept de la familia pecuniaque dans la Loi des XII tables. – In: La question agraire a Rome: droit romain et societé. Perceptions historiques et historiographiques. Como.
Fino, M. A. La legislazione matrimoniale Augustea. Un'occasione per valutare le potenzialità dell'analisi del diritto condotta nella prospettiva dell'ecologia umana. Valutazioni preliminari a Pierluigi Zannini.Scritti di diritto romano e giusantichistici. Milano, 2018.
Fiori, Roberto. Mater familias. – In: BIDR, 35–36 (1993– 1994).
Flachlawrence, T. The Laudatio Turiae: A Source for Roman Political and Social History. – In : Berkeley Undergraduate Journal of Classics, 3. 1 (2014) на https://escholarship.org/

uc/item/2123r4bs
Flaceliere, Robert. Caton d'Utique et les femmes. – In: Mélanges Jacques Heurgon, v. I, Roma, 1976, на https://www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1976_ant_27_1_1992
Frei-Stolba, Regula, **Bielman**, Anne, **Bianchi**, Oliver. (eds.) Les femmes antiques entre sphere privée et sphere publique. Actes du diplôme d'études avancees, Universites de Lausanne et Neuchatel, 2000–2002. Bern, 2003.
Fuenteseca, Pablo. Maternum patrimonium. (Revision de CTh. 8. 18. 1 y 8. 18. 2). – In: AARC , 9 (1993).
Gaffiot, Felix. Dictionnaire Latin-Français. Paris 1934, 2e ed. 2016.
Galeno, G. Parentela e affinità (Diritto Romano e vigente). – In: NDI, v. 12, Torino 1965.
Gardner, Jane F. Women in Roman Law and Society. Bloomington, 1991.
Gaudemet, Jean. Le satut de la femme dans l'Empire romain. – In: Etudes de droit romain, v. 3. Vie familiale et vie sociale. Napoli, 1979.
Giunti, Patrizia. Mores e interpretatio prudentium nella definizione di materfamilias (una qualifica fra conventio in manum e status di sui iuris). – In: Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Mélanges F. Gallo, I, Napoli, 1997.
Goodwater, Leanna. Women in the Antiquity: an annotated bibliography. Metuchen, 1975.
Gourevitch, Danielle. Se marier pour avoir des enfants : le point de vue du médecin. In: Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine. 1990.
Grubbs, Judith Evans. Women and the Law in the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and Law in the Roman Empire. Routledge, 2002.
Hemelrijk, Emily A. Octavian and the introduction of public statues for women in Rome. – In: Athenaeum, 93 (2005).
Hillner, Julia. A woman's place: imperial women in Late antique Rome. – In: Antiquite tardive, 25 (2017).
Hoebenreich, E., **Kuehne**, V. Las mujeres en Roma antigua. Imagenes y derecho. Lecce, 2009.
Kaser, Max. Das röemische Privatrecht. T. I. München, 1955.
Kunkel, Wolfgang. Mater familias. – In: RE, XIV.2.
Lanfranchi, F. „Ius exponiendi" e obbligo alimentare nel diritto romano classico". – In: SDHI, 6 (1940).
Lamberti, Francesca. Convivenze e 'unioni di fatto' nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato. – In: RIDA, 64 (2017).
Lamberti, Francesca. Su alcune distinzioni riguardo all'età dell impubere nelle fonti giuridiche romane. – In: Scritti di storia per Mario Pani. Bari, 2011.
Lambertini, Renzo. I caratteri della Novella 118 di Giustiniano. Milano, 1977.
Lefebvre-Teillard, Anne. Pater is est quem nuptiae demonstrant: jalons pour une histoire de la presomption de paternite. – In: RHD, 69 (1991).
Lemosse, Maxime. A propós de la „Laudatio Turiae". – In: Bulletin of the Institute of Classical Studies at the University of London, 30 (1983).
Longo, Giuseppe. Sulla capacità patrimoniale e processuale del filius familias fornito di peculio castrense. – In: Annali della Facoltà di giurisprudenza di Macerata, 21 (1957).
Longo, Sara. Filius familias se obligat. Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias. Milano, 2003.

Lorenzi, Carlo. De iure necandi et vendendi et exponendi liberos. Nel diritto romano tardoimperiale. Napoli, 2018.
Lovato, Andrea. Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico. – In: Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV–VIII. Vol. I. Santarcangelo di Romagna, 2014.
Magagna, M. D. 23. 4. 19: in tema di patti dotali. – In: In memoria di Gianbattista Impallomeni, II, Index, 27 (1999).
Mantzilas, Dimitrios. Mater Matuta: An Overview of her Cult – In: Myrema. Mythology-Religion-Magic. 30 Articles and Essays, Ioannina, 2018, 487–540.
Masi Doria, Carla. Civitas operae obsequium: tre studi sulla condizione giuridica dei liberti. Napoli, 1993.
Mastrocinque, Attilio. Bona dea and the cults of roman women. Stuttgart, 2014.
Mastrocinque, Attilio, **Giuffre Scibona**, Concetta. (ed.). Mélanges Guilia Sfameni Gasparro. Demeter, Isis, Vesta and Cybele. Stuttgart, 2012.
Mcginn, Thomas A. J. La familia e i poteri del pater. – In: XII tabulae. Testo e commento, T I, Napoli, , 2018.
Mcginn, Thomas. A. J. The marriage legislation of Augustus: a study in reception. – In: Legal roots, 2 (2013).
Meinhart, Marianne. Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung fuerdas klassische roemische Erbrecht. Graz, Wien, Koeln, 1967.
Melillo, Generoso. La media iurisprudentia e le limitazioni alla legittimazione successoria delle donne. – In: Studi per Giovanni Nicosia,. Vol. V. Milano, 2007.
Mentxaka, Rosa. El aborto en el Derecho Romano Clásico. – In: Estudios de Deusto, Vol. 31, 1983.
Minaud, Gerard. Les vies de 12 femmes d'empereur romain – Devoirs, Intrigues & Voluptés, Paris, 2012.
Monaco, Lucia. Heriditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacita successoria della donna in Roma antica. Napoli, 2000.
Monaco, Lucia. Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità. – In: Diritti degli altri in Grecia e a Roma. Sankt Augustin, 2011.
Morelli, Anna L. Madri di uomini e di dei. La rappresentazione della maternità attraverso la documentazione numismatica di epoca romana. Bologna, 2009.
Nardi, Enzo. Procurato aborto nel mondo greco-romano. Milano, 1971.
Nunez Paz, Maria I. Progresivo y limitado reconocimiento de la figura materna en el Derecho romano. De la cesión del vientre al ejercicio de la tutela. – In: Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica. Oviedo, 2009.
Osgood, J. Turia: A Roman Woman's Civil War. Oxford, 2014.
Oxford Latin Dictionary, Oxford, 1968.
Pandora's Daughters: The Role and Status of Women in Greek and Roman Antiquity. Baltimore, 1987.
Patrick, Laurence. La femme et son rang dans le Code Theodosien. – In: Societé, économie, administration dans le Code Theodosien, Lille, 2012.
Pavon, Pilar. La mujer en la legislacion de Adriano. – In: SDHI, 82 (2016).
Pennacchio, Carmen. Normazione imperiale e patrimoni femminili. – In: Legal roots, 3 (2014).

Peppe, Leo. Civis romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenanza e dell'identita femminili in Roma antica. Lecce, 2016.
Peppe, Leo. Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana. Milano, 1984.
Peppe, Leo. Storie di parole, storie di istituti sul diritto matrimoniale romano arcaico. – In: SDHI, 63 (1997).
Perozzi, Silvio. Istituzioni di diritto romano. T. I, Milano, 1947
Perrot, Michelle, Historia de las mujeres. 1. La Antigüedad, Taurusminor, Madrid, 2000.
Quadrato, Renato. "Maris atque feminae coniunctio": "matrimonium" e unioni di fatto. – In: Index, 37 (2010).
Rodriguez, Lopez, Rosana, **Bravo Bosch**, Mª J. (eds.) Mulier. Algunas historias e instituciones de Derecho Romano. Madrid, 2015.
La Rosa, F. I peculii speciali in diritto romano. Milano, 1953.
La Rosa, F. Osservazioni sulla parentà in età arcaica. – In: Studi per G. Nicosia, v. IV., Milano, 2007.
Ruggiero, A. Il matrimonio della impubere in Roma antica. – In: Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di. Napoli, 92 (1981).
Russo Ruggeri, Carmela. La datio in adoptionem. I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale. Milano, 1990.
Salazar, Revuelta, Maria. Posición jurídica y papel social de la materfamilias a través del análisis de las diferentes acepciones del término en las fuentes romanas – In: RGDR 20 (2013) на https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413526
Saller, Richard P. Pater Familias, Mater Familias, and the Gendered Semantics of the Roman Household.– In: Classical Philology, 94, 2 (1999).
Santoro, N. Sul "tollere liberos". – In: INDEX, 27 (2000).
Schniebs, Alicia. Del Divi Filius al Pater Patriae. La paternalizacion del poder en tres textos latinos.– In: Phaos 2 (2002).
Severy, Beth. Augustus and the family at the birth of the Roman Empire. New York, London, Routledge, 2003.
Stevenson, Tom R. Acceptance of the Title Pater Patriae in 2 BC. – In: Antichthon, 43 (2009).
Tafaro, Sebastiano. Diritto alla vita e infanticidium. – In: Diritto & storia, 11 (2013) http://www.dirittoestoria.it/11/tradizione/Tafaro-Diritto-vita-infanticidium.htm
Thomas, Yan. P Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort. – In: Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9–11 novembre 1982) Rome, 1984, на https://www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1984_act_79_1_2546
De Vaan, Michiel. Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages. Leiden – Boston, 2008.
Vallar, Sandrine. Les hermaphrodites: l'approche de la Rome antique. – In: RIDA, 60 (2013).
Varela, Julia. Mater familias. Modelos clásicos de sociología del género: E Engels y E. Durkhei. – In: Politica y sociedad, 32 (1999) на https://www.researchgate.net/publication/27585804_Mater_familias_Modelos_clasicos_de_sociologia_del_genero_E_Engels_y_E_Durkhei

Westbrook, Raymond. Vitae necisque potestas. – In: Historia, 48 (1999), 203– 223 на https://www.jstor.org/stable/4436540
Wistrand, Eric. The so-called Laudatio Turiae. Introduction, Text, Translation, Commentary. Göteborg, 1976.
Wolff, Hans J. Trinoctium. – In: TR, 16 (1939).
Wolodkiewicz, Witold. Mater familias. – In: Czasopismo prawno-historyczne, 16 (1964).
Wolodkiewicz, Witold. Inttorno al significato della nozione di 'mater familias. – In: Studi C. Sanfilippo, vol. III, Milano, 1983.
Wolodkiewicz, Witold. Mater familias. – In: Czasopismo prawno-historyczne, 16 (1964).

Дадена в Катедра „Теория и история на държавата и правото“ – май 2020 г.
Рецензенти – проф. дюн Екатерина Матеева
доц. д-р Иван Кьосев

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

ПРОБЛЕМИ НА ПРАВНАТА УРЕДБА НА ПУБЛИЧНИТЕ ДЪРЖАВНИ ВЗЕМАНИЯ ЗА ТАКСИ

САШО ПЕНОВ*

Катедра „Административноправни науки“

Резюме: В студията се разглежда правният режим на таксите като публични държавни вземания при действието на Конституцията на Р България от 1991г. Проблеми пред правоприлагането възникват от приети през годините множеството законови и подзаконови нормативни актове уреждащи държавни такси. След задълбочен анализ на действащото законодателство се обоснова нуждата от приемането на нов закон, в който да се очертаят принципите, въз основа на които се установява и определя размера на държавните такси (законоустановеност, пропорционалност, ясно разграничаване на дейностите, за които се събират такси, разходоориентираност и финансова обоснованост, достъпност на услугите). Законът трябва съдържа ясни правила относно делегирането на правомощия на изпълнителната власт при създаването на подзаконови нормативни актове уреждащи конкретни дейности, за които се събират такси, подробна правна уредба на материята за освобождаване от държавни такси или намаляването на размера им, ясен ред за установяването, събирането и възстановяването на таксите. Един нов закон, който да уреди обществените отношения свързани с материята на държавните такси би допринесъл за осигуряване на баланс между публичния и частен интерес при уредбата на таксите и гарантиране на правата на гражданите.

Ключови думи: държавни такси, бюджетни приходи, публични вземания, принцип на правова държава, усъвършенстване на правната уредба.

* Професор по финансово право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

* Professor in Financial Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski”, Ph.D.

PROBLEMS OF THE LEGAL REGULATION OF PUBLIC RECEIVABLES FOR FEES

SASHO PENOV*
Department of Administrative Law Studies

Abstract: The study considers the legal regime of fees as public state receivables under the Constitution of the Republic of Bulgaria from 1991. Problems with law enforcement arise from the numerous laws and regulations governing state fees adopted over the years. After an in-depth analysis of the current legislation, the need for the adoption of a new law to outline the principles on the basis of which the amount of state fees is established and determined (legality, proportionality, clear distinction of the activities for which fees are collected, cost orientation and financial justification, accessibility of services). The law must contain clear rules on the delegation of powers to the Executive in the creation of regulations governing specific activities for which fees are collected, detailed legal framework for the exemption or reduction of state fees, a clear procedure for establishing, collecting and fee reimbursement. A new law regulating social relations to the matter of state fees would contribute to ensuring a balance between the public and private interest in the regulation of fees and guaranteeing the rights of citizens.

Keywords: state fees, budget revenues, public receivables, rule of law principle, improvement of the legal framework.

Нормативна уредба, понятие за такса

Във финансовото право държавните и общински такси се изучават като публично държавно или общинско вземане с финансовоправен произход. Основните законови нормативни актове, които уреждат таксите като публични вземания са чл. 60, ал. 1 от Конституцията, Законът за държавните такси (ЗДТ), Законът за местните данъци и такси (ЗМДТ), Законът за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност (ЗОАРАКСД), Законът за публичните финанси, Данъчноосигурителният процесуален кодекс (ДОПК), Административнопроцесуалният кодекс (АПК), Гражданският процесуален кодекс (ГПК). Държавни такси са установени и в множество различни закони, уреждащи конкретни сфери на обществени отношения.

Понятието за такса се смята за изяснено в българската правна литература и съдебна практика.[1] Таксата има белезите на парично плащане, установено

[1] **Ангелов**, Ангел. Финансово право на НР България. 3. прераб. изд., София: СУ „Климент Охридски“, 1970, с. 238; **Златарев**, Емил и Веселин **Христофоров**. Финансово право на НР България. София: ВИИ К. Маркс, 1983, с. 311; **Кучев**, Страшимир. Финансо-

едностранно от държавата с властническия метод на правно регулиране. В чл. 60, ал. 1 от Конституцията на Република България (Конституцията) е определено задължението на гражданите да заплащат установените със закон такси съобразно техните доходи и имущество. Задължени лица са физически или юридически лица. Такса е длъжен да плати всеки, за когото законодателят е определил финансово задължение за извършени държавни разходи в негова полза – Решение № 13 от 2014 г. по к.д. № 1/2014 г. на Конституционния съд (КС). Задължението да се плати такса е публичноправно, защото е съдържание на публичноправно правоотношение. На него съответства правото на държавата чрез нейните органи на публично вземане от такси. Установяването на основанието и определянето на размера на таксите едностранно от държавата с нормативен акт предопределя техния задължителен характер. За разлика от данъците таксите не са безвъзмездни плащания. Те се дължат за дейност, респ. услуга, предоставяна от органи на изпълнителната власт, на местно самоуправление или техните администрации, от съдебната власт, а приходите от държавни и местни такси постъпват в съответните бюджети. Дейностите, респ. услугите, които предоставят държавните органи са им възложени с нормативния акт, който урежда статута, правомощията и дейността им. Чрез таксите се покриват част от разходите, които държавните органи правят за дейностите и услугите, които предоставят на физическите и юридическите лица. Задължението да се плати таксата се поражда по волята на гражданина, когато желае да се ползва от дадена дейност или услуга, но в някои случаи ползването на услугата е задължително според установен с нормативен акт административноправен режим.

Въз основа на правната уредба и бюджета, в който постъпват, се разграничават такси – публични държавни вземания (държавни такси) и такси – публични общински вземания (местни такси). Докато държавните такси се заплащат за множество услуги и действия, уредени в различни нормативни актове, то видовете местни такси са изброени изчерпателно в чл. 6 ЗМДТ.

Според чл. 162, ал. 2, т. 3 ДОПК публични са държавните и общински вземания за държавни и общински такси, установени по основание със закон. Според чл. 162, ал. 2, т. 2 ДОПК публични са държавните и общински вземания за други вноски, установени по основание и размер със закон. В решение № 10 от 2003 г. по к.д. № 12 от 2003 г. на КС, при действието на Данъчния процесуален кодекс (отм., ДВ, бр. 105 от 2005 г.), се приема, че таксите, определени по основание със закон, но чийто размер не е определен със закон са частни държавни вземания, а само определените по основание и размер със закон такси са публични държавни вземания. При действащата редакция на ДОПК това разбиране не е актуално. Всички такси, установени с нормативен

во право. София: ЛиСтра, 2004, с. 175; **Стоянов**, Иван. Финансово право. София: Фенея, 2010, с. 319.

акт, които са вземания на държавата или общините, са публични вземания. Можем да квалифицираме таксите, определени по основание и размер със закон като публични държавни или общински вземания по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 2 ДОПК, а таксите, установени по основание със закон и по размер с подзаконов нормативен акт като публични държавни и общински вземания по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 3 ДОПК.

Публичните вземания от такси са вид бюджетен приход с постоянен характер. Те са от категорията неданъчни приходи в държавния бюджет, в бюджетите на отделни ведомства, на съдебната власт или други неданъчни приходи в общинските бюджети. Според чл. 16, ал. 1 от Закона за публичните финанси (ЗПФ) данъчноосигурителните и неданъчните приходи се набират от физически и юридически лица въз основа съответно на закон или на друг нормативен акт, административен акт или договор. В чл. 121, ал. 1 ЗПФ е уреден принцип за разпределение на приходите от такси според съдържанието на правната им уредба – когато в закон или в акт на Министерския съвет не е изрично посочено по кой бюджет се внасят приходните такси или е посочено, че те се внасят в приход на държавния бюджет, тези приходи постъпват по бюджета на съответната бюджетна организация. Таксите постъпват в приход на държавния или общинския бюджети в широкия смисъл на думата, тъй като услугите се предоставят от държавни и общински органи, от учреждения и организации, които се финансират от бюджета и от органите на съдебната власт. Приходите от съдебни такси постъпват в самостоятелния бюджет на съдебната власт, който е в структурата на държавния бюджет (чл. 362, ал. 2 от Закона за съдебната власт). На основание чл. 141, ал. 2 и ал. 4 от Конституцията Общинският съвет определя размера на местните такси като постоянен финансов източник на общината по ред, установен със закон. В чл. 45, ал. 1, т. 1, б. „б“ ЗПФ е предвидено, че общинският бюджет включва приходи от такси при условия и по ред, установени със закон, а ЗМДТ предвижда в чл. 9а, ал. 2 приходите от местни такси да постъпват в бюджета на общината, но Общинският съвет с решение може да се определи, кои местни такси и в какъв размер се събират от концесионер, на когото е възложено предоставяне на услугите.

В Единната бюджетна класификация за 2020 г. приходите от такси се групират на приходи от общински такси по видове, приходи от държавни такси, като последните, от своя страна, са разграничени на приходи от такси за административни и други услуги и дейност или приходи от такси и лицензии с данъчен характер, т.е. публични вземания, установени по основание и размер със закон по чл. 162, ал. 2, т. 2 ДОПК и приходи от съдебни такси. По изключение таксите могат да постъпват в бюджета на предприятие, на което са възложени за изпълнение държавни функции, когато услугата или дейността

е възложена за извършване на него и таксата подпомага издръжката му, напр. Държавно предприятие „Пристанищна инфраструктура“.

В допълнителните разпоредби на Закона за администрацията са определени понятията за административно обслужване, административни услуги, обществени услуги, организация, предоставяща обществени услуги. В Закона за електронното управление в § 1, т. 11 от Допълнителните разпоредби е посочено, кои са лицата, осъществяващи публични функции – „лица, осъществяващи публични функции“ са нотариусите, частните съдебни изпълнители, държавните и общинските учебни заведения, държавните и общинските лечебни заведения, възложителите по чл. 5, ал. 2 – 4 от Закона за обществените поръчки, които не са административни органи или организации, предоставящи обществени услуги и други лица и организации, чрез които държавата упражнява своите функции и на които това е възложено със закон“.

Не всички такси, събирани от лица, осъществяващи публични функции са публични държавни вземания. Според Закона за висшето образование на основание чл. 9, ал. 3, т. 7 и чл. 95, ал. 2 Министерският съвет утвърждава ежегодно до 30 април по предложение на министъра на образованието и науката въз основа на предложенията на държавните висши училища и научните организации по чл. 47, ал. 1 размера на таксите за кандидатстване и за обучение на студенти и докторанти в тях, с изключение на случаите на обучение срещу заплащане при условията на закона. Министерският съвет приема решение, с което определя таксите. Държавните висши училища са бюджетни предприятия (§ 1, т. 1 от Допълнителните разпоредби на Закона за счетоводството) с бюджетни взаимоотношения с държавния бюджет по смисъла на § 1, т. 4 от Допълнителните разпоредби на Закона за публичните финанси и лица, осъществяващи публични функции, които предоставят обществени образователни услуги, но според чл. 42, ал. 2 във връзка с чл. 13, ал. 3 ЗПФ техните бюджети са самостоятелни и не се включват в държавния бюджет.

Не са публични държавни и общински вземания таксите, които макар и да са установени по основание със закон и по размер с акт на Министерския съвет не са вземания на държавата или общините, а вземания на други лица, упражняващи публични функции, напр. нотариуси или частни съдебни изпълнители. На основание чл. 78, ал. 2 от Закона за частните съдебни изпълнители е приета с постановление на Министерския съвет Тарифа за таксите и разноските към Закона за частните съдебни изпълнители. На основание чл. 85, ал. 3 от Закона за нотариусите и нотариалната дейност е приета с постановление на Министерския съвет Тарифа за нотариалните такси към Закона за нотариусите и нотариалната дейност. Според Решение № 14783 от 2010 г. по адм.д. № 9492 от 2009 г. на ВАС понятието „нотариална такса“, като възнаграждение, което се заплаща на нотариус за извършената услуга, легално е дефинирано в § 1 от допълнителните разпоредби на Закона за нотариусите и

нотариалната дейност, а държавата си е запазила правото да определи фиксирана стойност на размера на възнаграждението с оглед публичния характер на предоставяната услуга. Текстът на чл. 60, ал. 1 от Конституцията урежда задължение на гражданите да заплащат установените в държавата публични вземания, каквито нотариалните такси не са. Не са публични вземания и често наричаните „такси“ плащания за услуги, предоставяни от частноправни субекти във връзка с търговската им дейност.

Ред за установяване на такси с нормативен акт

За всички такси, които са публични вземания е приложим принципът на законоустановеност. Той е подчертан в практиката на Конституционния съд по прилагането на чл. 60, ал. 1 от Конституцията (Решение № 10 от 2003 г. по к.д. № 12 от 2003 г.). При преценката на конституционосъобразността на чл. 1, ал. 1 ЗДТ, чрез разграничаването на понятията „установява“ и „определя“ употребени в чл. 60, ал. 1, респективно в чл. 84, т. 3 от Конституцията, се стига до разбирането, че само със закон, а не с друг нормативен акт може да се установи такса. Установяване или въвеждането на такса означава в закон да се определи от кого, за какво и на кого следва да се плаща таксата. Принципът на законоустановеност на таксите се прилага за основанието за таксата, а не и за нейния размер, защото чл. 84, т. 3 от Конституцията не изисква Народното събрание да определя размера и на таксите, а само на данъците. В закона, който въвежда таксата, са определени видовете дейности или услугите, за които се дължи такса, а определянето на размера ѝ може да е в подзаконов нормативен акт. В действащата правна уредба конкретните дейности или услуги поради многообразието им и размерите на таксите им се изброяват за държавните такси в Тарифа, приета с постановление на Министерския съвет. С наредба, приета от Общинския съвет се определят размерите на местните такси. Тези актове са подзаконови нормативни актове, приети въз основа на изрична законова делегация. Конституционният съд в посочено решение и Решение № 11 от 2003 г. по к.д. № 9 от 2003 г. приема, че чл. 84, т. 3 от Конституцията постановява, че само размерът на данъците се определя от Народното събрание, но няма никаква пречка да се определя със закон и размерът на таксите, които са публични държавни и общински вземания. Изводът е, че основанието за събиране на таксата трябва да се съдържа в закона, който я въвежда, а нейният размер може да е определен или в същия закон или в подзаконовия нормативен акт по прилагането му.

При прегледа на законодателството, уреждащо материята на таксите, се наблюдава различен ред за установяване на таксите.

Според чл. 1, ал. 1 ЗДТ държавните такси се събират от органите на съдебната власт, от другите държавни органи и бюджетни организации в раз-

мери, определени с тарифи, одобрени от Министерския съвет, и постъпват в държавния бюджет, освен ако със закон е предвидено друго. Въз основа на тази разпоредба или въз основа на норми от различни закони се предвижда, че размерите на установените в тях такси се определят от Министерския съвет. С постановление на Министерския съвет са приети множество Тарифи на основание чл. 1, ал. 1 ЗДТ. За някои от Тарифите съществуват и подзаконови актове по прилагането им, напр. Инструкция № 18 от 14 октомври 1992 г. относно прилагането на Тарифа № 1 към Закона за държавните такси за таксите, събирани от съдилищата и от Министерството на правосъдието, Наредба № 21 от 21 май 1993 г. за прилагане на Тарифа № 12 за таксите, които се събират в системата на Министерството на финансите по Закона за държавните такси. Такси са въведени също и на самостоятелно основание с различни закони, несвързани със Закона за държавните такси и са приети тарифи за размера им.

ЗДТ не се прилага според § 2 от преходните му разпоредби за таксите, събирани от митниците, банките, пощите, телеграфите и телефоните и държавните предприятия, както и таксите, събирани по Закона за опазване на околната среда, Закона за железопътния транспорт, Закона за пътищата, Закона за безопасно използване на ядрената енергия, Закона за управление на отпадъците, Закона за морските пространства, вътрешните водни пътища и пристанищата на Република България и Закона за защитените територии, а размерът на таксите, събирани от държавните предприятия, се определя по тарифи, утвърдени от Министерския съвет. Търговските дружества, осъществяващи банкови, пощенски, телеграфни и телефонни услуги не събират държавни такси публични вземания за предоставяните от тях услуги. За таксите, събирани в посочените като изключени от обхвата на ЗДТ нормативни актове, Министерският съвет също с постановления е приел различни тарифи, като някои са издадени и въз основа и на норми от други закони. Например, Тарифа за таксите, които се събират в системата на Министерството на околната среда и водите, която е приета на основание чл. 72 и чл. 141 от Закона за опазване на околната среда, чл. 31, ал. 19 от Закона за биологичното разнообразие, чл. 23, ал. 3 от Закона за почвите, чл. 50, ал. 2, чл. 102г, ал. 3 и чл. 180, ал. 3 от Закона за водите, чл. 90 от Закона за управление на отпадъците, чл. 57, ал. 6 от Закона за лечебните растения, чл. 28, чл. 41 и чл. 58 от Закона за генетично модифицирани организми и чл. 8, параграф 8 от Регламент (ЕС) № 649/2012 г. на Европейския парламент и на Съвета от 4 юли 2012 г. относно износа и вноса на опасни химикали (ОВ, L 201, 27.07.2012 г.).

Със закон са установени и основанието и размерът на таксите по чл. 27, ал. 6 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове и по чл. 227а, чл. 235а, чл. 242а АПК и чл. 161, ал. 4 ДОПК, който препраща към АПК. Със закон и приложение към него са определени таксите, събирани от Комисията за финансов надзор. В Закона

за хазарта пък са предвидени два вида такси – такива, установени с Тарифата за таксите, които се събират по Закона за хазарта, приета на основание чл. 30, ал. 1 от закона и такси за поддържане на лиценз по чл. 30, ал. 3 и ал. 4. В чл. 62, ал. 1 от Закона за пощенските услуги е уредено задължението на пощенските оператори да заплащат лицензионни такси (първоначални, годишна такса за контрол, за изменение, допълнение или прехвърляне на индивидуалната лицензия) в размери и по начин, посочени в условията на индивидуалните лицензии. Според Решение № 10 от 2003 г. по к.д. № 12 от 2003 г. на КС Народното събрание определя със закон и размера на таксите, които не са свързани с насрещни услуги и не зависят от волята на гражданина да поиска услугата срещу заплащане на таксата, а имат характер на публично задължение към държавата или общината. От посочените примери се установява, че това разбиране не се следва стриктно при уредбата със закон на основанието и размерите на таксите.

За установяването на местните такси в Решение № 9 от 1996 г. по к.д. № 9 от 1996 г. Конституционният съд във връзка с прилагането на чл. 60, ал.1, чл. 84, т. 3 и чл. 141 от Конституцията приема, че няма конституционна забрана законодателят да определя такси и да предоставя събирането им от органи на местното самоуправление, когато последните извършват съответните услуги. В решение № 9 от 2000 г. по к.д. № 6 от 2000 г. също се прави изводът, че установяването на собствените постоянни финансови източници на общинските бюджети, каквито са местните данъци и такси може да става само със закон. В чл. 9 ЗМДТ е делегирано правомощието на Общинските съвети да приемат с решение наредби за определянето и администрирането на местните такси и цени на услуги, напр. Наредба за определяне и администриране на местни такси и цени на услуги, предоставяни от Столична община. И в тази материя се следва подходът на законов акт, който въвежда основанието за таксата и подзаконов акт (наредба), с който се определят размерите на таксите, но видовете местни такси са установени в закона.

Различният нормотворчески подход за определяне на основанието и размера на таксите – закон или закон и подзаконов нормативен акт – води до разнородност и усложнения в правната им уредба, които затрудняват правоприлагането и налагат тълкувателни решения на Върховните съдилища – Тълкувателно решение № 3 от 2017 г. по тълк.д. № 5 от 2016 г. на ВАС, Тълкувателно решение № 7 от 2015 г. по тълк.д № 7 от 2014 г. на ВКС, Тълкувателно решение № 5 от 12.07.2018 г. по тълк.д. № 5 от 2015 г. на ВКС. Закони, установяващи такси, са били предмет на преценка за конституционосъобразност от Конституционния съд. Принципът на правовата държава, установен в чл. 4, ал. 1 от Конституцията изисква правната уредба да бъде ясна, вътрешно свързана и безпротиворечива, за да регулира безпроблемно обществените отношения, както и наличието на ред и правила при упраж-

няването на властта, а законодателят да бъде последователен и предвидим. Конституционният съд в Решение № 4 от 2013 г. по к.д. № 11 от 2013 г. и в Решение №13 от 2014 г. по к.д № 1 от 2014 г. е приел, че само когато отделните дейности по предоставянето на една услуга са ясно разграничени една от друга и обособени, е допустимо определянето на няколко отделни такси за всяка една от обособените части. Законодателят определя вида на таксите и принципите, по които се определя размерът им от съответните държавни и общински органи едностранно с властнически актове. От същността на таксите се налага изводът, че те следва да се определят от законодателя при ясни правила и по начин юридическите лица и гражданите да не бъдат излишно и неоснователно обременявани с нови финансови задължения. Не могат да се установяват такси за услуги и дейности, които не притежават качеството на такива и да се дава възможност в бъдеще и към други, установени в закон, да се добавят и „административни услуги“. Правната регламентация, която урежда въвеждането на данъци и такси, зависи от волята на законодателя. Това изисква точно определяне на съдържанието на оказаната услуга или извършването на дейност в полза на платеца. Необходимостта от плащането на такса трябва да е обоснована, обективна и очевидна. Определянето на таксите изисква прозрачност на процедурата, защото несигурността от въвеждането на допълнителни, немотивирани увеличения на допълнителните разходи вредят и представляват финансова тежест за бизнеса в регулираните сектори на националната икономика, а това е в ущърб на гражданския интерес. Формалното спазване на конституционните изисквания е недостатъчно, когато със закон се въвеждат допълнителни финансови задължения за гражданите при нарушаване същността на тези задължения, с което се нарушава чл. 4, ал. 1 от Конституцията.

Основният нормотворчески подход, следващ определяне на основанието за държавна такса със закон, а в подзаконовия нормативен акт да се определят конкретно дейностите, услугите, документи и размерът на таксите, позволява с подзаконовия нормативен акт често и необосновано да се разширява или стеснява обхватът на дейностите и услугите, за които се дължи такса или да се променя размерът на таксата. Например, Тарифа № 1 към ЗДТ за таксите, събирани от съдилищата и от Министерството на правосъдието след обнародването ѝ в Държавен вестник, бр. 71 от 1 септември 1992 г. е изменяна, допълвана и поправяна тридесет и два пъти, а измененията в размера на таксите са били предмет на Решение № 295 от 16.01.2004 г. по адм.д. № 7738/2003 г. на ВАС. Въпреки действащите разпоредби на чл. 227а АПК, чл. 235а АПК, чл. 242а АПК, чл. 161, ал. 4 ДОПК не са отменени т. 2б, б „в“ и т. 12 от Тарифа № 1 към ЗДТ за таксите, събирани от съдилищата, прокуратурата, следствените служби и от Министерството на правосъдието, които предвиждат, че за касационните жалби и при обжалване пред по-горен съд и по молби за

отмяна, такси се събират в половин размер, но при противоречие между закон и подзаконов нормативен акт се прилага по-високият по степен акт според чл. 15, ал. 3 от Закона за нормативните актове (ЗНА). Честите промени на правната уредба на материя, уреждаща публични парични вземания не са в строго съответствие с чл. 60, ал. 1 и чл. 4, ал. 1 от Конституцията. Това налага осигуряването и гарантирането на контрол върху актовете, с който се определят дейностите и размерът на дължимите за тях такси.

Различната йерархична структура на правната уредба на таксите обуславя и различен ред за оспорване на акта, с който се установяват и определят таксите.

Според чл. 125, ал. 2 от Конституцията на Република България, Върховният административен съд (ВАС) е компетентен по спорове за законността на актовете на Министерския съвет и на министрите, както и на други актове, посочени в закона. Актове, с които се установяват видове дейности и услуги и размерът на дължимите такси имат нормативен характер, с тях се създават задължения за неограничен кръг правни субекти, а също така и права по освобождаване от такси и по възстановяването им. Те не са общи административни актове. Подзаконовите нормативни актове се оспорват по реда на „Дял трети“, глава X, раздел III АПК пред ВАС. Тези актове могат да бъдат оспорени без ограничение във времето. Съгласно чл. 187, ал. 1 АПК подзаконовият нормативен акт може да се оспори от гражданите, организациите и органите, чиито права, свободи или законни интереси са засегнати или могат да бъдат засегнати от него или за които той поражда задължения. В този смисъл всеки правен субект, който атакува пред съда подзаконов административен акт, следва да обоснове засягане на определено право, свобода или законен интерес или възложеното му задължение. За физическите лица правният интерес се обуславя от възможността за настоящо или бъдещо ползване на дейността или услугата, за които е установено задължението за заплащане на такса, а за юридическите лица правният интерес се преценява и с оглед на целите и предмета на дейност на юридическото лице. Прокурорът може да подаде протест срещу акта.

При оспорването на акта съдът служебно преценява основанията за отмяна по чл. 146, т. 1–5 АПК и обикновено се обсъждат спазването на Закона за нормативните актове при приемането му, противоречието на разпоредби от акта с нормите на чл. 60, ал. 1 от Конституцията, на чл. 2 ЗДТ или с целта на закона, въз основа на който се събира таксата, или ограничаването на правото на защита или достъпа до правосъдие, гарантирани съответно с чл. 56 и чл. 120, ал. 2 от Конституцията относно размера на съдебните такси**.** Например, Решение № 4004 от 2008 г. по адм.д. № 12621 от 2007 г. на ВАС относно Тарифата за таксите, събирани от Държавната комисия по стоковите борси и тържищата, Решение № 14783 от 2010 г. по адм.д. № 9492 от 2009 г.

на ВАС относно Тарифата за нотариалните такси към Закона за нотариусите и нотариалната дейност, Решение № 10993 от 2013 г. по адм.д. № 3327от 2012 г. на ВАС относно Тарифата за таксите, които се събират от Държавната комисия за енергийно регулиране по Закона за енергетиката, Решение № 13857 от 20120 г. по адм.д. 8688 от 2012 г. и Решение № 2116 от 2014 г. по адм.д. № 9476 от 2012 г. на ВАС относно Тарифата за държавните такси, които се събират от съдилищата по Гражданския процесуален кодекс, Решение № 7842 от 2015 г. по адм.д. № 9748 от 2014 г. на ВАС относно Тарифа за таксите, които се събират в производствата по глава единадесета от Закона за обществените поръчки пред Комисията за защита на конкуренцията и Върховния административен съд, Решение № 6062 от 2017 г. по адм. дело № 12280 от 2016 г., петчленен състав на ВАС и Решение № 8892 от 2016 г. по адм. дело № 14071 от 2015 г. относно Постановление на Министерския съвет № 317 от 17.11.2015 г. за изменение на Тарифата за таксите, които се събират от Агенция „Пътна инфраструктура“, Решение № 11594 от 2017 г. по адм.д. № 12410/2016 г. на ВАС относно чл. 2, ал. 1 от Тарифата за държавните такси, събирани от Агенция по вписванията, Решение № 3173 от 2018 г. по адм. дело № 5722 от 2017 г. относно Тарифата за таксите, които се събират от Държавната комисия за енергийно и водно регулиране по Закона за енергетиката.

Водеща при определяне на предмета на съдебен контрол е волята на оспорващия относно това дали се оспорва постановлението, с което се приема подзаконовият нормативен акт или съдържанието на подзаконовия нормативен акт. Съдебната практика е различна. В едни случаи, когато е оспорвано постановлението на Министерския съвет, то е отменяно изцяло като издадено в противоречие с материалноправни разпоредби и при допуснато съществено нарушение на административнопроизводствените правила (Решение № 7842 от 2015 г. по адм.д. № 9748 от 2014 г. на ВАС). В други случаи, когато се оспорват норми от Тарифа се приема, че се оспорва подзаконовият нормативен акт – тарифа, респ. наредба, уреждащ таксите, а не постановлението на Министерския съвет, с което са приети, защото поставлението не е нормативен акт (Решение № 2401 от 2018 г. по адм.д. 13032 от 2017 г. на ВАС). В Решение № 10187 от 2018 г. по адм.д. № 11057 на 2017 г. на ВАС при изследване на компетентността на Министерския съвет във връзка с оспорване в цялост на Тарифата за таксите за социални услуги, финансирани от държавния бюджет, според съдебния състав Министерският съвет е излязъл извън обхвата на нормотворческата си компетентност, делегирана му с чл. 17, ал. 2 от Закона за социалното подпомагане. Установява се липса на законова делегация по отношение на Министерския съвет да определи с оспорената Тарифа лицата, които да заплащат такси, редът за събирането им, основанията за освобождаване от такси, както и да въвежда легални дефиниции във връзка с предмета на законовата делегация за първи път. Въз основа на императивния характер

на нормите, които делегират нормотворческа компетентност и невъзможността същите да бъдат подлагани на разширително тълкуване, се обявяват за нищожни част от разпоредбите на тази тарифа.

При оспорването на подзаконовите нормативни актове (наредбите) на Общинските съвети, издадени на основание чл. 9 ЗМДТ, компетентен първоинстанционнен съд е съответният административен съд, чийто решения подлежат на касационно обжалване. Много съдебни производства за съответствие на наредбите на Общинските съвети, с които се определят размерите на местните такси са по протести на прокуратурата за отмяна на незаконосъобразни актове. Най-често се обсъждат спазването на процесуалните правила при приемането акта и съответствието му с нормите на Закона за местните данъци и такси. Например, Решение № 4261 от 2015 г. по адм.д. № 9749 от 2014 г. на ВАС, Решение № 9211 от 2019 г. по адм.д. № 1163 от 2019 г. на ВАС, Решение № 10169 от 2019 г. по адм.д. № 14388 от 2018 г. на ВАС, Решение № 17699 от 2019 г. адм.д. № 788 от 2018 г. на ВАС.

За установяването на противоконституционност на закони, с които се установяват такси на основание чл. 149, ал. 1, т. 2 от Конституцията, е компетентен Конституционният съд. Например, Решение № 3 от 2008 г. по к.д. № 3 от 2008 г. относно чл. 84, т. 1 ГПК, Решение № 10 от 2003 г. по к.д. № 12 от 2003 г. относно такси по чл. 8, ал. 2 от Закона за кадастъра и имотния регистър, Решение № 11 от 2003 г. по к.д. № 9 от 2003 г. относно такси по Закона за комисията за финансов надзор, Решение № 4 от 2013 г. по к.д. № 11 от 2013 г. относно такси по чл. 28, ал. 5 от Закона за лова и опазване на дивеча, Решение № 13 от 2014 г. по к.д. № 1 от 2014 г. относно такси по чл. 35а, ал. 1–3, чл. 35б, ал. 1–4, чл. 35в, ал. 1–3 и чл. 73, ал. 1–4 от Закона за енергията от възобновяеми източници, Решение № 5 от 2019 г. по к.д. № 12 от 2018 г. относно таксите по чл. 227а АПК, чл. 235а АПК, чл. 242а АПК, чл.161, ал. 4 ДОПК. В своите решения Конституционният съд обсъжда съответствието на закона, с който се въвеждат таксите, спрямо различни разпоредби на Конституцията, напр. на чл. 4, ал. 1, чл. 6, ал. 2, чл. 19, ал. 2, чл. 56, чл. 60, ал.1, чл. 117, ал. 1, чл. 120, ал. 2 от Конституцията.

Определяне размера на таксите

Според чл. 2, ал. 1 и ал. 2 ЗДТ държавните такси са прости и пропорционални. Норма със същото съдържание се съдържа и в чл. 7, ал. 2 ЗМДТ. Простите такси са в абсолютен размер и те се определят въз основа на необходимите материално-технически и административни разходи по предоставяне на услугата. При пропорционалните такси основата е определена стойност (цената на документа или услугата) и процент върху нея, чрез които се определя размерът. Когато цената не е указана, таксата се определя върху пазарната цена.

Подробна е уредбата за обвързване на размера на таксите с разходите за услугите в ЗМДТ. Размерът на местните такси за разлика от местните данъци не се определя в граници, установени от закона. Техният размер се определя от всеки Общински съвет с наредба, поради което той може да е различен в различните общини. В чл. 7, ал. 1 ЗМДТ е определено изискването за съобразяване на размера на таксите с материално- техническите и административни разходи по предоставяне на услугата без значение дали таксите са прости или пропорционални, в чл. 8 са изведени принципите за определяне на размера, които трябва да спазват общинските съвети – възстановяване на пълните разходи на общината по предоставяне на услугите, създаване на условия за разширяване на предлаганите услуги и повишаване на качеството, постигане на по-голяма справедливост при определяне и заплащане на местните такси. В чл. 115а, ал. 2 е предвидено, че административните разходи за всяка административна услуга не могат да надвишават 20 на сто от размера на таксата. Уредбата позволява в защита на обществения интерес, чрез размера на таксата да не се възстановяват пълните разходи на общината по предоставяне на определена услуга.

Правна уредба за размера на таксите се съдържа и в Закона за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност. В неговия чл. 7а е предвидено, че таксите, събирани от административните органи във връзка с регулирането и контрола върху стопанската дейност по този закон, се определят по Методика за определяне на разходоориентиран размер на таксите и разходването им, приета от Министерския съвет. Освен, че се предвижда подзаконов нормативен акт, който детайлно да уреди видовете разходи и методите на изчисляването им, именно законът установява принципите на обвързване на размера на таксите с разходите. Методиката се приема в съответствие с принципите – размерът на таксата да съответства на разходите на административния орган за извършване на съответната услуга и за упражняване на контрола, в т.ч. необходимите материално-технически разходи и всички административни разходи за изпълнение на задълженията на длъжностните лица с оглед на тяхната квалификация и изразходвано работно време; административните разходи не могат да надвишават 20 на сто от размера на таксата.

За отстраняване на нередовности и/или за предоставяне на допълнителна информация не се събират такси. Събраните такси могат да се ползват за повишаване качеството на предоставяната услуга. Приходите от таксите не могат да се изразходват за допълнително материално стимулиране на служителите на административните органи, по чиито сметки са постъпили. Методиката не се прилага при определяне размера на такси за осигуряване провеждането на политики в области със значение за защита на особено важни държавни или обществени интереси. С Постановление на Министерския съвет № 1

от 2012 г. е приета Методика за определяне на разходоориентиран размер на таксите по чл. 7а от Закона за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност и разходването им. С постановлението се задължават административните органи да съобразят действащите тарифи с предвидените в закона принципи и приетата методика. Разпоредбите на този закон и подзаконовия нормативен акт се отнасят до всички държавни такси, събирани във връзка с регулирането и контрола върху стопанската дейност, като приеманите от Министерския съвет тарифи е необходимо да са съобразени с него.

Установените със закон и определени по размер със закон или подзаконов нормативен акт такси, според чл. 60, ал. 1 от Конституцията следва да са съобразени с доходите и имуществата на гражданите. Склонен съм да приема, че това изискване ограничава органите, въвеждащи таксите в две посоки. От една страна да не се въвеждат такси за необоснован брой дейности или услуги, а от друга – размерите на таксите да са поносими, да не налагат излишна финансова тежест. Размерът на таксата следва да е финансово обоснован и съпоставим с разходите за извършената услуга. При определянето на видовете дейност и услуги и размера на таксите в подзаконов нормативен акт трябва да се спазва и принципът на съразмерност, уреден в чл. 8 АПК. При определянето на размера на таксите е необходимо да се гарантира ползването на услугата или дейността, а не той да има възпрепятстващ характер спрямо гражданите или юридическите лица, така че задължението за заплащане на такса да ги лиши от възможността да се ползват от дейността или услугата, които органът е длъжен да престира.

Също така, това конституционно изискване кореспондира и с принципа в чл. 6, ал. 2 от Конституцията на равенство пред закона и с принципа за еднакви правни условия при упражняване на стопанска дейност в чл. 19, ал. 2 от Конституцията, а именно на еднакво, равно третиране на задължените лица. Правилото намира израз и в разпоредбите на законите или подзаконови нормативни актове, в които се предвижда освобождаване от заплащане на такси или заплащането им в намален размер при определени условия. Облекченията се уреждат както в основните два закона ЗДТ и ЗМДТ, така и в подзаконовите актове, с които се определят видовете дейности и размерът на таксите.

В чл. 83 ГПК са уредени случаите на освобождаване от съдебни такси. В ЗДТ не се съдържа изрично норма, делегираща правомощие на Министерския съвет да установява освобождаване от заплащане на такси или намаляване на размера им за определени категории лица. Нормата на чл. 60, ал. 2 от Конституцията постановява изискване за законоустановеност само на данъчните утежнения и облекчения, но не и за утежненията и облекченията относно таксите. При липса на конституционно изискване за законоустановеност на основанията за освобождаванията от такси и за размера на таксите и поради

факта, че Министерският съвет ръководи изпълнението на държавния бюджет според чл. 106 от Конституцията, а също и възможността според чл. 1, ал. 1 ЗДТ детайлната уредба на дейностите и услугите, за които се събират такси и техният размер да се определят в подзаконов нормативен акт, няма пречка този акт да урежда и облекчения, свързани с такси. В чл. 5 ЗДТ е уредено освобождаването от държавни такси. Критериите за освобождаване са свързани с дейностите или вида на документите, за които е предвидено да не събират държавни такси, или със субекта на задължението (Българския червен кръст) или в случаите, предвидени в международни договори, които са в сила за Република България. В тази разпоредба са посочени документите и правните субекти, които се освобождават от заплащане на държавни такси, тоест, това са законови изключения и в тези случаи по принцип не се искат държавни такси (Тълкувателно решение № 3 от 2017 г. по тълк.д. № 5 от 2016 г. на ВАС).

В Закона за местните данъци и такси е предвидено в чл. 8, ал. 1, т. 3, че при уредбата на местните такси Общинските съвети следва да се ръководят от принципа за постигане на по-голяма справедливост при определяне и заплащане на местните такси. Поради това в закона чл. 71а, ал. 1 и ал. 2, чл. 106, чл. 108, чл. 110 ал. 2, чл. 116, ал. 2 са уредени освобождавания от заплащане на такси. Въз основа на изрична законова делегация в чл. 8, ал. 6 ЗМДТ се предвижда допълнително правомощие на Общинския съвет да освобождава отделни категории лица изцяло или частично от заплащане на отделни видове такси по ред, определен с наредбата по чл. 9.

Отчитайки същността на таксите като вид публично вземане с възмезден характер, с оглед ползването на насрещни дейност или услуга в практиката си Конституционният съд обвързва размера на таксите с разходите за услугата или дейността. Динамиката на обществения и в частност на стопанския живот налага многократно и понякога чести промени на размера на таксите. Този, на когото се дължат таксите, може най-добре да прецени какви са направените разходи в даден момент по извършване на услугата. Немислимо е при всички многобройни такси законодателят да прави периодически преоценки, според Решение № 10 от 2003 г. по к.д. № 12 от 2003 г. Тази възможност обаче е ограничена от изискването размерът на таксата да се определя спрямо разходите за извършване на услугата, според Решение № 4 от 2013 г. по к.д. № 11 от 2013 г. От друга страна се отчита и равнопоставеността на задължените лица при заплащането на такси и съответствие на уредбата им с чл. 4, ал. 1, чл. 8, чл. 17, ал. 2, чл. 19, ал. 2, чл. 117, ал. 3 и чл. 121, ал. 1 от Конституцията за съдебни такси – Решение № 3 от 2008 г. по к.д. № 3 от 2008 г., за държавни такси и съответствието с чл. 19, ал.2 от Конституцията – Решение № 13 от 2014 г. по к.д № 1 от 2014 г. В Решение № 5 от 2019 г. по конституционно дело № 12 от 2018 г. при обсъждане на таксите по чл. 227а АПК, чл. 235а АПК, чл. 242а АПК, чл. 161, ал. 4 ДОПК и съобразяването им с чл. 56 от Конститу-

цията при проведеното гласуване не се постига изискуемото по чл. 151, ал. 1 от Конституцията и чл. 15, ал. 2 от Закона за Конституционен съд мнозинство от гласовете на повече от половината съдии от състава на Съда, поради което исканията са отхвърлени. Въпреки това следва да се отбележи, че са обсъждани аргументи, свързани с принципа на пропорционалността, който изисква съблюдаване на баланса между публичния интерес и интереса на гражданина, с ограничаване достъпа до съд, с обосноваване с финансови критерии и доходи на граждани, с принципите на правова държава и равенство. Фактът, че Конституционният съд периодично е сезиран по повод размера на държавни такси, въвеждани с различни закони, е индиция за сложността на материята свързана с определяне на разходите, обосноваващи размера им. Извеждат се принципът за ненадвишаване на разходите за съответната дейност при определяне на размера на таксите и необходимостта тези разходи да са обосновани, както и принципът, че размерът на таксата не бива да води до възпрепятстване на ползването на услугата и дейността.

Обосноваването на разходите за дейностите и услугите, за които се дължат държавни такси се споделя и в практиката на Върховния административен съд по оспорени подзаконови нормативни актове, определящи размера на таксите. Съдът е преценявал съобразяването на тарифи, издадени въз основа на различни закони с изискванията за определяне на размера на държавни такси в чл. 2, ал. 2 ЗДТ. Така се установява, че разпоредбата на чл. 2 от Закона за държавните такси е обща законова норма, спрямо която се преценява размерът на таксите, определен в различни подзаконови нормативни актове. Също така в практиката си съдът следи за стриктното спазване на процесуалните правила за приемането на подзаконовия нормативен акт, предвидени в чл. 28 ЗНА, включително наличието на финансова обосновка и обвързва определянето на размера на таксите с постигането на целта на съответния закон. Например, за съдебните такси Решение № 7842 от 2015 г. по адм.д. № 9748/2014 г. на ВАС, Решение № 2116 от 2014 г. по адм.д. № 9476 от 2012 г. на ВАС, за държавни такси Решение № 11538 от 2006 г. адм.д. № 7424/2006 г., Решение № 10993 от 2013 г. адм.д. № 3327 от 2012 г. на ВАС, Решение № 15211 от 2013 г. по адм.д. № 12303 от 2013 г. на ВАС, Решение № 11594 от 2017 г. по адм.д. № 12410 от 2016 г. Предмет на съдебен контрол са били и решения и наредби на Общинските съвети, с които се определят размерът на местни такси по повод съответствието им със ЗМДТ. Например Решение № 839 от 2015 г. адм.д. № 6725 от 2014 г. на ВАС, Решение № 5250 от 2019 г. по адм.д. № 12910 от 2017 г. на ВАС, Решение № 6460 от 2019 г. по адм.д. № 531 от 2018 г. на ВАС.

Ред за плащане на таксите

Според чл. 2, ал. 1 ЗДТ държавните такси се заплащат в брой или безкасово по съответната сметка. Със същото съдържание е и нормата на чл. 178, ал. 1 ДОПК за доброволно изпълнение на публичните вземания. Таксите са публични държавни вземания и за тях са приложими чл. 178, ал. 1, изр. 1 и ал. 4–8 ДОПК, уреждащи доброволното изпълнение на публичните вземания. Приложим е и чл. 182 за действията за доброволно изпълнение, както и режимът на отсрочване и разсрочване по чл.чл. 182–187 ДОПК. За събирането на местните такси чл. 9б ЗМДТ препраща към реда по ДОПК, а редът за тяхното разсрочване и отсрочване се съдържа в чл. 9а, ал. 4 и ал. 5 ЗМДТ.

Според чл.162, ал.3 от ДОПК публичните вземания се събират в левове, но в чл. 1, ал. 2 ЗДТ се оправомощава Министерският съвет да определя държавни такси във валута, когато те се събират в чужбина или от чуждестранни лица при преминаване на българската граница. Например в чл. 1, ал. 1 и ал. 2 от Тарифа № 3 за таксите, които се събират за консулско обслужване в системата на Министерството на външните работи по Закона за държавните такси, е предвидено, че определените с тарифата такси се събират в левове на територията на Република България с изключение на таксите за визи, а в чужбина таксите по тарифата се събират в евро или при обективна невъзможност в щатски долари или в местна валута, като размерът им се определя по официалния курс на Българската народна банка към еврото. В чл. 2, ал. 1 ЗДТ е уредена възможността държавните такси да се плащат чрез държавни таксови марки само ако това е изрично предвидено в нормативен акт. Според чл. 2, ал. 1, т. 1 и чл. 7 от Наредбата за условията и реда за отпечатване и контрол върху ценни книжа държавните таксови марки са ценни книжа, които служат за събиране на държавни приходи и се издават от държавата чрез Министерството на финансите. Плащането с тях е ограничено и е допустимо само ако това изрично е предвидено в нормативен акт, според изменението на чл. 2, ал. 1 ЗДТ (ДВ, бр. 99 от 2011 г., в сила от 1.01.2012 г.). Тази редакция на текста предполага в закона, който въвежда таксата или тарифата, с която се определя размерът ѝ да е предвидено плащане с държавни таксови марки. Пощенските марки не са държавни таксови марки (Определение № 16995 от 21.12.2011 г. по адм.д. № 15713 от 2011 г., 5 чл. с-в на ВАС). До изменението на разпоредбата е имало възможност държавните такси, включително съдебните такси да се заплащат с таксови марки, докато действащата редакция изисква изрична правна уредба на такава възможност, което според мен ограничава избора на гражданите за форма на плащането.

В чл. 3 ЗДТ се урежда алтернативно моментът на заплащане на държавната такса – при предявяване на искането за извършване на действието или при издаването на документа, така както е указано в тарифата. За конкретния ред за заплащане, преди или след осъществяване на услугата или действието, се

препраща към уредбата в подзаконовия акт. Съответната тарифа, уреждаща размера на таксата е необходимо да съдържа норми за момента на внасянето на таксата, като разбира се моментът на внасяне може да е уреден и в закона, предвиждащ таксата. Поначало фактът на заплащане на таксата се осъществява по повод искането и преди извършването на услугата или издаването на документа. Към искането се представя документът, доказващ плащането на таксата. Плащането на таксата е предварително изпълняемо задължение, а представянето на документ за внесена държавна такса е едно от условията за разглеждане на заявлението и произнасяне от страна на административния орган по направеното искане. Плащането на таксата е условие за допустимост за разглеждане на искането или за започването на действия по издаването на документа. Изпълнението на задължението за заплащане на таксата принципно не е обвързано с резултата от предоставянето на услугата или извършването на действието, но в някой случай с нормативен акт може да е предвидено връщане на таксата. Например според чл. 12, ал. 1 от Наредба № 21 от 21 май 1993 г. за прилагане на Тарифа № 12 за таксите, които се събират в системата на Министерството на финансите по Закона за държавните такси, таксите, внесени от лица, на които е отказано издаване на разрешение, вписване или регистрация, подлежат на връщане и обратно, според чл. 27, ал. 6 от Закона за Комисията за финансов надзор таксите не подлежат на възстановяване.

Моментът на внасяне на такса е важен с оглед установяването на забавата на длъжника и определянето на лихви за забава. Таксите са публични държавни вземания и за неплатените в сроковете за доброволно плащане, неудържаните или невнесени такси на основание чл. 175, ал. 1 ДОПК във връзка чл. 1 от Закон за лихвите върху данъци, такси и други подобни държавни вземания, се дължи законната лихва. В ЗДТ не се съдържа конкретен законоустановен срок, определен в дни за доброволно изпълнение, внасяне на таксите, след изтичането на който длъжникът изпада в забава. Изискуемостта според действащата редакция на чл. 3, ал. 1 ЗДТ е към деня на подаването на искането за извършване на действието или към деня на издаване на документа. Предвижда се в чл. 3, ал. 2 ЗДТ, че доплащането на таксата за документи, в които цената е установена по-късно се извършва в 14-дневен срок от установяването ѝ. Това правило предполага предварително платена в по-малък размер такса, установен по-късно по-висок размер на таксата и уведомяване на длъжника за окончателния размер на таксата. При съдебните такси са налице изключения от изложеното принципно разбиране, в които държавната такса не се заплаща предварително с предявяването на самото искане за защита или съдействие, а става дължима с постановяване на съдебния акт, с който се дава или се отказва даването на търсената съдебна защита или съдействие. В ЗМДТ сроковете за заплащането на местните такси са определени при уредбата на съответния вид такса.

Установяване на дължими такси

Таксите са публично държавно вземане по смисъла на чл. 160, ал. 2, т. 2 и т. 3 ДОПК и за събирането, но не и за установяването им, е приложим редът по ДОПК освен ако със закон не е предвидено друго (чл. 163 ДОПК). ДОПК не урежда установяването на такси, а само събирането и обезпечаването на публични вземания (чл. 1).

В ЗДТ е уреден начинът на плащане (чл. 2) и моментът, към който задължението за заплащане на таксата става изискуемо (чл. 3) и таксата трябва да се плати. За конкретното определяне на размера на таксата и по повод плащането ѝ при доброволното изпълнение не се развива производство с издаване на индивидуален административен акт. Според А. Ангелов самото определяне и изчисляване на дължимата във всеки отделен случай такса се извършва служебно, като определянето на таксата и нейното плащане се извършва обикновено едновременно. Сливането на действията по установяване точния размер на таксата и по нейното плащане създава невъзможност да се развие при таксите някакво производство на облагане и на последващо обжалване на облагателните актове.[2] Основанието и размерът на таксата са определени в нормативен акт, а задълженото лице и лицето в структурата на органа, което приема документа за плащането, дължат точното му правоприлагане. Става дума за обикновени действия за узнаване на нормативно определения размер и плащането на таксата в брой или по банков път и сверяване на внесения размер на таксата с този, предвиден в нормативния акт. В закон или подзаконов нормативен акт, уреждащ таксите може да е предвиден специален ред за деклариране и срокове за внасяте на таксите напр. (чл. 63 от Закона за пощенските услуги, чл. 30, ал. 6 и ал. 9 от Закона за хазарта).

Възможно е обаче таксите да не са внесени или да са внесени в по-малък от дължимия размер. Тогава трябва да бъде издаден юридически акт за установяването на точния законосъобразен размер на таксата, който да подлежи на изпълнение, а също и да се реализира, ако е предвидена, юридическа отговорност. Съдържащият се в законодателството ред за определяне на различни видове дължими такси е различен, а също и по различен ред се реализира отговорността за неизпълнението на задължението за невнасяне на такси в законоустановения им размер.

ЗДТ е специален закон спрямо ДОПК и АПК. Приложимо е правилото lex posterior generalis non drogat priori specialis. ЗДТ обаче е общ закон спрямо други закони, установяващи такси и тарифи, които определят размер на такси, позовавайки се на него и защото в § 2 от преходните разпоредби на закона изрично са изключени видове такси и закони, по които той не се прилага. Не-

[2] **Ангелов**, Ангел, цит. съч., с. 280.

гови норми, напр. чл. 2, чл. 3 често са преценявани от практиката като общи за материята на държавните такси.

В ЗДТ е уредено специално производство по установяване на държавни такси и реализиране на административнонаказателна отговорност. Според чл. 6 ЗДТ отговорните частни и длъжностни лица за неплатените по тяхна вина такси или платени в по-малък размер се задължават да ги платят и се наказват с глоба в троен размер. В чл. 7 ЗДТ са уредени компетентните органи, които осъществяват контрол за внасяне на таксите. Контролът по правилното определяне и събирането на таксите се провежда от ръководителите на съответните държавни органи и бюджетни организации и съдилищата. Финансовите органи и Агенцията за държавна финансова инспекция извършват ревизии по правилното определяне и внасяне на държавните такси, което е свързано и с една от основните ѝ задачи по чл. 2, ал. 1 от Закона за държавната финансова инспекция. Нарушенията се констатират с акт. На нарушителя се дава 7-дневен срок за възражения и представяне на доказателства. При неоснователни възражения се издава постановление от съответния ръководител на служба, което подлежи на обжалване по съответния ред на Закона за административните нарушения и наказания, т.е. пред районния съд. В случай, че нарушителят внесе таксата преди издаване на постановлението, глобата се събира с намаление 50%.

Според Тълкувателно решение № 90 от 1964 г. по н.д. № 80 от 1964 г., на ОСНК на ВС – „Очевидно, че чл. 6 от Закона за държавните такси не може да се тълкува в смисъл, че по него се наказват само онези лица (включително и съдии), които умишлено не събират съответните държавни такси. Разумът на чл. 6 от Закона за държавните такси може да бъде само този, че се наказват и тези, които поради незнание на закона или поради небрежно отношение към своите служебни задължения са пропуснали да съберат необходимите държавни такси, т.е. подлежат на наказание и лицата, които са извършили по непредпазливост административни нарушения, макар и това да не е изрично предвидено в закона“. Според Определение № 14053 от 2012 г. по адм.д. № 13512 от 2012 г. на ВАС: „Редът за събиране на държавна такса от органите на съдебната власт, от другите държавни органи и бюджетни организации е посочен в чл. 2, вр. с чл. 1 от Закона за държавните такси (ЗДТ). Според чл. 151, т. 3 АПК към жалбите до административните съдилища се прилага документ за внесена държавна такса, т.е. официален документ за извършен паричен трансфер по сметка на съответния съд. Това законодателно решение е задължително за съдилищата и за жалбоподателите и неизпълнението му е свързано със съответните санкции – процесуалноправни за страните и имуществени, респ. дисциплинарни – за съответните длъжностни лица за несъбрани по тяхна вина в пълен или частичен размер такси, по аргумент от чл. 7, във връзка с чл. 6 ЗДТ).“

Въз основа на нормите на чл. 6 и чл. 7 ЗДТ възниква задължение за заплащане на невнесената държавна такса и административнонаказателната отговорност както за длъжника на таксата, така и за длъжностното лице, по чиято вина тя не е била платена. В българската правна литература се споделя, че отговорността по чл. 6 има характеристиките на института отговорност за чужд финансов дълг.[3] Приема се, че отговорността по чл. 6 ЗДТ може да бъде дисциплинарна, административна, наказателна и гражданска. В самия закон изрично е предвидена отговорността по чл. 6 като специфичен вид отговорност. Що се отнася до другите видове отговорности, те ще настъпят съобразно действащото трудово, наказателно или гражданско законодателство при осъществяване на един от съставите на отделните закони.[4] За да се приеме, че едно частно или длъжностно лице ще носи отговорност по чл. 6 ЗДТ, трябва преди всичко извършеното от тях нарушение да е съставомерно.

Такова ще бъде нарушението, когато щетата е причинена в резултат на неизплащане или плащане в по-малък размер на държавните такси. Само тези две нарушения се имат предвид от законодателя. Субект на отговорността по чл. 6 ЗДТ са две лица, а именно: частното и длъжностното лице. Отговорността на частното лице е обусловена от обстоятелството, че то с виновното си поведение е причинило щета на държавата. Вината се предполага до доказване на противното. Всеки е длъжен да възстанови причинените от него щети. Но дейността на частното лице е непосредствено свързана с дейността на длъжностното лице. Тя не може да бъде разглеждана отделно от тази на длъжностното лице. Нещо повече, сам законодателят използва израза „отговорните лица“, с което подчертава тяхната обща дейност. Отговорността на длъжностното лице се свежда до неизпълнение на служебните му задължения, в резултат на което са причинени щети. Неизпълнението трябва да бъде виновно, а то ще е такова, когато длъжностното лице не е направило необходимото за събиране на таксите. Характерното за тази отговорност е, че тя съчетава в себе си отговорността на едно частно и едно длъжностно лице за възстановяване на щети, причинени от тяхна съвместна виновна дейност.

Наред с гражданската тези лица носят и административна отговорност. Макар тези лица да нарушават – първият лични, а вторият служебни задължения, то в резултат на техните общи действия е нарушена финансовоправната норма, която разпорежда начина на заплащането и събирането на таксите. Невъзможността да се разграничи дейността на двете лица и тяхното съвместно виновно поведение е извикала на живот създаването на института за отговорността по чл. 6 ЗДТ. За са възникне отговорността по чл. 6 ЗДТ, трябва да са констатирани материалноправните предпоставки за това. Най-напред е необходимо да бъде установено наличието на щета, нанесена на държавата

[3] **Ангелов**, Ангел, цит. съч., с. 281.

[4] **Кучев**, Страшимир. Съдебни такси. – *Год. СУ. Юрид. фак.*, 74, 1981, № 3, с. 225.

от частното и длъжностното лице. Щетата се изразява в несъбирането, незаплащането или недоплащането на определената по размер такса. Размерът на щетата се определя в съставения акт (С. Пенов – акта по чл. 7, ал. 2 ЗДТ). Втората материалноправна предпоставка е щетата да е причинна зависимост от поведението на отговорните лица и това поведение да е противоправно. Вината като предпоставка за отговорността има същото съдържание, както при административната отговорност и отговорността по чл. 45 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). С определянето на размера на щетата се определя и максималният размер на административното наказание, което не може да надмине тройния размер на неплатената такса.[5]

Така, според разбирането на българската правна литература за невнесените такси, уредените юридически отговорности по чл. 6 ЗДТ на частните и длъжностни лица са такси за гражданска отговорност за непозволено увреждане и административнонаказателна отговорност. Според чл. 7, ал. 2 ЗДТ компетентни да осъществят контрол по правилното определяне и събирането на таксите са ръководителите на съответните държавни органи и бюджетни организации и съдилищата. Този контрол е елемент на управленската им дейност в ръководените от тях учреждения и включва проверки на лицата, събиращи таксите и предприемане на мерки за подобряване на системата за събиране на таксите. Те могат да реализират имуществена отговорност, съответна такава за вреди причинени при отчетническа дейност спрямо длъжностните лица по реда на чл.чл. 203–212 от Кодекса на труда (КТ). Като се има предвид чл. 207, ал. 4 КТ, който допуска законно да се уредят и други случаи на пълна имуществена отговорност и след като чл. 6 ЗДТ урежда задължението на лицата (частни и длъжностни) да платят невнесените или внесени в по-малък размер такси, то отговорността им ще е в пълен размер. Пълната имуществена отговорност се осъществява по съдебен ред според чл. 211 КТ. По съдебен ред ще се реализира и отговорността за непозволено увреждане на частното лице, а доколкото е налице съпричиняване на вредата, тази отговорност според чл. 53 ЗЗД е солидарна. На българската правна система не е познат правен институт гражданска отговорност да се реализира с индивидуален административен акт.

Ръководителите могат да реализират и административнонаказателната отговорност. Те, след като им е възложен контролът по правилното определяне и събирането на таксите, на основание чл. 37, ал. 1, б „б“ ЗАНН са длъжни да определят длъжностни лица за съставяне на актове по чл. 7, ал. 2, изр. първо ЗДТ за констатиране на нарушения, а въз основа на тези актове да издадат постановление по чл. 7, ал. 2, изречение второ ЗДТ, което подлежи на обжалване по реда на ЗАНН. Ръководителите като работодатели могат да реализират и дисциплинарна отговорност спрямо лицата в трудови или служебни правоотношения, събиращи таксите.

---

[5] **Кучев**, Страшимир. Съдебни такси. – *Год. СУ. Юрид. фак*., 74, 1981, № 3, с. 226.

Органите на Агенцията за държавна финансова инспекция осъществяват външноведомствен контрол. За извършената финансова инспекция се съставя доклад, който е необходимо да съдържа направените констатации относно невнесените такси, подкрепени с доказателства. Въз основа на доклада директорът на агенцията или упълномощено от него длъжностно лице прави предложение за търсене на имуществена или дисциплинарна отговорност ако вредата е причинена по непредпазливост. Ако вредата е причинена умишлено от длъжностното лице се съставя акт за начет, въз основа на който може да се развие заповедно производство по реда на ГПК (чл. 417, т. 9 ГПК).

В ЗМДТ редът за установяване, обезпечаване и събиране на местните такси е уреден в чл. 9б, който препраща към чл. 4, ал. 1–5 ЗМДТ, уреждащ установяването, обезпечаването и събирането на местните данъци, за които производства се препраща към ДОПК. Компетентни органи са определени със заповед на кмета на общината служители на общинската администрация, които имат правата и задълженията на органи по приходите, а в производствата по обезпечаване – на публични изпълнители. Кметът на общината има правомощията на решаващ орган по чл. 152, ал. 2 ДОПК (директор на дирекция „Обжалване и данъчноосигурителна практика“), а ръководителят на звеното за местни приходи в съответната община – на териториален директор на Националната агенция за приходите. Когато се установяват задължения за местни такси са приложими две производства:

– производство по чл. 107, ал. 3 ДОПК, при което се установяват задължения по подадена декларация, с акт за установяване на задължения по декларация по чл. 107, ал. 3. Този акт може да се оспори пред ръководителя на звеното за местни приходи в съответната община (изпълняващ функциите на териториален директор на НАП) и след това по съдебен ред;

– установяване на местни такси с ревизионен акт по чл. 118 ДОПК въз основа на развило се ревизионно производство по реда на ДОПК. Ревизионният акт подлежи на оспорване по реда на ДОПК по административен ред пред кмета на общината и след това по съдебен ред.

Законодателят е преценил, че редът за установяване на неизпълнени задължения за местни данъци и местни такси е целесъобразно да е еднакъв. Използването на производствата от ДОПК не превръща местните такси в данъци. В ЗМДТ се съдържа изрична норма на чл. 127, ал. 2, според която не се смята за административно нарушение наплащането в срок на таксите по този закон.

Третият възможен ред за установяване на държавни и общински такси като публични вземания е по реда на АПК, към който препраща чл. 166, ал. 2 ДОПК. Според тази разпоредба установяването на публичните вземания се извършва по реда и от органа, определен в съответния закон. Ако в съответния закон не е предвиден ред за установяване на публичното вземане, то се установява по основание и размер с акт за публично вземане, който се издава

по реда за издаване на административен акт, предвиден в Административнопроцесуалния кодекс, т.е. този за издаване на индивидуални административни актове. Ако в съответния закон не е определен органът за издаване на акта, той се определя от кмета на общината, съответно от ръководителя на съответната администрация. Според чл. 166, ал. 3 ДОПК актът за публично общинско вземане се обжалва по административен ред пред кмета на общината, а за публично държавно вземане – пред ръководителя на съответната администрация по реда на Административнопроцесуалния кодекс. Ръководителят на администрацията може да упълномощи органи, горестоящи на органа, издал акта, които да разглеждат по същество и да се произнасят по жалбите против актовете за публични вземания. Заповедта за упълномощаването се обнародва в „Държавен вестник“. Актовете за установяване на публично вземане за такси са индивидуални административни актове с декларативен характер и за издаването и оспорване им са приложими производствата, уредени в АПК.

Според чл. 269 АПК публичните вземания, породени от изпълнителни основания по чл. 268 АПК (влезли в сила или подлежащи на предварително изпълнение индивидуални административни актове, решения, определения или разпореждания на съдилища), се изпълняват по реда на ДОПК. След като актът за устновяване влезе сила, ще се развие и производството по събиране на невнесената такса, освен ако в закона или акта не е допуснато предварително изпълнение. В чл. 165 ДОПК е предвидено, че събирането на държавните и общинските публични вземания се извършва въз основа на влязъл в сила акт за установяване на съответното публично вземане, издаден от компетентен орган, освен ако в закон е установено друго. Т.е. правната уредба на установяването на невнесени такси чрез препращащата норма на чл. 166, ал. 2 ДОПК се съдържа в АПК, освен ако специален закон – ЗДТ и ЗМДТ или друг закон не предвижда друг ред. Производството за издаване акт за установяване на публично държавно вземане за държавни такси по реда на АПК ще се развие, за такси публични вземания уредени в закони, за които не се прилага ЗДТ, изброени в § 2 от преходните разпоредби на ЗДТ или не е приложим редът по ЗДТ.

Възстановяване на недължимо платени такси

Таксите могат и да са недължимо платени. Такива са таксите, платени без правно основание, включително и когато лицето е било освободено от заплащане на такса или е платен по-висок от установения с нормативен акт размер. Таксите са платени без правно основание, ако не е било поискано осъществяване на действието, или издаването на документ или органът не е престирал никаква услуга, като не е осъществил никакви действия, въпреки искането. Необходимо е да се разграничава неосъществяването на никакво действие от осъществено действие с неблагоприятен за лицето резултат. В

чл. 4б от ЗДТ е предвидено, че недължимо платени такси се връщат по искане на заинтересованата страна. Заинтересована страна е основно длъжникът в правоотношението по заплащане на държавна такса, а адресат на искането е органът, в чийто бюджет е постъпила неправомерно внесената такса.

Производството по искане за връщане на недължимо платени такси може да се развие също по различен ред.

Според т. 10 от Тълкувателно решение № 5 от 2018 г. по тълк.д. № 5 от 2015 г. на ОСГТК на ВКС недължимо платени съдебни такси са такси, по които исково или охранително производство не е било образувано, таксите са били събрани, въпреки че ищецът е бил освободен от заплащането им, както и надвзетите такси, т.е. таксите са платени без да е налице основание за това по смисъла на чл. 3 и чл. 4, б. „а“ от Закона за държавните такси и като недължимо платени следва да бъдат върнати на вносителя. Когато възстановяването на съдебни такси е поискано от съдебен състав в хода на съдебното производство, тогава производството по молба за връщане на недължимо платена държавна такса се развива извън исковия процес и охранителното производство. То има самостоятелен характер, а с определението си съдът дава разрешение на материалноправен спор за дължимостта на таксата – дали таксата е събрана, въпреки че страната е била освободена от заплащането и/или е била надвнесена, т.е. платена без да е налице основание за това по смисъла на чл. 3 и чл. 4, б. „а“ ЗДТ. Производството по това искане има обособен предмет и няма привременен характер, поради което въззивното определение попада в категорията съдебни актове по чл. 274, ал. 3, т. 2 ГПК (определения, с които се дава разрешение по същество на други производства). Съдът се произнася по това искане с определение, което следва също да подлежи на касационен контрол при условията на чл. 280 ГПК. Вносителят на недължимо внесена по дело държавна такса не разполага с осъдителен иск. В същото тълкувателно решение се приема, че в случаите, когато държавно учреждение е събрало недължимо държавна такса, вносителят разполага с осъдителен иск за връщането ѝ като платена без основание, освен ако в нормативен акт е предвиден друг ред. Решението по този иск подлежи на касационен контрол при условията на чл. 280 ГПК. По този начин се преодолява евентуално явилата се неравнопоставеност на възможностите за инстанционен контрол по идентичен правен въпрос.

В Решение № 74 от 29.05.2018 г. по гр.д № 1465/2017 г., г.к, IV г.о. на ВКС се приема: „Правоотношенията, които се развиват между държавата и физическите и юридическите лица по повод събирането на публични държавни вземания, каквито са държавните такси, неизчерпателно изброени в чл. 4 ЗДТ, и изрично посочени в други закони, са с публичноправен характер. Когато съответното лице е платило недължимо или е надвнесло в полза на бюджета суми като държавна такса, вземането му има частноправен характер. В някои

случаи за такива вземания, когато законът изрично посочва процесуален ред за събиране на таксите (например чл. 55 от Закона за пътищата определя реда на Данъчно-осигурителния процесуален кодекс за събиране на определени невнесени такси), редът за възстановяване на надвзети или недължимо събрани държавни такси следва да е редът на съответния процесуален закон. В други случаи, когато заплащането на таксата е условие за даване на търсената защита или съдействие (например при съдебните такси и останалите хипотези на чл. 4 ЗДТ), редът за възстановяване на надвзети или недължимо събрани държавни такси е искане, отправено до държавния орган, в чиято полза е събрана таксата. Тъй като източник на вземането не е гражданско правоотношение, възстановяването на недължимо внесени или надвнесени такси не може да се осъществи по пътя на предявяване на кондикционен иск (С. Пенов – иск за неоснователно обогатяване по чл. 55, ал. 1, предл. първо ЗЗД). Когато при или по повод изпълнението на тази административна дейност бъдат причинени вреди от незаконосъобразни актове, действия или бездействия на държавните органи, лицата имат право да търсят обезщетение за понесените вреди.“

Анализът на посочената съдебна практика води до извода, че е прието вземанията за недължимо внесени публични такси да се смятат с частноправен характер. В публичното правоотношение по установяването и събирането на държавни такси длъжникът има и права. При определянето, събирането и възстановяването на държавните такси се развиват конкретни процесуални правоотношение между ползвателя на услугата и държавния орган, чиято администрация предоставя услугата. Държавните органи при установяването, събирането и възстановяването на таксите имат правомощията на финансова администрация. До органа, който администрира таксите следва се отправи искането за връщане на недължимо платени такси от заинтересованата страна по чл. 4б ЗДТ. Правомощието на държавния орган законосъобразно и точно да установи основанието и размера на таксата би следвало да се схваща и в смисъл, че той има и задължението да възстанови недължимо внесената такса при искане по реда на чл. 4б ЗДТ. Неговият изричен отказ (най-често обективиран в писмо, което е индивидуален административен акт – Решение № 13757 от 16.10.2019 г. по адм.д. № 569 от 2019 г. на ВАС) или бездействие е противоправно поведение и е основание за възникване на отговорност по реда на Закона за отговорността на държавата и общините за вреди, причинени на гражданите от невъзстановените такси.

В ЗМДТ не се урежда ред за възстановяване на недължимо внесени местни такси. След като чл. 9б във връзка с чл. 4, ал. 1–5 препраща за производствата по установяване, обезпечаване и събиране на местните такси, към производствата по ДОПК, то е приложим редът за прихващане и възстановяване на суми, съдържащ се в чл.чл. 128–132 ДОПК.

Като пример за специален установен в закон ред за възстановяване на такси можем да посочим чл. 55 от Закона за пътищата, който предвижда, че невнесените такси по чл. 10 и таксите по чл. 18 се събират от териториалните поделения на Националната агенция за приходите заедно с лихвите по Закона за лихвите върху данъци, такси и други подобни държавни вземания и по реда на Данъчно-осигурителния процесуален кодекс, а възстановяването на недължимо внесени такси по чл. 10 и по чл. 18 се осъществява по реда на Закона за държавните такси. Както се посочи по-горе, Законът за държавните такси не съдържа конкретно разписан ред за възстановяване на държавни такси.

Изводи

Действащата правна уредба на публичните вземания от такси е изградена по правната техника закон (установяващ основанието за таксата, платците и освобождавания от такси) – подзаконов нормативен акт (тарифа, уреждаща конкретни дейности и размер на таксите и освобождавания от такси) – понякога и подзаконов нормативен акт по прилагане на подзаконовия нормативен акт или закон, уреждащ и основанието и размера на таксите. Субсидиарно са приложими норми на ДОПК и АПК, ГПК, Кодекса на труда. Въз основа на направения анализ на правната уредба на таксите публични държавни вземания de lege ferenda съм склонен да приема, че се очертава необходимостта от създаването на нов закон, който да урежда тази материя, не само поради факта, че Законът за държавните такси е в сила от 1.01.1952 г. Много от създадените от него правни решения са доказали своята яснота при многогодишното им прилагане. Проблеми пред правоприлагането възникват от приети през годините множеството законови и подзаконови нормативни актове, уреждащи държавни такси, а като пример за опит за прецизиране на правната уредба може да се посочи Законът за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност. Един още по-задълбочен анализ на действащото законодателство, уреждащо таксите и многократните му изменения през годините, особено на подзаконовите нормативни актове, също би обосновал нуждата от приемането на нов закон.

Законът следва да съдържа на първо място, принципите въз основа, на които се установяват и определя размерът на такси, като принципите на законоустановеност, на пропорционалност, на ясно разграничаване на дейностите, за които се събират такси, на разходоориентираност и финансова обоснованост на таксите, за достъпност на услугите и други, които могат да бъдат извлечени от практиката на Конституционния съд и Върховните съдилища.

На второ място, законът трябва съдържа ясни правила относно делегирането на правомощия на изпълнителната власт при създаването на подзако-

нови нормативни актове, уреждащи конкретни дейности, за които се събират такси и техния размер.

На трето място, от по-подробна правна уредба се нуждае материята от освобождаване от държавни такси или намаляването на размера им, като израз на конституционно изискване за съобразяване на размера на таксите с доходите и имуществата на лицата.

На четвърто място, е необходимо да се разпише ясен ред за установяването, събирането и възстановяването на таксите.

На пето място, е необходимо да се уреди и юридическата отговорност за невнесени такси.

Един нов закон, който да уреди обществените отношения, свързани с материята на държавните такси, би допринесъл за осигуряване на баланс между публичния и частен интерес при уредбата на таксите, като публично държавно вземане и гарантиране на правата на гражданите.

Настоящата студия е съобразена със законодателството към 30.04.2020 г.

ЛИТЕРАТУРА

Ангелов, Ангел. Финансово право на НР България. 3. прераб. изд., София: СУ „Климент Охридски“, 1970.

Златарев, Емил и Веселин **Христофоров**. Финансово право на НР България. София: ВИИ К. Маркс, 1983.

Кучев, Страшимир. Съдебни такси. – *Год. СУ. Юрид. фак.*, 74, 1981, № 3.

Кучев, Страшимир. Финансово право. София: ЛиСтра, 2004.

Стоянов, Иван. Финансово право. София: Фенея, 2010.

Дадена в Катедра „Административноправни науки“ – май 2020 г.
Рецензенти – доц. д-р Евелина Димитрова
доц. д-р Атанас Симеонов

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

ОТВЛИЧАНЕТО В СЪВКУПНОСТ С ДРУГИ ПРЕСТЪПЛЕНИЯ: ПРОБЛЕМИ НА КВАЛИФИКАЦИЯТА И ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЯТА В СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

ИВА ПУШКАРОВА*

Катедра „Наказателноправни науки“

Резюме: Престъплението отвличане по чл. 142 от НК разкрива множество особености в изпълнителския и мотивационния си механизъм, усложняващи съотношението му със състави на други престъпления. То често се осъществява в съвкупности с изнудване, грабеж, убийство, злепоставяне, противозаконно лишаване от свобода, полови престъпления, задържане на заложник, трафик на хора, самоуправство, хулиганство и др., които в действителността се проявяват в сложни фактически обстановки, силно взискателни към съдебната дейност по квалифициране и индивидуализация. Отговорът на съдебната практика е по-скоро частичен и противоречив. Като анализира установените предизвикателства и възможни решения, настоящата публикация търси да допринесе за неговото усъвършенстване.

Ключови думи: отвличане, заложник, противозаконно лишаване от свобода, изнасилване, изнудване, съвкупност от престъпления, усложнена престъпна дейност, тежки престъпления.

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

* Chief Assist. Prof. in Criminal Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

ABDUCTION IN CUMMULATION WITH OTHER CRIMES: JURISPRUDENCE PROBLEMS OF LEGAL QUALIFICATION AND PENALTY INDIVIDUALISATION

IVA PUSHKAROVA
Department of Criminal Law Studies

Abstract: The crime of abduction under Article 142 of the Penal Code is excessively singular in terms of modus operandi and criminal motivation which complicates its correlation with other types of crime. It is often committed in combination with extortion, robbery, murder, illegal detention, sexual crimes, taking hostage, human trafficking, criminal exposure to risks of harm to life or health, etc. In reality these multiple crime are presented in complex factual contexts which are highly demanding in respect for judicial qualification and penalty individualisation. Judiciary response, however, is rather incomplete and controversial. By studying the identified challenges and possible solution, this article strives to contribute to its improvement.

Keywords: abduction, kidnapping, hostage, unlawful detention, rape, extortion, multiple crime, complex crime forms, grave crime.

В научната наказателноправна и криминологична литература през последните десетилетия проблемите на отвличането по чл. 142 НК са подчертано подценявани и пренебрегвани. Престъплението разкрива множество особености в изпълнителната дейност и мотивационния си механизъм, усложняващи съотношението му със състави на други престъпления, с които то често е в съвкупност или в конкуренция. В действителността то се проявява в сложни фактически обстановки, силно взискателни към съдебната дейност по квалифициране и индивидуализация.

Отговорът на съдебната практика е по-скоро частичен и противоречив, дори когато престъпната фактология е пълноценно доказана. Най-често квалификацията е непълна със съответните неблагоприятни последици за индивидуализацията и достигането до пропорционално наказание. Недостигът на аналитично осмисляне на тези проблеми е особено драматичен след масивните изменения на наказателноправния режим на отвличането през 2009–2010 г.

Като изследва съдебната практика след 2006 г., настоящият анализ търси да очертае срещаните в нея предизвикателства и да предложи решения, с които да допринесе за усъвършенстването ѝ. За целта са развити и обосновани възможните квалификации при различни хипотези на множество престъпления с участие на отвличането, сред които съвкупности с противозаконно лишаване от свобода (чл. 142а), грабеж (чл. 198–199), същински полови престъпления (чл. 149–157), изнудване (чл. 213а–214), убийство (чл. 116), задържане на заложник (чл. 143а), трафик на хора (чл. 159а-г), самоуправство (чл. 323),

закана (чл. 144), принуда (чл. 143) и др. Обсъдени са квалифицирани състави на отвличането, които се разпознават противоречиво в правораздаването или са скоро въведени, както и въпросите за съотношението на отделните състави по чл. 142 със състави на другите престъпления, за вида на съвкупността и критериите за установяването ѝ, за нейното фактическо проявление и практическото значение на различните решения.

1. Съвкупността на отвличането с **противозаконното лишаване от свобода** може да бъде **само реална**. Основните състави на чл. 142 и чл. 142а имат идентичен обект и съдържат поглъщащи се признаци на изпълнителното деяние, което изключва идеална съвкупност между тях[1].

И двете престъпления са насочени срещу свободата на придвижване в пространството, като типично я увреждат не толкова на етапа на формиране на волята на пострадалия, а с оглед възможността му да я следва в поведението си. Неговото несъгласие да търпи деянието и неговите последици е обективен признак на основните състави[2]. Поради това всеки от тях поглъща престъплението **принуда по чл. 143 НК**[3]. Последното може да се осъществи с престъпления по чл. 142–142а само в реална съвкупност[4].

---

[1] Така **Стойнов**, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека. София: Сиела, 2006, с. 153.

[2] **Р № 198–2014-I, Р № 267–2013-I, Р № 65–2009-II, Р № 234–2003-I**. Макар по принцип да се приема, че измамливото преместване на пострадалия към дестинация, за която той не е и не би дал съгласие, също да може да се квалифицира като отвличане, хипотезата е екзотична и в практиката не се среща с такава квалификация. Фактологията по-скоро очертава приготовление към противозаконно лишаване от свобода на мястото, на което пострадалият е отведен, за задържането му на което той вече не е заблуден и несъгласието е ясно изразено. От значение в тези случаи е да се съобрази обстоятелството, че пострадалият може да не знае къде точно се намира, но все едно да не желае да се намира там (ако например би желал да се намира на друго място). В тези случаи деянието обичайно е доминирано от специална цел, която може да ориентира и към съвсем друг вид престъпление (напр. трафик на хора). Отвличане чрез измама е фактологично очертано в **Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г.** и прието за съставомерно от обективна страна.

[3] Вж. и **ТР № 71–1974-ОСНК**.

[4] Напр. **Присъда от 3.04.2017 г. на ОС-Плевен по НОХД № 230/2017 г.** Като употребил сила (удари по главата и тялото), деецът направил опит да принуди пострадалия, когото преди това отвлякъл от дома му и принудително отвел в дома си, да разкрие местонахождението на сестра си и заедно с другата си сестра да я убеди да се върне да съжителства с дееца. Деянието е квалифицирано по чл. 143 в съвкупност с чл. 142, чл. 142а и други престъпления. **Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г.** (Самостоятелният характер на принудата спрямо отвличането и противозаконното лишаване от свобода е очертан от побой, нанесен на пострадалите деца с цел да бъдат принудени да се признаят за виновни в кражба, която не са извършвали).

Начинът на увреждане на обекта е различен и очертава разликата в изпълнителните деяния и резултата. При отвличането деянието е действие, при което пострадалият бива принудително и противозаконно преместван в пространството. Престъпната последица се изразява в промяната на местонахождението, в което е бил заварен в началото на изпълнението[5]. При противозаконното лишаване от свобода деянието се изразява във физическо ограничаване на свободата на придвижване, като местонахождението на пострадалия не се променя. Деянието е или само бездействие, при което деецът не премахва заварени физически пречки за придвижване на пострадалия, като е длъжен да ги премахне, без да ги е създал (например, отказ да бъде освободен затворник след изтичане на срока на наказанието), или съчетание от действие и бездействие, при което деецът виновно е създал пречките (заключил е пострадалия) и отказва да ги отстрани. Във втория случай деянието завършва с бездействие.

И двете престъпления са **резултатни и на мигновено извършване**. Основният състав по чл. 142, ал. 1 е довършен от момента, в който местонахождението на пострадалия бъде променено без неговото съгласие, а този по чл. 142а – от момента, в който деецът не премахне пречките пред свободното движение на пострадалия, като е длъжен да го направи. Поради отсъствието на протичащ във времето причинен процес между деянието и резултата, и при двете престъпления е възможен само недовършен опит.

И при двете престъпления пострадалият не може да определя местонахождението си. Това прави деецът. Свободата на човека да се отклони от принудително определено местонахождение се уврежда както когато това местонахождение не се променя (чл. 142а), така и когато се променя (чл. 142), но при втория случай деянието съдържа признаците на първото – във всеки момент от принудителното придвижване пострадалият се намира на място, което не може сам да напусне. Поради това **чл. 142 винаги ще поглъща чл. 142а**[6].

---

[5] В този смисъл **Стойнов**, Александър. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 148, **Р № 207-96-ВК, Р № 234-03-I, Р № 230-2015-III**. Напр. **Присъда от 28.05.2014 г. на ОС-Враца по НОХД № 77/2014 г.:** „За осъществяването му са използвани конкретни актове на принуда – нахлуване с останалите извършители в къщата на семейството, нанасяне на удари на пострадалата и намиращите се там лица и отправяне на заплахи, използване на дървени тояги, завличане до колата и принудително качване, закриване на главата и лицето с шапка, завързване на ръцете. Чрез така установените действия подсъдимият в съучастие с други лица принудително променил досегашното местопребиваване на пострадалата противно на волята ѝ. Деянието е довършено с принудителното напускане на мястото, където тя се е намирала и качването ѝ в автомобила“.

[6] Вж. още **Р № 234–2003-I**, чийто аргументи за поглъщане от обективна страна продължават да са валидни въпреки промяната в закона от 2010 г. („Отвличането по необходимост съдържа и противозаконно лишаване от свобода“). Поглъщането не е зачетено в **Присъда № 3/12/02.2014 г. на ОС-Русе по НОХД № 7/2014 г**. Съдът приел, че докато

За съставомерността и на отвличането времетраенето, начинът и средствата на преместване, изминатото разстояние и други особености нямат значение[7]. Те имат отношение към преценката на обществената опасност (вкл. с оглед малозначителност по чл. 9, ал. 2 НК[8]) и индивидуализацията. Аналогично при чл. 142а начините и средствата на задържане на пострадалия, както и продължителността на задържането са без значение за съставомерността по основния състав, като времетраенето може да се отрази на квалификацията само ако е надхвърлило две денонощия (чл. 142а, ал. 5)[9].

Престъпленията по чл. 142 и чл. 142а типично се проявяват в реална съвкупност, тъй като отвлеченото лице обичайно се отвежда на място, където принудително се задържа.

В съдебната практика съществува **противоречие** по въпроса от кой момент е довършено отвличането, съответно започва самостоятелното изпълнение на лишаването от свобода. По-скоро преобладава разбирането, че съставът на чл. 142а ще започне да се изпълнява от установяването на пострадалия на определено място до прекратяването на задържането чрез освобождаване, ново придвижване, отпадане на несъгласието му или по друг начин. Единството на решението, което според замисъла на дееца (може да) управлява и чл. 142, и чл. 142а като извършвани последователно, не обуславя идеална

извършителите се движели в автомобила заедно с пострадалата, осъществявали състава на чл. 142а.

[7] **Р № 207-96-ВК, Р № 401-01-III**.

[8] Такъв случай в **Присъда № 43/08.09.2014 г. на ОС-Габрово по НОХД № 51/2014 г**. (Пострадалото малолетно момче многократно освобождавало конете на извършителите, като им махало въжетата, синджирите, колчетата и букаите и ги подгонвало, а тези и други вещи отнемало и криело. Понякога те били връщани със съдействието на майка му. Извършителите безуспешно търсели съдействието на родителите му и на кмета на селото. След поредния инцидент двамата отишли в дома на детето да си търсят вещите и докато разговаряли с майка му, то се прибрало, видяло ги и побягнало. Двамата го настигнали и заплашили с полиция. То им казало, че ще им покаже къде е укрило вещите им. Качили го в автомобила, отишли на това място, като се движили няколко минути. Там детето признало, че ги излъгало и вещите са на тавана в дома му, до който извършителите го отвели. Вещите не били там, а то избягало.)

[9] Колкото по-близо до тази граница е времетраенето, толкова по-ясно ще се очертае отегчаващо обстоятелство в рамките на основния състав. Колкото по-отдалечено е, толкова хипотезата ще бъде по-близо до малозначителност по чл. 9, ал. 2. Преценката за малозначителност обаче се прави след тази за съставомерност. Практиката с основание не съдържа никакви указателни стандарти за минимална продължителност на лишаването от свобода, тъй като тя е основен и най-важен, но не и единствен критерий за обществената опасност на извършеното. Важно е да се напомни, че при преценката по чл. 9, ал. 2 не се вземат предвид обстоятелства, относими *само* към опасността на дееца, нито признаци на субективната страна (те се изследват след пълно изясняване на обективната страна, което включва и преценката за малозначителност), а единствено факти, относими към опасността на деянието.

съвкупност между тях, тъй като от обективна страна те са в отношение на поглъщане. За да се открои съставът на погълнатото престъпление (чл. 142а), е небходимо да отпаднат признаците на поглъщащото (чл. 142). Това става именно в момента на прекратяване на движението. Обратно, в други съдебни решения се изхожда от становището, че отвличането е завършило в момента на принудително вкарване на пострадалия в превозното средство, тъй като от този момент е променено местонахождението му с такова, което е нежелано от него, а самото придвижване с автомобила обективира противозаконно лишаване от свобода[10]. Според това разбиране в хода на придвижването местонахождението на пострадалия остава непроменено, тъй като то се определя от вътрешността на превозното средство.

Въпросът за разграничение на съставите при съвкупност е с голямо практическо значение. **Първо, той пряко определя приложния обхват на съвкупността.** Вторият възглед го разширява до степен отвличането да може да се изпълни самостоятелно само в много редки случаи, ограничени главно до основния състав, като свива приложното поле и на опита към това престъпление. **Второ, въпросът влияе на преценката на съучастническия принос при съизвършителство**. Ако отделен съучастник е привлечен да осъществява само надзора над жертвата, той ще бъде извършител само по чл. 142а[11]. Ако е обещал такъв вид съдействие преди да започне отвличането, от него ще може

---

[10] Например **Присъда от 4.05.2012 г. на ОС-Сливен по НОХД № 40/2012 г**. (пострадалата дължала на извършителите баща и син голяма сума пари от съвместна търговска дейност, но се укривала и не им ги връщала. Единият я отвлякъл и ведно с другия извършил насилствени действия в хода на краткотрайно лишаване от свобода, сред които завръзване на краката с въже и влачене с автомобила. Двамата настоявали да узнаят с какви имоти разполага и кога ще се издължи). Аналогично, **Присъда на АС-Пловдив по ВНОХД № 252/2016 г**. (Пострадалата се разделила с дееца след 5-годишна връзка заради неговото агресивно, обидно и нестабилно поведение и честата употреба на алкохол, но той продължил да я търси, следи, причаква при излизания, да я заплашва и да провокира конфликти. Бил осъден за разрязване на гумите на автомобилите на пострадалата и нейни близки. Отвличането било извършено нощем след преследване с автомобил, причинило излизане на автомобила на пострадалата от междуградски път и продължило и след привеждането на колата в движение с помощта на дееца. След като пострадалата спряла пред сграда, която погрешно възприела за полицейско управление, деецът принудително я извел от автомобила ѝ, вкарал я в своя и потеглил. След време спрял и опитал да я склони към възобновяване на връзката им, като ѝ нанесъл удари и я заплашил, че ще я остави за няколко дни заключена в автомобила, като се обосновал неясно с убеждение, че тя го лъже. След изпадането ѝ в безсъзнание потеглил към болница. Бил спрян от пътен патрул, който придружил двамата до болницата); **Присъда № 30/07.12.2012 г. на ОС-София по НОХД № 603/2011 г**. (единият деец принудително вкарал пострадалата в автомобила и заедно с другия продължение на около 3 часа я развозвали с него. След спирането са извършени самостоятелни принудителни, заканителни и блудствени действия).

[11] **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г. (делото „Наглите“).**

да се търси отговорност и за помагачество в отвличането. Ако обаче това лице се намира например в автомобила по време на превозването на пострадалия, двата възгледа дават противоположни отговори на въпроса дали то ще отговаря по чл. 142а или като съизвършител, а не помагач в отвличането. **Трето**, **решенията са различни и при наличие на придружаващи деянието обстоятелства, които са съставомерни по квалифицираните състави на чл. 142 и/или 142а.** Така например особено мъчителният или опасният за здравето на пострадалия начин и извършването на деянието при условията на домашно насилие квалифицират и двете претъпления, но наказуемостта е по-висока по съставите на чл. 142. Отвличането е значително по-богато на квалифициращи обстоятелства. Ако такива са изпълнени по време на придвижването, квалификацията зависи от възгледа на съда дали в този период се изпълнява отвличане или лишаване от свобода.

Предимство следва да бъде дадено на **първия възглед като по-убедителен**. Според него лишаването от свобода започва от спиране на движението. В основата на разликата с другия възглед стои разбирането за местонахождение[12]. Тъй като автомобилът е средство на престъплението, *той самият не очертава местонахождението* на пострадалия. При съставомерно отвличане последният може да бъде местен и без автомобил, като например бива дърпан, влачен, носен или принудително заставян да се движи сам. Наличието и видът на превозно средство, което не е съставомерен признак на никой от съставите на чл. 142–142а, не може да определя изводите за довършеността на престъплението, а оттам – и неговата квалификация. Критериите за това са само съставомерните признаци относно деянието и резултата. **Движението на пострадалия е действие, при което местонахожението му се променя постоянно до спирането**. Това прави невъзможна квалификацията по чл. 142а, която изисква едновременно бездействие в поведението на дееца и постоянност на местонахождението на пострадалия. Обстоятелството, че формално съставът на отвличането е завършил от промяната на първоначалното местонахождение на жертвата (според фактите това може да е моментът на потегляне или по-ранен, ако например пострадалият е бил влачен до автомобила), не значи автоматично, че след този момент дейността продължава по друг състав (чл. 142а). Такова твърдение не би било вярно и на плоскостта на чл. 142а. *По състав* той е довършен от момента на създаване на пречки пострадалият да напусне мястото, на което принудително е задържан, но няма съмнение, че последвалият период на задържане е относим към квалификацията.

---

[12] Подобни проблеми пораждат противоречия и в чуждестранната практика, в която предмет на значими спорове с драматично отражение върху квалификацията е въпросът дали принудителното местене на пострадалия в рамките на помещение или сграда е съставомерно отвличане. **Sandefer**, David J. To Move or Not to Move? That Is the Metaphysical Question. – *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, no. 8, 2018, pp. 1973–2014.

Спецификата и на двете престъпления е такава, че **след формалното настъпване на довършеността съставите им се изпълняват известно време непрекъснато, създавайки трайно престъпно състояние**. Това очертава продълженото престъпление по чл. 142а поради елемента на бездействие в изпълнителното деяние[13]. Отвличането обаче също създава такова състояние по време на преместването. Обстоятелството, че в качеството си на действие изпълнителното му деяние не може формално да обуслови продължено престъпление, не пречи на това състояние да възникне, да изключи приложението на чл. 142а и да отнесе извършените в хода му признаци към квалификациите по чл. 142 и към индивидуализацията на отговорността за отвличането.

И накрая, не е без значение обстоятелството, че чл. 142 и чл. 142а са уредени с известна субсидиарност на чл. 142а. Той не само се поглъща от чл. 142, но е и по-леко наказуем, и по-беден на квалифицирани състави. Явна е законодателната нагласа наказателноправната защита по раздела да бъде изместена към съставите на отвличането, когато престъпната дейност е изпълнена с едно деяние. Това е допълнителен аргумент против тълкуване, което неоправдано свива приложното поле на отвличането в полза на лишаването от свобода. Прилагането на закона следва да е подчинено на разбиране, което е не само формално логично, но и интуитивно издържано и житейски рационално[14].

Възможно е противозаконно лишаване от свобода да не последва, ако целта на дееца е друго престъпление (напр. изнасилване, убийство) или престъпните намерения се изчерпват с преместването на пострадалия (напр. той е върнат в дома, от който е избягал). В случай на съвкупност с **убийство,** която е мислима само като реална, винаги следва да бъде обсъдена квалификацията по чл. 116, ал. 1, т. 8, предл. 2 НК с оглед възможна цел на дееца да прикрие отвличането, като умъртви отвлечения.

2. Тъй като отвличането е насилствено престъпление, възниква въпросът дали то може да се изпълни **в идеална съвкупност с престъпления с друг или с комплексен обект, които включват в изпълнителното си деяние принуда или от обективна страна изключват съгласието на пострадалия**. Такива случаи са описани в теорията като „**особено множество престъпле-**

[13] **ТР № 3–1971-ОСНК**: „Продълженото престъпление се осъществява само с едно деяние (действие и бездействие или само с бездействие), което продължава трайно и непрекъснато в определено време.“

[14] В практиката се очертава известно разноглсие по въпроса дали е налице противозаконно лишаване от свобода по чл. 142а, ако пострадалият е изоставен в безпомощно състояние (безсъзнателен и/или обездвижен чрез завързване). В **Присъда от 30.05.2012 г. на ОС-Монтана по НОХД № С-52/2012 г**. съдът дал отрицателен отговор, а в **Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г**. – положителен. Такава обстановка и в **Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г**. (пострадалият е изоставен в автомобила си в безсъзнание и завързан, където е случайно открит от свидетел).

ния, което разкрива белезите и на двата вида съвкупности“, като практиката клони към разрешаването им по правилата на идеалната съвкупност[15].

Към тези фактически обстановки са възможни два подхода, като крайният юридически извод и свързаните с него правоприложни последици са еднакви. И двата достигат до извод за съвкупност, като се различават само в преценката за нейния вид.

Според първия, който в по-голяма степен следва принципния подход на ТР № 71–1974-ОСНК, съвкупността е идеална. Критериите за това произтичат главно от възприетото в наказателната доктрина и неоспорено в практиката класическо понятие за деяние като „съзнателен волев акт, предизвикан от определена потребност и проявен външно в действие или бездействие при определени условия на време, място и обстановка, който се осъществява с цел да бъде приспособена съществуващата действителност към нуждите на дееца, на трето лице или на обществото като цяло“[16]. В обсъжданите хипотези изпълнителската дейност съответства на това определение. От обективна страна фактическите признаци на деянието са такива, че в *съчетания си вид* покриват признаците на състави на различни по вид престъпления, като всичките или част от тях са едновременно съставомерни по всички обхванати от съвкупността състави и са изпълнени при единство на субект, време, място и обстановка. В този смисъл съвкупността е идеална и когато всички признаци на деянието изцяло покриват всеки от съставите от съвкупността (пълно фактическо съвпадане), и когато само част от тях едновременно участват в тези състави (частично съвпадане). И в двата случая съвпадането е очертано или от обстоятелството, че съставомерният признак е един и същ (напр. принуда), или от обстоятелството, че макар и различни, съставомерните признаци са получили фактичеко проявление в едно и също поведение (напр. снабдяване с незаконно оръжие като приготовление към убийство). В случаите на частично съвпадане, които именно са в основата на принципните положения по ТР № 71–1974-ОСНК, несъвпадащите признаци са съставомерни само по единия състав, но са фактически съвместими помежду си (не се изключват и не се поглъщат) и функционално свързани със съвпадащите. Такава е хипотезата например на съвкупност между грабеж и изнасилване при съвпадане на признаците на принудата и нейна функционална подчиненост едновременно на отнемането и съвкуплението, като цялата изпълнителска дейност се ръководи от едно решение и се изпълнява при едни и същи условия на време, място и обстановка.

Според втория подход **съвкупността при частично съвпадане на признаци е реална**. Той изхожда от тясно разбиране за идеалната съвкупност,

---

[15] **Стойнов**, Александър. Наказателно право. Обща част. София: Сиела, 2019, с. 417. **ТР № 71–1974-ОСНК**.

[16] **Стойнов**, Александър. Пак там, с. 194 и посочената там литература.

според която тя е налице само когато фактическите признаци на деянието изцяло съвпадат с всички признаци от всеки от съставите на обхванатите от съкупността престъпления. Това разбиране приема, че единството на деянието от обективна страна се нарушава, ако в него са включени признаци, които не са съставомерни едновременно по всички престъпни състави, а само по някои от тях. Тогава субективното единство, очертано от единността на престъпното решение, е без значение за определяне на вида на съвкупността или просто не може да се установи предвид обективната структура на извършеното.

В практиката е трудно да се предположи кой подход преобладава, ако изобщо тя е чувствителна към разликата между тях, тъй като съдебните актове много рядко конкретизират вида на установената съвкупност. В настоящия анализ се застъпва предпочитание към първия подход.

2.1. *На първо място ще бъде разгледана съвкупността на отвличането и грабежа*

Ако цялата изпълнителска дейност е подчинена на едно решение от субективна страна, а принудата от обективна страна обслужва едновременно преместването в пространството и отнемането на движими вещи от владението на отвлечения, е налице идеална съвкупност[17]. Макар отвличането да се довършва още с началната промяна на местоположението на пострадалия, няма пречка деяние, осъществяващо съставите и на двете престъпления, да прояви признаците на отнемането в който и да е момент, докато трае принудата – например, от принудителното вкарване на пострадалия в превозното средство до преустановяването на преместването. Такава е описваната в практиката хипотеза, в която телефонът и други вещи на пострадалия се отнемат в хода на неговото обездвижване и вкарване в превозното средство непосредствено преди потеглянето. Мотивите на извършителите да установят контрол върху контактите му с външния свят не изключват присвоителното намерение и очертават единството на субективната страна.

Съвкупността би била реална, ако грабежът се осъществява на основата на самостоятелно последващо решение. От фактическа страна изпълнителното му деяние започва в по-късен момент и разполага със собствен принудителен механизъм – издърпване на вещта, заплашване или физическо насилие над лицето, което е извън или в допълнение към принудителното преместване. В тези случаи водещ критерий от обективна страна е **появата на такъв нов принудителен акт**, различен от използвания при отвличането, чието функ-

[17] Такава обстановка в **Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г**. Пострадалият таксиметров шофьор е принудително преместен на мястото до шофьорското, а последното е заето от единия съизвършител, който едновременно с тези действия отнема ключовете на автомобила, привежда го в движение и изрича указания към съучастника си да препятства бягството на пострадалия, включително като го удря.

ционално предназначение е да улесни отнемането, а не преместването. Двете деяния – на отвличането и на грабежа – са фактологично разделени, тъй като второто се осъществява в обстановка на принудително преместване в пространството, която отсъства към началото на изпълнението на първото, и която няма функционално участие в състава на първото. Именно по тази причина принудата като елемент от деянието на грабежа се проявява външно в поведение, различно от принудителното преместване. Разликата би се откроила още по-ясно, ако отнемането се осъществява с оглед провеждане на пострадалия в безпомощно състояние, вкл. когато то е възникнло в хода на отвличането[18].

Този конкретен въпрос би имал съществено практическо значение в хипотеза на отвличане при съизвършителство и **грабеж при ексцес** на единия деец.

2.2. *Въпросът донякъде се усложнява, когато отвличането е съчетано с изнасилване, насилствени блудствени действия по чл. 149, ал. 2 и чл. 150 или насилствени хомосексуални действия по чл. 157 НК*

Тези престъпления, които са насочени срещу половата неприкосновеност и половата свобода, се обхващат от понятието „развратни действия“ по смисъла на **чл. 156**, който е специален към чл. 142 и изключва приложението му. В съдебната практика съществува известно противоречие по въпроса дали целта за предоставяне на пострадалия за развратни действия може[19] или не може[20] да обхваща и намерението за лично участие на дееца в тях. Теорията оправдано се солидаризира с второто становище, което е по-разпространено и в правораздаването и по-убедително съответства на значението на думата „предостави“ в българския език[21].

Специалната цел по чл. 156 е ограничена до представи, че деецът предоставя пострадалия във властта на трето лице с оглед последващо извършване на развратни действия с жертвата, които не представляват сексуална експлоатация. Ако в съзнанието на извършителя те имат траен и организиран характер, свързани са с извличане на материални облаги и пр., целта ще прерастне в **експлоатационна.** Това ще обуслови преквалификация на отвличането в насилствено транспортиране като форма на **трафик на хора**, ако деянието е едно. Третото лице, комуто отвлеченият по чл. 156 ще бъде предоставян според замисъла на дееца, може лично да извърши половите действия или

---

[18] Така в **Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г**. След като му е нанесен побой в хода на преместването с автомобила, пострадалият, който е и завързан, изпада в безпомощно състояние, в което от него са отнети негови движими вещи, преди да бъде изоставен от похитителите.

[19] **Р № 472–77–I.**

[20] **Р № 580-82-ВК, Р № 282-83-ВК**.

[21] **Стойнов**, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 213.

на свой ред да предостави пострадалия другиму, като чл. 156 не предполага конкретни знания на дееца по този въпрос, а само общи представи.

Уточнението е важно при преценка за съизвършителство, тъй като *третото лице не участва в отвличането по чл. 156 и може дори да не е конкретизирано в представите на дееца*.

Следователно, когато извършителят, съответно който и да е от съизвършителите на отвличането цели лично да извърши съвкупление, блудство, сношение или действия на полово удовлетворение с отвлечения, целта по чл. 156 няма да е налице[22]. Отговорността ще се носи по чл. 142[23]. Ако половото посегателство бъде осъществено, то ще се яви в **идеална съвкупност с отвличането по чл. 142**. Видът на съвкупността се определя на първо място от единството на престъпното решение, което управлява и отвличането, и половото посегателство, независимо дали последното е започнало по време на преместването или веднага след спирането[24]. От субективна страна **това единство произтича от намерението на дееца за полов акт с пострадалия, което доминира субективната страна на цялата изпълнителска дейност** – то изгражда умисъла на половото престъпление и несъставомерния специален мотив на отвличането. Второ, единството на деянието от обективна страна се определя от непрекъснатостта на принудата, която служи както за преодоляване на несъгласието за преместването в пространството в началото на изпълнителската дейност, така и за участието в половите действия[25]. Обстоятелството, че преместването и половите действия не се осъществяват едновременно, а последователно, не променя вида на съвкупността. Допълнителен аргумент е единността на условията на време, място и обстановка.

Съвкупността би имала друга структура, **когато отвлеченото лице е и противозаконно лишено от свобода по начин, който очертава самостоятелно деяние в реална съвкупност с отвличането, и през време на това престъпление са извършени насилствените полови посегателства**. Описаните в съдебната практика фактически обстановки от този вид дават осно-

---

[22] Такава обстановка по **Присъда № 68/03.07.2013 г. на ОС-Варна по НОХД № 100/2013 г**. – Двамата съизвършители направили опит да отвлекат първата пострадала и успели да отвлекат и изнасилят втората. Отвличанията са квалифицирани по чл. 142 от НК.

[23] Изводът е същият и при намерение на дееца едновременно за лично участие в развратните действия и за предоставяне на пострадалия другиму за такива действия, тъй като съставомерната цел по чл. 156 е формулирана ограничително. В описваната хипотеза тя ще се яви индивидуализиращ мотив в субективната страна по чл. 142 от НК.

[24] Такава обстановка в **Присъда № 3/12/02.2014 г. на ОС-Русе по НОХД № 7/2014 г**. Съизвършителите вкарали принудително пострадалата 18-годишна девойка в автомобила си, закарали я в гора и там (извън автомобила) последователно осъществили с нея насилствени блудствени действия и съвкупление.

[25] В този смисъл е анализът на квалификацията в **Р № 230/19.06.2015 г. по НД № 398/2015 г. на III НО на ВКС**.

вание за извод, че в тях преобладава отношение на реална съвкупност между половите действия помежду им (ако изпълняват състави на едно и също престъпление, че образуват продължавано престъпление) и спрямо отвличането и идеална съвкупност между всяко от сексуалните посегателства (съответно продължаваното престъпление) и противозаконното лишаване от свобода[26]. Това следва от относителната самостоятелност на решенията за всяко от половите посегателства от една страна и от непрекъснатостта на противозаконното лишаване от свобода, което определя продължена обстановка на принуда (в тези случаи траеща с дни), в която се осъществяват тези посегателства.

2.3. Когато пред отвлечения е поставено условие да извърши акт на имуществено разпореждане в полза на извършителя или на трето лице, който би нанесъл имотна вреда на пострадалия или другиму, отвличането е с **користна цел** по смисъла на чл. 142, ал. 2, т. 7 НК и в съвкупност с **изнудване** по чл. 213а–214 НК. Така например отвлеченият може да бъде заплашен, че няма да бъде освободен, ако не изпълни имуществените искания на похитителя (чл. 213а), а може да бъде и физически заставен да извърши разпореждането (чл. 214), в който случай изнудването е резултатно. В типични хипотези отвлеченият е постоянно преместван с оглед организацията по осъществяване на имущественото разпореждане и освободен едва след него (съвкупност с чл. 214)[27].

Отново, съвкупността ще бъде идеална, когато отвличането и изнудването са обхванати от единно решение. От гледище на типичния замисъл на извършителя, отвличането е функционално подчинено на изнудването, доколкото с него се изразява или чрез него се засилва противоправното въздействие върху волята на пострадалия като елемент от изнудването. Оттук, принудата участва едновременно в съставите на отвличането и изнудването. От обективна страна заплашването по чл. 213а, съответно принуждаване по чл. 214 може да започне непосредствено преди, едновременно със или непосредствено след началото на принудителното преместване в пространството[28]. В такъв пример пострадалият е заплашен с пистолет и уведомен за намеренията и исканията на дееца веднага след като доброволно е влязъл в автомобила, с който е отвлечен[29]. В тези случаи заплашването с оръжие или по друг начин, физическото обездвижване или създаването на други физически пречки пред свободното придвижване на пострадалия (заключване на вратите на автомо-

[26] **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.**

[27] **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.**

[28] **Р № 548–2013-I**. В съобразителната част се развива анализ на механизма на чл. 213а и чл. 214.

[29] **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.**

била, движение с висока скорост, поставяне на пострадалия между други пътници) обслужва едновременно принудителността на преместването при отвличането и на мотивирането към имуществения разпореждане в съставите на изнудването. Хипотезата ще е налице и когато заплашителните, съответно принудителни действия, ограничаващи и възможността за свободно придвижване, се извършат по време на движение с превозно средство, започнало със съгласието на пострадалия.

Съвкупността ще е реална, когато двете престъпления са подчинени на отделни и независими решения, в който случай искането за имуществено разпореждане е придружено с нов принудителен акт, а освобождаването на отвлечения може да не е функционално обвързано с изпълнението на искането[30].

Когато отвличането е субективно и обективно подчинено на цел пострадалият да бъде мотивиран да изпълни свое имуществено задължение (а не да поема такова за в бъдеще), съвкупността е с **принудително самоуправство по чл. 323, ал. 5 НК**[31]. Няма значение по каква причина пострадалият е отказвал доброволно изпълнение – дали поради обективна невъзможност, поради непризнаването на дълга или без основание.

Внимание изисква и самият акт на разпореждане. Ако например отвлеченият е длъжностно лице, което е принудително заставено да извърши разпореждане с имущества, връчени му в служебното му качество, от обективна страна ще е налице **длъжностно присвояване**, извършвано чрез механизъм на посредствено извършителство или в което извършителят на отвличането участва като подбудител[32]. Аналогично, ако поведението представлява нарушение или неизпълнение на служебни задължения на пострадалия или превишаване на негови права или власт, от които настъпват вреди, съставомерни по **чл. 282 и сл**. от Наказателния кодекс.

---

[30] Такава обстановка в **Присъда № 84/17.10.2014 г. на ОС-Търговище по НОХД № 176/2014 г**. Двете извършителки отвлекли пострадалата. Когато към тях се присъединил третият съизвършител, той за първи път поставил пред отвлечената искане да плати 500 лева, като придружил искането с удари през лицето и заплашване с полово посегателство.

[31] **Р № 55–2005-I**. Подобна фактическа обстановка в **Присъда № 13/08.02.2016 г. на ОС-Русе по НОХД № 580/2015 г**. (по-долу), **Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г**. (Извършителите погрешно предположили, че пострадалите непълнолетни деца са откраднали техни вещи от гараж, отвлекли ги извън населеното място и с побой ги принудили да се признаят за виновни, след което ги завързали за електрически стълб и ги изоставили. В мотивите си съдът основателно отбелязал, че на подсъдимите е спестено обвинение по чл. 323, ал. 5 от НК).

[32] **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.**

3. Когато отвличането е съставомерно по чл. 142, ал. 3, т. 5 НК, въпросите на съвкупността с друго насилствено престъпление се усложняват

По този състав отвличането е двуактно престъпление. Изпълнителното деяние се състои от отвличане и поставяне пред трето лице на условие за освобождаването на отвлечения. Двата акта определят и двата предмета на престъплението – отвлечения и адресата на условието, винаги различен от отвлечения, като и двамата имат качеството пострадал[33]. Първият акт предхожда втория или поне започва преди него. Съставът е довършен, когато трето лице узнае съдържанието на условието. Ако деецът е изпратил съобщение с условието, но то още не е възприето от никого, ще е налице опит.

В граничната хипотеза **третото лице е узнало за отвличането и че освобождаването е под условие, но все още не е узнало съдържанието на условието**[34]. Ако деецът изисква от това лице да предприеме определени действия, за да го узнае – например, да открие писмена бележка или телефон, чрез който да получи съобщение – според конкретната фактология те могат да се интерпретират като част от поведението в изпълнение на условието, а указанията на дееца, вкл. за въздържане от контакт с правоохранителните органи – като част от самото условие. В тези случаи довършеността настъпва още преди третото лице да възприеме – изцяло или частично – същинските искания на похитителя.

Ако след поставяне на условието местонахождението на пострадалия бъде променено чрез ново принудително преместване, ще възникне ново деяние с квалификация по някой от съставите на чл. 142, различен от чл. 142, ал. 3, т. 5, тъй като условието вече е поставено. Това ново отвличане може да образува **продължавано престъпление** с деянието по чл. 142, ал. 3, т. 5. Продължавано изпълнение само на квалифицирания състав по чл. 142, ал. 3, т. 5 е възможно, ако при всяко преместване се поставят допълнителни условия, но не и ако само се преговаря с третото лице по изпълнението на първоначалното условие.

3.1. ***В периода между първия акт и довършването на състава по чл. 142, ал. 3, т. 5 е възможно пострадалият да претърпи и друго посегателство***. Когато цялата престъпна дейност е единна и подчинена на едно престъпно решение, могат да се образуват идеални съвкупности, освен ако отвличането поглъща изцяло другото престъпление или изцяло липсват съвпадащи признаци на деянията от обективната страна. Тези случаи са с факти-

---

[33] Вж. аналогична теза относно чл. 143а от НК у Стойнов, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 157.

[34] Такава фактология по **НОХД № 93/2013 г. по описа на ОС-Перник („Мирослава“) и НОХД № 4529/2010 г. по описа на Софийски градски съд** („Наглите“).

ческа и правна сложност и изискват висока чувствителност към фактическите подробности при дейността по квалифициране.

3.1.1. В най-типичната хипотеза, в която след поставянето на условието свободата на придвижване на отвлечения продължава да бъде ограничена, възниква конкуренция между различни състави на **отвличането** от една страна и **чл. 142а** и **задържането на заложник по чл. 143а** от друга според това в кой момент бъде поставено условието пред третото лице.

Ако условието бъде поставено още при преместването на пострадалия, който впоследствие бъде противозаконно задържан на дадено място, съвкупността е реална и ангажира чл. 142, ал. 3, т. 5 и чл. 142а. Изпълнителното деяние по чл. 142а започва с установяването на пострадалия на определено местонахождение под контрола на дееца – упражняван лично или чрез другиго (съучастник или посредствен извършител). Тъй като условието вече е поставено, новото деяние не е съставомерно по чл. 143а НК.

Ако след отвличането и преди поставянето на условието пострадалият бъде противозаконно лишен от свобода, е мислима **съвкупност между състав по чл. 142 с проста структура на изпълнителното деяние и задържане на заложник по чл. 143а, която отново е реална**.

В съдебната практика липсва такова диференциране. Тя се насочва или към квалификация само по чл. 142, ал. 3, т. 5[35], или към реална съвкупност

---

[35] Вж. напр. **Присъда от 30.05.2012 г. на ОС-Монтана по НОХД № С-52/2012 г.**, потвърдена от горните инстанции. На 29.04.2011 г. деецът спрял принудително автомобила на двамата пострадали (негови съседи, чийто син деецът мислел за заможен), като оставил автомобилна гума на пътя, проникнал в превозното средство и със заплаха с пневматичен пистолет заставил пострадалия да кара до предварително подготвено място в гората. След като узнал, че пострадалите не носят у себе си телефони, чрез които смятал да поиска от сина им откуп, се ядосал силно, завързал ги, оставил ги под надзора на един от пристигналите междувременно съучастници, комуто оставил пистолета, и заедно с другия тръгнали да купят карта за уличен телефон, от който да се свържат със сина и да му поискат намислените 250 000 лева. При проведените два разговора обаче деецът поискал 400 000 лева, за да остави отвлечените живи, като указал час и място на плащане. Съучастникът проявил недоволство от увеличаването на сумата, което според него би затруднило плащането ѝ. В последвалите разговори синът повел преговори за освобождаване поне на единия отвлечен, който да изтегли от влоговете си, тъй като парите на сина били вложени в бизнеса му и не били в наличност. Междувременно подал сигнал в ГДБОП. След като получил указания да си ходи, третият съучастник оставил пострадалите сами. Те успели да се отвържат и да тръгнат пеша към дома си. По пътя срещнали свой съсед, който ги откарал. Когато се прибрали, пострадалата се обадила на сина си. Извършеното е квалифицирано по чл. 142, ал. 3, т. 5, вр. с ал. 2, т.1, т. 2 и т. 5. Пропусната е користната цел по чл. 142, ал. 2, т. 7. Задържането на пострадалите в гората не е получило самостоятелна квалификация.

Аналогично, **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г**. Фактологията описва принудителен престой на пострадалите в хотелски стаи в периода на престъпната дейност 12–13.08.2010 г. Подобно в **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г.** („Наглите“) – всеки

от чл. 142, ал. 3, т. 5 и чл. 142а независимо от това кога деецът поставя условието[36].

Важно е да се отбележи, че чл. 142, ал. 3, т. 5 и задържането на заложник по чл. 143а са в същото съотношение като отвличането и противозаконното лишаване от свобода. **Изпълнителните им деяния се поглъщат и изключват идеална съвкупност.** Когато деянието е едно, то е съставомерно по чл. 142, ал. 3, т. 5 НК. Реална съвкупност е възможна, ако след довършването на престъпление по чл. 142, ал. 3, т. 5 и по време на противозаконното лишаване на отвлечения от свобода пред същото или пред друго трето лице бъде поставено самостоятелно условие, различно от поставеното при отвличането.

3.1.2. Ако изпълнителската дейност, подчинена на едно решение, включва признаците на **принудително преместване в пространството, поставяне на условие пред трето лице и умъртвяване на пострадалия, квалифика-**

от многобройните пострадали е държан между 11 и 48 дни в обездвижено положение в помещение под постоянния надзор на извършителите, но за тази дейност не е повдигнато обвинение по чл. 142а НК.

[36] **Присъда № 13/08.02.2016 г. на ОС-Русе по НОХД № 580/2015 г**. – На 15.09.2014 г. двама братя, двамата им непълнолетни сина и съпругата на единия брат отвлекли съпругата на първия братовчед на съизвършителката. Поводът бил развален годеж на дъщерята на пострадалата със син на съизвършителката и съпруга ѝ, при който като родители на годеника те били платили 23 000 лева на пострадалата и мъжа ѝ и настоявали да им бъдат върнати или парите, или момичето. Семейството на годеницата отказвало и двете. Когато сутринта на 15.09.2014 г. петимата извършители узнали, че девойката се омъжила за трето лице, решили да отвлекат майка ѝ или друг член на семейството и да поискат дължимата им сума като откуп. Докато обикаляли с два автомобила, видели пострадалата и принудително я вкарали в единия. Единият деец я заплашил, че ако семейството ѝ не плати 20 000 лева, няма да я върнат, а той ще я изнасили. Съизвършителката със сила отнела телефона и портмонето ѝ. Пострадалата била отведена и заключена в стая в непозната за нея къща под надзора на петимата. Извършителката отговорила на повикване на телефона на пострадалата от дъщеря ѝ и я осведомила, че майка ѝ е при тях и ще бъде освободена срещу сумата от 20 000 лева. Същото казала и в разговор със съпруга на пострадалата. След това пострадалата била закарана принудително до постройка в гора, където част от извършителите останали да я пазят, а другите се отправили към селото си, за да получат откупа. Пострадалата била освободена след намесата на членове на двете семейства. Извършеното било квалифицирано като реална съвкупност от отвличане по чл. 142, ал. 3, т. 5, вр. с ал. 2, т. 2 и т. 7 и противозаконно лишаване от свобода по чл. 142а, ал. 1 НК, а за съизвършителката – и грабеж по основния състав. Продължаваният характер на отвличането и противозаконното лишаване от свобода, обусловен от смяната на мястото, на което пострадалата била принудително държана, не е разпознат. Липсва и обвинение за самоуправство с оглед опита на извършителите самоволно и не по установения ред да упражнят правото си да им бъде върната парична сума. Присъдата е потвърдена изцяло с **Решение № 102 / 8.06.2016 г. на АС-В.Търново по ВНОХД № 83/2016 г., изменено относно наказанията с Р № 201–2016-II**.

цията зависи от хронологичното им подреждане. Единството на решението може да се прояви например при планирането, ако е видно, че деецът се подготвя както да отвлече и да постави условие (предварително подготвяне на текст на съобщение и начин на изпращане), така и да умъртви (набавяне на оръжия, на средства за укриване на тялото, изкопаване на гроб или подготовка на средства за изкопаване). То може да личи и от сценария на изпълнителската дейност. Въпросът за вида на съвкупноста в този случай се решава изцяло на плоскостта на обективната страна.

Първо, съвкупността между който и да е състав на отвличането и който и да е състав на умишленото убийство **би могла да бъде само реална**, въпреки възможността и двете да се управляват от едно престъпно решение. Това следва от разликата в обективните признаци на изпълнителните деяния, сред които няма съвпадащи, т.е. липсва признак, който да участва и в двата състава. Също така липсват признаци, принадлежащи към различните състави, които да могат да се проявят в едни и същи факти. Умъртвяването е въздействие върху тялото на пострадалия от естество да причини мозъчна смърт, което може да се изпълни и с бездействие и има за резултат смъртта на убития. Умъртвяването не включва, не предполага и не е фактически изпълнимо чрез преместване в пространството, нито с принудително въздействие върху волята на жертвата. Отвличането от своя страна никога не застрашава живота на отвлечения. Признаците на изпълнителните деяния на отвличането и убийството могат да се изпълнят само последователно, при задължително времево предимство на тези на отвличането. Неговите признаци ще станат неизпълними, ако убийството е извършено. Обърната хронология е възможна само при някои хипотези на недовършеност на убийството. Това е сред аргументите защо при отвличане и убийство на едно лице убийството не може да се извърши с цел улесняване на отвличането по чл. 116, ал. 1, т. 8, предл. 1 НК.

Самото отвличане обаче може да се яви в идеална съвкупност с приготовление към убийство по чл. 117 НК.

Второ, ако умъртвяването започне след като условието е поставено пред третото лице, съвкупността ще се образува между чл. 142, ал. 3, т. 5 и съответния състав на убийството.

Ако обаче отвлеченият бъде умъртвен преди съставът на чл. 142, ал. 3, т. 5 да се довърши, отвличането вече не може да се квалифицира по него поради погиване на единия му предмет. Деецът не би могъл да постави пред третата страна условие за освобождаването на отвлечения, тъй като отвлечен вече не съществува и не би могло да бъде освободен. Оттук, макар технически извършителят да може да заблуди адресата на условието, съзнанието, че няма кого да освободи, разгражда умисъла за престъпление по чл. 142, ал. 3, т. 5. Ако пред трето лице бъде поставено искане с лъжливото обещание, че при изпълнението му отвлеченият ще бъде освободен, то може да очертае съста-

вомерност по трети вид престъпление (напр. принуда, изнудване) в реална съвкупност с отвличането и убийството.

Граничната хипотеза е умъртвяване на пострадалия веднага след като третото лице е узнало, че той е отвлечен и че похитителят поставя условия за освобождаването му, но все още не е възприело самото условие (съобщението е предадено в телефонен разговор и съдържа указание къде третото лице да намери информация за условието)[37].

Трето, включването на умишлено убийство в изпълнителската дейност почти винаги ще бъде подчинено на целта да бъде прикрито отвличането, съставомерна по чл. 116, ал. 1, т. 8, предл. 2. Ако условието по чл. 142, ал. 3, т. 5 очертава **користна цел** и решението за отвличането и за убийството е едно, няма пречка същата цел да квалифицира и убийството, тъй като цялото деяние се ръководи от единен замисъл. Тя няма да изключи целта за прикриване по чл. 116, ал. 1, т. 8, предл. 2, тъй като двете са съвместими. Аналогично, ако цялата изпълнителска дейност е замислена при предварителен умисъл, той ще квалифицира убийството по чл. 116, ал. 1, т. 9. Натрупването на квалифициращи признаци отегчава отговорността и може да обуслови извод за изключителна тежест на убийството по смисъла на чл. 38–38а НК.

3.2. За съставомерността по чл. 142, ал. 2, т. 3 няма значение дали **условието** е изрично адресирано до конкретно лице или общо насочено към група лица, както и дали то е възприето от намисления от дееца адресат или от другиго. Без значение е и начинът на предаване на съобщението, както и неговото съдържание – дали условието е едно или повече, дали е изпълнимо, дали е дължимо от третото лице, дали възлага осъществяване на полезна и правомерна дейност или на правонарушение, дали е действие или бездействие, дали се иска лично поведение на просто извършване или доставяне на резултат и пр. Тези обстоятелства, както и фактическото изпълнение на условието от третото лице са относими към индивидуализацията.

Все пак, механизмът на двуактното престъпление по чл. 142, ал. 3, т. 5 предполага функционална връзка между двата акта от изпълнителното деяние, по силата на която **отвличането на пострадалия е предназначено противоправно да мотивира адресата на условието да изпълни искането на дееца против волята си**[38]. Обвързаността на изпълнението на условието

[37] При такава фактология е приета квалификация по чл. 142, ал. 3, т. 5, вр.ал. 2, т. 2, т. 3 и т. 7, чл. 116, ал. 1, т. 5, т. 6, т. 8, т. 9 НК (**Присъда № 22/12.06.2013 г. на ОС-Перник по НОХД № 93/2013 г.**).

[38] Аналогично по чл. 143а. Вж. подробности у Стойнов, Александър. Наказателно право. Особенае част. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 159–160 – „дееецът, лишавайки от свобода единия пострадал, използва така създаденото трайно престъпно състояние за **въздействие върху друго лице**, целейки да го мотивира към определено поведение. Последното е **условие за прекратяване** на вече създаденото престъпно състояние.“

с освобождаването на отвлечения е насочена да гарантира съдействието на третото лице, което няма други мотиви да сътрудничи на извършителя. Тази връзка е и хронологична. Деецът **търси изпълнение на условието преди освобождаването на отвлечения**, поради което няма как самото освобождаване да е необходима обективна предпоставка за изпълнението. Така например, простото нареждане третото лице, узнало за отвличането не с оглед поставено пред него искане, да не разкрива за извършеното, не е условие по смисъла на чл. 142, ал. 3, т. 5, особено ако е поднесено в заплашителна форма[39]. То може най-много да очертае съставомерна **закана**. Първо, такова изискване не се намира във функционална зависимост с освобождаването и в действителност не е окончателно изпълнимо преди това. Второ, отвличането очевидно не е предприето като стратегия за мотивиране на третото лице към изпълнение на такова условие – ако извършителят не желае адресатът да разгласява отвличането на пострадалия, несъмнено би постигнал това, като просто не го отвлича.

Няма пречка **условието да се оформи в представите на дееца в хода на самото отвличане, особено ако изпълнителската дейност се развие по неблагоприятен за дееца начин**. Такива примери са искане за осигуряване на коридор за бягство от органите на реда, които се намират на местопрестъплението по сигнал за похищение, безпрепятствено достигане до крайна дестинация или прояви на снизхождение и отстъпки в предстоящия наказателен процес или действия по задържане под стража, след като отвличането е било разкрито; за отстраняване на различни пречки, появили се по време на отвличането и пр.[40] В тези случаи деянието най-често е започнало като отвличане с просто по състав изпълнително деяние, но поради възникването на усложнения или потребности от съдействие, върху които трето лице според дееца може да влияе, той се насочва към поставяне на условие и така престъпната дейност ескалира в отвличане по чл. 142, ал. 3, т. 5. В тези хипотези **първоначалният замисъл на дееца да отвлече пострадалия е подчинен на мотиви, различни от противоправно въздействие върху поведението на трето лице**. Такъв би бил случаят, ако деецът е целял да изнуди отвлечения да се разпореди със свое имущество, но поради появата или узнаването на пречки (отвлеченият няма достъп до активите си, деецът погрешно го е мислел за заможен и др.), имуществената претенция се пренасочва към ближен на отвлечения, като освобождаването на последния се поставя в зависимост от удовлетворяването ѝ.

---

[39] Вж. **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.**, в която е прието, че условието за освобождаването на единия отвлечен, поставено пред другия отвлечен след собственото му отвличане, е да не разкрива отвличането на първия.

[40] За пример от този вид виж **Присъда № 22/18.04.2013 г. на ОС-Сливен по НОХД № 105/2013 г**. в контекста на квалификация по чл. 143а НК.

Възможно е изпълнението по квалифицирания състав по чл. 142, ал. 3, т. 5 да започне с **представи за алтернативни условия**. Деецът има конкретно формулирани в съзнанието си различни условия с намерение да постави само едно от тях. Кое точно условие ще бъде поставено, как или пред кого ще зависи от развитието на престъпната обстановка, която деецът е пронозирал и обмислил с вариации. Различните условия най-често са прикрепени към тези различни варианти. Такава структура на субективната страна е индикатор за **неопределен пряк умисъл** по този състав, а не за субективна несъставомерност. Умисълът не е условен, тъй като *поставянето на условие* не зависи от настъпването на бъдещо несигурно събитие – неопределеността се отнася само до съдържанието му или до самоличността и броя на адресатите, но не и до това дали условие ще бъде поставено.

Ако деецът предвижда вариант, при който *изобщо не достига до поставяне на условието*, което е намислил, умисълът ще е **условен пряк** по чл. 142, ал. 3, т. 5. Ако в тази хипотеза условието се предвижда с вариации, няма пречка умисълът да бъде неопределен условен. Ако до поставяне на условието не се стигне, тъй като предпоставките за него не са се осъществили според замисъла на дееца, ще е налице опит към престъпление по чл. 142, ал. 3, т 5. Тъй като поставянето на условието е елемент от изпълнителното деяние, опитът ще бъде недовършен.

По повод задържането на заложник по чл. 143а НК е изразено разбирането, че престъплението ще образува **реална съвкупност с последваща принуда по чл. 143**, ,,ако адресатът на условието осъществи противно на волята си поведението, което е условие за освобождаване на заложника“[41]. Самостоятелният характер на принудата е очертан от обстоятелството, че поведението на третото лице не е част от състава на чл. 143а, но е резултат по чл. 143. Аналогично следва да се разсъждава и при започнало изпълнение на условието от третото лице по чл. 142, ал. 3, т. 5 НК.

Ако **изпълнението на условието е съставомерно**, може да се търси (идеална) съвкупност на отвличането по чл. 142, ал. 3, т. 5 с наказуемо подбуждане към друго престъпление (например, към лъжесвидетелство по чл. 293 или към война по чл. 98). Ако третото лице пристъпи към изпълнение, поведението му е обективно съставомерно и извършителят на отвличането ще носи отговорност най-малкото като подбудител, ако не и като посредствен извършител.

Условието само по себе си може да очертае терористична цел по чл. 108а и да доведе до преквалификация на извършеното като **тероризъм**, ако например деецът цели чрез отвличането да принуди орган на власт, представител на обществеността, на чужда държава или на международна организация към поведение в това му качество. Ако поставянето на условието съдържа невер-

[41] **Стойнов**, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 160.

ни твърдения, те на общо основание могат да се преценяват от гледище на клевета, набедяване, измама и др.

Ако условието е **свързано с имуществено разпореждане от страна на третото лице** (плащане на парична сума, опрощаване или поемане на парично задължение, прехвърляне на имущество и пр.), отвличането ще бъде квалифицирано и с оглед користна цел, но ще възникне и **съвкупност с изнудване** на третото лице.

Интерес в такива случаи представлява **изменението на условието в процеса на изпълнението му от адресата**. Първо, възможни са преговори, провеждани успоредно на изпълнението и изменящи съдържанието на исканията – промяна в срокове и начин на изпълнение, преминаване към изпълнение на части, приемане на друг вид престация вместо първоначалната (вещ вместо пари), изпълнение с участие на допълнително привлечени трети страни. Към тази група спада последващо указание към третото лице да плати не пряко на извършителите, а на посочена от тях неправителствена организация чрез официално публично дарение[42]. Второ, възможно е промяната да се дължи на обективна невъзможност за изпълнение. В типичната хипотеза деецът наценява възможностите на третото лице, греши правните последици от исканото поведение, съобразява със закъснение рискове, които изпълнението на условието носи за него и пр. Възможно е деецът да е поставил условие, чиято обективна неизпълнимост съзнава, но прекомерността е част от стратегия за извличане на максимално изпълнение или за допълнителен психически натиск върху третото лице. Колкото условието е по-трудно, сложно или бавно за изпълнение, толкова по-вероятно е да бъде променено. Промяната може да се изразява както в отстъпки от страна на дееца, който се съгласява с по-малко от първоначалното, така и в поставяне на нови или по-тежки искания. Тази динамика винаги има наказателноправно значение за индивидуализацията, но съществено утежняване на условията или насочването им към нови трети лица може да очертае и нови престъпления.

Когато с условието се търси имуществено разпореждане, отстъплението към по-скромен откуп поради обективна неизпълнимост на първоначално поискания няма да обуслови отказ от довършване на изнудването с предмет първоначално поисканото поради отсъствие на елемента на доброволност. Неполучаването на цялата поискана сума обаче може да се квалифицира и като опит към изнудване за по-голямото.

За съставомерността няма значение дали и какви вещни, облигационни или други правоотношения има или деецът счита, че има между него и пострадалия или трети засегнати лица. Убеждението на дееца, че му се дължи, е значимо за преценката на мотивационния механизъм на извършеното и за

[42] **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г**. (делото „Наглите“).

индивидуализацията на отговорността, но не се отразява на извода за користна цел или за наличие на условие за освобождаване[43]. То може да има значение за квалификацията обаче, ако се обсъжда **съвкупност със самоуправство по чл. 323 НК**. Тя може да възникне и като идеална, ако отвличането е функционално подчинено на стратегия третото лице да бъде мотивирано да изпълни свое действително или предполагаемо задължение към дееца или към трето лице.

Когато условието е придружено със или поставянето му е последвано от **заплаха, че при неизпълнение или непълно или забавено изпълнение на отвлечения ще бъдат причинени конкретни злини,** може да се обсъжда съвкупност със **закана по чл. 144**, ако третото лице и отвлеченият са ближни[44]. За нейната съставомерност е достатъчно деецът да обективира намерение за престъпно засягане на личността на отвлечения, като не е необходимо последният да го е възприел[45]. Пострадало от престъплението е третото лице, у което е възбуден основателен страх от осъществяване на заканата. Това деяние е самостоятелно и признаците му не се поглъщат нито от тези на чл. 142, ал. 3, т. 5, ако е извършено успоредно с престъплението по този текст, нито от съставите на чл. 142а, ако заканата е отправена например в хода на преговорите с третото лице, докато отвлеченият е противозаконно лишен от свобода. Изпълнението на заканата чрез нанасяне например на **телесни повреди** на пострадалия (напр. травматично ампутиране на пръсти и ушни миди[46], вадене на зъби и др.) винаги е самостоятелно престъпление в реална съвкупност с останалите.

4. Внимание заслужават и някои квалифициращи признаци по чл. 142, ал. 2 и 3 НК.

4.1. На първо място, отвличането **в условия на домашно насилие** по чл. 142, ал. 2, т. 5а е нов състав, по който към момента отсъства съдебна практика. Квалифициращият признак е не особено ясно формулиран, което налага тълкуването му за улеснение на предстоящото правоприлагане по него. Нормата е бланкетна само по отношение на понятието „домашно насилие“, за което препраща към дефинициите по ЗЗДН и други национални и наднационални актове и стандарти. Съставомерният признак обаче е по-широк, тъй като се

---

[43] В този смисъл **Присъда № 13/8.02.2016 г. на ОС-Русе по НОХД № 580/2015 г**. Мотивът на престъплението е убеждението на извършителите, че пострадалите им дължат връщане на сума пари.

[44] Такава обстановка по **НОХД № 93/2013 г. по описа на ОС-Перник** („Мирослава“).

[45] **Р № 544–1997-I**.

[46] **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г**. („Наглите“).

отнася до „условия“ на домашно насилие, което характеризира обстановката на извършване на деянието, а не само или непременно личните отношения между дееца и отвлечения.

Домашното насилие не е еднократна, случайна или изолирана проява, а **устойчива поведенческа стратегия**, характеризираща *в цялост* семейни и подобни на тях отношения (родители-деца, съпрузи, близки роднини, партньори във фактическо съжителство). Тъй като е обусловено от определена етика и нагласи, то подчинява цялостното поведение на дееца в тези отношения на доминиращ мотивационен механизъм. Оттук това насилие е системно, тъй като се проявява при повтарящи се поводи. Ако те са чести и разнообразни, ако са втъкани в монотонно ежедневие и ако насилническите инциденти са относително продължителни по изпълнение и последици, насилието може да очертае и **продължена обстановка на принуда**.

В домашното насилие доминира емоционалното насилие, тъй като явлението се разгръща при висока емоционална натовареност на отношенията между страните, но при отсъствие на автентична взаимност, зачитане, внимание, споделени цели и ценности, уважение, загриженост и любов. Тези преживявания са заместени с травматични насилствени прояви, конфликти и емоционално страдание. Тъй като от обективна страна домашното насилие се характеризира с ескалираща динамика, всяка от страните може да премине към съставомерно поведение, очертаващо други видове насилие. Такава е именно хипотезата на отвличане.

От обективна страна признакът по чл. 142, ал. 2, т. 5а предполага отношения на домашно насилие между дееца и пострадалия. Отвличането е елемент от динамиката в тези отношения, а мотивационният механизъм е обвързан с поводите, при които то се обостря (прием на алкохол, битов конфликт, ревност и др.). При насилствено интимни отношения отвличането типично принадлежи към стратегия за избягване на раздяла, принудително възстановяване на връзката след предизвикана не от дееца раздяла и дори принудително създаване на връзка.

Мотивите на конкретното отвличане обикновено са комплексни и по правило включват мотивите и емоциите, генериращи самото домашно насилие. Преобладават субективни влечения за доминиране и контрол, за себеутвърждаване, за наказване и отмъщение, за назидаване и възпитаване, вкл. насилствено нормиране на поведението на пострадалия. Емоционалният терен включва разнообразни афектни състояния като ревност, раздразнение, нетърпимост, гняв, (страх от) отхвърляне, изоставяне, обезценяване и други малоценностови преживявания, от обсебване, от увреждане и други. Богатството на субективната страна винаги влияе на индивидуализацията, като може да бъде източник и на значими смекчаващи обстоятелства, тъй като описаните преживявания са мощни поведенчески фактори.

За целите на адекватното правораздаване трябва дебело да се подчертае, че макар субективната страна да изобилства на прояви на психично страдание за дееца, тя има агресивна основа и **не включва** привързаност, загриженост, отдаденост, ориентация към благосъстоянието и щастието на насрещната страна, дори деецът субективно да вярва, че се ръководи от такива възвишени и благородни чувства и намерения. В типичния случай той няма опит с тях, не ги разпознава и не ги отграничава от насилствено-травматичните. Тези въпроси винаги следва да се изясняват с експертиза.

В съдебната практика отпреди влизане в сила на чл. 142, ал. 2, т. 5а се срещат относими към квалификацията случаи. В тях отвличането е по повод криза в интимни отношения и е мотивирано от желанието на дееца (едноличен извършител, съизвършител или подбудител) да възстанови съжителството и да накаже пострадалата за това, че го е напуснала, да предотврати възникването на интимна връзка със съперник или да преутвърди контрола си по повод нейна действителна или предполагана от него проява на неподчинение[47]. Множествената мотивация по тези случаи не е разпозната, като в някои от тях съдът се е подвел да интерпретира отношението на дееца като проява на привързаност[48].

---

[47] Такава обстановка в **Присъда от 28.05.2014 г. на ОС-Враца по НОХД № 77/2014 г., Присъда № 3/10.02.2015 г. на ОС-Кюстендил по НОХД № 439/2014 г**. (Пострадалата избягала от дееца, който физически я малтретирал. Придружен от свои и нейни роднини той открил местонахождението ѝ и принудително я качил в автомобила си); **Присъда на АС-Пловдив по ВНОХД № 252/2016 г**. (Пострадалата се разделила с дееца след 5-годишна връзка заради неговото агресивно, обидно и нестабилно поведение и честата употреба на алкохол, но той продължил да я търси, следи, причаква при излизания, да я заплашва и да провокира конфликти. Бил осъден за разрязване на гумите на автомобилите на пострадалата и нейни близки. Отвличането било извършено нощем след преследване с автомобил, причинило излизане на автомобила на пострадалата от междуградски път и продължило и след привеждането на колата в движение с помощта на преследващия деец. След като пострадалата спряла пред сграда, която погрешно възприела за полицейско управление, деецът принудително я извел от автомобила ѝ, вкарал я в своя и потеглил. След време спрял и опитал да я склони към възобновяване на връзката им, като ѝ нанесъл удари и я заплашил, че ще я остави за няколко дни заключена в автомобила, като се обосновал неясно с убеждение, че тя го лъже и се готви да му изневери. След изпадането ѝ в безсъзнание потеглил към болница. Бил спрян от пътен патрул, който придружил двамата до болницата).

[48] **Присъда № 8/27.02.2014 г. на ОС-София по НОХД № 687/2012 г**. (След като съдът установил, че деецът системно малтретирал пострадалата и в процесната вечер бил особено агресивен и заканителен, поради което тя се страхувала да се прибере и стояла в автомобила си, отказал квалификация за особена жестокост на отвличане, придружено с множество удари по главата и тялото. Според съда деецът не бил проявил жестокост. „В подкрепа на това са добрите характеристични данни за дееца, както и дългогодишната интимна връзка между пострадалата и подсъдимия, неговата привързаност и чувствата му към нея“).

При изследване на границата на квалификацията по чл. 142, ал. 2, т. 5а се поставя въпросът дали тя ще е налице, ако отвличането е извършено не между страните в насилническото отношение, а *от* трета страна или *по отношение* на трета страна. В такива случаи преките извършители са подбудени от „домашния насилник“ или след узнаване на семейните му несгоди самостоятело предприемат отвличане на пострадалата, която го напуснала, за да я върнат при него. В повечето такива обстановки върху пострадалата е упражнено насилие, имащо за предназначение да я накаже и изплаши. Когато домашният насилник участва в престъплението, квалификацията ще е налице. Тя по-скоро ще отсъства, когато престъплението се изпълнява от трети лица, които не са подбудени или подпомогнати от него *и не се намират в лични отношения с пострадалия, които на самостоятелно основание да могат да се квалифицират като такива на домашно насилие*. Ако обаче това са например ближни на пострадалата, които я отвличат и връщат в дома, от който е избягала, водейки се от мотиви за възпитание, наказване и солидаризиране с този, от когото е избягала, отношението на домашно насилие е между тях и пострадалата, макар повод да е нейно поведение спрямо друго лице.

Практиката познава посегателства от насилника върху трети лица с цел въздействие върху значимата за дееца страна в отношенията на домашно насилие. Типично това са случаи на отвличане на деца от единия родител с цел емоционално-психологически удар върху другия или с цел принуждаване на другия да предприеме желано от дееца поведение (да се върне в дома на дееца, например). В тези случаи обаче специалното законодателство разпознава самите деца като пострадали от домашно насилие, макар механизмът да се движи от насилническите отношения между родителите и централната жертва на насилника да е другият родител. В този смисъл няма съмнение, че в тези хипотези признакът по чл. 142, ал. 2, т. 5а е налице. Възможно е обаче отвличането да се извърши и по отношение на трета страна, която има възможност да повлияе на този друг родител и именно такава намеса се цели с престъплението[49].

Тъй като във всички описани хипотези мотивационният механизъм на отвличането, вкл. отключващите престъплението фактори (повод) са свързани с този на домашното насилие и целта на дееца е чрез него да повлияе на поведението на насрещната страна, деянието всъщност се изпълнява в условия на домашно насилие. Би следвало да се приеме, че квалификацията е налице.

4.2. Второ, практиката се затруднява при разпознаването на **значителните вредни последици** по чл. 142, ал. 3, т. 2 като втори съставомерен резултат

[49] **Присъда от 3.04.2017 г. на ОС-Плевен по НОХД № 230/2017 г**. Отвлеченият е брат на жената, която напуснала дееца. Целта на дееца била да го застави да разкрие местонахождението ѝ и да съдейства на дееца да си я върне.

от отвличането редом със смяната на местонахождението на пострадалия. Известно е, че признакът се отнася до сериозни и нетипични неблагоприятни последици, които възникват в личната и правната сфера на пострадалия и/или трети лица, вкл. обществената реакция по случая. Такива са тежки психологически и емоционални травми от престъплението, нужди от лечение, от смяна на работа и местоживеене, разстройване на начина на живот на пострадалия и близките му и др. Специфична важна хипотеза на значителни вреди са пораженията върху семейни и други близки отношения, ако отвличането е настъпило между страните по тях, както и вреди, възникващи с натрупване при продължавано отвличане. Престъплението може да увреди значително репутацията на засегнатите, доверието в тях в личен и професионален план, социалните им контакти и т.н.

Когато отвличането разкрива квалификация и по чл. 142, ал. 3, т. 5, предприетото от третите лица поведение в изпълнение на условието за освобождаване на отвлечения може да се приобщи към признака „значителни вредни последици“. Такава е например „абсолютната стойност на материалните щети за близките на похитените, които за освобождаването им са заплатили откупи, надхвърлящи стотици пъти минималните за страната работна заплата“[50]. Няма пречка същото обстоятелство да утежни отговорността и за квалифицираното изнудване, извършено в съвкупност с отвличането.

В съдебната практика по чл. 142, ал. 3, т. 2 се забелязват дефицити в две посоки. Първо, обсъжданият признак е изграден от множество или от специфични индивидуализиращи случая признаци, което предполага висока фактологична чувствителност към отражението на престъплението не само върху прекия пострадал, но и върху по-широкия обществен контекст. Такава чувствителност правораздаването не проявява устойчиво, а инцидентно и непълно.

Второ, към признака неоснователно се приобщават факти, които се отнасят изцяло до други престъпления от съвкупността. Когато отвличането е последвано от продължително лишаване от свобода, през време на което пострадалите са били държани изцяло и постоянно обездвижени, в непроветрявани тесни пространства, без достъп на слънчева светлина, при неблагоприятни температурни и хигиенни условия, оскъдно хранене, здравни рискове и пр., тежките психични травми, обусловили промяна в социалните навици и начин на живот, *квалифицират престъплението по чл. 142а, а не това по чл. 142*. Описаните вредоносни въздействия са разгърнати след довършване на отвличането и по време на пребиваване на пострадалия на мястото на принудителното му задържане. Пропускът да бъде разпозната съвкупността и да

[50] **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г**. (делото „Наглите“).

бъде повдигнато обвинение по чл. 142а не може да се компенсира с приписване на признаците му към тези на отвличането[51].

4.3. Трето, **особената жестокост** по чл. 142, ал. 3 т. 3 от обективна страна предполага деецът да е проявил *чрез деянието* качества като особено коравосърдечие, безчовечност, озлобление, ожесточение, ярост, отмъстителност, садизъм и други подобни, действайки по начин и с интензивност, която надхвърля необходимото за ефективно изпълнение или очертава дехуманизиращо, деперсонализиращо или опредметяващо отношение към пострадалия[52].

Квалифициращият признак се извлича от признаците на деянието, макар да се отнася до личностни качества на субекта. Поради това **няма значение дали той е жесток по принцип**[53]. Такива данни имат самостоятелно наказателноправно значение и винаги отегчават отговорността, ако бъдат доказани на основата на предходни прояви на жестокост към същия пострадал или (и) към други лица. За тази преценка няма значение дали тези деяния са съставомерни, дали са правонарушения по други закони и дали деецът е бил санкциониран за тях. Тъй като **съдимостта** е самостоятелен въпрос, тя няма да попречи жестокостта над деца да бъде изведена и от деяния, за които е реабилитиран. Ако житейската история на извършителя очертава **ескалация** на жестокостта (проявите зачестяват и/или растат по тежест), тази динамика е самостоятелно отегчаващо обстоятелство от съществено значение при преценката на вида и размера на наказанието, режима за изтърпяването му и приложението на чл. 66 НК с оглед постижимостта на целите по чл. 36 НК.

Признакът няма да е налице и когато жестокостта е проявена преди или след отвличането.

Съдебната практика е силно противоречива при разпознаването на признака. Най-често тя се насочва към признаването му, когато той обективира състав на самостоятелно тежко престъпление против личността в рамките на съвкупността. Така например, действия по умъртвяване на пострадалия,

---

[51] **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г**. (делото „Наглите“).

[52] **Подобно в Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г**. (делото „Наглите“).

[53] **Присъда № 8/27.02.2014 г. на ОС-София по НОХД № 687/2012 г.**, цит. по-горе („Безспорно е установено, че пострадалата имала явни следи от нанесените ѝ удари по главата и тялото, но начинът на извършване на деянието не може да бъде квалифицирано, че при отвличането ѝ спрямо нея е проявена особена жестокост. И това е така, тъй като начинът на извършване не може да определи подсъдимия като жесток човек, безсърдечен и коравосърдечен. В подкрепа на това са добрите характеристични данни за дееца, както и дългогодишната интимна връзка между пострадалата и подсъдимия, неговата привързаност и чувствата му към нея“ ?! Словесният изказ на съда е запазен след граматична редакция.).

извършвани не по време на преместването му в пространството, а преди и след това, и обусловили отговорност по чл. 116, ал. 1, т. 6, са квалифицирани и като проява на жестокост по чл. 142, ал. 3, т. 3, въпреки че двете престъпления са фактологично разграничени и проявени чрез отделни деяния в реална съвкупност[54]. Когато физическото въздействие обективира тежка телесна повреда в съвкупност с чл. 142, тя е отчетена и като проява на особена жестокост[55]. В същото време нанасянето на средна телесна повреда и множество леки при побой по време и след преместването в някои случаи е преценено като обичайно за отвличане (т.е. отвличането го поглъща) и недостатъчно за квалификация по чл. 142, ал. 3, т. 3[56], в други случаи като достатъчно[57]. Пак така несъставомерни са и ,,поставянето на качулка на главата, на белезници на ръцете и ударите по главата“[58], и нанасянето на множество удари по тялото и главата по време на придвижване с автомобил. Отделен е въпросът, че съдът не винаги съобразява, че нанесените наранявания, след като пострадалият е обездвижен в помещение, не са съставомерни по чл. 142, защото евентуално квалифицират противозаконно лишаване от свобода по чл. 142а, а не защото не са проява на жестокост[59].

Повечето от тези решения не могат да бъдат споделени.

Първо, преценката за това какви са ,,обичайните“ признаци на отвличане не се извършва интуитивно и не се основава на професионалните впечатления на съдията или статистически преобладаващите фактически обстановки.

---

[54] **Присъда № 32/10.04.2017 г. на ОС-Пловдив по НОХД № 1591/2016 г**. (Двамата извършители съблекли и подложили на продължителен побой пострадалия, когото неоснователно обвинявали да е откраднал техни коне. След омаломощаването му принудително го закарали в селото с намерение да го унизят, като го прекарат гол за назидание за кражбата. Продължили да го бият, заканвайки се на лицата, които ги упреквали и убеждавали да спрат, предупреждавайки ги, че човекът умира. Пострадалият починал същия ден от ,,съчетаната множествена травма, представяща се с обилна кръвозагуба в гръдната кухина и вътретъканно, развилата се мастна емболия в белите дробове и тежките травматични увреждания по тялото“).

[55] **Споразумение по НОХД № 536/2018 г. на ОС-Плевен**.

[56] **Р № 70–2015-II** (пострадалата съпруга била намерена ,,трепереща, с множество видими увреждания по лицето и тялото, мокра, мръсна, с разкъсани дрехи“, а средната телесна повреда е изразена в пълна загуба на два предни зъба).

[57] **Р № 115–2015-III, Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г.**

[58] **Присъда от 02.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г.** (делото ,,Наглите“).

[59] **Присъда № 20/10.05.2018 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 52/2017 г.** Пострадалият бил принудително откаран в кабинета на дееца, където бил вързан с лице към облегалката на стол. ,,Макар да са били нанесени ритници, удари, завързване на ръцете на пострадалия с кабел, удари с кабел не може да се прави извод за значителна жестокост и безчовечност, за неглижиране достойнството на личността и за унизително отношение към пострадалия“ (?!).

Най-малкото, последните са извън предмета на доказване, а и по принцип няма как да бъдат установени в наказателния процес, за да бъдат критерий за квалификация.

Обичайният случай е обективен формален юридически стандарт, който се извежда от признаците на конкретния състав и включва онези факти, които са достатъчни (минимално необходими) за достигане на съставомерност по него. По правило, обичайният случай е максимално беден на индивидуализиращи признаци – ако изобщо ги има, те са формални (напр. липса на съдимост) и без значимо отражение върху размера на наказанието, който е около средния. Обичаен е и случай, в който малобройни индивидуализиращи признаци са в баланс. Всичко, с което този стандарт е фактологично надхвърлен, индивидуализира отговорността, като изменя обществената опасност, или поражда преквалификация по друг състав. От тази гледна точка прекомерното обездвижване с ползване на технически средства; затварянето на пострадалия в багажника на превозното средство вместо в купето, особено при продължително придвижване; поставянето му в положение, предизвикващо болки, схващания, отоци и др.; нанасянето на удари, които са излишни за сломяване на съпротивата и очертават допълнително озлобление и ненавист към жертвата; интензивното ѝ подлагане на унизителни въздействия (съблечане, използване на средства, непригодни за превоз на хора, обездвижване с вериги и тежести, принуждаване да се движи, пълзейки или на четири крака с каишка на врата, горене на тялото с цигара, влачене завързан за автомобила[60]); отказ от предоставяне на лекарства без застрашаване на здравето (напр. обезболяващи) и пр. могат да очертаят особена жестокост, тъй като *не са необходими за принудителната промяна в местонахождението на отвлечения и в същото време не се отразяват несъществено на цялостната опасност на стореното*. Хипотезата по-скоро няма да е налице, ако принудата спрямо пострадалия ескалира поради неговата съпротива, тъй като тогава въздействията върху него *са необходими* за изпълнението на престъплението и не са проява на допълнително негативно отношение. Тогава е по-вероятно извършеното да бъде преценявано при индивидуализацията извън чл. 142, ал. 3, т. 3, като се отчете упоритостта и решимостта на извършителя.

Второ, жестокостта по чл. 142, ал. 3, т. 3 е самостоятелен признак на отвличането, който не променя структурата на обекта му. Той не привнася отделен вид засегнати обществени отношения и не прави непосредствения обект на квалифицирания състав комплексен[61]. Оттук, **ако се очертае състав и на**

---

[60] **Присъда № 18/14.04.2014 г. на ОС-Русе по НОХД № 68/2014 г., Р № 115–2015-III, Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г**.

[61] Както и квалификацията по чл. 116, ал. 1, т. 6, предл. посл. от НК е с оглед обективната страна (признак на субекта, проявен чрез деянието), а не с оглед обекта. Така Стойнов, Александър. Наказателно право. Осоабена част. Престъпления против правата

друго престъпление (например телесна повреда), ще е налице идеална съвкупност. Жестокостта като белег по чл. 142, ал. 3, т. 3 ще се прояви в същите факти, които обуславят квалификация за средна или тежка телесна повреда.

Когато съвкупността е именно с престъпление, увреждащо здравето, тя ще изключи само признака по чл. 142, ал. 3, т. 4, предл. 2, но не и жестокостта, ако такава е проявена. В тази хипотеза увреждащото престъпление ще погълне застрашаването на телесната неприкосновеност като квалифициращ признак на отвличането.

Когато жестокостта е обективирана и в **особено мъчителен начин на отвличане**, извършеното ще е съставомерно по чл. 142, ал. 3, т. 3 и т. 4 предл. 1. В дейността на съда по квалифициране и индивидуализация двата признака следва да бъдат ясно разграничени, тъй като никой от тях не предполага по необходимост другия, дори да са проявени в идентични поведенчески прояви. Мъчителността е признак на самото отвличане, което причинява на конкретния пострадал значително по-тежки и продължителни психически и/или физически страдания в сравнение с обичайния случай. Такива са например необичайно силни преживявания на страх и безпомощност, на притеснения за трето лице, ако отвлеченият е отделен от него (напр. дете), на физическа болка от обездвижването или условията на придвижване и пр. За разлика от жестокостта, която се извежда от провени чрез деянието качества на субекта, мъчителността се извлича от преживяванията на пострадалия, който следва да е в състояние съзнателно да възприема обстановката.

Особеност представлява хипотеза на фотографско или видеозаснемане на действията, чрез които деецът проявява жестокост, които са мъчителни или застрашават здравето. Това може да обуслови **хулиганска проява по чл. 325** в идеална съвкупност с отвличането[62].

Друга интересна за квалифициране хипотеза е **изоставянето на пострадалия** след преместването му, ако той е поставен в обстановка, която обективно застрашава или уврежда неговото здраве и сигурност, особено ако тя е непозната, а личните му умения за справяне са крехки. Такава конструкция на извършеното би могла да удовлетвори квалификацията за жестокост, тъй като обстановката, в която пострадалият е изоставен, е част от престъпната обстановка на самото отвличане. То завършва с нея и тя се обхваща от умисъла и мотивите на дееца.

на човека, цит. съч., с.56 и сл. Авторът е отнесъл особената жестокост към групата признаци, характеризиращи начина на извършване на убийството от обективна страна.

[62] Такава обстановка в **Присъда № 20/10.05.2018 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 52/2017 г**. и **Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г.**

5. Наказуемостта определя отвличането като тежко престъпление по всичките му състави. По най-лекия състав по чл. 142, ал. 5 специалният минимум е година лишаване от свобода, а по най-тежките квалифицирани състави по чл. 142, ал. 3 наказанията достигат доживотен затвор в задължителна кумулация с пълна конфискация. Оттук следва, че престъпление по чл. 142, ал. 3 може да удовлетворява и критериите за изключително тежко по смисъла на чл. 38а НК. Тъй като не е предвиден и доживотен затвор без замяна обаче, законодателят счита, че извършителят не би могъл да се представи като непоправим само на полето на чл. 142 и съвкупности с по-леки или сходно наказуеми престъпления. Непоправимост обаче може да се очертае при съвкупност например с квалифицирано убийство или квалифициран грабеж.

Често срещаното изпълнение на квалифицираните състави в съвкупност с други престъпления, нерядко също тежки, предполага широка приложимост на **чл. 24 НК**, каквато в практиката е налице. Институтът действа по отношение на съвкупности, за които е характерно 1) отсъствието на престъпление, към което е приложимо изобщо по-тежко наказание от лишаване от свобода, 2) липса на извод, че престъпление от съвкупността, което е наказуемо с по-тежко наказание, е изключително тежко (вкл. самото отвличане) или 3) приложение на редукцията по чл. 58а независимо от тежестта и наказуемостта на престъпленията от съвкупността. Съображения за прилагане на чл. 24 са броят на обхванатите от съвкупността деяния, общата продължителност на извършването им, струпването на квалифициращи признаци и отегчаващи обстоятелства, общият брой на пострадалите, съвкупната вреда, ескалацията на обществената опасност при развитието на съвкупността, мотивите, подготовката, посткриминалните действия и др.

5.1. Анализът на наказателните производства позволява **групиране на случаите в три големи категории според профила на извършителя и мотивационно-изпълнителския механизъм на престъпната дейност**.

Първата включва прояви, извършвани в контекст на **обременени отношения между дееца или негов близък и пострадалия или негов близък**. Това са случаи на неуредени имуществени спорове, битови и семейни конфликти, домашно насилие и др., в рамките на които деецът се възприема като увредена или застрашена страна и предприетото от него поведение е вид травматична реакция към тези преживявания. Престъплението е вградено в дезадаптивна стратегия за уравновесяване на отношенията и възстановяване на справедливостта чрез принудително мотивиране на насрещната страна към изплащане на дължимото, към желано от дееца лично поведение или към понасяне на отговорност за нейни прегрешения, в които деецът е убеден. Извършеното най-често е етап от ескалацията на криза, която не е получила разрешение по друг начин. В тази група по-често се срещат спонтанни престъпления и ед-

нолично извършителство, а съучастията се образуват по-скоро между близки роднини и приятели на основата на родово-семейна и другарска солидарност. Престъпните съвкупности от тази категория са с относително най-ниска обществена опасност, вкл. най-бедни на отегчаващи обстоятелства, с по-просто и краткотрайно изпълнение. Мотивацията е относително най-крехка и *зависима от подкрепата или критичността на хората от непосредственото обкръжение, тъй като тези похитители отдават голямо значение на общественото мнение и оценка*. По тази причина мотивационният механизъм зависи съществено и от очакванията на дееца за реакцията на значимите близки към поведението на пострадалия, провокирало отвличането.

Втората група включва **похищения, подчинени на сексуален мотив**. Поради тази особеност тук също се среща еднолично извършителство и изразено присъствие на деяния при внезапен умисъл. Обществената опасност е значително по-голяма, най-често произтича основно от половите престъпления в съвкупността, при обичайно струпване на множество отегчаващи обстоятелства и силна травматичност за жертвата, особено при продължавани сексуални посегателства. Пострадалият е идентифициран на основата на потребността от сексуално задоволяване и може да бъде както познат на дееца, така и случаен.

Третата група е доминирана от **користни престъпления**, насочени към неправомерно облагодетелстване. Извършителите по правило са мнозина и съучастието им има характер на партньорство, основано на лоялност, а не толкова на емоционална близост. Само в редки случаи привлечените от подбудителя съучастници са почти случайни познати с нестабилна престъпна мотивация и неподредено поведение при изпълнение на престъплението. Обичайно съучастниците имат предходен съвместен престъпен опит, изградил отношения на проверено доверие. Поради това в тази група прояви често присъстват престъпни сдружения. Деянията са внимателно и дълго обмисляни и планирани, при ясно очертан етап на приготовление, обичайно включващ и разнородни съставомерни прояви (неразрешено придобиване на оръжия, отнемане на превозни средства и др.). Обществената опасност в тази група е най-висока, като в зависимост от вида на участващите в съвкупността престъпления най-често може да достигне изключителна опасност по смисъла на чл. 38–38а от НК. Пострадалият е идентифициран рационално с оглед вероятността той или свързани с него лица да изпълнят исканията на похитителя. Изпълнението е относително най-продължително, сложно и трудно за управление, като основен фактор е поведението на лицата, пред които са поставени условията за освобождаване.

Внимателният анализ на всички фактически обстановки, описани в цитираните тук и проучвани по повод това изследване наказателни производства, показва, че дори когато престъпленията са обмисляни и подготвяни про-

дължително време, развитието на **изпълнителската дейност съдържа или среща значими и непредвидени от извършителя рискове**. Те са свързани с поява или отсъствие на обективни обстоятелства, намеса на трети лица, неочаквани реакции на пострадалите, разногласия или неточно изпълнение на уговорките сред съизвършителите. Най-големи са предизвикателствата във *фазата след отвличането,* която традиционно е най-слабо планирана. Колкото по-дълго тя продължава във времето, толкова рисковете растат, контролът на извършителите върху тях отлабва и обстановката, вкл. поведението на самите извършители се отклонява от предвиденото и планираното. В преобладаващия брой случаи органите на реда са били уведомени веднага, още с началото на престъпната дейност, а похищението е било възприето от очевидци. Дори когато дейността се осъществява по занятие при еднакви сценарии спрямо отделните жертви и е предшествана от опознаване на навиците им, извършителите нямат реалистични представи за изпълнимостта на условието и не успяват да предскажат успешно реакциите на третото лице, пред което то е поставено.

Изпълнителската дейност е **обективно сложна и взискателна към личните качества и умения за справяне на дееца**. Ефективното ѝ осъществяване предполага самообладание и хладнокръвие, съобразителност и находчивост, разнообразие и гъвкавост на поведенческите стратегии, редица социални умения, особено за дееца в лидерска роля, който управлява мотивацията и приноса на съучастниците, контакта с пострадалия, преговорите с третото лице и др. **Това не означава, че с тази дейност се захващат хора, които имат тези характеристики**. Парадоксално, но за похитителите е характерно именно отсъствие на нужните качества и умения и присъствие на дефицити, които в голяма степен обуславят провала на престъпното начинание, особено ако то е по-сложно и продължително. Профилът на дееца, особено в третата и първата група, е доминиран от нарцистични черти и волева неустойчивост, съчетани почти по правило с мисловна и поведенческа ригидност и надценяване на контрола върху ситуацията.

В почти всички случаи от третата група, която в най-голяма степен изисква характерова уравновесеност и поведенческа гъвкавост, поне един от съизвършителите – както лидерът, така и по-неустойчив периферен съучастник – се поддава на нервното напрежение, с което компрометира сигурността на престъпната операция и улеснява разкриването ѝ (гневни изблици пред пострадалите и съизвършителите, разколебаващи съучастническото доверие, резки отклонения от намисленото при поява на незначителни пречки, вкл. ескалация на принудата срещу пострадалия и поставяне на явно нереалистични условия, необмислени контакти с трети лица, вкл. адресатите на условието и всякакви други прояви на самосъхранително излизане от общия престъпен замисъл).

От гледище на житейския път на децата отвличането най-често е **етап от престъпна кариера, която се развива в благоприятен социален контекст и ескалира**. Непосредственото обкръжение на похитителя толерира, подкрепя, насърчава или направо въвлича в насилствено поведение като стандартна стратегия за справяне. Ескалацията се дължи както на особеностите на самото насилие, така и на отсъствието на алтернативни нагласи и умения у децата и мотивация и ресурси за алтернативно поведение. За извършителите е характерно напрежение между лична история на обективни житейски провали и отсъствие на постижения от една страна (напр. неумение за осигуряване на издръжка, за изграждане на хармонични интимни връзки), незряло очакване за незабавно получаване на всичко желано като дължимо, от друга (разточителен стил на живот, прекомерни изисквания към партньора) и нереалистични представи за осъществимостта на желаното и последиците от поведението, от трета (лесно, бързо и безопасно придобиване на чужди имущества).

5.2. Престъпленията по Раздел IV на Глава Втора на Особената част са характерни с много висока и специфична **уязвимост на пострадалия**, произтичаща от загубата на контрол върху ежедневието, силна непосредствена застрашеност на неприкосновеността и свързано с тях интензивно постоянно преживяване за безпомощност и неизвестност, докато престъплението трае. Посегателствата са характерни с причиняване на тежки психични травми и разстройства, които при по-тежките деяния обичайно водят до трайна неблагоприятна промяна в личните, социални и професионални навици, изолация и състояния на компрометирано психично здраве, изискващи дълготрайно лечение или с необратим характер. Ако тези състояния са причинени чрез травматично въздействие върху тялото и представляват продължително разстройство на съзнанието, практиката основателно ги приема за съставомерни тежки телесни повреди, дори да са диагностицирани известно време след преустановяване на престъпната дейност[63].

Престъпленията от раздела оказват **увреждащо въздействие и върху микросоцалната среда на пострадалия**, независимо дали детето също принадлежи към нея или е външен субект. Този аспект е самостоятелен източник на богато разнообразие от индивидуализиращи обстоятелства, който може да обоснове признака „значителни вредни последици“ по чл. 142, ал. 3, т. 2.

В **заключение** следва отново да се подчертае, че проблемите в практиката по прилагането на чл. 142 от НК самостоятелно или в съвкупност с други

[63] Така в Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г. Пострадалото момче развило прогресивна шизофрения в резултат на шизофренна психоза, причинена с побой, нанесен по време на престъпно отвличане, принуда и противозаконно лишаване от свобода.

престъпления, произтичат в голяма степен от специфичната нормативна конструкция на отвличането след 2010 г. По-конкретно, съставът е на мигновено довършване и криминализира резултатно *действие*, но изпълнителският механизъм е характерен със създаване на трайно престъпно състояние, без да е налице фигурата на продължено престъпление. Това състояние, през време на което съставът се осъществява непрекъснато, не е обективен признак на състава и няма отношение към довършеността му, но има значение за всички останали въпроси на квалификацията и индивидуализацията.

ЛИТЕРАТУРА

Стойнов, Александър. Наказателно право. Обща част. София: Сиела, 2019, с. 417.

Стойнов, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека. София: Сиела, 2006, с. 153.

Sandefer, David J. To Move or Not to Move? That Is the Metaphysical Question. – *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, no. 8, 2018, pp. 1973–2014.

Дадена в Катедра „Наказателноправни науки“ – февруари 2020 г.
Рецензенти – доц. д-р Ралица Илкова
доц. д-р Здравка Кръстева

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

ЗА НЯКОИ ПОРОЦИ НА СЪДЕБНИТЕ РЕШЕНИЯ, ОТНОСИМИ КЪМ ТЯХНАТА НИЩОЖНОСТ

АНЕЛИЯ МИНГОВА

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Студията разглежда някои специфични пороци на съдебните решения в светлината на разбиранията на юриспруденцията относно изискванията за тяхната валидност. В критичен план са обсъдени съществуващите в съдебната практика разрешения и са предложени аргументи, които обосновават необходимостта от промяна в изводите относно значението на разглежданите недостатъци за порочността на съдебното решение. Целта на изследването е да провокира правната теория към задълбочен анализ, който да доведе и до промяна в съдебната практика.

Ключови думи: съдебно решение, постановяване на решение, подписване на решение, обявяване на решението, пороци на съдебното решение, нищожност на съдебното решение.

* Професор по гражданско процесуално право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право. Ръководител на Катедра „Гражданскоправни науки“.

* Professor in Civile Procedure at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski”, Ph.D. Head of Department Civil Law Sciences Chair.

FOR SOME DEFECTS IN COURT DECISIONS, RELEVANT TO THE INVALIDITY

ANELIYA MINGOVA*
Civil Law Sciences Chair

Abstract*:* The study analyzes the specific defects in the judgment given in the light of the concept of its invalidity. The case-law has been critically examined and arguments have been put forward for the need to reconsider it. The purpose of the essay is to provoke the legal theory in order to achieve a unified understanding of the invalidity of the court acts, by building a complete and homogeneous structure of the defects that determine it.

Keywords*:* court decision, decision rendering, signing of decision, announcement of the decision, defects of the court decision, invalidity of the court decision.

I. Понятието за нищожно решение у нас не е в полезрението на законодателя и не е предмет на конкретна законова разпоредба. По традиция изясняването му принадлежи на процесуалната теория и на съдебната практика.[1]

Процесуалната ни теория относно нищожността на съдебните решения, върху достиженията на която се изгражда позитивната законова уредба и върху която се гради съдебната практика, е представена най-вече от фундаменталния труд на проф. Силяновски „Абсолютна нищожност на съдебните решения“, публикуван преди 90 години в сп. Юридическа мисъл. Този труд съдържа богато аргументирана теза, че нищожните решения според величината на дефекта, от който страдат, могат да бъдат обособени като отделна група порочни съдебни решения. В този труд проф. Силяновски оборва един по един аргументите на противниците на съществуването на нищожни съдебни решения. Става дума за пороци с фундаментално значение, които не позволяват постановеното решение изобщо да породи своето правно действие, дори да е станало необжалваемо – защото „не формалната законна сила, т.е. неа-

[1] Този подход не е чужд и на други процесуални системи – в съответната литература по въпроса се посочва, че обикновено пороците, обуславящи невалидността на съдебните решения се включват в обхвата на основанията на средствата за атакуването им благодарение на достиженията на науката и юриспруденцията: вж. напр. **Fashing**, Hans. Lehrbuch des osterreichishe Zivilprozessreht. Wien, 1991, S. 887; **Ballon**,Oskar. Einfuhrung in das osterreichishe Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren. Leykam, 1993, S. 210. Нещо повече – фундаменталното им значение за съществуването и последиците на съдебния акт, което ги обособява и откроява от останалите му пороци, обуславят и разбирането, че проверката им от по-горната инстанция трябва да предхожда проверката за останалите и да се извършва наред с предварителната проверка за самата допустимост на подадената жалба, вкл. в закрито заседание с определение. вж. **Buchegger**, Walter, Astrid **Diexler**, Richard **Holzhammer**. Praktishes Zivilprozessrecht. Wien – New York, 1988, S.133.

такуемостта прави решението задължително за страните и съда“ и „ не тя е, която снабдява същото с онова действие, което се нарича изпълняемост“.[2] Необжалваемостта на решението не може да заличи порока, от който решението страда – т.е. става дума за толкова съществени нарушения в правораздавателната дейност, при които „дефектът продължава да съществува“ и след изчерпване на способите за обжалване на решението. Именно фундаменталният характер на такива дефекти разрушава правораздавателния акт в самата му същност като израз на държавна воля (Силяновски, кн. 1, с. 49–50). Нищожността надделява над необжалваемостта. Решението не поражда последици, не може да настъпи нито едно от действията на силата на пресъдено нещо, вкл. непререшаемостта на правния спор като част от тази сила. Както казва проф. Силяновски „формалната законна сила може да настъпи и без да е настъпила материалната такава“, защото не формалната законна сила „придава на решението силата на присъдено нещо“. [3]

В основата на съвременните разбирания за обсега на пороците, които правят решението нищожно стои разбирането, че за намирането на „ясен и точен критерий“ [4] трябва да се изхожда от публичноправното му естество като властнически акт, което не позволява пороците, обуславящи нищожността му да бъдат приравнявани с тези при частноправните сделки. Проф. Силяновски стига до господстващия и днес извод, че за да е валидно, съдебното решение трябва да съществува като държавен акт, т.е. – трябва да съдържа всички съществени белези, които го идентифицират като такъв. По традиция, законът не съдържа определение на понятието за съдебно решение, той обаче предвижда условия, „чиято съвкупност образува понятието за съдебното решение“.[5]

Позитивната регламентация на нищожните решения идва с реформата на ГПК отм. от 1983 г. (ДВ, бр. 28 от 1983 г.), като в чл. 209 са посочени способите за тяхното атакуване. Така законът отграничава нищожните съдебни реше-

---

[2] **Силяновски**, Димитър. Абсолютна нищожност на съдебните решения. – *Юридическа мисъл*, 1928, № 1, с. 49. Извън сериозното научно изследване още на проф. Силяновски, нищожното решение е обект на кратък поглед в учебните курсове на проф. **Сталев**, вж. напр.: Българско гражданско процесуално право. 6. изд. София: Сиела, 2000, с. 475–477; вж. също **Корнезов**, Л. Касационно производство. София: Софи-Р, 1998, с. 61–68; В някои коментарни издания на промените в уредбата по действащия ГПК проблемите на нищожните решения се отбелязват във връзка с правомощията на съда при обжалването им. На въпросите относно атакуване на нищожните съдебни решения се спира О. **Стамболиев** в своята статия: Атакуване на нищожни съдебни решения по граждански дела. – *Правна мисъл*, 1983, № 6; В монографията ми: Въззивно и касационно обжалване на съдебните решения. София: Софи-Р, 1999, с. 89-96, аз също накратко се спирам на тези пороци на решението, които представляват основания за неговото обжалване като нищожно. Така че, нищожното съдебно решение продължава да чака своя изследовател.

[3] **Силяновски**, Димитър, цит. съч., с. 51.

[4] **Силяновски**, Димитър, цит. съч., с. 55.

[5] Така **Силяновски**, Димитър, цит. съч., с. 67.

ния от останалите, като отделен вид порочни актове на съда. Излишно е да се сочи фактът, че в тази регламентация косвено се отразява и разбирането на законодателя за фундаменталния характер на пороците, водещи до нищожност, след като, за разлика от останалите видове порочни решения, при нищожните се допускат още два способа за тяхното атакуване – иск и възражение. От регламентацията следва и другият важен извод – нищожното решение подлежи на прогласяване, което отразява в законов порядък разбирането, че то не е годно да породи правни последици съдебен акт.

Може да се обобщи, че **нищожно е това съдебно решение, което противоречи на императивни процесуални законови разпоредби относно условията за неговата действителност като годен да породи правни последици правораздавателен акт. Нищожността на решението сама по себе си не е юридически факт, а правна квалификация на съдебните актове, резултат от конкретни пороци, които винаги представляват нарушения, извършени от правораздавателния орган при прилагането на конкретните законови разпоредби, обуславящи валидността на решението.**

II. Факт е, че през годините – при действието на ГПК (ДВ, бр. 59 от 2007 г.), както и на ГПК отм. (ДВ, бр.12 от 1952 г.) – въпросът за нищожността на съдебните решения е бил в центъра на вниманието на няколко тълкувателни акта на върховната съдебна инстанция. Това сочи, че развитието на законодателството и процесуалните отношения при осъществяване на правораздаването по конкретните дела може да доведе до въпроси, свързани с критериите за постановяването на валидни съдебни решения, което само по себе си е предизвикателство и към процесуалната теория. Въпреки това, обаче, нищожните решения продължават да бъдат извън предмета на процесуалните изследвания.

Мотивите към Тълк. реш. № 1/2012 г. по Тълк.д. № 1/2011г. на ОСГТК на ВКС започват така: „Както в доктрината, така и в съдебната практика се приема, че е нищожно съдебно решение, постановено от ненадлежен орган или в ненадлежен състав, извън правораздавателната власт на съда, не в писмена форма, абсолютно неразбираемото решение или неподписаното решение.“ Разбира се, предметът на това тълкувателно решение е друг и то няма за цел да даде изчерпателно изброяване на всички хипотези, при които съдебното решение би било нищожно.

Наистина, нищожните решения са малка част от порочните съдебни актове, с които приключва исковото производство. Въпреки това, интересът към тях се провокира от отношението на законодателя, отразяващо в законова форма нетърпимостта на правовия ред – нищожните решения не са в състояние да породят валидни защитно-санкционни последици, нищожността трябва да

бъде прогласявана служебно в рамките на инстанционността при разглеждане на делата, а освен това срещу тях законът предвижда и възможност за защита по исков ред безсрочно или чрез възражение.

Ако проследим действащата законова уредба, която, впрочем, не се отличава от тази по посочения ГПК отм., можем да направим извода, че законът регламентира нищожните съдебни решения в три посоки. Първо, той обособява нищожните решения като отделен вид порочни решения, като ги отделя от другите два вида – недопустими и неправилни. Второ, законът съдържа регламентация на способите за тяхното атакуване – въззивно и касационно обжалване, както и иск, респ. възражение за установяване на нищожността. Трето, правната уредба посочва последиците от постановяването на едно нищожно съдебно решение – то не е годно да породи защитно-санкционни последици, защото не е валиден съдебен акт, поради което нищожността следва да бъде прогласена (обявена). Ако съпоставим обаче, правната уредба и на останалите два вида порочни съдебни решения, можем да направим извода, че регламентацията относно недопустимите и неправилните косвено се отнася и до нищожните решения. Достигането до този извод се дължи на следните разсъждения. Законодателят проявява нетърпимост към всички съдебни решения, при които е налице порочно формирана воля, затова правната уредба обхваща всички видове пороци, от които тази воля може да е засегната. Всеки отделен порок може да бъде подведен и систематизиран в една от тези три групи порочни решения, понятията за които законът терминологично обозначава като нищожни, недопустими и неправилни.

Пороците, обуславящи неправилност на решенията, са обхванати чрез изчерпателно изброяване на причините, обусловили неверни фактически и правни изводи, обозначени като „основания за отмяна“. От друга страна, законът посочва отделни пороци на решението, които водят до недопустимост на решението, без тези пороци да са изчерпателно изброени (чл. 270, ал. 3 и 4). В тази връзка е важно да се уточни, че указания за третирането на съдебните решения като неправилни или недопустими при конкретни пороци се срещат на различни места в уредбата – напр. безспорно е, че хипотезите, включени като пороци в разпоредбата на чл. 303, ал. 1, представляват основания за неправилност, докато постановеното решение по образуваното второ дело между същите страни и със същия предмет, би било недопустимо (арг. чл. 126, ал. 1). Също така, недопустимо би било и решението, което съдът е постановил, въпреки валидното разпоредително действие на ищеца с предявения иск (арг. чл. 233, изр. 3-то).

Въз основа на горното може да се обобщи също, че пороците, които могат да обуславят нищожност на съдебното решение, са всички останали, които не водят до недопустимост или неправилност на формираната воля на съда. Законът не съдържа нито изчерпателно, нито дори примерно посочване на

такива пороци, при които формираната воля би била невалидна. Затова изводът, който се налага, е, че нищожността на решението може да бъде изведена негативно – нищожни са тези решения, при които допуснатият порок при формирането на съдебната воля не обуславя тяхната недопустимост или неправилност.

Това изложение няма за цел подробното анализиране на отделните пороци, които обуславят нищожност на постановеното съдебно решение. В голямата си част те не предизвикват проблеми в правоприложението и могат да бъдат обхванати и систематизирани в няколко групи: а) нарушения на императивни разпоредби, които представляват основа на правовия ред; б) пороци в действията при постановяването на решението; в) нарушения, свързани с липсата на юрисдикционна компетентност на органа, издал решението; г) надлежност на органа, постановил решението; д) липса или неправоспособност на страна в производството; е) липса на изискуемата от закона форма; ж) абсолютна неразбираемост и невъзможност за тълкуване на волята.

В развитието на законодателството, теорията и съдебната практика относно нищожните решения, обаче има развитие – възгледите се променят. Отношението към тази група порочни решения води до промени в няколко посоки. През годините търпи развитие регламентацията на процесуалните възможности за въздействие върху нищожното решение. Развитие търпи и отношението към отделни видове пороци на решението, което води до промяна в изводите относно тяхното значение за правните последици и оттам – до промяна в квалификацията и систематизацията им сред видовете порочни решения. Затова нищожните решения привлякоха вниманието ми в настоящата студия с факта, че през последните години претърпяха известна метаморфоза разбиранията за обсега на пороците, които ги обуславят – оформи се противоречива съдебна практика, което пък породи необходимостта от образуването на тълкувателни дела. Затова предмет на разглеждане тук е само развитието на съдебната практика през последните години по някои спорни откъм правната си характеристика и последици нарушения на процесуалния закон, относими към обсега на хипотезите, обуславящи (или изключващи) нищожността на съдебното решение.

III. Порокът на съдебното решение може да засяга етапа на формирането на съдебната воля. Съгласно чл. 235, ал. 1 „Решението се постановява от съдебния състав, участвал в заседанието, в което е завършило разглеждането на делото.“ Практиката на ВКС се ориентира към трайното разбиране, че изискванията на разпоредбата са относими към самия процес на формиране на волята и отклонението от тях прави тази воля невалидна, а решението е негодно да породи правни последици и подлежи на атакуване като нищожно.

Впрочем, като нищожно приема такова решение и проф. Силяновски. Според него, ако решението не е постановено от същия състав, който е изслушал страните, се нарушава състезателността, което по негово мнение е от фундаментално значение за формирането на валидна воля по спора.[6] Дали е така?

Възможните нарушения на разпоредбата могат да варират в различни хипотези. Възможно е решението да е постановено от състав (или съдия), който изобщо не е участвал в нито един етап от развитието на процеса. Възможно е то да е постановено от състава (или съдията), който е разглеждал делото и е извършвал съдопроизводствените действия от образуването му до провеждането на последното открито заседание, в което съдебното дирене е приключено и са проведени устните състезания. При разглеждане на делото от трима съдии е възможно също така, нарушението на разпоредбата да засяга само един от членовете, а не целия съдебен състав. Доколкото правилото изисква пълна идентичност на органа, постановяващ решението с този, приключил разглеждането му, последиците от нарушаването му би трябвало да са еднакви. Ясно е обаче, че става дума за различни по интензитет пороци. Трябва ли във всички случаи съдебната воля да се обявява за невалидно формирана? Може ли да се сложи знак за равенство между различните хипотези?

Въпросът е дали изискването на чл. 235, ал. 1 засяга в неговата основа понятието за „надлежност“ на органа, постановил решението. Струва ми се, че това понятие има други белези. Надлежен е органът (едноличен или състав), когато в него участват лица, които имат (придобито е по законоустановения ред и не е прекратено по предвиден в закона ред) съдийско качество. Нищожно е решението, постановено от съдебен състав, в който дори един от членовете му не е придобил и към този момент е загубил съдийското си качество. Нищожно е решението, когато то е постановено еднолично, при условия, че делото следва да се реши от съдебен състав. Нищожно е решението, постановено от двама, вместо от трима съдии. Във всички тези случаи е налице порок във формирането на надлежен да реши спора правораздавателен орган. В тези случаи постановилият решението няма статус на правораздавателен орган, който може да формира валидна правораздавателна воля. Незаконен ще бъде и органът, формиран от трима съдии, дори когато един от тях правораздава в съдийско качество, но чиято правораздавателна компетентност има друг район на действие. [7]

Разглежданата тук хипотеза обаче, е различна от описаните по-горе. При нея не са нарушени изискванията на закона към лицата, които им придават съдийско качество и произтичащата от това материална и териториална компетентност да правораздават. В разглежданата хипотеза са нарушени изисквания на закона, които имат друга цел и друго оправдание. Както вече посочи-

[6] **Силяновски**, Димитър, цит. съч., кн. 2, с. 177.

[7] Срв. изследваните от Димитър **Силяновски** хипотези, цит.съч., с. 78–87.

хме, и проф. Силяновски извежда нищожността от нарушаване на принципа на състезателност. Смисълът на чл. 235, ал. 1 става ясен и след като проследим развитието на законодателството ни през последните десетилетия.

По-старата практика за неправилност на решението при действието на ГПК отм. в този случай се основа на разпоредбата на чл. 208, ал. 3, в редакцията към изменението му от 1983 г. (ДВ, бр. 28 от 1983 г.), която относно разглежданата хипотеза гласи: „Второинстанционният съд връща делото за ново разглеждане на първоинстанционния съд, ако **отмени** решението на някое от следните основания:

а) решението е постановено или подписано от съдия или съдебен заседател, който не е взел участие в разглеждане на делото или е следвало да бъде отстранен съобразно чл. 12.“

При тази редакция на чл. 208, ал. 3, б. „а“ ГПК (отм.), въведена с измененията от 1983 г., е постановено и ППВС № 1/1985 г., което в т. 11 приема следното:

„Гражданският процесуален кодекс с изменението му от 1983 г. възприе, че в три хипотези на конкретно посочени процесуални нарушения в чл. 208, ал. 3 ГПК делото трябва да се върне за ново разглеждане от първата инстанция. В тези случаи са нарушени основни съдопроизводствени принципи и процесуални права на страната, поради което недостигът може да се отстрани с повторното им извършване от първоинстанционния съд.

Според чл. 208, ал. 3, б. „а“ ГПК делото се връща за ново разглеждане, когато решението е постановено или подписано от съдия или съдебен заседател, който не е взел участие в разглеждането му. Аналогичен е и случаят, при който в разглеждането на делото и постановяването на решението е участвувал съдия или съдебен заседател, който е трябвало да се отстрани съгласно чл. 12 ГПК. Няма значение кое от основанията за отстраняване е било налице. Без значение е дали страната е правила отвод.“

Очевидно промяната в практиката идва след въвеждането на триинстанционното обжалване с голямото изменение на отм. ГПК (ДВ, бр. 100/1997 г.). Тогава отпадат т.нар. абсолютни „основания“ за неправилност, при които делото след отмяна се връща за ново разглеждане на първоинстанционния съд. Ако след 1997 г. (а и при действащата уредба) би се се поддържало разбирането, че при това нарушение е налице неправилност, то поради липсата на пороци, при които след отмяната на обжалваното решение делото се връща за ново разглеждане на първата инстанция, въззивният съд трябва да се произнесе сам по съществото на спора. От цитираното ППВС личи разбирането, че делото трябва да бъде отново разгледано по същество от първата инстанция, доколкото се твърди, че са били нарушени „основни съдопроизводствени принципи и процесуални права на страната“. Въпреки това е ясна тезата, че решението подлежи на отмяна – т.е. порокът сочи на неправилност.

Мисля, че разбирането, че в случая делото трябва да се върне за разглеждане по същество на първата инстанция, произтича от характера на двуинстанционното обжалване по ГПК отм. преди промяната от 1997 г. Въпреки че с годините в закона се очертаваше тенденция към въззивност на обжалването, самата двуинстанционност на производството лишаваше втората инстанция от типично въззивния ѝ характер. Напротив, въпреки промените, основната функция на обжалването при съществуващата двуинстанционна система бяха контролно-отменителни.

С въвеждане на триинстанционността в гражданското правораздаване и регламентиране на второинстанционното производство като въззивно по своя характер, правата на страните, от упражняването на които те са били лишени, ще бъдат защитени от въззивния съд като втори съд по същество, поради което връщането вече не е оправдано и необходимо. В този случай недостатъкът се компенсира от въззивния съд. Що се отнася до същото нарушение, допуснато от самия въззивен съд при постановяване на решението (каквато всъщност е и уредената хипотеза в чл. 235, ал. 1) доколкото се говори за съдебен състав, то промяната на подхода също не е обоснована, доколкото при касационното обжалване ВКС след отмяната ще върне делото, за да се извършат от съда по същество тези съдопроизводствени действия така, че да се спази изискването на чл. 235, ал. 1.

Проблем не би следвало да има в случаите, когато принципно въззивното решение е годен предмет на касационно обжалване, тъй като при посочения порок би могла да се защити тезата, че става дума за „очевидна неправилност“ по смисъла на чл. 280, ал. 2, пр. 3, което би позволило положителен извод за допускане на касационната жалба с определението на ВКС по чл. 288.

Съмнения обаче, може да има тогава, когато въззивното решение е необжалваемо. Излиза, че този порок не може да бъде атакуван. Дали това не е в основата на аргументацията, че става дума за нищожност? Защото тогава, ако решението продължава да се третира като неправилно, няма как да бъде атакувано решението на самия въззивен съд, респ. решения на ВКС, постановени по чл. 293, ал. 3 или чл. 295, ал. 1, които са необжалваеми, докато ако се приеме тезата, че порокът води до нищожност, остава искът и възражението по чл. 270, ал. 2?

Тези съображения ми се струват несъстоятелни. Промяната в регламентацията на вида и допустимостта на различните процесуални средства за защита (инстанционни и извънредни) срещу порочните съдебни актове, не може да бъде основание за трансформация на разбиранията за тежестта и идентичността на определено нарушение, допускано от съда, което да променя мястото му в системата на порочните решения и която да бъде основание за промяна в приложимостта на процесуалните средства, определяни въз основа на досегашното му третиране. Ако би било така, то лесно може да се стигне до

абсурдната ситуация да бъде заличена границата между различните видове порочни решения, като срещу всеки порок на съдебните решения, независимо от неговия вид, тежест и отражение върху защитно-санкционните резултати, биха могли да бъдат приложими всички уредени от закона способи за защита.

Затова с този подход на съдебната практика трудно мога да се съглася. Всъщност, изразеното разбиране за нарушена състезателност в процеса, се изразява в неучастието на постановяващия решението състав в тази състезателност, а не изобщо нейното непровеждане. Следователно, нарушават се изискванията за устност и непосредственост при разглеждането на делото. Тяхното нарушаване затруднява възможността за обективна, всестранна и пълна интерпретация на събраните доказателства при формиране на съответстващи на събраните доказателства фактически изводи, защото не се основава на личните впечатления на съдията (респ. на съдебния състав) за извършените процесуални действия. Личното участие на съдията (съдебния състав) обезпечава установяването на истината относно релевантните факти, а оттам – и законосъобразното им субсумиране под нормативните правила, които същият орган издирва, тълкува и прилага. Изискването на чл. 235, ал. 1 сочи на съдебния състав (което се отнася в равна степен и до едноличния съдия), който е „участвал в заседанието, в което е завършено разглеждането на делото“. Важно е обстоятелството, че законът посочва последното открито съдебно заседание. Това е така, защото именно в него са извършени последните съдопроизводствени действия на съда и страните, необходими за разясняването на делото, което обуславя възможността съдебното дирене да приключи и да се проведат устните състезания. Именно в това последно заседание участващият състав или едноличният съдия, за да приемат делото за разяснено, съобразно чл. 149, ал. 2, по необходимост са обобщили всички извършени до този момент съдопроизводствени действия и имат цялостен поглед върху развитието на производството. Това е презумпция за „познаване“ на делото и гаранция за постановяване на правилно решение.

По мое мнение, именно осигуряване постановяването на правилно решение е целта на разпоредбата. Отклонението от законовите изисквания трябва да се разглежда във връзка с опасността да не бъде постигната целта, вложена в тях. Ако целта е правилност на фактическите и правни изводи, то и нарушаването на правилото трябва да се разглежда като индиция за неправилност, а оттам и квалифицирането му като порок, който представлява основание за отмяна.

В резултат на изложеното мисля, че разбирането, че неспазването на изискванията на чл. 235, ал. 1 обуславя нищожност на решението, не отчита обстоятелството, че при действието на разпоредбата на чл. 187 ГПК отм., имаща идентично съдържание, този порок беше посочен изрично като основание за неправилност и отмяна на решението с посоченото по-горе изменение на

чл. 208, ал. 3, б. „а“ в ГПК, отм. от 1983 г. Последващото отпадане на правилото на чл. 208, ал. 3, б. „а“ не е свързано с промяна в разбирането за квалификацията на нарушението, а с въвеждането на триинстанционност при разглеждане на делата, с въззивния характер на второинстанционното производство, както и с различната уредба относно правомощията както на въззивната, така и на касационната инстанция при отмяна на неправилните решения.

IV. Внимателният прочит на чл. 235, озаглавен „Постановяване на решение“, във вр. с чл. 21, озаглавен „Съвещание“, води и до няколко други интересни извода.

1. Първият от тях е, че за да е налице валидно съдебно решение, е необходимо кумулативното наличие на три елемента – формиране на правораздавателната воля, нейното документиране и обявяването на акта в съдебния регистър по чл. 235, ал. 5. Липсата на всеки от тях всъщност трябва да означава липса на решение като властнически правораздавателен акт. Постановяването на съдебното решение започва с формирането на волята на състава, респ. съдията, приключил разглеждането на делото, и трябва да стане по правилата на чл. 21, ал. 1–5, чрез провеждане на съвещание, с тайно гласуване, с мнозинство на гласовете, при спазване на условията и поредността, предвидени там. Следващият етап от постановяването на решението включва изготвяне и подписване на документа, в който правораздавателната воля се удостоверява. Формата и съдържанието на документа са уредени в чл. 235, ал. 4, 236, както и в чл. 21, ал. 6, които съдържат и някои допълнителни указания относно подписването на решението. От буквалното, систематическо и логическо тълкуване на чл. 235 следва, че постановяването на съдебното решение включва и факта на неговото обявяване в публичния регистър на съдебните решения към съответния съд. С обявяването на съдебното решение, то се обособява като правна реалност, става годен да породи защитно-санкционни последици източник. От този момент то е налице в правния мир. Че обявяването е част от фактическия състав на решението и съставна част от постановяването му, следва ясно от разпоредбата на чл. 246, който сочи именно обявяването като момент, след който правораздавателната власт на постановилия решението съд е изчерпана, защото едва след обявяването на решението настъпва неговата неоттегляемост – съдът, който го е постановил, „не може сам да го отмени или измени“. Постановяването на решението е част от динамичния фактически състав, какъвто представлява исковото производство, последният елемент, който го завършва и с който то приключва пред съответната инстанция. В това отношение не се налага промяна, произтичаща от уредбата

в действащия ГПК, доколкото не е налице смислова разлика от уредбата в чл. 187–190 ГПК отм.

Следователно, от позитивната правна уредба следва, че няма нормативно основание за отклонение от изразените в процесуалната ни теория разбирания за същността на съдебното решение и елементите от фактическия състав при неговото постановяване, убедително аргументирани от проф. Сталев. В своите учебни курсове, проследявайки хода на процесуланите действия при постановяване на решението, убедително споделя: „Подписването завършва Р (решението – бел.моя) като писмено волеизявление“ и по-нататък: „Макар и да е подписано, Р. е все още незавършено, докато не бъде *обявено*... Обявяването завършва фактическия състав на Р. От този момент то съществува като държавен правосъден акт“.[8] Същото разбиране за правната същност на решението и елементите от неговия фактически състав споделя и проф. Силяновски.[9] И според този автор, до обявяването няма решение, поради което дотогава съдът може да измени или отмени изразената воля.

От своя страна, изградено от тези три елемента, самото постановяване на решението представлява фактически състав, който по-скоро може да бъде квалифициран като статичен. Вярно е, че неговите елементи се намират в логическа темпорална взаимна зависимост и че се осъществяват чрез процесуални действия в рамките на производството, но същевременно, както при незавършените статични фактически състави, липсата на който и да е от тях означава липса на решение. Същевременно е възможно, и няма отклонение от установеното разбиране, че липсващият елемент може да бъде допълнен по-късно и да санира първоначалната му липса (напр. обявеното решение да бъде подписано по-късно). Но липсата в крайна сметка, на който и да е от елементите при постановяване на решението създава една правна привидност, видимост, че валиден съдебен акт съществува.Тази привидност застрашава правния мир, затова няма спор, че и в тези хипотези, привидността може да бъде отстранена чрез процесуалните способи за защита срещу нищожното решение.

2. Всяко от действията, изграждащи постановяването на решението, може да страда от пороци. Трябва да се има предвид, че пороците, допуснати при формиране на волята, трудно могат да бъдат установени. Дали са спазени всички изисквания за провеждане на тайното съвещание и принципите при гласуването, остава скрито, невидимо и затова – трудно установимо. Пороците биха дали отражение при втората част от постановяването – при документиране на формираната воля. Тогава може да откаже да подпише решението този съдия, който например твърди, че волята е формирана без провеждане

[8] **Сталев**, Живко. Българско гражданско процесуално право. 4 доп. и прераб. изд., София: Наука и изкуство, 1988, с. 293–295.

[9] **Силяновски**, Димитър, цит.съч. кн. 2/1928, с. 179, 180.

на съвещание или той самият не е участвал в него. Пороците при формиране на волята с тези при нейното документиране винаги се сливат в случаите на еднолично разглеждане и решаване на делата – формирането на волята при тях е само умозрителна даденост, която сама по себе си няма външен израз извън документа. Поради особеностите на самото „решаване“, неговите пороци се отразяват върху следващите етапи от постановяването на решението и най-вече върху подписването на документа на решението.[10] Именно подписването на документа на решението удостоверява валидността на предходните действия при „вземане на решението“, начина на формиране на изискуемото за валидността мнозинство и т.н.. При положение, че подписването на документа от всички, които са взели участие, е относимо към валидността на втория елемент от постановяването на решението, липсата на подпис на член от съдебния състав, би била индиция за нередност. Затова и законът предвижда хипотези, при които липсата на подпис от един от членовете на състава не опорочава документирането и не се отразява върху валидността на решението (чл. 236, ал. 3).

3. Съдебната практика също е дала своя принос. Напр., с Решение № 30/75г. на ОСГК, ВКС приема, че за валидността на решението са достатъчни подписите на мнозинството (арг. чл. 187, ал. 1 ГПК отм.), с аргумента, че иначе несъгласният с волята на мнозинството член от състава би осуетил постановяването му. В т. 15 от ППВС № 1/85 се посочва, че неподписаното решение може да бъде подписано и след обжалването му, като делото се връща на първата инстанция за отстраняване на този недостатък. Съпоставянето на правната уредба в действащия ГПК с тази по ГПК отм. по тези въпроси, води до извода, че тези становища имат действие и сега и се следват от съдебната практика. [11] По този начин се поставя знак за равенство между хипотезите, при които липсващият подпис се дължи на отказ на съдията да подпише решението и тези, при които липсата на подпис се дължи на други, обективни причини.

След влизане в сила на ГПК от 2007 г. в съдебната практика относно валидността на решението и пороците при неговото постановяване, възникнаха допълнителни проблеми, част от които бяха решени в Тълк.реш. № 1/2012 г. по Тълк.д. № 1/2011 г. на ОСГТК на ВКС. В неговия предмет бяха включени два въпроса, отговорите на които бяха следните:

---

[10] Така, според **Сталев**, Живко, цит.съч., с. 293 „Подписването завършва Р. като писмено волеизявление.“ В това значение на подписа трябва да се разбира и изразът, че „Преди подписването няма Р“ и следователно, не е налице противоречие с посоченото по-горе разбиране на автора за значението на обявяването като елемент от фактическия състав на решението.

[11] Впрочем, същото разбиране се споделя и от проф. Сталев, вж. цит. съч., 4 изд.

„Обявеното по реда на чл. 189, ал. 3, изр. 2 ГПК (отм.) и чл. 236, ал. 3, изр. 2 ГПК съдебно решение, което не е подписано от съдията, който след постановяването му е избран за съдия в друг съд или е в обективна невъзможност да стори това, не е нищожно.“

„Съдебното решение, при подписването на което някой от съдиите е бил избран за съдия в друг съд, не е нищожно“.

3.1. Основополагащата теза при отговора на първия от двата, поставени в тълкувателното дело въпроси, се изразява в разбирането, че обявяването на съдебното решение „не е елемент от фактическия състав на валидно формираната воля на съда“, а има за последица само неговата неоттегляемост (чл. 246). Според изразеното виждане, преди обявяването му подписаното решение е валидно, следователно – е без значение дали към този момент постановилият решението съдия е член на съответния съд. От мотивите става ясно също, че няма значение как е отпаднало съдийското качество на съдията, както и че когато решението е постановено от съдебен състав, е възможно при обявяването му никой от членовете на състава да не притежава съдийско качество към този съд. Чрез това разбиране обявяването на решението бива изолирано от фактическия състав на решаването на спора. Този подход крие рискове – именно обявяването е моментът, в който съдебната воля излиза от рамките на институцията, обективира се, става публично достояние. Възможно е веднъж взетото решение, да бъде променено преди обявяването му. Всъщност това изрично се упоменава и в мотивите на тълкувателното решение с ясно формулираната теза, че „подписаният текст може да бъде оттеглен“ от съдията, който го е подписал. Но ако във всеки един момент преди обявяването на решението подписаният текст може да бъде оттеглен, всъщност не доказва ли точно обратната теза – че с обявяването на решението не само настъпва първият етап от неговия стабилитет (чл. 246), а че именно то придава на съдебната воля онова качество, което може да я квалифицира като краен съдебен акт, годен да поражда последици?! Не доказва ли всъщност, че именно с обявяването решението престава да бъде просто „проект“?! Възниква и въпросът – а може ли до обявяването да бъде оттеглено и решението, подписано от целия тричленен състав, който го е приел на тайното съвещание, и да бъде заменено с друго? А възможно ли е то да бъде оттеглено и заменено с друго по волята на мнозинството, въпреки несъгласието на третия член на състава, който при първото становище не е бил на особено мнение, при второто вече е, но отказва да подпише втория документ поради съмнение за оказано неправомерно въздействие? А възможно ли е тази подмяна на първоначалната воля да стане в момент преди обявяването, но именно след като третият член на състава вече е загубил съдийското си качество? Не се ли оказва по този начин лесно подменена вече формираната воля на състава? Как ще се установи, че липсата

на подпис се дължи на изгубено съдийско качество, а не е налице подмяна на първоначалната обща воля? Да, вярно е, че тази ситуация би била трудно установима, но тя би била преодоляна, ако обявяването има статута на елемент от фактическия състав на постановяването на решението. Така опасност от подмяна на изразения вот не би имало, защото липсата на съдийско качество ще бъде изискуема към момента на обявяването, когато бива и завършен фактическият състав на решението. Очевидно е, че делото би следвало да бъде възобновено поради невъзможността да се постанови валиден съдебен акт.

3.2. Свързаните с горните, и други въпроси, относно отказа едно решение да бъде подписано, са третирани в мотивите на тълкувателното решение с разбирането, че отказът е само една от причините за неполагане на подпис от член на състава. Ясно е изразено разбирането, че подписите на останалите двама, при това без да е задължително това да са тези двама съдии, чиято е формираната воля, са достатъчни, за да е налице валиден съдебен акт. Така се елиминира значението на причините за липсата на подпис и според мен, недопустимо се приравняват по значение с оглед валидността на решението, несъвместими пороци. Вярно е, че воля се формира при мнозинство от гласовете, но е налице законово изискване за подписване на решението и от този съдия, който е останал на особено мнение. След като неговият подпис доказва формираната от мнозинството воля и след като този подпис би могъл да бъде и един от двата подписа, положени в документа, то отказът от подписването на решението би следвало да се третира другояче. Третият подпис има собствено правно значение – той удостоверява не само че е формирана воля на мнозинството, а че така формираната воля на мнозинството е валидно формирана, не е манипулирана и няма оказано върху този процес неправомерно въздействие. Това е подчертано ясно и категорично в публикуваното особено мнение към цитираното Тълк.реш. по Тълк.д. № 1/2011 г. на ОСГТК на ВКС: „Няма друг механизъм ,който да гарантира съответствие на изготвения от докладчика писмен проект с приетото в съвещанието решение, освен личния подпис на всеки от участвалите съдии .“[12]

Трудно може да се сподели застъпеното в тълкувателното решение виждане, че законът не прави разлика между причините за неподписването. Дори да се съгласим, че неполагането на подпис не се отразява на валидността на решението, когато се дължи на избирането на член от състава за съдия в друг съд, и тази хипотеза може да бъде подведена под разума на чл. 236, ал. 2, изр. 3, не може да се каже същото за случаите, в които липсата на подпис се дължи на субективни причини и по-конкретно – на отказ решението да бъде

[12] Особеното мнение е подписано от съдиите във ВКС Таня Митова, Любка Илиева, Стойчо Пейчев, Радостина Караколева, Мария Славчева, Мария Иванова, Мариана Костова, Снежанка Николова, Емил Томов.

подписано. Естеството на причината за неподписването не може да бъде ирелевантно, когато се обяснява с наличието на вече формирана валидно воля при гласуването в тайното съвещание. Т.нар. „надлежно автентифициране“ на решението чрез подписите на другите двама съдии не може да бъде противопоставено на изрично заявен отказ от третия член на състава. Трудно може в тези случаи да преценяваме валидността чрез простото съпоставяне на наличието на два подписа срещу липсата на един. Защото, ако подписът на всеки един от членовете на състава удостоверява, че воля от мнозинството е валидно формирана, то липсата на един подпис поради отказ може да доказва единствено, че са налице пороци при формиране на волята на мнозинството. Т.е. – поставянето на подпис и отказът от подписване следва да бъдат третирани равностойно и огледално – ако при първата хипотеза се доказва формирането на валидна воля, то при втората – се доказва липсата на такава. Трудно можем да си представим практическа ситуация, при която един съдия би рискувал служебния си статус, своя авторитет и кариерното си израстване, отказвайки да подпише съдебния документ без да е мотивиран професионално и морално за това. Дори да постъпи така веднъж, трудно би се осмелил да повтори подобен подход. Отказът от подписване на съдебния акт би бил наистина рядко явление, но точно затова няма практическа полза от застъпването на тезата, че и в този случай съдебното решение е валидно постановено. По-скоро би било възможно обратното – зад наличието на два подписа, да се „скрие“ порочно формирана воля. Възприетото като задължително тълкуване крие в себе си риска от това – след като дори отказът на член от състава да подпише решението, не го прави невалидно, лесно можем да игнорираме пороците, от които може да бъде засегнат самият процес на формиране на съдебната воля от мнозинството. Защото този порок може да бъде не във формалното провеждане на съвещание и гласуване, съобразно законовите изисквания, а да се крие в мотивацията на вота на гласувалите еднакво двама съдии.

Дори тълкуването според „буквата“ на закона (срв. чл. 21, ал. 6 и чл. 236, ал. 3) води до извода, че той не приравнява причините за неполагането на подпис – става дума за хипотези, в които съдията „не може“ да подпише решението, които безспорно обхващат всички причини от обективен характер – от „физическо“ и „правно“ естество, каквото е и разглежданото назначаване на съдията в друг съд. Когато причините са от субективен характер, граматически и логически глаголът, който съответства на липсващия подпис е „не иска“ – т.е. отказва да положи подпис. В този случай е налице изразена воля на отказващия да подпише решението и именно тя идентифицира тази хипотеза като съвършено различен правен казус, относим към валидността на правораздавателния акт.

Задължението за поставяне на подпис от всички съдии е предназначено да докаже формирането на валидна воля при вземането на решение. Но такова

задължение не може да съществува в случая, когато съдията твърди наличието на пороци при формиране на тази воля. Напротив – в тези случаи съдията е длъжен да не полага подписа си под решението. Именно в такова поведение се изразява независимостта на съдията и подчинението му само на закона, прогласено в конституционната разпоредба на чл. 117.

Липсата на подпис поради отказ на съдията да подпише решението трябва да се разглежда като индиция, че е възможно да е налице неправомерно въздействие върху всички или върху някои от членовете на съдебния състав при формиране на неговата воля за решаване на спора. Какво би могло да бъде това въздействие, не е и не може да бъде предмет на разследване в рамките на самото гражданско дело. Ако то съставлява престъпление, би следвало да е предмет на наказателно производство по съответния ред и от съответните за това органи. Пороците при формиране на волята при постановяването на решение могат да бъдат различни – в едни случаи съдията може да е субект на престъпното деяние. Точно така предвижда и чл. 303, ал. 1, т. 2, визирайки като основание за отмяна на влязлото в сила решение хипотезите, когато по надлежния ред се установи „престъпно действие на член от състава на съда... във връзка с решаването на делото“. Но също така, съдията може да бъде обект на престъпно въздействие. Такива са случаите, при които върху неговата воля е упражнено неправомерно въздействие, вкл. чрез извършване на престъпление от трети лица(насилие, измама и пр.). В различните хипотези, установяването на съответното престъпно деяние по надлежния ред може да бъде основание за отмяна на влязлото в сила решение по чл. 303, ал. 1, т. 1 или 2.[13]

Безспорно, правната уредба сочи, че в тези случаи решението не е нищожно, а неправилно и подлежи на отмяна. Но от това не следва изводът, че всяко неправомерно формиране на волята на член от състава на съда, води само и единствено до неправилност.

Този извод не е верен поради редица съображения.

Чл. 303, ал. 1, т. 1 и т. 2 гарантира законосъобразността на правните последици на решението образно казано post faktum, за да се предотврати проявлението на неговото защитно-санкционно въздействие върху материалните отношения. От тази гледна точка, третирането на такова решение като неправилно е оправдано, доколкото при настъпилата необжалваемост вече сме изправени пред едно решение, което формално е годно за бъде изпълнявано, макар и волята да е порочно формирана. Съществото е, че този порок не е могъл да бъде и не е установен преди решението да стане необжалваемо. В противен случай то би било обект на обжалване. Законът познава т.нар. „трансформаци“ на пороците, в зависимост от момента, в който те бъдат констатирани. Така напр., установената липса на надлежна представителна власт по време на висящото производство, когато не бъде отстранена и засяга процесу-

[13] Срв. различните хипотези при **Сталев**,….

алната му основа, води прекратяването му като недопустимо, въпреки че след влизането в сила на решението, този порок е основание за неговата отмяна като неправилно (чл. 303, ал. 1, т. 5).

Но когато подобно неправомерно въздействие се индицира посредством отказа на съдия от състава да подпише изготвения документ, **то отказът решението да бъде подписано** да **се приеме за ирелевантен относно валидността му, би означавало да се твърди, че законът допуска и урежда съзнателно хипотеза, която съдържа в себе си потенциал, впоследствие това решение да бъде отменено.** Смисълът на въпросното изискване на подписи от всички е в превенцията на подобен резултат, който сам по себе си е несъвместим с целите на правораздаването.

4. Затова ми се струва, че аргументацията в мотивите към тълкувателното решение, за да се обосноват и двата дадени отговора в него, не следва да произтича от анализ на хипотези, които не са предмет на тълкувателното дело. Отказът на съдия да подпише съдебното решение трябва да се разглежда като самостоятелна и независима от останалите хипотези на неполагане на подпис от един от членовете на съдебния състав, която сама по себе си би следвало да се третира като индиция за невалидно формирана воля и основание за прогласяване на неговата нищожност. Този подход, обаче, следва да рефлектира и върху дадените в решението отговори на поставените два въпроса.

Загубването на съдийското качество в съответния съд не трябва да бъде разглеждано като равностойно на останалите обективни причини преди подписването, респ. преди обявяването на решението. Едно е обективна невъзможност за полагане на самия подпис, друго – липсата на правна възможност решението да бъде подписано. Преминаването на друга работа, уволнението и изобщо – незаемането на съдийска длъжност към момента, в който документът на решението следва да бъде подписан, респ. то да бъде обявено, представлява настъпила правна промяна в статуса на съответния съдия. Новото правно положение означава, че фактическият състав на решението е прекъснат преди да бъде финализиран. Напусналото съдийската длъжност лице не може повече да бъде част от един надлежен съдебен състав, какъвто е необходим за постановяването на решението. Правна промяна представлява и настъпилата междувременно смърт на съдията. Смъртта е юридическо събитие, което дава отражение на хода на производството, в случая преди да бъде завършен фактическият състав на постановяването на решението, един от членовете на законния съдебен състав е загубил правоспособността си.[14]

[14] Мисля, че тук следва да бъде отнесена и хипотезата на постяване под запрещение– практически обаче нереализуема, доколкото процесът за този резултат е твърде продължителен, което означава, че съответният съдия далеч преди това би бил заменен като член на състава.

Този подход би имал и дисциплиниращо въздействие при изготвянето и подписването на документите на съдебните решения, както и върху процеса на своевременното им обявяване по законовия ред.

Не на последно място трябва да се подчертае, че в мотивите към т. 15 от цитираното ППВС 1/85 г. изрично се отграничават пороците на решението, предизвикани от обективна невъзможност за полагане на подпис, от тези, при които е налице отказ решението да бъде подписано, а именно: „При отказ от неподисалия член на съдебния състав да подпише съдебния акт е налице основание за обявяване на обжалваното решение за нищожно“.[15],[16]

В обобщение, видно от гореизложеното, проблемите, които се поставят пред анализа на изискванията за постановяването и валидността на съдебните решения, продължават да съществуват пред теорията и съдебната практика и очакват своето цялостно, вътрешно-безпротиворечиво и съответстващо на целите и смисъла на закона разрешение.

---

[15] **Пунев**, Благовест в: Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар, проблеми на правораздаването, анализ на съдебната практика (в съавторство), 2. прераб. и доп. изд. София: ИК Труд и право, 2017, с. 656, поддържа категорично тезата, че за да не бъде пречка пред валидността на решението, причината за неподписването му „трябва да бъде обективна и то от физическо, а не от правно естество“.

[16] Същият извод е направен и в цитираното в бел. 12 особено мнение на съдиите от ВКС, според които „отбелязването по чл. 236 ал. 3 изр. второ ГПК (чл. 189 ал. 3 ГПК отм.), като изключение, намира приложение при всяка обективна невъзможност, стига нейна присъща последица да е физическата невъзможност. Изключението ще е приложимо като форма за постановяване на валидно съдебно решение, когато невъзможността за един от членовете на съдебния състав да положи подпис е обусловена от причина, стояща извън неговата воля и същевременно не е израз на воля този съдия да не подпише акта“.

В особеното мнение се посочва още и, че: Връзката между задължението да се подпише съдебното решение, изведено от чл. 236 ал. 1 предл. първо ГПК и постановяването му като акт на съд в съответната форма, характеризира самото задължение като длъжностно. Съдия, който е участвал в разглеждането на делото (чл. 20, предл. второ ГПК) и приемането (чл. 21 ал. 5 ГПК) на решението, но вече няма длъжностното качество, не може да го изпълни. И още: „.С обявяването завършва фактическият състав на решението и ако към този момент подписал го член на съдебния състав съдия е загубил това качество в съответния съд, постановеният с негово участие съдебен акт е нищожен. При освобождаване от длъжност съдията губи правомощието да подписва съдебни актове, освен в случаите на изрично уредена в закона правна възможност, при командироване. Без това условие фактическият състав не може да бъде довършен, а подписаното само от двама съдии решение е нищожно“.

ЛИТЕРАТУРА

Граждански процесуален кодекс: Приложен коментар, проблеми на правораздаването, анализ на съдебната практика. (В съавторство). 2. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2017.

Корнезов, Любен. Касационно производство. София: Софи Р, 1998.

Мингова, Анелия. Въззивно и касационно обжалване на съдебните решения. София: Софи Р, 1999.

Силяновски, Димитър. Абсолютна нищожност на съдебните решения. – *Юридическа мисъл*, 1927, № 2; 1928, № 1.

Сталев, Живко. Българско гражданско процесуално право. 4. доп. и прераб. изд. София: Наука и изкуство, 1988.

Сталев, Живко. Българско гражданско процесуално право. 6. доп. и прераб. изд. София: Сиела, 2000.

Стамболиев, Огнян. Атакуване на нищожни съдебни решения по граждански дела. – *Правна мисъл*, 1983, № 6.

Ballon,Oskar. Einfuhrung in das osterreichishe Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren. Leykam, 1993.

Buchegger, Walter, Astrid **Diexler**, Richard **Holzhammer**. Praktishes Zivilprozessrecht. Wien-New York, 1988.

Fashing, Hans. Lehrbuch des osterreichishe Zivilprozessreht. Wien, 1991.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – май 2020 г.
Рецензенти – проф. д-р Валентина Попова
доц. д-р Камелия Цолова

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

ПРОМЯНАТА НА МЯРКАТА ЗА ЗАКРИЛА ПРИ ПРЕКРАТЯВАНЕ НА НАСТАНЯВАНЕТО НА ДЕТЕ ИЗВЪН СЕМЕЙСТВОТО

ГАЛИНА ДИМИТРОВА*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Тази статия разглежда въпросите на прекратяване на настаняването на дете извън семейството при промяна на мярката за закрила. Анализирани са всички основания, при които, макар да се прекратява настаняването извън семейството, спрямо детето се прилага нова мярка за закрила, която може да бъде същата или различна по вид от досегашната.

Ключови думи: дете, закрила, настаняване извън семейството, роднина, близък, приемно семейство.

*Доцент по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

* Associate Professor in Family and Inheritance Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

CHANGING THE PROTECTION MEASURE FOR TERMINATION OF PLACEMENT OF A CHILD OUTSIDE THE FAMILY

GALINA DIMITROVA*
Civil Law Sciences Chair

Abstract: This article analyzes the issues of termination of placement of a child outside the family when the protection measure is changed. All the grounds on which, despite termination of placement outside the family, a new protection measure, which may be the same or different in nature, has been analyzed.

Keywords: child, protection, placement outside the family, relative, close, foster family.

1. Прекратяване на настаняването на дете извън семейството – понятие

Прекратяването на настаняването на дете извън семейството е преустановяване действието на приложената мярка. Дали от този момент насетне ще се използва отново такава мярка за закрила или не, зависи от причината за прекратяване на съществуващата.

1.1.Анализът на основанията по чл. 29 т. 1–11 на Закона за закрила на детето (ЗЗакрД) показва, че прилагането на една част от тях се съпътства с ново настаняване извън семейството, а на друга – не. Това е така, защото някои от тях указват на отпаднала необходимост от подобна мярка – например – чл. 29, т. 4 – осиновяване на детето, т. 5 – навършване на пълнолетие, ако учи – до завършването на средно образование, но не повече от 20-годишна възраст, т. 6 – с отпадане на основанията по чл. 25, ал. 1, т. 11 – смърт на детето ЗЗакрД. При други обаче нуждата от предприемане на мярката продължава да е налице – чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 ЗЗакрД.

Следователно, съществуват два вида основания за прекратяване на настаняването – при приложението на една част от тях настаняването престава да действа, като ново не се извършва, а на други е съпроводено с паралелно прилагане пак на настаняване извън семейството и те са предмет на настоящото изследване.

1.2. Законът за закрила на детето изрично посочва, че настаняването извън семейството се прекратява при промяна на мярката за закрила – чл. 29, т. 8 ЗЗакрД. Но промяна в мярката се извършва и при: чл. 29, т. 1 – разваляне на договора, т. 2 – изтичане на срока, т. 3 – взаимно съгласие на страните по договора, т. 7 – смърт на съпрузите или на лицето от приемното семейство, т. 9 – промяна на обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес, т. 10 – смърт на лицето или лицата от семейството на роднини или близки,

ЗЗакрД. Необходим е подробен анализ, за да се очертае приложното поле на тези основания, защото, макар да съществува богата съдебна практика, правната теория не е изследвала границите им на приложение, въпреки тяхното безспорно значение. Анализът може да се извърши на базата на систематично тълкуване и би дал отговор на въпроса – основанието по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД общо ли е спрямо останалите. Точното определяне на приложното поле е предпоставка за правилна правна квалификация.

2. Промяна на мярката за закрила – понятие

Изразът „промяна на мярката за закрила“ е легален, използван е в чл. 29, т. 8, чл. 30а, чл. 34 ЗЗакрД, без да е дефиниран. Затова е наложително първо да се изясни какъв смисъл следва да се влага в него.

2.1. Промяна на мярката за закрила в по-общ план има, когато приложената преустановява действие, а спрямо детето се предприема друга. Промяната в мярката за закрила в случаите на настаняване извън семейството представлява прекратяване на настоящата мярка и прилагането на нова, която може да бъде еднаква или различна като вид настаняване от досегашната. Когато предпоставките по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД продължават да съществуват, е необходимо съдът отново да настани детето извън семейството. До произнасянето на съда тази дейност се извършва от Дирекция „Социално подпомагане“. Директорът трябва да издаде заповед за временно прекратяване на настаняването по административен ред и ново настаняване по същия ред. Това е възможно както ако се преустановява настаняването в едно приемно семейство (чл. 4, ал. 1, т. 4 ЗЗакрД)/семейство на роднини или близки (чл. 4, ал. 1, т. 2 ЗЗакрД) и детето се настанява в друго, така и ако престава действието на настаняването в приемно семейство и детето се настанява в семейство на роднини или близки и обратното, но също и при предоставяне на социални и интегрирани здравно-социални услуги за резидентна грижа[1] (чл. 4, ал. 1, т. 5 ЗЗакрД) и преминаването към мерките по чл. 4, ал. 1, т. 2 и 4 ЗЗакрД, както и обратното. Тъй като естеството на останалите обсъждани основания е такова, че е изключена възможността за повторно настаняване в същото семейство или социална услуга, ново настаняване в настоящото приемно семейство, семейство на роднини или близки, социална услуга за резидентна грижа е възможно само

[1] Според § 1, т. 15 от Закона за социалните услуги „резидентна грижа“ е дейност за осигуряване на място за настаняване на деца, младежи до 25-годишна възраст, лица с трайни увреждания и лица в надтрудоспособна възраст и в зависимост от индивидуалните потребности – за осигуряване на 24-часова грижа за посрещане на ежедневните потребности и потребностите от развитие на лицата или за осигуряване на подкрепа за водене на самостоятелен начин на живот.

при прекратяване поради изтекъл срок (чл. 29, т. 2 ЗЗакрД). Дори и в такава ситуация би имало промяна в мярката. Това е така, защото с решение съдът ще прекрати съществуващата на базата на чл. 29, т. 2 ЗЗакрД – арг. от чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД, отново ще прецени има ли предпоставка по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД, ще съобрази правилата на чл. 26–28 ЗЗакрД – арг. от чл. 30а ЗЗакрД, ще определи нов срок[2]. Ако нямаше промяна в мярката, съдът нямаше да е длъжен да извършва тази дейност – виж по-нататък в изложението т. 2.2.

Следователно, при промяна на мярката за закрила новата може да бъде различна или идентична като вид с предходната. В този смисъл е и съдебната практика – виж например Решение от 12.03.2013 г. по гр.д. № 59/2013 г. на Районен съд – Чирпан[3], Решение № 24 от 25.01.2013 г. по гр.д. № 984/2012 г. на Районен съд – Нови пазар[4], Решение № 121 от 19.03.2013 г. по гр.д. № 52/2013 на Районен съд Търговище, Решение № 893 от 10.06.2014 г. по гр.д. № 2263/2014 г. на Районен съд – Плевен, Решение № 127 от 12.10.2015 г. по гр.д. № 654/2015 г. на Районен съд – Свищов, Решение № 827 от 2.06.2014 г. по гр.д. № 2095/2014 г. на Районен съд – Плевен, Решение № 730 от 17.05.2018 г. по гр.д. № 2657/2018 г. на Районен съд – Плевен, и много други.

2.2. Противното разбиране в практиката е изолирано – виж без аргументи – Решение № 371 от 29.11.2018 г. по гр. д. 542/2018 г. на Окръжен съд – Враца, в мотивите, на което се твърди, че няма промяна на мярката за закрила, щом детето се настанява от едно приемно семейство в друго, и следователно производството не може да се квалифицира като такова по чл. 30а ЗЗакрД[5]. Срещу него могат да се противопоставят няколко аргумента:

– Ако се приеме, че няма промяна на мярката за закрила, тогава предходната не трябва да преустановява своето действие. Освен в хипотезите на автоматично прекратяване, съдът трябва да се произнесе по два въпроса – единият – за прекратяване на приложената мярка – вторият – за определяне на нова, нещо, което се признава в цитираното по-горе решение;

– Настаняването извън семейството винаги е конкретно – в заповедта на директора на Дирекция „Социално подпомагане“ и в решението на съда точно

---

[2] Виж Решение № 121 от 19.03.2013 г. по гр. д. № 52/2013 на Районен съд Търговище. Всички решения в статията са цитирани по ПИС СИЕЛА.

[3] Решението постановява: „Прекратява настаняването в професионално приемно семейство, а именно на […], и изменя по отношение на детето мярка за закрила „настаняване в приемно семейство“, като го настанява в професионално приемно семейство, а именно това на [...]“.

[4] Решението постановява: „Прекратява настаняването в професионално приемно семейство на [….] Настанява детето в професионално приемно семейство на [….]“.

[5] Въпреки това твърдение, съдът е потвърдил решението на първоинстанционния съд, с което той е прекратил настаняването в първото приемно семейство, и е спазил реда по чл. 26–28 ЗЗакрД за настаняване на детето в ново приемно семейство.

се указва семейството, в което се извършва настаняване, съответно социалната или интегрираната здравно-социална услуга за резидентна грижа. Дори да е наложително използването на еднаква по вид с настоящата мярка, последната трябва да престане да действа, за да е възможно приложението на друга. Дирекция „Социално подпомагане“ има компетентност само временно да я прекрати (чл. 30, ал. 2 ЗЗакрД), но тази компетентност ѝ е дадена с цел незабавно да извърши ново настаняване, което няма как да стане без прекратяване на предходното;

– Не е допустимо съвместното съществуване на две настанявания извън семейството, защото биха се породили непреодолими противоречия и неразрешими състояния. В такава ситуация би се оказало например, че всяко от семействата, в което е извършено настаняване, има задължение да полага грижи за детето, последното трябва да живее и при двете, във връзка с това съдът би бил изправен пред сложен въпрос, ако едното поиска връщане на детето от другото (чл. 137, ал. 3, изречение последно СК във връзка с чл. 126, ал. 2 СК), тъй като ще има повече от едно действащи настанявания;

– Ако приемем, че при определяне на същото по вид като приложеното настаняване, няма промяна в последното, тогава съдът не е длъжен на основание чл. 30а ЗЗакрД да спази правилата на чл. 26–28 ЗЗакрД, не трябва да извършва преценка има ли предпоставки за настаняване извън семейството, не е необходимо да следва поредността, установена от чл. 26, ал.1 ЗЗакрД – чл. 28, ал. 4, изречение последно ЗЗакрД. Оказва се и че не е нужен акт на компетентен орган за настаняване, защото разпоредбата на чл. 28 ЗЗакрД няма да се прилага. Изводът е абсурден и не може да получи подкрепа, тъй като негов резултат ще бъде настаняването без основание, извършено при грубо погазване правата на детето и родителите му. Такова тълкуване противоречи на принципа за закрила на детето, прокламиран от чл. 47 Конституцията на Република България и чл. 3 ЗЗакрД. Аргумент против застъпената теза не може да бъде чл. 30, ал. 2 ЗЗакрД, предвид правомощието на Дирекция „Социално подпомагане“ да извършва настаняване извън семейството, което тя прави след преценка за интереса на детето от прилагането на подобна мярка, защото нейните функции в тази насока са ограничени – само до произнасянето на съда, т.е. само съдът може да постанови постоянна мярка.

Въз основа на казаното може да се направи извод, че промяна на мярката за закрила настаняване извън семейството има, когато се прекратява съществуващото и се прилага друго, без значение на вида му, т.е. новата мярка за закрила може да бъде еднаква или да се различава като тип настаняване от досегашната.

3. Характерни белези на основанията за прекратяване на настаняването на дете извън семейството, при които се извършва ново настаняване

3.1. Промяна в мярката за закрила се извършва, когато има изменение в обстоятелствата от значение за настаняване извън семейството. Макар изискване в този смисъл да съдържа само чл. 29, т. 9 ЗЗакрД, изменение се открива и при разваляне на договора, взаимно съгласие, изтичане на срока, смърт на съпрузите или на лицето от приемното семейство/семейството на роднини или близки, промяна на мярката за закрила. Израз на това променяне могат да бъдат новонастъпили факти, осъществили се след настаняването – такива са например виновното неизпълнение, съпроводено с разваляне на договора, взаимното съгласие за прекратяване на договора, влошаването на отношенията между приемното семейство/семейството на роднини или близки и детето, изтичането на срока, появата на подходящо приемно семейство и др. Следва да се приеме, че релеванти са и факти, които са съществували към момента на настаняването, но не са били известни на съда или Дирекция „Социално подпомагане“ по различни причини – например прояви на приемното семейство, които свидетелстват, че лицата нямат необходимите качества да отглеждат и възпитават детето – тежко умишлено престъпление разкрито и доказано след настаняването; роднина или близък, който иска да полага грижи за детето, но не е бил издирен при предходното настаняване и др.

Изменението в обстоятелствата е характерен белег за всички разглеждани основания и може да бъде критерий за определяне на приложното им поле, доколкото при някои от тях е свързано само с детето, при други – с лицето, при което е извършено настаняването – виж по-нататък т. 4–9.

3.2. Анализът на чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 ЗЗакрД показва, че при проявлението на някои от прекратителните основания интересите на детето са засегнати неблагоприятно – разваляне поради неизпълнение на задълженията на приемното семейство; в някои хипотези на промяна на обстоятелствата, свързани с детето – например негово заболяване, а в съществуващото настаняване не могат да му бъдат осигурени адекватни грижи; при изоставяне на детето от роднината или близкия; и т.н. При други – могат да бъдат накърнени негативно – примери са прекратяването на договора с приемното семейство по взаимно съгласие или изтичане срока на настаняване, а детето не е навършило пълнолетие, защото остава без грижи, и др. За да се извърши промяна в мярката за закрила обаче, е безусловно необходимо да се установи, че тя е в интерес на детето – арг. от чл. 3, т. 3 от ЗЗакрД, който прокламира осигуряването на най-добрия интерес на детето като основен принцип за закрила. Съдебната практика е в същия смисъл – виж например Определение № 15550 от 25.11.2013 г. по

адм.д. № 9522/2013 г., IV отд. на ВАС, Решение № 33 от 24.06.2013 г. по гр.д. № 225/2013 г. на Районен съд – Чирпан, Решение № 489 от 28.03.2014 г. по в.гр.д. № 363/2014 г. на Окръжен съд – Варна и много други.

3.3. Две от обсъжданите основания имат автоматичен прекратителен ефект – смърт на съпрузите или на лицето от приемното семейство, смърт на лицето или лицата от семейството на роднини или близки – чл. 29, т. 7, 10 ЗЗакрД, затова те са „извънсъдебни**“**. Останалите са „съдебни“, нуждаят се от релевиране по съдебен ред. Такива са – разваляне на договора, изтичането на срока, взаимното съгласие на страните по договора, промяната на мярката за закрила, промяната на обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес.

3.4. От тълкуването на чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 ЗЗакрД е видно, че някои от основанията могат да се използват за прекратяване на всички видове настаняване извън семейството, други – само за точно определен вид. Това обосновава разделянето им на две групи – общи и специални. Специални се съдържат в чл. 29, т. 1, 3, 7, 10 ЗЗакрД и касаят прекратяване на настаняването в приемно семейство, а това по чл. 29, т. 10 ЗЗакрД – в семейство на роднини или близки. Останалите са общи – чл. 29, т. 2, 8, 9 ЗЗакрД, относими са спрямо всички видове настаняване извън семейството.

Тъй като приложното поле на основанието по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД може да се очертае с помощта на систематично тълкуване с останалите прекратителни основания, паралелно с които се извършва промяна на мярката за закрила, е необходимо те да бъдат разгледани най-напред.

4. Разваляне на договора (чл. 29, т. 1 ЗЗакрД)

Според чл. 29, т. 1 ЗЗакрД настаняването извън семейството се прекратява при разваляне на договора[6]. Разпоредбата е приложима единствено спрямо приемното семейство (чл. 4, ал. 1, т. 4 ЗЗакрД), тъй като само с него се сключва договор (чл. 27, ал. 5 ЗЗакрД). А чл. 29, т. 8 ЗЗакрД е относим и към мерките по чл. 4, ал. 1, т. 2 и 5 ЗЗакрД – настаняване в семейство на роднини или близки или в социална услуга за резидентна грижа.

4.1. Разваляне се извършва при виновно неизпълнение на задълженията на страна по двустранен договор, какъвто е и този, сключен с приемното

[6] Разваляне на договора не води до автоматично прекратяване на настаняването – арг. от чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД.

семейство[7], тъй като задължения имат и двете страни. Законът за закрила на детето не посочва изрично неизпълнението на кои от тях дава право на кредитора да развали договора.

Една част от задълженията на страните изрично са изброени в закона – чл. 33, ал. 1 ЗЗакрД, чл. 137 СК, други могат да бъдат извлечени по тълкувателен път[8]. Основното задължение на лицето или съпрузите от приемното семейство е да полагат грижи за отглеждането и възпитанието на детето. Грижите са действия, посредством които се обезпечава нормалното съществуване на детето, неговият живот и здраве. Те обхващат физическото, умственото, нравственото и социалното развитие на ненавършилия пълнолетие и заместват родителските. Осъществяват се чрез фактически действия, които се отнасят до хигиената, храната, облеклото и т.н., зависят от възрастта на детето, особеностите на неговото физическо и психическо развитие, здравословно състояние. Законодателят определя какъв стандарт на живот следва да се осигури на дете, настанено в приемно семейство с Наредбата за критериите и стандартите за социални услуги за деца. Приемният родител дължи и съдействие при осъществяване на контактите между родителите и детето (чл. 33, ал. 1 ЗЗакрД). Извършва и правни действия в мащаб, определен от чл. 137 СК.

Водещото задължение на другата страна по договора е да осигури финансиране.

Виновното неизпълнение на което и да е от тези задължения, освен че може да има много изразни форми, представлява предпоставка за разваляне на договора. Поради изключителната практическа важност на тези прояви те ще бъдат изброени, макар и примерно. Към тях могат да се отнесат – приемният родител не полага дължимите грижи за детето – за физическото му развитие, не му осигурява храна, дрехи, дом; не се грижи за възпитанието, не оказва съдействие в образованието му, с активни действия създава пречки да посещава училище; не живее с детето, изоставил го е – дезинтересирал се е към него, и други.

Договорът може да се развали при създаването на вредни навици у детето – използването му за просия или за реализиране на престъпна дейност – извършване на кражби, разпространение на наркотици и други.

Неизпълнението на задълженията може да се изрази в упражняване на физическо насилие над детето – нанасяне на побой, причиняване на телесна повреда, опит за убийство и др.; осъществяване на психическо насилие и други.

---

[7] **Марков**, Методи. Договорът за настаняване на дете в приемно семейство. Съвременно право, 2004, № 2, с. 9.

[8] Тяхното обстойно разглеждане може да стане в рамките на нарочно самостоятелно изследване.

При упражняване на физическо или на психическо насилие, приложение могат да намерят и мерките по Закона за защита от домашното насилие (ЗЗДН). Защита по този закон може да потърси дете, пострадало от домашно насилие, извършено от приемен родител (чл. 3, т. 8, предложение последно ЗЗДН). Независимо от реализирането на мерки по цитирания закон, макар дори да не е нужно да се изчаква тяхното приложение, или сезиране на компетентните органи по Закона за защита от домашното насилие, договорът с приемното семейство ще бъде развален. Ако са сезирани органите на Министерство на вътрешните работи (чл. 4, ал. 2 ЗЗДН), те следва да информират незабавно Дирекция „Социално подпомагане“ – арг. от чл. 7, ал. 2 ЗЗакрД, която трябва да направи проверка и временно да прекрати настаняването. Уведомление може да извърши всяко лице, на което стане известно, че върху детето се упражнява насилие от приемния родител или той не осъществява други свои задълженията в това си качество (чл. 7, ал. 1 и 2 ЗЗакрД).

Релевантни са всички форми на неизпълнение – пълно или неточно (частично, забавено, лошо). Неточното изпълнение не трябва да е незначително с оглед интереса на детето – арг. от чл. 87, ал. 4 Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Най-често дори еднократното неизпълнение на задълженията на приемното семейство ще даде повод за разваляне на договора, защото сериозно засяга интереса на детето, а оттам и обществения интерес – например нанасяне на побой, изпъждане и др. Подобни прояви не е нужно да бъдат извършвани системно, за да се развали договорът. Следователно критерий трябва да бъде видът на неизпълненото задължение, ако се засяга животът, здравето, възпитанието, образованието, физическото или психическото развитие на детето. В редки хипотези неизпълнението би било незначително по смисъла на чл. 87, ал. 4 ЗЗД – например приемното семейство веднъж не е изпълнило задължението си за съдействие при осъществяване на контакти между детето и неговите родители или за даване на сведения за детето.

4.2. Законът за закрила на детето не съдържа нарочно правило, което да определя по какъв ред се извършва разваляне, няма и текст, който да предвижда, че за неуредените в този закон въпроси се прилагат разпоредбите на гражданското законодателство. И това е разбираемо, тъй като обсъжданият закон урежда специфичната материя по закрила на децата, която касае изключително неимуществени отношения. Въпреки това обаче не може да има съмнение, че по въпросите, отнасящи се до разваляне на договора с приемното семейство, са приложими съответно правилата на чл. 87 ЗЗД[9]. Следователно, редът на разваляне е този, който предвижда чл. 87 ЗЗД, като се съобрази спецификата на регулираните отношения. Това означава, че кредиторът следва

[9] Така **Марков**, Методи. Цит. съч., с. 15.

да отправи до неизпълнилия длъжник едностранно изявление. Договорът с приемното семейство се сключва в обикновена писмена форма[10], следователно и изявлението трябва да бъде в тази форма – арг. от чл. 87, ал. 1, изречение последно ЗЗД. Ако се извърши устно, последицата ще бъде нищожност, разваляне няма да има, тъй като формата е за валидност[11].

Дали кредиторът трябва да даде подходящ срок за изпълнение? Отговорът безспорно е положителен само когато приемното семейство е изправната страна – изпълнява задълженията си, но не получава финансиране. Тогава е оправдано съпрузите или отделното лице да дадат подходящ срок за изпълнение на паричното задължение, след безрезултатното изтичане на който договорът ще се развали.

Когато членовете на приемното семейство не изпълняват задълженията си, ми се струва, че естеството на разглеждания договор е такова, че не е необходимо винаги Дирекция „Социално подпомагане“, съответно лицензираният доставчик на социални услуги или общината, да дава подходящ срок за изпълнение. Критерий трябва да бъде видът на неизпълненото задължение. Ако например това е задължението за даване на сведения за детето или за оказване на съдействие за осъществяване на контактите между детето и родителите му, или за осигуряване на достъп на доставчика на социалната услуга по чл. 4, ал. 1 от Наредба за условията и реда за кандидатстване, подбор и утвърждаване на приемни семейства и настаняване на деца в тях (НКПУПСНДТ) за наблюдаване на приемната грижа (чл. 21 и сл. НКПУПСНДТ), такъв срок следва да бъде определен. В останалите случаи обаче фактът на виновно неизпълнение и необходимостта от своевременно осигуряване на надлежни грижи позволява разваляне на договора, без едностранното изявление да съдържа даден от кредитора срок за изпълнение. Изчакването на определен период от време, поверяването на детето на лице, което виновно не изпълнява задълженията си, може само да увреди интересите на ненавършилия пълнолетие. Поканата към приемния родител да изпълни задълженията си би била в пълен разрез с принципа за закрила на детето в ситуация на изпъждане, насилие, неосигуряване на храна, подслон и т.н., която е дала основание за разваляне. На основание чл. 87, ал. 2, предложение второ ЗЗД, кредиторът може да развали договора, без да дава подходящ срок за изпълнение, ако поради забава на длъжника изпълнението е станало безполезно за кредитора. В така описаните хипотези, щом Дирекция „Социално подпомагане“ установи, че за детето не се полагат грижи, ще прибегне до друго настаняване извън семейството, като

---

[10] Така **Марков**, Методи. Семейно и наследствено право. Помагало. 6. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014, с. 171. **Матеева**, Екатерина. Семейно право на Република България. София: ВСУ „Черноризец Храбър“, 2010, с. 469.

[11] Виж в този смисъл **Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част. София: Сиби, 2001, с. 320.

временно ще преустанови действието на съществуващото, и в този смисъл по-късното изпълнение е станало безполезно.

По посочените съображения развалянето на договора не може да бъде частично – само за задълженията, които приемното семейство не изпълнява, а за останалите да е в сила, защото сериозно ще се накърнят интересите на детето и обществения интерес.

Договорът се разваля винаги извънсъдебно, макар за прекратяване на настаняването да е необходимо съдебно решение.

Особеност на развалянето на обсъждания договор е, че то произвежда действие само за в бъдеще, предвид трайния характер на неговото изпълнение. Това следва от правилото на чл. 88, ал. 1, изречение първо ЗЗД, според което развалянето на договори с продължително изпълнение има действие само за в бъдеще, която разпоредба се прилага към настоящия договор. И двете страни имат задължения, които са с продължително или периодично изпълнение. Задължението да се осигури финансиране е с периодично изпълнение. По-голямата част от задълженията на лицето или съпрузите от приемното семейство са с продължително изпълнение – например за съвместно живеене, а други – с периодично – съдействие за осъществяване на контакти с родителите по произход.

4.3. Най-голямо практическо значение имат хипотезите, в които приемното семейство не полага грижи за детето. При констатиране на неизпълнение, както споменах, по силата на чл. 30, ал. 2 ЗЗакрД Дирекция „Социално подпомагане“ временно ще прекрати настаняването до произнасяне на съда и ще вземе решение относно бъдещото отглеждане и възпитание на детето или ще приеме друга временна мярка за закрила, ако по този начин се осигурява най-добрият интерес на детето.

Въпросът, който се поставя тук е – на какво основание Дирекция „Социално подпомагане“ ще прекрати настаняването? Отговорът не може да бъде еднозначен, зависи от това кой е сключил договора с приемното семейство и как са се развили отношенията във всеки отделен случай.

Договорът се сключва от доставчика на услугата “приемна грижа“, а това може да бъде Дирекция „Социално подпомагане“, общината или лицензиран доставчик на социални услуги – арг. от чл. 4, ал. 1 НКПУПСНДТ и чл. 27, ал. 5 ЗЗакрД, от една страна, и приемното семейство – от друга.

Договор, сключен от Дирекция „Социално подпомагане“, ще бъде развален от нея, тя ще преустанови действието на настоящата мярка по силата на чл. 29, т. 1 ЗЗакрД. Когато страна е общината или лицензираният доставчик на социални услуги, е възможно договорът да не е развален към момента на прекратяване на настаняването по административен ред. Дирекция „Социално подпомагане“ трябва да направи уведомление до тях за констатираното не-

изпълнение. Може да преустанови действието на настаняването въз основа на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, защото е възникнала необходимост от прилагане на нова мярка за закрила, а все още няма разваляне. До произнасянето на съда договорът ще бъде развален от общината/лицензирания доставчик на социални услуги. В друга хипотеза е мислимо те да подадат сигнал по чл. 9 ППЗЗакрД и да развалят договора. Тогава Дирекция „Социално подпомагане“ ще приложи чл. 29, т. 1 ЗЗакрД. Основанието, на което съдът ще прекрати настаняването, ще бъде със същата правна квалификация.

4.4. Промяната на обстоятелствата се изразява във виновно неизпълнение, довело до разваляне на договора. Затова в приложното поле на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД не се включват случаите на виновно неизпълнение на задълженията на приемното семейство, защото тогава договорът се разваля и на тази база съдът прекратява настаняването. Следователно, основанието по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД се изключва от това по чл. 29, т. 1 ЗЗакрД, което се очертава като специално, регламентира по-тясна хипотеза в сравнение с първото. Прекратяване на настаняването в приемно семейство по силата на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД може да се извърши, ако договорът не е развален.

Правната последица от прилагането на чл. 29, т. 1 ЗЗакрД е, че съгласно чл. 32, т. 5 ЗЗакрД не могат да кандидатстват за приемно семейство, приемни семейства отстранени от тази дейност поради виновно неизпълнени задължения.

5. Взаимно съгласие на страните по договора (чл. 29, т. 3 ЗЗакрД)

Договорът с приемното семейство може да се прекрати по взаимно съгласие[12] на страните по него – отделното лице, съответно един от съпрузите – арг. от чл. 57а, ал. 3 ППЗЗакрД, от една страна, а от друга – действието ще бъде извършено от Дирекция „Социално подпомагане“ или общината, или лицензирания доставчик на социални услуги. Това по своята същност представлява преустановяване действието на договора преди изтичане на неговия срок и не касае случаите на отпаднала необходимост от настаняване, защото тогава основанието би било друго – например осиновяване (чл. 29, т. 4 ЗЗакрД), навършване на пълнолетие (чл. 29, т. 5 ЗЗакрД) и други.

5.1. Договорът може да бъде прекратен по взаимно съгласие във всеки един момент от съществуването му. Разглежданият способ позволява на страните по свое усмотрение, когато искат, да сложат край на договорните си отношения. Показва и нежелание на приемния родител да продължи да полага

[12] Взаимното съгласие, макар и да прекратява договора, не води до автоматично прекратяване на настаняването – арг. от чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД.

грижи за детето в бъдеще. Извънсъдебното съглашение прекратява договора и служи за основание за прекратяване на настаняването. Необходимо е отделното лице или съпрузите от приемното семейство да са дееспособни, да не са поставени под запрещение. Ако са запретени, настаняването ще се прекрати, защото е необходима промяна в мярката за закрила (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД). Впрочем, това ще бъде извършено в един предхождащ поставянето под запрещение момент – този, в който Дирекция „Социално подпомагане“ установи, че за ненавършилия пълнолетие не се полагат адекватни грижи. Основанието е това по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД.

Както беше изложено, договорът с приемното семейство се сключва в обикновена писмена форма, следователно и взаимното съгласие за прекратяване трябва да бъде облечено в тази форма. Ако е постигнато само устно, няма да има действие. Прекратяването не може да се извърши мълчаливо – като приемното семейство изостави детето или го предаде на Дирекция „Социално подпомагане“. Изоставянето на детето е основание за разваляне на договора (чл. 29, т. 1 ЗЗакрД).

Преустановяване действието на договора по взаимно съгласие само от един от членовете на приемното семейство, което да поражда действие и за двамата, не е възможно. За да се постигне този ефект, е необходимо да има изразена воля и от двамата съпрузи, може единият да е упълномощен от другия.

Възможно е обаче преустановяване на настаняването само при един от съпрузите. В този смисъл прекратителното действие да обхване само него, а другият да продължи да изпълнява задълженията си. Такъв би бил случаят например, ако един от съпрузите заминава в чужбина за продължителен период от време.

Мотивите за прекратяване на обсъжданото основание могат да бъдат много – заболяване, служебна ангажираност, отсъствие от страната, появата на нов член на семейството и др. Страните не са длъжни да се мотивират. В така описаните хипотези, ако договорът не бъде прекратен по взаимно съгласие, неговото действие може да бъде преустановено на базата на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, защото е възникнала необходимост от промяна на мярката. Дали ще се използва едната или другата възможност, зависи от избора на страните. Ако не постигнат взаимно съгласие, тогава съпрузите могат да сезират съда – арг. от чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД, но в този случай основанието ще бъде друго – промяна на мярката (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД).

Законът за закрила на детето не урежда възможност за прекратяване на договора с едностранно предизвестие. Приемният родител има две възможности, ако не иска да се грижи вече за детето. Първата е да докаже пред съда наличието на някое от изброените в чл. 29 ЗЗакрД основания, разбира се, извън тези, които имат автоматично действие. Нежеланието да се изпълняват функциите на приемно семейство, може да бъде причина за прекратяване на

настаняването по силата на чл. 29, т. 8 ЗЗакД, тъй като детето трябва отново да бъде настанено извън семейството.

Втората е прекратяване с едностранно предизвестие, ако изрично е предвидено в договора. В този случай страните са регламентирали хипотезите, в които прекратяване може да се извърши с подобно предизвестие.

5.2. Видно от изложеното, чл. 29, т. 3 ЗЗакрД има по-тесен обхват в сравнение с чл. 29, т. 8 ЗЗакрД както по отношение на правопораждащия факт – взаимно съгласие, така и спрямо приложената мярка – тя може да бъде само тази по чл. 4, ал. 1, т. 4 ЗЗакрД. В хипотезите на чл. 29, т. 3 ЗЗакрД нуждата детето отново да се настани извън семейството, налага прекратяване на съществуващото настаняване, което съдът ще постанови въз основа на чл. 29, т. 3 ЗЗакрД и ще приложи някоя от мерките в последователността, указана от чл. 26, ал. 1 ЗЗакрД. С други думи, ще има промяна в мярката за закрила, макар чл. 29, т. 8 ЗЗакрД да не се прилага, защото съдържащата се в него норма се явява обща спрямо тази по чл. 29, т. 3 ЗЗакрД и се изключва от нея.

6. Смърт на съпрузите или на лицето от приемното семейство (чл. 29, т. 7 ЗЗакрД), съответно лицето/лицата от семейството на роднини или близки (чл. 29, т. 10 ЗЗакрД)

При сключване на договор с приемното семейство[13], а така също и при настаняване в семейство на роднини или близки, водещи са личните качества на лицето или съпрузите от това семейство. Затова, когато физическото лице почине, настаняването престава да действа. Тази е последицата и за договора, сключен с приемното семейство[14]. Фактът на смъртта се установява с акт за смърт. Той се издава по реда на Закона за гражданската регистрация. Обявената с решение на съда смърт има същите правни последици, както и действителната (чл. 17, ал. 1 ЗЛС)[15]. Тя обаче не е релевантна за приложението на чл. 29, т. 7 и 10 ЗЗакрД. Това е така, защото е необходимо съгласно чл. 14 ЗЛС да изтекат пет години от деня, за който се отнася последното известие за отсъстващия, за да може съдът по искане на прокурора или на всеки заинтересуван да обяви неговата смърт. Законът предвижда и по-кратък срок. Той

[13] Виж за тази характеристика на договора с приемното семейство като договор с оглед личността у **Марков**, Методи. Договорът за настаняване на дете в приемно семейство., с. 10, 11.

[14] Така **Марков**, Методи. Цит. съч., с. 15 и **Матеева**, Екатерина. Цит. съч., с. 470.

[15] Процесуалните правила се уреждат от чл. 549–552ГПК. Обявяването на отсъствието не е задължително условие за обявяване на смъртта (чл. 14, ал. 2 ЗЛС). Денят на смъртта на лицето, обявено за починало, се определя от съда, съобразно доказателствата по делото. Когато се съберат данни за момента на смъртта, датата се определя съгласно тях. Ако обаче такива няма, за момент на смъртта се приема денят, в който се отнася последното известие за лицето (чл. 16, ал. 2 ЗЛС).

касае военни действия или друго събитие (самолетна катастрофа, потъване на кораб и др.), което дава основание да се предполага, че лицето е загинало. Срокът е фиксиран на две години и тече от прекратяването на военните действия или на събитието. Независимо дали става дума за две или за пет години, това е твърде дълъг период от време, изчакването на който само би увредило интересите на детето. Ако лицето е в безвестно отсъствие, настаняването ще се прекрати, тъй като се е породила необходимост от промяна на мярката за закрила (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД) – виж по-нататък в изложението т. 9.

Прекратителният ефект настъпва на датата, отразена в акта за смърт, на която лицето е починало. Необходимо е да се направи важно уточнение – ако е починал един от приемните родители или от лицата от семейството на роднини или близки, настаняването при другия ще продължи да действа. Преустановява се само настаняването спрямо починалия. Към този извод насочва граматическото тълкуване на чл. 29, т. 7 и 10 ЗЗакрД, който изисква при настаняване при съпрузи или две лица и двамата да са починали. Ако смъртта на единия прекратяваше настаняването и спрямо преживелия, законодателят щеше да предвиди изрично правило в този смисъл. Следователно, настаняването спрямо двамата съпрузи от приемното семейство/лицата от семейството на роднини или близки се прекратява, когато и двамата починат. Тогава е необходимо детето отново да се настани извън семейството.

При проявлението на основанията по чл. 29, т. 7 и 10 ЗЗакрД трябва отново да се извърши настаняване извън семейството, т.е. да се промени мярката за закрила. Нормата на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД е обща и спрямо тези по чл. 29, т. 7 и 10 от ЗЗакрД, те регулират изрично и изчерпателно уредени хипотези на прекратяване на настаняването и имат по-тесни граници на приложение, в сравнение с чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, тъй като са относими само към мерките по чл. 4, ал. 1, т. 2 и 4 ЗЗакрД. Особеното е, че в случаите на чл. 29, т. 7 и 10 ЗЗакрД, настаняването престава да действа автоматично (чл. 30, ал. 1 in fine ЗЗакрД), докато прилагането на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД изисква преценка на компетентен орган – Дирекция „Социално подпомагане“, съда.

7. Изтичане на срока (чл. 29, т. 2 ЗЗакрД)

Настаняването извън семейството винаги е за определен период от време. За да престане неговото действие, дори при изтекъл срок, е необходимо съдебно решение. Правното основание за това е чл. 29, т. 2 ЗЗакрД[16] във връзка с чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД.

[16] В този смисъл е и съдебната практика – виж например – Решение № 730 от 17.05.2018 г. по гр.д № 2657/2018 г. на Районен съд – Плевен, Решение № от 4.03.2008 по гр.д. № 21/2008 г. на Пирдопски Районен съд.

Допустима ли е клауза в договора с приемното семейство, според която настаняването се продължава автоматично за определен период от време, ако до изтичане на срока му никоя от страните по него не възрази срещу това продължаване? Въпреки че случаят не е уреден в Закона за закрила на детето, а Законът за задълженията и договорите не съдържа забрана за подобна клауза, но позволява на страните да определят свободно съдържанието на договора, без да нарушават императивни правни норми или добрите нрави (чл. 9 ЗЗД), отговорът трябва да бъде отрицателен. Обсъжданият договор е тясно свързан с материята по закрила на децата, където водещ е едноименният принцип. Съдът е преценил, че детето се нуждае от тази мярка за закрила за определен период. Настаняването за нов може да стане само със съдебно решение[17], тъй като представлява крайна и изключителна мярка[18], чието приложение изисква преценка на съда, и не може да стане по взаимно съгласие на страните.

По изложените съображения законодателят не е предвидил възможност за мълчаливо продължаване срока, ако членовете на приемното семейство/ семейството на роднини или близки, на персонала на социалната услуга за резидентна грижа не престават да полагат грижи за детето, след като е изчерпан, както и за удължаването му по взаимно съгласие.

Само ако детето не е навършило пълнолетие и е налице някоя от предпоставките по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД, отново ще бъде настанено извън семейството, т.е. ще има промяна на мярката, но прекратяването на съществуващата няма да се извърши съобразно чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, а въз основа на чл. 29, т. 2 ЗЗакрД. Член 29, т. 2 ЗЗакрД регламентира специална хипотеза, в сравнение с чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, на основание за прекратяване на мярката за закрила.

Често в съдебните решения се посочва, че настаняването е до достигане на пълнолетие от детето или до навършване на 20-годишна възраст, ако продължава средното си образование, или до настъпване на промяна в обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес. В първия и втория случай релевантното прекратително основание е това по чл. 29, т. 5 ЗЗакрД, а в третия – чл. 29, т. 9 ЗЗакрД. При навършване на пълнолетие, съответно 20-годишна възраст отпада необходимостта от прилагане на мярка за закрила. В хипотезите на чл. 29, т. 9 ЗЗакрД обаче такава се налага – виж т. 8 по-нататък в изложението.

---

[17] Отглеждането и възпитанието на децата се осъществяват от техните родители. Само по изключение детето може да бъде настанено извън семейството и грижите по отглеждане и възпитание да се поемат от друго лице. По тази причина законодателят е уредил компетентност на съда при прилагане на мярката за закрила – настаняване извън семейството.

[18] **Ненова**, Лиляна. Семейно право на Република България: По новия Семеен кодекс от 2009 г. Нова редакция проф. д-р Методи Марков. 3. осн. прераб. и доп. изд. Кн. 2. София: Софи–Р, 2010, с. 462.

8. Промяна на обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес (чл. 29, т. 9 ЗЗакрД)

За приложението на чл. 29, т. 9 ЗЗакрД са необходими две кумулативно дадени предпоставки – установено изменение в обстоятелствата, свързани с детето, и констатация, че промяната на мярката за закрила отговаря на интереса на детето.

Дирекция „Социално подпомагане“ трябва да извърши проверка и много детайлна преценка на интересите на ненавършилия пълнолетие, като вземе предвид, освен неговите чувства и желания и физическите, психическите и емоционалните му потребности, възрастта, здравословното състояние, опасността или вредата, която му е причинена или вероятността за причиняването ѝ, и други възможности за настаняване извън семейството – арг. от § 1, т. 5, б. „е“ от ДР на ЗЗакрД – „последиците, които ще настъпят за детето при промяна на обстоятелствата“. Иначе казано, да отчете и дали детето може да бъде настанено в семейство на роднини или близки, в приемно семейство, или да ползва друга социална или интегрирана здравно-социална услуга за резидентна грижа. Още повече че мярката по чл. 4, ал. 1, т. 5 ЗЗакрД се прилага само след изчерпване на възможностите за оставане на детето в домашна и семейна среда и възможностите за прилагане на мерки за закрила в семейна среда (чл. 35 ЗЗакрД)[19].

Промяната на обстоятелствата, свързани с детето, може да има много проявления. Например:

– Изменения в неговото здравословно състояние, изискващи специализирани медицински грижи, които не могат да му бъдат осигурени без променяне на мярката за закрила, примерно необходимо е настаняване в професионално приемно семейство или интегрирана здравно-социална услуга за резидентна грижа;

– Ясно формирана воля на детето да бъде настанено в друго приемно семейство, декларирана от него емоционална връзка, както и по-добро отношение спрямо него в това приемно семейство, отколкото в предходното, което се подкрепя и от изготвения социален доклад – виж ситуацията, описана в Решение от 10.05.2017 г. по адм.д. № 27/2017 г. на Административен съд – Търговище;

– Опасно поведение на детето, свързано с психично заболяване, довело до инцидент, при което друго, настанено в семейството дете е пострадало – Решение от 20.02.2015 г. по гр.д. № 804/2014 г. на Районен съд – Попово;

---

[19] На основание § 1, т. 7 от ДР на ЗЗакрД „Семейна среда“ е биологичното семейство на детето или семейството на осиновителите, бабата и дядото или близките на детето, или приемно семейство, при което то се настанява по реда на чл. 26 ЗЗакрД“.

– Влошаване на отношенията със семейството на роднини или близки или приемното семейство, в което детето е настанено, и нежеланието му да бъде отглеждано от тях;

– Контактите с криминално проявени лица и необходимостта от осигуряване квалифицирана социална и психолого-терапевтична помощ за корекционно въздействие, както и за опазване на физическото, психическото и нравствено развитие на детето, чрез извеждането му в среда, в която с него ще работят съответни специалисти – Решение № 33 от 11.01.2016 г. по гр.д. № 6243/2015 г. на Районен съд – Плевен;

– Кражби, бягства от учебни занятия от страна на детето, предвид необходимостта да бъде отделено от вредната за него асоциална среда с оглед по-нататъшното му развитие като личност, в негов интерес е то да ползва дългосрочна социална услуга за резидентна грижа – Решение № 194 от 11.12.2013 г. по гр.д. № 826/2013 г. на Районен съд – Свищов, и други.

На пръв поглед в разглежданите хипотези могат да се използват две основания за прекратяване на настаняването – по чл. 29, т. 8 и по чл. 29, т. 9 от ЗЗакрД. И двете нямат автоматичен ефект, а се прилагат след преценка на компетентен орган. Струва ми се, че основанието – промяна на обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес[20] (чл. 29, т. 9 ЗЗакрД) – е специално спрямо това по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД – промяна на мярката за закрила. Необходимостта от променяне може да се дължи на много и различни факти, например такива, касаещи членовете на приемното семейство или на семейството на роднини или близки (виж т. 9 по-нататък в изложението). За изменение в обстоятелствата, свързани с детето, законодателят е предвидил нарочно основание, подчертавайки водещото значение на интереса на детето.

Част от съдебната практика приема, че при подобряване на социално-битовите условия на биологичното семейство, на отношенията с детето, установено желание и готовност на родителите да полагат грижи за детето си (Решение № 68 от 20.05.2015 г. по гр.д. № 123/2015 г. на Районен съд – Свищов, Решение № от 31.10.2014 г. по гр.д. № 488/2014 г. на Районен съд – Кнежа, Решение № 65 от 06.07.2016 г. по гр.д. № 223/2016 г. на Районен съд – Гълъбово и др.), настаняването трябва да се прекрати съгласно чл. 29, т. 9 от ЗЗакрД. Това е неправилна правна квалификация. Прекратяване ще се извърши, но по силата на чл. 29, т. 6 от ЗЗакрД, тъй като е отпаднала предпоставката по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД. Обратно, прилагането на чл. 29, т. 9 ЗЗакрД не предполага липсваща вече причина за настаняване извън семейството, не касае връщане в семейството по произход, към което насочва тълкуването на разпоредбата

[20] От своя страна основанието по чл. 29, т. 9 ЗЗакрД пък е общо спрямо основанията за прекратяване – осиновяване на детето (чл. 29, т. 4 ЗЗакрД), навършване на пълнолетие от детето (чл. 29, т. 5 ЗЗакрД).

на чл. 29, т. 6 ЗЗакрД. Приложението и на чл. 29, т. 6, и на чл. 29, т. 9 ЗЗакрД предпоставя изменение на обстоятелствата, но в хипотезата на чл. 29, т. 6 ЗЗакрД те са свързани с родителите, става дума за радикална промяна в тяхното правно положение – вдигане на запрещението, възстановяване на родителските права[21], и в поведението им спрямо детето – желание и готовност да полагат грижи за него, много често, реално вече полагани. Член 29, т. 6 ЗЗакрД се прилага, ако е отпаднала самата необходимост от предприемане на мярка за закрила – настаняване извън семейството, а чл. 29, т. 9 ЗЗакрД – по правило когато тази нужда съществува. По действието на чл. 29, т. 6 ЗЗакрД има значителна по количество практика – виж например Решение от 27.04.2017 г. по гр.д. № 55/2017 г. на Районен съд – Ардино, Решение от 23.04.2015 г. по гр.д. № 121/2015 на Районен съд – Попово, Решение от 24.11.2016 г. по гр.д. № 2258/2016 на Районен съд – Видин и много други.

Правната уредба на закрила на детето е изключително гъвкава, тя позволява на обсъжданото основание да обхване много житейски ситуации, твърде различни по своята същност и последици. Така трябва да бъде и с встъпването в брак на навършил 16 години. По изключение в подобна ситуация ново настаняване няма да се извърши. Това е оправдано, защото лицето се еманципира, може да стане родител и ще упражнява родителски права спрямо своето дете, лишено е от смисъл самият той да е настанен извън семейството и друг да полага грижи за него. За такива случаи е изключено приложението на чл. 29, т. 5 ЗЗакрД, който се отнася до навършилия пълнолетие или 20–годишна възраст, ако продължава средното си образование. Изчерпателното изброяване на релевантните хипотези не позволява действието му да се разпростре и спрямо разглежданата. Това безспорно е пропуск на законодателя и може само да се препоръча допълването на чл. 29, т. 5 ЗЗакрД с текст – „или при встъпване в брак на навършил 16 години“. По този начин тя ще бъде обхваната систематично от основанието, което е най-близко до нея и касае отпаднала необходимост от настаняване извън семейството, което следва да се прекрати[22].

9. Промяна на мярката за закрила (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД)

Това основание има толкова широки предели, че е в състояние да погълне останалите анализирани основания. Както беше изложено, при тях също се налага промяна в мярката за закрила. Законодателят е уредил изрично и тях и съществува разлика в приложните им полета, която беше посочена – виж т. 4–8. Всяко от основанията по чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 9, 10 ЗЗакрД изключва из-

[21] Виж за възстановяването на родителските права Станева, Анна. Ограничаване и лишаване от родителски права. София: Наука и изкуство, 1990, с. 80-90.

[22] В правната теория има становище, че договорът с приемното семейство ще се прекрати в разглежданата ситуация. Виж Матеева, Екатерина. Цит съч. с. 470.

ползването и така стеснява обхвата на действие на най-общото – промяна на мярката за закрила (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД). Последното се прилага, когато не е предвидено специално, нарочно основание за прекратяване настаняването извън семейството, при което се налага детето отново да бъде настанено извън семейството.

Законът не съдържа нито примерен, нито изчерпателен каталог на причините, при проявлението на които възниква нужда от промяна в мярката за закрила. Необходимо е да се отбележи, че предложеното по-нататък в изложението изброяване има примерен характер. Ще бъдат посочени някои от най-често срещаните причини за изменение на мярката. По приложението на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД се е натрупала богата практика.

В резултат на тълкуването на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, както и във връзка с останалите точки на чл. 29 ЗЗакрД могат да бъдат посочени много причини, които са разнообразни по своята същност. Едни от тях указват на виновно поведение на лицето, при което е настанено детето, други имат обективен характер. Следва да се направи уговорката, че вина може да прояви лицето, лицата от семейството на роднини или близки, член на персонала на услугата за резидентна грижа. Както споменах, при виновно неизпълнение на задълженията на приемното семейство, договорът с него се разваля, а настаняването се прекратява съгласно чл. 29, т. 1 ЗЗакрД – въпросът беше разгледан, виж по-горе т. 4.

Определянето на естеството на причината не е лишено от правни последици, макар и с тесен обхват. Виновното неизпълнение на задълженията е основание за налагане на дисциплинарно наказание на член на персонала на услугата за резидентна грижа. Предходно прекратяване на настаняването в семейство на роднини или близки поради виновно поведение е част от преценката за годност по смисъла на чл. 27, ал. 3 ЗЗакрД на съответния близък или роднина, но такова значение имат и някои обективни причини, освен ако са отпаднали.

9.1. Виновните причини, които изискват промяна в мярката за закрила, се свързват с виновно неизпълнение на задълженията от страна на семейството на роднини или близки. Ако член на персонала на услугата за резидентна грижа не изпълнява задълженията си, както беше изложено, това е основание за налагане на дисциплинарно наказание. Функциите му ще бъдат поети от друго лице, но прекратяване на настаняването няма да се наложи. Такова е мислимо в изключителни случаи, при наличието на сериозно, системно неизпълнение на задълженията на персонала, установени противозаконни, погрешни практики, отстраняването на които би отнело много време, би налагало смяна на работещите в услугата за резидентна грижа и др.

Неизпълнението често се изразява в бездействие – неполагане на грижи – неосигуряване на храна, подслон, грижи за здравето, живота, възпитанието,

образованието, но може да приеме формата на активно поведение – въвличане на детето в престъпна дейност, създаване на пречки да посещава училище, упражняване на физическо или психическо насилие – виж мотивите на Решение № 220 от 16.03.2015 г. по гр.д. № 133/2015 г. на Районен съд – Пещера, склоняване на детето към просия, алкохолизъм, употреба на наркотици, престъпна дейност и др.

9.2. Към обективните причини, изискващи промяна на мярката за закрила, може да се отнесат:

– Влошаването на материално-битовите условия при приемното семейство/семейството на роднини или близки;

– Невъзможност на лицето, при което е извършено настаняване, да се грижи за детето поради продължително отсъствие от страната – виж случая, описан в мотивите на Решение № 240 от 06.10.2017 г. по гр.д. № 1073/2017 г. на Районен съд – Велинград, Решение № 893 от 10.06.2014 г. по гр.д. № 2263/2014 г. на Районен съд – Плевен[23];

– Служебна ангажираност, която препятства полагането на постоянни грижи за детето;

– Безвестно отсъствие на лицето или лицата от семейството на роднини или близки или на лицето или съпрузите от приемното семейство[24];

– Появата на нов член на семейството на роднини или близки/приемното семейство;

– Напреднала възраст на лицето, при което е извършено настаняване, поради която то не може да отговори на нарасналите с възрастта нужди на ненавършилия пълнолетие – виж – Решение № 264 от 24.02.2016 г. по гр.д. № 514/2016 г. на Районен съд – Плевен[25];

---

[23] В мотивите на решението е описана следната ситуация:"… на 24.03.2014 г., в ОЗД при ДСП Плевен, е депозирано заявление с вх. № ЗД – 94СС / 0009/24.03.2014 г. от приемните родители С.С.Т. и И.М.М., с което е заявено желание от тяхна страна да бъде прекратено настаняването на малолетното дете Х.Л. в тяхното семейство, поради предстоящо пътуване извън страната и продължителното им отсъствие. Незабавно е проведена екипна среща между ОЗД при ДСП Плевен и социален работник от екип по приемна грижа при Община Плевен, на която е избрано друго свободно професионално приемно семейство – семейството на *** и М. ***, като подходящи за предоставяне на услугата приемна грижа на малолетния Х.Д.Л.. Процесът на опознаване и напасване между детето и новото приемно семейство е наблюдаван от социални работници при ЦОП Община Плевен".

[24] Виж за тази причина по-подробно **Димитрова**, Галина. Настаняване на дете извън семейството поради безвестно отсъствие. IUS ROMANUM, II/2018, с. 291–294.

[25] В мотивите на решението се казва следното: „настаняването на децата в семейството на техния дядо по майчина линия, към момента се явява неподходящо, тъй като дядото не е в състояние по адекватен начин да отговори на нарастващите с възрастта нужди на децата, задоволявайки основни техни потребности, обуславящи нормалното им психо-

– Невъзможност на приемното семейство/семейството на роднини или близки да се справи с поведението на детето, което е против всякакви норми, предвид трудностите, пред които е било изправено, след полагане на всички усилия за изграждане на близка емоционална връзка – виж казуса, описан в Решение № 34 от 11.02.2014 г. по гр.д. № 796/2013 г. на Районен съд – Нова Загора;

– Нежелание на лицето, при което е извършено настаняване, да продължи да полага грижи поради поведенчески проблеми на детето – Решение № 134 от 26.04.2018 г. по гр.д. № 493/2018 г. на Районен съд – Козлодуй;

– Заболяване на съпрузите или лицето от приемното семейство/семейството на роднини или близки или на член на тяхното семейство, което им пречи да се грижат за детето – Решение № от 11.12.2015 г. по гр.д. № 645/2015 г. на Районен съд – Попово, Решение № от 19.11.2013 г. по гр.д. № 1060/2013 г. на Районен съд – Радомир и др. В случаите на психично заболяване не е необходимо да се изчаква поставянето под запрещение, с цел да се постигне своевременна закрила на детето.

В правната теория се твърди, че при невиновна невъзможност за изпълнение на съпрузите или лицето от приемното семейство, настаняването се прекратява ex lege[26]. Становището не може да получи подкрепа. При наличието на такава невъзможност задължението се прекратява по право – чл. 89, ал. 1 ЗЗД, т. е. престава да действа договорът с приемното семейство, а настаняването продължава да съществува. То следва да се прекрати на основание чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, защото няма разпоредба, която да предвижда автоматичен прекратителен ефект за настаняването при прекратяване на договора с приемното семейство;

– Прилагане на по-благоприятна за детето мярка за закрила – от социална услуга за резидентна грижа към настаняване в приемно семейство или в семейство на роднини или близки, от приемно семейство – в семейство на роднини или близки – виж например – Решение № 447 от 4.09.2015 г. по гр.д. № 1940/2015 г. на Районен съд – Казанлък[27]; Решение № 638 от 18.01.2017 г.

физическо, нравствено, социално и интелектуално развитие. Поради това, съдът счита, че са настъпили нови обстоятелства след предприемане на мярката за закрила спрямо децата Н. и Т. – настаняване в семейството на техния дядо по майчина линия, което предпоставя прекратяване на това настаняване. Тъй като двете деца продължават да бъдат деца в риск", спрямо тях следва да бъде предприета друга мярка, осигуряваща адекватно и пълно закрилата им. Съдът намира, че следва да се постанови настаняването на децата Н. и Т. в социалната услуга резидентен тип – ***. Установи се от събраните доказателства, че от момента на настаняването им по административен ред до разглеждане на делото, децата са се адаптирали, чувстват се добре и са показали сериозен напредък в учебния процес“.

[26] Виж за това становище **Марков**, Методи. Цит. съч., с. 16.

[27] С това решение се прекратява настаняването в специализирана институция и детето се настанява в приемно семейство.

по адм.д. № 12206/2016 г. VI отд. на ВАС[28]; Решение от 30.01.2014 г. по гр.д. № 373/2013 г. на Районен съд – Белоградчик[29], Решение № 57 от 27.08.2013 г. по гр.д. № 96/2013 г. на Районен съд – Ардино[30], Решение от 19.10.2017 г. по гр.д. № 2538/2017 г. на Районен съд – Видин[31], Решение № 218 от 28.11.2018 г. по гр.д. № 1784/2018 г. на Районен съд – Нова Загора[32], Решение от 30.04.2013 г. по гр.д. № 85/2013 г. на Районен съд – Попово[33], Решение от 26.06.2019 г. по гр.д. № 924/2019 г. на Районен съд – Горна Оряховица[34], Решение № 9443 от 4.12.2015 г. по гр.д. № 2176/2015 г. на Районен съд – Благоевград; Решение № 55 от 4.03.2014 г. по гр.д. № 84/2014 г. на Районен съд– Нова Загора; Решение № 224 от 22.12.2014 г. по гр.д. № 822/2014 г. на Районен съд – Несебър[35] и много други.

Преминаването от настаняване в социална или интегрирана здравно-социална услуга за резидентна грижа или от приемно семейство към настаняване в семейство на роднини или близки има изключително важно практическо значение в две насоки. На първо място, така детето остава в кръга на семейството, т.е. при познати хора, с които има емоционална връзка, които най-добре познават неговите потребности и много често биха ги поставили пре-

[28] Домът за медико-социални грижи е закрит и детето е настанено в професионално приемно семейство.

[29] Казусът, по който се е произнесъл съдът е следният: непълнолетната Ж. е настанена в ДДЛРГ „Надежда“ – гр. Б. за срок до настъпване на основания за промяна или прекратяване на мярката за закрила. Въз основа на събраните по делото доказателства, съдът е установил, че спрямо детето временно по административен ред е взета друга мярка за закрила, а именно настаняването му в „Преходно жилище“ – гр. Б. Предоставената му социална услуга от резидентен тип е по-благоприятна за детето, затова и съдът го настанява в преходно жилище.

[30] В мотивите на решението е описана следната ситуация: „След успешно проведени опознавателни срещи между малолетното дете и членове на утвърдено приемно семейство, между тях се е създала силна емоционална връзка, и е налице възможност за за много по-добро отглеждане и възпитание на детето в сравнение със ДМСГ – Кърджали, специализираната институция, където то е било настанено до навършване на 3-годишната си възраст“.

[31] С решението се прекратява настаняването в Дом за медико-социални грижи и детето се настанява в приемно семейство.

[32] Прекратява се настаняването в специализирана институция и се преминава към настаняване в социална услуга за резидентна грижа.

[33] Преминава се от настаняване в приемно семейство към настаняване в семейство на роднини или близки.

[34] Прекратява настаняването в Дом за медико-социални грижи и детето се настанява в приемно семейство.

[35] Прекратява се настаняването в Дом за медико-социални грижи и детето се настанява в професионално приемно семейство.

ди своите, като по този начин необходимостта от приспособяване към нова обстановка е сведена до минимум.

Второ, в 6-месечен срок от прилагане по административен ред на мерките по чл. 4, ал. 1, т. 4 и 5 ЗЗакрД родителят трябва да поиска настаняване в семейство на роднини или близки. Ако без уважителна причина не го направи, детето може да бъде осиновено без негово съгласие (чл. 93, ал. 2 и 3 СК). Искането за прилагане на мярката по чл. 4, ал. 1, т. 2 ЗЗакрД препятства осиновяване без негово съгласие, няма значение дали детето реално е настанено в семейство на роднини или близки. Фактът, че родителят проявява такава инициатива, не позволява детето да бъде осиновено без негово съгласие[36].

Прекратяването на настаняването и промяната на мярката за закрила имат важно теоретично и практическо значение и широко приложение. При прилагането на основанията за прекратяване на настаняването по чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 ЗЗакрД се налага извършване на ново настаняване, тъй като все още е налице някоя от хипотезите по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД, а когато са релевантни тези по чл. 29, т. 4, 5, 6, 11 ЗЗакрД, вече няма нужда от настаняване извън семейството.

Извършеният анализ позволява да се направи извод, че основанието по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД е общо спрямо уредените в чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 9, 10 ЗЗакрД. Последните регламентират специални хипотези, в сравнение с чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, на необходимост от промяна в мярката за закрила. Българският законодател е създал ефективен механизъм, посредством който своевременно се защитава интересът на дете при прекратяване настаняването му извън семейството, когато причината за настаняване продължава да съществува. Този резултат се постига чрез промяна в мярката за закрила и прилагането на нова, която може да бъде същата или различна по вид от досегашната.

ЛИТЕРАТУРА

Димитрова, Галина. Настаняване на дете извън семейството поради безвестно отсъствие. IUS ROMANUM, 2, 2018.

Димитрова, Галина. Прекратяване на осиновяването по българското семейно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014.

Калайджиев, Ангел. Облигационно право. Обща част. София: Сиби, 2001.

Марков, Методи. Договорът за настаняване на дете в приемно семейство. – *Съвременно право*, 2004, № 2.

Марков, Методи. Семейно и наследствено право. [Помагало]. 6. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014.

[36] Виж по-подробно **Димитрова**, Галина. Прекратяване на осиновяването по българското семейно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014, с. 92–96.

Матеева, Екатерина. Семейно право на Република България. Варна: ВСУ „Черноризец Храбър", 2010.
Ненова, Лиляна. Семейно право на Република България: [По новия Семеен кодекс от 2009 г.] Нова редакция проф. д-р Методи Марков. 3. осн. прераб. и доп. изд. Кн. 2. София: Софи–Р, 2010.
Станева, Анна. Ограничаване и лишаване от родителски права. София: Наука и изкуство, 1990.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки" – май 2020 г.
Рецензенти – проф. дюн Екатерина Матеева
– доц. д-р Анна Станева

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

КОМАНДИТНИТЕ ДРУЖЕСТВА ПО БЪЛГАРСКОТО ПРАВО КАТО ВЪЗМОЖНА ФОРМА ЗА СТРУКТУРИРАНЕ НА АЛТЕРНАТИВЕН ИНВЕСТИЦИОНЕН ФОНД

ВИКТОР ТОКУШЕВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: настоящото изследване си поставя за цел да изясни няколко групи въпроси, които са разгледани в своята взаимовръзка: 1) какво представляват алтернативните инвестиционни фондове и какви са изискванията към тях както в правото на ЕС, така и в българското право; 2) какви са причините, обосноваващи интереса към тези относително „екзотични“ инструменти за инвестиране; и 3) доколко командитните дружества, така както са уредени в действащия Търговски закон, са годна правноорганизационна форма за структуриране на алтернативен инвестиционен фонд. На база на анализ на релевантните норми от европейски порядък и действащото българско право се достига до основните изводи, че може да бъде обособена обща категория командитни дружества и че при структура, която включва дружество – фонд мениджър като неограничено отговорен съдружник, и инвеститори – като ограничено отговорни съдружници, командитните дружества могат да бъдат използвани за реализиране на АИФ за дялово инвестиране. Подобна форма на структуриране на АИФ би могла да послужи за изпълнение на целите, заложени пред „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД в качеството му на институция, която обединява в национален план управлението на средства за финансови инструменти от Оперативните програми на ЕС.

* Главен асистент по гражданско и семейно (търговско) право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право, vtokushev@uni-sofia.bg

* Chief Assist. Prof. in Company Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D, vtokushev@uni-sofia.bg.

Ключови думи: алтернативен инвестиционен фонд, командитно дружество, командитно дружество с акции, КД, КДА, дялово инвестиране, фонд на фондовете, алтернативни инвестиции.

LIMITED PARTNERSHIPS IN BULGARIAN LAW AS AN OPTION FOR STRUCTURING OF AN ALTERNATIVE INVESTMENT FUND

VIKTOR TOKUSHEV*
Civil Law Sciences Chair

Abstract: This study aims to clarify several groups of issues that are addressed in their relationship: 1) what are alternative investment funds and what are the requirements for them in both EU law and Bulgarian law; 2) what are the reasons justifying the interest in these relatively "exotic" investment vehicles; and 3) to what extent the limited partnerships, as regulated in the current Commercial act, are a suitable legal organizational form for structuring an alternative investment fund. Based on an analysis of the relevant norms of European legislation and the current Bulgarian law, the main conclusions are reached, namely that a general category of limited partnerships can be distinguished and that in a structure that includes a company – fund manager as a General partner (unlimited liability partner), and investors – as a limited liability partners, Limited partnerships can be used to implement AIF for Private equity investments. Such a form of structuring the AIF could serve to meet the objectives set before the Fund Manager of Financial Instruments in Bulgaria EAD in its capacity as an institution that combines on national level the management of funds for financial instruments from the EU Operational Programs.

Keywords: alternative investment fund, limited partnership, partnership limited by shares, private equity, Fund of Funds, alternative investments

I. Увод

Настоящото изследване си поставя за цел да изясни няколко групи въпроси, които са разгледани в своята взаимовръзка: 1) какво представляват алтернативните инвестиционни фондове и какви са изискванията към тях както в европейските правни актове, така и в българското законодателство; 2) какви са причините, обосноваващи повишения интерес към тези относително „екзотични“ инструменти за инвестиране и 3) доколко командитните дружества, така както са уредени в действащия Търговски закон, са годна правноорганизационна форма за структуриране на алтернативен инвестиционен фонд. С изключение на правния режим на командитните дружества никой от останалите въпроси не е бил предмет на изследване в нашата правна литература, а командитните дружества са разгледани в светлината на приложимостта им

за създаване на алтернативни инвестиционни фондове, което също не е било предмет на анализ до този момент.

Интересът към поставените проблеми не е само теоретичен, той има своето основание във възникналата необходимост от създаване на алтернативни инвестиционни фондове с цел реализиране на програми по европейските структурни и инвестиционни фондове. На следващо място, необходимостта от изследването е свързана и с относително лаконичната уредба на командитното дружество и командитното дружество с акции в Търговския закон и силно ограничената съдебна практика във връзка с тези дружествени форми.

II. Изложение на въпроса

1. Правен режим на алтернативните инвестиционни фондове

1.1. *Уредба в рамките на ЕС*

Режимът на алтернативните инвестиции е установен с Директива 2011/61/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2011 г. относно лицата, управляващи алтернативни инвестиционни фондове и за изменение на директиви 2003/41/ЕО и 2009/65/ЕО и на регламенти (ЕО) № 1060/2009 и (ЕС) № 1095/2010 (Директива 2011/61).

В т. 10 от Преамбюла на Директива 2011/61 е посочено, че тя „няма за предмет регулирането на АИФ. Поради това регулирането на АИФ и надзорът върху тях следва да може да продължи да се осъществява на национално равнище“ и респективно регулацията на тази материя на равнището на ЕС би било непропорционално, а и би било трудно да се осигури толкова мащабна хармонизация поради изключителното разнообразие от алтернативни инвестиционно фондове (АИФ) в отделните държави членки.

С оглед на това, целта на Директива 2011/61 е тя да се прилага към т. нар. лица, управляващи АИФ („фонд мениджъри“ или ЛУАИФ), като в т. 3 от Преамбюла на Директива 2011/61 се акцентира върху това, че управляваните АИФ представляват „всички видове фондове, които не попадат в приложното поле на Директива 2009/65/ЕО[1]“.

По правило, предлагането на АИФ може да бъде осъществявано само спрямо професионални инвеститори и по изключение спрямо инвеститори на дребно, а съгласно т. 71 от Преамбюла на Директива 2011/61 всяка държава трябва да извърши оценка на видовете АИФ с оглед на това дали са подходящи за предлагане на такива инвеститори на нейна територия.

[1] Директива 2009/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 г. за координиране на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно предприятията за колективно инвестиране в прехвърлими ценни книжа (ПКИПЦК).

Директива 2011/61 определя правна рамка за упълномощаването, наблюдението и надзора на лицата, управляващи алтернативни инвестиционни фондове (ЛУАИФ). Предметът на директивата е тясно свързан с трансграничната дейност при АИФ и лицата, които ги управляват. По-специално се уреждат основни въпроси като „паспорт на ЛУАИФ“ в рамките на ЕС, след като се получи разрешение от компетентния орган в своята държава по произход от ЕС; изискване за минимален капитал под формата на ликвидни или краткосрочни активи; назначаване на независим депозитар (например банка или инвестиционен посредник); управление на риска и пруденциален[2] надзор върху ЛУАИФ; защита на инвеститорите в АИФ и др.

Изрично се предвижда, че държавите членки в ЕС могат да решат да не прилагат Директива 2011/61 за по-малки ЛУАИФ, т.е. при управлявани фондове с активи на стойност под 100 милиона евро, ако те използват ливъридж, и за активи под 500 милиона евро, ако не използват, и правото на обратно изкупуване не може да се упражнява през период от пет години след датата на първоначалните инвестиции във всеки АИФ. По-малките ЛУАИФ обаче са обект на минимални изисквания за регистрация и докладване.

С цел да се осигури съгласувана рамка за всички участници на пазара режимът, установен с Директивата е доразвит в няколко делегирани регламента с пряко действие, основният от които е Делегиран регламент (ЕС) № 231/2013 на Комисията от 19 декември 2012 година за допълване на Директива 2011/61/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на освобожданията, общите условия във връзка с дейността, депозитарите, ливъриджа, прозрачността и надзора (Делегиран регламент 231/2013).

1.2. *Национална уредба*

В България режимът на АИФ и ЛУАИФ съгласно Директива 2011/61 е транспониран в Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране (ЗДКИСДПКИ)[3] – част Трета „Други предприятия за колективно инвестиране“, дял Втори „Управление на алтернативни инвестиционни фондове“, чл. 194 – 263 от закона. Материята за АИФ и регулирането на режима на Фонд мениджърите (ЛУАИФ), е включена в закона през 2013 г. със Закона за изменение и допълнение на Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране[4].

---

[2] Според Европейската централна банка пруденциалност е синоним на предпазливост, съчетана с предвидливост, а пруденциалните политики се отнасят до действия, които насърчават разумните практики и ограничават поемането на риск – https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/macroprudentialpolicies.bg.html.

[3] Обн., ДВ, бр. 77 от 2011 г., последно изм. с ДВ бр. 28 от 2020 г.

[4] Обн., ДВ, бр. 102 от 2019 г.

Режимът на правната регулация отново е насочен към лицата, които управляват АИФ, а определение на АИФ е дадено в чл. 194, ал. 1 от ЗДКИСДПКИ, което надгражда дефиницията, посочена в чл. 4, пар. 1, б. „а“ от Директива 2011/61. Съгласно тази разпоредба, „*Алтернативен инвестиционен фонд е предприятие за колективно инвестиране, включително негови инвестиционни подфондове, което е различно от колективна инвестиционна схема, което инвестира средства, които се набират от повече от едно лице, в съответствие с определена инвестиционна политика и в полза на тези лица, като набраните средства се инвестират и доходността се реализира на принципа на разпределение на риска и доходността между инвеститорите единствено според дела на извършените от тях инвестиции, без формиране на инвестиционни портфейли на отделните инвеститори*“.

На база на това законово определение могат да се изведат следните специфики на АИФ:

1) ***АИФ е предприятие за колективно инвестиране (ПКИ), което набира средствата от повече от едно лице***.

През 2013 г. Европейският орган за ценни книжа и пазари (ЕОЦКП или ESMA) публикува свои Насоки[5], чиято цел е да се гарантира общо, еднакво и последователно прилагане на концепциите, които съставляват определението за „АИФ“ с оглед приложното поле на Директива 2011/61/ЕС. В т. 12 от Насоките са посочени 3 характеристики, едновременното наличие на които дефинират предприятието за колективно инвестиране като такова съгласно Директива 2011/61/ЕС. Първото изискване е предприятието да няма обща търговска или индустриална цел. На следващо място, то трябва да обединява капитал, събран от своите инвеститори, с цел инвестирането му, за да се генерира съвкупна възвръщаемост за тези инвеститори. На трето място, Насоките посочват, че инвеститорите в предприятието като колективна група не трябва да имат свобода на действие или контрол върху ежедневните дейности.

От посочените характеристики може да се изведе принципът за т.нар. pooled investments (обединени инвестиции), при които се набират средства от множество инвеститори с цел тяхното управление по сходен начин, така че да се постигне доходност. Съгласно т. 18 от Насоките на ESMA относно понятието за „множество инвеститори“, може да се обобщи, че съответните национални законодателства на държавите членки в ЕС могат да предвиждат съществуването на АИФ и само с един инвеститор при определени предпоставки.

В българското законодателство се приема изрично, че за целите на закона средствата се считат за набрани от повече от едно лице дори когато има само един инвеститор в АИФ, ако няма поставени ограничения за това потенциално да се включат и други лица. Съгласно чл. 194, ал. 2, т. 1 от ЗДКИСДПКИ, в

[5] Насоки относно ключови концепции на директивата относно лицата, управляващи алтернативни инвестиционни фондове, 13.08.2013 | ESMA/2013/611

случая АИФ не трябва да е ограничено от националното си законодателство, учредителните си актове и други нормативно или договорно установени изисквания да набира средства от повече от едно лице.

На следващо място, дори да има подобни ограничения, то отново е възможно съгласно чл. 194, ал. 2, т. 2 от ЗДКИСДПКИ да има структура само с 1 инвеститор, ако той от своя страна инвестира средства, които са набрани от повече от едно лице с цел инвестирането им в полза на тези лица.

Следва да се обърне внимание, че законовите изисквания за публично предлагане на ценни книжа[6] не са задължителна характеристика от дефиницията на АИФ (извън случаите на Национален инвестиционен фонд по чл. 171 и сл. във вр. с чл. 194, ал. 6 от ЗДКИСДПКИ) и набирането на средства чрез публично предлагане на ценни книжа е само възможна опция, но не и изискване при структуриране и набиране на капитал на АИФ (и изключение на АИФ от категорията на НИФ).

2) ***АИФ е ПКИ, което се различава от Колективна инвестиционна схема (КИС)***.

Поставеният в закона акцент за различаване между АИФ и КИС е основополагаща концепция при уредбата на АИФ. Подобно разграничение се използва и е възприето в европейската регулация, доколкото КИС са най-популярните и съответно регулирани инструменти за колективни инвестиции от страна на гражданите и бизнеса (обхващащи около 75% от всички колективни инвестиции от непрофесионални инвеститори в Европа[7]).

Колективните инвестиционни схеми са уредени в актуалното българското законодателство на база Директива 2009/65/ЕО (четвъртата версия на законодателството относно ПКИПЦК, която заменя Директива 85/611/ЕИО). Разликите между КИС и АИФ ясно могат да се посочат при съпоставка между чл. 194, ал. 1 от закона, дефиниращ АИФ, и чл. 4, ал 1 от закона, дефиниращ КИС, основно в три насоки.

На първо място, при КИС се набират парични средства[8] от инвеститорите чрез публично предлагане. На следващо място, при КИС набраните средства се инвестират в прехвърляеми ценни книжа или други ликвидни финансови активи по смисъла на закона. На трето място, КИС по дефиниция са open-ended (отворени ПКИ) като извършват обратно изкупуване на издадените в

---

[6] Съгласно чл. 4, ал. 1 от ЗППЦК това е предоставянето на информация за предлагане на ценни книжа, адресирана до 150 и повече лица или до неопределен кръг лица в каквато и да е форма и чрез каквито и да е средства, съдържаща достатъчно данни за условията на предлагането и предлаганите ценни книжа, така че да могат инвеститорите да вземат решение за записване или закупуване на тези ценни книжа.

[7] https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/investment-funds_en

[8] Като изключение от изискването да се инвестират парични средства законът предвижда инвестиране на финансови инструменти при пасивно управляваните борсово търгувани фондове по чл. 21, ал. 8 от ЗДКИСДПКИ.

полза на инвеститорите дялове на база нетната стойност на активите на КИС при отправено искане от страна на инвеститора.

За разлика от КИС, АИФ най-общо може да се посочи, че извършва инвестициите си във всичко това, в което КИС или не може да инвестира въобще (напр. КИС не могат да инвестират в благородни метали съгласно чл. 38, ал. 3 от ЗДКИСДПКИ), или има съществено ограничение за обема на инвестицията на КИС в дадена категория актив (напр. извършване на дялови инвестиции в акции от дружества, които не се търгуват на регулиран пазар[9] – темата за дяловите инвестиции в непублични компании (Private equity investments) е разгледана по-подробно в т. 2 по-долу).

3) ***АИФ инвестира в съответствие с определена инвестиционна политика в полза на своите инвеститори***.

В чл. 194, ал. 3 от ЗДКИСДПКИ изчерпателно са посочени изискванията, при изпълнение на които следва да се приеме, че АИФ има определена инвестиционна политика, като следва да е изпълнен поне един от четирите критерия. На първо място, такава е налице, ако инвестиционната политика е определена преди инвестицията в предприятието за колективно инвестиране да е неоттегляема. На второ място, определена инвестиционна политика има, ако тя е част от учредителните актове на ПКИ или е посочена в друг документ, към който негов учредителен акт препраща. На следващо място, инвестиционната политика се приема като определена такава, ако тя е задължителна за ЛУАИФ и инвеститорите имат възможност да изискват от Фонд мениджъра спазване на политиката, включително по принудителен ред. На четвърто място, АИФ има определена инвестиционна политика, ако политиката установява правила за инвестиране, включващи някой от законовите критерии за разпределяне на инвестициите по категории активи, стратегии за инвестиране, географски региони, ограничения на използвания ливъридж, задължителен период за задържане на инвестицията, поставяне на други ограничения с цел разпределение на риска.

4) ***АИФ инвестира на принципа на разпределение на риска***.

Подобно изискване е характерно за КИС и е свързано с диверсификацията на инвестицията в рамките на даден портфейл в различни активи. При КИС това изискване следва да се спазва изключително стриктно и е включено в самата дефиниция за колективната схема в чл. 4, ал. 1 от ЗДКИСДПКИ, която препраща към инвестиционните ограничения по чл. 38, ал. 1 от ЗДКИСДПКИ. Максималните прагове за инвестиции допълнително са стеснени чрез забраните за концентрация на инвестициите на КИС в едно и също лице (чл. 45 и чл. 48 от ЗДКИСДПКИ).

---

[9] КИС могат да инвестират до 10% от активите си в тях съгласно чл. 38, ал. 2 от ЗДКИСДПКИ.

Характерно за АИФ е, че на законово ниво подобни ограничения не са предвидени и на практика как ще се осъществява този принцип следва да е посочено в коментираната по-горе инвестиционна политика.

5) ***АИФ разпределя печалба между инвеститорите единствено според дела на извършените от тях инвестиции***.

Последното изискване е ясно само по себе си и не се нуждае от тълкуване. То е типично за инвестициите и е свързано с това как се разпределят ползите между инвеститорите във всяка една инвестиционна структура.

Извън посочената и анализирана по-горе дефиниция за АИФ остава обаче един от най-съществените отличителни белези на АИФ, а именно липсата на императивно изискване към правната форма, в рамките на която се структурира съответният АИФ. В чл. 194, ал. 5 ясно е посочено, че за да се определи едно предприятие като АИФ няма значение дали е от отворен или от затворен тип. На следващо място, за АИФ няма значение дали е организиран като договорен фонд, като тръст, като инвестиционно дружество или в друга правна форма, както и дали е регистрирано, лицензирано или има седалище в държава членка или в трета държава.

Въведените в закона изисквания отразяват текстовете на чл. 2, пар. 2 от Директива 2011/61/ЕС. Доколкото са спазени принципните характеристики от дефиницията по чл. 194, ал. 1 от ЗДКИСКДПКИ, АИФ потенциално би могъл да приеме всяка една форма на сдружаване и кооперииране по националното право, без значение дали е в рамките на персонално или капиталово търговско дружество, договорно обединение чрез гражданско дружество по чл. 357 от Закона за задълженията и договорите[10], тръст и т.н.

На следващо място, определени категории в ЗДКИСДПКИ изрично са прогласени за АИФ – така съгласно изричната законова разпоредба на чл. 194, ал. 6 от ЗДКИСДПКИ, националните инвестиционни фондове, които са обект на по-строги формални изисквания подобно на КИС, също се приемат за АИФ.

За пълнота следва да се отбележи и неприложимостта на ЗДКИСКДПКИ по отношение на някои категории, изрично посочени в чл. 196 от закона, в това число холдинговите дружества и дружествата със специална инвестиционна цел, чиято единствена цел е извършването на секюритизация, последните от които подробно вече съм разгледал[11].

1.3. *Обобщение*

На база анализа по-горе може да се направи извод, че основната идея на регулацията и на европейско, и на национално ниво е, че се регламентира дейността на ЛУАИФ, а не на АИФ и че алтернативният фонд може да приема

[10] Обн., ДВ, бр. 275 от 1950 г., посл. изм. с ДВ бр. 42 от 2018 г.

[11] **Токушев**, Виктор. Дружества със специална инвестиционна цел. София: Сиби, 2012, стр. 77 и сл.

всякаква правна форма без ограничения – капиталово или персонално търговско дружество или гражданско дружество.

От своя страна, пълната свобода, която Директива 2011/61/ЕС и ЗДКИСДПКИ дават, когато се създава АИФ, поставя въпроса как да се структурира подобна инвестиция, която ще се управлява от съответния Фонд мениджър. Лице, което възнамерява да извършва дейност по управление на алтернативни инвестиционни фондове следва да получи предварително регистрация (облекчен режим, ако не се надхвърлят праговете от 100 млн. евро при използване на ливъридж/500 млн. евро, ако не се използва ливъридж и е спазено условието за времево ограничаване на обратното изкупуване) или лиценз от Комисията за финансов надзор (лиценз по желание, ако управляваните активи са под праговете, или като задължителна предпоставка, ако се надхвърлят посочените прагове). С оглед на това, може да се приеме, че е налице облекчен режим за регистриране на ЛУАИФ, когато не се касае до задължително лицензионно производство (при управление на активи над посочените прагове) или до доброволно лицензионно производство.

С промени в закона от края на 2019 г.[12], в производството по регистрация на ЛУАИФ съгласно чл. 214, ал. 2, т. 4 от ЗДКИСДПКИ следва да се представят пред надзорния орган проекти на устав, правила и други учредителни актове на всеки алтернативен инвестиционен фонд, който ЛУАИФ възнамерява да управлява. Това е аргумент още веднъж да се постави като предварителен въпросът като какво и как може да се структурира АИФ по българското право.

2. Структуриране на дялови инвестиции чрез АИФ

2.1. *Възприемане на структурата на АИФ в България*

В периода 2013–2018 г. интерес към реализиране на алтернативни инвестиции чрез регистрация или лицензиране на ЛУАИФ на практика липсва, доколкото са регистрирани едва три лица, две от които са управляващи дружества, които са разширили своя лиценз по облекчен ред съгласно чл. 201, ал. 3 от ЗДКИСДПКИ, и едно национално инвестиционно дружество от затворен тип.

Едва в края на 2018 г. е налице първата регистрация на ЛУАИФ по облекчения режим на чл. 214 и сл. от ЗДКИСДПКИ, който не е съществуващо управляващо дружество или национален инвестиционен фонд, а през 2019 г. са извършени нови 7 регистрации, от които само 1 е на управляващо дружество, което е разширило своя лиценз по облекчения ред.

[12] Закон за изменение и допълнение на Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране, обн., ДВ, бр. 102 от 2019 г.

1) ***Фонд на фондовете***.

Промяната в засилването на интереса към тези структури може да се открие на база няколко фактора. Като **първи фактор** може да се посочи създаването в България на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ АД (ФМФИБ) през 2015 г. и същинското започване на инвестиционната му дейност през 2017 г.[13] ФМФИБ е учредено като еднолично акционерно дружество с държавно участие в капитала по силата на разпореждане на Министерски съвет от 2015 г.[14] с цел да управлява като Фонд на фондовете (ФнФ)[15] средства от европейските структурни и инвестиционни фондове.

Създаването му цели да отговори на разширяването на обхвата и значителното увеличение на размера на средствата за финансови инструменти[16] за програмен период 2014–2020 г., което се очаква да продължи като тенденция и през следващия програмен период 2021–2027 г. С оглед промяната във фокуса на европейските инициативи за подпомагане на гражданите и бизнеса, финансовите инструменти се явяват алтернатива на безвъзмездната помощ и придобиват все по-важна роля в бюджета на Европейския съюз. ФМФИБ цели постигане на взаимодействие и взаимно допълване между финансовите инструменти, финансирани със средства от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), други инструменти на ЕС (финансови инструменти и безвъзмездни средства), програми с публични средства на национално равнище и безвъзмездни средства от структурните фондове.

Регламент (ЕС) № 1303/2013[17] в своя член 38, параграф 4 посочва възможностите за структуриране на финансови инструменти, които се създават на

---

[13] С решение от 13.09.2017 г. на ФМФИБ е открита първата процедура по избор на финансови посредници, които да структурират АИФ.

[14] Разпореждане № 3 на Министерски съвет на Република България от 22 юли 2015 г., изменено с Разпореждане № 5 на Министерския съвет на Република България от 23 септември 2015 г.

[15] По смисъла на член 2, параграф 27 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприетите разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета

[16] Под финансови инструменти в контекста на европейските програми следва да се разбират финансовата подкрепа за проекти, които потенциално биха могли да започнат да се самоиздържат, под формата на заеми, гаранции или дялово участие (непряко чрез АИФ), което е различно от финансовите инструменти по чл. 4 от Закона за пазарите на финансови инструменти.

[17] на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони

национално ниво от държавите членки. Фондът на фондовете може да повери структурирането и изпълнението на финансовите инструменти на избран финансов посредник[18], който на свой ред да извърши инвестициите в крайните получатели в съответствие със заложените цели. Този механизъм се реализира като Фондът на фондовете и фонд мениджърът създадат нова структура под формата на отделен Алтернативен инвестиционен фонд за извършване на инвестиции, съответстващи на целите на регламента и приоритетите на съответните европейски програми.

Предвидените в европейското законодателство механизми се провеждат на национално ниво в текстовете на чл. 5, ал. 1 и ал. 2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове[19] (ЗУСЕСИФ). В рамките на процедура съгласно Закона за обществените поръчки[20], ФМФИБ възлага на избран финансов посредник учредяването на алтернативен инвестиционен фонд (АИФ) за дялови инвестиции по смисъла на Директивата 2011/61, чрез който ЛУАИФ да разходва средствата съгласно заложените цели на съответната процедура.

На следващо място, на ФМФИБ е възложено[21] преодоляване на установено с предварителна оценка неефективно функциониране на пазара в секторите на иновациите и конкурентоспособността на малките и средни предприятия чрез улесняване достъпа им до финансиране чрез един или няколко финансови инструмента в сътрудничество с избраните финансови посредници.

Към момента активните програми на ФМФИБ, включващи структурирането на АИФ, не са много на брой, но чрез тях се управляват значителни по своя обем публични средства (над 100 млн. евро) и всички те се изпълняват в съответствие с целите на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност 2014–2020 г. (ОПИК). На този етап са регистрирани 2 фонда за ускоряване и начално финансиране (ФУНФ) и още 1 фонд е в процес на регистрация. Инициативите по ФУНФ са насочени към подкрепа и развитие на устойчиви бизнес модели и подобряване на предприемаческата екосистема

и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета.

[18] В контекста на разглежданата материя и в отношенията с ФМФИБ, използваните термини Финансов посредник, Фонд мениджър и ЛУАИФ имат един и същи смисъл.

[19] Обн., ДВ, бр. 101 от 2015 г., с всички последващи изменения и допълнения.

[20] Обн., ДВ, бр. 13 от 2016 г., посл. изм. с ДВ, бр. 23 от 2020 г.

[21] По силата на Финансово споразумение, сключено на 1 август 2016 г. между Министерство на икономиката като Управляващ орган (Управляващият орган) за ОПИК и ФМФИБ.

в България[22]. На следващо място, регистриран е и Фонд за рисков капитал[23], чиято цел е да се подкрепят малки и средни предприятия (МСП) през първите пет години след учредяването им, тъй като в този рисков период те срещат затруднения да продължат дейността си поради липса на финансови ресурси и ефективна структура на управление.

Съгласно публично достъпната информация, през 2020 г. предстои структурирането и на още два фонда за дялови инвестиции в рамките на европейските инициативи. След създаването на Фонд Мецанин/Растеж[24] ще се предоставя подкрепа за развитието на конкурентоспособността на българските МСП в зрял етап на развитие, които имат потенциал за растеж и с планове за разширяване и подобряване на дейността, навлизане на нови пазари, както и разработването на нови продукти и услуги. На следващо място, в рамките на един или няколко Фонда за технологичен трансфер[25] ще бъде осигурено финансиране за МСП-та в секторите Информационни и комуникационни технологии (ИКТ), фармация и биотехнологии, мехатроника, нано и чисти технологии, креативни и рекреативни индустрии.

Всяка от посочените по-горе инициативи за подкрепа на бизнеса чрез дялови инвестиции е предвидено да се осъществяват от избран чрез обществена поръчка финансов посредник (ЛУАИФ), който следва да организира дейността на съответен АИФ.

2) ***Промени в данъчното законодателство, свързани с АИФ***.

Като **втори фактор** за повишаването на интереса към структуриране на АИФ се явяват промените в данъчното законодателство от края на 2017 г.[26] и предвиждането в чл. 46, ал. 1, т. 6 от Закона за данък върху добавената стойност (ЗДДС)[27] като освободена от данък добавена стойност (ДДС) доставката на услуги по изпълнение на финансови инструменти въз основа на Оперативните споразумения, сключвани с ФМФИБ (финансови споразумения по смисъла на чл. 38, параграф 7 от Регламент (ЕС) № 1303/2013).

На следващо място, съгласно промените от края на 2018 г.[28] в чл. 174 от Закона за корпоративното подоходно облагане[29], алтернативните инвестиционни фондове, създадени за изпълнението на финансови инструмен-

---

[22] https://www.fmfib.bg/bg/fi/21-equity-and-quasiequity-investments/10-seedacceleration-and-startup-fund

[23] https://www.fmfib.bg/bg/fi/21-equity-and-quasiequity-investments/13-venture-capital-fund

[24] https://www.fmfib.bg/bg/fi/21-equity-and-quasiequity-investments/11-mezzaninegrowth-fund

[25] https://www.fmfib.bg/bg/fi/21-equity-and-quasiequity-investments/9-technology-transfer-fund

[26] Закон за изменение и допълнение на Закона за данък върху добавената стойност, обн., ДВ бр. 97 от 2017 г.

[27] Обн., ДВ, бр. 63 от 2006 г., посл. изм. с ДВ, бр. 18 от 2020 г.

[28] Пар. 19 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за държавния бюджет на Република България за 2019 г., обн., ДВ, бр. 103 от 2018 г.

[29] Обн., ДВ, бр. 105 от 2006 г., посл. изм. с ДВ, бр. 38 от 2020 г.

ти въз основа на Оперативните споразумения, сключвани с ФМФИБ (финансови споразумения по смисъла на чл. 38, параграф 7 от Регламент (ЕС) № 1303/2013), са освободени от корпоративен данък.

От посочените промени в данъчната политика се виждат ясно усилията на държавата да подкрепи дейността на ФМФИБ като създава стимули за структурирането на АИФ при изпълнение на финансови инструменти в рамките на европейските програми. Това ясно показва какви на практика са предизвикателствата от данъчна гледна точка пред развитието на дяловите инвестиции и начинът за тяхното преодоляване – неначисляване на ДДС върху таксите за управление на АИФ; предвиждане на данъчно прозрачни структури, при които приход или капиталови печалби по правило не са облагаеми данъчно на ниво фонд в страната, в която той е учреден.

От друга страна, въпреки, че фискалните стимули са добър сигнал за инвестиционната общност като цяло, то не може да бъде подминат неравноправният режим между напълно частните дялови инвестиции и тези, при които има съчетаване с преобладаващо публични средства. На база нарочен финансов анализ при бъдещи законодателни промени в данъчния режим, биха могли да се преценят ползите от въвеждането на фискални стимули и за изцяло частните дялови инвестиции без публични средства.

В обобщение на горното, може да се направи връзка между разгръщането на дейността си през 2017 г. на ФМФИБ, който провежда държавната политика по управление на финансови инструменти, последващите промени в данъчната политика през 2017 и 2018 г., и ръста след 2018 г. в регистрираните ЛУАИФ, които управляват АИФ, създадени за изпълнение на финансови инструменти въз основа на Оперативните споразумения, сключвани с ФМФИБ. Създаването на добра нормативна среда за АИФ дава резултат и през 2020 г. по публично достъпна информация е предвидено регистрирането на нови Фонд мениджъри, които да създадат АИФ. Независимо че част от ЛУАИФ са регистрирани в резултат именно на започналата дейност на ФМФИБ, интересът към алтернативното инвестиране като цяло се развива като са регистрирани и няколко ЛУАИФ, поели управление на АИФ, без инвестиране на публични средства[30].

2.2. *Развитие на концепцията за частно дялово инвестиране*

Следва да се отбележи, че въпреки комбинацията от публични средства и частен капитал в описаните в предходната точка инициативи на ФМФИБ, то това не е нова концепция, доколкото все пак се извършват дялови инвестиции. Терминът, който се е наложил в тази сфера е Private equity (PE) и за целите на това изследване ще бъде обозначаван на български език като Дялова инвестиция чрез фондове за Рисков Капитал (Venture Capital). Може да се приеме, че

[30] Вж. бележка 42 по-долу.

PE е обобщаващо понятие и обхваща в себе си четири различни модела[31], чрез които се извършват частни инвестиции в непублични дружества.

В исторически план развитието на дяловите инвестиции се свързва със САЩ и техният подем започва с технологичната революция през 70-те и 80-те години на 20 в. По това време технологични компании (включително Apple и Intel) получават средства за разширяване на бизнеса си от нововъзникващата екосистема за дялови инвестиции в Силиконовата долина. Краят на този период се свързва с т. нар. дот-ком балон (dot-com bubble) и неговото спукване през 2001 г., когато много от финансираните компании фалират и това води до траен спад на нивата на инвестициите. Американските фондове за дялови инвестиции се приспособяват към промените в пазарните условия и се възстановяват много по-бързо (по-специално тези, които работят в близост до центрове на дейност, като Силиконовата долина), отколкото тези в Европа[32].

Въпреки че са възможни и други правни форми, организациите за дялови инвестиции в САЩ обикновено се регистрират като командитни дружества (Limited partnership или LP)[33] и тази форма се определя от някои автори като „доминиращата форма за дялови инвестиции“[34]. По изчисления, през 1984 г. 72% от общия обем от дялови инвестиции (16,3 милиарда долара) е съсредоточен преобладаващо в командитни дружества[35]. Фонд мениджърът има качеството на неограничено отговорен съдружник, а отговорността на инвеститорите е ограничена и те най-често са институционални инвеститори и пенсионни фондове, застрахователни компании, фондации[36].

Спукването на дот-ком балона е в основата на съревнованието между Европейския съюз и САЩ в областта на инвестициите в технологичната и биотехнологичната индустрии, както и подкрепата за малките и средни предприятия. В периода 1998–2018 г. без да се ограничават само до това, в рамките

---

[31] **Fabozzi**, Frank J. The handbook of financial instruments, 2002, стр. 671, където се разглеждат следните:

Venture capital financing (VC) – за извършване на рискови инвестиции в стартиращи компании; Leveraged buyouts (LBOs) – за изкупуване на публични дружества и тяхното отписване от борсата; Mezzanine financing (MF) – комбинация от дългово и дялово финансиране; Distressed debt financing (DDF) – инвестиции в съществуващи подценени компании.

[32] Expert Group, Report. Removing tax obstacles to cross-border Venture Capital Investments. European Commission, 2007. P. 5.

[33] **Sahlman**, William A. The Structure and Governance of Venture-capital Organizations, 27 J. FIN. ECON. 473, 487 (1990); Bernard S. **Black** & Ronald J. **Gilson**. Venture Capital and the Structure of Capital Markets Banks versus Stock Markets, 47 J. FIN. ECON. 243, 252 (1998).

[34] **Fabozzi**, Frank J. The handbook of financial instruments, 2002, p. 678.

[35] **Kenney**, Martin. How Venture Capital Became a Component of the U.S. National System of Innovation (May 2011). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1847203 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1847203

[36] Bernard S. **Black** & Ronald J. **Gilson**. Venture Capital and the Structure of Capital Markets Banks versus Stock Markets, 47 J. FIN. ECON. 243, 248 (1998).

на Европейския съюз инициативите в областта на дяловите инвестиции са задвижвани от политиките за насърчаване на предприемачеството и малките и средни предприятия. Към 2012 г. около 85% от дяловите инвестиции в Европа са в МСП като са подкрепени около 22 000 такива компании в ЕС[37].

По-голямата част от европейските фондове за дялови инвестиции (с над 925 членове) са обединени в рамките на Европейската асоциация за частен капитал и рисков капитал (EVCA). Тя е създадена през 1983 г. и е базирана в Брюксел. EVCA представлява европейския сектор на фондовете за дялови инвестиции. Ролята на асоциацията включва защита на интересите на сектора пред регулаторните органи, разработване на професионални стандарти[38], предоставяне на статистически данни и други дейности в подкрепа на своите членове. От 2015 г. асоциацията се ребрандира на Invest Europe.

На база изследванията на тази организация и въпреки многообразието от правни системи и регулации в ЕС, при структурирането на фондовете за дялови инвестиции може да се приеме, че общата и типична рамка представляват командитни дружества със срок от 10 години[39]. Въпреки това, следва да се отбележи, че няма стандартно определение на „командитно дружество“ във всички държави членки, нито общо разбиране за неговите характеристики[40]. С оглед на това, биха могли да се изведат следните по-важни белези, типични за повечето фондове за дялови инвестиции в ЕС[41].

На първо място, създава се отделна структура за определен период от време между инвеститорите във Фонда и Фонд мениджъра, който извършва дяловите инвестиции на портфейлна база. Инвеститорите имат ограничена отговорност, а фонд мениджърът има неограничена отговорност.

На следващо място, подробностите относно политиката на управление на фонда и разпределянето на рисковете и печалбите следва да се опишат в писмено споразумение между инвеститорите (напр. дружествен договор).

На трето място, данъчният режим за частните дялови инвестиции следва да позволява създаването на прозрачни за данъчни цели структури, при които

---

[37] EVCA (2012). The little book of private equity. Available at: https://www.scribd.com/document/129155484/EVCAs-Little-Book-of-Private-Equity

[38] Следва да се отбележи едно от изискванията, които ФМФИБ поставя пред кандидатите за Фонд мениджър на АИФ съгласно документацията за участие в обществените поръчки, а именно да изпълняват своите функции в съответствие с най-добрите пазарни практики и при спазване на професионални стандарти, публикувани от Invest Europe или други еквивалентни организации в сектора.

[39] EVCA (2012). The little book of private equity. Available at: https://www.scribd.com/document/129155484/EVCAs-Little-Book-of-Private-Equity

[40] Expert group report on removing obstacles to cross-border investments by venture capital funds, Directorate-General for Enterprise and Industry European Commission, p. 15.

[41] Expert group report on removing obstacles to cross-border investments by venture capital funds, Directorate-General for Enterprise and Industry European Commission, Annex I, p. 28.

не се начислява ДДС върху услугите за управление на фонда за дялови инвестиции, а приходите или капиталовите печалби не са облагаеми данъчно на ниво фонд в страната, в която той е учреден.

Засиленият интерес към дялови инвестиции в технологични и иновативни компании достига и до България. Частни организации се структурират по сходен на описания по-горе начин и в периода 2016–2018 г. има няколко командитни дружества с акции, които са вписани в Търговския регистър[42]. Съобразно имената им и публично достъпната информация за тях, може да се приеме, че това са частни фондове за дялови инвестиции, с определена инвестиционна стратегия, повечето от които са учредени за срок от 10 години. Тези фондове са регистрирани извън рамката на АИФ и ЛУАИФ и доколкото не реализират програмите на ФМФИБ, то същите не биха могли да се възползват от фискалните стимули.

С оглед на това, изглежда, че вече е дошъл моментът за по-организирано отношение към дяловото инвестиране от страна на бизнеса и държавата.

2.3. *Характеристики на структурата, чрез която се извършва дялово инвестиране*

Създаденият интерес към АИФ и изчерпателната уредба в закона на същностните белези на АИФ могат да поставят въпроса за това как следва да се структурира такъв фонд. Ако се възприеме концепцията, че АИФ е съвкупност от средства, които се управляват от Фонд мениджъра, то очевидно най-подходяща е структурата на договорния фонд (подобно на КИС), който се управлява от ЛУАИФ. Липсата на позитивноправна уредба в случая, извън тази за КИС и лицензираните управляващи дружества, води до необходимостта да се разгледа възможността за структуриране на фонд под формата на гражданско дружество по ЗЗД, което би следвало на общо основание да е допустима форма за АИФ.

Гражданското дружество (ГД) не е самостоятелен правен субект (юридическо лице), различен от този на участващите в него инвеститори, а е вид договор, уреден в Закона за задълженията и договорите (ЗЗД)[43]. Въз основа на него физически и/или юридически лица се съгласяват да се обединят за постигане на обща стопанска цел. При ГД отговорността на инвеститорите не може да бъде ограничена, а инвестициите от своя страна ще се считат за такива на лицето, което ги извършва – фонд мениджърът, доколкото той ще ги прави от свое име. По този начин инвеститорите няма да имат контрол над средствата си.

---

[42] „ЛХ Ко-инвест“ КДА (2016 г.); „ИмВенчър“ КДА (2017 г.); „Нео Венчърс“ КДА (2017 г.), „Илевън Инвестмънтс“ КДА (2018 г.).

[43] Обн., ДВ, бр. 275 от 22.11.1950 г., последно изменение ДВ бр. 42 от 22.05.2018 г.

Горното мотивира разглеждането на въпроса как се реализират на практика дяловите инвестиции в световната практика с оглед утвърдените бизнес модели за това като се изведат някои общи белези. Както установихме по-горе, в САЩ най-разпространената форма е тази на командитното дружество (LP). Някои автори посочват, че то е „единствената най-важна организационна иновация на съвременната система за рисков капитал“[44]. С оглед на това, предмет на изследване ще бъде доколко в рамките на българската правна система този подход може да бъде реализиран на плоскостта на уредените в Търговския закон командитно дружество и командитно дружество с акции, които ще бъдат разгледани в т. 4, във връзка с възможностите за структуриране на алтернативен фонд за дялови инвестиции.

В допълнение на посоченото по-горе, при анализа на оперативните споразумения, сключвани от ФМФИБ и описани по-горе може да се установи, че има специфични изисквания към финансовия инструмент, който предстои да бъде структуриран и да изпълни програмата (АИФ). Някои от тези изисквания съответстват на вече разгледаните по-горе характеристики на фондовете за дялови инвестиции, а други отразяват спецификите при предоставяне на публични средства.

Във всяко едно от оперативните споразумения могат да се открият общи белези, които са свързани с корпоративното устройство на АИФ, повечето от които могат да се изведат като определящи. На първо място, АИФ следва да бъде учреден за срок от 10 (десет) години и за инвеститорите в АИФ е предвидена ограничена отговорност до размера на инвестицията. За всеки инвеститор е предвидено право на такъв брой гласове в събранието на инвеститорите, който е пропорционален на неговия дял от предоставените средства. Предвидено е приемането на решения с различно мнозинство, а ФМФИБ има блокиращо участие при гласуването. Предвиждат се и допълнителни органи, които не се откриват при законово уредените корпоративни юридически лица и се явяват факултативни: консултативен съвет (комитет) и инвестиционен комитет (съвет).

На следващо място, в зависимост от правноорганизационната форма на АИФ се изисква конституирането на орган на управление, който да представлява и действа от името и за сметка на АИФ като негов законен представител. Той се състои само от фонд мениджъра и/или от фонд мениджъра и лица, посочени от фонд мениджъра, което гарантира изключителното право на фонд мениджъра да взима самостоятелно инвестиционни решения.

---

[44] Martin **Kenney** & Richard **Florida**, Venture Capital in Silicon Valley: Fueling New Firm Formation, in UNDERSTANDING SILICON VALLEY: THE ANATOMY OF AN ENTREPRENEURIAL REGION 121 (2000).

Инвестиционната стратегия на АИФ е предварително дефинирана и детайлно разписана в дружествените документи, както и последиците от неспазването ѝ.

Уредено е предоставяне на средства от инвеститорите при поискване от фонд мениджъра, които са свързани единствено с реализиране на инвестиционната стратегия на АИФ (извършване на първоначални и последващи инвестиции, както и такса управление), за които изрично е посочено, че не подлежат на връщане, което по смисъла на българското право ги приравнява на вноска в капитала и изключва възможността да се третират като заемни средства.

Отделно внимание следва да се обърне и на един от най-съществените характерни белези на фондовете за дялови инвестиции – специалният ред, по който се изплащат средства на инвеститорите. За да се стигне до това обаче, първо трябва да се наберат целево средства от инвеститорите (за конкретна инвестиция) с очакване за увеличаване на стойността ѝ във времето. Ако се стигне до последваща препродажба на тази инвестиция, то може да се приеме, че фондът успешно е подпомогнал съответното дружество (т.нар. "Exit" – изход от инвестицията) и е генерирана печалба за инвеститорите. В този случай, фонд мениджърът обичайно разпределя натрупаните средства обратно към инвеститорите и характерното в случая е, че това разпределение включва в себе си не само разликата между инвестираните средства и получената сума от изхода, а и номиналният размер на предоставената от инвеститорите сума за конкретната инвестиция[45]. Това лесно може да се обясни с логиката при структурирането на фондове за дялови инвестиции, които поначало са създадени обичайно за 10-годишен период.

За пълнота следва да се отбележи, че са познати и т.нар. „вечни фондове" (Perpetual funds), при които още при учредяването им е посочено, че генерираните от успешните инвестиции средства, които съответстват на номинал-

[45] В сключваните с ФМФИБ Оперативни споразумения процедурата се описва последователно като „Каскада на разпределение" и в обобщен вид съдържа 4 последователни стъпки или етапа, които се реализират като единно плащане в полза на съответното лице. От получената нетна стойност на Изхода, на инвеститорите се възстановява сума съразмерно на внесения от тях и усвоен от АИФ паричен ресурс (съответна номинална стойност от инвестицията). След това на инвеститорите се изплаща сума, съответстваща на уговорената минимална норма на възвращаемост. При третия етап се изплаща сума на Фонд мениджъра, съответстваща на уговореното допълнително възнаграждение за успех (доколкото са реализирани предходните два етапа). Като последна стъпка от Каскадата за разпределение и ако е налице остатък от успешно реализираната инвестиция, то той се разпределя в съотношение 20:80, съответно 20% към Фонд Мениджъра и 80% към Инвеститорите (съразмерно между тях на участието им в инвестицията).

С много условности би могло да се приеме, че успешното реализиране на Каскадата за разпределение представлява възможност за получаване на частичен (квази-) „ликвидационен" дял от имуществото на Фонда, докато той все още съществува.

ната стойност на инвестицията, могат да се използват за последващи дялови инвестиции, а не да се възстановяват на инвеститорите. Такъв тип фондове максимално се доближават до чистата форма на КДА по българското право.

В допълнение, може да се разгледа като специфика на дяловите инвестиции водещата роля на фонд мениджъра по управлението на АИФ. Тя се проявява в две направления. На първо място, ЛУАИФ реализира с юридически средства дяловите инвестиции като законен представител на съответния фонд. Насочването на инвестициите чрез разходване на натрупания паричен ресурс в предварително селектирани компании, би могло да се приеме като основна функция, осъществявана заедно с функцията по администриране на фонда.

На следващо място, нефинансовата подкрепа се свързва с предоставянето на управленско ноу-хау и ежедневна мениджърска подкрепа за развитието на компанията, в която се инвестира. За стартиращите дружества привличането на фонд за дялови инвестиции генерира допълнителна стойност чрез репутацията, експертизата и мрежата от контакти на ключовите лица на фонд мениджъра. Може да се приеме, че точно тези нефинансови ресурси ще бъдат причина за осъществяване на бъдещ растеж на компанията[46], в която АИФ е инвестирал, и последващият успешен изход от сделката, който да генерира възвръщаемост за инвеститорите във фонда.

Разгледаните по-горе характерни белези на АИФ с оглед процедурите пред ФМФИБ, повечето от които са стандартни за частните дялови инвестиции в САЩ и ЕС, ще бъдат определящи за това кои характеристики на КД и КДА ще бъдат засегнати по-долу.

3. Осъществяване на структура на АИФ чрез КД и КДА

3.1. *Обща характеристика*

В българското право се съдържа уредба на два вида командитни дружества: командитно дружество (КД) чл. 99 – 112 от ТЗ и командитно дружество с акции (КДА) чл. 253 – 260 от ТЗ. Традиционно в теорията те се разглеждат самостоятелно като при КД се изтъква близостта му със събирателното дружество, чиято уредба се прилага субсидиарно (чл. 99, ал. 2 от ТЗ), а при КДА с акционерното дружество, което пък от своя страна има съответно приложение при КДА (чл. 253, ал. 2 от ТЗ). Това самостоятелно разглеждане несъмнено е свързано както със самостоятелната им уредба в закона, така и с изричното им разграничаване на КД като персонално търговско дружество, а на КДА като капиталово – чл. 64, ал. 3 от ТЗ. Този подход поради спецификите на съответ-

[46] Така **Димитров**, Николай. Взаимовръзка между съвременната дейност на фондовете за дялови инвестиции и пазара за сливания и придобивания в Централна и Източна Европа и България. Научни трудове на УНСС, Том 2/2013, Издателски комплекс УНСС, с. 82 и сл.

ните дружества ще бъде използван и в следващия анализ като тук обаче ще се опитам да акцентирам на общите характеристики на двата вида командитни дружества и да изведа едно общо понятие за командитно дружество. Когато по-нататък в изложението използвам понятието в множествено число „командитни дружества“ ще имам предвид само техни общи родови особености.

Командитните дружества не са широко разпространени в оборота – към края 2019 г. са регистрирани около 270 КД и около 20 КДА[47]. Поради това или поради правните им особености командитните дружества не са били предмет и на задълбочен анализ в правната ни литература като в периода след 1989 г. няма публикувано монографично изследване, което да се занимава с тях. Командитните дружества са били предмет на разглеждане в някои коментарни[48] изследвания, както и в учебни курсове[49] или монографии посветени на по-широка по обхват проблематика[50]. Отново поради не голямата им разпространеност в старата ни литература командитните дружества също не са били предмет на особено внимание и са разглеждани предимно в учебници[51] и коментарни издания[52].

Основаният аргумент за разбирането, че може да говорим общо за командитни дружества се базира на това, че КД и КДА споделят една обща характеристика, която според мен е от определящо значение за това изследване – при тях съществуват два вида съдружници: неограничено отговорни комплементари и ограничено отговорни командитисти[53]. Наличието на два

---

[47] Посоченият брой се базира на официалната статистика, водена от Агенцията по вписванията на годишна база от 2008 г., която обаче не включва заличени търговци по правноорганизационна форма, която е достъпна на https://www.registryagency.bg/bg/registri/targovski-registar/statistika/

[48] **Герджиков**, Огнян. Коментар на Търговския закон. Кн. 1., Чл. 1–112, 2. осн. прераб. изд., София: Софи-Р, 2007, с. 532 и сл.

[49] **Голева**, Поля. Търговско право. Кн. 1., 4. доп. и прераб. изд., София: Фенея, 2009, с. 189 и сл. и 350 и сл. **Стефанов**, Георги. Търговско дружествено право. Велико Търново: Абагар, 2014, с. 285 и сл. и с. 606 и сл.

[50] **Таджер**, Витали. Капиталови търговски дружества. Осн. прераб. и доп. изд., София: Труд и право, 2011, с. 226 и сл. – автор на частта за КДА е **Бузева**, Таня; **Калайджиев**, Ангел. Търговски дружества. Персонални дружества. Дружество с ограничена отговорност. София: Сиби, 2014, с. 194 и сл.

[51] **Диков**, Любен, Търговско право. София: печ. Балкан, 1925, с. 163 и сл. и с. 298 и сл., **Кацаров**, Константин. Систематичен курс по българско търговско право. 2 изд., София: Придв. печ., 1939, с. 185 и сл. и с. 263 и сл.

[52] **Джидров**, Петър. Коментар на търговския закон. Т. 2, София: Държ. печ., 1910, с. 545 и сл.

[53] Наименованията „комплементари“ и „командитисти“ са възприети в нашата правна книжнина под въздействие на немскоезичната терминология и няма нормативна опора вж. **Герджиков**, Огнян. Коментар…, с. 535, поради което ще предпочитам използването на термините „неограничено отговорни съдружници“ и „ограничено отговорни съдружници“.

вида съдружници е законово изискване при учредяването и при двата типа дружества, затова те не могат да съществуват като еднолични.

Задължението за наличие на неограничено отговорен съдружник, а и класическото разбиране за този вид дружества, винаги ги е приближавало към събирателното дружество[54], но съвременната теория макар и да отбелязва, не анализира в пълното една съществена особеност на българското право, а именно че то не предвижда забрана неограничено отговорния съдружник да е капиталово търговско дружество, т.е. да бъде реално ограничен в отговорността си[55]. Ако ограничено отговорният съдружник е дружество с ограничена отговорност, всички негови особености и прилики със съдружниците в СД се тушират и изследването ни се изправя пред серия от нови въпроси за смисъла на тази правна конструкция[56]. По тази причина считам, че може да се откъснем от класическото разбиране за персоналните командитни дружества и да достигнем до едно по-модерно виждане за тях, а именно като корпоративни структури, в които е постигнато стабилизиране на управлението, доколкото неограничено отговорните съдружници имат предимство над ограничено отговорните и функцията на неограничено отговорния съдружник може да се изпълнява от ЛУАИФ. Тази тема ще бъде допълнително развита по-долу, при анализа на възможностите за управление на командитни дружества.

Ако горните разсъждения преобръщат донякъде установеното виждане за неограничено отговорните съдружници то смятам, че и по отношение на ограничено отговорните има какво да се добави, защото на практика разликата при тях между КД и КДА може да бъде сведена до това, дали тяхното участие в дружеството е материализирано в акции или не. Тази разлика макар и фундаментална в някои насоки и обоснована от това, че КД законово е определено като персонално дружество, а КДА като капиталово, не изключва възможността да се търси близост между тях в други и да се обоснове наличието на сходни права и правни възможности за ограничено отговорните съдружници, което ще бъде направено по-долу.

На последно място и с оглед на изяснения подход на изследване чрез съпоставка между КД и КДА следва да се отбележи, че съществена отлика

---

[54] Така според **Герджиков**, Огнян, цит. съч., с. 535 и цитираните от него чуждестранни автори. Това виждане е било до голям степен по-обосновано при действието на стария Търговски закон, в който изрично се посочено че ако КД има повече от един неограничено отговорни съдружници, то се счита и за събирателно (чл. 127, ал.. 2 ТЗ отм. – за критика и тълкуване на тази разпоредба вж. **Джидров**. Петър, цит. съч., с. 547–548.

[55] Тази особеност в България е отбелязана от **Герджиков**, Огнян, цит. съч., с. 542. На темата е посветен и цял раздел от учебника на **Голева**, Поля. Търговско право. Кн. 1., 3. изд. София: Фенея, 2001 г., с. 175 и сл. под заглавие „Дружество с ограничена отговорност като комплементар в КД“, който обаче е отпаднал в по-новите издания на ученика ѝ.

[56] В България за разлика от Германия няма данъчни съображения, които да я обосновават.

на КД е предвиденият изрично в закона диспозитивен характер на уредбата на вътрешните отношения между съдружниците[57]. Съгласно чл. 104 от ТЗ, наречен „Предимство на договора“, при уреждането на отношенията между съдружниците е предвидено предимство на посоченото в дружествения договор пред уреденото в Раздел II, Глава 12 от ТЗ. Напълно разбираемо и с уважение към договорната свобода, авторите анализират диспозитивната уредба на КД, такава каквато е уредена в закона, в това изследване обаче насоката ще бъде по-скоро към това, което може да бъде уредено в дружествения договор, а не към това което би се приложило ако уредба липсва.

3.2. *Учредяване и изискване към учредителите*

Темата за учредяването на съответното дружество е разгледана с оглед структурирането на АИФ и доколко процедурата е гъвкава, има ли специфики за това, включително дали са нужни последващи изменения в учредителните документи.

Командитно дружество

КД се учредява с договор, подписан от всички съдружници, в писмена форма с нотариална заверка на подписите. Няма ограничения в броя или вида на учредителите – физически и/или юридически лица, без значение дали са местни или чужди лица, като минималният състав на КД е две лица (физически и/или юридически), като задължително поне един от тях е неограничено отговорен, а другият е ограничено отговорен.

КД се вписва Търговския регистър и възниква от този момент.

Всички изменения в състава на съдружниците или в който и да е друг елемент от задължителното съдържание на дружествения договор предполага подписване на нов дружествен договор в посочената по-горе форма.

Командитно дружество с акции

При учредяването на АИФ под формата на КДА е характерно наличието само на един неограничено отговорен съдружник (фонд мениджър), но законът допуска да има и повече от един комплементар. Той от своя страна изготвя Устава на дружеството, свиква учредителното събрание[58] и избира акционерите, които по закон трябва да са поне трима и за тях няма ограничение в максималния брой, дали са физически и/или юридически лица, дали са местни или чуждестранни лица.

---

[57] **Герджиков**, Огнян. Коментар…, с. 544

[58] КДА не може да бъде учредено чрез подписка с оглед препращащата разпоредба на чл. 253, ал. 2 от ТЗ към чл. 169 от ТЗ. Така **Таджер**, Витали. Капиталови търговски дружества. Осн. прераб. и доп. изд., с. 229.

При структурирането на АИФ, както беше посочено в т. 1.2 по-горе, специалната уредба по 194, ал. 2, т. 2 от ЗДКИСДПКИ допуска създаването на структура и само с 1 инвеститор (акционер). Тази практическа особеност ще представлява изключение от заложения принцип в чл. 194, ал. 5 от ЗДКИСДПКИ и чл. 2, пар. 2 от Директива 2011/61/ЕС, за ирелевантността на правната форма на АИФ. Ако за конкретен случай е необходимо или достатъчно да има 2 инвеститора с ограничена отговорност, респективно участието на някой от първоначалните инвеститори се прекрати и той не може да бъде заменен, то КДА на практика няма да може да се регистрира[59] или впоследствие ще се постави въпросът дали ще може да продължи да функционира с по-малко от 3 командитиста.

За пълнота следва да се отбележи и застъпеното в теорията виждане, че при повече от един неограничено отговорен съдружник (каквато конструкция при дяловите инвестиции не е типична) в допълнение към устава следва да бъде сключен и отделен учредителен договор между комплементарите[60]. С оглед на това, за него би следвало да се прилагат съответно правилата за КД за нотариална заверка на подписите на неограничено отговорните съдружници (чл. 100 от ТЗ), а минималното му съдържание следва да отговаря на изискванията по чл. 102 от ТЗ.

3.3. *Капитал и участие в имуществото на дружеството*

С оглед на интереса ни към структуриране на АИФ, въпросът за участието в имуществото на дружеството има значение в две измерения – първо, колко лесно може да се предоставят средства от инвеститорите към структурата, тъй като обикновено средствата не се предоставят наведнъж, а при обосноваване на конкретна инвестиционна необходимост и второ, какво е положението на дела в имуществото и дали той е прехвърлим.

Командитно дружество

Понятието капитал в смисъла на постоянна величина, която се определя в устава към момента на учредяване на дружеството и подлежи на вписване

---

[59] Следва да се отбележи, че в процедурите по избор на Фонд мениджър от ФМФИБ е възможно спечелилият участник да избере реализирането на т.нар. Ко-инвестиционна схема, при което комбинирането на частен и публичен ресурс ще се реализира не на ниво Фонд (т.е. няма да се привлекат външни инвеститори като съдружници или акционери в АИФ), а на ниво отделна инвестиция от портфейла на ЛУАИФ (т.е. външните инвеститори ще бъдат съдружници или акционери с АИФ в рамките на съответната дялова инвестиция). Това означава, че в рамките на създадения АИФ в изпълнение на спечелената обществена поръчка, ограничено отговорни съдружници ще бъдат само ФМФИБ и Капиталов участник на избрания Фонд мениджър, което ще доведе до невъзможност да се учреди АИФ под формата на КДА.

[60] **Таджер**, В. Капиталови търговски дружества. Осн. прераб. и доп. изд., с. 229.

в търговския регистър[61] не е относимо към КД, доколкото то не е капиталово търговско дружество. Това ще се има предвид и по-долу в текста когато се посочва, че КД няма капитал или няма регистриран капитал. Следва да се отчете разбира се, че като всяко търговско дружество и КД формира капитал от счетоводна гледна точка, който следва да бъде отразен в пасива по баланса. Имуществото на дружеството се формира от вноските на съдружниците, като не е предвидено разделение в тази насока между неограничено отговорните и ограничено отговорните съдружници[62]. Доколкото обаче неограничено отговорните съдружници по закон отговарят за задълженията на дружеството с цялото си имущество е допустимо да се предвиди, че те няма нужда да правят вноски в имуществото, съответни на тези на неограничено отговорните съдружници. От друга страна единственото законово закрепено задължение на ограничено отговорните съдружници е задължението им за вноска[63].

В член 102 от ТЗ, като част от задължителното съдържание на дружествения договор се изисква посочване на размера на вноските на съдружниците. Следва да се има предвид, че доколкото дружеството не е капиталово при неговото учредяване не е необходимо да бъдат извършени каквито и да е вноски, а посочването им е от значение, за да се лимитира и посочи пред третите лица размера на отговорността на ограничено отговорните съдружници. В този смисъл и при отчитане на правилото на чл. 111 от ТЗ става ясно, че записването в дружествения договор на вноската не е свързано с момента на нейното извършване, като е допустимо и частичното ѝ плащане. Вноските в имуществото могат да бъдат парични и непарични, като с оглед на разглеждането на КД като възможност за структуриране на АИФ обичайно би следвало да се предвиди в дружествения договор, че вноските на ограничено отговорните съдружници ще са само парични.

---

[61] Капиталът при капиталовите търговски дружества е разбиран като постоянна величина, която се определя в устава към момента на учредяване на дружеството и подлежи на вписване в търговския регистър – така Бузева, Таня. Увеличаване на капитала на акционерно дружество. София: Сиби, 2018, с. 22, и Калайджиев, Ангел. Акционерно дружество. София: Сиби, 2019, с. 37–38.

[62] В теорията се изтъква, че с оглед на характера на дружеството, което комбинира неограничено и ограничено отговорни съдружници, при него може да се реализира т. нар. „партньорство работа-капитал“, вж. **Стефанов**, Георги, цит. съч., с. 289. Такъв би бил случая и при разглежданите тук структури, в които неограничено отговорния съдружник ще е професионалистът „фонд мениджър“, нает от ограничено отговорните съдружници, имащи качеството инвеститори. В този смисъл в старата ни литература се посочва, че участието на командитистите в дружеството е „сложено на чисто капиталистически начала“ вж. Диков Любен, с. 164 и сл.

[63] Така **Калайджиев**, Ангел. Търговски дружества…, с. 202, **Герджиков**, Огнян. Коментар …, с. 552 и сл.

Липсата на регистриран капитал, респективно на необходимост за неговото увеличаване и лисата на изискване за извършване на имуществените вноски към момента на учредяването дават изключителна гъвкавост на КД и го правят много добро средство за реализиране на инвестиции като АИФ.

От значение за КД като персонално дружество е дали на база на имуществените вноски съдружниците придобиват нещо подобно на дружествен дял. В уредбата на КД, подобно на тази при СД не се говори за дружествен дял в смисъла на този по чл. 127 от ТЗ в материята на ООД. Доколкото обаче съдружниците правят имуществени вноски те без съмнение формират „дружествен дял“ в смисъл на дял от дружественото имущество[64]. От тук следва и по-важният въпрос дали „дружественият дял“, материализиращ не само участие в имуществото, но и членствено правоотношение в КД може да бъде прехвърлян. Този въпрос отново няма отговор в Търговския закон. С оглед на общата характеристика на дружеството като персонално би следвало предимство да има отрицателният отговор. Доколкото обаче вече беше посочено, че участието на ограничено отговорните съдружници е само имуществено и може би тяхната личност не е от такова значение както при СД, то не може генерално да се изключва подобна възможност[65]. При всички случаи следва да се има предвид, че за да може да се обсъжда подобно прехвърляне, то трябва да е уредено изрично в дружествения договор, който ще следва да предвиди и процедурата за него, най-вероятно свързана с единодушие между останалите съдружници. Също така каквото и да е предвидено в дружествения договор ако някой от старите съдружниците откаже да подпише нов дружествен договор с новия съдружник до придобиване няма да се стигне.

В обобщение на тези разсъждения може да се каже, че дори и да приемем, че в КД съществува дружествен дял, който материализира и членствено правоотношение, то неговата прехвърлимост е силно ограничена.

Командитно дружество с акции

Съгласно българската правна теория капиталът е статична величина[66], която се вписва в Търговския регистър и при учредяване на дружеството съответства на размера на имуществените вноски на съдружниците (акционери). От момента на учредяването капиталът не се влияе от промяна на стойността на имуществото на дружеството, а може да се промени само в резултат на

---

[64] Считам, че аргументацията на **Антонова**, Анета. Събирателно дружество. София: Сиби, 2004, с. 64 –65 е напълно приложима и към КД, като с оглед на изяснената инвестиционна същност на тяхното участие размерът на дружествения им дял би следвало да е съответен на размера на вноската им в имуществото.

[65] Така **Стефанов**, Георги, цит. съч., с. 290.

[66] **Бузева**, Таня. Увеличаване на капитала на акционерно дружество. София: Сиби, 2018, с. 28.; **Калайджиев**, Ангел. Акционерно дружество. София: Сиби, 2019, с. 37.

специални законово уредени процедури – увеличаване и намаляване, което е израз на принципа на постоянния капитал[67].

От посоченото законово положение следва да се разгледа спецификата при фондовете за дялови инвестиции, а именно че средствата се предоставят на АИФ целево (за конкретни инвестиции или покриване на такса по управлението) и при поискване (с посочване на съответния размер за дадения инвеститор). Нуждата от гъвкавост в тези процедури може да се окаже ключова при избора на правна форма и при КДА ще са приложими на практика всички механизми и изисквания на АД.

Минимално изискуемият капитал на КДА е 50 000 лв.[68] При регистрацията на дружеството следва да са внесени поне 25% от него, а довнасянето на капитала трябва да се извърши до 2 години.

Капиталът на КДА е разделен на акции, които представляват не само дялове от капитала, но са и ценни книги, които могат да бъдат свободно прехвърлими или не. Без значение от вида на акциите, при АИФ, който е структуриран като КДА, прехвърлянето на капиталово участие от един командитист на друг ще бъде по-лесно, отколкото прехвърлянето на дялове при КД и вписването на промяната на съдружниците в Търговския регистър.

От гледна точка на структурирането на АИФ следва да се обърне внимание, че при промяна на капитала на КДА, включително при довнасяне на записан капитал, това неминуемо ще доведе и до промяна в устава съгласно чл. 253, ал. 2 във вр. с чл. 165, т. 3 от ТЗ. Уставът се приема и изменя със съгласието на неограничено отговорния съдружник, който на практика би могъл да блокира ефективното провеждане на промяната в капитала, ако не даде съгласие за изменението на устава. Разбира се, подобни хипотези са по-скоро екзотични, доколкото механизмът на структуриране и управление на АИФ не предполага противопоставяне от страна на Фонд мениджъра при увеличаване на средствата, които ще управлява.

На следващо място, внасянето на средства от инвеститорите в КДА се постига чрез формалните законово уредени процедури за АД по ефективно увеличаване на капитала. Правомощието за това е на общото събрание на акционерите и инвеститорите могат да го делегират като овластят Фонд мениджъра да увеличава по своя преценка капитала с посочване на конкретни параметри. Това се постига или чрез първоначално посочване в Устава при учредяването на КДА или впоследствие с изменение в Устава като и в двата случая срокът на овластяването трае не повече от 5 години от учредяването на КДА, респективно от промяната на Устава.

Ефективното увеличаване на капитала е строго формална законова процедура и при АИФ под формата на КДА основно се постига чрез: 1) издава-

[67] Така **Бузева**, Таня, Цит. съч., с. 28 и сл.

[68] Така **Калайджиев**, Ангел. Търговски…, с. 200

не на нови акции; 2) увеличаване номиналната стойност на вече издадените акции. Като законов принцип следва да се посочи правото на досегашните акционери с предимство да участват в увеличението на капитала. Това става пропорционално на техния дял в капитала преди увеличаването. Съгласно законовите изисквания, ако КДА има издадени акции от различни класове предимственото право да участват в увеличението важи за акционерите от съответния клас, а останалите акционери упражняват предимството си след акционерите от класа, в който се издават новите акции.

С решение на общото събрание предимственото право може да бъде ограничено или да отпадне изцяло, включително, когато увеличението на капитала се извършва от Съвета на директорите. За да се постигне този резултат, следва да се спази предвидената процедура в чл. 194, ал. 4 от ТЗ и отпадането на предимственото право да се обяви в Търговския регистър.

Предвидените в закона формални изисквания по отношение на капитала целят защита на интересите на акционерите и предвидимост в обществения оборот относно имуществото на капиталовите дружества. Тези принципни положения при КДА трябва да бъдат отчитани от Фонд мениджърите, когато структурират АИФ. Неограничено отговорният съдружник следва да е предвидил достатъчно гъвкавост в Устава си, така че да се изпълни стратегията им по набиране и разходване на средствата за инвестициите. В рамките на типичната „инвестиционна фаза“ при АИФ (през първите 5 години) поради различни причини е възможно да не се постигне усвояване на ангажирания ресурс от страна на инвеститорите и да се наложи промяна в Устава с решение на акционерите за извършването на следващ етап от привличането на средства и кореспондиращото увеличаване на капитала. Нещо повече, дори да се запише целият размер от предвидената инвестиция при учредяването на КДА и тя да се внася постепенно в рамките на 2 години, то всяка процедура по увеличението следва да бъде отразявана в Търговския регистър и в Устава на КДА, което е свързано с изпълнение на съответните формални изисквания.

3.4. *Разпределяне на средства от дружеството към инвеститорите*

Каскадата за разпределение на приходите от инвестиционната дейност е отличаваща черта и характеризира дяловите инвестиции. По-долу ще бъдат разгледани възможностите, които са на разположение на КД и КДА, за да постигнат заложената от инвеститорите рамка за разпределение на средствата от успешните инвестиции.

Командитно дружество

1) *Изплащане по време на съществуване на дружеството*

Въпросът за изплащане на средства на към съдружниците няма уредба на законово ниво. Той следва да е уреден в дружествения договор и е част от

задължителното му съдържание – чл. 102, т. 7 от ТЗ. Дружественият договор трябва да посочва начина за разпределение на печалбите и загубите между съдружниците, както и възможността за възстановяване на средства, внесени от съдружниците. Голямото предимство на КД, доколкото то няма вписан капитал, е че във всеки момент може да се върне част от вноската в полза на съответния съдружник, което дава пряка възможност за реализиране на посочената по-горе каскада за разпределение на приходите. Разбира се, съгласно изясненото в т. 3.3. връщането на част от вноската не води до намаляване на отговорността на ограничено отговорния съдружник.

Две са правилата на закона, които заслужават внимание в тази насока ако не бъдат изрично изключени от дружествения договор. Съгласно чл. 109, ал. 1 от ТЗ, ако съдружникът не е внесъл целия размер на вноската си полагащата му се част от печалбата следва да се прихване до размера на вноската. Нормата е очевидно диспозитивна и тя не би следвало да присъства в дружествен договор на КД, чрез което се реализира АИФ. Нещо повече тя няма особен смисъл и без да е изключена, защото невнасянето на вноската не застрашава интересите на кредиторите на дружеството, които са обезпечени от отговорността на ограничено отговорния съдружник и за невнесената част на вноската.[69]

Другата разпоредба от значение е тази на чл. 110 от ТЗ, съгласно която ако в края на годината се установи че дружеството има загуби, които се отразяват на направените вноски, до възстановяването им в предвидения размер не се разпределя печалба. Според мен тази норма, влиза в категорично противоречие с персоналния характер на дружеството и наподобява на правилата за съхранение на капитала при АД. В този смисъл тя не би следвало да намери място в дружествения договор на КД, чрез което се реализира АИФ[70].

2) ***Ликвидация на КД***

В рамките на процедурата по ликвидация ограничено отговорните съдружници ще получат дял от имуществото, съответен на вноските в него, като това е крайният момент, в който ще се уредят отношенията с тях без значение на предходни изплащания, били като изплащане на дивидент или връщане на част от предоставеното имущество.

---

[69] Така **Калайджиев**, Ангел. Търговски…, с. 200.

[70] В теорията се изказва становище, че разглежданата норма е в интерес на кредиторите и не може да бъде изменена в дружествения договор – **Калайджиев**, Ангел. Търговски дружества…, с. 204. Това становище не може да бъде споделено, тъй като първо, систематичното място на нормата е в Раздел II, посветен на вътрешните отношения между съдружниците, всички норми от който могат да бъдат изместени от разпоредби на дружествения договор и второ, защото интересът на кредиторите е достатъчно защитен от неограничената отговорност на комплементарите и фиксираната отговорност на командитистите, без значение на техните вноски.

Основанията за доброволно прекратяване на КД са посочени изчерпателно в закона (на база на препращането към уредбата на СД) и са свързани основно с волята на съдружниците, които могат да: 1) предвидят краен срок, в рамките на който дружеството да съществува[71]; 2) предвидят специфични основания в дружествения договор, водещи до прекратяването (напр. постигане на определена цел, условие или друго обстоятелство); 3) приемат изрично решение за прекратяване с единодушно решение от съдружниците в дружеството.

Правилата и целите на ликвидацията при КД не се различават от тези на капиталовите търговски дружества. В синтезиран вид това е разпределянето на дружественото имущество, което е останало след удовлетворяване на кредиторите, и то може да бъде временно, окончателно и допълнително[72].

Командитно дружество с акции

При капиталовите търговски дружества и по-конкретно при КДА стои въпросът за извършването на плащания към акционерите от страна на дружеството. В типичния случай, това се случва, когато след края на съответната финансова година[73] активите са повече от пасивите и положителната разлика, представляваща счетоводна печалба за съответната или някоя от предходните години, се разпределя по предвидените за това способи. Като цяло въпросът за разпределяне на средствата е свързан с балансовата стойност на активите на дружеството.

Без да се навлиза подробно в счетоводните и процедурни изисквания за постигане на целения резултат, следва да се отбележи един от основните принципи при дяловите инвестиции, който е разгледан в т. 2.3. Разпределянето на средства към инвеститорите се осъществява на ниво „изход“ от отделна инвестиция съгласно определена каскада за разпределение. При практическото структуриране на АИФ под формата на КДА изпълнението на подобно изискване би могло да представлява предизвикателство за Фонд мениджъра, който трябва да намери баланс между договореното с инвеститорите, възмож-

---

[71] Съдружниците единодушно могат да приемат решение за продължаване на срока преди изтичането му. Когато дружеството е прекратено поради изтичане на срока или по решение на компетентните дружествени органи, Съдружниците единодушно могат да приемат решение да се продължи дейността му и ако не е започнало разпределение на имуществото.

[72] **Антонова**, Анета. Ликвидация на търговски дружества. София: Сиела, 2009, с. 261.

[73] След промените в чл. 115в от ЗППЦК (въведени с ДВ бр. 62 от 2017 г.) при публичните дружества от 2018 г. е допустимо да се изплащат 6-месечни дивиденти, стига това да е предвидено в устава и при съответно прилагане на чл. 247а от Търговския закон. Това означава че в рамките на незавършила финансова година, на база счетоводния резултат към 30.06. на съответната година да се изплати дивидент на акционерите от постигнатата печалба.

ностите, които дава формата на КДА, и счетоводните изисквания към капиталовите дружества.

1) ***Изплащане на дивиденти***

Основният способ, предвиден в действащото законодателство, за изплащане на средства към акционерите е чрез разпределяне на дивидент. Доколкото това е формална и уредена в закона процедура, като капиталово дружество КДА би могло да разпредели дивидент, ако дружеството е реализирало печалба и липсва непокрита загуба от предишни години[74]. Законът предвижда възможност за издаване на отделен клас акции с привилегия за гарантиран или допълнителен дивидент.

В рамките на съответния клас акционерът с право на гарантиран дивидент има право да получи плащане преди дивидента по обикновените акции и в теорията се застъпва виждането[75], че дори да няма печалба, гарантираният дивидент следва да се изплаща. Това на практика прави акционерите с гарантиран дивидент кредитори на дружеството, подобно на неговите облигационери, които следва да получават гарантираните си плащания, без значение дали дружеството има печалба, или не.

При допълнителния дивидент акционерът ще придобие както общия дивидент, така и допълнителна парична сума (отново може да бъде точна или процент от стойността на акцията по номинал). Този вид дивидент се различава от първия, защото се предпоставя от наличието на печалба, макар наличието на задължение за изплащане на такъв дивидент да намалява печалбата, която трябва да се разпредели на акционерите с обикновени акции.

2) ***Намаляване на капитал***

Интерес при структурирането на АИФ под формата на КДА може да представлява изплащането на средства от дружеството към инвеститорите в рамките на законовата процедура по намаляване на капитала му. По този начин акционерите могат да получат номиналната стойност на акциите, с която се намалява капиталът. Тук отново следва да се акцентира, че съответният фонд мениджър трябва да предвиди ясна стратегия за разпределяне на средства в рамките на постигнатите договорки с инвеститорите. Провеждането на съответните законови процедури при КДА не във всеки случай предпоставя

---

[74] Съгласно чл. 247а, ал. 1–3 от ТЗ, за да се изплати дивидент от КДА в проверения и приет финансов отчет за съответната година чистата стойност на имуществото, намалена с дивидентите и лихвите, подлежащи на изплащане, трябва да е не по-малка от сумата на капитала на дружеството, фонд „Резервен“ и другите фондове, които е длъжно да образува по закон или устав. Чистата стойност на имуществото представлява разликата между стойността на правата и задълженията на дружеството съгласно баланса му.

[75] **Калайджиев**, Ангел. Акционерно дружество. София: Сиби, 2019, с. 112.

гъвкавост и ефективното плащане към акционерите може да отнеме няколко месеца[76].

Намаляването на капитала на КДА започва с решение на общото събрание, което се представя в Търговския регистър и се обявява. Ако има няколко класа акции, за намаляването е необходимо решение на всеки клас акционери. Двата законови способа за намаляване на капитала представляват: 1) намаляване на номиналната стойност на акции; и 2) обезсилване на акции. За да бъдат обезсилени акциите, те трябва първо да бъдат придобити от дружеството (вж. по-долу Обратно изкупуване на акции).

Типичната процедура за намаляване на капитала отнема около 4–5 месеца, в рамките на които: 1) се свиква и провежда общо събрание на акционерите; 2) се обявява решението на акционерите в Търговския регистър; и 3) се осъществява самото намаление и се обявява измененият устав в Търговския регистър, ако до 3 месеца от обявяването кредиторите на дружеството не изразят писмено несъгласието си. За пълнота на изложението следва да се посочи, че са възможни и ускорени процедури за намаляване на капитала, които зависят от допълнителни обстоятелства.

3) ***Ускорени процедури за намаляване на капитала***

При структурирането на дялови инвестиции от ключово значение може да се окаже срокът, който е необходим практически на Фонд мениджъра, за да разпредели средства от успешните инвестиции. В чл. 202, ал. 2 и 3 от ТЗ са предвидени три способа за намаляване на капитала, при които може да се избегне блокирането на плащанията към акционерите за 3 месеца след обявяването на решението за това в Търговския регистър. При **обезсилване на собствени акции**, предпоставка за ускореното намаляване на капитала се явява реализирането на процедура по обратно изкупуване на собствени акции (вж. по-долу), при която обаче акционерите са прехвърлили съответното количество акции **безвъзмездно**.

На следващо място, при **обезсилване на собствени акции**, предпоставка за ускореното намаляване на капитала отново се явява реализирането на процедурата по обратно изкупуване на собствени акции (вж. по-долу), но плащанията към акционерите за техните акции са свързани с реализиране на печалба от дружеството и липсата на непокрита загуба от предишни години. При този вариант: 1) продаващите акционери ще получат уговорената цена за техните акции; 2) капиталът на дружеството ще се намали без да се изчакват 3 месеца от обявяването на решението в Търговския регистър; и 3) образувани-

[76] Съгласно чл. 150–153 от ТЗ, които съответно се прилагат при АД и КДА, за да се даде защита на кредиторите на дружеството, дори и то на практика да няма такива, е налице забрана за изплащане на средства към акционерите, ако не са изминали 3 месеца от обявяването на решението за намаляване на капитала в Търговския регистър.

ят от дружеството резерв по чл. 187в, ал. 4 от ТЗ може да се разпределя между акционерите само при намаляване на капитала с изкупените акции, както и за увеличаване на капитала.

В **третия** случай на ускорено намаляване на капитала, следва да се извърши математически и счетоводно такова намаляване и последващо увеличаване на капитала, че новият размер да е поне колкото капитала на Дружеството преди изменението му. На практика акционерите биха могли да използват нови техни средства, които да покрият увеличението на капитала, или да се извърши увеличаване на капитала със собствени средства на дружеството при спазване на законовите изисквания за това (чл. 197 от ТЗ).

4) ***Обратно изкупуване на акции***

Като следваща правна възможност за фонд мениджъра в КДА за разпределяне на средства представлява предвидената процедура по обратно изкупуване на акции по чл. 187б от ТЗ. Съответният АИФ би могъл да придобие собствени акции, в резултат на което акционерите могат да получат уговорената продажна цена. Законът допуска две процедури по обратно изкупуване на акции, които са свързани с момента, в който възниква това право. Възможно е още при издаването им акциите да имат привилегия за обратно изкупуване и това обстоятелство следва да е записано в Устава, където се посочват и допълнителните условия и ред за това. Дори при издаването да не е предвидена привилегия за обратното изкупуване на акциите, то КДА с последващо решение на Общото събрание би могло да осъществи такава процедура.

Законовата процедура по обратно изкупуване на собствени акции може да се осъществи само ако акциите са изплатени изцяло. Дружеството следва да формира сума, предназначена за разпределение съгласно чл. 247а, ал. 1, 2 и 3 от Търговския закон. Това означава, че плащанията към акционерите за техните акции са свързани с реализиране на печалба от дружеството и липсата на непокрита загуба от предишни години.

5) ***Ликвидация***

Инвеститорите, които са притежатели на обикновени акции, имат право да получат ликвидационен дял, съразмерен с притежаваните от тях акции в КДА. Законът допуска издаването на привилегировани акции с право на допълнителен дял в дружественото имущество при ликвидацията.

Доброволната ликвидация е процедура, която се развива след приемането на решение от общото събрание на акционерите в дружеството за прекратяване на дейността. Основанията за доброволно прекратяване са посочени изчерпателно в закона и са свързани основно с волята на акционерите, които могат да: 1) предвидят краен срок, в рамките на който дружеството да същест-

вува[77]; 2) предвидят специфични основания в устава, водещи до прекратяването (напр. постигане на определена цел, условие или друго обстоятелство); 3) приемат изрично решение за прекратяване с квалифицирано мнозинство от 2/3 от представения капитал или по-високо мнозинство, което трябва да е посочено в Устава.

Производството по ликвидация следва да се развие в рамките на поне 6-месечен срок от обявяването на покана до кредиторите в Търговския регистър или в по-дълъг срок, определен от общото събрание.

Крайната цел на производството по ликвидация е да се разпредели свободното имущество на дружеството между инвеститорите, но преди това задължително трябва да се довършат текущите сделки, да се съберат вземанията на дружеството, да се превърне останалото имущество в пари и да се удовлетворят кредиторите. Имуществото, което остава след плащанията към кредиторите, се разпределя между акционерите под формата на пари и по изключение под формата на разпределение на активи.

Процедурата по ликвидация е свързана с извършването на плащания в полза на акционерите (ако има налични средства за разпределение), но тези плащания се различават от посочените по-горе хипотези за разпределяне на средства към инвеститорите, защото ликвидацията е свързана с прекратяването на дружеството и може да се реализира само еднократно, а не многократно (както е например процедурата по разпределяне на дивидент).

В обобщение би могло да се посочи, че организираните като КДА алтернативни фондове, изпълняващи финансови инструменти на ФМФИБ, ще бъдат изправени пред предизвикателството при реализиран изход от инвестиция да спазят коректно изискванията на оперативното споразумение за разпределяне на средства съгласно Каскадата за разпределение и законовите процедури, описани по-горе. Постигането на гъвкавост би могло да се осъществи на плоскостта на комбиниране на методите обратно изкупуване на акции и последващо намаляване на капитала с обратно изкупените акции.

3.5. *Управление*

Особеностите на управлението на КД се изразяват в предимственото положение на неограничено отговорния съдружник спрямо ограничено отговорните. Това предимствено положение е именно един от основните мотиви за

[77] Общото събрание може да вземе решение за продължаване на срока преди изтичането му. Когато дружеството е прекратено поради изтичане на срока или по решение на компетентните дружествени органи, Общото събрание на акционерите може да приеме решение да се продължи дейността му с мнозинство най-малко 3/4 от представения капитал, което да се одобри от неограничено отговорния съдружник, и ако не е започнало разпределение на имуществото.

фонд мениджърите да избират формите на командитните дружества за структуриране на АИФ.

Командитно дружество

Управлението на командитното дружество, съгласно разпоредбата на чл. 105 от ТЗ се извършва от неограничено отговорните съдружници. Тази разпоредба е част от Раздел II на Глава 12 от Търговския закон, което означава, че и тя има диспозитивен характер. В този смисъл основният въпрос, който трябва да изследваме е в какви посоки и до каква степен съдружниците могат се отклонят от нея.

Първо, общата постановка, че оперативното управление, а в случая на АИФ инвестиционната дейност се ръководи от неограничено отговорния съдружник, не подлежи на корекция с оглед на неговия интерес и с оглед на това, че на практика той създава дружеството и учредителните му документи. В тази насока на разсъждения неограничено отговорният съдружник, за който е предвидено да действа като оперативен управителен орган, не би могъл да влезе в противоречие със закона.

На следващо място, следва да се разгледа въпросът имат ли отношение ограничено отговорните съдружници и могат ли те да формират орган, подобен на общо събрание. Тази концепция поставя няколко принципни въпроса, които се нуждаят от отговор, доколкото става дума за персонално търговско дружество.

Идеята, че персоналните търговски дружества могат да формират органи се определя в теорията като „доста съмнителна“[78], с аргумент, че се основава на органите при капиталовите търговски дружества. Като нямам принципни възражения срещу виждането, че при търговските дружества принципът за numerus clausus важи не само по отношение на видовете дружества, които правните субекти могат да създават, но и по отношение на предвидените в тях органи със задължителна компетентност, считам че тази идея има приложение именно при капиталовите търговски дружества, където органната структура или нейните варианти са законово закрепени. При персоналите търговски дружества именно договорната свобода дава възможност да се създадат органи, които да направят управлението такова, каквото е желано от съдружниците. Тези органи не могат да засегнат представителството на дружеството, доколкото това са отношения с трети лица.

В този смисъл, считам, че няма пречка в КД да бъде създадено общо събрание на съдружниците/инвеститорите. Структурирането на подобни органи е въпрос на договорна свобода и при справка в Търговския регистър, в последните години се наблюдава регистриране на КД, при които се обособява

[78] Така **Русчев**, Иван. Проблемът за органовата структура при персоналните търговски дружества. Търговско и конкурентно право, 2011, №12, с. 7.

общо събрание и управителни органи, между които се разпределят стратегическото (общо събрание) и оперативното управление на дейността (неограничено отговорният съдружник, респ. неговите представляващи).

На следващо място, може да се постави въпросът, как ще се формира воля в този колективен орган и всички ли съдружници ще могат да участват в него. Ако се проведе до край разгледаната по-горе идея за неограничено отговорен съдружник, действащ като управителен орган, и общо събрание на съдружниците, действащо като съвещателен, в колективния орган не би следвало да участва и неограничено отговорният съдружник, като по този начин се раздели мениджмънтът от капитала[79]. Разбира се, няма пречка и при съществуващите АИФ фонд мениджърът да има, пряко или непряко, капиталово участие, поради което да има право на това основание да участва и в общото събрание. В продължение на тези разсъждения може да се стигне и до въпроса как съдружниците вземат решения в този орган – и за мен, доколкото става дума за капиталово участие, единствената логична възможност е това да се реализира на база предоставената от всеки имуществена вноска (но всяка друга уговорка, предвидена в дружествения договор би била допустима).

Следва да се има предвид, че и от някои съдилища се застъпва становище за липсата на самостоятелно обособени органи при командитното дружество, чиято воля да се формира като сделка решение чрез гласуване и мнозинства (типични за капиталовите дружества, в които съдружниците не осъществяват търговията лично). Всички решения се вземат пряко със съгласие на всички съдружници, а не опосредено чрез решение на орган – Решение № 303 от 27.07.2018 г. на ОС – Бургас по т.д. № 370/2018 г.; в същия смисъл Решение № 659 от 3.7.2013 г. по т.д. № 908/2013 г. на I състав на Окръжен съд – Варна. Посочените решения представляват практика на първоинстанционен съд във връзка с откази на Търговския регистър и нямат отражение в практиката на ВКС. Обратна практика към момента не може да бъде посочена, доколкото ако Търговският регистър е уважил искането на заявителите, не е имало причина те да търсят съдебна намеса.

На последно място, КД се представлява от неограничено отговорните съдружници и ако има само един комплементар, той се посочва като представител на Дружеството в Търговския регистър и представителната му власт не може да бъде ограничавана пред третите лица.

---

[79] Подобна структура на гласовете се определя като нищожна поради противоречие с императивната норма на чл. 87 от ТЗ – вж. **Иванов**, Момчил. Модели на управление на командитно дружество. Търговско и конкурентно право, 2018, №9. Приложимостта на разпоредбата на чл. 87 от ТЗ само спрямо неограничено отговорните съдружници е обоснована от **Герджиков**, Огнян. Коментар…, с. 545.

Командитно дружество с акции

Естествено следствие от чисто капиталовия характер на командитното дружество с акции се явява нормативно установеното задължение[80] да формира дружествени органи, съответстващи на едностепенната система на управление, предвидена за АД – общо събрание на акционерите (състоящо се от командитистите) и съвет на директорите (с единствен член фонд мениджърът), който е законен представител на дружеството съгласно чл. 244 във вр. с чл. 253, ал. 2 от ТЗ.

В общото събрание право на глас имат само ограничено отговорните съдружници. Неограничено отговорните съдружници дори и когато притежават акции, участват само със съвещателен глас. Компетентността на общото събрание се определя в устава и по аналогия могат да се посочат правомощията на общото събрание в АД. Хибридната природа на КДА налага правомощията на общото събрание на акционерите да са с различно съдържание от тези при АД[81].

Основната и същностна по своя характер разлика между АД и КДА, от една страна, и прилика между КД и КДА, от друга, се явява законово признатата стабилност на управлението на неограничено отговорния съдружник. По този начин, структурирането на АИФ посредством правните форми на КД и КДА се явява логически и правно обосновано от гледна точка на фонд мениджъра, а ограничено отговорните съдружници няма да имат възможност да влияят пряко на политиката по управлението на АИФ.

На следващо място, за да се осигури стабилност в управлението на комплементаря, законът поставя изискване определени въпроси да не могат да се решават от акционерите без неговото съгласие. С оглед на смесената природа на КДА, съгласно чл. 259, ал. 1 от ТЗ неограничено отговорният съдружник ще има възможност да блокира приети от Общото събрание на акционерите решения по най-важните за дружеството въпроси[82], свързани с изменение на устава, изменение на капитала, преобразуване и прекратяване на дружеството.

3.6. *Замяна на неограничено отговорен съдружник*

Независимо от ключовата роля на фонд мениджъра за всеки АИФ, както и дали фондът за дялови инвестиции се реализира с публични средства или не, то не може да се изключи практическата необходимост да бъде заменен неограничено отговорният съдружник. Концентрирането на функции в комплементаря и създаването на стабилност за него, следва да бъде взето предвид и от гледна точка на процедурата за неговата замяна при КД и КДА.

---

[80] Така **Таджер**, Витали. Капиталови търговски дружества. Осн. прераб. и доп. изд., с. 230 – автор на частта за КДА е **Бузева**, Таня.

[81] Така **Таджер**, Витали. Капиталови …, 2011, с. 232.

[82] Така **Таджер**, Витали, цит. съч., с. 232.

При тези правни форми не би могло да се стигне до ситуация, при която липсва неограничено отговорен съдружник и невъзможността за преодоляване на подобно събитие ще доведе до започване на процедура по прекратяване на съответния АИФ чрез ликвидация (разгледани по-горе). Следва да бъде отчетено, че макар и чл. 104 от ТЗ да допуска уреждането на вътрешните отношения в дружеството по договорен път, тази уредба следва да е съобразена с препращането към правилата на персоналното дружество, които изключват категорично прекратяването на членството на който и да е от съдружниците да може да се осъществи извънсъдебно. Чл. 95 от ТЗ изрично налага виновното поведение на съдружник да бъде преценено по съдебен ред.

На следващо място, и при двете разгледани правни форми може да се очаква, че замяната на фонд мениджъра (като неограничено отговорен съдружник) ще се реализира на база поетия ангажимент в дружествения договор или устава и предвидените договорни процедури за това. До момента на вписването на прекратяване на мандата му като неограничено отговорен съдружник в Търговския регистър фонд мениджърът би следвало да осъществява административното управление на АИФ, но да не извършва същинска инвестиционна дейност.

3.7. *Обобщение на предимствата и недостатъците на КД и КДА по отношение на структуриране на АИФ*

Командитно дружество

Едно от основните предимства на КД при структурирането на АИФ от гледна точка на изискването за предоставяне на средства на фонда съгласно оперативните споразумения е липсата на регистриран капитал и възможността за пълна гъвкавост при внасяне и възстановяване на инвестираните средства. В този смисъл смятам, че единствено при КД бързо и лесно може да се реализира заложената и обичайна при АИФ каскада за разпределяне на средства.

Доколкото законовата уредба на КД е лаконична, водещо при уреждане на отношенията между съдружниците е това, което е закрепено в дружествения договор, т. нар. предимство на договора. По този начин би могло да се постигне максимално точно отразяване на ангажиментите между страните съгласно оперативните споразумения за изпълнение на финансови инструменти от фонда на фондовете, в които е предвидено структурирането на АИФ.

Въпреки посочените преимущества, следва да бъдат отбелязани и недостатъците на правната форма на КД. Основното предимство на КД (предимството на уреденото в договора между съдружниците) може да се окаже и неговият най-голям недостатък. Реализирането на договорната свобода винаги ще подлежи на преценка от съда при евентуален спор между съдружниците.

Пример за подобна интерпретация от съда са цитираните решения, които изключват възможността за формиране на органи при персоналните дружества.

На второ място, липсата на капитал с формално обособени дялове от него създава затруднение пред излизането или влизането на нови инвеститори в КД. Това макар и да не е особен проблем за АИФ, създадени в изпълнение на Оперативните споразумения с ФМФИБ може да е принципна пречка, за фондовете, които ще разчитат на по-голям кръг частни инвеститори.

Командитно дружество с акции

Като предимство на КДА може да се посочи съществуването на две групи съдружници, като на неограничено отговорните от тях е възложено управлението на дружеството. Тази стабилност на управлението считам, че представлява съществен плюс за фонд мениджърите да осъществяват правомощията си съгласно оперативните споразумения за изпълнение на финансови инструменти от фонда на фондовете.

На следващо място, правната форма на КДА възпроизвежда в максимална степен уредбата на акционерното дружество, което от своя страна е най-детайлно уредено в Търговския закон. Уредбата на КДА позволява предвидимост за участващите в дружеството по отношение техните права и задължения, доколкото не съществуват неясноти относно функционирането и правомощията на Общото събрание на акционерите (събрание на инвеститорите), начините на гласуване и т.н. материализиране на членственото правоотношение в акция, позволява и относително най-лесно разпореждане с него.

Въпреки тези предимства, считам, че КДА на практика ще прояви повечето недостатъци, характерни за капиталовите търговски дружества, доколкото при КДА също е приложим законовият принцип на постоянния капитал, който не кореспондира с очакванията за гъвкаво усвояване на средства от инвеститорите съгласно процедурата за извършване на капиталови вноски и изискванията на оперативните споразумения. По-сериозното проявление на този принцип би било по отношение на разпределението на резултатите от инвестицията, при което системата на дивидентни плащания категорично не може да осигури прилагане на каскадата и ще е необходимо да се прибягва да бавно и сложно намаляване на капитала.

III. Заключение

Проведеното изследване дава възможност да се обоснове изводът, че понякога сблъсъкът на класически институти с модерни концепции може да не доведе до катастрофа, а да е начало за нов живот. Пример за това е установената възможност за реализация на АИФ чрез командитните дружества, съществуващи в българското право – КД и КДА. От съществено значение е

обстоятелството, че те могат да бъдат използвани във вида, в който съществуват в Търговския закон от 1991 г.

Това, разбира се, не значи, че тези институти не могат да бъдат развити и подобрени, но законови промени, сами по себе си, не са необходими, за да се постигнат чрез тях нужните на фонд мениджърите резултати. Достигайки до този извод, разбира се, не очаквам масовост в новите регистрации на КД и КДА и това не е необходимо. Съществено в случая е знанието, че те могат да бъдат подходящ инструмент в рамките на очертаните тук хипотези.

По отношение на бъдещи промени, според мен те са нужни основно при режима на КД и следва да са насочени към създаване на повече и по-ясни правила в отношенията между ограничено отговорните съдружници, така че съхранявайки персоналния характер на дружеството те да придобият положение, сходно на съдружниците в ООД. С оглед насърчаване на използването на АИФ и от частни инвеститори ще е полезно да бъде уеднаквено данъчното им третиране с това на АИФ, финансирани по европейски програми.

ЛИТЕРАТУРА

Антонова, Анета. Събирателно дружество. София: Сиби, 2004.

Антонова, Анета. Ликвидация на търговски дружества. София: Сиела, 2009.

Бузева, Таня. Увеличаване на капитала на акционерно дружество. София: Сиби, 2018.

Герджиков, Огнян, **Калайджиев** Ангел, **Касабова** Камелия, **Бузева** Таня, **Кацарски** Александър, Коментар на Търговския закон. Кн. 1, чл. 1–112, 2. осн. прераб. изд., София: Софи-Р, 2007.

Голева, Поля. Търговско право. Кн. 1., 3. изд., София: Фенея, 2001.

Голева, Поля. Търговско право. Кн. 1., 4. доп. и прераб. изд. София: Фенея, 2009.

Диков, Любен. Търговско право. София: Печатница Балкан, 1925.

Димитров, Николай. Взаимовръзка между съвременната дейност на фондовете за дялови инвестиции и пазара за сливания и придобивания в Централна и Източна Европа и България. Научни трудове на УНСС, Том 2/2013, Издателски комплекс УНСС.

Джидров, Петър. Коментар на търговския закон. Т. 2, София: Държ. печ., 1910.

Иванов, Момчил. Модели на управление на командитно дружество. Търговско и конкурентно право, 2018, №9.

Калайджиев, Ангел. Търговски дружества. Персонални дружества. Дружество с ограничена отговорност. София: Сиби, 2014.

Калайджиев, Ангел. Акционерно дружество. София: Сиби, 2019.

Кацаров, Константин. Систематичен курс по българско търговско право. 2. изд., София: Придв. печ., 1939.

Русчев Иван. Проблемът за органовата структура при персоналните търговски дружества. Търговско и конкурентно право, 2011, №12.

Стефанов, Георги. Търговско дружествено право. Велико Търново: Абагар, 2014.

Таджер, Витали, **Герджиков,** Огнян, **Стефанов,** Георги, **Касабова,** Камелия, **Бузева**, Таня. Капиталови търговски дружества, Осн. прераб. и доп. изд., София: ИК Труд и право, 2011.
Токушев, Виктор. Дружества със специална инвестиционна цел. София: Сиби, 2012.

EVCA (2012). The little book of private equity.
Expert Group, Report. Removing tax obstacles to cross-border Venture Capital Investments. European Commission, 2007.
Fabozzi, Frank J. The handbook of financial instruments, 2002.
Gilson, Ronald J. and Black, Bernard S. Venture Capital and the Structure of Capital Markets: Banks Versus Stock Markets (November 1997). Journal of Financial Economics, Vol. 47, pp. 243–277, 1998. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=46909 .
Kenney, Martin. Venture Capital in Silicon Valley: Fueling New Firm Formation (2000).
Kenney, Martin. How Venture Capital Became a Component of the U.S. National System of Innovation (May 2011). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1847203 .
Sahlman, William. The Structure and Governance of Venture-Capital Organizations (1990). Journal of Financial Economics, Vol. 27, Issue 2, p. 473–521 1990. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1505891 .

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – май 2020 г.
Рецензенти – проф. дюн Ангел Калайджиев
доц. д-р Анета Антонова

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

ПРЕХВЪРЛЯНЕТО НА ВЗЕМАНИЯ И КЛАУЗИТЕ ЗА НЕПРЕХВЪРЛИМОСТ НА БЛАГА В РИМСКОТО ЧАСТНО ПРАВО

ДИМИТЪР СТОЯНОВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Настоящата статия критично обсъжда прехвърлимостта на вземания в римското частно право, за да установи дали то познава уговорката за непрехвърлимост на вземанията (“*pactum de non cedendo*”). Съмнението, че подобна клауза отсъства в римското право, произтича най-вече от началната непрехвърлимост на вземанията и отпоследващото развитие на редица правни способи, с които се търси отклонение от това положение. “*Novatio*” и “*procuratio in rem suam*” са институти на римското частно право, чрез които се постига икономически резултат, сходен с този на прехвърлянето на вземане. Статията също така разглежда и възприемането на “*denuntiatio*” като правен способ, предназначен да улесни и да защити новия кредитор. Както показва историческото развитие, римляните не уреждат самостоятелна клауза за непрехвърлимост на вземането. Подобен институт не е бил нужен, най-вече поради наличието на законодателни разрешения през 6-ти век сл. Хр., които предоставят значителна правна защита на интересите на длъжника. Независимо от това, римското право познава и прилага

* Главен асистент по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св Климент Охридски“. Доктор по право.

* Senior Assistant Professor in Civil and Family Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

Настоящата публикация е подготвена с финансовата подкрепа на Националната програма „Млади учени и постдокторанти“ на Министерството на образованието и науката, за което авторът изразява своята признателност.

клаузи, ограничаващи или забраняващи разпореждането с блага. Настоящата статия се стреми да ги представи систамтично и да обсъди критично различните становища относно "*pactum de non alienando*" в римските извори, изразени от страна на представители на Школата на естественото право и от Пандектисти. Извършеният поглед позволява да се установи и влиянието на трудовете на тези автори при последващото теоретично обяснение на *pactum de non cedendo*.

Ключови думи: договорна забрана за прехвърляне; pactum de non cedendo, римско право, Corpus Iuris Civilis.

TRANSFERABILITY OF RECEIVABLES AND THE CONTRACTUAL PROHIBITION ON ASSIGNMENT IN ROMAN PRIVATE LAW

DIMITAR STOYANOV*
Civil Law Sciences Chair

Abstract: The following article puts to critical discussion the transferability of receivables in Roman Private Law in order to establish whether the Romans developed a separate contractual prohibition on assignment ("*pactum de non cedendo*"). Doubts about the very existence of such a clause may be attributed to the initial intrasnferability and the subsequent development of several means to circumvent this rigid concept. "*Novatio*" and "*procuratio in rem suam*" are institutes, used to achieve an economic result, somewhat similar to the outright transfer of a receivable. The article also notes the adoption of "*denuntiatio*" as a practice, used to facilitate the new creditor of the claim. As the historical overview clearly lets to reveal, the Romans never adopted a clause prohibiting or limiting the assignment. Such a concept was largely not needed, mainly because of the legislative acts introduced in the VI Century AD, that brought about a high level of legal security for the debtor. However, clauses prohibiting or limiting the transfer of objects were widespread in Roman law. The article aims to present them in a systematic way and to put to critical discussion the interpretation of "*pactum de non alienando*" in Roman sources by scholars of the School of Natural Law and by Pandectists. This overview allows to establish a link between their work and the subsequent explanation of *pactum de non cedendo*.

Keywords: contractual prohibition on alienation; pactum de non cedendo, Roman Law, Corpus Iuris Civilis.

Няколко предварителни думи.

Идеята за ограничаване или изключване на прехвърлимостта на едно вземане по силата на постигната между страните уговорка е чужда на римското право през всички етапи от неговото развитие. Причината за това обстоятелство може да се потърси най-вече в разбирането на римските юристи, че об-

лигационното отношение има строго личен характер и предпоставя личната обвързаност на длъжника към определен кредитор. Дълго време в римското право прехвърлянето на права, произтичащи от стипулация, е възможно поначало по силата на наследствено правоприемство, както посочва Улпиан в текста на Dig. 7.1.25.2[1]. Свидетелство в подкрепа на възприетото разбиране, че вземанията не подлежат на прехвърляне между живи, може да се открие даже и към края на II в. сл. Хр., в Институциите на Гай. Съгласно II, 38 от своите Институции, по повод прехвърлянето на вземания, Гай приема следното: „*Вземанията, по какъвто и начин да са възникнали, не могат да бъдат прехвърляни. Поради това, ако аз искам да ти прехвърля своето вземане срещу трето лице, никой от способите, чрез които се прехвърлят телесни вещи, не може да се прилага; необходимо е по мое нареждане длъжникът да се обвърже спрямо теб чрез стипулация, като така той се освободи от задължението си към мен и се задължи спрямо теб; тази промяна се нарича новация*“[2].

I. Развитието на способите за промяна на кредитора на вземането в римското право

1. Novatio

Същевременно обаче, с развитието на римския граждански и търговски оборот, се поражда и необходимостта титулярят на вземането все пак да може да се променя и чрез акт между живи[3]. Както е видно и от правилото на II, 38 от Институциите, тъкмо тази потребност води до приспособяване на института *novatio* за постигане на сходен с договора за цесия правен резултат, изразяващ се в това длъжникът да изпълни задължението си на лице, различно от първоначалния кредитор.

---

[1] В оригинал Dig. 7.1.25.2 гласи: „Non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire nisi ad heredem“ .

[2] На латински език правилото на II, 38 от Институциите на Гай е: Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur nouatio obligationis.

[3] В този смисъл вж. **Жирар**, Пол Фредерик. История и система на римското право. Ч. 2. Облигационно право. София: Изд. на Соф. Унив., 1915, с. 1050. Авторът изброява различни житейски ситуации, при които римският граждански и търговски оборот се нуждае от признаване на възможността за прехвърляне на вземания. Такива са например прехвърлянето на вземане като зестра, даване на паричен заем, сключен чрез прехвърляне на вземане вместо чрез предоставяне на пари в наличност, или най-сетне, преодоляване на временни финансови затруднения чрез прехвърляне на неизискуемо парично вземане.

При тази разновидност на *novatio*, кредиторът натоварва длъжника си да се задължи спрямо друго лице, а именно спрямо новия кредитор. По същество, смяната на лицата се осъществява чрез активна съвършена делегация[4], при която кредиторът (делегантът) нарежда на своя длъжник (делегат) да се задължи към ново лице (делегатар). В случай че длъжникът се съгласи, се извършва и *novatio*, като старото задължение се погасява и вместо него възниква ново задължение, с нов кредитор. Независимо че правните последици на *novatio* в известна степен съвпадат с тези на договора за цесия, налице са съществени различия между двата института. В отлика от цесията, постигането на целения резултат при *novatio* зависи изцяло от изричното съгласие на длъжника. В случай че той откаже да се задължи към новия кредитор, то *novatio* не може да настъпи, съответно длъжникът продължава да бъде обвързан единствено спрямо първоначалния кредитор. Наред с това, сравнението между правните последици на договора за цесия и на *novatio* разкрива, че новият кредитор е поставен в по-лошо положение в сравнение с първоначалния кредитор. Погасителното действие на *novatio* по отношение на старото задължение обхваща и учредените обезпечения. Лицата, учредили лично или реално обезпечение по старото задължение, се освобождават и новото задължение възниква като необезпечено. Също така, *novatio* води и до заличаване на правните последици от евентуална забава на длъжника по старото задължение, доколкото на негово място възниква ново задължение с нов падеж. Новият кредитор не може да се ползва от забавата на длъжника по старото задължение и да претендира мораторна лихва. От друга страна обаче, при новиране на задължението длъжникът не може да противопоставя на новия кредитор възраженията, които е имал срещу предишния кредитор, освен ако те не произтичат от факти, които обуславят нищожност или липса на старото задължение[5]. В този смисъл, независимо от крайния резултат, а именно извършената смяна на активната страна по правоотношението, не е налице прехвърляне на вземане, а единствено погасяване на старото задължение и възникване на ново на негово място[6].

---

[4] Така изрично **Kaser**, Max. Roman Private Law, 4th ed., A translation by Rolf Dannenbring. Pretoria: University of South Aftica, 1984, p. 271. В същия смисъл вж. и **Покровский**, Иосиф. История римского права. Москва: Статут, 2014, с. 453.

[5] Така **Жирар**, Пол Фредерик. История и система на римското право. Ч. 2. Облигационно право, цит.съч., с. 1052. Същото разрешение е възприето и в съвременното право, вж. по-подробно **Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част. 7. прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2016, с. 581.

[6] Вж. **Базанов**, Иван. Курс по римско право. Т. I, София: Унив. печ., 1940, с. 392.

2. Procuratio in rem suam

С цел да се преодолеят несъвършенствата на *novatio* като способ за смяна на кредитора, в по-късно време се появява институтът *cognitor* – представител, който се назначава от кредитора чрез тържествена формула, произнесена пред претора в присъствието на ответника. Тази фигура също е приспособена за постигане на замяна на кредитора по вземането. При съставяне на формулата, името на кредитора се посочва в *intentio*, в частта относно искането, а в частта относно осъждането (*condemnatio*)[7], се посочва името на *cognitor*-а[8].

По-късно, с въвеждането на формуларния процес, се допуска отклонение от правилото, изразено в Dig. 50.17.123, а именно, че никой не може да действа от чуждо име в легисакционния процес[9]. Това от своя страна позволява на римските юристи да създадат института на *procuratio in rem suam*. За да извърши смяна на титуляря на вземането, кредиторът най-напред овластява лицето, на което прехвърля вземането, да бъде негов *procurator in rem sam* (пълномощник в своя полза). Това лице е овластено да предяви иск срещу длъжника и да задържи полученото за себе си, вместо да го предаде на принципала.

При *procuratio in rem suam* са отстранени основните недостатъци на *novatio*. За да произведе действие договорът за мандат, не е необходимо волеизявление, още по-малко пък съгласие, от страна на длъжника. Също така, овластяването на едно лице да предяви иск срещу длъжника не влияе върху съществуването на самото вземане, като това позволява и запазване на учредените обезпечения. От материалноправна гледна точка, при *novatio* действително се стига до замяна на титуляря, макар и да възниква ново субективно право. При *procuratio in rem suam*, от друга страна, промяна на кредитора по същество не настъпва[10]. Спрямо всички трети лица, както и спрямо длъжника, титуляр на вземането продължава да бъде първоначалният кредитор. Що се отнася до вътрешните отношения, не може да се приеме, че вземането действително е прехвърлено, доколкото *procurator*-ът единствено полага грижи за чужда дейност по силата на мандат от своя принципал, както гласи определението, дадено от Улпиан в Dig. 3.3.1[11]. Налице е единствено уговорка между страните, по силата на която *procurator*-ът има право да задържи полученото.

---

[7] По-подробно за съдържанието на формулата във формуларния процес вж. **Sohm**, Rudolf. The Institutes. A Textbook on the History and System of Roman Private Law, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1907, p. 257.

[8] Така **Новицкий**, Иван, Иван **Перетерский**. Римское частное право. Москва: Кнорус, 2014, с. 342.

[9] Така **Новицкий**, Иван, Иван **Перетерский**. Римское частное право, цит.съч., с. 343. В оригинал правилото на Dig. 50.17.123 гласи: Nemo alieno nomine lege agere potest.

[10] Така **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 272.

[11] Вж. Dig. 3.3.1 – Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. Преводът на този текст, както и всички други преводи на Дигестите в настоящия труд, освен ако

Както е видно, за да е налице *procuratio in rem suam,* страните следва да са сключили договор за поръчка. Някои автори са склонни да открият *differentia specifica*, като приемат, че в настоящия случай договорът защитава преди всичко интересите на *procurator*-а, а не на принципала, доколкото липсва задължение за отчитане. Наред с това, те посочват, че поради особеностите си тази разновидност на мандата следва да се назовава цесия (*cedere actionem; mandare, praestare actionem*), но признават, че сключеният договор не е достатъчен, за да доведе до промяна на титуляря на вземането[12].

Независимо от това как ще бъде назован, няма съмнение, че сключеният договор между кредитора и третото лице разкрива всички правни белези на договора за мандат[13]. Съдържанието на този вид договори не включва в съдържанието си възможността за прехвърляне на блага; по силата на мандат се възлага единствено извършването на определени правни действия в интерес на принципала, тъй като последният не иска или не може да се грижи за своите работи. Последното, съгласно изложеното от Улпиан в Dig. 3.3.1.2, включва и възможността да се предявяват искове от името на принципала и да се отговаря по предявени искове срещу принципала, какъвто е и настоящият случай.

Сключеният договор обуславя процесуалната легитимация на *procurator*-а да предяви от свое име иск срещу чужд длъжник, да събере сумата и, вместо да я предаде на принципала, да я задържи за себе си, поради наличието на изрична уговорка в този смисъл с кредитора[14]. Това обстоятелство се потвърждава и

друго изрично не е посочено, е цитиран по The Digest of Justinian. Translation edited by Alan Watson, vol. 1, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, p. 86.

[12] Така изрично **Базанов**, Иван. Курс по римско право, цит.съч., с. 393.

[13] Може би тъкмо това обстоятелство дава основание на някои автори да не обсъждат отделно въпроса за способите за прехвърляне на вземания по римското право, а да го разглеждат като попадащ в приложното поле на договора за поръчка. Този подход е възприет от **Buckland**, William. A Text-Book on Roman Law. From Augustus to Justinian. Cambridge University Press, 1921, p. 518. Това виждане е възприето и от някои представители на френската правна доктрина, вж. **Macqueron**, Jean. Histoire des Obligations. Le Droit Romain, Aix-en-Provence, 1971, p. 394.

[14] На това различие обръща внимание и **Macqueron**, Jean. Histoire des Obligations, op.cit., p. 394. Заслужава да се отбележи, че съдържанието на *procuratio in rem suam* провокира оживени дискусии още през I век сл. Хр. сред някои по-консервативно настроени юрисконсулти. Поставя се въпросът дали изобщо договорът за поръчка следва преимуществено да защитава правните интереси на мандатаря, а не на манданта, доколкото в съдържанието на *procuratio in rem suam* отсъства задължение за предаване на полученото. В тази връзка J. Macqueron отбелязва, че поради „практическа полезност“ институтът продължава да се прилага в този си вид. Струва ми се обаче, че и в настоящия случай договорът защитава и правните интереси на манданта, доколкото основната му цел е да овласти мандатаря да предяви иск срещу длъжника за събиране на задължението на принципала. Обстоятелството, че във вътрешните отношения между страните отсъства задължение за отчитане, не влияе върху крайния резултат, а именно длъжникът да е осъден да заплати

от названието на института, доколкото понятието *procuratio in rem suam* може да се преведе приблизително като „представителство в своя (собствена) полза“ [15]. От гледна точка на материалното право, ищецът действа при условията на мандат, а не като титуляр на самостоятелно вземане[16].

Въз основа на така изложеното, ми се струва, че с учредяването на *procuratio in rem suam* замяна на кредитора не настъпва. Независимо че в *condemnatio* се посочва името на *procurator*-а и длъжникът изпълнява тъкмо на него, изпълнението всъщност е в полза на първоначалния кредитор. За *procurator*-а възниква задължение да се отчете на своя принципал и да му предаде полученото от длъжника. Всъщност, за да постигне икономически резултат, който наподобява на договор за цесия, кредиторът освобождава *procurator*-а от задължението да му предаде получената парична сума и последният има право да я задържи за себе си. Независимо че по същество паричната сума, която длъжникът заплаща, е една, тя е обект на две различни правоотношения, с различаващи се страни. Изпълнението от длъжника на *procurator*-а освобождава длъжника и погасява задължението му към кредитора. Същевременно, възниква ново правоотношение с оглед същата парична сума между принципала и *procurator*-а, по силата на което последният е длъжен да се отчете и да предаде полученото. Тъкмо тук се проявява и изключението от общите правила на мандата. Поначало, кредиторът може да предяви *actio mandati* и да иска предаване на сумата. В конкретния случай обаче, принципалът освобождава *procurator*-а от собственото му произтичащо от договора за мандат задължение да предаде полученото от длъжника, като по този начин се постига и резултат, наподобяващ договора за цесия.

Независимо че основните недостатъци на *novatio* са отстранени чрез *procuratio in rem suam*, правното положение на новия кредитор не е значително подобрено[17]. Това се дължи най-вече на обстоятелството, че уговорката, по силата на която *procurator*-ът може да задържи полученото и по същество да се постигне правния резултат на договора за цесия, поражда действие само

задължението си. Тъкмо обратното, чрез липсата на задължение за мандаратя да се отчете, се постигат в някаква степен онези икономически и правни последици, присъщи на договора за цесия, доколкото *procurator*-ът получава изпълнение от длъжника и го задържа за себе си. Все пак, доколкото *procuratio in rem suam* трайно се възприема в практиката като възможен модел за смяна на кредитора, съмненията, изказани от страна на юрисконсултите, следва да се считат за преодолени.

[15] Преводът е цитиран по **Новицкий**, Иван, Иван **Перетерский**. Римское частное право, цит.съч., с. 343.

[16] В този смисъл вж. **Санфилиппо**, Чезаре. Курс римского частного права. Пер. с итальянского, Москва: Изд. БЕК, 2002, с. 217.

[17] В този дух се изказва **Macqueron**, Jean. Histoire des Obligations, op.cit., p. 394, който посочва, че независимо от значителните предимства на procuratio in rem suam, procurator-ът е само мандатар на кредитора и за него това положение създава „*опасност*“.

между страните по договора за мандат. За да настъпи този правен резултат, правоотношението между принципал (*dominus litis*) и *procurator* е изменено така, че липсва задължение за *procurator*-а да се отчете на принципала и да му предаде полученото от длъжника. Спрямо всички трети лица обаче, включително и спрямо самия длъжник, вземането не е променило титуляря си. В случай че *procurator*-ът не предяви иск срещу длъжника, принципалът може да оттегли овластяването си или на свой ред да осъди длъжника и да получи изпълнение направо от него[18]. Дори и първоначалният кредитор да не предяви иск, в случай че длъжникът междувременно изпълни на първоначалния кредитор, то изпълнението му е валидно и новият кредитор няма как да се защити. Само първоначалният кредитор може да освободи длъжника от задължението му, като за новия кредитор такова правомощие отсъства. Също така, новият кредитор не може да се противопостави срещу така извършеното освобождаване на длъжника, тъй като спрямо всички той действа единствено като процесуален представител, а не като титуляр на самостоятелно вземане. Доколкото *mandatum* поначало е договор с оглед личността, то смъртта на която и да е от страните по него води до отпадането му, съответно отпада и процесуалната легитимация на *procurator*-а в настоящия случай[19]. За да може да получи изпълнение на прехвърленото му вземане, *procurator*-ът трябва да предяви иск и да е извършен *litis contestatio*, по силата на което длъжникът се осъжда да плати дължимото на лицето, посочено в *condemnatio*, т.е. на *procurator*-а[20].

Тези обстоятелства дават и основание на правната доктрина да определи *procuratio in rem suam* като сурогат на цесията, доколкото кредиторът всъщност не се разпорежда *inter vivos* със своето вземане в полза на друго лице, а единствено овластява това лице да предяви иск за вземането[21].

3. Засилване на правната защита на новия кредитор

3.1. *Стипулация, сключена между стария и новия кредитор*

Съществуващата несигурност относно правното положение на *procurator*-а до настъпване на *litis contestatio* води и до въвеждането на нови правни способи, чрез които да се преодолее това незадоволително състояние. Още в начал-

[18] Вж. в този смисъл **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 272.

[19] Така **Стругков**, Вадим. О закладѣ долговых требованій. 2. изд. Санкт– Петербург: Типо-Литогр. Р. Голике, 1891, с. 88.

[20] По-подробно за тази хипотеза вж. **Стругков**, Вадим. О закладѣ долговых требованій, цит.съч., с. 91, който посочва, че с извършването на *litis contestatio*, третото лице става кредитор (авторът го назовава „собственик на вземането“), но неговото правно качество произтича от юридически факт на римския процес, а не по силата на съглашение с предишния кредитор.

[21] Така изрично **Базанов**, Иван. Курс по римско право. Т. 1, цит.съч., с. 393.

ния етап от развитие на *procuratio in rem suam* съществува възможност между принципала и мандатаря да се сключи стипулация, по силата на която първоначалният кредитор обещава на *procurator*-а да му прехвърли всичко, което е получил от длъжника, в случай че последният плати на него, както и че ще носи отговорност при неизпълнение на това задължение. Свидетелство за допустимостта на подобна уговорка се открива първоначално в Институциите на Гай (II в. сл. Хр.), в правилата относно продажбата на наследство[22].

3.2. *Actio utilis*

Следващата стъпка, която води до значително подобрение на правното положение на *procurator*-а, е предприета приблизително по времето, когато са съставени Институциите на Гай. При управлението на император Антоний Пий (138–161 г. сл. Хр.) с рескрипт се признава възможността *procurator*-ът да предяви иск срещу длъжника за паричното вземане, без да е необходимо изрично овластяване за това действие от страна на *dominus litis*. Целта на този иск, *actio utilis*, е да стабилизира положението на новия кредитор и да го защити срещу евентуално прекратяване на договора за мандат поради смъртта на някоя от страните по договора, преди да е настъпил *litis contestatio*[23]. Това положение е потвърдено по-късно, по времето на император Диоклециан (284–305 г. сл. Хр.)[24]. Постепенно, приложното поле на този иск се разширява, като обхваща и хипотези, при които изобщо отсъства *procuratio in rem suam*[25].

Струва ми се, че и на този етап, римското право все още не признава напълно прехвърлянето на вземания. По-скоро, *actio utilis* представлява разрешение, наложено по изцяло практически съображения, а именно създаване на правен способ, чрез който да бъде предоставена адекватна правна защита на новия кредитор. Независимо че римското право през IV в. като че ли е преодоляло разбирането за непрехвърлимостта на вземането, все още ми се струва недотам прецизно да се твърди, че придобиващият вземането направо замест-

---

[22] Вж. II, 252 от Институциите на Гай, където изрично е уредена допустимостта и съдържанието на тази стипулация.

[23] Вж. в този смисъл **Zimmermann**, Reinhard. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, Wetton, Johannesburg: Juta & Co Ltd, 1990, p. 62, както и **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 272.

[24] Вж. текста на C. 4.39.8, който гласи: Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratori facto vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

[25] С течение на времето, *actio utilis* се признава и в полза на новия кредитор на вземане при продажбата на наследство (Dig. 2.14.16), а по-късно и при прехвърляне на вземане като зестра (C.4.10.2), при завет на вземане (C.6.37.18), както и при прехвърляне на вземане *in solutum* (C.4.15.5). Най-сетне, по времето на император Юстиниан (527 г. – 565 г. сл. Хр.) се признава *actio utilis* и в полза на лицето, комуто безвъзмездно е прехвърлено вземане. Вж. по-подробно тези хипотези у **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 272.

ва първоначалния кредитор и се ползва със същото ниво на правна защита. За да получи изпълнение по прехвърленото му вземане, новият кредитор трябва да предяви съответния иск, *actio utilis*. Макар и по същество това да отговаря на крайния икономически резултат, а именно вземането да бъде изпълнено на лице, различно от първоначалния кредитор, не може да има съмнение, че в настоящия случай на това лице е признато само правото да се обърне към съда с искане за изпълнение на задължението, но не и самостоятелна материалноправна легитимация като кредитор.

Възможен аргумент срещу така изложеното разбиране може да се потърси в обстоятелството, че римските юристи не познават категоричното разграничение между материално гражданско право и граждански процес, характерно за модерните правни системи. В този смисъл, може да се възрази, че липсата на определено материалноправно качество у новия кредитор не е достатъчно убедителен аргумент, при положение, че то е непознато на римското право изобщо. В тази връзка обаче ми се струва удачно да се обърне внимание на обстоятелството, че според римската юридическа мисъл понятието *actio* е *sui generis*. Погледнато през призмата на съвременното частно право, *actio* обхваща два елемента – самото материално право, както и искането за правна защита[26]. При него материалноправните елементи от фактическия състав на субективното право, както и правните му последици се сливат в едно цяло с публичната процедура за удовлетворяването на ищеца[27]. Налице е институт, носещ едновременно белезите и на материалното, и на процесуалното право[28]. Тъкмо в този дух е и елегантната дефиниция на *actio*, дадена от Целз

---

[26] Вж. **Андреев**, Михаил. Римско частно право. 5. прераб. и доп. изд., София: Наука и изкуство, 1975, с. 90–91.

[27] Така определя понятието *actio* проф. Казер, вж. **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 390. – „*Accordingly, the Romans regarded any actio as a separate entity in which the private law requirements and consequences were conceived together with the procedure that served its enforcement by litigation*“.

[28] В този дух са и определенията на понятието *actio* в римскоправната литература. Вж. например **Дюнан**, Жан-Филип, Паскал **Пишона**. Римско право. Речник на основните термини. 2. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2010, с. 29, където *actio* е определен като „*процесуално средство, позволяващо на страните да водят съдебен спор. В римското право се схваща предимно в материалноправен, отколкото в процесуален аспект. Така понятието за иск се асимилира от самото материално право. Двете значения са взаимно заменяеми в класическото римско право*“. В този еклектичен смисъл е и определението на *actio*, поместено в **Lieberwirth**, Rolf. Latein im Recht. Berlin: Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1988, p. 11 – „*Handlung; Anspruch; Klage; Klagerecht*“, т.е. действие, претенция, иск, право на иск. Подобен подход е възприет и от отделни представители на модерната римскоправна доктрина, така **Honsell**, Heinrich. Römisches Recht. Heidelberg: Springer, 2015, p. 83, който също забелязва тази особеност. От една страна, той приема, че *obligatio* е равносилно на *actio*, а няколко изречения след това изрично посочва, че *actio* е средство за упражняване на едно субективно право, като римляните не правят

в Dig. 44.7.51[29] – акцията не е нищо друго, освен правото да се търси чрез съд онова, което ми се дължи. От това може да се направи заключението, че на този етап уговорката, насочена към замяна на кредитора по едно вземане, сама по себе си не поражда други правни последици, различни от това да овласти лицето да предяви *actio utilis.* Това обстоятелство обаче не придава на ищеца правното качество „кредитор“ със съдържанието и обема, признати на първоначалния кредитор спрямо длъжника и третите лица.

В опит да обоснове наличието на договор за цесия дори и през този относително ранен етап, най-новата правна доктрина предлага да се преосмисли понятието *actio utilis*, като приема, че през първите две столетия понятието *actio* започва да се изменя, като започва да му се придава отчетливо материалноправно значение[30]. Струва ми се, че това разбиране не може да бъде подкрепено. В случай че новият кредитор не упражни предоставеното му право чрез упражняване на иска, за него не съществува друг правен способ, чрез който да се обърне към длъжника и да поиска изпълнение. От друга страна, *actio directa* на първоначалния кредитор не отпада до извършването на *litis contestatio* и, в случай че длъжникът не е узнал за цесията, не може да възрази чрез *exceptio doli* срещу кредитора, че вече е извършил плащане.

3.3. *Denuntiatio*

Последното средство, което води до значително подобрение в правното положение на новия кредитор, е *denuntiatio*, а именно отправянето на уведомление до длъжника относно настъпилата смяна на кредитора. След като извърши *denuntiatio,* той да може да претендира вземането направо от длъж-

---

разлика между материално право и процесуално право. Това разделение, както отбелязва авторът, е присъщо и наложено от школата на Пандектистите.

[29] В оригинал: Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

[30] В този дух вж. **Kämper**, Lukas. Forderungsbegriff und Zession. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 11. Заслужава да се отбележи, че авторът се позовава на Zimmermann, R. The Law of Obligations, op.cit., който на свой ред търси опора за това разбиране в трудовете на *Simon van Groenewegen* (1613–1652), холандски учен, коментатор на Хуго Гроций и представител на Школата на естественото право. Струва ми се, че за трудовете на представителите на тази школа по-скоро е характерен новият поглед върху традиционните римски правни понятия, в опит да се потърси юридическо обяснение и квалификация на развилите през XVI и XVII век обществени отношения. Поради това, представителите на тази школа често обясняват въвеждането на нови понятия чрез съществуващи текстове в римското право, или приспособяват институтите на римското право към новите обществено-икономически потребности. Трудно може да се приеме, че техните трудове разкриват „автентичния дух“ и действителния смисъл на римскоправните разрешения. Поради това, с оглед конкретния случай ми се струва, че това обстоятелство може най-много да доведе до преосмисляне на възникването на разбирането за *Anspruch* като за плод на германската пандектна мисъл, традиционно свързван с труда на Bernhard Windscheid – Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf: Budeus, 1856.

ника дори и преди извършването на *litis contestatio*. Приема се, че тя възниква в следкласическото римско право[31]. Чрез въвеждането на *denuntiatio* в най-голяма степен римското право се доближава до съвременните позитивноправни разрешения относно цесията[32]. След като длъжникът е уведомен относно настъпилата смяна, той не може да се освободи от задължението си, като изпълни на първоначалния кредитор. В този смисъл, легитимацията на новия кредитор вече не зависи от предявяването на *actio utilis*, а единствено от това да изпрати уведомление до длъжника. Заслужава да се отбележи, че първоначалното приложно поле на практиката да се уведомява длъжникът относно настъпването на промяна в кредитора обхваща единствено случай на залог на вземане[33], като длъжникът учредява в полза на кредитора си заложно право върху свое вземане срещу трето лице. В случай че длъжникът не плати, след извършване на *denuntiatio* вземането се прехвърля на кредитора, който е овластен да предяви иск срещу третото лице – длъжник на неговия длъжник[34]. Впоследствие, *denuntiatio* започва да се прилага спрямо всички случаи, при които страните се домогват да прехвърлят едно вземане.

Дори и модерната правна доктрина отбелязва, че са налице множество неясноти, свързани с приложението на *denuntiatio*, най-вече относно правните му последици[35]. Някои автори като че ли са по-склонни да приемат, че *denuntiatio* представлява нов и самостоятелен способ за защита на правото

---

[31] В този смисъл **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit, p. 272, както и **Базанов**, Иван. Курс по римско право, Т. 1, цит.съч., с. 394, който изрично отбелязва, че *denuntiatio* се приписва на император Гордиан, но посочва, че текстът на C 8.41.3 може да е интерполиран и не изключва правилото да е възникнало, по подобие на *procuratio in rem suam*, под влияние на практиката. Някои автори приемат, че *denuntiatio* се е появило в земите на Източната Римска империя, като по този начин имплицитно търсят началото му през края на IV и началото на V в. сл. Хр., така **Zimmermann**, Reinhard. The Law of Obligations, op.cit., p. 63.

[32] В този смисъл **Zimmermann**, Reinhard. The Law of Obligations, op.cit., p. 63.

[33] Така изрично **Новицкий**, Иван, Иван **Перетерский**. Римское частное право, цит. съч., с. 348.

[34] Това правило е закрепено в Юстиниановия Кодекс, а именно C. 8.16.4, така **Zimmermann**, Reinhard. The Law of Obligations, op.cit., p. 63. Следва да се посочи, че в някои източници се среща като C.8.17.4. В оригинал, правилото гласи: Imperator Alexander Severus. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. Quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet <A 225 PP. PRIDIG. K. MART. FUSCO ET DEXTRO CONSS.>

[35] Противоречията в доктрината са установени най-вече относно това дали *actio directa* на първоначалния кредитор отпада след уведомлението на длъжника и поражда ли сходни с *denuntiatio* правни последици обстоятелството, че длъжникът е узнал по друг начин за извършената смяна на кредитора, а не чрез уведомление. Вж. по-подробно **Zimmermann**, Reinhard. The Law of Obligations, op.cit., p. 63.

на новия кредитор, който води до изоставяне на съществуващите способи за смяна на длъжника, и, съответно, до отпадане на *actio utilis* като остарял и ненужен способ за защита на правата на новия кредитор[36]. Други представители на правната доктрина сякаш се обединяват около разбирането, че *denuntiatio* представлява следващ етап от процеса по предоставяне на пълна правна закрила на придобилия едно вземане, който се прилага наред с останалите, вече съществуващи правни способи[37].

4. Влиянието на ius offerendi и beneficium cedendarum actionum върху допустимостта за прехвърляне на вземания

Разгледаните дотук правни способи за смяната на кредитора на едно вземане намират приложение винаги, когато страните целят да постигнат този резултат, независимо от естеството на икономическите отношения помежду им. Нещо повече, обсъдените способи се прилагат без значение какви са конкретните мотиви на прехвърлителя на вземането, а именно дали чрез този акт той цели да извлече икономическа облага за себе си или желае да надари друго лице с прехвърленото благо.

Заслужава да се отбележи обаче, че още на относително ранен етап от своето развитие, римското частно право урежда правила, допускащи смяната на кредитора и тогава, когато тази смяна е обусловена от това да се предотврати засягане на правните интереси на новия кредитор. В обхвата на приложното поле на тези правила попадат случаи, при които солидарен длъжник или трето лице, обезпечило чуждо задължение със залог върху своя вещ, изпълни това отчасти или изцяло чуждо за него задължение. С изпълнението на това

---

[36] Така **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 272. В същия смисъл и **Санфилиппо**, Чезаре. Курс римского частного права, цит.съч., с. 218, който също приема, че възприемането на *denuntiatio* води до отпадане на *actio directa* и *actio utilis*.

[37] В този смисъл **Базанов**, Иван. Курс по римско право, цит.съч., с. 393–394, който изрично посочва, че еднакво правно действие с *denuntiatio* притежава и частичното плащане от страна на длъжника към новия кредитор. Авторът очевидно не приема разбирането за уведомлението като за единствения способ, с който новият кредитор може да се защити. В този смисъл е изказано и виждане в новата литература, вж. **Lokin**, Johannes, Frits **Brandsma**, Corjo **Jansen**. Roman-Frisian Law of the 17th and 18th century. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 95, които специално с оглед прехвърляне на вземанията по римското право приемат, че за лишаване на първоначалния кредитор от правото да предяви иск срещу длъжника, може да послужи всяко от следните три действия, а именно *denuntiatio*, настъпването на *litis contestatio*, както и частичното плащане от длъжника на новия кредитор. Вж. и **Новицкий**, Иван, Иван **Перетерский**. Римское частное право, цит.съч., с. 348, които разглеждат *denuntiatio* като „последната стъпка в развитието на института (бел.моя – на цесията)“, без обаче да приемат, че *actio utilis* отпада.

задължение третото лице се стреми преди всичко да подобри собственото си правно положение и да защити своите правни интереси[38].

В по-ново време, на основата на римскоправните текстове се утвърждава институтът на суброгацията, реципиран и в българското право. Заслужава да се изтъкне обаче, че съществува значителна разлика между понастоящем действащата обща правна уредба на суброгацията, при която встъпването в правата на удовлетворения кредитор настъпва *ipso iure*, със самия факт на изпълнението, и правилата на римското частно право. Фрагментите от *Corpus Iuris Civilis* разкриват, че подобно автоматично действие е по-скоро изключение и може да бъде открито най-вече при *ius offerendi*. Извън случаите на *ius offerendi* е необходимо правата да бъдат прехвърлени на лицето, което изпълнява чуждото задължение, с отделен договор между него и кредитора. Доколкото в този случай сред подлежащите на прехвърляне права може да попадне и самото вземане, отделното разглеждане на съответните фрагменти допринася да се хвърли светлина върху проблема за прехвърлянето на вземания в римското частно право.

4.1. *Ius offerendi*

Още от средата на II в. сл. Хр. римското право урежда предпоставките за упражняване на *ius offerendi*, а именно правото на последващ заложен кредитор да удовлетвори заложен кредитор от по-преден ред и да встъпи в неговото заложно право. В този случай, встъпването в правата на удовлетворения кредитор настъпва *ipso iure*, с факта на изпълнението на чуждото задължение.

Римските текстове разкриват наличието на две основни разновидности на *ius offerendi*[39]. Възможно е, на първо място, последващият заложен кредитор направо да плати чуждото задължение. Също така, *ius offerendi* е признато и на онова лице, което дава на длъжника назаем нужните му парични средства за изпълнение на задължението. Втората разновидност намира приложение най-вече тогава, когато третото лице не е на свой ред заложен кредитор, но за него съществува интерес да се суброгира в правата на кредитора. В последния случай обаче, за да възникне *ius offerendi* не е достатъчно задължението да бъде изпълнено, тъй като третото лице няма правното качество „заложен кредитор“. Поради това, при сключването на договора за заем, третото лице и

[38] Такъв е случаят, когато в полза на обезпечения със залог първи по ред кредитор е уговорено *ius distrahendi*, а именно правото да бъде продадена заложената вещ с цел удовлетворение на вземането. В случай че този кредитор не упражнява *ius distrahendi*, имуществените интереси на всеки последващ заложен кредитор ще бъдат засегнати. Вж. по-подробно **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор в римското и българското гражданско право. – Год. СУ. Юрид. фак., 33, 1938, с. 3–4.

[39] Така приема **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор в римското и българското гражданско право, цит.съч., с. 4.

кредиторът следва да се уговорят изрично, че заложното право на удовлетворения кредитор ще бъде прехвърлено[40].

В правната доктрина липсва единодушие по въпроса относно обема на правата, в които встъпва третото лице, упражнило *ius offerendi*. Някои по-стари автори са склонни да подкрепят разбирането, че в този случай изпълнилото чуждото задължение лице не само встъпва в заложното право на удовлетворения кредитор, но и придобива самото вземане. Според тях в случаите, когато третото лице изпълни чуждо задължение, е налице „необходима цесия“[41] и вземането, заедно с обезпечението, направо преминава у това трето лице.

Други представители на правната доктрина като че ли са по-склонни да подкрепят разбирането, че изпълнението на задължението изобщо няма прехвърлително действие. Според тях, упражняването на *ius offerendi* има за последица погасяване както на самото вземане, така и на учредените обезпечения. Същевременно, в полза на третото лице, изпълнило чуждото задължение, възниква ново заложно право, което е изцяло идентично с погасеното заложно право[42].

Най-сетне, изказано е и разбирането, че упражняването на *ius offerendi* води до приемство единствено по отношение на заложното право, но не и по отношение на вземането[43]. Тъкмо това виждане заслужава подкрепа. Основният аргумент в негова подкрепа може да се потърси в обстоятелството, че римските извори не разкриват като възможна последица от упражняването на *ius offerendi* прехвърлянето на самото вземане. От друга страна, налице са редица свидетелства, че е възможно обезпечителното право да бъде прехвърлено независимо от вземането, например Dig 27.9.7.6[44], както и C 8.17.1[45]. Тези фрагменти дават основание на някои автори да приемат, че към този етап

---

[40] По-подробно за тези две разновидности вж. **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор в римското и българското гражданско право, цит.съч., с. 5 и сл.

[41] Така **Mühlenbruch**, Christian. Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundlagen des Römischen Rechtes, Zweite Auflage, Greifswald, 1826, p. 455. Изразът, който авторът използва, е „*notwendige Cession*“. Заслужава да се отбележи обаче, че авторът не разграничава *ius offerendi* и *beneficium cedendarum actionum*, като направо приема, че правните последици от изпълнението на чуждото задължение винаги се изразяват в настъпването на „необходима цесия“. Критика на изразеното разбиране от страна на Mühlenbruch вж. у **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор в римското и българското гражданско право, цит. съч., с. 6–7, бел. под линия № 2.

[42] За това разбиране вж. **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор в римското и българското гражданско право, цит.съч., с. 6, бел. под линия № 2.

[43] Пак там, с. 7–9.

[44] „ … правото на първия ипотекарен кредитор преминава върху втория“.

[45] В текста се говори за случай, при който последващ заложен кредитор може да подобри своето правно положение, като изпълни задължението на длъжника спрямо заложен кредитор с предшестващ ред.

от своето развитие, римското правосъзнание не провежда докрай разбирането за акцесорния характер на обезпечителните права спрямо вземането[46].

Заслужава да се изтъкне, че така изразеното разбиране е възприето и в най-новата правна доктрина[47]. Авторите приемат, че упражняването на *ius offerendi* е предназначено преди всичко да подобри правното положение на последващия заложен кредитор, като чрез изпълнение на чуждото задължение в полза на първия по ред заложен кредитор, изпълнилият може да упражнява всички правомощия, произтичащи от заложното право, включително и срещу първия по ред заложен кредитор[48].

В обобщение може да се приеме, че *ius offerendi* е свързан с развитието на въпроса относно прехвърлимостта на правата изобщо в римското право. Макар и фрагментите относно *ius offerendi*, съдържащи се в римските извори, да не позволяват поддържането на догматичното обяснение на неговата правна същност като „необходима цесия“, не може да има съмнение, че този институт е свидетелство за развитието на римското право и по-специално за постепенното възприемане на възможността определени субективни права да сменят титуляря си чрез акт *inter vivos*.

4.2. *Beneficio cedendarum actionum*

Признатата възможност в случай на изпълнение на чуждо задължение определени субективни права да сменят титуляря си може да се открие и при друг свързан с *ius offerendi* институт на римското частно право, а именно *beneficio cedendarum actionum*.

Съдържанието му се изразява в това, че на изпълнилия чуждото задължение се признава правото да иска от първия кредитор прехвърлянето на правата, произтичащи от съответното правоотношение, а именно на вземането и на учредените с оглед на него обезпечения. В зависимост от това дали изпълнилото чуждото задължение трето лице има или няма правното качество соли-

---

[46] Така **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор в римското и българското гражданско право, цит.съч., с. 7.

[47] Така **Emunds**, Christian, Johann **Harke**. Das ius offerendi et succedendi de nachrangigen Pfandgläubigers. – In: Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts. Berlin/Heidelberg: Springer, 2015, p. 17–18.

[48] Ibid., p. 17 – „*Seine Zahlung wird nicht etwa als Klagenkauf behandelt, sondern als solutio. Als solche führt sie zum Erlöschen der persönlichen Forderung und nicht zu ihrem Übergang. Der Zweitgläubiger hat jetzt alle mit einem vollwertigen Pfandrecht verbundenen Befugnisse und damit auch diejenigen, die zunächst dem Erstgläubiger zustanden. Er kann die Pfandsache mit der actio Serviana von jedermann, und zwar jetzt auch vom Erstgläubiger, herausverlangen und zur Befriedigung seiner Forderung verkaufen.“*

дарен длъжник, някои представители на правната доктрина са склонни да разграничават две основни разновидности на *beneficium cedendarum actionum*[49].

В първия случай лице, което не е солидарно задължено, изпълнява чуждото задължение. Поначало, правната защита на това лице не е достатъчно интензивна, независимо от наличието на признатата му възможност да предяви регресен иск срещу длъжника, предвид това, че то упражнява едно ново субективно право, възникнало след изпълнение на чуждото задължение. Наред с това, погасителният ефект на изпълнението естествено води и до отпадане на учредените обезпечения. Така, с оглед регресното си вземане, третото лице е хирографарен кредитор, независимо че изпълненото задължение е било обезпечено. За да бъде преодоляна тази несправедливост, под влияние на гражданския оборот, римското право създава и *beneficium cedendarum actionum*, като овластява третото лице да иска от кредитора прехвърляне на чуждото вземане и учредените обезпеченителни права. Заслужава да се отбележи, че в унисон с други каузистични разрешения, римските юристи не разглеждат *beneficium cedendarum actionum* като единен институт[50]. Независимо от това, повечето представители на съвременната правна доктрина са склонни да подкрепят разбирането, че всички отделни хипотези са проявление на един общ принцип, който цели да избегне несправедливите разрешения[51].

Така, възможността да иска прехвърляне на самото вземане и на учредените обезпечения е призната на лицето, което е уговорило друго лице да кредитира длъжника и впоследствие е изпълнило това чуждо задължение[52] (Dig.

---

[49] Така **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит. съч., с. 13 и сл. Други автори обаче не провеждат подобно разграничение. По-скоро, те приемат, че с правото да упражнят beneficium cedendarum actionum разполагат както солидарни длъжници, така и лица, които нямат това правно качество. Вж. в този смисъл **Marasinghe**, M. L. An Historical Introduction to the Doctrine of Subrogation: The Early History of the Doctrine I. – In: Valparaiso University Law Review, Fall 1975, vol. 10, № 1, p. 51–52. Този подход е възприет и от представители на по-новата доктрина, така **von Koppenfels-Spies**, Katharina. Die cessio legis. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 39–40.

[50] В този смисъл **von Koppenfels-Spies**, Katharina. Die cessio legis, op.cit., p. 40 – „*Es gab auch kein allgemeines beneficium cedendarum actionum"*.

[51] Така изрично **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит.съч., с. 17.

[52] Вж. по-подробно за този случай **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит.съч., с. 15, където авторът назовава третото лице „мандатен поръчител".

46.1.13[53], както и Dig. 17.1.28[54]). Все в този дух, настойникът, който не е събрал вземането на своя пупил и е бил осъден да му плати обезщетение, може да иска прехвърляне на вземането на пупила[55]. С подобна възможност разполага и перачът на чужди дрехи, в случай че те бъдат откраднати[56]. Това лице може да иска от техния собственик да му прехвърли *condictio furtiva*. Прехвърлянето на вземане е признато и на депозитаря и комодатаря, които са платили обезщетение за изгубването на предадените им вещи[57]. Най-сетне, изворите разкриват, че *beneficium cedendarum actionum* е признато и на корабопритежателя, който е платил обезщетение за вредите, причинени на собственика на натоварените в кораба вещи[58].

В правната доктрина липсва единодушие относно конкретния правен способ, с който правата се прехвърлят от кредитора на третото лице, което изпълнява чуждото задължение. Всички се обединяват около разбирането, че

---

[53] Съгласно правилото, изразено в този фрагмент, ако по силата на мандат едно лице даде назаем на Тиций десет парични единици и впоследствие предяви actio mandati срещу манданта, длъжникът Тиций няма да се освободи, но мандантът ще бъде осъден, само ако му бъдат прехвърлени исковете на кредитора срещу Тиций. В оригинал: *Si mandatu meo Titio decem credideris et mecumi mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter comdemnari debebo, quam si actions, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris*.

[54] Текстът предвижда, че в трета книга на Quaestiones Папиниан е казал, че когато мандантът плати задължението на длъжника, това не освобождава длъжника, тъй като мандантът плаща за себе си, поради наличието на договор за поръчка; с оглед на това римският юрист е приел, че на манданта трябва да се цедират исковете срещу длъжника. В оригинал правилото гласи: *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actions putat adversus reum cedi debere*.

[55] „*...защото когато настойникът отговаря пред пупила, задето не е предявил иск срещу длъжника му, нито, като се започне дело с единия от двамата, другият се освобождава, нито, ако осъденият настойник плати, това нещо би ползвало длъжника: та и обикновено се казва, че трябва да се води actio tutelage contraria, за да му цедира пупилът исковете срещу длъжниците*“. Използвал съм превода на проф. Венедиков, поместен в **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит.съч., с. 17.

[56] „*Ако перач или кърпач изгуби дрехи и удовлетвори за това собственика, собственикът е длъжен да цедира виндикацията и кондикцията за тях*“. Използвал съм превода на проф. Венедиков, поместен в **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит.съч., с. 18.

[57] „*При actio depositi [или commodati], макар и вещта да не е на лице поради dolus на противника, практикува се да се помага на осъдения така, щото собственикът да му цедира исковете си*“. По повод на този фрагмент в доктрината се отбелязва, че в случая е налице по-скоро прехвърляне на собственически иск, отколкото на вземане. Вж. **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит.съч., с. 18–19, бел. под линия № 2.

[58] Вж. по-подробно **Венедиков**, П. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит.съч., с. 17–19.

този акт е *inter vivos* и правните последици настъпват по силата на договор, сключен между кредитора и третото лице преди последното да е изпълнило задължението[59]. Някои по-стари автори отбелязват по този повод, че желаният правен резултат се постига чрез *procuratio in rem suam*[60], като това виждане е възприето и в модерната правна доктрина[61]. С други думи, независимо че в обсъдените по-горе хипотези липсва същинско прехвърлително действие по отношение на самото вземане и на учредените обезпечения, римското право на практика допуска смяната на титуляря чрез познатия към този етап правен способ, а именно *procuratio in rem suam*.

В най-голяма степен допустимостта за прехвърляне на вземания при изпълнение на задължението от трето лице може да бъде откроена в случаите, когато *beneficium cedendarum actionum* се упражнява от солидарен длъжник. Както е известно, при солидарните задължения *litis contestatio*, извършено от страна на един от солидарните длъжници, води до освобождаване на останалите съдлъжници. В такъв случай, *beneficium cedendarum actionum* няма как да бъде упражнено, тъй като вземането е погасено. За да избегнат този несправедлив резултат и за да предоставят правна защита на интересите на изпълнилия солидарен длъжник, римските юристи утвърждават разбирането, че извършената от страна на лицето престация представлява не изпълнение на задължението, а всъщност е покупна цена, дължима при продажбата на вземането. Съгласно Dig. 46.1.36, *когато кредиторът има един длъжник и няколко поръчителя, получи изпълнение от един от поръчителите и му прехвърли исковете си, би могло да се твърди, че прехвърлянето на исковете е нищожно, доколкото кредиторът е удовлетворен и чрез изпълнението всички* (длъжникът и останалите поръчители – бел.моя) *са освободени; обаче това не е така, доколкото той не само е получил паричната сума като плащане на задължението, но и в определен смисъл е* <u>*продал вземането*</u> (подч.мое; продал на поръчителя – бел.моя) *и поради това той все още разполага с исковете и може да ги прехвърля*[62].

---

[59] С цел да повишат справедливостта в оборота, в отделни случаи римските юристи признават възможност за прехвърляне на правата и след изпълнение на задължението от страна на третото лице. За тях вж. по-подробно **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит.съч., с. 18.

[60] Така **Buckland**, William. A Text-Book of Roman Law. From Augustus to Justinian, Cambridge: At the University Press, 1921, p. 445.

[61] Вж. **Zimmermann**, Reinhard. The Law of Obligations, op.cit., p. 134.

[62] На латински език Dig. 46.1.36 гласи: Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actions, poterit quidem dici nullas iam esse, cum ssum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actions, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actions.

Сред авторите преобладава разбирането, че този фрагмент урежда фикция, изразяваща се в това, че и вземанията могат да бъдат обект на покупко-продажба[63]. Други представители на по-старата доктрина обаче като че ли не са склонни да се присъединят към така изразеното виждане и приемат, че в случая няма основание за определяне на правилото като фикция. Според тях, преценката относно съдържанието на правните последици е обусловена преди всичко от намерението на лицето, изпълнило чуждото задължение. Видно от изразеното в Dig. 46.1.36, при заплащане на парична сума, равна на размера на задължението на длъжника, третото лице няма намерение да погаси това задължение. То заплаща задължението не *solvendi causa*, а с намерение това вземане да продължи да съществува и впоследствие, по силата на уговорка с кредитора, да му бъде прехвърлено, заедно с обезпеченията и исковете[64].

Струва ми се, че разбирането, което не обяснява правилото на Dig. 46.1.36 като фикция, следва да бъде подкрепено. Обстоятелството, че римляните допускат при определени предпоставки третото лице да придобие вземането чрез договор за покупко-продажба, се потвърждава и от други фрагменти от Дигестите, например Dig. 46.3.76, съгласно който Модестин приема, че ако е уговорено преди изпълнението исковете да бъдат прехвърлени, платеното от страна на третото лице „*изглежда като да е*“ цената за прехвърляне на исковете[65]. В тази връзка заслужава да се отбележи, че още през XVII век някои холандски хуманисти са подкрепили така изложеното разбиране[66].

---

[63] Че в случая е налице фикция като че ли приема **Zimmermann**, Reinhard. The Law of Obligations, op.cit., p. 135, който търси подкрепа за това становище в някои фрагменти, най-вече в Dig 46.1.36, където римските юристи изрично посочват, че вземането „в определен смисъл“ (*quodammodo*) се продава. Това виждане се споделя и в по-старата доктрина, вж. **Marasinghe**, M. L., An Historical Introduction to the Doctrine of Subrogation, op.cit., p. 61 – „*The Romans overcame this difficulty by regarding the payment as the price for the sale of the cedent's rights to the cessionary*“.

[64] Така **Венедиков**, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор по римското и по българско гражданско право, цит.съч., с. 22–23, бел. под линия № 2.

[65] В оригинал правилото гласи: *Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelage debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cession actum, cum nulla actio superfuerit*.

[66] Вж. **van der Sande**, Johan в Tractatus de Actionum Cessione & de Prohibita rerum Alienatione. Трудът е написан на латински език през 1623 г. Първата част от труда е преведена на английски език от P.C. **Anders** – A Commentary on Cession of Actions, Grahamstown, Cape Colony, African Book Company Ltd., 1906, който съм и използвал. На с. 132 е посочено, че „…*as often as an express agreement about cession of actions has preceded payment, or it has been tacitly understood that the creditor should furnish the actions upon receipt of the money, then, without doubt, even after payment, cession may rightly be effected; for after receipt of the money the creditor's actions still remain intact, and the amount paid is considered as the price of the assignment of the action*“. Както е видно, авторът недвусмислено приема, че

Макар и фрагментите относно *ius offerendi* и *beneficium cedendarum actionum* традиционно да се разглеждат от следващите поколения учени като част от историческото развитие на института на суброгацията, бързият поглед върху текстовете разкрива, че те несъмнено оказват влияние и върху процеса по допускане на прехвърлимостта на вземанията. Нещо повече, встъпването в правата на удовлетворения кредитор според римското частно право по правило не настъпва непосредствено с факта на изпълнението на чуждото задължение, а по силата на отделен договор с кредитора. Прави впечатление, че актовете, с които се постига целеният икономически резултат, а именно промяната на титуляря на правата, са съответно *procuratio in rem suam* и продажба. Това обстоятелство би могло на пръв поглед да доведе до поддържане на разбирането, че в римското частно право встъпването в правата на удовлетворения кредитор може да се разглежда като част от приложното поле на цесията, най-вече предвид обстоятелството, че за да се постигне смяна на кредитора, се използват общите правни способи за това, уредени в римските източници. Все пак ми се струва, че подобно разбиране трудно може да се поддържа. Не следва да се пренебрегва обстоятелството, че при *beneficium cedendarum actionum* смяната на кредитора е обусловена преди всичко от съображения за справедливост в гражданския оборот и от необходимостта да се защитят правните интереси на трето лице, така че то да не претърпи необосновано засягане на своя патримониум.

Подобно съображение не може да бъде открито при другите правила, посветени на прехвърлянето на вземания в римското частно право. Също така, тъкмо за да защитят това трето лице, римските юристи му предоставят възможността да принуди кредитора да му прехвърли правата си срещу длъжника, преди на свой ред да изпълни чуждото задължение. Погледът на модерния цивилист може да открие своеобразна хипотеза на принуда за договаряне, закрепена в Dig 46.1.17. Подобна интензивна закрила на правните интереси на третото лице, домогващо се да придобие вземането, е чужда на общите правила относно прехвърлянето на вземания в римското право.

Независимо от съществуващите различия, не може да се отрече, че институтите на суброгацията и цесията споделят общ исторически корен и че тъкмо необходимостта да се предвиди адекватен способ за встъпване на трето лице в правата на удовлетворения кредитор способства и за по-нататъшното развитие на правилата относно прехвърлимостта на вземанията.

сумата, платена от третото лице, е покупната цена; насрещната престация по договора за покупко-продажба и не следва да се определя като изпълнение на чуждото задължение.

5. Окончателното признаване на прехвърлимостта на вземанията в следкласическото право

Както е видно, усложняването на обществено-икономическите отношения в римското общество води, между другото, и до потребността да се допусне свободната прехвърлимост на вземанията. Независимо от употребата на понятието „*цесия*“ в римските текстове[67], струва ми се вероятно в този късен етап от развитието на правото, римляните да са съчетали договора за покупко-продажба с *denuntiatio*, за да постигнат прехвърлителния ефект по отношение на вземането. Свидетелство за това може да се открие в няколко текста от *Corpus Iuris Civilis*. Така например, Титул 41 от Книга 8 на Юстиниановия Кодекс, озаглавен *De novationibus et delegationibus*, съдържа правилото на C.8.41.1[68], което предвижда, че „*...Делегация може да се извърши само със съгласието и след дадено обещание за това от страна на длъжника. Продажбата на едно вземане* (подч.мое – бел. моя.), *обаче, се извършва без съгласието и знанието на онзи, срещу който ще се претендира това вземане*“ (има се предвид длъжникът – бел. моя).

Подобен израз, макар и в контекста на встъпването в правата на удовлетворения кредитор, се открива във вече обсъдения фрагмент от Дигестите Dig. 46.1.36, съгласно който, *когато кредиторът има един длъжник и няколко поръчителя, получи изпълнение от един от поръчителите и му прехвърли исковете си, би могло да се твърди, че прехвърлянето на исковете е нищожно, доколкото кредиторът е удовлетворен и чрез изпълнението всички* (длъжникът и останалите поръчители – бел.моя) *са освободени; обаче това не е така, доколкото той не само е получил парчната сума като плащане на задължението, но и в определен смисъл е продал вземането* (подч.мое; продал на поръчителя – бел.моя) *и поради това той все още разполага с исковете и може да ги прехвърля*[69].

Друг пример, свидетелстващ, че е допустимо отделното прехвърляне на вземане, макар и признато уредено сред правилата относно продажбата на

---

[67] На това обръща внимание **Zimmermann**, Reihard. The Law of Obligations, op.cit., p. 63, бел. под линия № 212, където авторът цитира част от правилото на C.5.12.31, съдържащо израза „actiones per cessionem tranferrre“.

[68] В някои извори, най-вече в преводната литература, този текст е номериран като C.8.42.1. В оригинал, правилото гласи Imperator Alexander Severus: Delegatio debiti nisi consentiente et stipulanti promittente debitore iure perfici non potest: nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. * ALEX. A. QUINTIANO ET TIMOTHEO. *<A 223 PP. V IDIG. FEBR. MAXIMO II ET AELIANO CONSS.>

[69] На латински език Dig. 46.1.36 гласи: Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actions, poterit quidem dici nullas iam esse, cum ssum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actions, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actions.

наследство[70], може да бъде открит в текстовете, посветени на този институт, а именно Dig. 18.4 – *De hereditate vel actione vendita*[71].

Като междинен извод може да се приеме, че римското право извървява дълъг път от категоричната непрехвърлимост на вземането до възможността то да бъде прехвърляно и *inter vivos*. Струва ми се обаче, че като че ли в никой етап от развитието на този процес, прехвърлителният ефект по отношение на вземането не настъпва автоматично с постигането на съгласие между страните. Необходимо е извършването на друго допълнително действие, като например предявяване на иск, а впоследствие уведомяване на длъжника за прехвърлянето. Тъкмо поради това, някои представители на френската доктрина възприемат *denuntiatio* като допълващ елемент. Кумулативното приложение на тези два института „почти доближава“ римското право до модерното разрешение относно цесията[72]. Съществената разлика между правилата относно прехвърлимостта на вземания от държавите в романския правен кръг, от една страна, и римското право, от друга страна, може да се открие в обстоятелството, че съвременното значение на *denuntiatio* е да противопостави на длъжника и на всички трети лица правните последици на вече извършеното прехвърляне на вземането, докато в римското право уведомлението на длъжника на практика е завършващият елемент от фактическия състав по прехвърлянето, който в някаква степен напомня *traditio* при договора за покупко-продажба на вещи.

---

[70] Някои автори изрично приемат, че прехвърлимостта на вземанията се е зародила в правоотношенията, произтичащи от наследственото право. Тя е била обусловена от необходимостта при продажбата на наследство върху купувача да преминат вземанията и задълженията. **Новицкий**, Иван, Иван **Перетерский**. Римское частное право, цит.съч., с. 348.

[71] Така например, правилото на Dig. 18.4.2.8 урежда възможността да се прехвърлят не само вземания, но и задължения. Заслужава да се посочи и правилото на Dig. 18.4, съгласно което продавачът не отговаря за платежоспособността на длъжника, а само за обстоятелството, че той е длъжник (т.е. че прехвърленото вземане съществува). Както се вижда, и тук при прехвърляне на вземания се използва покупко-продажбата. Впрочем, независимо че урежда частен случай, ми се струва, че цитираното правило може да се приеме за първообраза на разпоредбата на чл. 100, ал. 1 и 2 от Закона за задълженията и договорите, съгласно която ако прехвърлянето е възмездно, кредиторът отговаря за съществуването на вземането по време на прехвърлянето. Той не отговаря за платежоспособността на длъжника, освен ако се е задължил за това, и то само до размера на онова, което е получил срещу полученото вземане.

[72] Изразът е на **Macqueron**, Jean. Histoire des Obligations, op.cit., p. 396 –„*Avec la procuratio in rem suam, complétée par la denuntiatio, le droit romain était arrivé à peu près à notre système moderne, tel qu'il résulte de l'art. 1690 C.C.“*. Заслужава да се отбележи обаче, че някои френски автори, като Жан Дома, разглеждат уведомлението (*signification*) като еквивалент на *traditio* при договора за покупко-продажба и приемат, че прехвърлянето на вземане също се извършва чрез продажба, тъй като вземането е безтелесна вещ. По-подробно вж. у **Kämper**, Lukas. Forderungsbegriff und Zession, p. 49.

Независимо от тези различия, възможността за прехвърляне на вземания в римското право следва да се признае[73]. Настоящият общ преглед на историческото развитие на способите за прехвърляне на вземания разкрива, че в крайна сметка те се подвеждат под режима на покупко-продажбата, доколкото в изворите трайно се говори за „продажба на вземанията“[74].

6. Липсата на pactum de non cedendo в римското частно право. Други правни способи за защита на интересите на длъжника

На следващо място, римското право не урежда отделна уговорка за непрехвърлимост на вземането (*pactum de non cedendo*), тъй като от подобна клауза като че ли не е съществувала потребност. В продължение на дълъг

---

[73] Заслужава да се отбележи, че има немалко автори, които споделят противоположния възглед. Така например, **Ranieri**, Filippo. Europäisches Obligationenrecht. Wien, New York: Springer, 2009, p. 1183, приема, че независимо от наличието на *actio utilis* и *denuntiatio,* според римското правно разбиране титуляр на вземането е само първоначалният кредитор. Все пак, авторът признава, че уведомлението от страна на новия кредитор е пречка длъжникът да изпълни задължението си на стария. В подобен смисъл вж. и **Hoop**, Gerolt. Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge des Abtretungsverbots. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 28, който изрично посочва, че римското право не познава цесията като способ за прехвърляне на материалното субективно право. Това разбиране се застъпва и в най-новата правна литература, вж. **Honsell**, Heinrich. Römisches Recht, op.cit., p. 111, където изрично се приема непрехвърлимостта на вземанията, а *procuratio in rem suam* се разглежда само като помощно средство („*Hilfsmittel*“) за постигането на икономически резултат, сходен с този на цесията. Същото се приема изрично и от **Lodigkeit**, Klaus. Die Entwicklung des Abtretungsverbotes von Forderungen bis zum § 354a HGB. Münster: LIT Verlag, 2004, p. 3–6. Заслужава да се отбележи, че и в английската римскоправна литература разбирането за непрехвърлимостта на вземанията е също възприето, вж. например **Leage**, Richard. Roman Private Law. London: McMillan & Co Ltd, 1909, p. 315.

[74] Това изрично се поддържа от **Базанов**, Иван. Курс по римско право, цит.съч., с. 447, който посочва, че с развитието на римското право „*предмет на продажбата са станали и безтелесни вещи – преимуществено правата (сервитут, вземане и т.н.)*“. Към това виждане, макар и само с оглед прехвърлянето на вземанията – част от наследствената маса при продажба на наследство, се присъединяват **Перетерский**, Иван, Иван **Новицкий**. Римское частное право, цит.съч., с. 348. Авторите са единодушни, че най-безспорното приложно поле на договора за прехвърляне на вземания в римското право е при продажбата на наследство, независимо че изрично допускат сключване на договор за продажба на вземане като общо правило. Друг автор, който приема, че прехвърлянето на вземане се осъществява чрез покупко-продажба, е и **Macqueron**, Jean. Histoire des Obligations, op.cit., p. 397. В същия смисъл вж. и **Huang**, Jiahui. Subject Matter of the Roman Law of Sale. – China Law Review, vol. 6, 1933, p. 89, който безусловно приема, че вземанията могат да бъдат обект на продажба, освен ако не са тясно свързани с личността на длъжника, каквото е например обезщетението от непозволено увреждане. Заслужава да се отбележи авторовото мнение, че по правните си последици, този договор разкрива повече белезите на цесия, отколкото на продажба, с което имплицитно приема, че цесията не намира приложение в римското право.

период от развитието на способите за прехвърляне на вземания, длъжникът се ползва със засилена правна защита. В началото, той може изначално да осуети намерението на страните да заменят кредитора по вземането, като не се съгласи да се задължи спрямо новия кредитор. Впоследствие, с въвеждането на *procuratio in rem suam*, длъжникът може да се освободи от задължението си, като плати на първоначалния кредитор. С тази възможност той разполага чак до извършване на *litis contestatio*. Едва след въвеждането на *denuntiatio* като способ за стабилизиране на правата на новия кредитор, правната защита на длъжника е в известна степен отслабена, доколкото за него не съществува възможност след уведомлението да изпълни на друго лице, освен на новия кредитор. Вероятно още към този ранен етап, практиката щеше да въведе клаузите за непрехвърлимост на вземанията като способ, с който длъжникът да се брани срещу вероятността да се сдобие с по-взискателен и по-инициативен кредитор.

Тази опасност обаче е в голяма степен преодоляна чрез две законодателни разпореждания, предоставящи интензивна защита на интересите на длъжника. Първото от тях забранява на определена категория лица (*petentiores*) да придобиват вземания, поради обстоятелството, че притежават влияние върху съдебната власт и могат да си осигурят безпрепятствено уважаване на предявените от тях искове, дори и самите искове да са неоснователни[75].

Следващото разпореждане, *Lex Anastasiana*, е прието през 506 г. сл. Хр., като неговата цел е да защити неплатежоспособния длъжник срещу *redemptores* – лица, придобиващи вземания срещу неплатежоспособен длъжник на ниска цена, които впоследствие провеждат интензивно принудително изпълнение върху личността и имуществото на длъжника, станал междувременно платежоспособен[76]. Император Анастасий предвижда, че купувачът на задължението не може да иска за вземането си повече, отколкото сам е платил за него, като същевременно му възлага и доказателствената тежест относно размера на сумата, платена за придобиване на вземането[77]. Струва ми се, че тъкмо тези законодателни разрешения допринасят за липсата на информация в римскоправните извори относно приложението на *pactum de non cedendo* през този етап, тъй като те значително допринасят за ефективната правна защита на длъжника и действително не допускат влошаването на неговото положение вследствие на предприетата смяна на кредитора[78].

---

[75] Така **Покровский**, Иосиф. История римского права, цит.съч., с. 454.

[76] По този повод, в доктрината е отбелязано, че след 500 г. сл. Хр. под влияние на *Lex Anastasiana,* договорът за прехвърляне на вземането се утвърждава като абстрактен, наред с традицията и стипулацията. Вж. **Стругков**, Вадим. О закладѢ долговых требованій, цит. съч., с. 116–120.

[77] Вж. по-подробно **Базанов**, Иван. Курс по римско право, цит.съч., с. 395.

[78] Заслужава да се отбележи, че в доктрината е изказано и друго разбиране по този повод, вж. **Stegemann**. Das pactum de non cedendo. – Archiv für die civilistische Praxis, 67.

II. Клаузите за непрехвърлимост на блага (Pactum de non alienando) в римското частно право

Независимо от установената понастоящем липса на данни в изворите относно съществуването и приложението на клауза за непрехвърлимост на вземания[79], няма съмнение, че римското право познава и урежда хипотези, при които на едно лице се предоставя възможността да включи договорна забрана или ограничение относно разпореждането с определени видове блага като допълнителна клауза към основното волеизявление[80]. Римскоправните източници през различните етапи от неговото развитие свидетелстват за допустимостта на подобен вид уговорки, които могат да бъдат включени както в завещание, така и в договор. Научният интерес към тях е оправдан, доколкото римскоправните разрешения оказват пряко влияние върху изясняването на конкретния догматичен, а впоследствие, и законодателен подход при правната уредба на договорната непрехвърлимост на благата[81]. На свой ред, съвременната правна доктрина формулира общи правила относно договорната непрехвърлимост на благата въз основа на римскоправните извори. Впоследствие, разрешенията относно *pactum de non alienando* се разпростират и спрямо клаузите за непрехвърлимост на вземанията, най-вече поради обстоятелството, че вземанията са един от видовете обекти в гражданското право[82].

Тъкмо това, че правната доктрина преобладаващо разглежда клаузите за непрехвърлимост на вземания (*pactum de non cendendo*) като разновидност

Band, Heft 2, 1884, p. 315. Авторът възприема господстващото в пандектната доктрина разбиране, че според римското право вземанията са били непрехвърлими и поради това приема, че доколкото титулярят всъщност не се сменя, нуждата от *pactum de non cedendo* изобщо отсъства през този период. Същевременно обаче, авторът прилага по аналогия някои римскоправни разрешения относно договорната непрехвърлимост на благата, за да обясни правната същност и действието на *pactum de non cedendo*.

[79] Че римляните не познават *pactum de non cedendo* приема изрично **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht. – Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Wien/Graz: Hermann Böhlaus, 1986, p. 174.

[80] Заслужава да се отбележи, че в римското право непрехвърлимостта се отнася до самото благо, а не до субективното вещно право върху благото.

[81] В този смисъл вж. **Венедиков**, Петко. Клаузи за неотчуждаемост. – Юридически архив, 1931–1932, № 5–6, с. 492 по повод влиянието на текстовете от *Corpus Iuris Civilis* върху германските юристи от средата на XIX век.

[82] Това е подходът, възприет у **Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част., цит.съч., с. 535–536. В същия смисъл вж. и **Димитрова**, Емилия. Факторинг. София: Сиела, 2008, с. 143, която приема, че договорната непрехвърлимост на вземанията обвързва само уговорилите я страни поради съществуващата недопустимост на страните да изключат от гражданския и търговския оборот определени блага; подобно правомощие е присъщо единствено на законодателя.

на договорните забрани за прехвърляне на блага[83], оправдава общия исторически поглед върху развитието на *pactum de non alienando* в римското право и последващото влияние на тези римскоправни разрешения при обяснението на договорната непрехвърлимост на вземанията.

1. Проблемът за извеждане на единен класификационен критерий относно pactum de non alienando

Основното предизвикателство при разглеждането на проявленията на *pactum de non alienando* и техните правни последици е, че римскоправните разрешения по този въпрос се отличават с подчертано казуистичен подход[84]. Общо и абстрактно правило, уреждащо правните последици на всяко едно ограничение или забрана за прехвърляне, произтичащи от волята на един частноправен субект и отнасящо се до благата *in commercio* изобщо, римското частно право не познава. Това обуславя и разнородните класификационни критерии, които са били предлагани при опита за систематизация на тези клаузи от представителите на различни поколения правни школи, а именно на естественото право, на пандектистите, както и от модерни учени.

Като основен класификационен критерий относно действието на *pactum de non alienando* в римското право някои представители на естественото право възприемат *интереса*, чиято правна защита подобна забрана е призвана да предостави. Според тези автори, от значение при преценката на правните последици е дали клаузата е включена по инициатива на собственика на една вещ при нейното прехвърляне на друго лице, или собственикът поема задължение спрямо несобственик да се въздържа от разпоредителни действия по отношение на своето благо[85]. Други представители на тази школа приемат, че

---

[83] Тази тенденция при доктриналното обяснение на *pactum de non cedendo* е позната и днес, вж. **Nefzger**, Alexander. Vertragliche Abtretungsverbote. Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 67.

[84] На това затруднение при систематичното разглеждане на клаузите за непрехвърлимост на блага обръща внимание **Dorn**, Friedrich § 137 Rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot. – Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil §§ 1–240, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 695.

[85] Така изрично **von Gmelin**, Christian. De pacto de non alienando, Tübingen, 1789. Трудът е написан на латински език, като няколко десетилетия по-късно пълен превод на немски език е публикуван под заглавието „Über das pactum de non alienando“ в Sammlung auserlesener, theils ursprünglisch deutschen, theils aus dem lateinischen übersetzter Dissertationen aus dem Gebiete des gemeinen Civilrechtes und Civilprocesses, Herausgegeben von Marquard Adolph Barth in der Von Jenisch– und Stage'schen Buchhandlung, Vierter Band, Augsburg, 1839, p. 170 – 200. Представените тук цитати от труда са по преведената на немски език версия.

правното действие на тези клаузи зависи от *конкретния юридически факт,* който ги предвижда, а именно закона, завещанието или договора[86].

Вторият подход е впоследствие възприет от немалко представители на пандектната правна школа, които провеждат разграничение между забрана за разпореждане, предвидена в правна норма и такава, произтичаща от волята на частноправен субект[87]. Други обаче предпочитат да доразвият критерия „интерес“ и да обособят няколко основни групи от случаи, в зависимост от влиянието на правните последици на *pactum de non alienando* върху съдържанието на собствениеческите правомощия[88]. Най-сетне, при очертаване на правните последици на *pactum de non alienando* в римското право, модерната правна доктрина предлага възприемането на обективен критерий, а именно *вида на благото*, с оглед на което е въведена тази забрана. Аргумент в подкрепа на предложения подход авторите откриват в обстоятелството, че в определени случаи, поради спецификата на конкретното благо, се допуска забраната за прехвърляне на блага, установена по волята на частноправен субект, да може да бъде противопоставена на всяко трето лице[89].

Струва ми се, че всеки от така изложените научни подходи заслужава подкрепа в известна степен. Представителите на пандектната правна доктрина уместно разграничават действието на *pactum de non alienando* в зависимост от вида на правната сделка, в който е включена клаузата. Възприетият от тях подход отчита, че в някои случаи забраната за разпореждане с конкретното

---

[86] Това поддържа Johan van der Sande в труда си „Tractatus de Actionum Cessione & de Prohibita rerum Alienatione“. Трудът е написан на латински език през 1623 г. Преведен е изцяло на английски език от W.S.Webber и е публикуван под заглавието „A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things“, Capetown; Johannesburg, 1892, което съм и използвал. В труда си авторът разграничава действието на забраните в зависимост от конкретния юридически факт, който ги урежда. Последователно са изследвани четири групи ограничения на прехвърлимостта, а именно такива, произтичащи от закон, от разпореждане на съда, установени в завещание или включени като клауза в договор. Заслужава да се отбележи, че и van der Sande е склонен, в рамките на това първоначално групиране, да отдава значение на конкретния правен интерес, с оглед на който е предвидено съответното ограничение или забрана.

[87] Този подход е възприет от **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar, 16-en Theils. Erlangen: Erste Abtheilung, 1814, p. 52–67, както и от **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte? – Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Band 5, 1832, p. 1–21. В същия смисъл, макар и не изрично, разглежда забраните за прехвърляне и **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign. – Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Band 12, 1845, p. 220–236.

[88] Така **Gesterding**, Friedrich. Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und ähnlichen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifswald, 1817, p. 26–30.

[89] Това е подходът, възприет от **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 173 et seq.

благо може да бъде въведена едностранно, по силата на волеизявлението на отделно лице при съставяне на завещание, а в други случаи е резултат от съглашение между страните. От друга страна, несъмнено оригинален е и модерният подход, който придава водещо значение на вида на конкретното благо, с оглед на което се въвежда *pactum de non alienando*. Нещо повече, струва ми се, че той е в съзвучие с казуистиката на римското право, където правните последици, включително и на клаузите за непрехвърлимост на благата, се преценяват според особеностите на отделния случай[90].

2. Опит за класификация на договорните забрани за разпореждане с блага и техните правни последици в римското частно право

С оглед съществуващото многообразие от хипотези, най-удачно ми се струва възприемането на комлексен критерий, който да взема предвид не само конкретния юридически факт, чрез който се въвежда забраната за разпореждане, но и вида на благото, по повод на което тя е въведена[91]. В зависимост от това по чия инициатива е въведена уговорката за непрехвърлимост на благото, могат да се открояят две основни разновидности на *pactum de non alienando*. При първата от тях, собственикът на една вещ поема задължение спрямо несобственик да се въздържа от сключване на разпоредителни сделки със своето благо. Възможно е, на второ място, *pactum de non alienando* да бъде уговорен между прехвърлителя и приобретателя на една вещ при нейното прехвърляне, така че да обвързва новия собственик.

Тези две разновидности на уговорката за непрехвърлимост на благото пораждат правни последици, които условно могат да бъдат обхванати в три групи. Първата група обхваща онези римски текстове, които предвиждат хипотези на *недействителност* на тази клауза. Към втората група се отнасят договорните ограничения относно прехвърлимостта на благата, които пораждат действие *само между страните*, но сами по себе си не осуетяват прехвърлителния ефект. Най-сетне, в третата група се включват хипотези, при които благото, с оглед на което е уговорена непрехвърлимост, притежава специфични правни белези, които обосновават допустимостта *pactum de non alienando* да бъде противопоставен на всяко трето лице и в крайна сметка да доведе до *изваждането на благото от гражданския оборот*.

---

[90] На това обръща внимание **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 221.

[91] В същия смисъл и **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 182, който независимо от възприетия от него критерий за разграничаване на клаузите за непрехвърлимост на вземания, изтъква, че правните последици на всеки отделен случай варират в зависимост от това дали въведената забрана цели да изключи всякакво разпореждане изобщо или е насочена към ограничаване на вида на разпоредителната сделка, както и към осуетяване на прехвърлянето на благото в полза на определено лице.

Заслужава да се отбележи, че всяка от двете разновидности на *pactum de non alienando* поражда правни последици в повече от една група. Така, уговорката, по силата на която собственикът се задължава да не се разпорежда със собственото си благо поражда правни последици, отнасящи се към първата и към третата група. Що се отнася до забраната за разпореждане, уговорена в тежест на приобретателя, в зависимост от правните белези на прехвърляното благо, тя може да има действие само между страните, или да бъде противопоставена на всяко трето лице.

3. Общи правила относно допустимостта на pactum de non alienando в римското частно право

Независимо от така възприетия казуистичен подход относно договорните забрани за прехвърляне на блага, заслужава да се отбележи, че римските извори все пак съдържат и относими правила, отличаващи се с абстрактност и с по-широко приложно поле. Отправна точка при разглеждане на въпроса за *pactum de non alienando* е текстът Dig. 2.14.48, който предвижда, *че всичко, което е уговорено при предаване на вещите, несъмнено произвежда действие*[92]. Независимо че цитираното правило е познато още от Дванадесетте Таблици, когато идеята за автономията на волята още не е намерила своя израз в отношенията между страните по повод сключване на договори, е възможно да се постави въпрос дали разпоредбата все пак не допуска уговорената между страните непрехвърлимост да произведе действие не само между тях, но и да бъде противопоставена на всяко трето лице. Преобладаващо обаче, правната доктрина не е склонна да подкрепи подобно тълкуване. Според авторите, правилото на Dig. 2.14.48 е предвидено да защити интересите на страните по договора, но не може да се разглежда като израз на възможността частноправен субект едностранно да наложи волята си на неограничен кръг лица. Цитираният текст по-скоро урежда принципната допустимост страните по договора за покупко-продажба да включват и уговорки, чрез които да приспособят съдържанието на конкретното правоотношение към своите интереси, сред които несъмнено попада и уговорката за ограничаване на разпореждането[93]. Разпоредбата обаче не урежда въпроса относно правните последици на тези уговорки, които следва да бъдат преценявани според приложимото в конкретния случай правило[94].

---

[92] В оригинал: In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.

[93] В този смисъл вж. **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 296; **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, op.cit., p. 13.

[94] Заслужава да се отбележи, че в английската правна литература се приема, че разпоредбата на Dig. 2.14.48 има само относително действие, т.е. обвързва само насрещната

Няколко столетия по-късно император Юстиниан (527 г. – 565 г. сл. Хр.) постановява, че *когато законът забранява да се извърши разпореждане с вещ, както и в случаите, при които тази забрана е въведена от завещател или е уговорена между страни по договор, не само прехвърлянето на правото на собственост и освобождаването на робите, но също така и прехвърлянето на usufruct или ипотекирането и учредяването на залог върху благото са забранени*. В същия дух, император Юстиниан предвижда, че *върху имоти* (с оглед на които е предвидена забрана за разпореждане – бел.моя) *не е разрешено да се учредяват сервитути или да се сключва емфитевза, освен в случаите, когато авторитетът на конституциите, волята на завещателя или намерението на страните, въвели забраната, допускат обратното*. Тези разрешения са изразени в правилото на C 4.51.7[95].

Някои автори приемат, че C. 4.51.7 е конкретен израз на замисъла на император Юстиниан да допусне всички забрани или ограничения за разпореждане с блага, установени по волята на частноправни субекти, да произвеждат действие и спрямо трети лица.[96] Това по същество означава да се приеме, че забраните за разпореждане винаги действат *erga omnes* и водят до изваждането на благото от гражданския оборот, независимо от конкретния юридически факт, който ги въвежда – без значение дали са израз на *imperium* и са закрепени от законодателя в правна норма, или са последица от волята на частноправен субект.

Езиковото тълкуване на текста C. 4.51.7 действително създава известно съмнение дали това не е замисълът на император Юстиниан, но този подход среща значителна съпротива у мнозинството автори. Още през XVIII век, представители на естественоправната школа са имали случай да изтъкнат, че целта на разпоредбата е единствено да изясни съдържанието на понятието „*alienation*". Правилото съдържа примерно изброяване на видовете правни сделки, попадащи в приложното поле на забраните за разпореждане[97]. Това разбиране е възприето и в по-късно време от представители на пандектната

страна и неговите наследници, но не и третите лица. При неизпълнение на установените в договора задължения изправната страна може да предяви само иск за обезщетение за вредите. Авторите обаче отбелязват, че са налице изключения от това положение, най-вече по отношение на забраните за освобождаване на роби. Вж. в този смисъл **Buckland**, William. A Text-Book of Roman Law, op.cit., p. 189.

[95] 4.51.7 Imperator Justinianus: Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor qui alienationem interdixit aliquid tale fieri permiserit.

[96] Така **Венедиков**, Петко. Клаузи за неотчуждаемост, цит.съч., с. 492.

[97] Вж. **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 184.

правна школа[98]. Според тях, смисълът на правилото, изразено в C. 4.51.7, е че обхватът на понятието „*alienation*“ не се променя в зависимост от конкретния юридически факт, въвел забраната за разпореждане с блага и че то включва правни сделки, насочени както към транслативна, така и към конститутивна сукцесия. Обстоятелството, че забраните за разпореждане, закрепени в закон, установени в завещание или включени в договор имат един и същи обхват, не позволява да се заключи, че поради това и техните правни последици следва да съвпадат[99].

В тази връзка възниква и допълнителният въпрос дали чрез понятието „забрана“ в текста на C. 4.51.7, император Юстиниан действително не е целял да въведе уеднаквен режим, чрез който да изравни юридическата сила на *pactum de non alienando* с тази на установена в закон забрана за разпореждане с блага. Независимо че това понятие е употребено в текста, правната доктрина не е склонна да подкрепи подобно тълкуване. По-скоро, приемат авторите, правилото следва да се разбира в смисъл, че на едно лице може да се възложи *задължение* да се въздържа от разпореждане с благото, но последиците от неизпълнението на това задължение следва да се преценяват в зависимост от конкретния случай[100].

В обобщение може да се приеме, че римското право категорично допуска уговарянето на забрани за прехвърляне на блага. Нещо повече, още от началните етапи на развитието си, то съдържа и подчертано модерно разрешение по отношение на прехвърлителните сделки, а именно Dig. 2.14.48. Предвиденото в този текст правило може дори да се приеме като *sui generis* проявление на автономията на волята, доколкото това правило урежда възможността страните да допълнят съдържанието на договор, с който се прехвърля или учредява вещно право, с клаузи, съответстващи в най-голяма степен на техните икономически интереси. Конкретно проявление на тази свобода е допустимостта да се уговори *pactum de non alienando*, закрепена изрично в C. 4.51.7. Наред с това, очертаното широко приложно поле на тези уговорки, както и изричното уточнение, че се въвежда „забрана“, свидетелстват, че C. 4.51.7 урежда *правно*

---

[98] Така изрично **Puchta**, Georg, Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 220–221.

[99] Puchta окачествява подобно заключение като „**заблуда**“ („**Irrtum**“), вж. **Puchta**, Georg, Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 220, докато von Gmelin като „прекрачващо границата“ – **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 184 – „*Wenn wir diese Gränze überschreiten wollten, können wir behaupten, der Kaiser habe mit Aufhebung jeder Unterscheidung des alten Rechtes bestimmt, das jedes gemachte Veräußerungsverbot gelten sollte*“.

[100] Това приема **Gesterding**, Friedrich. Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und ähnlichen Rechten, die ihm nahe kommen, op.cit., p. 30.

задължение, което обвързва лицето, в чиято тежест е установено конкретното разпоредително ограничение[101].

3.1. *Хипотези на нищожност на pactum de non alienando*

От гледна точка на правните последици, в първата група римски текстове се обхващат случаите, при които се поставя въпросът дали изобщо е допустимо уговаряне на *pactum de non alienando*. Основание да се приеме, че в този случай клаузата за непрехвърлимост на благото е недействителна, създава текстът на Dig. 2.14.61, съгласно който *Помпоний е казал, че никой не може да се задължи, че не може да освети собствения си недвижим имот, или че не може да погребе мъртвец в него, или че не може да се разпореди с него, ако съседът му не го позволява*[102]. По същество, римският юрист Помпоний въвежда своеобразна „граница“ при свободата на договаряне между страните, като изключва допустимостта на съглашение, овластяващо несобственик да дава разрешение относно разпоредително действие от страна на собственика със собствения му недвижим имот.

В по-старата правна доктрина преобладава разбирането, че правилото на Dig. 2.14.61 предвижда хипотеза на недействителност на *pactum de non alienando*[103].

Според някои автори, фрагментът обхваща единствено хипотезата на договор за покупко-продажба, в който се включва уговорка, ограничаваща разпоредителните правомощия на продавача. Те приемат, че Помпоний не допуска разпореждането с имота да бъде поставяно в зависимост от волеизявлението на лице, което не е титуляр на самостоятелно право върху него. Клаузата за непрехвърлимост, овластяваща съсед да дава разрешение при разпореждане, е лишена от обвързващо правно действие. Обратното би означавало да се ограничи свободният търговски оборот и правната сделка да се постави в зави-

---

[101] В сходен смисъл се произнася **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 192. Авторът приема, че когато *pactum de non alienando* се включи в съдържанието на прехвърлителна сделка, придобива правната природа на ненаименуван договор *do ut facias* и предаването на вещта представлява насрещната престация, срещу която се поема задължението за *non-facere*, като по този начин е налице *synallagma*, в съответствие с правилото на Dig. 2.14.7.1–2. По този начин авторът имплицитно приема, че *pactum de non alienando* е каузална правна сделка. За понятието *causa* и неговото развитие вж. по-подробно **Конов**, Траян. За абстрактните сделки и каузата на договорите. – Конов, Траян. Подбрани съчинения. София: Сиела, 2010, с. 459–496.

[102] Dig. 2.14.61 гласи: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet.

[103] Вж. **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 293–294.

симост от волеизявление на лице, което няма правен интерес в конкретния случай[104].

Други автори, представители на естественоправната школа, които също се присъединяват към разбирането за недействителността на *pactum de non alienando* в тази хипотеза, като че ли са по-склонни да възприемат разширително тълкуване на цитирания фрагмент. Според тях, формулираното от Помпоний правило цели да обхване не само случаите на договор за покупко-продажба, но и всякакви други разпоредителни правни сделки с недвижимия имот. Това обстоятелство се потвърждава на първо място от употребата на глагола "*alienare*", който е родово понятие. Също така, в текста се казва, че „никой не може да поеме договорно задължение…" ("*Nemo paciscendo efficere potest* …"). Авторите отбелязват, че „*pacisci"* също е родово понятие, което обхваща всички хипотези на договаряне, т.е. всички пактове[105].

Струва ми се, че следва да се предпочете разбирането, което почива на разширителното тълкуване на текста. То отговаря изцяло на смисъла на правилото, изразено в Dig. 2.14.61. Заслужава да се отбележи, че наред с *pactum de non alienando*, приложното поле на разпоредбата обхваща и други хипотези, при които собственик извършва действия на разпореждане с недвижимия си имот, които внасят изменение в съдържанието на правото му на собственост. Помпоний изрично посочва, че извършването на действия по освещаване на имота, както и по погребване на починал, не могат да бъдат поставени в зависимост от волята на лице – несобственик. И при двата случая правната последица се изразява в превръщането на имота в *res sacrae*, съответно в *res religiosae*[106] и в крайна сметка –изваждането му от гражданския оборот. Тази правна последица обаче засяга единствено патримониума на собственика на недвижимия имот, но не и неговия съсед.

В подкрепа на това разбиране заслужава да се изтъкне и друго изразено в доктрината становище, а именно, че в разглежданата хипотеза пактът за *non-facere* е нищожен, тъй като за лицето-несобственик липсва реален правен интерес да се домогва до ограничаване на правомощията на собственика на недвижимия имот. Правилото, изразено в Dig. 2.14.61, е предвидено да защити свободата за разпореждане на собственика и да не допуска ненужното ѝ

---

[104] Така **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 54–56.

[105] На тези особености при езиковото тълкуване обръща внимание **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 173.

[106] Вж. за тези категории вещи по-подробно **Андреев**, Михаил. Римско частно право. София: Софи-Р, 1992, с. 207. Относно *res extra commercium* вж. и **Матеева**, Екатерина. Развитие на концепцията за „*res extra commercium"* в римското и каноническото право. – В: Theo Noster. Сборник в памет на гл. ас. Теодор Пиперков, София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014, с. 111–135.

ограничаване[107]. Обстоятелството, че в случая подобен пакт не може да произведе действие, се подкрепя и от други разрешения в Дигестите, приписвани на Помпоний. Така например, правилото на Dig. 8.1.15 гласи, че: „*Когато сервитутът не е* (учреден – бел.моя) *в полза на едно лице или на друг имот, тогава той не произвежда действие, след като никой съсед няма интерес от него. Например, сервитут, забраняващ ти да преминаваш през твоя собствен имот или да го използваш. Затова, не произвежда действие учредяването на сервитут със съдържание, че ти няма да имаш правото да използваш собствения си недвижим имот или да извличаш плодовете от него.“*[108].

Някои автори – представители на Школата на естественото право, са склонни да видят в текстовете на Dig. 2.14.61 и на Dig. 8.1.15 конкретен израз на общо положение, което Помпоний постулира, а именно да не се допусне неоправданото ограничаване на правомощията на собственика на определено благо чрез поемане на задължение за *non-facere* спрямо несобственик. В духа на времето, към което принадлежат, авторите посочват, че разпоредителното правомощие е естествено присъщо на правото на собственост и не може да бъде произволно ограничавано чрез сключване на *pactum de non alienando*[109]. В подкрепа на разбирането, че текстът на Dig. 2.14.61 урежда хипотеза на недействителност, авторите са склонни да потърсят допълнителен аргумент в римскоправното разбиране, че единствено собственикът може да се разпорежда правомерно с вещта си. Известно е отрицателното отношение на римското право към разпоредителна правна сделка, сключена от несобственик. Транслативният ефект не може да настъпи, когато несобственик се домогва да се разпореди с чужда вещ, в съгласие с правилото на Dig. 50.17.11 „*Това, което е наше, не може да бъде прехвърлено другиму без нашето действие“*[110]. Поради това, *per argumentum a fortiori*, няма как прехвърлителното действие по отношение на вещта да бъде поставено в зависимост от волята на несобственик, доколкото подобно разрешение поставя лице, което не е носител

[107] В този смисъл вж. **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, op.cit., p. 12.

[108] В оригинал правилото гласи: pr. Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas: et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.

[109] “*Denn die Fähigkeit zu veräußern ist dem Eigentumsrechte so natürlich, daß sie kaum davon getrennt werden könnte*”. Така **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 176.

[110] На латински език Dig. 50.17.11 – „ Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest“.

на самостоятелно вещно право върху прехвърляното благо, в по-благоприятно положение от собственика-прехвърлител[111].

Няколко десетилетия по-късно, и представители на пандектната правна школа възприемат това виждане, като го допълват с изискването да е налице значим правен интерес на несобственика, оправдаващ подобно изключване на разпоредителните правомощия на собственика[112].

Заслужава да се отбележи, че текстът на Dig. 2.14.61 е бил изтълкуван и в противоположен смисъл, а именно че не предвижда недействителността на подобни уговорки. Още през XVII век някои автори отбелязват, че разрешенията на Помпоний не кореспондират смислово с други текстове от Дигестите, които изрично уреждат възможността собственик на една вещ да поеме задължение да не се разпорежда с нея спрямо друго лице, като например Dig. 11.7.11, съгласно което Паул е предвидил, че когато недвижим имот бъде продаден под условие, че там няма да бъде погребвано починало лице, само съгласие не е достатъчно, а е нужна и отделна стипулация[113]. Според тези автори, тъкмо подобни противоречия са довели и до приемането на C. 4.51.7, с което император Юстиниан прогласява клаузите за непрехвърлимост на благата за действителни. Допълнителен аргумент авторите черпят и от правилото на C. 4.54.9, също прието по времето на император Юстиниан. Съгласно C. 4.54.9, *когато някой предвиди в договора за продажба или друг вид разпоредителна сделка по повод определено благо, че на новия собственик не е позволено да построи надгробен паметник, или по друг начин да освети имота, за да преодолее споровете между старите* (юристи – бел.моя), *император Юстиниан предвижда, че този пакт е действителен и следва да бъде спазен*. Според авторите, систематичното тълкуване на приетите в следкласическото право текстове разкрива, че император Юстиниан преосмисля подхода спрямо *pactum de non alienando* и изрично урежда неговата действителност, като прогласява правната му задължителност[114]. Това становище намира свои под-

[111] В подобен смисъл вж. **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 177.

[112] Вж. **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, op.cit., p. 13.

[113] В този смисъл **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 306.

[114] Пак там, с. 306. В тази връзка следва да се обърне внимание, че на същата страница от цитирания труд авторът Johan van der Sande посочва, че някои изтъкнати юристи, сред които Cujacius, Francis Raguellus и други, са възприели това тълкуване. Липсата на прецизно препращане към техните трудове обаче прави това авторово твърдение непроверено.

дръжници както в България[115], така и сред представители на модерната правна доктрина[116].

Най-сетне, някои представители на пандектната правна школа възприемат междинно разбиране. Според тях, не е налице противоречие между отделните текстове в Дигестите, а съотношение между *lex generalis* и *lex specialis*. Общото правило, предвидено в Dig. 2.14.61, отрича правното действие на *pactum de non alienando*, в случаите когато уговорката е сключена по инициатива на несобственик и ограничава собственика да се разпорежда със своето благо. Напротив, в останалите хипотези, при които това задължение в тежест на собственика е скрепено със стипулация в случай на неизпълнение, уговорката не е недействителна. При нарушаването на задължението за въздържане от разпоредителни действия, лицето, в чиято полза е уговорката, може да претендира обещаното по силата на стипулацията обезщетение. Допустимостта на тези клаузи произтича, според автора, от двете цитирани разпоредби, закрепени в Юстиниановия Кодекс[117]. Така, авторът имплицитно приема за действителни онези договори, при които изпълнението на задължението, произтичащо от *pactum de non alienando* или е скрепено със стипулация, или уговорката за непрехвърлимост на вземане се включва като отделна клауза между собственика на вещта и нейния бъдещ купувач при сключване на договор за покупко-продажба или друга разпоредителна правна сделка, като ограничава разпоредителните правомощия на новия собственик.

Струва ми се, че тъкмо това разбиране следва да бъде подкрепено. То е в съзвучие с римскоправните извори. Не може да има съмнение, че правилото на Dig. 2.14.61 защитава преди всичко индивидуалния интерес на собственика на недвижимия имот, като не допуска произволното отнемане на разпоредителните му правомощия по отношение на благото. Обстоятелството, че Помпоний изключва неоправданото ограничаване на съдържанието на правото на собственост, се потвърждава и от правилото на Dig. 8.1.15, разгледано по-горе. Също така, в тези правила може да се открие и ясно изразена защитна функция по отношение на обществения интерес, доколкото изключването на блага от участие в гражданския и търговския оборот невинаги е оправдано. С оглед на това следва да се сподели разбирането за недействителността на

---

[115] Така **Венедиков**, Петко. Клаузи за неотчуждаемост, цит.съч., с. 492.

[116] Вж. **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 178–179.

[117] В този смисъл **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 224. Това може да се приеме от думите му, че „ … hat Justinian, während unter den Juristen darüber Bedenken erhoben worden seien, verordnet, daß ein solches Pactum, *wenn der Verkäufer order sonstige Veräußerer es beigefügt habe, aufrecht zu erhalten sei"*. При това положение, струва ми се, G. Puchta отрича възможността съдържанието на *pactum de non alienando* да включва правомощие за несобственика да принуди собственика да се въздържа от разпореждане със собствената си вещ.

уговорката за непрехвърлимост на недвижимия имот, предвидена в правилото на Dig. 2.14.61.

3.2. *Хипотези, при които pactum de non alienando поражда действие само между страните*

Заслужава да се отбележи, че други римски юристи, различни от Помпоний, все пак приемат за действителни уговорките, по силата на които едно лице е задължено да се въздържа от извършване на разпоредителни действия по отношение на недвижимия имот. В тези случаи, според тях, клаузата за непрехвърлимост на благото обвързва валидно страните, но не може да осуети нито прехвърлителното действие, нито предприетото от собственика въздействие върху благото. Текстовете от Дигестите, които уреждат тъкмо тези хипотези, се обхващат във втората група правни последици на *pactum de non alienando*.

Съгласно текста на Dig. 11.7.11, *Паул е предвидил, че когато недвижим имот бъде продаден под условие, че там няма да бъде положено починало лице, само съгласие не е достатъчно, а е нужна и отделна стипулация*. Преобладаващо правната доктрина приема, че правилото съдържа хипотеза на пенална стипулация (*stipulatio poenae*)[118]. Някои автори разглеждат правилото като изключение[119] от постулираното в Dig. 2.14.61, доколкото тъкмо наличието на пенална стипулация в настоящия случай обуславя действителността на уговорката, по силата на която собственик се задължава спрямо несобственик да не предприема определени действия върху своето благо. В по-ново време други автори са склонни да разглеждат правилото на Dig. 11.7.11 като своеобразен коректив на Dig. 2.14.61[120].

Независимо от така изложените разбирания обаче, не може да има съмнение, че *pactum de non alienando* в хипотезата на Dig. 11.7.11 има твърде специфично съдържание. По силата на тази уговорка се забранява на собственика на недвижимия имот да извършва такива действия, които в крайна сметка биха довели до изваждането му от гражданския оборот. Що се отнася до правните последици на уговорката, още представителите на школата на естественото право са имали случай да изтъкнат, че неизпълнението на това задължение е основание да се предяви „личен“ иск срещу конкретното лице, в тежест

---

[118] В този смисъл **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 299, както и впоследствие **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 223, а в по-ново време и **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 177–178.

[119] Така изрично **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 299, както и **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 182.

[120] Така Kaser, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 178.

на което е установено разпоредителното ограничение[121]. Това обстоятелство се потвърждава и от наличието на уговорената пенална стипулация. В случай на неизпълнение, несобственикът може да търси единствено обещаната от собственика парична сума в случай на неизпълнение на задължението да се въздържа от сключване на разпоредителни сделки. Действието в нарушение на уговорката обаче е действително и поражда целените правни последици.

Наред с Dig. 11.7.11, към втората група могат да бъдат отнесени и други текстове от Дигестите, при които обаче не е необходимо *pactum de non alienando* да е скрепен с пенална стипулация. В разпоредбата на Dig. 18.1.75 е предвидено, че *когато при продажбата на недвижим имот е уговорено, че купувачът следва да отдаде под наем продадения имот на прехвърлителя, или, ако реши да го продава, да го прехвърли обратно на продавача, прехвърлителят разполага с actio empti при неизпълнение на задължението*. В сходен дух е и правилото на Dig. 19.1.21.5, което предвижда, че *ако при продажбата на една ферма е уговорено да не се продава на друг, освен на прехвърлителя, при неспазване на уговорката прехвърлителят разполага с actio empti*.

От значение за разкриване на точния смисъл е въпросът относно обхвата на *pactum de non alienando*. Някои изследователи приемат, че двете правила допускат уговаряне на забрана за разпореждане изобщо, а не само чрез договор за покупко-продажба. С други думи, според тях, в съдържанието на *pactum de non alienando* по смисъла на Dig. 18.1.75 и Dig. 19.1.21.5 попадат всички възмездни и безвъзмездни договори, чрез които правото на собственост върху недвижимият имот може да бъде прехвърлено или да се учреди ограничено вещно право[122].

Така предложеното разширително тълкуване с основание се критикува както от представители на Школата на естественото право[123], така и от модерните изследователи[124]. Приложното поле на *pactum de non alienando* и в двете хипотези обхваща единствено договора за покупко-продажба, като това обстоятелство се потвърждава от сходното понятие „*venditio/vendere*“, което може да бъде открито както в текста на Dig. 18.1.75, така и в правилото на Dig. 19.1.21.5. Други договори, които имат за последица прехвърлянето на вещното право върху недвижимия имот, стоят извън обхвата на забраната и могат да бъдат свободно сключвани от приобретателя. С оглед на това, някои автори приемат, че двата текста уреждат разновидност на *pactum de non alienando*,

[121] Вж. **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 299–300.

[122] В този смисъл като че ли се изказва **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte?, op.cit., p. 16.

[123] Вж. **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 178–180.

[124] Така **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 179–180.

която има по-тясно приложно поле, а именно уговорка за въздържане от продажба на благото, *pactum de non vendendo*. Освен това, те приемат, че правилата на Dig. 18.1.75 и на Dig. 19.1.21.5 уреждат своеобразно договорно право на изкупуване[125].

Що се отнася до правните последици при нарушаване на предвидените в Dig. 18.1.75 и на Dig. 19.1.21.5 ограничения, с единодушие се приема, че *pactum de non vendendo* не може да осуети прехвърлителното действие на договор за покупко-продажба на недвижимия имот, сключен с трето лице[126]. В подкрепа на това разбиране е и признатата на прехвърлителя възможност, при неизпълнение на произтичащото от *pactum de non vendendo* задължение, да предяви *actio empti* срещу своя контрахент. Както е известно, *actio empti* е *bona fidae* иск, с който може да се търси както предаването на прехвърленото благо, така и заплащане на парично обезщетение[127]. В разгледаните хипотези, прехвърлителят има право да претендира обезщетение за неизпълнение на задължението за *non-facere* от страна на приобретателя поради продажба на недвижимия имот на друго лице, но действителността на последващата продажба не се поставя под съмнение.

Присъединявам се към така изложеното становище, тъй като аргументите в подкрепа на разбирането, че клаузата за непрехвърлимост на недвижимия имот в тези случаи действа само между уговорилите я страни, са убедителни. Струва ми се обаче, че виждането, което открива договорно право на изкупуване в *pactum de non vendendo*, се нуждае от прецизиране.

Както е видно, предвидените в двата текста хипотези на *pactum de non alienando* не влияят непосредствено върху разпоредителните правомощия на приобретателя на недвижимия имот. Лицето единствено поема задължение, в случай че пристъпи към продажба на благото, да го продаде на своя продавач, от който го е придобил. По този начин не се отнема възможността благото да участва в гражданския оборот по усмотрението на неговия собственик. Нещо повече, приобретателят не е ограничен по отношение на правомощието си да се разпорежда с вещта изобщо, нито пък поема задължение да не сключва

---

[125] В този смисъл **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 180 – „… *da vielmehr der Verkäufer für sich eine Art Vorkaufsrecht vorbehalten habe"*. Към това виждане се присъединява и **Gesterding**, Friedrich. Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und ähnlichen Rechten, die ihm nahe kommen, op.cit., p. 27.

[126] Така **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 180, както и **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte?, op.cit., p. 16, **Gesterding**, Friedrich. Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und ähnlichen Rechten, die ihm nahe kommen, op.cit., p. 27, а в по-ново време **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 179.

[127] Така **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 213–214; **Базанов**, Иван. Курс по римско право, цит.съч., с. 456.

други видове разпоредителни правни сделки, също насочени към прехвърляне на вещното право върху благото.

С други думи, целта на *pactum de non vendendo* в случаите на Dig. 18.1.75 и Dig. 19.1.21.5 не е да ограничи правната сфера на приобретателя на имота, а да предостави ново правомощие на прехвърлителя, като създаде за него възможност да стане отново титуляр на правото на собственост върху недвижимия имот по силата на нов договор за покупко-продажба. Замисълът на разпоредбите се опира на човешката презумпция, че щом прехвърлителят е взел решение да продаде имота, вече няма интерес от извличане на непосредствените му потребителни свойства и за него поначало няма значение на кой ще го продаде. Същевременно, първоначалният прехвърлител несъмнено има правен интерес от придобиване на въпросния недвижим имот, доколкото на свой ред е бил титуляр на правото на собственост върху него и е запознат с неговите особености. Тъкмо това обуславя и допустимостта на подобна уговорка в договора за покупко-продажба. Тя обаче не разкрива правните белези на „право на изкупуване“, доколкото не овластява първоначалния прехвърлител да изкупи недвижимия имот, а само да претендира обезщетение за неизпълнение на задължението на приобретателя да не продава имота на друго лице.

С оглед на така изложеното, струва ми се, че в случая не е налице договорно право на изкупуване, а клауза за непрехвърлимост на недвижимия имот, която е ограничена само до забрана за сключване на договор за покупко-продажба.

Към договорните ограничения при разпореждане, които не водят до окончателното изваждане на благото от гражданския оборот, може да бъде причислен и особения случай, предвиден в Dig. 13.7.4 и Dig. 13.7.5. Съгласно предвиденото в Dig. 13.7.4. правило, *Улпиан казва, че ако има уговорка заложената вещ да бъде продадена, като тази уговорка е сключена при учредяване на залога или впоследствие, не само продажбата е действителна, но и купувачът става собственик. Все пак, ако липсва уговорка, че заложената вещ може да бъде продадена, правилото, което прилагаме, е, че продажбата е допустима, освен ако няма договорна забрана тя да не бъде извършвана. Наистина, където има договорна забрана за разпореждане, в случай че кредиторът продаде вещта, отговаря за furtum, освен ако длъжникът е бил уведомен три пъти и не се е отзовал*. Вторият текст, приписван на Помпоний, предвижда, че *се прилагат същите разрешения, когато уговорено въобще да не се продава, така и когато пактът е нарушен само отчасти, по отношение на сумата, условието или мястото на продажбата*[128].

За разлика от разгледаните в рамките на тази група правила, при които *pactum de non alienando* е включен като отделна клауза в договор за по-

[128] Използвал съм превода, поместен във **Венедиков**, Петко. Ius distrahendi при залог и при фидуция. Год. СУ, Юрид. фак., 30, 1934–1935, 1935, с. 134.

купко-продажба, текстът на Dig. 13.7.4 предвижда уговорката за непрехвърлимост да се отнася до вещ, върху която е учредено обезпечение. Кредиторът – несобственик поема задължение спрямо своя длъжник, залогодател и собственик на заложеното благо, да не упражнява *ius distrahendi*, а именно да не продава това благо с цел удовлетворяване на своето вземане.

Заслужава да се отбележи, че според по-старите разрешения и през началния етап от развитието на класическото римско право, заложният кредитор не разполага с правомощие сам да продаде заложената вещ, за да се удовлетвори от получената парична сума, освен ако подобна уговорка не е изрично постигната със залогодателя-длъжник. Свидетелство за това може да се открие в текста на Dig. 47.2.74, където според Яволен, *онзи, който е получил една вещ в залог и я продаде, без да е уговорена продажба, или макар да е било уговорено, е извършил тази продажба преди настъпване на падежа, отговаря за furtum (кражба) и когато при продажбата главният дълг не е бил погасен*. В ранния етап от развитието на заложното право, при неизпълнение на задължението кредиторът може да придобие правото на собственост върху заложеното благо, но не и да предизвика неговата продан и да се удовлетвори от стойността. Подобно разрешение обаче невинаги е благоприятно за имуществените интереси на кредитора[129].

За да подобри правното положение на кредитора, през периода на класическото римско право залогодателят и заложният кредитор започнали да включват в съдържанието на заложното право и отделно споразумение, по силата на което на кредитора се дава правото сам да пристъпи към продажба на заложеното благо, да използва получената сума за погасяване на задължението и остатъкът (*superfluum*) върне на длъжника[130]. Постепенно, този пакт (*pactum de distrahendo pignore*) започва да се приема за имплицитно включен в съдържанието на договора за залог[131], като според някои автори това се случва още през началото на III в. сл. Хр., по времето на император Александър Север (193–235 г. сл. Хр.)[132].

Някои представители на правната доктрина са склонни да потърсят обяснение за обстоятелството, че правото на кредитора да се разпореди със зало-

---

[129] Вж. по-подробно за историята на заложното право **Goebel**, Richard. Reconstructing the Roman Law of Real Security. – Tulane Law Review, 1961, vol. 36, p. 33 et seq.

[130] По-подробно за постепенното заместване на възможността за придобиване на благото при неизпълнение с правомощието на кредитора да се удовлетвори от неговата стойност при продажба вж. **Schanbacher**, Dieter. Verpfändungspraxis und Pfandrecht. – Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung. Berlin; Heidelberg: Springer, 2005, p. 201–202.

[131] Така **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 161.

[132] В този смисъл **Санфилиппо**, Чезаре. Курс римского частного права, цит.съч., с. 210. Същото приема и **Philipson**, Donald. Development of the Roman Law of Debt Security. – Stanford Law Review, 1968, vol. 20, № 6, p. 1243.

женото благо се подразбира, е разрешение, привнесено от друго вещно обезпечение, *fiducia*[133]. При последното, доколкото кредиторът придобива правото на собственост върху благото, той *per argumentum a fortiori*, разполага и с правомощието да се разпореди с него, макар че може да бъде осъден за *infamia* (безчестие). Според тези автори, за всеобщото признаване на *pactum de distrahendo pignore* в полза на кредитора, дори и без да е налице подобна уговорка, основно значение има изоставянето на *lex commissoria* по времето на император Константин в началото на IV в. сл. Хр.[134].

Финалният етап от еволюцията на залога завършва по времето на император Юстиниан, когато този вид вещно обезпечение неизменно включва в съдържанието си възможността за кредитора сам да продаде вещта и да се удовлетвори от цената, получена при продажбата на заложената вещ[135].

Предвид общия поглед върху еволюцията на съдържанието на *pignus*, може да се приеме, че текстовете на Dig. 13.7.4 и Dig. 13.7.5 отразяват междинния етап от развитието на института. От една страна, в разрешението, което урежда хипотеза на *furtum*, когато кредиторът се домогва да се разпореди с благото без да е налице уговорка в този смисъл, може да се открие отчетливото влияние на разбирането за изначалната непрехвърлимост на заложеното благо, присъщо на ранното римско право. От друга страна, правилото създава възможност за преодоляване на непрехвърлимостта на заложеното благо, уговорена в тежест на кредитора, чрез отправяне на уведомление (*denuntiatio*) до длъжника, че при неизпълнение на задължението ще се пристъпи към продажба на благото. За да бъде действителна продажбата, въпреки наличието на *pactum de non alienando*, кредиторът трябва да отправи три последователни уведомления до длъжника. Смисълът на тези уведомления е да се предостави възможност на лицето да изпълни задължението си и така да осуети изгубването на правото си на собственост върху заложеното благо. Едва след безрезултатното отправяне на *denuntatio*, кредитоът може да пристъпи към продажба на заложената вещ.

В правната доктрина е изказано разбирането, че възможността за преодоляване на уговорката за непрехвърлимост на заложеното благо чрез трикратно уведомление до длъжника, е резултат от интерполация, осъществена от юристите през ранното Средновековие. Според тях, практиката да се извърши *denuntiatio* и така да се преодолее договорната забрана за разпореждане не се

---

[133] Така изрично **Goebel**, Richard. Reconstructing the Roman Law of Real Security, op.cit., p. 52.

[134] Пак там, с. 52.

[135] Така изрично **Венедиков**, Петко. Ius distrahendi при залог и при фидуция, цит.съч., с. 149.

вписва в духа на класическото римско право[136]. По този начин, авторите като че ли имплицитно приемат, че действителният смисъл на правилото, изразено в Dig. 13.7.4 и Dig. 13.7.5, е *pactum de non alienando*, уговорен между длъжникът – собственик на заложената вещ и неговият кредитор, относно това благо, да води до пълна невъзможност за упражняване на *ius distrahendi* и така до абсолютно действие на договорната забрана за прехвърляне на заложеното благо, която може да бъде противопоставена на третите лица[137].

Струва ми се, че така изложеното разбиране не следва да бъде подкрепено. Без да отричам категорично виждането, че текстът най-вероятно е резултат от интерполация, не може да се пренебрегне обстоятелството, че преобладаващата част от римскоправната доктрина възприема за автентична актуалната редакция на Dig. 13.7.4 и Dig. 13.7.5, включваща и възможността за *denuntiatio*. Заслужава да се отбележи, че някои автори изглежда изобщо не възприемат и идеята, че текстът е интерполиран, доколкото приемат, че практиката на *denuntiatio* е въведена още по времето на император Юстиниан, а не от средновековните юристи[138]. Други автори изобщо не вземат отношение по този спор и направо приемат, че дори и да е налице договорна забрана за прехвърляне на заложената вещ, тя може да бъде преодоляна чрез трикратното уведомление, отправено от кредитора до длъжника, че ще пристъпи към продажба на заложената вещ, за да се удовлетвори от получената сума[139].

В обобщение може да се приеме, че правилата на Dig. 13.7.4 и Dig. 13.7.5 уреждат възможност за уговаряне на забрана за продажба, сключена между

---

[136] В този смисъл **Goebel**, Richard. Reconstructing the Roman Law of Real Security, op.cit., p. 52; **Венедиков**, Петко. Ius distrahendi при залог и при фидуция, цит.съч., с. 141–142, който изтъква, че това разбиране е било възприето още в трудовете на представители на пандектната правна школа, а именно *Bernhard Windscheid*.

[137] От друга страна обаче, проф. Венедиков в друг свой труд е приел, че трикратното уведомление на длъжника от страна на кредитора води до преодоляване на договорната забрана за прехвърляне. **Венедиков**, Петко. Записки по римско право. София: ИК Петко Венедиков, 1999, с. 91–92. Струва ми се, че тук няма противоречие, доколкото цитираният труд е *„резултат на преговорните курсове на изпитната материя по римско право ... на проф. Базанов през 1929–1930 г.“*, както сам отбелязва авторът в предговора. Както е видно от бел. под линия № 136, проф. **Базанов** се произнася категорично в подкрепа на denuntiatio и дори не приема виждането, че настоящият облик на Dig. 13.7.4 е резултат от интерполация.

[138] Така изрично **Базанов**, Иван. Курс по римско право, цит.съч. с. 303. Това виждане се споделя и в чуждестранната литература. Вж. в този смисъл **Taubenschlag**, Raphael. The Legislation of Justinian in the Light of the Papyri, Byzantion, vol. 15, 1940–1941, p. 288 – *„In hypothecary law, the influence of Justinian's codification is manifested in the pacta de vendendo which now appear and by which the last remnants of the pledge on forfeit prevailing in popular law are abolished“*.

[139] Това приемат **Перетерский**, Иван., Иван. **Новицкий**. Римское частное право, цит. съч., с. 383, в този смсиъл и **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 161.

собственика-длъжник и несобственика-кредитор и титуляр на *ius distrahendi*, по силата на която несобственикът се отказва от разпоредителното си правомощие върху вещта, признато му по силата на учредения залог. Независимо от изразените различни виждания в доктрината, ми се струва, че историческото развитие на *ius distrahendi* свидетелства, че подобна уговорка не може безусловно да бъде противопоставена на трети лица. Въвеждането на изискването за *denuntiatio* може да се възприеме като компромис и като опит да се постигне балансирано разрешение на конфликта между правните интереси на длъжника и кредитора. От една страна, уговорката за непрехвърлимост на заложеното благо цели да предпази длъжника от произволното упражняване на *ius distrahendi* от кредитора. Израз на тази защитна функция е и задължението на кредитора да отправи на три пъти уведомление до длъжника, като по този начин му даде възможност своевременно да изпълни задължението си и да избегне продажбата на своята вещ. Същевременно, за да не се намалява интензитетът на договорната обвързаност, е предвидено, че действието на *pactum de non alienando* може да бъде преодоляно при неизпълнение на задължението от страна на длъжника, последвано от *denuntiatio*. Кредиторът може да продаде вещта, независимо от наличието на договорна забрана за разпореждане с нея, стига да са кумулативно налице предвидените в Dig. 13.7.4 предпоставки. Така правилото санкционира неизправния длъжник, който не изпълнява задължението си, но разчита на *pactum de non alienando*, за да запази правото си на собственост върху заложената вещ. С оглед на тези обстоятелства ми се струва най-разумно предвидената в текста на Dig. 13.7.4 хипотеза да бъде причислена към втората група уговорки за ограничаване на прехвърлимостта, доколкото договорна забрана за продажба на вещта не води до изваждането на заложеното благо от гражданския оборот.

Клауза за непрехвърлимост на благо, която обвързва единствено уговорилите я страни, но не и трети лица, е уредена и в текста на C 4.6.3, който предвижда, че *ако дарител дари една вещ общо на две лица с уговорката, че нито едно от тях няма да може да се разпореди със своята част, нарушението на тази забрана поражда condictio в полза на дарителя и на неговите наследници*[140].

Изолирано е изразеното в по-старата доктрина виждане, че правилото на C 4.6.3 урежда хипотеза на *pactum de non alienando*, който може да бъде противопоставен на всички трети лица. Авторите, които го поддържат, приемат, че абсолютното действие на клаузата за непрехвърлимост на благото произтича от безвъзмездния характер на разпореждането. Според тях, волята на дарителя

[140] На латински език правилото гласи: Imperatores Valerianus, Gallienus. Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel heredi eius condictio, si non fuerit condicio servata, quaeratur.

да ограничи разпореждането с дарената вещ следва да бъде предпочетена пред волята на надареното лице, което цели да се разпореди със същата тази вещ[141].

Следващите поколения юристи обаче възприемат противоположното виждане, а именно че действието на договорната забрана за разпореждане е ограничено само до страните по договора за дарение. Признатото право на *condictio* следва да се разбира в смисъл, че ако надареното лице наруши *pactum de non alienando* и сключи разпоредителна сделка с дареното му благо, дарителят и неговите наследници могат да предявят кондикционен иск, с който да претендират обезщетение, а именно паричната сума, която е получил прехвърлителят при продажба на благото. С други думи, кондикционният иск е договорната санкция, предвидена при неизпълнение на задължението за *non-facere* от страна на надареното лице, но чрез предявяването му не може да се осуети сключената от него прехвърлителна сделка[142].

3.3. *Хипотези, при които pactum de non alienando може да бъде противопоставен на всяко трето лице*

Най-сетне, третата група обхваща клаузите за непрехвърлимост на блага, които могат да осуетят по-нататъшното разпореждане с благото и са противопоставими на всички трети лица.

Сред тях, водещо значение има хипотезата, уредена в Dig. 20.5.7.2, което и до днес продължава да поражда оживени дискусии в правната доктрина. Съгласно превиденото в текста на Dig. 20.5.7.2 правило, „*Поставя се въпросът какво е действието на клаузата, с която кредиторът се уговаря със своя длъжник последният да не се разпорежда със заложената или ипотекирана*

---

[141] Така **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 310–311. Заслужава да се отбележи, че и в най-новата история може да се открие пример за особеното значение, което се придава на клаузата за непрехвърлимост на благо, включена в договор за дарение или в завещание. През 1971 г. френският законодател въвежда разпоредбата на чл. 900-1 от френския ГК, съгласно която клаузите за непрехвърлимост по отношение на едно дарено или завещано благо са действителни само ако са ограничени със срок и са скрепени със сериозен и правно обоснован интерес. Разпоредбата на чл. 900-1 от фр. ГК гласи: *Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si ells sont temporaries est justifies par un intérêt sérieux et légitime*.

[142] Така изрично **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, op.cit., p. 14 – „*Das Wort condictio bezeichnet eine persönliche Klage"*; **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 198 – „ … *wenn gegen dasselbe pactum veräußert wurde, nur eine persönliche Klage gegen den Veräußerer entsteht, nicht aber eine dingliche."*; **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 64–65 – „*Dieser Gesetze* (Dig. 18.1.75; Dig. 19.1.21.5 и C 4.6.3. – бел. моя) *lassen gar keinen Zweifel übrig, daß wenn dem Vertrage zuwider gehandelt wird, wodurch sich der Erwerber einer Sache verbindlich gemacht hat, die auf ihn übertragene Sache nicht zu veräußern, bloß eine persönliche Klage auf Entschädigung gegen den Veräußerer angestellt werden könne"*.

негова вещ. Дали подобно споразумение е нищожно поради противоречие със закона, така че вещта да може да бъде продадена? Подобна продажба е без съмнение нищожна, така че уговорката произвежда действие"[143].

Преобладаващото разбиране сред правните хуманисти от XVI век е, че забраната за разпореждане в този случай води до нищожност на сключената разпоредителна сделка. Те приемат, че при продажба на заложеното или ипотекираното благо, за кредитора възниква правото да иска връщане на вещта в патримониума на своя длъжник, по силата на сключения *pactum de non alienando*. Поради това, авторите разглеждат правилото на Dig. 20.5.7.2 като изключение от Dig. 2.14.61, доколкото не само допуска собственикът на благото да се задължи спрямо несобственик да не се разпорежда със своето собствено благо, но дори изрично прогласява сключената в нарушение на договорната забрана за прехвърляне продажба, за нищожна[144].

Отделни юристи, причислявани към школата на хуманистите, а по-късно под тяхно влияние, и някои представители на Школата на естественото право, възприемат разбирането, че в настоящия случай уговорката за непрехвърлимост на благото не води до нищожност на сключената разпоредителна сделка със заложеното или ипотекирано благо. Според тях, правилото на Dig. 20.5.7.2 по-скоро урежда хипотеза на относителна недействителност[145]. В подкрепа на изразеното от тях становище, те посочват, че предназначението на разпоредбата е да защити имуществените интереси на обезпечения кредитор. Независимо че се произнасят в подкрепа на действителността на уговорката за непрехвърлимост на благото, те посочват, че единственият правен интерес, който може да бъде засегнат от сключената разпоредителна сделка, е този на кредитора. Най-вероятно и тъкмо тази особеност, а именно че се засяга индивидуален, а не обществен интерес, мотивира авторите да приемат, че сключената в нарушение на забраната по Dig. 20.5.7.2 покупко-продажба води до прехвърляне на вещното право, като е *„нищожна само между длъжника и кредитора, но не и по отношение на други лица"*[146]. С оглед на това те приемат, че при отнемане на прехвърлената вещ, легитимиран да предяви

---

[143] В оригинал правото на Dig. 20.5.7.2 гласи: „Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris est, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire posit? Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur".

[144] Сред тях попадат Francisco de Caldas Pereira (1543–1597) и Rodericus Soarez, испански юристи, както и Sfortia Oddus, италиански юрист, цит. по **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 300–301.

[145] Основният поддръжник на това виждане сред хуманистите е френският юрист Ludovicus Charondas (Louis le Caron; 1534 – 1613). Към това разбиране, близо един век по-късно, се присъединява и Johan van der Sande, така изрично **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 303.

[146] Вж. **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 303 – *„The sale is therefore not purely void, but it is only void as between the persons*

ревандикационния иск е третото лице – купувач, придобило собствеността от залогодателя-длъжник, а ответникът, който упражнява фактическата власт върху вещта, няма да може да се брани с възражение, че прехвърлителната сделка между длъжника и купувача е нищожна като противоречаща на *pactum de non alienando* и така да оспорва легитимацията на ищеца.

Отчетливите колебания в правната доктрина при тълкуване на правилото на Dig. 20.5.7.2. се пренасят и при следващите поколения изследователи.

От една страна се поддържа разбирането за нищожност на сключената в противоречие с *pactum de non alienando* разпоредителна сделка. Някои автори приемат, че в случая е изключение от общата недопустимост на уговорка, по силата на която собственикът се задължава да се въздържа от разпореждане със собственото си благо[147]. Други са склонни да потърсят обяснение на това разрешение в обстоятелството, че е налице „разумен интерес“ в полза на кредитора, обезпечен със залог или ипотека, да настоява за ограничаване на по-нататъшното разпореждане с благото. Според тях, тъкмо това е мотивирало съставителите на Dig. 20.5.7.2 да предвидят нищожност на покупко-продажбата, сключена в противоречие с *pactum de non alienando*[148].

Същевременно, немалко са и авторите, които приемат, че уговорката за непрехвърлимост на заложеното или ипотекирано благо не може да осуети прехвърлителното действие на разпоредителна правна сделка. Според някои, така изразеното разбиране е в унисон със замисъла да се предостави защита на правните интереси на кредитора, доколкото учредените обезпечения върху благото не отпадат при прехвърлянето му и могат да бъдат противопоставени на всеки следващ приобретател. Поради това, доколкото интересите на кредитора не са застрашени, подобна забрана следва да обвързва единствено страните, които са я уговорили[149]. Други автори отхвърлят виждането, че сключената в нарушение на *pactum de non alienando* прехвърлителна сделка е нищожна, с аргумента, че подобни договорни забрани за прехвърляне винаги пораждат действие само между страните и не могат да осуетят разпореждането с благото, с оглед на което са уговорени[150].

Заслужава да се отбележи, че във връзка с правилото на Dig. 20.5.7.2 е налице колебание не само по отношение на правните последици. Още през Сред-

---

who entered into the pact, that is as between the debtor and the creditor, and not as between others“.

[147] Като изключение от Dig. 2.14.61 настоящото правило се разглежда от **Gesterding**, Friedrich. Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und ähnlichen Rechten, die ihm nahe kommen, op.cit., p. 29.

[148] Така **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, op.cit., p. 13.

[149] В този смисъл вж. **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 60–61.

[150] Така **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 187–188.

новековието, сред представители на глосаторите е изказано съмнение дали общоприетият текст на Dig. 20.5.7.2 е автентичният. Основание за това съмнение създават някои преписи на римските текстове, в които вместо „*nullam esse venditionem"*, е посочено „*nullam esse pactionem"* (подч. мое – бел. моя). Тази замяна изцяло променя смисъла на правилото, като отнася нищожността не спрямо сключената покупко-продажба, а спрямо самия пакт, с който е уговорена непрехвърлимостта[151]. Съществуващата неяснота по въпроса кой е автентичният текст провокира *Bartolus*[152], постглосатор и професор в университета в Перуджа, да замине заедно със своя колега *Accurcius*[153] за Пиза, където се съхранява екземпляр от Флорентинското копие на Пандектите, считано за най-достоверното по онова време[154]. *Bartolus* установява, че автентичното правило съдържа израза „*nullam esse venditionem"*, а отклонението е прието за ръкописна грешка, допусната при преписа на текста[155].

Независимо от авторитетното заключение на *Bartolus*, съмненията не са преодолени през следващите столетия. Стига се дотам, че редица автори, в опит да разкрият действителния смисъл на правилото, прилагат коригиращо тълкуване и по този начин изменят изцяло някои от използваните думи. Така например, *Francis Donellus* продължава да поддържа, че автентичният текст на правилото е „*nullam esse pactionem"*. Той се присъединява към разбирането, че действителният смисъл на Dig. 20.5.7.2 е да уреди нищожността на *pactum de non alienando*, най-вече с оглед правилото на Dig. 2.14.61, недопускащо ограничаване на разпоредителните правомощия на собственика[156]. Друг хуманист, *Antoninus Faber*, също приема, че автентичният текст съдържа израза „*nullam esse pactionem"*. Наред с това, според него, изразът „*ne liceat debitori"* следва да се чете като "*ne liceat debitoris*" (подч. мое – бел. моя). Така, проме-

---

[151] Вж. **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 301. В същия смисъл и **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 57.

[152] Bartolus de Saxoferrato (1313–1357), италиански професор в университета в Перуджа и един от най-влиятелните юристи-постглосатори.

[153] Че спътник на Bartolus е Accurcius приема **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 58. Други автори посочват, че това е Francis Ticinus, така van der Sande, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 302. Струва ми се обаче, че това различие в авторовите позиции не е от съществено значение.

[154] Така **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 302. Същото отбелязва и **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 229–230.

[155] Това е общоприето в доктрината, вж. **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 230; вж. също и **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 58, както и **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 302.

[156] Така **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 57.

неният смисъл на правилото според него е „*ако кредиторът се е задължил да не продава заложената или ипотекирана в негова полза вещ, принадлежаща на длъжника, действителен ли е този пакт? Този пакт е нищожен, а продажбата е действителна*“[157]. Някои автори, сред които и *Hieronymus de Oros*, също подкрепят разбирането, че замисълът на текста на Dig. 20.5.7.2 е да прогласи недействителността на уговорката за непрехвърлимост на вземане, но в подкрепа на виждането си привеждат аргумент, различаващ се от досега разгледаните. Особено внимание те отделят на използвания в текста израз “*nullam esse venditionem, ut pactioni stetur*”. Според тях, *ut* не следва да се разбира като наречие, а като условно наклонение – „*ita ut*“ и да се превежда „*по начин че*“. Освен това, „по начин че“ следва да се отнесе не до *pactum*, а до *venditio*. Така, смисълът на правилото се изменя по следния начин „*няма случай на продажба, при който този pactum да произведе действие*“[158].

Предвид продължаващите в правната доктрина разногласия, едва ли е изненадващо, че дори и изследовател като *G. Puchta* е склонен да подкрепи тълкуване на правилото, различно от общоприетото. Според него, в този си вид текстът на Dig. 20.5.7.2 е лишен от правна логика. Авторът припомня несъмненото правило, че приобретателят на заложено или ипотекирано благо го придобива, но обременено с обезпечение, тъй като обезпечението следва вещта. Поради това, наличието на учреден залог или ипотека не води до осуетяване на прехвърлителната сделка. В този смисъл, отказът на длъжника да се разпорежда със своята вещ по същество не създава по-благоприятно правно положение за кредитора[159].

Също така, *Puchta* не подкрепя и преобладаващото сред своите съвременници разбиране, че забраната за разпореждане с благото може да бъде противопоставена на всяко лице и да доведе до невъзможност за сключване на прехвърлителни сделки. Според него, такова действие би могло да е налице само в случай, че по силата на *pactum de non alienando* за кредитора възникне „*вещен иск*“ („*dingliche Klage*“). Предявилият ревандикационен иск действително може да иска вещта от всяко трето лице, но тогава ищецът има правното качество „*собственик*“, а не „*кредитор*“, какъвто е уреденият в Dig. 20.5.7.2 случай. Всъщност, на кредитора е признат „*вещен иск*“, а именно *actio in rem*

---

[157] Вж. **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 303, който е възпроизвел предложената от *Antoninus Faber* версия изцяло. Тя е преведена на английски език, като съм използвал тъкмо този превод.

[158] Различните виждания относно коригиращото тълкуване на правилото са изложени в **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 59, откъдето съм използвал и съответните преводи. Авторът превежда на немски резултата от тълкуването на *Hieronymus de Oros* по следния начин; „*Es sei gar kein Verkauf denkbar, bei welchem das pactum gelten könne*“.

[159] Така **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 224.

hypothecaria, но той възниква не по силата на *pactum de non alienando*, а като правомощие, част от съдържанието на вещното обезпечение. Този иск обаче се признава не на собственика, а на кредитора с учредено в негова полза реално обезпечение. С него действително може да се иска предаване на вещта от всяко трето лице, но единствената причина, поради която на несобственик се признава *actio in rem*, е да защити качеството му на обезпечен кредитор. С *actio in rem hypothecaria* може да се търси предаването не на всякаква вещ, а само на тази, която е заложена или ипотекирана вещ, и то единствено с оглед евентуално насочване на принудителното изпълнение върху нея[160].

Право в полза на кредитора, противопоставимо на всяко трето лице според *Puchta*, може да възникне по силата на уговорка, но тя е различна по съдържание от *pactum de non alienando*. Длъжникът и обезпеченият кредитор могат да предвидят, че при опит за разпореждане с благото от страна на длъжника, правото на собственост върху него се прехвърля на кредитора. По същество, това означава на разпоредителната сделка със заложеното благо, която длъжникът се домогва да сключи, да се придаде значение на прекратително условие, водещо до изгубване на правото на собственост за длъжника и възникване на ново право на собственост върху тази вещ в полза на кредитора. Тълкуването на правилото на Dig. 20.5.7.2 обаче изключва вероятността това да е неговият смисъл, доколкото текстът разглежда въпроса за договорното ограничение на разпоредителните правомощия на длъжника, а не урежда придобивен способ в полза на кредитора[161].

На следващо място, *Puchta* се присъединява към авторите, за които посещението на *Bartolus* в Пиза и извършеното сравнение с текста на Флорентинското копие не е достатъчно убедително свидетелство за автентичността на настоящата редакция на Dig. 20.5.7.2. За разлика от предходните поколения изследователи, *Puchta* прилага систематично, а не корективно тълкуване на текста. Според него, правилото на Dig. 20.5.7.2 не кореспондира смислово с другите текстове от Dig. 20.5.7. Правилата, приписвани на Марциан, предвиждат, че „*Ако кредиторът продаде заложена или ипотекирана вещ при условие, че може да върне на купувача платеното за нея и да я придобие, може ли длъжникът да постигне същия резултат, ако е готов да заплати даденото от купувача? В 11-тата книга от своите Дигести, Юлиан пише, че заложената вещ е действително продадена, но в този случай кредиторът трябва да прехвърли исковете си (за получаване на вещта – бел. моя) на длъжника. Това, което Юлиан приема относно pignus, намира приложение и при hypotheca. 1. Трябва да изследваме дали когато ипотекирана вещ*

[160] За правните белези на *actio hypothecaria* вж. по-подробно **Black's Law Dictionary**. 8 Ed., 2004, Thomson West, p. 739.

[161] Вж. **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 228–229.

е продадена, длъжникът може да възстанови платеното на купувача и да я придобие отново. Ако вещта е продадена с уговорката, че продажбата може да отпадне, ако длъжникът заплати сумата в рамките на определен период от време, той може да си върне вещта, ако плати в рамките на този период. Но ако срокът е изтекъл или такава уговорка не е била постигната, продажбата не може да отпадне, освен ако длъжникът не е на възраст под двадесет и пет години, pupillus, отсъстващ или попадащ в друга група, която се обхваща от защитата по едикта.“

Следващото правило, а именно Dig. 20.5.7.2, урежда договорна забрана за разпореждане със заложеното или ипотекирано благо, като текстът очевидно третира благоприятно не длъжника, а кредитора. Според *Puchta*, подобен текст не се вписва в духа на Dig. 20.5.7, който урежда правните възможности за длъжника да придобие отново вещта, върху която е било учредено вещно обезпечение и е продадена от кредитора, след нейната продажба. Поради това, авторът приема, че текстът е сгрешен при неговото възпроизвеждане от глосаторите през Средновековието. Според него, автентичният текст на правилото звучи така: „*Допустима ли е уговорка между длъжник и кредитор, по силата на която последният няма да се разпорежда със заложеното или ипотекирано благо (за да удовлетвори вземането си – бел.моя)? Няма съмнение, че такъв пакт е нищожен, така че продажбата е действителна*“[162].

Струва ми се, че изложените разсъждения позволяват да се приеме, че *Puchta* изобщо не е склонен да открие хипотеза на *pactum de non alienando* в разпоредбата на Dig. 20.5.7.2. Основният му аргумент произтича от систематичното място на правилото, което не кореспондира с останалите текстове, уреждащи правомощия на длъжника да си върне обратно /да откупи/ заложената или ипотекирана вещ, която е била продадена от кредитора. Флорентинският екземпляр предвижда, наред с тези благоприятни за длъжника разрешения, и уговарянето на забрана за разпореждане, която без съмнение е в ущърб на длъжника, тъй като го лишава от разпоредителното му правомощие върху собственото му благо. Същевременно, ползата от подобна забрана, уговорена в полза на кредитора, е съмнителна, доколкото лицето може успешно да упражни правата си, произтичащи от учреденото обезпечение, срещу всяко трето лице.

---

[162] Авторът е приложил предложения от него прочит на латински език. Вж. **Puchta**, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign., op.cit., p. 235 – “*Quaeritur si pactum sit a debitore* (в общоприетия вариант – *creditore*), *ne liceat creditori* (в общоприетия вариант – *debitori*) *hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit psita, ideoque venire posit? Et certum est nullam esse pactionem* (в общоприетия вариант – *venditionem*), *ut venditioni* (в общоприетия вариант – *pactioni*) *stetur*.

Напротив, съгласно предложения от *Puchta* прочит, текстът урежда хипотеза на недействителност, като прогласява уговорката, отнемаща правото на обезпечения със залог или ипотека кредитор да се разпореди с благото, за нищожна. Няма съмнение, че подобна уговорка обезсмисля учреденото обезпечение и на практика лишава това лице от предимство спрямо останалите хирографарни кредитори на длъжника.

Това дава основание да се приеме, че съгласно прочита на *Puchta*, правилото на Dig. 20.5.7.2 очертава пределите, до които се простира защитата на длъжника, изразяваща се във възможността да придобие отново вещта, която кредиторът е продал по силата на признатото му *ius distrahendi*. Струва ми се, че *Puchta* в случая открива конфликт между правните интереси на длъжника, чиято вещ е била продадена от кредитора, и третото лице – приобретател на вещта. Авторът разрешава този конфликт в полза на длъжника, но при кумулативното наличие на две предпоставки. Първо, кредиторът следва да е продал вещта, като презумптивно се е удовлетворил от покупната цена. Също така, в договора за покупко-продажба следва да е включена клаузата за обратно изкупуване, като е предвиден и срок за нейното упражняване[163]. Едва при наличието на тези два елемента, за длъжника възниква правото да откупи вещта си, като заплати на третото лице – приобретател, заплатената от него парична сума.

Заслужава да се отбележи, че предложеният от *Puchta* прочит не се споделя в модерната римскоправна доктрина, която е склонна да подкрепи разбирането, че Dig. 20.5.7.2 урежда хипотеза на *pactum de non alienando*[164]. Що се отнася до правните последици от нарушаването на договорно установената забрана за разпореждане със заложеното благо, авторите изрично признават възможността клаузата да бъде противопоставена на всяко трето лице и да осуети разпоредителната сделка, която длъжникът се домогва да сключи[165].

---

[163] Заслужава да се отбележи, че така предложеното тълкуване от страна на G. Puchta разкрива някои общи правни белези с правилото на чл. 333 от Търговския закон, което урежда продажбата с уговорка за изкупуване.

[164] Така **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 181–182. Това разбиране се подкрепя и в най-новата правна доктрина от **Schanbacher**, Dieter. Verpfändungspraxis und Pfandrecht, op.cit., p. 202, който се произнася в полза на действителността на *pactum de non alienando*, а по отношение на правните последици цитира текста на Dig. 20.5.7.2 in fine: „*at certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur*“. Струва ми се, че по този начин авторът също се присъединява към разбирането за недействителността на продажбата, осъществена в противоречие с договорната забрана за прехвърляне.

[165] Пак там, с. 181–182; „*Wie die Schlussworte von 7.2 zeigen, hat die Verbotsabrede dingliche Wirkung und macht die abredewidrige Veräußerung nichtig*“.

Аргумент в подкрепа на това разбиране може да се потърси, според тях, в историческото развитие на *ius distrahendi*[166].

Струва ми се, че становището, според което забраната за прехвърляне на вещта по Dig. 20.5.7.2 поражда действие спрямо всяко трето лице, следва да се подкрепи. Не може да се отрече, че изразеното от *Puchta* виждане е оригинално, но според мен съществува още един решаващ аргумент, който недвусмислено премахва необходимостта от каквото и да е корективно тълкуване на правилото. В предюстиниановия правен ред, кредиторът разполага с правото да предяви както иск срещу главния длъжник и неговите поръчители, така и срещу всяко трето лице, което е обезпечило със своя вещ чуждото задължение. Изборът е предоставен на кредитора, който в зависимост от платежоспособността на длъжника, размера на задължението и стойността на заложеното благо, може да предпочете да се удовлетвори направо чрез продажба на заложената вещ. По времето на император Юстиниан е въведено правило в Новелите, че когато вещта, послужила за обезпечение на вземането, принадлежи на трето лице, кредиторът следва първо да се обърне към главния длъжник и поръчителя (ако има такъв), а едва след това да пристъпва към продажба на заложената вещ[167]. На третото лице, обезпечило чуждото задължение със залог върху своята вещ, се признава *exceptio excussionis personalis*, а именно възражение за поредност.

---

[166] Първоначално, обезпечителният ефект за кредитора се изразява тъкмо в отказ от страна на длъжника да се разпорежда със своя вещ до удовлетворяване на задължението. Едва през периода на класическото римско право, под влияние на развиващия се търговски оборот, се допуска уговорка (*pactum de distrahendo*), по силата на която кредиторът има правомощие да продаде заложеното благо, за да се удовлетвори. Така **Goebel**, Richard. Reconstructing the Roman Law of Real Security, op.cit., p. 52. За необходимостта от *pactum de distrahendo* свидетелства и текстът на Dig. 13.7.4, разгледан в рамките на втората група договорни забрани за прехвърляне на блага.

[167] Вж. текста на IV-тата Новела, глава Втора. Sed neque ad res debitorum quae ab aliis detinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus et contra mandatores et fideiussores et sponsores: sitque ad res veniens principalis, sive ab alio teneantur, et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorem et mandatorem et sponsorum. Idem est dicere vel si quos habuerint omnes ipsi sibimet obligatos et qui hypothecariis actionibus teneri possint. Contra principales tamen et existentes apud eos res (sive personalibus sive hypothecariis mox sive ambabus uti voluerit) omnem ei damus licentiam, quae dudum a nobis dicta est, et viam et ordinem in aliis personis casibusque sancitam. Et non solum hoc in creditoribus dicimus, sed et si quis emerit aliquid ab aliquo, deinde acceperit cum quem vocant confirmatorem, et moveatur in aliquo venditionis conventio contra venditorem facta, non adversus confirmatorem mox emptor accedat, neque tenentem aliquid rerum venditoris, sed ad venditorem prius, et sic ad confirmatorem, et tertio loco contra detentatorem. Eadem etiam hic existente divisione super praesentibus et absentibus, quam dudum in fideiussoribus et mandatoribus et sponsoribus ac creditoribus [causa debitorum] sancivimus; similiter obtinente etiam in aliis contractibus, in quibus fideiussores aliqui aut mandatores aut sponsores accipiuntur, et in ipsis principalibus ex utroque et in heredibus eorum et successoribus. Antiqua siquidem lex haec valeat rursus et cum huiusmodi iustitia atque divisione nostros subiectos foveat.

Чрез *exceptio excussionis personalis* третото лице, което е учредило обезпечение върху своята вещ или е придобило вещ, върху която е учреден *pignus*, може да отблъсне претенцията на кредитора, като принуди последния да насочи изпълнението първо към имуществото на главния длъжник и на евентуалните поръчители, а едва след това да пристъпи към продажба на вещта[168].

Струва ми се, че тъкмо това *exceptio* обуславя и интереса на кредитора да настоява вещта, върху която е учредено обезпечението, да не бъде прехвърляна на трето лице. Чрез уговорката за непрехвърлимост на вещта, кредиторът е защитен срещу подобно възражение от страна на бъдещия приобретател на заложеното благо. Така, по силата на *pactum de non alienando*, за кредитора възникват благоприятни правни последици. Той може първо да пристъпи към продажба на заложеното благо и едва в случай че получената сума е по-малка от размера на вземането му, да се насочи към останалото имущество на длъжника и на поръчителите. Напротив, в случай че заложената вещ междувременно е била прехвърлена на трето лице, кредиторът може да иска продажбата ѝ едва след безуспешния опит да се удовлетвори от имуществото на главния длъжник и на поръчителите. Тъкмо това обстоятелство обуславя „разумния интерес“ [169] на кредитора, който да доведе до възможността *pactum de non alienando* да бъде противопоставен на всяко трето лице[170].

---

[168] Така **Goeschen**, Johan. Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Sachenrecht. Band 3. Theil 2, 1843, p. 407. На това обръща внимание и **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 163.

[169] В този смисъл **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, op.cit., p. 13 – „Deßwegen verwirft auch die 2.14.61 einen Vertrag der oben bezeichneten Art, doch läßt ihn 20.5.7.2 gültig sein, wenn ein vernünftiges Interesse bei demselben vorhanden ist“.

[170] Заслужава да се отбележи, че независимо от липсата на нормативно правило, закрепено в позитивното право, хипотезата продължава да поражда правни спорове дори и в съвремието. И днес се приема, че интересът на кредитора действително може да бъде засегнат от сключване на разпоредителна правна сделка с благо, върху което е учреден залог или ипотека. Кредиторът, чието вземане е обезпечено по този ред, е легитимиран да предяви иск по чл. 135 ЗЗД, за да бъде разпоредителната сделка с това благо обявена за относително недействителна спрямо него, като увреждаща неговите интереси. В този смисъл е имал случай да се произнесе ВКС с ***Решение № 407 от 29.12.2014 г. по гр.д. № 2301/2014 г., IV г.о. ГК на ВКС***. Едва ли сериозно може се поддържа, че правилото на Dig. 20.5.7.2 е „надживяло“ постепенното отмиране на римското право и е продължило да съществува като разрешение в съдебната практика. Според римското право в този случай е налице пълна недопустимост на разпореждането, настъпваща ex lege, докато в наши дни подобен фактически състав само поражда правната възможност за кредитора да предяви иск по чл. 135 ЗЗД и да докаже засягането на имуществените си интереси. Независимо от това, близостта между отделните елементи от двата фактически състава не оставя съмнение, че по същество се охранява един и същи кредиторов интерес и дори и днес, през 21-ви век, подобна разпоредителна сделка се разглежда като увреждаща кредитора.

Друга хипотеза, която правната доктрина е склонна да разглежда като особена разновидност на *pactum de non alienando*, е забраната за освобождаване на роби[171]. Тя е предвидена в правилото, изразено в Dig. 40.1.9[172]. *Роб, който е продаден под условие, че няма да бъде освободен, или такава забрана е включена в завещание, или е наложена от префекта на града поради извършено от него престъпление, не може да бъде освободен*.

Обстоятелството, че забраната за освобождаване на продадения роб ограничава собствениеческите правомощия, дава основание тя да се разглежда на това систематично място. Що се отнася до въпроса относно правните последици, историческите извори свидетелстват, че тази забрана може да да бъде противопоставена на всяко трето лице и така да запази собствеността върху роба у прехвърлителя. Аргумент в подкрепа на това действие може да се открие в текста на Dig. 40.9.9.2, който предвижда, че *роби, продадени под условие, че не трябва да бъдат освобождавани, или относно които забраната за освобождаване е включена в завещание или закрепена в заповед на префекта, не получават свободата си, дори и да се направи опит за тяхното освобождаване*. Обстоятелството, че тази забрана може да бъде противопоставена на всяко трето лице, се възприема и сред представители на модерната римскоправна доктрина[173].

Систематичното тълкуване на двете правила разкрива, че по отношение на забраната за освобождаване на роби, волята на частноправния субект е приравнена по своето правно действие и последици на актовете на публичната власт. Нещо повече, текстовете недвусмислено свидетелстват, че действието на забраната за освобождаване на роби е безусловно и не е обусловено от никакви допълнителни обстоятелства, докато забраната, произтичаща от акт на претора, по-скоро представлява санкция за извършено от роба престъпление.

Доколкото в този случай на волята на частноправния субект е придадена юридическа сила, равна, а според някои автори, дори и превъзхождаща тази на орган на публичната власт, очевидно е, че е налице изключение. В подкрепа на това разбиране е и текстът на Dig. 40.4.9.1[174], ограничаващ приложното поле на тази забрана само до собствения роб.

---

[171] Преобладаващо, по-ранните поколения автори изобщо не обсъждат забраната за освобождаване на роби. В по-новата правна доктрина, тази забрана се разглежда като разновидност на pactum de non alienando, така **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 184 et seq.

[172] На латински език: Servus hac lege venditus, ne manumittatur, vel testamento prohibitus manumitti, vel a praefecto vel a praeside prohibitus ob aliquod delictum manumitti ad libertatem perduci non potest.

[173] Така изрично **Kaser**, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, op.cit., p. 186.

[174] В оригинал: CQuod constitutum est vetitum in testamento ad libertatem perduci non posse manumitti, hoc ad eos pertinere puto, qui testatoris fuerunt vel heredis: servo enim alieno id irrogari non poterit.

4. Опит за извеждане на единни правни последици относно pactum de non alienando в римското частно право

Извършеният преглед на трите групи текстове, уреждащи хипотези на *pactum de non alienando*, позволява да се приеме, че тази уговорка присъства в две основни разновидности.

На първо място, възможно е собственикът на една вещ да поеме задължение спрямо несобственик да не се разпорежда със своята вещ изобщо или по определен начин. Другото възможно разрешение е *pactum de non alienando* да бъде включен като допълнителна клауза в съдържанието на прехвърлителен акт, по силата на която на приобретателя се забранява или ограничава разпоредителното правомощие.

Поначало, римското право не допуска действието на първата разновидност на *pactum de non alienando*. Дори и изрично уредените хипотези (Dig. 20.5.7.2), които все пак уреждат възможността собственикът да поеме задължение спрямо несобственик да не се разпорежда със своето благо, провокират доктринален спор, който се пренася през поколения юристи и остава нерешен и до днес. Напротив, втората разновидност на *pactum de non alienando*, при която клаузата за прехвърляне на блага се включва в съдържанието на разпоредителната сделка, е и типичната проявна форма на този институт в римското право.

Тъкмо в светлината на тези разсъждения, правната доктрина преобладаващо поддържа, че в римското частно право действието на договорните забрани за разпореждане с блага е ограничено само между уговорилите ги страни. Вещта, с оглед на която е уговорена непрехвърлимост, продължава да бъде *in commercium* и възможността за по-нататъшно разпореждане с нея не е осуетена[175].

Същевременно, не са малко и онези автори, които все пак допускат, при определени условия, и договорната забрана за прехвърляне да осуети действието на транслативна сделка с благото. Още глосаторът *Bulgarus de Bulgari* обосновава разбирането, че когато *pactum de non alienando* е уговорен преди предаването на вещта, договорната забрана не попада в приложното поле на Dig. 2.14.48 и така стои извън обхвата на правилата, закрепени в Dig. 18.1.75

[175] Така изрично **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 199, както и **Gesterding**, Friedrich. Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und ähnlichen Rechten, die ihm nahe kommen, op.cit., p. 27. В същия смисъл се произнася и **Mitteis**, Ludwig. Römisches Privatrecht. Bis auf die Zeit des Diokletians, Ester Band, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1908, p. 254–255, който обаче изтъква, че са налице изключения от това общо положение. Такъв е случаят с клауза за непрехвърлимост на благо, включена в завещание или забраната за освобождаване на роб. Последното изрично се приема и от **Kaser**, Max. Roman Private Law, op.cit., p. 121.

и в Dig. 19.1.21.5[176]. Въз основа на така изразеното разбиране, представители на Школата на естественото право приемат, че това е начинът, по който на уговорката за непрехвърлимост на благото да се придаде абсолютно действие, така че забраната да бъде противопоставена на всяко трето лице[177].

Независимо че това разбиране е преодоляно в трудовете на следващите поколения юристи, някои представители на пандектната правна доктрина все пак са склонни да подкрепят виждането, че има случаи, при които *pactum de non alienando* осуетява бъдещата разпоредителна сделка с благото, с оглед на което е уговорена. Освен в изрично предвидените в *Corpus Iuris Civilis* хипотези, авторите откриват още три възможни разрешения, при които като че ли се постига същия правен резултат.

В случай че страните допълнят съдържанието на уговорката за непрехвърлимост на благото, като придадат на нарушаването на тази забрана значението на прекратително условие, то опитът на лицето да се разпореди с това благо води автоматично до отпадане на неговото право на собственост. Последното се връща в патримониума на първоначалния прехвърлител, като по този начин третото лице е в положението да договаря с несобственик. Ако по отношение на движимите вещи приложение намира правилото *en fait des meubles, la possession vaut titre*[178] и третото лице придобива правото на собственост върху движимата вещ чрез оригинерен способ, то по отношение на недвижимите имоти подобно правило липсва[179].

Възможно е, на второ място, страните да гарантират надлежното изпълнение на задължението за *non-facere*, произтичащо от клаузата за непрехвърлимост на благото, като задълженото лице учреди ипотека върху благото в полза на прехвърлителя. В такъв случай, ако приобретателят се разпореди с недвижимия имот, той е в неизпълнение на задължението, обезпечено с ипотека. На свой ред, това обстоятелство позволява на заинтересованото лице да пристъпи към осребряване на недвижимия имот[180]. Струва ми се, че тази хипотеза по същество съвпада с разрешението, изразено в Dig. 20.5.7.2 и поради

---

[176] В този смсиъл **von Gmelin**, Christian. Über das pactum de non alienando, op.cit., p. 192 – „ *... und die dritte von Bulgarus, welcher unterschied, ob das pactum de non alienando dem Contracte und der Tradition zugleich, oder bloß der Tradition, oder bloß dem Contracte beigefügt wurder, und nur in dem dritten Falle eine Eigentumsübertragung annahm*“.

[177] Така **van der Sande**, Johan. A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things, op.cit., p. 314, който изрично се позовава на разбирането, възприето от *Bulgarus de Bulgari*.

[178] „По отношение на движимите вещи, владението е равносилно на титул за собственост“. Функционалният еквивалент на това правило в действащото българско право е разпоредбата на чл. 78 от Закона за собствеността.

[179] Това приема **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, op.cit., p. 20.

[180] Вж. **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p. 67–68.

това не би било оправдано да се обособява като отделен способ. Нещо повече, в случая *pactum de non alienando* не влияе върху прехвърлителния ефект, доколкото правото на собственост върху благото действително преминава в патримониума на третото лице. Едва след като заинтересованото лице упражни *ius distrahendi* и недвижимият имот бъде закупен от друг, третото лице губи правото на собственост.

Най-сетне, авторите приемат, че *pactum de non alienando* ще осуети прехвърлянето на благото и когато лицето, което се домогва да го придобие, знае за наличието на тази уговорка[181].

Струва ми се, че в така изброените три изключения засягането на патримониума на третото лице-приобретател на благото, не произтича непосредствено от *pactum de non alienando*, а от допълнителен юридически факт – уговарянето на прекратително условие, учредяването на ипотека, знанието за наличието на тази уговорка. Поради това, заслужава подкрепа разбирането, че клаузите за непрехвърлимост на блага в римското частно право поначало действат само *inter partes*. Според мен, възприемането на това становище от страна на доктрината се дължи не само на обстоятелството, че най-многобройни са тъкмо случаите, при които забраната действа само между страните. Както разкри направеният общ преглед на правилата относно договорната непрехвърлимост на благата, по всеобщо мнение *pactum de non alienando* може да произведе безусловно действие спрямо всяко трето лице само при забраната за освобождаване на роб. Тази хипотеза обаче е напълно несъвместима с духа на хуманизма в частното право и поради това е обяснимо, че авторите не са склонни да се позовават на нея. Хипотезата на Dig. 20.5.7.2 от друга страна е все още спорна и редица автори не се позовават на нея в подкрепа на разбирането, че договорните забрани за прехвърляне на блага могат да притежават и абсолютно действие.

На свой ред, така възприетото разбиране относно ограниченото действие на *pactum de non alienando* намира отзвук и при първите опити да се изясни правната същност и действието на уговорката за непрехвърлимост на вземанията, *pactum de non cedendo,* от Christian Mühlenbruch през 1826 г.[182], както и впоследствие от Lothar Seuffert през 1868 г.[183]. Това обстоятелство красноречиво потвърждава, че разрешенията на римското частно право пряко влияят

---

[181] Така изрично **Lauk**, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, op.cit., p. 21, както и **Glück**, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, op.cit., p.66.

[182] Вж. **Mühlenbruch**, Christian Friedrich. Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundlagen des Römischen Rechtes. Zweite Auflage, Greifswald, 1826, p. 321 et seq.

[183] Така **Seuffert**, Lothar. Ueber die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes. – Archiv für die civilistische Praxis, 51. Bd., Heft 1, 1868, p. 107.

върху доктриналните опити да се изясни правната същност и действието на договорната непрехвърлимост на вземанията през XIX век.

Няколко заключителни бележки

Погледът върху развитието на прехвърлимостта на вземането като че ли позволява да се приеме, че римското частно право в късния етап от развитието си урежда възможността то да се прехвърля между живи. Преобладаващо авторите допускат, че правният способ за това е договорът за покупко-продажба, съчетан с *denuntiatio*. Тъкмо дългият път от пълната непрехвърлимост на това благо, обусловена от строго личния характер на облигационната връзка, до признаването му за самостоятелен и прехвърлим обект, вероятно обяснява и отсъствието на правила относно клаузата за непрехвърлимост на вземане в римските извори. Причината за това може би се дължи на обстоятелството, че допустимостта за прехвърляне на вземанията между живи е призната през един относително късен етап от развитието на римското право, а и е съпътствана от редица законодателни разрешения, насочени към защита на правните интереси на длъжника, които не допускат влошаването на неговото правно положение.

Същевременно, изворите разкриват наличието на завършена система от правила в римското частно право, уреждащи действието на *pactum de non alienando*. Казуистичният подход, присъщ на римските юристи, води до обособяването на две разновидности на тази клауза, които от своя страна пораждат правни последици, вариращи от пълната недействителност на подобна уговорка, до ефективното изваждане на благото от гражданския оборот. Всяка от тези групи има свое собствено приложно поле и защитава различни правни интереси, обусловени от конкретния случай. Това позволява и „съжителстването“ на трите различни вида правни последици в рамките на римското правосъзнание и граждански оборот.

Правната доктрина от XVIII и XIX век обаче е по-склонна да приеме, че поначало договорните забрани за разпореждане не водят до осуетяване на прехвърлителната сделка, а само до задължение за заплащане на обезщетение. Обратно, по изключение, подобна клауза може да произведе абсолютно действие и да бъде противопоставена на всяко трето лице. Подобни изключения могат да се открият най-вече при договорните забрани за освобождаване на роби, които се оказват напълно несъвместими с духа на новото време, основано на хуманизма и антропоцентризма, и естествено биват пренебрегнати.

Поради това, не е изненадващо, че юристите от XVIII и XIX век поддържат най-често застъпваната хипотеза в римското право, а именно че договорните ограничения пред прехвърлимостта на благата не могат да бъдат противопоставени на трети лица, а тяхното нарушение поражда единствено

договорна отговорност за нарушилия задължението за *non-facere*. Така, тези римскоправни разрешения са поставени в основата на новото доктринално изследване на *pactum de non alienando*. Учените ги подкрепят и с допълнителни аргументи, произтичащи от духа на времето, към което принадлежат. Приема се, че доколкото правото на собственост е основно право, част от първото поколение права на човека, разпоредителното правомощие му е естествено присъщо и не може да бъде отнето от съдържанието му. Също така, възприемането на ограничено действие на договорните забрани за прехвърляне подпомага защитата на участниците в зараждащия се следфеодален граждански и търговски оборот. Най-сетне, отричането на възможността едно благо да бъде извадено от гражданския оборот по силата на клауза в завещание или договор, е израз на ясното разграничение между волята на отделното лице и волята на законодателя. Това разграничение свидетелства за стремежа към окончателно преодоляване на разбиранията на феодализма и абсолютната монархия, характерна за Франция от края на XVII век, при които волята на отделни лица е действително отъждествена с волята на законодателя.

С оглед на това не е изненадващо, че когато в първата половина на XIX век в Западна Европа окончателно се допуска прехвърлимостта на вземанията между живи чрез договор за цесия, а това на свой ред поражда необходимост от предвиждане на способи за правна защита на интересите на длъжника, правната доктрина търси отговор на въпроса за правната същност и действие на *pactum de non cedendo* в трудовете на авторите, посветени на римскоправните разрешения относно *pactum de non alienando*.

ЛИТЕРАТУРА

Андреев, Михаил. Римско частно право. 5. прераб. и доп. изд., София: Наука и изкуство, 1975.

Андреев, Михаил. Римско частно право. София: Софи-Р, 1992.

Базанов, Иван. Курс по римско право. Т. 1. София: Унив. печатница, 1940.

Венедиков, Петко. Встъпването в правата на удовлетворения кредитор в римското и българското гражданско право. – Год. СУ. Юрид. фак., 33, 1938.

Венедиков, Петко. Записки по римско право. София: ИК Петко Венедиков, 1999.

Венедиков, Петко. Клаузи за неотчуждаемост. – Юридически архив, 1931–1932, № 5–6.

Венедиков, Петко. Ius distrahendi при залог и при фидуция, Год. СУ, Юрид. Фак., Т. 30, 1934–1935, 1935.

Димитрова, Емилия. Факторинг. София: Сиела, 2008.

Дюнан, Жан-Филип, Паскал **Пишона.** Римско право. Речник на основните термини. 2. прераб. и доп. изд. София: Сиела, 2010.

Жирар, Пол Фредерик. История и система на римското право. Ч. 2. Облигационно право. София: Изд. на Соф. Унив., 1915.

Покровский, Иосиф. История римского права. Москва: Статут, 2014.

Калайджиев, Ангел. Облигационно право. Обща част. 7. прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2016.

Конов, Траян. За абстрактните сделки и каузата на договорите. – Конов, Траян. Подбрани съчинения. София: Сиела, 2010.

Матеева, Екатерина. Развитие на концепцията за „*res extra commercium*" в римското и каноническото право. – В: Theo Noster. Сборник в памет на гл. ас. Теодор Пиперков. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014.

Новицкий, Иван, Иван **Перетерский**. Римское частное право. Москва: Кнорус, 2014.

Санфилиппо, Чезаре. Курс римского частного права. Пер. с итальянского. Москва: Изд. БЕК, 2002.

Стругков, Вадим. О закладѣ долговых требованій. 2. изд., Санкт-Петербург: Типо-Литогр. Р. Голике, 1891.

Black's Law Dictionary. 8. Ed., Thomson West, 2004.

Buckland, William. W. A Text-Book on Roman Law. From Augustus to Justinian. Cambridge University Press, 1921.

Dorn, Friedrich. § 137 Rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot. – Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil §§ 1–240, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

Emunds, Christian, Johann **Harke**. Das ius offerendi et succedendi de nachrangigen Pfandgläubigers. – In: Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts. Berlin/Heidelberg: Springer, 2015.

Gesterding, Friedrich. Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und ähnlichen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifswald, 1817.

Glück, Christian. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar. 16-en Theils, Erste Abtheilung, Erlangen, 1814.

Goebel, Richard. Reconstructing the Roman Law of Real Security. – Tulane Law Review, 1961, vol. 36.

Goeschen, Johan. Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Sachenrecht. Band 3. Theil 2, 1843.

Honsell, Heinrich. Römisches Recht. Heidelberg: Springer, 2015.

Hoop, Gerolt. Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge des Abtretungsverbots. Berlin: Duncker&Humblot, 1992.

Huang, Jiahui. Subject Matter of the Roman Law of Sale. – China Law Review, vol. 6, 1933.

Kaser, Max. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht. – Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Wien/Graz: Hermann Böhlaus, 1986.

Kaser, Max. Roman Private Law. 4th ed., A translation by Rolf Dannenbring. Pretoria: University of South Aftica, 1984.

Kämper, Lukas. Forderungsbegriff und Zession. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Lauk, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte? – Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Band 5, 1832.

Leage, Richard. Roman Private Law. London: McMillan & Co Ltd, 1909.

Lieberwirth, Rolf. Latein im Recht. Berlin: Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1988.
Lodigkeit, Klaus. Die Entwicklung des Abtretungsverbotes von Forderungen bis zum § 354a HGB. Münster: LIT Verlag, 2004.
Lokin, Johannes, Frits **Brandsma**, Corjo **Jansen.** Roman-Frisian Law of the 17th and 18th century. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
Macqueron, Jean. Histoire des Obligations. Le Droit Romain, Aix-en-Provence, 1971.
Marasinghe, M. L. An Historical Introduction to the Doctrine of Subrogation: The Early History of the Doctrine I. – In: Valparaiso University Law Review, Fall 1975, vol. 10, № 1.
Mitteis, Ludwig. Römisches Privatrecht. Bis auf die Zeit des Diokletians. Ester Band, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1908.
Mühlenbruch, Christian F. Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundlagen des Römischen Rechtes. Zweite Auflage, Greifswald, 1826.
Nefzger, Alexander. Vertragliche Abtretungsverbote. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
Philipson, Donald. Development of the Roman Law of Debt Security. – Stanford Law Review, 1968, vol. 20, № 6.
Puchta, Georg. Veräußerungen gegen Vertrag: Bemerkungen zu L. 7. §. 2. Dig. de distr. pign. – Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Band 12, 1845.
Ranieri, Filippo. Europäisches Obligationenrecht. Wien, New York: Springer, 2009.
Seuffert, Lothar. Ueber die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes. – Archiv für die civilistische Praxis, 51. Bd., Heft 1, 1868.
Schanbacher, Dieter. Verpfändungspraxis und Pfandrecht. – Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung. Berlin; Heidelberg: Springer, 2005.
Sohm, Rudolf. The Institutes, A Textbook on the History and System of Roman Private Law, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1907.
Stegemann. Das pactum de non cedendo. – Archiv für die civilistische Praxis, 67. Band, Heft 2, 1884.
Taubenschlag, Raphael. The Legislation of Justinian in the Light of the Papyri, Byzantion, vol. 15, 1940–1941.
van der Sande, Johan. A T 1-0000316136reatise upon Restraints upon the Alienation of Things. Capetown; Johannesburg, 1892.
von Gmelin, Christian. „Über das pactum de non alienando". – Sammlung auserlesener, theils ursprünglisch deutschen, theils aus dem lateinischen übersetzter Dissertationen aus dem Gebiete des gemeinen Civilrechtes und Civilprocesses, Herausgegeben von Marquard Adolph Barth in der Von Jenisch– und Stage'schen Buchhandlung. Vierter Band, Augsburg, 1839.
von Koppenfels-Spies, Katharina. Die cessio legis. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
Zimmermann, Reinhard. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, Wetton, Johannesburg: Juta & Co Ltd, 1990.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки" – май 2020 г.
Рецензенти – проф. дюн Иван Русчев
доц. д-р Траян Конов

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

ОБЩИЯТ ИСК ЗА НЕОСНОВАТЕЛНО ОБОГАТЯВАНЕ В НЯКОИ СМЕСЕНИ ЮРИСДИКЦИИ

ИРИНА БОГДАНОВА

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Студията прави опит да проследи по какъв начин еволюцията на идеята за създаване общ фактически състав на неоснователното обогатяване в класическата двойка „противостоящи“ си групи правни семейства, а именно тези от романо-германски тип и тези, принадлежащи към англо-саксонското семейство, оказва влияние върху рецепцията на института в някои смесени юрисдикции. Изяснено е, че научният интерес към тези хибридни правни системи е обясним с огромния сравнителен, юриспруденциален и исторически потенциал, който те притежават, бидейки подложени на едновременното влияние на common law и на континенталното право. И именно това позволява чрез проследяване на рецепцията на избраните от тях модели да бъде взето становище по някои въпроси, свързани със систематиката на правото, и в частност с въпроса дали може и трябва правото на неоснователно обогатяване да бъде структурирано чрез една генерална клауза. Затова и в настоящото изложение, след представяне на някои особености на едни от най-динамично развиващите се смесени юрисдикции като Южна Африка, Шотландия, Квебек, Луизиана, Бразилия и Израел, е направен извод, че техният подход, в по-голяма или по-малка степен, свидетелства за една трайна тенденция на възприемане на общ иск за неоснователното обогатяване. Това на свой ред съставлява сериозен аргумент в полза на идеята, че модерният цивилистичен подход в материята на неоснователното обогатяване трябва да остане именно този на възприема-

* Асистент по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св Климент Охридски”, ibogdanova44@gmail.com.

* Assistant Professor in Civil and Family Law at the Faculty of Law, Sofi a University „St. Kliment Ohridski“; ibogdanova44@gmail.com.

нето на общо правило без това непременно да означава изоставяне на типологията на специалните средства за имуществено уравнение.

Ключови думи: общ фактически състав на неоснователното обогатяване, смесени юрисдикции, сравнително право, субсидиарност.

ON THE CONCEPT OF GENERAL ENRICHMENT CLAIM IN SOME MIXED LEGAL SYSTEMS

IRINA BOGDANOVA
Civil Law Sciences Chair

Abstract: It should be said that, historically, civilian and common law jurisdictions approached unjustified enrichment so differently that meaningful comparison seemed an almost impossibly difficult task. And though until recently one could say with some confidence that acceptance of a general principle against unjustified enrichment was one of the hallmarks of a Civilian system of law, the emergence in modern times of the concept of mixed legal systems increasingly raises again discussions about whether or not the law of unjustified enrichment should be systemized by accepting or not a general clause. For their comparative, jurisprudential and historical interest as systems in which the traditions of the Common Law and the Civil Law have interacted and intermingled over centuries, and, more recently, as possible sources of inspiration, some solutions in mixed-legal systems, concerning the general enrichment claim, are discussed in the present article. A conclusion is driven that without exception, the origins of enrichment law in the major mixed systems-which here I shall take to be Israel, Brazil, Louisiana, Quebec, Scotland and South Africa-lie in the Civil Law tradition. And thus the legislative experience in those mixed legal systems serves us as an argument in favour of the idea that the modern civilian approach in the law of unjustified enrichment is the acceptance of a general clause with confined field of operation through the originally French concept of "subsidiarity".

Keywords: general enrichment claim, unjustified enrichment, mixed legal jurisdictions, comparative law, subsidiarity.

I. Common law срещу цивилистичната традиция и общият иск за неоснователно обогатяване

Типологията на система, която съдържа само специални средства за имуществено уравнение при разместванията sine causa, е годна да даде регламентация само за специални случаи на неоснователно обогатяване, които имат силно ограничен нормативен потенциал и често оставят „помежду си и покрай

себе си“ твърде много неуредено пространство и законови празноти[1]. За сравнение една генерална клауза в материята на неоснователното обогатяване има преимуществото да приюти всички възможни бъдещи случаи на неоправдани имуществени разместванията поради неограничения си нормативен потенциал, създавайки хармоничност и баланс в една нормативна система. Но и винаги остава общият страх, че нормативното закрепване на общ иск за неоснователно обогатяване, който има неограничен потенциал и приложно поле, ще създаде възможност да бъдат заобиколени други нормативни правила и ще „абсорбира“ вече съществуващите специално създадени за определени случаи искове за неоснователно обогатяване. И тези колебания и страхове ясно личат във все още продължаващия дебат относно възможността, а и нуждатаq да бъдат създадени краен брой правила чрез генерални клаузи, които да обхванат всичко. Същевременно, взимайки класическата двойка „противостоящи“ си групи правни семейства, а именно тези от романо-германски тип и тези, принадлежащи към англо-саксонското семейство, вероятно бихме казали, че възприемането на общ иск за неоснователно обогатяване е една от запазените марки на континенталната правна система[2].

И това е лесно обяснимо, като си дадем сметка, че историята на формулиране и еволюцията на идеята за общ фактически състав на неоснователното обогатяване ни отвеждат както към римскоправните кондикции, така и към по-късните интерпретации, които античните текстове получават в трудовете на глосаторите и коментаторите[3]. Именно дейността на последните безспорно съставлява стъпка към утвърждаване не само на общ принцип за недопустимост на неоснователното обогатяване, но и на общо средство за защита в полза на обеднилото се лице[4], чиито корени според някои изследователи могат да бъдат открити и в каноническото право[5]. Затова още през XVI век именно каноническата доктрина, след като е допълнително усложнена, бива използвана от учените от школата на испанските схоластици[6] като отправна точка при

---

[1] **Jooste**, Christian, Eltjo **Schrage**. Subsidiarity of the General Action for Unjust Enrichment (Part 1). J. S. Afr. L. 1, 2016, 3–5.

[2] **Maxqueen**, Hector. Unjustified Enrichment, Subsidiarity and Contract. In – Mixed Jurisdictions Compared: Private Law in Louisiana and Scotland. (Ed. by V. Palmer & E. Reid). Edinburgh University Press, 2009, 322–354.

[3] **Hallebeek**, Jan. The concept of unjust enrichment in late scholasticism. Nijmegen: Gerard Noodt Instituut. 1996, 119.

[4] Според **Dawson**, John. Unjust Enrichment : A Comparative Analysis.Chicago.1951, 65–66 нито глосаторите, нито техните по-късни последователи – коментаторите, са имали намерение да преработват правния ред с помощта на общ иск за неоснователно обогатяване.

[5] **Hallebeek**, Jan. Op.cit., 119.

[6] Според това учение реституцията не следва да бъде ограничена до актовете, които имат значение за християнските църковни практики на изповедите. Реституцията обхваща много повече и включва, inter alia, изпълнението на поето договорно задължение, връщане

формулиране теорията за реституцията, инспирирана по всяка вероятност и от идеята на Аристотел за корективната справедливост[7].

При все това едва Hugo de Groot е този, който извежда идеята за несправедливото обогатяване от моралната теология[8], превръщайки теологичните концепции в юридически такива[9]. Hugo de Groot настоява да бъде признат общия иск за неоснователно обогатяване, който да се прилага за всички случаи, в които определено лице е придобило една полза sine causa от имуществото на друг или би могъл (за в бъдеще) да придобие такава. Така благодарение на учението на естественоправната школа, рационалния позитивизъм на просвещението и хуманизма, идеята за общ иск за неоснователно обогатяване през XVIII век се настанява все по-трайно в Европа, за да получи своята кулминация през XIX век в епохата на големите кодификации във Франция, Австрия, Германия и Италия. При все това подходите на различните национални юрисдикции силно варират. Така, докато във Франция общата претенция за неоснователно обогатяване запазва своя извънкодификационен характер до преди последната реформа на ГК на Франция от 2016 г[10]., то в Германия още с приемането на БГБ през 1900 г. по нормативен път бива закрепена обща клауза в материята на неоснователното обогатяване с параграф 1 на § 812 БГБ. Оттук и под влиянието на немския и на френския правен модел в повечето правопорядъци на цивилното право (романо-германското семейство) се дава положителен отговор на въпроса дали може и трябва правото на неоснователно обогатяване да бъде систематизирано чрез възприемане на генерална клауза, която не само да функционира като обяснение за отделните случаи на неоправдани имуществени разместванията, но и като самостоятелен източник на задължения[11].

на това, което е придобито незаконно или неоправдано, обезщетяването на вреди, включително неимуществени такива.

[7] Така **Zimmermann**, Reinhard. Unjustified Enrichment. The Modern Civilian Approach. Oxford Journal of Legal Studies, 1995, № 15, 403–429.

[8] **Dawson**, John. Indirect Enrichment. In – Ius Privatum Gentium: Festschrift f˙ur Max Rheinstein. (Ed.by E. von Caemmerer, S. Mentschikoff and K. Zweigert).1969, vol. II, 789–818.

[9] Още по въпроса у **Митев**, Красимир. Възникване и развитие на идеята за общ фактически състав на неоснователното обогатяване. В: Правната наука – традиции и актуалност. Пловдив: Унив. изд. Паисий Хилендарски“, 2012, с. 310–311.

[10] С новелата на art.1303 Code Civile Fr. бе закрепена изрично по нормативен път общата претенция за неоснователно обогатяване, като с art. 1303–3 бе потвърдена и нейната субсидиарна природа. Целта на създадените новели е да кодифицират вече съществуващия юриспруденциален режим на този квази-контракт. **Descheemaeker**, Eric. L’enrichissement injustifié: The Reform of 10 February 2016 in a Historical and Comparative Perspective (July 1, 2019). 3 Tribonien (2019), Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3447009

[11] Общ иск за неоснователно обогатяване се съдържа в Αστικός κώδικας [Civil Code] (Greece) §904(1)(i); Codice civile [Civil Code] (Italy) §2041(1); Código civil [Civil Code] (Portugal) §473; Polgári Törvénykönyv [Civil Code] (Hungary) §361(1); Kodeks cywilny [Civil Code]

Диаметрално противоположни са процесите, протичащи в англо-американската система, където до сравнително скоро изобщо не можеше дори да се говори за някаква обща концепция за неоснователно обогатяване (unjust enrichment)[12]. Това е така, доколкото еволюцията на правото на неоснователно обогатяване в common law се основава на един сравнително безпринципен подход, който стъпва върху неясно и аморфно множество от средства за реституция, признати от правото и принципите на справедливостта[13]. Това често се обяснява както с определени исторически дадености, така и с прецедентния характер на common law. Едва през миналия век се правят опити за цялостно реконструиране на онази част от правото, която се определя като реституционно право (law of restitution) чрез обединяване и подчиняване на различни реституционни претенции, насочени към възстановяване на status quo ante посредством налагането на задължение за връщане на онова, което ответникът (обогатилият се) е получил в резултат на незабранено от закона прехвърляне на права (блага), които обаче не му се следват и той не е оправомощен да ги задържи[14]. Проблем пред създаване на единна концепция в англо-американското право обаче се оказва обстоятелството, че самите понятия за реституция и за неоснователно обогатяване се използват или като взаимнозаменяеми[15] и синонимни, или като наименования на различни явления, което внася допълнително объркване и отразява освен друго, още и засега фрагментарния характер на състоянието на тази част от common law[16]. Затова и не е учудващо, че в едни случаи деликтното право и правото на не-

---

(Poland) §405; Občanský zákoník [Civil Code] (Czech Republic) §451; Občiansky zákonník [Civil Code] (Slovakia) §451; Obligacijski zakonik [Civil Code] (Slovenia) §190; Облигационно право [Law of Contracts] (Bulgaria) §59(1); Burgerlijk Wetboek [Civil Code] (The Netherlands) §6:212(1); Civilinis Kodeksas [Civil Code] (Lithuania) §6.237(1); Võlaõigusseadus [Law of Obligations] (Estonia) §3(3), 1027; Civillikums [Civil Code] (Latvia) §2391 – 2392.

[12] В терминологично, а и семантично отношение може се каже, че терминът unjust enrichment се отнася до несправедливо настъпило обогатяване, причинено от unjust factor като грешка, липса на воля, насилие, заплаха, докато идеята, която оформя цивилистичната концепция за unjustified enrichment е липсата на правно основание за настъпилото обогатяване. Така и **Sirena**, Pietro. The DCFR – Restitution, Unjust Enrichment and Related Issues. *European Review of Contract Law*, 2008, № 4, 445.

[13] **Dickson**, Brice. Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview. *The Cambridge Law Journal,* 1995, № 54, 100–126. Available from: JSTOR, www.jstor.org/stable/4508037.

[14] Виж **Zimmermann**, Reinhard. Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach. *Oxford Journal for legal studies, 1995,* №15, 413.

[15] Въпросът е дискусионен, тъй като има редица автори, които застават на позицията, че реституцията няма нищо общо с неоснователното обогатяване. Най-детайлно различните становища са представени у **Dietrich**, Jorg. Restitution: A New Perspective. Sydney: Federation Press, 1998.

[16] **Nicholas**, Barry. Unjust Enrichment and Subsidiarity. – In: Scintillae Iuris, Studi in Memoria di Gino Gorla, Milano,1994, vol. III, 2037–2045.

основателно обогатяване се разглеждат като дялове на правото на реституция (law of restitution")[17], а в други се настоява, че водещата концепция е не тази на реституцията, а на неоснователното обогатяване. Като последица от това второ допускане е изказано и разбирането, според което неоснователното обхваща три самостоятелни сфери, а именно: реституционни претенции, които могат да бъдат едновременно определени като такива in personam и in rem, като тук основанието е справедливостта; чисто лични претенции за реституция, при които се цели връщане, възстановяване (*известно като 'subtractive' restitution, restoration, което може да се определи като неоснователно обогатяване в тесен смисъл*); претенции за реституция, насочени към възстановяване на ползите, придобити чрез неправомерни действия (disgorgement). Видимо става дума за една твърде нехомогенна група защитни средства, част от които не съвсем оправдано биват определяни като имуществени претенции, насочени към преодоляване на неоснователното обогатяване. И това е така, защото голяма част от хипотезите, които се твърди че дават основание за подобни искове (remedies), за романската и германската правна традиция представляват безспорни случаи на деликтна отговорност или на отговорност за договорно неизпълнение.

Има и нещо друго, което прави трудно приложима цивилистичната традиция за общ фактически състав на неоснователното обогатяване към common law действителността – докато в основата на цивилистичния подход към неоснователното обогатяване е залегнало разбирането, че следва да бъдат санкционирани онези случаи на имуществени размествания, в които липсва основание[18], то в common law фокусът е върху реституцията, като последица от конкретно събитие[19]. Затова и не ответникът следва да докаже наличие на някакво основание за задържане на обогатяването, а ищецът следва да установи наличието на един или повече unjust factors (несправедливи причини)[20]. Същевременно кръгът от unjust factors е по-скоро казуистичен и развит чрез съдебната практика, поради което и възможните „несправедливи причини" теоретично са с неограничен брой, макар и някои автори да сочат, че

---

[17] **Grantham**, Ross, Charles Rickett. Disgorgement for Unjust Enrichment. – *The Cambridge Law Journal,* 2003, № 62, 159–180, Cambridge University Press on behalf of Editorial Committee of the Cambridge Law Journal Stable URL: http://www.jstor.org/stable/4508974, Accessed: 22-02–2018 08:17 UTC

[18] Така **Grantham**, Rose, Charles **Rickett**, Disgorgement for Unjust Enrichment?, The Cambridge Law Journal, Vol. 62, No. 1 (Mar., 2003), pp. 159–180, Cambridge University Press on behalf of Editorial Committee of the Cambridge Law JournalStable URL: http://www.jstor.org/stable/4508974, Accessed: 22-02–2018 08:17 UTC

[19] Така **Dickson**, Brice. Op.cit.,115.

[20] **Krebs**, Tomas. In defence of unjust factors. In – Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed.by D. Johnston & R. Zimmermann).Cambridge: Cambridge University Press. 2002, 76–100.

понастоящем са около 13 на брой[21]. Сред тях могат да бъдат посочени наличието на грешка, измама, заплашване, като в търсене на по-систематичен подход някои автори обособяват три групи фактори: такива, при които от волята на солвенса не може да се изведе намерение да бъде дадено; случаи на „несъзнателно получаване“ (най-вече като резултат от различни пороци на волята) и такива, при които определена законодателна политика налага предоставянето на претенция за връщане на даденото. За съжаление партикулярността на тези „unjust factors“, липсата на обединяващ критерий, а така и колебанията относно твърде произволния принцип, на който последните биват утвърждавани в case law[22], все по-често поставят под съмнение въобще съществуването на правно-техническа концепция за неоснователно обогатяване[23]. Защото, както е замислено в common law, сякаш самото наименование неоснователно обогатяване е единствено изразител на една по-обща концепция за всички случаи, в които законът налага задължение за реституция,[24] без изобщо да може да се говори за систематизация на тази част от правото чрез признаване съществуването на общ фактически състав на неоснователното обогатяване.

Тези кратки бележки върху еволюцията на идеята за общ фактически състав на неоснователното обогатяване дават да се разбере, че класическата двойка противостоящи си групи правни семейства (*тези, които принадлежат към романо-германския правен кръг и тези, които гравитират около англо-саксонския правен кръг*) възприемат противоположни подходи при разрешаване на въпроса **дали въобще трябва правото на неоснователно обогатяване да бъде систематизирано чрез възприемане на генерална клауза**[25], **която не само да функционира като обяснение за отделните случаи на неоправдани имуществени разместванията, но и като самостоятелен източ-**

---

[21] По въпроса за ujust factor, виж **Johnstone**, David, Reinhard **Zimmermann**. Comparative Law of Unjustified Enrichment. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 37–75.

[22] **Meier**, Sonja. Unjust Factors and Legal Grounds. In – Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed.by D. Johnston & R. Zimmermann).Cambridge: Cambridge University Press. 2002, 37.

[23] До този извод достига и **Alvin** W. L. An Introduction to the Law of Unjust Enrichment. *Malayan Law Journal*, 2013, №5, Research Collection School of Law. Available at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1228

[24] Виж по този въпрос **Grantham**, Ross, Charles **Rickett**. On the Subsidiarity of Unjust Enrichment. *Law Quarterly Review*, 2001, №117, 273–299.

[25] Това безспорно се дължи на редица различия между цивилистичния и common law подхода, обусловени от различните модели на правно мислене, доминиращите правни традиции, различните исторически дадености, особеностите на системата на правните източници и т.н. Относно различните класификационни подходи при групиране на съвременните частноправни национални правопорядъци по правни семейства виж детайлното и задълбочено изложение у **Матеева**, Екатерина. Към учението за правните семейства в съвременността през призмата на частното право. – *Год. СУ. Юрид. фак.*, 86, 2019, 78–148.

ник на задължения. Оттук и особеностите на рецепцията на европейския романски, респективно германски цивилистичен модел и на казуистичния common law подход поставят особено остро въпроса за приемането или отричането на идеята за унификацията на правото на неоснователно обогатяване чрез възприемането на общ иск в някои смесени (хибридни) юрисдикции.

II. Общият иск за неоснователно обогатяване в някои смесени юрисдикции

1. Бележки върху понятието за смесена юрисдикция

Идеята за съществуване на смесени юрисдикции, които някои автори разглеждат като „третото правно семейство[26]“, е принципно модерна концепция, която поставя нови предизвикателства пред усилията на учените компаративисти за групиране на съвременните национални правопорядъци по правни семейства. И макар понятието **смесени правни системи**[27] (хибридни юрисдикции[28]) напоследък да придоби особена популярност в редица съвременни[29] изследвания[30], особено в материята на неоснователното обогатяване[31], то съдържанието на понятието остава силно дискусионно. Понастоящем липсва единомислие относно това какво точно обозначава тази словоформа, като са изказани различни предложения, които силно варират с оглед на възприетите класификационни критерии и избраната методология. Така според едни изследователи като хибридни или смесени могат да бъдат определени само онези правни системи, които са подложени на едновременното влияние на common law и на континенталното право. Затова тези смесени правопорядъци биват оправдано определяни като феномен от позицията на съвременната компаративистика[32], доколкото по изключителен начин „комбинират“ римскоправни разрешения, чийто проводник е класическата цивилистична традиция в Европа и английското право като вдъхновител за common law въобще.

---

[26] **Palmer**, Vernon V. Mixed Jurisdictions Worldwide : The Third Legal Family. United Kingdom: Cambridge University Press. 2001, 9–19.

[27] **Palmer**,Vernon Valentine. Two Rival Theories of Mixed Legal Systems. Electronic Journal of Comparative Law, 2008, № 1, Available from: www.ejcl.org/121/art121–16.pdf

[28] Относно понятието за смесени юрисдикции виж **Palmer**, Vernon V. Mixed Jurisdictions Worldwide : The Third Legal Family. United Kingdom: Cambridge University Press. 2001, 8–13.

[29] Едно от най-новите и задълбочени изследвания по въпроса е това на J. du **Plessis**, Jack du. Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems. The Oxford Handbook of Comparative law. (Ed.by M. Reimann & R. Zimmermann). N.Y.: Oxford Univ Press. 2006.

[30] **Reid**, Kenneth. The Idea of Mixed Legal Systems. *Tulane Law Review,* 2003, № 78, 1–78.

[31] **Maxqueen**, Hector L. Unjustified Enrichment in Mixed Legal Systems. Restitution Law Review, 2005, № 13, 21–33.

[32] Така **Матеева**, Екатерина, Цит съч. с. 85.

Оттук и в българската доктрина смесените правни системи коректно биват определяни като 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“[33]. Близко до така даденото определение е разбирането, според което, за да може даден правопорядък да бъде определен като смесен, е нужно същият да представлява „основно цивилистична система, която е попаднала под влиянието на англо-американското право[34]“. В тази връзка се изтъква още, че самият механизъм, по който се осъществява „смесването“, предполага рецепция на континентални разрешения на принципни въпроси, които обаче се дават от англо-американска система от правораздавателни институции, което често, и въпреки честото наличие на кодификации на писаното право, води до приоритизиране на отделни юриспруденциални разрешения.

Разбира се механичното „смесване“ на common law елементи и институти от континенталното право не се счита достатъчно за определянето на един правопорядък като хибриден, доколкото според някои следва да е възможно определянето на водещата юридическа традиция – романо-германската или англо-американската. Оттук и се счита, че влиянието на други елементи като религиозно и обичайно право, а така и традиционното местно писано право, няма решаващо значение при изясняване особения смесен характер на дадения национален правопорядък. Този рестриктивен подход и изключването на елементи от обичайното и религиозното право се критикува от привържениците на т.нар. плуралистичен подход, според които към смесените национални правопорядъци следва да бъдат причислени и онези системи, в които доминират елементи от обичайно и религиозно право, съчетано със смесване на елементи от common law и цивилистичната правна традиция. Това дава повод на някои компаративисти да приемат, че за да бъде определена дадена правна система като смесена, е напълно достатъчно да бъде доказано съжителството на какви да е елементи от различен порядък – обичайно право и религиозни елементи, институти на цивилистичната традиция, а така и такива, характерни за common law[35]. Един подобен разширителен подход, базиран на не съвсем ясен критерий на „смесване“, позволява да се говори за: правни системи от европейски континентален тип, съчетаващи елементи на романския и германския правен кръг, правни системи, съчетаващи елементи на трите основни

---

[33] **Матеева**, Екатерина, Цит. съч., с. 135.

[34] Така **Kötz**, H. The Value of Mixed Jurisdictions. *Tulane Law Revie,* 2003, 435 – 439, **Palmer**, Vernon V. Mixed Jurisdictions Worldwide : The Third Legal Family. Vol. 2nd ed. Cambridge University Press, 2012, 7–15.

[35] Тази теза е формулирана от **Hooker**, M. B. Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws. Oxford: Oxford Univ Press. 1975.

правни кръга – двата континентални (романски и германски) и англо-американския, правни системи, съчетаващи елементи на континенталното (романо-германското) и обичайното право, правни системи, съчетаващи елементи на континенталното (романо-германското) и обичайното право и т.н.

За съжаление един подобен подход, отвъд възможността да служи като възможен коректив на по-скоро евроцентирчния модел, по който в съвременността се води компаративистичният дебат за мястото и значението на хибридните правни системи, е твърде безпринципен и не предлага надеждни класификационни критерии, които да имат методологичен потенциал да отговорят на въпроса за систематичното място на смесените системи. Не става и ясно с какво предложеният плуралистичен подход допринася за отговора на водещия въпрос, а именно дали смесените юрисдикции следва да бъдат третирани като самостоятелен правен кръг наред с основните правни семейства или трябва да се разглеждат като подгрупи в рамките на съответното „основно“ правно семейство, чиито доминиращи общи белези носят. В тази връзка считам, че подкрепа заслужава изразеното в най-новите изследвания у нас, посветени на проблема за еволюцията на правните семейства в съвременността през призмата на частното право, а именно, че **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 и на тази основа да се открояват гражданскоправните клонове и институти, засегнати от едни или други национални или регионални („автохтонни“) особености**[36]. Според цитирания автор, ако подобни доминиращи „алфа-правни“ белези, предопределящи по несъмнен начин принадлежността на съответните правни системи към някой от основните правни кръгове, не могат да бъдат открити, то смесените юрисдикции следва да бъдат обособени в нов, самостоятелен правен кръг, чието съществуване да бъде признато редом с общоприетите до момента основни правни семейства в света[37].

2. Генерализиране на отговорността за неоснователно обогатяване в някои смесени юрисдикции

При все това, който и от тези подходи за дефиниране на хибридните правни системи да бъде възприет с оглед определяне на тяхното място в системата на съвременните правни семейства, по-важното е, че чрез конструкцията на

---

[36] **Матеева**, Екатерина, Цит. съч., с. 137, където авторът уместно подчертава, че един подобен подход би способствал за определянето на онези 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.

[37] Пак там.

смесените юрисдикции не само могат **по емпиричен път да бъдат изпробвани концепции, които са се появили в различни национални доктрини**[38], но и често те дават възможност да бъде взето най-доброто разрешение от комбинацията между „двата свята“, този на континенталното право и на common law[39]. Нещо повече, смесването на различни модели и подходи позволява извършването на преценка относно правилността на определени правни политики и концепции при организацията на дадена материя чрез възприемане на генерални (общи) правила, за което допринася отвореността на смесените системи към влияние от различни национални юрисдикции. Това обяснява и техния **сравнителен, юриспруденциален и исторически потенциал що се отнася до разрешаване на въпроси, свързани със систематиката на правото и взаимодействието между отделни институти**, а отчасти и интереса към смесените юрисдикции в научния дискурс, посветен на формулирането и еволюцията на идеята за общ фактически състав на неоснователното обогатяване[40]. А че подходът на основните представители на т.нар. смесени юрисдикции сочи, в по-голяма или по-малка степен, на една трайна тенденция на възприемане на общ иск за неоснователното обогатяване, може да бъде силен аргумент в полза на това, че модерният цивилистичен подход в материята на неоснователното обогатяване е именно този на възприемането на общо правило. Без, разбира се, това непременно да означава изоставяне на типологията на специалните средства за имуществено уравнение. И именно подобен извод бихме могли да формираме при преглед на едни от най-динамично развиващите се, поне що се отнася до института на неоснователното обогатяване, смесени юрисдикции – Южна Африка, Шотландия, Квебек, Луизиана, Бразилия и Израел. Опитът на тези правни системи свидетелства за огромния структуриращ потенциал на една обща клауза в материята на неоснователното обогатяване.

2.1. *Южна Африка*

Много често, когато се говори за института на неоснователното обогатяване в Южна Африка, се казва, че той е „като доведено дете на облигационното право“. И тази фраза може да бъде лесно разбрана, като си дадем сметка, че неоснователното обогатяване често се определя като най-цивилистичната

---

[38] Така **Visser**, Daniel. Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems. *Tulane Law Revie,* 2003, 41–78.

[39] **Kötz**., H. Op.Cit., p. 439.

[40] **Неслучайно** някои автори сравняват смесените юрисдикции и сравнителноправния подход, който те ползват при изследване на една комплексна правна фигура, с алхимията, разбирана като изкуство на „трансутацията“ и превръщането на една форма в друга. Така **Rahmatian**, Andreas. Alchemistic Metaphors in Comparative Law: Mixed Legal Systems, Reception of Laws and Legal Transplants, *Journal of Civil Law Study,* 2018, №11, Available at: https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol11/iss2/2.

част от едно иначе прецедентно по своя характер право. За това допринася силното влияние на ius commune и римскоправната традиция, които продължават да се ползват като авторитетни източници на позоваване в южноафриканското право на неоснователно обогатяване, доколкото, разбира се, разрешенията, които те предлагат, са съвместими с условията на съвременното правосъзнание[41]. Отделно от това, за съхраняването на цивилистичната концепция за неоснователно обогатяване в Южна Африка решаващо значение оказва и възприемането на Юстинианови кондикции, които преминават в това, което е известно днес като Roman–Dutch law, и които в съчетание с някои идеи на пандектизма, се разглеждат като коректив, приложим в случаите на неоснователно обогатяване.

Стъпвайки на една **толкова здрава цивилистична традиция в материята на неоснователното обогатяване**, **правото на Южна Африка не може да остане незасегнато от тенденциите на континента, насочени към признаване на общ иск (общ фактически състав) на неоснователното обогатяване**[42].

Първите опити за генерализиране на отговорността за неоснователно обогатяване в Южна Африка се свързват с името на De Vos, който още през 1951 г. застава на позицията, че припознаването на отделни случаи на неоснователно обогатяване само по себе си означава, че правото е тръгнало по пътя към възприемане на един, макар и субсидиарен, общ иск за неоснователно обогатяване заедно с т.нар. класически обогатителни искове. Авторитетът на De Vos и убедителността на използваната от него аргументация превръщат в доминиращо (поне до преди 1966 г.) разбирането, че южноафриканското право признава съществуването на един субсидиарен общ иск за неоснователно обогатяване, който се прилага към онези случаи, които са извън приложното поле на класическите искове за неоснователно обогатяване. **Надеждата е подобна субсидиарна претенция по-късно да се развие в една всеобхватна (all catch-up) категория, която няма да съществува като допълнение към отделни претенции, а по-скоро, която ще обхваща цялата материя на неоснователно обогатяване**. Това обаче така и не се случва, тъй като с постановяването през 1968 г. на злополучното решение по делото Nortje v Pool[43], възможността да бъде признат общ иск за неоснователно обогатяване е отречена.

---

[41] **Beatson**, Jack., Eltjo **Schrage**. Cases, Materials and Text on Unjustified Enrichment. Oxford: Hart Publishing. 2003, 27–29.

[42] Sonnekus Unjustified Enrichment in South African Law.2008. **Plessis**, Jack du. The South African Law of Unjustified Enrichment. 2012.

[43] 1966 (3) SA 96 (A) По делото било установено, че е сключен договор, по силата на който едно лице се задължава срещу заплащане на възнаграждение от страна на собственика на земята да търси каолин. При изпълнение на така възложеното били открити големи залежи на каолин, но по причина, че договорът не бил сключен в изискуемата форма, оказало се, че същият е нищожен и въз основа на него не може изпълнителят да търси възнаграждение. Това принудило последния да предяви иск за неоснователно обогатяване,

Основният аргумент на решаващия състав е страхът, че ако бъде призната една подобна твърде обща претенция, то тя няма да може да бъде удържана в разумни граници и би съставлявала причина за взривяване на една вече съществуваща система от правила. И макар през 1994 г., когато Върховният съд в Южна Африка повторно бива приканен да прогласи съществуването на общ иск за неоснователно обогатяване по делото Kommisaris van Binnelandse Inkomste v Willers[44], решаващият състав за втори път да отказва да стори това, то мотивите на съда са симптоматични за заявената готовност това да се случи в близкото бъдеще. Според мнението на мнозинството съдии по Kommisaris van Binnelandse Inkomste v. Willers с решението по делото Nortje v Pool не толкова бива изключена възможността да бъде признат общ иск за неоснователно обогатяване, а по-скоро се изтъква, че това може да стане по всяко време ad hoc, като така бъде легитимирано съществуването на отговорност за неоснователно обогатяване включително и за случаи, които до този момент не са разрешавани по този начин, или дори в разрез с вече възприети разрешения по сходни случаи. При все това в Kommisaris van Binnelandse Inkomste v. Willers нуждата от признаване на общ иск за неоснователно обогатяване е спомената някак ober dictum и отчасти колебливо, което внася още повече смут и неразбирателство[45]. При така създалата се ситуация през 1996 г. правна комисия (the South African Law Commission) прави проучване по въпроса, но препоръчва да не се предприемат никакви законодателни мерки, с които ситуацията да бъде нормативно уредена, а да бъде оставено развитието на общ иск за неоснователно обогатяване на съдилищата и юриспруденцията. Така се стига до решението по делото McCarthy Retail Ltd v Shortdistance Carriers, което се счита за поредната стъпка по посока генерализиране на отговорността за неоснователно обогатяване. Според мнозинството от съдии южноафриканското по подобие на римското право не признава съществуването на един консолидиран общ иск за неоснователно обогатяване, въз основа на чиято абстрактност и обобщеност, да бъдат извеждани разрешения за конкретни случаи, а са

като твърдял, че с действията си е увеличил стойността на земята, което е рефлектирало в обогатяване и на самия собственик. Основният проблем, пред който се изправя съдът, се свежда до това, че в съществуващата юриспруденция за подобрение се приема само онова, което има материален, веществен израз, и оттук се явява твърде спорно дали откриване на нови физически свойства на земя може да съставлява подобрение. Отделно от това, нарастват сериозно и опасенията, че признаване качеството подобрения на нещо неосезаемо, би отворило твърде широко възможността за водене на подобни искове. Решението е цитирано по **Serfontein**, A. What is wrong with modern unjustified enrichment law in South Africa? – *De Jure*, 2015, 388–410, достъпно на http://dx.doi.org/10.17159/2225–7160/2015/v48n2a7

[44] Цитирано по **Beatson**, Jack, Eltjo **Schrage**. Cases, Materials and Text on Unjustified Enrichment. Oxford: Hart Publishing. 2003, 91.

[45] **Visser**, Daniel. Rethinking unjustified enrichment: A perspective of the competition between contractual and enrichment remedies. *Acta Juridica*, 1992, 203–236.

създадени фрагментарни правила. Но според решаващия състав, принципът за недопустимост на неоснователно обогатяване следва да се третира като източник на задължения, бидейки по този начин и основа за признаването на самостоятелен общ иск. За достигане до подобни резултати способства и наблюдаващото се в юриспруденцията разширяване на приложното поле на признати специални претенции за имуществено уравнение, който процес по необходимост предполага и признаване на едно общо основание, а именно нуждата да бъдат коригирани ситуации на неоправдано имуществено разместване в съответствие с общия принцип за недопустимост на неоснователното обогатяване[46].

От тази отправна точка се осъществява понастоящем академичният дебат в Южна Африка, който е основно концентриран около колизията между необходимостта от признаване на общ иск за неоснователно обогатяване и опасенията, че съществува възможност същият да „абсорбира" съществуващите стари претенции за неоснователно обогатяване, което или ще освободи правото от сегашния казуистичен подход, или ще внесе хаос[47]. Така някои автори съзират в общия иск за неоснователно обогатяване възможност за възстановяване на всички неоправдани имуществени разместванията дори в случаите, в които старите формули са неприложими[48]. Според други, ако бъде приет общ иск, той ще е по-скоро суплемент и допълнение към вече съществуващите стари искове и основната му цел би била да запълва празноти, което е свързано и със схващането, че правото на неоснователно обогатяване е последна възможност за защита на ищеца[49]. Напоследък широка популярност придобива революционният опит на Daniel Visser[50] за реформа на правото на неоснователно обогатяване в Южна Африка чрез използване на немския модел Wilburg-Von Caemmerer. Предлага се да бъдат изоставени „неразбираемите и фрагментарни" римскоправни кондикции и да бъде възприето деление на исковете за неоснователно обогатяване съобразно механизма на настъпване на обогатяването, като се обособят претенции, при които става дума за преминаване директно на блага sine causa и такива, при които обогатяването е настъпило по начин, различен от прякото престиране. Въпреки безспорните достойнства на предлагания реформаторски модел,

---

[46] **Van** Zyl, Deon Hurter. The general enrichment action is alive and well. *Acta Juridica,* 1992, 115–130.

[47] **Whitty**, Nail, Daniel **Visser**. Unjustified Enrichment. In– Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa.(Ed.by R Zimmermann, D Visser and K Reid). 2004, 405–406.

[48] **Plessis**, Jack du. Towards a rational structure of liability for unjustified enrichment: thoughts from two mixed jurisdictions. *South Africa Law Journal,* 2005, 122–143.

[49] **Sonnekus**, J. C. Unjustified Enrichment in South African Law. South Africa: LexisNexis. 2008.

[50] Ibid.

Visser често е обвиняван, че в името на класификационна чистота и организационното единство жертва много от основополагащите принципи за правото на неоснователно обогатяване в Южна Африка.

Споровете продължават и до днес, а колебанията и несигурността създават основа да бъдат формулирани различни модели на структуриране и реорганизация на неоснователното обогатяване в Южна Африка. По този повод Du Plessis сочи, че съвременното развитие на правото на неоснователно обогатяване дава неудовлетворителни резултати, като последица от придържане към една партикуларна регламентация, която отделните искове за неоснователно обогатяване осигуряват. Това според Du Plessis може да бъде променено или ако бъдат създадени нови специални искове (като такива за случаите на наложено обогатяване, на обогатяване чрез използване на чужди имуществени права и блага и т.н.), или ако се признае съществуването на една обща претенция за неоснователно обогатяване, която поради своята обобщеност и абстрактност притежава потенциала да намери приложение към всички възможни бъдещи хипотези на неоправдани имуществени разместванията**. От гледище на правна политика и начина, по който този нов иск за неоснователно обогатяване трябва да „съжителства“ с вече съществуващите форми на защита, Du Plessis предлага: или общата претенция да бъде създадена като остатъчна и субсидиарна категория (приложима само за случаите на дефицит на регулативния потенциал на съществуващите искове); или да се създаде един същински общ фактически състав на неоснователно обогатяване, който да абсорбира старите формули на обогатителни искове (*което крие рискове за стабилността на правната система и което от правно-историческо гледище може по-скоро да се определи като бедствие*); или да бъде признат общ иск, който да действа заедно с класическите искове за неоснователно обогатяване, които да конкретизират съдържанието на претенцията за определени случаи**[51].

2.2. *Шотландия*

По подобие на Южна Африка и **пред Шотландия стои предизвикателството, наречено общ иск за неоснователно обогатяване, чийто структуриращ потенциал се оказва съмнителен (поне за някои).** Правото на неоснователно обогатяване в Шотландия привлича значителен научен интерес от 1900 г. насетне не само заради смесения характер на правната система[52], но и поради това, че е изоставена английската концепция за реституция, за

[51] **Plessis**, Jack du. Towards a rational structure, Op.cit., 142 –143.

[52] Правната система в Шотландия в исторически план възниква и се развива под едновременното влияние на common law традициите и континенталния подход към правото, като съотношението на силите на влияние варира през различните периоди. Виж **Schrage**, Eltjo, Jack **Beatson** Op. cit., p. 69, а така и **Schrage**, Eltjo. The Law of Restitution: the History

да бъде напълно възприет цивилистичният подход, оцветен с индивидуалистичен национален маниер при разрешаване проблемите на неоснователното обогатяване[53]. Тези тенденции могат да бъдат проследени още до глави 7 и 8 от Книга I -Institutions of the law of Scotland[54] на Stair,[55] озаглавени съответно "Restitution" и "Recompense или Remuneration", които наименования се счита, че Stair е извлякъл от названията “restitution” и “recompense“, употребени от Тома Аквински в Summa Theologica[56]. Според повечето съвременни учени Stair използва принципи на ius commune и каноническото право, за да създаде рамка за развитието на право на неоснователно обогатяване в Шотландия, включително откривайки пътя към признаване на общ иск за неоснователно обогатяване. За тази цел Stair отрича делението на облигациите в римското право на такива ex contractu, vel quasi ex contractu, ex maleficio, vel quasi ex maleficio, като вместо това предлага класификация, според която задълженията са такива, основани на съгласие (conventional) и такива, които се налагат от волята на Бог (obediential). И макар терминът неоснователно обогатяване да не се среща никъде в Институтите на Stair, според по-късни интерпретатори е безспорно, че тази област е обхванатa от трите части, озаглавени съответно Restitution, Repetition и Recompense, които се разглеждат като наложени облигации. Stair изяснява, че реституцията (restitution) представлява задължение, по силата на което човек е задължен да възстанови благата, взети от друг, като това задължение никога не може да се основава на предшестващо съгласие или мълчаливо такова[57]. В частта, озаглавена Recompense, Stair включва на първо място гестията, придържайки се към римскоправния модел, а във втората част включва общо задълженията, които възникват в случаите, в които

---

of Dutch Legislation. – In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed.by Schrage, E.L.J). Duncker & Humblot . 1995, 323–333.

[53] **Hogg**, Martin, A. Lowlands to Low Country: Perspectives on the Scottish and Dutch Law of Unjustified Enrichment. – *Electronic journal of comparative law,* 2001, №5, Available from: http://www.ejcl.org/ejcl/51/art51–1.html.

[54] Виж **MacQueen**, Hector, William David Hamilton **Sellar**. Unjust enrichment in Scots law. – In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed.by Schrage, E.L.J). Berlin: Duncker & Humblot . 1995, 291–292.

[55] Viscount Stair, *The Institutions of the Law of Scotland* (1681; 2nd edn, 1693), **MacQueen**, Hector, William **Sellar**. Unjust enrichment in Scots law. – In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed.by Schrage, E.L.J). Duncker & Humblot. 1995, 291.

[56] Виж **Reid**, Dot. Thomas Aquinas and Viscount Stair: The influence of scholastic moral theology on Stair’s account of restitution and recompense. – *Journal of Legal History,* 2008, № 29, 189–214.

[57] Нещо което самият Grotius поддържа в DE IURE BELLI, което обаче според някои е последица от една не съвсем коректна интерпретация на делението, възприето от Grotius. По този въпрос виж MacQueen, Hector. The Sophistication of Unjustified Enrichment: A Response to Nils Jansen. – *Edinburgh L. Rev,* 2016, № 20, 312–325.

едно лице се е облагодетелствало в ущърб на друг, без последният да е имал намерение да извърши дарение. Stair описва това като естествено задължение и цитира Cicero, сочейки, че е несправедливо и срещу природата на нещата едно лице да увеличи благосъстоянието си във вреда другиму.

По-късното развитие на правото на неоснователно обогатяване в Шотландия сочи на следване на създадения от Stair модел при формиране на определени прецеденти (case law), което и способства за постепенното утвърждаване на неоснователното обогатяване като самостоятелен дял на правото, различен от договорното и деликтното право. За това свидетелства и доктрината на т.нар. "three Rs.", според която претенциите за restitution, rcomenpese и recompense представляват искове за неоснователно обогатяване, всеки от които има различно приложно поле. Според най-разпространената класификация разделението между трите претенции се провежда с оглед предмета на иск, респективно съдържанието на задължението за реституция, макар и въпросът да е дискусионен[58]. Постепенно се утвърждава разбирането, че **repetition** представлява иск за възстановяване на средства, като предмет на иска може да бъде само парична сума, докато **restitution** е иск за възстановяване на каквито и да било материални блага, различни от пари. За сравнение **recompense** се счита за иск за обезщетение за случаите, в които ответникът е обогатен за сметка на ищеца[59].

По причина, че на практика повече от случаите на неоснователно обогатяване касаят прехвърляне на парични суми, то и repetition се утвърждава като обогатителен иск с най-голямо значение и практическа стойност. Това отчасти предопределя и мястото на иска **recompense, който се разглежда в доктрината като по-скоро добавъчна претенция, към която ищецът може да прибегне в случаите, в които ползата е получена от ответника по начин и при обстоятелства, различни от договор или предполагаем договор, и по този начин се превръща в събирателна категория за случаите на непряко обогатяване**[60]. Оттук и все по-често се казва, че така както е формулиран **recompense, не е нищо повече от общ иск за неоснователно**

---

[58] **Whitty**, Nail. Rationality, nationality and the taxonomy of unjustified enrichment. – In: Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed.by D. Johnston & R. Zimmermann). Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 684–685.

[59] Според една част от съвременната шотландска съдебна практика в основата на всяка една от тези претенции е общият принцип на недопускане на неоснователното обогатяване, докато според други, свързващият фактор е не друг, а липсата на намерението на ищеца да предостави на другата страна определена парична сума или друга имуществена облага (repetition и restitution) Виж **Hogg**, Martin.Unjustified enrichment in Scots law twenty years on: Where now? – *Restitution Law Review,* 2006, № 14, 1–20.

[60] В подобен смисъл е изложеното в: **Sellar**, William. Unjust Enrichment. – In: *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, 1996, Vol. 15, §§ 73–86.

обогатяване или че представлява аналог на общ иск[61] **за неоснователно** обогатяване[62], което се споделя и от съдебната практика в Шотландия поне до средата на 1990 г. В допълнение искът recompense се разглежда с известни отклонения или като субсидиарен и остатъчен обогатителен иск, или като общ иск за неоснователно обогатяване, или поне като претенция, която притежава потенциала да се превърне в общ иск за неоснователно обогатяване.

Въпреки до тук изложеното и в **Шотландия, по подобие на Южна Африка, въпросът дали съществува или не общ иск за неоснователно обогатяване, е силно дискусионен.** Колебанията са засилени от сравнително ограничения брой юриспруденциални актове, които съдържат произнасяне в тази насока в съчетание с ограниченото приложно поле на иска за recompense като последица от изискването за директност на преминаването на блага, а така и за връзка между обедняването и обогатяването, а според някои – и по причина на доктрината на субсидиарността[63]. Изказват се и опасения, че съвременното развитие на recompense като общ иск за неоснователно обогатяване бива възпрепятствано в началото на XX в. основно от несигурността и неяснотата относно неговото приложно поле и граници.

Тази **дискусия е придружена и от оживен академичен дебат, който отразява поне отчасти и споровете около нуждата да се създаде друга структура в рамките на института на неоснователното обогатяване**, чрез която да се гарантира по-голяма кохерентност (*което при сегашното деление на "three Rs." се оказва, като че ли невъзможно).* Основно критиката срещу класификацията на „three Rs." в материята на неоснователното обогатяване се свежда до това, че restitution, repetition и recompense не сочат на самостоятелни основания (в материалноправен смисъл), а по-скоро са средства за защита, но в процесуален смисъл. По тази причина и след 1998 г. се прави опит за промяна на възприетата таксономия, като с решението по делото Shilliday е прието

---

[61] Вижда се, че водещите за цивилистичната традиция фигури на negotiorum gestorum и actio de in rem verso, от които се твърди да започва еволюцията на идеята за общ иск за неоснователно обогатяване, не оказват почти никакво влияние за развитието на тази концепция в Шотландия. Това може да бъде обяснено не само с постепенния упадък и отдалечаване от римскоправните концепции в Шотландия, но и с обстоятелството, че случаите, които в континенталната правна система са част от приложното поле на actio de in rem verso и action negotiorum gestorum contratia, в Шотландия са изместени от употребата на претенцията recompense. Така **MacQueen**, Hector, William **Sellar**. Unjust enrichment in Scots law. – In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed.by Schrage, E.L.J). Duncker & Humblot, 1995, 289–293.

[62] Едно от най-задълбочените изследвания по въпроса е това на **MacQueen**, Hector. Unjustified Enrichment, Subsidiarity and Contract. – In: Mixed Jurisdictions Compared Private Law in Louisiana and Scotland. (Ed. by Palmer, Vernon Valentine, and Elspeth Christie Reid) . Edinburgh University Press. 2009, 322–354.

[63] Така **Whitty**, Nail, Op.cit., p. 658, p. 679.

за неправилно разбирането, че основанието на даден иск е 'recompense', тъй като recompense е последица, отговор на определено събитие, а не е самото събитие и в този смисъл не е и основанието за ангажиране на отговорността на ответника в отделни случаи на неоснователно обогатяване[64].

Така постепенно от сферата на материалното право, където служат като деноминатор за основните категории облигационни задължения за „обезщетяване" на неоснователното обогатяване, „three Rs" преминават в сферата на процесуалното право[65]. Тези промени провокират и някои крайни мнения в посока на пълното изоставяне на класификацията на „three Rs." като деление без практическа стойност, което предположение е съпроводено с предложения за възприемане на немския модел на разделение на претенциите за неоснователно обогатяване[66], което е особено актуално като предложение за реформа и в Южна Африка, както стана ясно. Тези опити за модернизиране на шотландското право на неоснователно обогатяване обаче са обект на консенсус в доктрината, но същите все още не са намерили своето място в юриспруденцията. При все това не следва да се забравя, че основната идея за реорганизацията на материята на неоснователното обогатяване в Шотландия е подчинена на нуждата от разграничаване на определени случаи на неоснователно обогатяване и конкретизирането на тази иначе абстрактна концепция, което може да бъде постигнато с възприемане на немския модел. Това обаче отново поставя въпроса за мястото и значението на една обща претенция за неоснователно обогатяване в новата структура, като дебатът остава открит[67].

2.3. *Луизиана*

За сравнение в Луизиана този дебат следва да се счита нормативно разрешен с включването през 1995 г. в ГК на американския щат на общ иск за неоснователно обогатяване, за който се предвижда да може да бъде предявен само при липса на друг иск[68]. Както съдържанието, така и механизмът на действие на така кодифицираната обща клауза следват континенталния модел, за което особено способстват редица дадености на конкретната истори-

---

[64] **Hogg**, Martin. Unjustified enrichment in Scots law twenty years on: Where now?.[2006] RLR 1.

[65] **Whitty**, Nail, Op.cit., pp. 886–890.

[66] **Wolffe**, James. Enrichment by improvements in Scots law. In – Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed.by D. Johnston & R. Zimmermann).Cambridge: Cambridge University Press. 2002, 384–430.

[67] **MacQueen**, Hector L. The Sophistication of Unjustified Enrichment: A Response to Nils Jansen. Edinburgh L. Rev, 2016, № 20, 312–325.

[68] **Oakes**, Jeffrey L. Article 2298, the Codification of the Principle Forbidding Unjust Enrichment, and the Elimination of Quantum Meruit as a Basis for Recovery in Louisiana. – *Louisiana Law Review,* 1996*,* № 56, Available from: https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol56/iss4/5.

ческа епоха. След продажбата на Луизиана от страна на Наполеон, останала в историята като „vente de la Louisiane“, цивилистичната традиция по тези земи бива съхранена единствено благодарение на енергичната съпротива, оказана от креолите. Това именно позволява кодификацията на гражданското право в Луизиана в областта на неоснователното обогатяване да следва почти неотклонно разрешенията, възприети във Френския ГК от 1803 г. Затова и първоначално в т.нар. Дигести на Луизиана от 1808 г. (Louisiana Digest of Orleans, 1808), а по-късно и в гражданските кодекси от 1825 г, а така от 1870 г. по нормативен път бива признато съществуването единствено на condictio indebiti и actio negotiorum gestorum, докато други възможни хипотези на неоснователно обогатяване остават извън законодателната рамка на кодекса. Причина за това е безкритичното следване на рестриктивния подход на френския граждански кодекс от 1804 г., който в категорията квази-договори също дава регламентация единствено на случаите на недължимо платеното (paiement de I'indu) и воденето на чужда работа без натоварване (gestion d'affaires), за които се счита, че са специални проявления на един по-общ принцип на недопустимост на неоснователното обогатяване. Обяснението за това е, че принципът за недопустимост на неоснователното обогатяване, учени като Pothier и Domat считат за твърде неясен и отвлечен, за да бъде въплътен в нормативно правило. Въпреки авторитета на Pothier, неговите идеи за справедливостта като самостоятелен източник, който може да послужи като основание за претенция за отстраняване на неоснователно обогатяване, не се приемат първоначално нито от юриспруденцията във Франция, нито от съдилищата в Луизиана.

И в Луизиана, по подобие на ситуацията във Франция, в първите години след кодификацията хипотезите на неоснователно обогатяване, които не попадат в приложното поле на кодифицираните condictio indebiti и gestio, започват да се разрешават посредством изкуствено разширяване на приложното поле на последните. Включително за определени случаи се създава фикция за съществуващ договор или се използва фигурата на gestion d'affaires anormale, позволяваща actio gestio d’affaire да бъде приложен и към хипотези, в които гесторът действа без animus rei aliena gerandae, но когато като последица от извършените действия, доминусът бива обогатен[69]. Тази конструкция обаче заслужено се критикува като твърде тромава и незадоволителна, а в съдебната практика се все по-често се говори за необходимостта да бъде признат общ иск за неоснователно обогатяване. Катализатор за тези процеси в Луизиана се превръща още и „брожението“ сред някои френски автори в полза на утвърждаването на неоснователното обогатяване като източник на облигационни

[69] **Колен**, Амброаз, Анри **Капитан**. Елементарен курс по френско гражданско право. Т. 2, Кн. 1 и 2. Задължения и договори. Обща теория и източници. София, 1929, с. 917.

отношения и за превръщането на actio de in rem verso в самостоятелен иск[70]. Оттук невъзможността съществуващата нормативна уредба да предостави разрешение в редица случаи на неоснователно обогатяване заедно с непригодността на gestion d'affaires anormale, вдъхновяват Върховния съд на Луизиана, по подобие на Френския Касационен съд, да признае с поредица от съдебни решения съществуването на обща претенция за неоснователно обогатяване[71]. Решително обаче формулата на actio de in rem verso, като общ иск за неоснователно обогатяване, бива изведена в мотивите към прословутото дело Minyard v. Curtis Products, Inc., 251 La. 624, 205 So.2d 422 (La.1967), където съдът разглежда спор по повод изпълнението на договор за изработка на определена конструкция.

От фактите по делото е установено, че в предишно производство Minyard, в качеството му на подизпълнител, бива осъден от страна на главния изпълнител по процесния договор за изработка да заплати в полза на последния обезщетение на договорно основание заради доказано използване на дефектни материали от Minyard при осъществяване на възложената му работа. При това положение Minyard предявява иск срещу производителя на дефектните материали Curtis Products[72]. При обосноваване на исковата си претенция Minyard изтъква, че договорната му претенция по отношение на лицето, от което е закупил дефектните материали, е погасена по давност, поради което Minyard решава да насочи иска си директно срещу производителя на тези дефектни материали, макар и между тях да не е налице директна връзка[73]. При това положение Върховният съд на Луизиана приема предявения от Minyard иск за основателен, заставайки на позицията, че една подобна претенция за имуществено уравнение намира своето оправдание в принципа за забрана на неоснователното обогатяване, чието действие категорично не се ограничава до регламентираните в кодифицираното писано право случаи на недължимо платено и водене на чужда работа без натоварване[74]. По този начин общият

---

[70] Виж **Tate**, Albert. The Louisiana action for unjustified enrichment. Tulane LR, 1976, № 50, 883.

[71] Става дума за Payne & Harrison v. Scott, 14 La. Ann. (1859), а по-късно и Garland v. Estate of W.S. Scott, 15 La. Ann. 143 (1860 г.). Решенията са цитирани по **Nicholas**, Barry. The Louisiana law of unjustified enrichment through the act of the person enriched. *Tul Civ LF* 3, 1991 – 1992, № 6/7, 10–13.

[72] Решението е цитирано по **Schrage**, Eltjo L. J, Barry **Nicholas**. Unjust enrichment and the law of restitution. – In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed.by Schrage, E.L.J). Berlin : Duncker & Humblot . 1995, 21–24.

[73] Виж **Nicholas**, Barry, Op.cit., 13.

[74] Използвайки мотивите на Френския касационен съд от казуса Boudier и сериозно количество аргументи, заимствани почти директно от сравнителния анализ между френското право и това на Луизиана, направен от Barry Nicholas, съдът решава, че средството, предоставено в полза на обеднилото се лице от френския касационен съд – actio de in rem

иск за неоснователно обогатяване бива признат като юриспруденциално творчество. Тези процеси в Луизиана не довеждат до така разпространените във Франция опасения и страхове, че обща претенция за неоснователно обогатяване, а още повече и такава, възникнала в юриспруденцията и основана на справедливостта, би отворила твърде широка дискреция за съдията, което на свой ред би довело и до правна несигурност[75], защото ще се окаже, че единствено от юридическия авторитет на съдията зависи дали може или не спорът да бъде разрешен въз основа на версионния иск, тъй като само той ще може да преценява дали съществува друго писано правило, което да се приложи вместо последния. Съществен принос за това има съществуващата във всички граждански кодификации на Луизиана т.нар. directory clause[76], позволяваща на съдиите там, където липсва изричен законов текст за разрешаване на конкретния спор, да правораздават въз основа на справедливостта[77].

Тези процеси в юриспруденцията, а така и в доктрината дават съществен тласък за осъществяване на реформи в гражданската кодификация на Луизиана, като се създава много подходяща среда за изричното нормативно закрепване на генерална клауза в материята на неоснователното обогатяване в Луизиана. И това става реалност през 1995 г. със създаването на правилото на чл. 2298 от ГК на Квебек. Цитираната разпоредба предвижда, че възниква задължение за имуществено уравнение (не съвсем коректно наречено задължение за обезщетение) във всички случаи, в които едно лице без правно осно-

---

verso не е по различно от иска за „обезщетение“, признат в юриспруденцията на Луизиана, който също следва да се разглежда като основан на принципа на недопустимост на неоснователно обогатяване. При така формирана решаваща воля, съдът уважава предявената от ищеца претенция въпреки погасяването по давност на алтернативната претенция към трето лице – договорния партньор на ищеца. Критика върху така възприетото виж у **Nicholas**, Barry. The Louisiana law of unjustified enrichment through the act of the person enriched. Tul Civ LF 3, 1991 – 1992, № 6/7, 13.

[75] **Zimmerman**, Reinhard. A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment action. – *Comparative and International Law Journal of Southern Africa,* 1985, № 18, 1 – 20.

[76] За историята на тази клауза през различните етапи от развитието на правната система в Луизиана, виж **Palmer**, Vernon Valentine. The Louisiana Civilian Experience: Critiques of Codification in a Mixed Jurisdiction. Carolina: Academic Press. Durham. NC.2005, 135–177.

[77] Става дума за Article 21 in the 1808 Digest и всички следващи кодификации, като в сега действащия кодекс от 1993 – това е правилото на Article 4 (1993). **Palmer**, Vernon Valentine. The Louisiana Civilian Experience: Critiques of Codification in a Mixed Jurisdiction. Carolina: Academic Press. Durham. NC. 2005, 146–167. Авторът сочи, че въз основа на разпоредбите на чл. 1960 от ГК на Луизиана от 1825 г., а така и чрез позоваване на правилата на чл. 1965, съдържим в ГК на Луизиана от 1870 г., бива включено и правило, което директно реферира към моралната максима, според която никой не следва да се обогатява за чужда сметка.

вание се е обогатило за чужда сметка[78]. В така създадената формула терминът без правно основание се използва, за да бъдат изключени от приложното поле на чл. 2298 от ГК на Луизиана случаите, в които обогатяването е последица на валиден правен акт или на закона. Вижда се, че и в това отношение напълно е възприет отрицателният цивилистичен подход[79], като акцент във формулата на общия иск е поставен върху липсата на causa iusta за настъпилото обедняване и обогатяване,[80] служещ за ориентир, който позволява да бъде извършена преценка, дали състоянието на имуществено разместване следва да бъде съхранено или не.

По този начин обаче биват възприети и недостатъците на разрешенията, формулирани в лоното на романската правна традиция, а именно – твърде генерализираните елементи на фактическия състав на общия иск за неоснователно обогатяване изглежда да покриват всичко, но всъщност обхващат и случаи, които законодателят изобщо не е имал предвид и не е желаел да уреди. Затова и опитът на Луизиана показва, че дори в онези системи, в които основно се разчита на подобни общо формулирани клаузи в желание да бъде създаден краен брой правила, които да обхващат всичко, законодателят се вижда принуден да възприеме допълнителни критерии относно определяне, а така и ограничаване на едно твърде широко приложно поле[81]. Това обяснява и защо новелата на чл. 2298 от ГК на Луизиана, макар и не без дебати и противоречия, възприема доктрината на субсидиарността на actio de in rem verso, облечена във формулата за липса на друг иск. При все това изискването за липса на друг иск, като изразител на субсидиарността на общата претенция за неоснователно обогатяване в Луизиана, следва да бъде разбирано по-скоро конкретно. Конкретната субсидиарност означава, че по правило иск, основан

---

[78] В структурно отношение чл. 2298 е разположен след правилата, регламентиращи воденето на чужда работа без натоварване (чл. 2292–2297), бидейки встъпителна разпоредба от самостоятелен раздел, озаглавен „Обогатяване без основание“ и е единствено правило в същия този раздел, посветен на принципни положения, като едва след това са уредени съставите на недължимо платено (чл. 2299 – чл. 2305). При все това в литературата се настоява, че възприетата по романски образец субсидиарност на общия иск на неоснователно обогатяване обезсмисля началната позиция, която генералната клауза заема в материята на неоснователно обогатяване. Така **Nicholas**, Barry, **Schrage**, Eltjo L J. Unjust enrichment and the law of restitution: A comparison.– In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed.by Schrage, E.L.J). Berlin: Duncker & Humblot, 1995, 10 at seq.

[79] **Nicholas**, Barry. Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law. – *Tul. L. Rev.* 1961–1962, № 36, 605–635.

[80] Още по този въпрос виж в: **Maxqueen**, Hector L. Unjustified Enrichment in Mixed Legal Systems. – *Restitution Law Review*, 2005, № 13, 21–33.

[81] Така **Schlechtriem**, P., **Coen**, Ch., **Hornung**, R. Restitution and Unjust Enrichment in Europe. – *European Review of Private Law*, Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, 2001, 380–382.

на твърдения за неоснователно обогатяване, е изключен при наличие на друго ефективно средство за защита, което правото предоставя на ищеца, освен ако в конкретния случай и с оглед обстоятелствата по делото, би се оказало, че другият иск не би осигурил ефективна защита[82].

Линията на ограничения в приложното поле на общия иск в Луизиана продължава чрез допълнително възпроизвеждане на френския модел на ограничаване включително на размера на actio de in rem verso. Водещата законодателна идея е на обеднилото се лице да се даде възможност да иска имуществено уравнение само за това, с което имуществото му е намаляло. По тази причина и в чл. 2298 от ГК на Луизиана се предвижда, че размерът на дължимото обезщетение е равен на по-малката стойност измежду обедняването и обогатяването. Тази формулировка е утвърдено в юриспруденцията още от началото на XIX век и не се поставя под съмнение. По-късно, както в Италианския ГК (чл. 2041) [83], така и в ГК на Франция (макар едва след реформата от 2016 г. с новелата на чл.1303–4[84]), се създават правила, които закрепват нормативно подобно ограничение относно обхвата на actio de in rem verso.

2.4. *Квебек*

Аналогично разрешение съдържа и новото гражданско законодателство на канадската провинция Квебек, което безспорно може да бъде причислено към правните системи с континенталноправни традиции извън Европа, които съчетават в себе си и някои „примеси“ от common law елементи [85]. Правната система на Квебек, по подобие на тази на щата Луизиана, има за свой първообраз френското право, което се доказва и от факта, че в Квебек от 1866 г. действа гражданска кодификация, която както по своето съдържание и принципни разрешения, така и по своята структура, твърде много напомня френския граждански кодекс[86]. Оттук и е разбираемо защо първоначално

---

[82] **Nicholas**, Barry. Unjust Enrichment and Subsidiarity. – In: *Scintillae Iuris*, Studi in Memoria di Gino Gorla, Milano. 1994, vol. III, 2037–2045.

[83] **Dickson**, Brice, Op.cit., 119.

[84] Виж François, «Présentation des articles 1303 à 1303–4 du nouveau chapitre III "L'enrichissement injustifié"», La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre3/chap3-enrichissement-injustifie/ [consulté le 24/01/2018].

[85] Влиянието на англо-санксонската правна традиция е разбираемо, доколкото Канада е сред юрисдикциите, които традиционно биват определяни като такива на общото право. Виж **McInnes**, Mitchell. The Canadian Principle of Unjust Enrichment: Comparative Insights into the Law of Restitution. – *Alberta Law Review,* 1999 № 37*,* 1 – 22. При все това авторът сам сочи, че и Канада попада под особеното очарование на романския модел в областта на неоснователно обогатяване.

[86] **Gomes**, Júlio M. V. Unjust Enrichment: a Few Comparative Remarks. – *European Review of Private Law,* 2001, № 2, 462–463.

при регламентация института на неоснователното обогатяване законодателят в Квебек възприема безрезервно рестриктивния подход на Pothier, като регламентация в ГК на Квебек получават единствено гестията и недължимо платеното, а общ фактически състав на неоснователното обогатяване не бива възприет. Всъщност във Франция страхът от общата претенция за неоснователно обогатяване е наследство отчасти и от научните трудове, създадени в предкодификационния период, които са доминирани от вече споменатото виждане, че една обща претенция за неоснователно обогатяване, би отворила твърде широка дискреция за съдията, което на свой ред би довело и до правна несигурност[87].

Естествено тези опасения от френската доктрина и юриспруденция се пренасят върху онези национални правни системи, които следват романския образец. И Квебек не е изключение от тези процеси, доколкото след кодификацията на гражданското право се правят опити възникналите спорове по повод „волни“ и „неволни“ имуществени разместванията sine causa да бъдат разрешавани единствено с помощта на съществуващите норми в кодекса. Това се оказва невъзможно, а нуждата от признаване на обща претенция за неоснователно обогатяване, която да „запълва“ пространството, оставено от специалните кондикционни претенции и средства за имуществено уравнение, се усеща все по-осезаемо в началото на XX в. При все това процесите на генерализиране на отговорността за неоснователно обогатяване в Квебек не се развиват с темповете на френската юриспруденция.

Приблизително сто години, след като Френският касационен съд е признал съществуването на actio de in rem verso като общо средство за отстраняване на имущественото неравенство за случаите, които остават необхванати от разпоредбите на действащото писано право, Върховният съд в Квебек постановява съдебно решение, чийто ефект и значение могат да бъдат сравнени с Arrêt Boudier от 1892 г[88]. Става дума за решението по делото Companie immobilibre Viger Ltie v Lauriat Giguire Inc[89], постановено през 1977 г[90]. Посоченото решение съдържа произнасяне на Върховния съд в Квебек по спор, обусловен от наличието на усложнени договорни отношения между множество участници. От фактите по делото става ясно, че ищецът Lauriat Giguire Inc, при наличие на договорно възлагане от страна на орган на местното самоуправление,

---

[87] **Zimmerman**, Reinhard. A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment action. – *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1985, № 18, 5.

[88] Цитирано по BEATSON & SCHRAGE. Cases, Materials and Text on Unjustified Enrichment. Oxford: Hart Publishing, 2003, 38.

[89] [1977] 2 SCR 67; 10 NR 277, цитирано по **MacQueen**, Hector L. Unjustified Enrichment in Mixed Legal Systems. – *Restitution Law Review*, 2005, № 13, 23.

[90] За детайли виж **MacQueen**, Hector L. Unjustified Enrichment in Mixed Legal Systems. – *Restitution Law Review*, 2005, № 13, 21–33.

извършва определени дейности по изравняване на терен, който ответникът Companie immobilibre Viger Ltie по-късно придобива от органа -възложител. След време става ясно, че самото договорно възлагане не е произвело правно действие, доколкото не е била спазена процедурата по неговото сключване, а органът-възложител се оказва че е заплатил само малка част от уговорената цена в полза на Lauriat Giguire Inc. При това положение Върховният съд на Канада застава на позицията, че Companie immobilibre Viger Ltie се явява неоснователно обогатен, доколкото е закупил подобрен имот, чието подобряване се изразява в изравняването на терена, макар и последното да е извършено от ищеца при наличие на възлагане от страна на предишния собственик.

Взимайки предвид, че действащият към този момент граждански кодекс на Квебек, не съдържа изрично правило, под чието приложно поле да попадне спорната хипотеза, решаващият състав приема, че разрешение следва да бъде изведено въз основа на водещите принципи на правото, които не е задължително да бъдат формулирани в нормативни правила, за да се счита, че имат пряк и непосредствен регулативен потенциал. Оттук съдът се позовава не само на френската доктрина и юриспруденция, но още и на естествената справедливост и на общия принцип за недопустимост на неоснователното обогатяване, за да обоснове правото на ищеца в случая да претендира възстановяване на своето обедняване.

Тази претенция в Квебек получава наименованието actio de in rem verso макар твърде много да се различава от своя римскоправен първообраз[91]. Оттук ясно личи, че решаващият състав, постановил решението по Companie immobilibre Viger Ltie v Lauriat Giguire In, е следвал вдъхновяващия пример на френската юриспруденция, а вероятно и на формулата на Aubry и Rau относно actio de in rem verso, за която се твърди, че е директно възпроизведена в решението по делото Arrêt Boudier от 1892 г. В Companie immobilibre Viger Ltie v Lauriat Giguire Inc Върховният съд на Квебек не само признава съществуването на общ иск за неоснователно обогатяване, но и формулира предпоставките, които са нужни за неговото успешно провеждане, а именно, за чието успешно провеждане според съда е нужно да бъде установено обогатяване, обедняване, връзка между тях, липса на основание, липса на заобикаляне на закона и липса на друго правно средство за защита.

Тези и други опити за признаване на претенция за имуществено уравнение въз основа на справедливостта, която да бъде приложима в онези случаи, които не попадат под регламентацията на съществуващите в кодекса правила, продължават в Квебек до 1994 г., когато в новоприетия ГК на Квебек бива нормативно закрепен общ иск за неоснователно обогатяване с правилото на

[91] **Gutteridge**, H., **David**, R. The Doctrine of Unjustified Enrichment. – *The Cambridge Law Journal*, 1934, № 5, 204, Available from: doi:10.1017/S0008197300126753 http://www.jstor.org/stable/4502733

чл. 1493[92]. Според цитираната разпоредба лице, което без правно основание се е обогатило за чужда сметка е длъжно до размера на своето обогатяване да обезщети обеднелия, като по този начин компенсира за неговото обедняване.

В структурно отношение правилото на чл. 1493 от ГК на Квебек е поместено накрая на частта, която регламентира неоснователното обогатяване след правилата за недължимо платено и водене на чужда работа без натоварване. И тази структура, в сравнение с възприетата в ГК на Луизиана, като че е по-съответна на субсидиарния характер на общия иск за неоснователно обогатяване и концепцията, че същият е последно защитно средство. Идеята за субсидиарността actio de in verso, както стана ясно, не е творческа инвенция на законодателя в Квебек, доколкото тази концепция е дискутирана още в началото на нашата епоха, но и по всяка вероятност не е наследена от римското право[93]. Може да допуснем, че савинианската теза за субсидиарните източници на правото, която е позната на френските юристи още от първата половина на XIX век, бива заимствана от френската юриспруденция и доктрина за название на доктрината за ограничаване приложното поле на общата претенция за неоснователното обогатяване във Франция, а оттук и във всички държави, които следват романския модел. Това обяснява защо макар и в ГК на Квебек да липсва изрично правило, което да предвижда, че за уважаване на actio de in rem verso, е нужно обеднилият се да няма друг иск, то в доктрината няма колебания, че общият иск за неоснователно обогатяване е субсидиарен.

И докато в щата Луизиана субсидиарността преклудира възможността за предявяване на общата претенция за неоснователно обогатяване винаги, когато обеднилото се лице има на практика друг иск било срещу обогатилия се, било срещу трето лице, то в Квебек се възприема друг подход. Счита се, че в гражданския кодекс на Квебек правилата, посветени на неоснователното обогатяване, като че ограничават действието на изискването за липса на друг иск само по отношение на същия ответник – обогатилия се, но не и по отношение на трето лице. Това е поредното доказателство, че подходът към изясняване на случаите на „индиректно“ обогатяване се различава от юрисдикция до юрисдикция въпреки някои общи белези. Същевременно традиционният юридически уклон към търсене на еднозначен отговор, който в еднаква степен да раз-

[92] **Challies**, George Swan. The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec. Montreal:Wilson & Lafleur. 2d ed. 1952, 30.

[93] Опитите в тази насока субсидиарността като концепция в неоснователното обогатяване да бъде проследена до творението на Юстиниан condictio sine causa generalis, за която някои романисти са на мнение, че представлява субсидиарно средство за защита, като че не са достатъчно убедителни. **Zimmermann**, Reinhard. The law of obligations. The roman foundation of the civilian Tradition. Cape Town: Juta & co. Ltd. 1990, 856.

решава различни спорни хипотези, е обречен на провал що се отнася проблема с неоснователното обогатяване, настъпило между три и повече страни[94].

2.5. *Бразилия*

До този извод достига и доктрината и юриспруденцията в Бразилия, където създадената нова кодификация на гражданското право от 2002 г. дава възможност регламентацията на материята на неоснователното обогатяване там да бъде определена като една от най-цивилистичните сред нехомогенното правно семейство на смесените юрисдикции. В Бразилия законодателят по подобие на този в Квебек поема по двойствения път на уредбата както на отделни кондикционни претенции (чл. 876–883), така и на генерална клауза (чл. 884–886), която е поместена накрая на самостоятелен раздел, посветена на едностранните актове, в която са регламентирани още публичното обещание за награда (чл. 854–860) и гестията (чл. 861–875). В бразилската доктрина решението за унификация на материята на неоснователното обогатяване чрез възприемане на генерална клауза се обяснява със силното влияние на подхода в романо-германския правен кръг. Това позволява Бразилия да се приобщи към процеса, който в сравнителната литературата някои определят като революция на правото на неоснователно обогатяване в онези смесените юрисдикции, чиито доминиращи общи признаци могат да бъдат определени като проявления по-скоро на цивилистичната традиция[95]. И наистина регламентацията, която правото на неоснователно обогатяване получава в Бразилия още с отменения ГК от 1916 г., като че не оставя съмнения, че същата отразява разрешенията, към които се придържат държавите на гражданското право и по-конкретно Франция.

Доколкото ГК на Бразилия от 1916 г. следва нормативните разрешения в областта на неоснователното обогатяване, които Code Civile, то разбираемо в него отсъства общ фактически състав на неоснователното обогатяване. Също както Code Civile в категорията квазиси-договори урежда единствено случаите на недължимо платеното (paiement de I'indu) и воденето на чужда работа без натоварване (gestion d'affaires), така постъпва и бразилският законодател. Разбира се това не се случва и без определено влияние от страна на авторитетното учение на Pothier, който в своите работи, посветени на неоснователното обогатяване, разглежда единствено condictio indebiti и поддържа, че случаите на неоснователно обогатяване следва да бъдат разрешени въз основа на правилата за воденето на чужда работа без натоварване (gestion d'affaires). Според Pothier естествената справедливост е самостоятелен източник на регулативен

---

[94] **Visser**, Daniel. Searches for Silver Bullets: Enrichment in Three-Party Situations. – In: Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed.by D. Johnston & R. Zimmermann). Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 526–288.

[95] **Whitty**, Nail. The Scottish enrichment revolution. – *Scottish Law & Practice Quarterly,* 2001, № 6, 167.

потенциал и без да е налице кодифицирано общо правило, справедливостта като източник би дала претенция за имуществено уравнение. Тези разрешения се възприемат в бразилската доктрина от началото на XX в.

Отделно от това, интензивното влияние на френското право върху бразилското прави така щото в Бразилия при действието на ГК от 1916 г. в юриспруденцията се наблюдава трайна тенденция, обосноваваща съществуването на задължения за имуществено уравнение във всички случаи, в които бива нарушен принципът за недопустимост на неоснователното обогатяване. Това юриспруденциално творчество обаче може само временно да помогне за разрешаване на конкретна спорна хипотеза, но не и за преодоляване на общия нормативен дефицит в редица случаи на неоправдани имуществени разместванията, които остават извън обхвата на кодифицираните правила. Затова и все по-категоричното и в доктрината се признава нуждата неоснователното обогатяване освен да бъде признато като източник на облигационни задължения, да бъде създадена и генерална клауза. Това води до включването на правилото на чл. 884 в новия ГК на Бразилия от 2002 г., което по романски образец предвижда един окрупнен състав на обща претенция за неоснователно обогатяване, към която в правната доктрина се реферира като към action de in rem verso. Това обяснява и защо в новия кодекс на Бразилия на генералната клауза в материята на неоснователното обогатяване се приписват поне две функции, а именно : да служи като принцип и ръководно начало за тълкуване и прилагане на всички други специални искове за неоснователно обогатяване, бидейки едновременно с това и „резервно“ основание за предявяване на претенция за имуществено уравнение[96] .

От текста на чл. 884 става ясно, че за успешното провеждане на общия иск за неоснователно обогатяване в Бразилия е нужно да бъде доказано обогатяване на едно лице за сметка на друго; обедняване на това лице, свързано с обогатяването на първото; връзка между обедняването и обогатяването; липса на основание за обогатяването; и липса на друг иск (вещен, деликтен, договорен), с който обеднелият да се защити. Няма съмнения, че тези елементи от фактическия състав на actio de in rem verso възпроизвеждат почти дословно италианския и френския законодателен модел на уредба. Няма спор, че така възприетата на нормативно ниво обширна формула безспорно има потенциала да приюти всички възможни в бъдещето случаи на неоснователно обогатяване, но така и да обезсмисли съществуването на специални правила за имуществено уравнение. Затова и с чл. 886 от ГК на Бразилия общата претенция за неоснователно обогатяване бива превърната в субсидиарно защитно сред-

[96] Като остатъчна категория, тези правила на СС 2002 дават директна регламентация на случаи на неоснователно обогатяване, които не попадат под приложението на други специални разпоредби. Виж **Michelon**, Claudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. *Restitution Law Review,* 2014, 59 – 80.

ство, което възниква единствено при липса на друг иск, с който обеднилият се да може да се защити[97]. И тук по подобие на романския, а отчасти и на немския модел, при който престационната кондикция изключва непрестационната, доктрината на субсидиарността е призвана да брани самата йерархия и ред в правната система.[98] Затова и не би било пресилено да кажем, че в по-общ план причините, които налагат възприемането на субсидиарността на общата претенция за неоснователно обогатяване, са конкретно подчинени на нейната функция на работещ механизъм за определяне на съотношението между неоснователното обогатяване и останалите сфери на облигационното право, а и на частното право въобще.[99]

2.6. ***Израел***

И въпреки че Израел традиционно се разглежда като юрисдикция, принадлежаща към правното семейство на смесените юрисдикции, то нейното развитие е sui generis. И това едва ли може да бъде отдадено единствено на обстоятелството, че по подобие на Шотландия и Израел не споделя общата историческа съдба на бивша колония[100] на Франция, Испания или Великобритания. При все това не може да се отрече, че израелският национален правопорядък е изграден върху една първоначално common law основа, която в исторически план се налага като последица от т.нар. английски мандат от 1922 в Палестина. И върху тази основа започват постепенно и поетапно да се наслагват определени цивилистични елементи[101]. Но и преди „рецепцията“ на модерната романо-германска традиция в областта на неоснователното обогатяване, в Израел бива дадено предпочитание на идеята за съществуване на общ иск за неоснователно обогатяване, а така и на общ принцип на недопустимост на неоснователното обогатяване. Юриспруденцията и доктрината в Израел

---

[97] Така **Michelon** (2007): C. Michelon, Direito Restituitório (RT, São Paulo, 2007);.

[98] Така **Zimmermann**, Reinhard, Jack **Plessis**. Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment. – *Restitution Law Review,* 1994, 14 et sqq.

[99] Така **Dickson**, Brice, Op.cit., p.100 – 103.

[100] Като че общото в историята на еволюция и развитие на тези правни системи е тяхното общо минало на бивши колониални държави, попаднали първоначално под влиянието на Франция, Испания или Холандия, които по-късно биват изместени от присъствието на Великобритания или САЩ. Същевременно държави като Израел и Шотландия, които традиционно се сочат като пример за хибриден тип правна система, са изключение от така посочения критерий. При все това отчитането в определени случаи на общите исторически обстоятелства макар и да не съставляват годен класификационен критерий при изясняване мястото на смесените юрисдикции, безспорно помага да бъде разбрано пресичането „пресрещането“ на различни правни кръгове и тяхното напластяване над съществуващите върху местните обичайноправни, а и често религиозно-правни традиции извън европейските региони.

[101] **Palmer**, Vernon Valentine. Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family. Vol. 2nd ed. Cambridge University Press, 2012, p. 65.

решително отхвърлят характерната за ранния период от развитието на правото на неоснователно обогатяване common law концепция за implied contract, при която въз основа на фикция се прави допускането, че отговорността при квази-контрактите всъщност почива върху договор[102]. Водещо съображение за израелската доктрина е това, че не може да се говори за ограничаване категориите на хипотезите на неоснователно обогатяване до определен и предварително известен краен брой случаи. И именно по тази причина общият иск за неоснователно обогатяване бива призван да даде регламентация на всички бъдещи хипотези, като включително наличието на други разпоредби не е пречка пред неговите функции по преодоляване на законодателни празноти.

Този процес на отричане на разрешенията, характерни по-скоро за страните на общото право, завършва с приемането в Израел през 1979 г. на Закон за неоснователното обогатяване, с който се дава и изрична регламентация на една обща претенция за неоснователно обогатяване с правилото на art. I**.** С тази разпоредба бива формулирана генерална клауза, според която, който е придобил собственост, услуга или каквото и да било друго благо без правно основание, трябва да осъществи реституция в полза на обеднилия се, а ако не може да бъде осъществена реституция в натура, или такава реституция би била неразумна, следва да му заплати стойността на получената облага[103]. Според буква „б“ на същото правило за основателността на претенцията е без значение дали ползата (благото) е придобито като последица от действие на обеднилия се или обогатилия се, или по какъвто и да е друг начин. В отлика от вече разгледаните представители на групата на смесените юрисдикции, в Израел водещ е не романският, а немският модел. При формулирането на обща клауза осезаемо е следван моделът на разделение на кондикциите, съдържими в генералната клауза на неоснователно обогатяване в §812 (1) от БГБ[104].

В Израел се оказва изключително влиятелна теорията на Wilburg и von Caemmerer, според която всъщност § 812 (1) изречение първо от БГБ съдържа две алтернативни претенции, чийто разделителен критерий се оказва понятието за *Leistung* (изпълнение или прехвърляне, преминаване). Така изтълкуван текстът на § 812 (1) изречение първо от БГБ дава основание за разделяне и поддържане на дихотомия[105] в съставите на неоснователно обогатяване и

---

[102] Виж по този въпрос **Birks**, P. Mclead. The Implied Contract Theory of QuasiContract: Civil Option Current in the Century Before Blackstone. – *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986, № 6, 546.

[103] Относно Израел, виж още у **MacQueen**, Hector L. Unjustified Enrichment in Mixed Legal Systems. – *Restitution Law Review*, 2005, № 13, 21–33, а така и The Civil Codes – Israeli Report. Available from: https://www.researchgate.net/publication/228142349_The_Civil_Codes_-_Israeli_Report [accessed Apr 25 2019].

[104] Така **Friedmann**, D. Israel: General Survey. – *Restitution Law Review,* 1993, № 1, 153.

[105] Още по този въпрос, виж в **Flume**, W. Die ungerechtfertigte Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch als eine Rechtsfigur der Bereicherung. – In: 50 Jahre Bundesgerichtshof.

по-конкретно, за тяхното йерархично отношение. Това дава повод на Wilburg да изкаже своето предположение, според което при приложените на 812 (I) БГБ, следва да се прави разграничение между случаите на неоснователно обогатяване, възникващи от изпълнението на несъществуващо или недействително задължение (Leistungkondiktion)[106], от тези, при които обогатяването е настъпило по начин, различен от прякото престиране (Nichtleistungskondiktion)[107]. Затова и в Израел се провежда деление на случаите на неоснователно обогатяване, които попадат в приложното поле на общата клауза съгласно механизма на настъпване на имущественото разместване.

III. Заключителни бележки

От изложените дотук сравнителноправни бележки ясно се вижда, че развитието на правото на неоснователно обогатяване в повечето от смесените национални системи би могло да се счита по-скоро като индикатор за влиянието на цивилистичната правна традиция[108]. При все това създаването и прилагането на общо правило за недопустимост на неоснователното обогатяване в тези хибридни юрисдикции е резултат от дейността на съдии и учени, които създават автономно право и разрешения, които не съществуват в т.нар. чисти юрисдикции. Оформили се под едновременното въздействие на континентал-

---

Festgabe der Wissenschaft (Ed. By Canaris et al.), München: 2000, 525–545, 534 et seq. Впрочем това остава един от най-дискусионните въпроси в материята на неоснователното обогатяване, който има вече повече от половинвековна история без обаче съществен теоретичен прогрес относно това дали правилото на пар. 812(1) БГБ съдържа една (т.нар. унитарна теория) или две самостоятелни претенции (теория на разделението) за неоснователно обогатяване. Според поддръжниците на унитарната теория § 812 (1) БГБ всъщност съдържа един единствен фактически състав, чието формулиране само отразява исторически подхода, при който случаите на неоснователно обогатяване са разделени съобразно това дали настъпилото обедняване и обогатяване са съответни или противни на желанието и намерението на обеднилия се.

[106] Това впрочем формира и една от най-съществените разлики между френския и немския модел на неоснователно обогатяване. В романския модел случаите, които в Германия попадат в рубриката Leistungkondiktion, като част от генералната клауза на § 812(1) BGB, са извън приложното поле на общия иск за неоснователно обогатяване, а се подчиняват на правилата на друг самостоятелен квази-контракт, а именно condictio indebiti.

[107] **Wilburg** W. Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschen Recht. Graz,1934, цитирано по **Gallo**, P. Unjust Enrichment A comparative analysis. – *The American journal of Comparative Law,* 1992, № 40, 442. Така и **Zimmermann**, Reinhard. Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach. – *Oxford Journal of Legal Studies,* 1995, № 15, 405.

[108] Това е обяснимо и като си дадем сметка, че за един твърде дълъг период от време в common law напълно липсва систематика на правото на неоснователно обогатяване, заради което и влиянието, което това спорадично и казуистично развитие оказва върху формирането на т.нар. смесени юрисдикции, е твърде слабо.

ната и common law правна традиции, смесените юрисдикции са същински лаборатории за право, позволяващи на изследователя да изпробва по емпиричен път концепции, които са се появили в различни национални доктрини[109].

Отделно от това водещо за научния интерес към смесените юрисдикции е и обстоятелството, че по пътя на интернационализацията, унификацията и „позволеното“ взаимно влияние и проникване на идеи от една правна система в друга, хибридните правни системи служат като катализатор за еволюцията на различни концепции, в това число и тази за общ иск за неоснователно обогатяване. Защото това, че подходът на различни юрисдикции към един и същи проблем е различен, безспорно представлява предизвикателство пред формулирането на общи изводи, но същевременно позволява да бъде разбрано много за самия проблем, но и да бъде оценен избраният модел за неговото разрешаване.

И в това се състои огромният сравнителноправен потенциал на смесените юрисдикции. Защото при възприемането на определени „представителни“ образци от други правни кръгове (континентални или common law такива), то самият избор на чуждия законодателен модел, който бива осъществен, вече съдържа оценка за правилността и годността на избрания модел, а така и за възможните raison d'être за направения избор. И именно това определя същественото значение и мястото на смесените юрисдикции в дискусията за мястото на неоснователното обогатяване като институт, а така също и за отговор на въпроса от правно-техническо и правно-политическо значение дали може и трябва правото на неоснователно обогатяване да бъде структурирано чрез една генерална клауза.

ЛИТЕРАТУРА

Колен, Амброаз, Анри **Капитан**. Елементарен курс по френско гражданско право. Т. 2, кн. 1 и 2. Задължения и договори. Обща теория и източници. София, 1929.

Матеева, Екатерина. Към учението за правните семейства в съвременността през призмата на частното право. – *Год. СУ. Юрид. фак.*, 86, 2019.

Митев, Красимир. Възникване и развитие на идеята за общ фактически състав на неоснователното обогатяване. – В: Правната наука – традиции и актуалност. Пловдив: Унив. изд. Паисий Хилендарски, 2012.

Alvin, See. An Introduction to the Law of Unjust Enrichment. *Malayan Law Journal,* 2013, № 5, Research Collection School Of Law. Available at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1228.

Beatson, Jack, Eltjo **Schrage**. Cases, Materials and Texts in the Law of Unjustified Enrichment. Hart Publishing. Oxford, 2003.

[109] **Visser**, Daniel. Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems. Tulane Law Review, 2003, 47.

Birks, P. Mclead. The Implied Contract Theory of QuasiContract: Civil Option Current in the Century Before Blackstone. – *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986.
Challies, George Swan. The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec. Montreal: Wilson & Lafleur. 2nd edn, 1952.
Dawson, John. Indirect Enrichment. – In: Ius Privatum Gentium: Festschrift f˙ur Max Rheinstein. (Ed.by E. von Caemmerer, S. Mentschikoff and K. Zweigert). 1969, vol. II.
Dawson, John. Unjust Enrichment: A Comparative Analysis. Chicago, 1951.
Dickson, Brice. Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview. – *The Cambridge Law Journal*, vol. 54, no. 1, 1995, 100–126. Available from: JSTOR, www.jstor.org/stable/4508037.
Descheemaeker, Eric. L'enrichissement injustifié: The Reform of 10 February 2016 in a Historical and Comparative Perspective (July 1, 2019). 3 Tribonien (2019), Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3447009
Dietrich, Jorg. Restitution: A New Perspective. Sydney: Federation Press, 1998.
Flume, W. Die ungerechtfertigte Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch als eine Rechtsfigur der Bereicherung. – In: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe der Wissenschaft (Ed. By Canaris et al.), München: 2000
Friedmann, D. Israel: General Survey. – *Restitution Law Review,* 1993.
Gallo, P. Unjust Enrichment: A comparative analysis. – *The American journal of Comparative Law,* 1992.
Gomes, Júlio M. V. Unjust Enrichment: A Few Comparative Remarks. – *European Review of Private Law*, 2001, № 2.
Grantham, Ross, Charles **Rickett**. Disgorgement for Unjust Enrichment. – *The Cambridge Law Journal*, 2003, № 62.
Grantham, Ross, Charles **Rickett**. On the Subsidiarity of Unjust Enrichment. – *Law Quarterly Review*, 2001, № 117.
Gutteridge, H., R. **David**. The Doctrine of Unjustified Enrichment. – *The Cambridge Law Journal*, 1934, № 5.
Hallebeek, Jan. The concept of unjust enrichment in late scholasticism. Nijmegen: Gerard Noodt Instituut, 1996.
Hogg, Martin. Unjustified enrichment in Scots law twenty years on: Where now? – *Restitution Law Review,* 2006.
Hooker, M., B. Legal. Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws. Oxford: Oxford Univ Press, 1975.
Johnstone, David, Reinhard **Zimmermann**. Comparative Law of Unjustified Enrichment. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
Jooste, Christian, Eltjo **Schrage**. Subsidiarity of the General Action for Unjust Enrichment (Part 1), 2016 J. S. Afr. L. 1 (2016).
Kötz, H. The Value of Mixed Jurisdictions. – *Tulane Law Revie,* 2003.
Krebs, Tomas. In defence of unjust factors. – In: Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed.by D. Johnston & R. Zimmermann). Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
MacQueen, Hector The Sophistication of Unjustified Enrichment: A Response to Nils Jansen, Edinburgh L. Rev, 2016, № 20, 312–325.

MacQueen, Hector. Unjustified Enrichment, Subsidiarity and Contract. – In: Mixed Jurisdictions Compared: Private Law in Louisiana and Scotland. (Ed. by V. Palmer & E. Reid). Edinburgh University Press, 2009.

MacQueen, Hector, William **Sellar**, David **Hamilton**. Unjust enrichment in Scots law. – In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed. by Schrage, E.L.J). Duncker & Humblot, 1995.

MacQueen, Hector. Unjustified Enrichment in Mixed Legal Systems. – *Restitution Law Review*, 2005, № 13.

McInnes, Mitchell, The Canadian Principle of Unjust Enrichment: Comparative Insights into the Law of Restitution. – *Alberta Law Review*, 1999 № 37.

Meier, Sonja Unjust Factors and Legal Grounds. – In: Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed. by D. Johnston & R. Zimmermann). Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Michelon, Claudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. – *Restitution Law Review*, 2014.

Nicholas, Barry. Unjust Enrichment and Subsidiarity. – In: Scintillae Iuris, Studi in Memoria di Gino Gorla, Milano.1994, vol. III.

Nicholas, Barry Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law. – *Tul. L. Rev*, 1961–1962, № 36.

Oakes, Jeffrey L. Article 2298, the Codification of the Principle Forbidding Unjust Enrichment, and the Elimination of Quantum Meruit as a Basis for Recovery in Louisiana. – *Louisiana Law Review,* 1996*,* № 56, Available from: https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol56/iss4/5

Palmer,Vernon Valentine. Two Rival Theories of Mixed Legal Systems. – *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, № 1, Available from: www.ejcl.org/121/art121–16.pdf

Palmer, Vernon Valentine. Mixed Jurisdictions Worldwide : The Third Legal Family. United Kingdom : Cambridge University Press. 2001.

Palmer, Vernon. The Louisiana Civilian Experience: Critiques of Codification in a Mixed Jurisdiction. Carolina: Academic Press. Durham. NC.2005.

Plessis, Jack Du. Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems. – In: The Oxford Handbook of Comparative law. (Ed. by M. Reimann & R. Zimmermann). N.Y.: Oxford Univ. Press, 2006.

Plessis, Jack Du. Towards a rational structure of liability for unjustified enrichment: thoughts from two mixed jurisdictions. – *South Africa Law Journal,* 2005, № 122.

Rahmatian, Andreas. Alchemistic Metaphors in Comparative Law: Mixed Legal Systems, Reception of Laws and Legal Transplants, Journal of Civil Law Study, 2018, № 11, Available at: https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol11/iss2/2.

Reid, Dot Thomas. Aquinas and Viscount Stair: The influence of scholastic moral theology on Stair's account of restitution and recompense. – *Journal of Legal History*, 2008, № 29.

Reid, Kenneth. The Idea of Mixed Legal Systems. – *Tulane Law Review*, 2003, № 78.

Schlechtriem, P., Ch. **Coen**, R. **Hornung**. Restitution and Unjust Enrichment in Europe. – *European Review of Private Law*, Kluwer Law International. Printed in the Netherlands*,* 2001.

Schrage, Eltjo. The Law of Restitution: the History of Dutch Legislation. – In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed. by Schrage, E.L.J). Berlin : Duncker & Humblot , 1995.

Schrage, Eltjo, Barry **Nicholas**. Unjust enrichment and the law of restitution. – In: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution (Ed. by Schrage, E.L.J). Berlin : Duncker & Humblot, 1995.

Sellar, William. Unjust Enrichment. – In: The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia, 1996, Vol. 15.

Sirena, Pietro. The DCFR – Restitution, Unjust Enrichment and Related Issues. – *European Review of Contract Law,* 2008, № 4.

Sonnekus, J. C. Unjustified Enrichment in South African Law. South Africa: LexisNexis. 2008.

Tate, Albert. The Louisiana action for unjustified enrichment. Tulane LR, 1976, № 50.

Van Zyl Deon Hurter. The general enrichment action is alive and well. – *Acta Juridica*, 1992.

Visser, Daniel. Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems. – *Tulane Law Review*, 2003.

Visser, Daniel. Rethinking unjustified enrichment: A perspective of the competition between contractual and enrichment remedies. – *Acta Juridica,* 1992.

Visser, Daniel. Searches for Silver Bullets: Enrichment in Three-Party Situations. – In: Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed. by D. Johnston & R. Zimmermann). Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Whitty, Nail. Rationality, nationality and the taxonomy of unjustified enrichment. – In: Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed. by D. Johnston & R. Zimmermann). Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Whitty, Nail, Daniel **Visser**. Unjustified Enrichment. – In: Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa.(Ed. by R Zimmermann, D Visser and K Reid), 2004.

Wilburg W. Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschen Recht. Graz,1934.

Wolffe, James. Enrichment by improvements in Scots law. – In: Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. (Ed. by D. Johnston & R. Zimmermann). Cambridge.

Zimmermann, Reinhard, Jack **Plessis**. Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment. – *Restitution Law Review,* 1994, 14 et sqq.

Zimmermann, Reinhard The law of obligations. The roman foundation of the civilian Tradition. Cape Town: Juta & co. Ltd, 1990.

Zimmermann, Reinhard. A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment action. – *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1985, № 18.

Zimmermann, Reinhard Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach. *Oxford Journal for legal studies,* 1995, № 15.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – май 2020 г.
Рецензенти – проф. д.ю.н. Екатерина Матеева
проф. д.ю.н Иван Русчев

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

СПЕЦИФИКИ ПРИ УВОЛНЕНИЯТА В УСЛОВИЯТА НА ИЗВЪНРЕДНО ПОЛОЖЕНИЕ И НА ИЗВЪНРЕДНА ЕПИДЕМИОЛОГИЧНА ОБСТАНОВКА

ЦВЕТА ПОПОВА

Катедра „Трудово и осигурително право“

Резюме: Изследва се отражението на законодателството, прието по време на извънредното положение и на извънредната епидемиологична обстановка, обявени заради Covid–19, върху прилагането на режима на уволненията. Прави се извод, че изобилието от нововъведени разпоредби не засяга правото на работодателя да уволнява работниците и служителите, нито влияе върху протичането на срока на предизвестието. Икономическите затруднения, причинени от въведените ограничения, обаче създадат предпоставки за по-масово използване на основанията за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 1–4 и т. 12 КТ. Анализирани са съдебни решения, които създават противоречива съдебна практика по приложението им, както и отражението на въведените ограничения заради извънредното положение върху отделните елементи от основанията за уволнение. Направен е преглед на особеностите при изпълнението на законовите задължения на работодателя, свързани с предприемането на масови уволнения в условията на извънредно положение.

Ключови думи: трудово правоотношение, Кодекс на труда, уволнение, извънредно положение, мерки при извънредно положение, Covid–19, част от предприятието, обективна невъзможност.

* Главен асистент по трудово и осигурително право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право, cepopova@uni-sofia.bg

* Chief Assist. Prof. in Labour Law and Social Security at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D, cepopova@uni-sofia.bg

SPECIFIC ASPECTS
IN DISMISSAL DURING A STATE OF EMERGENCY
AND EXTRAORDINARY EPIDEMIOLOGIC SITUATION

TSVETA POPOVA
Labour Law and Social Security Department

Abstract: The paper examines the implication of the legislation adopted during the state of emergency and during the extraordinary epidemiologic situation because of Covid–19 on the dismissal regime. The study concludes that the variety of newly introduced regulations do not influence the right of the employer to dismiss employees and has no impact on the expiry of the dismissal notice. The economic difficulties caused by the implemented restrictions lead to an increased number of dismissals on the grounds of art. 328, para 1, p.p. 1–4 and p.12 of the Labour Code. Court decisions which establish contradictory court practices and the imposed restrictions by the state of emergency as a formal ground for dismissal are being analyzed. Special focus is put on the practices for introduction of mass discharges in a state of emergency by employers.

Keywords: labour relationship, Labour Code, a dismissal, a state of emergency, extraordinary measures, Covid–19, a part of the undertaking, objective impossibility.

I. Правна уредба

С цел ограничаване разпространението на Covid–19 в България се установява извънредно положение. Обнародваният на 24.03.2020 г. Закон за мерките и действията по време на извънредното положение (ЗМДИП), обявено с решение на Народното събрание от 13 март 2020 г., предвижда важни промени в уредбата на трудовите отношения. С няколко разпоредби в Кодекса на труда (КТ) – чл. 120б, 120в, 138а, ал. 2, чл. 173а и чл. 267а, страните по трудовото правоотношение се снабдяват с нови възможности за едностранна промяна в съдържанието на трудовото правоотношение с цел прилагането на ограниченията, наложени заради извънредното положение и за справяне с последиците им. Първоначалният срок на извънредното положение, се удължава до 13 май 2020 г. с Решение на Народното събрание от 3 април 2020 г., а с Решение № 325 от 14.04.2020 г. на Министерския съвет от изтичането на извънредното положение се обявява извънредна епидемиологична обстановка[1] по чл. 63, ал. 1 ЗЗдр. Съгласно разпоредбата на чл. 1 ЗМДИП приложението на нормативните мерки и действия, които уреждат условията на извънредното

[1] Вж. легалната дефиниция в т. 45 от Допълнителните разпоредби на Закона за здравето (ЗЗдр).

положение и на преодоляването на последиците им се ограничава времево от обявяването на извънредното положение (13.03.2020 г.) до отмяната му или до отмяната на извънредната епидемиологична обстановка. Законодателят за съжаление не определя еднозначно до кога се прилагат тези нормативни разрешения. Независимо от предвиденото в чл. 1 ЗМДИП, в § 51а от Преходните и заключителните разпоредби (ПЗР) на ЗМДИП, се урежда друго разрешение във връзка с действието на някои негови разпоредби. Те се прилагат до два месеца от отмяната на извънредното положение – или до 13 юли 2020 г., включително. Така работодателят разполага с правата по чл. 7 и 8 ЗМДИП едностранно да въвежда надомна работа или работа от разстояние, да предоставя до една втора от платения годишен отпуск на работника или служителя (чл. 7 ЗМДИП), както и да не прилага ограниченията за полагане на извънреден труд (чл. 8 ЗМДИП) за срока на извънредното положение и до 2 месеца от изтичането му. Нововъведените разпоредби в Кодекса на труда се прилагат до края на извънредната епидемиологична обстановка.

На подзаконово ниво са издадени множество актове, от които значение за уредбата на трудовите отношения в условията на извънредно положение имат няколко от десетките заповеди на министъра на здравеопазването, например Заповед № РД-01–124 от 13.03.2020 г., с която се преустановяват провеждането на мероприятия и дейности на множество обекти, на детските заведения, на образователните институции и организации и пр.; № РД–01–134 от 20.03.2020 г., която въвежда забрана за придвижване между областните центрове без уважителна причина; № РД-01–183 от 6.04.2020 г., която засяга работата и мерките спрямо водачите на тежкотоварни автомобили и въздухоплавателни средства; № РД-01–196 за транспортиране на сезонните работници; № РД-01–197 от 11.04.2020 г., с която се въвежда задължителното носене на маски за еднократна или многократна употреба или друго средство в закрити и открити обществени места и др., както и Заповед № РД-01–219 от 2.04.2020 г. на министъра на труда и социалната политика. За времето на извънредната противоепидемична обстановка, се прилагат нови Заповеди № РД-01–262; № РД-01–263; № РД-01–264 и № РД-01–265, всички от 14 май 2020 г. на министъра на здравеопазването.

Те очевидно целят уеднаквяване на вече въведените изисквания, правила и мерки, които да се прилагат през време на извънредната обстановка и поради това с раздел IV на Заповед № РД-01–263 се отменят заповедите, действали през извънредното положение. Улеснението за работодателите е само привидно, тъй като разпоредби от по-новите четири заповеди противоречат на въведените промени в трудовото законодателство. Например раздел I, т. 1 от Заповед № РД-01–262 изисква всички работодатели в зависимост от спецификата и възможностите на съответната трудова дейност да организират дистанционна форма на работа за служителите си, надомна работа или работа

от разстояние за времето от 14 май до 14 юни 2020 г. Според разпоредбата на чл. 7 ЗМДИП работодателите трябва да сторят същото за периода до два месеца след извънредното положение – или до 14 юли 2020 г. Разбира се, поради противоречие на подзаконовия акт с предвиденото в чл. 7 във вр. с § 51а ПЗР ЗМИДП тези разпоредби следва да не се прилагат от правораздавателните органи на основание чл. 15, ал. 3 от Закона за нормативните актове. Но не всеки работодател е достатъчно компетентен да прецени какво се изисква от него в тази обърквaща ситуация. В същото време следва да се справя със сериозните икономически предизвикателства заради наложените ограничения в страната, което допълнително се затруднява от постоянния поток от нормативни разпоредби, налагащи му задължения във връзка с трудовите правоотношения в настъпилите извънредни обстоятелства.

II. Целта на изложението

С изследването не се прави обзор на законодателството, касаещо уредбата на трудовите правоотношения по време на извънредното положение и на извънредната епидемиологична обстановка. Достатъчно е да се очертаят най-общо целите му, за да се прецени въздействието му върху режима на уволненията. На първо място с него законодателят се стреми да въоръжи работодателите с повече и по-гъвкави инструменти за справяне с икономическите затруднения, които причиняват въведените противоепидемични мерки и наложените ограничения в извършваните дейности и в движението на гражданите с оглед преодоляване разпространението на Covid–19. Освен това урежда допълнителни задължения за осигуряване на здравословни и безопасни условия, когато трудът по време на извънредно положение продължава да се полага в предприятието. Предвидени са отделни разпоредби с цел по-гъвкава уредба на труда на някои категории работници и служители: оказващите медицинска помощ и съпътстващите я дейности; учителите, осъществяващи дистанционно обучение на учениците, както и се предоставя допълнителна закрила за някои уязвими групи работници и служители. Казаното дава основание за заключението, че нормативни актове, формиращи извънредното законодателство, не предвиждат нормативни промени в основанията за прекратяване на трудовите правоотношения. Причината въпреки това да се пристъпи към тяхното изследване е очакваното им по-масово настъпване, както и затрудненията, които работодателите може да изпитат при законосъобразното им прилагане в условията на ограничения. Тъкмо като мярка срещу очакваното им широко използване са и предвидените с Постановление № 55 на Министерски съвет (ПМС № 55) от 30.03.2020 г. компенсации за работодателите с цел запазване на заетостта на работниците и служителите, когато дейността е преустановена или за тях е установено непълно работно време. Целта е поне

в известна степен върху обществото да се разпределят неблагоприятните последици за дейността на работодателите и за заетостта на техните работници и служители като се изплащат компенсации, финансирани със средства от държавния бюджет.

Изложението се структурира като се изследват особеностите, свързани с извънредното положение[2], в приложението на най-масово очакваните заради въведените мерки и действия основания за уволнение. С използването им работодателят се стреми да ограничи разходите за труд, когато е преустановена дейността му, затворените са обектите му или са намалели постъпленията му заради по-малко поръчки, клиенти и пр. Специално внимание следва да се отдели на основанието за уволнение поради обективна невъзможност за изпълнението на трудовия договор по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ и приложимостта му, когато дейността на работодателите е преустановена заради извънредното положение по чл. 120в, ал. 1 във вр. с ал. 2 КТ с акт на орган на власт. Поради по-мащабното засягане на дейността на работодателите, е допустимо по-често възникване на хипотези на „масови уволнения“ по смисъла на § 1, т. 9 от Допълнителните разпоредби (ДР) на КТ, а това налага да се проследи дали е възможно спазването на специалния комплекс от нормативни изисквания за извършването им при ограниченията, наложени в условията на извънредно положение.

III. Основания за уволнение, обусловени от неблагоприятното влияние на въведените мерки и ограничения в условията на извънредно положение върху дейността на работодателя

Уволнението[3] представлява субективно потестативно право на работодателя да прекрати на законно предвидено основание едностранно и занапред трудовото правоотношение със своя работник или служител. В българското законодателство е установен принципът за законоустановеност на основанието за уволнение. То представлява юридически факт с правопрекратителен ефект. С възникването му се преустановява занапред действието на валидно възникнало трудово правоотношение.

В периода на извънредното положение се въвеждат мерки и ограничения, които влияят неблагоприятно в различна степен върху дейността на широк

[2] Оттук нататък в изложението с използването на понятието „извънредно положение“, без да се споменава, ще се има предвид и периодът на извънредната епидемиологична обстановка.

[3] Повече за правото на уволнение в: **Мръчков**, Васил. Трудово право. 10. прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2018, 608–612; **от него**. Уволнение по безвиновни основания. София: Наука и изкуство, 1966, 6–7; **Василев**, Атанас. Трудово право. Бургас: БСУ, 1997, 492–493; **Средкова**, Красимира. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2011, 43–47.

кръг работодатели. Спирането на част или на цялата дейност на предприятия, собственост на частноправни субекти, по силата на акт на държавен орган, е съществена новост в иначе свободната ни пазарна икономика. Със Заповеди № РД-01–124 от 13 март 2020 г., съответно № РД-01–263 от 14.05.2020 г. на министъра на здравеопазването в изпълнение на законовата делегация по чл. 63, ал. 1 ЗЗдр и с евентуално издадените от директора на компетентната регионална здравна инспекция заповеди по чл. 63, ал. 7 ЗЗдр се засяга икономическата дейност на работодатели от немалък брой отрасли на националното стопанство. Временно се спира или се ограничава на територията на цялата страна работата на обекти с обществено и друго предназначение; посещенията на посетители и клиенти на продукти и услуги, предоставяни от множество работодатели, което осуетява извършването им и получаването на постъпления от дейността. Създадените нормативни пречки за изпълнението на уговорената по трудовото правоотношение работа представляват фактическо основание за възникване на обективна невъзможност за изпълнение на множество трудови договори.

Друга група работодатели включва тези, чиято дейност в по-малка степен е засегната от установените мерки, защото с тях не се препятства извършването ѝ или естеството ѝ позволява тя да се извършва извън помещенията на работодателя. Следва да се има предвид, че според разд. I, т. 6 от Заповед № РД-01–124, съответно разд. I, т. 1 във вр. с т. 2 от Заповед № РД-01–263 от 14.05.2020 г. на министъра на здравеопазването и според чл. 7 ЗМДИП, при възможност за нейното обезпечаване и при отчитане на специфичния характер на работата, всички работодатели са длъжни да възложат надомна работа или работа от разстояние и само когато това е невъзможно, следва да се продължи трудовата дейност в предприятието. Последните случаи включват хипотези на работа на поточна линия, в цехове, болници, домове за социални услуги и др., тъй като е практически немислимо машините, материалите, продукцията, пациентите да напускат предприятието. Тогава работодателят има основание да продължи да изпълнява дейността си в производствените помещения при спазване на изискуемите мерки по Заповед № РД-01–219 на министъра на труда и социалната политика и по Заповед № РД-01–262 на министъра на здравеопазването като осигури подходящи условия на труд. Въпреки липсата на конкретно ограничение или преустановяване на дейността, обемът на работата, поръчките, клиентите също може да пострадат, като настъпи фактическият състав на някое от предвидените основания за уволнение.

Това се отнася и до работодателите, които могат да изпълнят задължението за въвеждане на работа от разстояние или за надомна работа извън помещенията на работодателя. И при тези случаи, когато работодателят не може да обоснове невъзможност трудът да се полага дистанционно, но преценява достатъчен негативен икономически ефект от наложените заради карантината

ограничения – намалели приходи, намалял обем или неефективност на извършваната работа и др., може да реши да закрие цялото предприятие, част от него или да прибегне до съкращаване в щата, до редуциране на персонала заради намаляване на обема на работата си или да спре работа за повече от 15 работни дни, като приложи съответното основание по чл. 328, ал. 1, т. 1, 2, 3 или 4 КТ. Изборът коя хипотеза да се приложи зависи от конкретните възникнали при работодателя фактически обстоятелства, които определят преценката му коя част от работната сила не му е необходима или не може пълноценно да използва заради въвеждането на надомно полагане на труда или на работа от разстояние. Когато за работодателя е налице пречка да продължи да упражнява дейността си заради заповед на орган на власт, той има право да прекрати трудовото правоотношение поради така възникналата обективна невъзможност за изпълнение на трудовия договор по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ. В изложението не се разглеждат останалите основания за уволнение, свързани с причини у работодателя, както и по причина у работника или служителя[4], тъй като не се очаква тяхното приложение да се повлияе съществено от условията на извънредното положение.

1. Основанието **закриване на цялото предприятие** по чл. 328, ал. 1, т. 1 КТ възниква, когато има *пълно преустановяване на дейността на работодателя за в бъдеще*[5]. Необходимо е да е взето решение от страна на компетентния орган при спазване на нормативните изисквания. За частноправните субекти той се определя в законодателството – например при дружество с ограничена отговорност – е необходимо решение на съдружниците за прекратяване на дружеството по чл. 154, ал. 1 т. 2 от Търговския закон (ТЗ), за акционерното дружество – решение на общото събрание по чл. 252, ал. 1, т. 1 ТЗ и т.н. В условията на извънредно положение е възможно такова решение да се приеме и неприсъствено по чл. 139, ал. 2 ТЗ, стига всички съдружници да заявят писмено съгласието си за решението. Това обстоятелство следва да се отрази в изготвения протокол от заседанието. Хипотезата е мислима и при акционерните дружества, когато е предвидено вземане на неприсъствено решение по чл. 238, ал. 3 ТЗ в устава им, като отново се прилага изискването за писмено съгласие с него на всеки акционер.

Освен при ликвидация основанието „закриване на предприятието“ на работодателя може да възникне и от решение на съда, когато е преустановена дейността в резултат на обявяване в несъстоятелност на търговеца в произ-

---

[4] Повече за това деление вж. **Мръчков**, Васил. Трудово право, 613–634; **Средкова**, Красимира. Трудово право, 439–451.

[5] Повече за това основание в **Мръчков**, Васил. Трудово право, 613–615; **от него**: Коментар на Кодекса на труда. 11. прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2013, 976-979; **от него**: Уволнение по …, с. 24; **Средкова**, Красимира. Трудово право, 439–440.

водството по чл. 625 и сл. ТЗ. Тази хипотеза се очаква да се сбъдва по-често заради взетите мерките и ограничения в извънредното положение, включително икономическите поражения да са толкова сериозни, че длъжниковото дружество да не разполага с имущество, което да покрие разноските по производството (чл. 632, ал. 1 ТЗ) и с откриването на производството, то да бъде обявено в несъстоятелност и да бъде прекратена дейността му. Необходимо е обаче и съдът да не е преустановил заседанията си заради извънредното положение. Следва да се има предвид трайната съдебна практика, според която фактическият състав на чл. 328, ал. 1, т. 1 КТ възниква с постановяване на решението за обявяването в несъстоятелност по чл. 711 ТЗ, без да е необходимо влизането му в сила (по арг. от чл. 714 ТЗ, съгласно който решението, независимо от обжалваемостта му, подлежи на незабавно изпълнение[6]). Трябва да се има предвид, че не е необходимо всички работници и служители да бъдат уволнявани едновременно. За наличието на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 1 КТ е без правно значение фактът, че след обявяване на несъстоятелността трудовите правоотношения на някои от служителите се запазват, тъй като за осъществяване на действията по ликвидацията или несъстоятелността няма пречка работодателят да определя и да наема (по изрично допуснатото основание за възникване на срочно трудово правоотношение по чл. 68, ал. 1, т. 1 във вр. с ал. 3 КТ) необходимия му персонал[7].

Неясноти в прилагане на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 1 КТ в условията на извънредно положение може да възникнат във връзка с това, че едно юридическо лице може да извършва няколко различни стопански дейности. Ако има спортен комплекс и цех за производство на санитарни материали, то дейността на първия е преустановена изцяло още на 13 март 2020 г. със Заповед № РД-01–124, а при втория може да има увеличение в поръчките, клиентите и постъпленията. Когато работниците и служителите в двете предприятия имат като страна по правоотношението един и същ работодател, идентифициран с един и същ Единен идентификационен код по Закона за търговския регистър и регистъра за юридическите лица с нестопанска цел, то не може основанието да се използва при преустановяване на дейността на спортния комплекс, когато се запазва дейността на цеха. Тогава ще е допустимо прилагането на основанието закриване на част от предприятието по чл. 328, ал. 1, т. 2, предл. I КТ. Обратното, ако спортният комплекс отговаря на изискванията, предвидени по §1, т. 1 ДР КТ – да има икономическа и организационна обособеност и самостоятелно да наема работници и служители, то следва при преустановяване на дейността му, да може да се използва основанието „закриване на цялото предприятие“ след като решение за това е взето от компетент-

[6] Така и Определение № 572 от 10.07.2018 г. по гр.д. № 4948/2017 г., ВКС, III г.о.

[7] Решение № 274 от 30.06.10 г. гр.д. № 673/09 г.; Определение № 170 от 16.02.2017 г. по гр.д. № 3699/2016 г., ВКС, IV г.о.

ния орган на дружеството. Следва да се има предвид и недопустимостта да се използва това основание, когато въпреки наличието на решение от страна на компетентния орган за преустановяване на дейността, става дума за реорганизация. В решение № 271 от 14.05.2010 г. по гр. д. № 4556/2008 г., ВКС, IV г.о. съдиите приемат, че фактическият състав „закриване на предприятието“, като основание за прекратяване на трудовото правоотношение е налице, когато дейността на същото за в бъдеще се преустановява напълно, а преструктуриране или реорганизация, за които ще стане дума по-долу, представлява сливане, вливане, отделяне или разделяне на дейността на предприятието или на част от нея, но не и преустановяване на същата[8].

2. Икономическите затруднения, които мерките за ограничаването на заразяването с Covid–19 причиняват, може да принудят работодателя да оптимизира производството или бизнеса си като реши да закрие само отделен цех, звено, отдел, представителство в конкретен град, по-силно засегнат от ограничителните мерки. За да настъпи основанието „**закриване на част от предприятието**“ по чл. 328, ал. 1, т. 2, предл. I КТ, е необходимо п*реустановяване на дейността за в бъдеще на част от предприятието* по решение, взето от работодателя или от друг компетентен орган[9]. Освен затрудненията в приложението на основанието заради необходимостта да се търсят варианти за взимане на неприсъствени решения от компетентните органи в дружеството на работодателя в условията на ограниченията, наложени заради извънредното положение, законосъобразното приложение на това уволнение се усложнява многократно от натрупалата се противоречива съдебна практика относно един от елементите от фактическия състав на основанието, а именно – какво представлява „част от предприятието“. Поради липса на легална дефиниция то се определя в научната литература[10] като структура на предприятието, самостоятелна и отделна спрямо останалите част, която работодателят в щатното разписание обособява, без значение на степента на обособеност – клон, направление, дирекция, звено, екип, бригада, лаборатория и пр.

Макар и заради упражняването на право или с изпълнението на задължение за извършване на подбор изясняването на този елемент е поставено за тълкуване по образуваното т.д. № 5/2019 г. по описа на ВКС, Гражданска колегия. Спорен е въпросът кога е налице закриване на част от предприятие-

[8] Така и реш. № 526 от 30.06.2010 г. по гр.д. № 1643/2009 г., ВКС, III г.о.

[9] Вж. повече **Мингов**, Емил. Прекратяване на трудовия договор поради общи основания. София: Сиби, 2004, 104–106.

[10] **Гевренова**, Нина. Въпроси на правната уредба на основанията за уволнение, при които се осъществява предварителна закрила. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Т. 5*. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2011, с. 173; **Мръчков**, Васил. Коментар на Кодекса на труда, 979-980.

то, вътрешна реорганизация и съкращаване на щата. Не предизвиква въпроси хипотезата, когато от предприятието на работодателя в едно населено място се закрива отделно звено, натоварено със специфични функции. Безспорно е положението и в случаите, когато работодателят има повече обекти, извършващи различни дейности, и решението му се отнася до един от тях – например има магазин за хранителни стоки и за часовници в търговски център, затворен с акт на орган на власт. Закрива се тази част от предприятието, чиято дейност е засегната от заповед № РД-01–124 на министъра на здравеопазването, а другият му обект продължава да работи. Основанието по чл. 328, ал. 1, т. 2, предл. I КТ се прилага само за работниците и служителите от магазина за часовници, тъй като работодателят е преценил заради преустановяването на дейността на тяхното звено, да го закрие. Спорове възникват при закриване на няколко от повече обособени обекта с идентичен предмет на дейност, т.е. въпреки промяната работодателят продължава, макар и в намален обем, да осъществява дейността в същото или в друго населено място. В Решения № 526/30.06.2010 г. по гр.д. № 1643/2009 г., III г.о. и № 271/14.05.2010 г. по гр.д. № 4556/2008 г., IV г.о., ВКС се приемат за обективни признаци на фактическия състав „закриване на предприятието“, когато дейността на същото за в бъдеще се преустановява напълно, докато преструктуриране или реорганизация е налице при сливане, вливане, отделяне или разделяне на дейността на предприятието или на част от нея, което не включва преустановяване на същата. Такива са мотивите и в Решение № 653/25.10.2010 по гр.д. № 1854/2009, ВКС, III г.о., че реално осъществено закриване на част от предприятието е налице, когато се преустановява дейността на едно негово обособено звено, така че отпада необходимостта от осъществяването ѝ, което и налага освобождаването на работниците и служителите, заети с тази дейност.

В случай на вътрешно организационно преустройство на предприятието, налагащо вливане, сливане, трансформиране, промяна на наименованието на негови отделни звена, дейността продължава да се осъществява, макар и под други организационни форми[11]. В решение № 144/08.08.2016 г. по гр.д. № 122/2016 г., ВКС, IV г.о., се приема, че не е настъпило закриване на част от предприятието, когато се закриват едно или няколко звена, но като заедно с това се открива ново, към което преминават всички дейности, осъществявани от закритите, включително, когато само част от дейностите пре-

[11] Няма закриване на част от предприятието при закриването на отделно структурно звено, ако в оставащите структурни звена на предприятието (в същото населено място) съществуват длъжности за същите или несъществено отличаващи се трудови функции. Така в Решения № 211/14.08.2014 г. по гр.д. № 4441/2013, № 100/05.04.2011 по гр.д. № 701/2009 г., ВКС, IV г.о. и в Решение № 179/20.10.2015 г. по гр.д. № 5408/2015 г., ВКС, III г.о.

минават към новото, а останалата част се разпределя към други структури. Т.е. не се оставя на преценката на работодателя да определи дали закрива свое звено, въпреки че не подлежи на съдебен контрол решението каква е необходимостта му от работна сила и как структурно тя да се разпредели. Съдът необосновано се вмесва като приема, че при относителна самостоятелност на съответното обособено звено, включително организационно-управленската (т.е. да притежава относително самостоятелно ръководство) и при наличието на някой от останалите критерии за такава обособеност, а именно териториалния (по отношение на населеното място, регион, област на извършване на дейността), финансово-икономическия (по отношение на наличие на собствени приходи или на самостоятелна разходна сметка) и функционалния (по отношение на осъществяването на относително обособена дейност от общата дейност на предприятието), съдът може да потвърди, че фактически е настъпило основанието по чл. 328, ал. 1, т. 2, предл. I КТ. Считам, че такъв подход може да бъде подкрепен само дотолкова, доколкото подлежи на съдебен контрол дали е налице реално закриване на звено от предприятието.

Относно останалото работодателят следва да разполага с организационна и управленска власт сам да прецени колко обекта да има в рамките на едно или повече населени места, как да разпредели дейността между тях, както и как точно да структурира трудовите функции на своите служители[12]. Не приемам, че преустановяването на дейността на конкретно звено, означава изобщо преустановяване извършването на тази дейност от работодателя, независимо дали в същото или в друго населено място. По-скоро законодателят е имал предвид организационния критерий при отделяне на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 2, предл. I КТ от съкращаването в щата. Когато съответната производствена единица е преустановила дейността – било то банков или застрахователен клон, цех или магазин, работодателят няма нужда от работната сила на заетите в нея работници и служители. При съкращаването в щата се премахват отделни щатни бройки, като се запазват структурните единици на работодателя. Като ориентир може да се използва и *териториалният критерий* – закрива се локално обособена от останалите структура на предприятието. Но сам по себе си този критерий се оказва недостатъчен, защото е възможно *материалните активи, освободени* в резултат на това закриване да са *включени в останалата незасегната от закриването дейност на работодателя в друго звено*, а работодателят да наеме нова работна сила, за да продължи извършването на дейността на закритата част от предприятието. Тогава не е налице основание за уволнение, а производствената единица само се реорганизира, защото нейният обем работа продължава да се извършва от преместената на друго място структура, чрез използване на материалните ѝ активи, подкрепени с добавена работна сила.

[12] Така и **Гевренова**, Нина. Въпроси на правната уредба на…, 173–174.

В същото време следва да се подчертае, че при преценката дали е налице закриване на част от предприятието, не следва да е водещ функционалният критерий. Възможно е някоя от съпътстващите дейности, които са се извършвали в закритата структура – например търговска, логистична, заедно с работниците и служителите, които са били заети с тях, да продължи работа в други обекти на работодателя в същото или в друго населено място. Т.е. макар при закриване на част от предприятието естествено да се очаква *преустановяване на основната дейност на звеното*, спомагателните може да продължат да се изпълняват, включително от същите лица, но не в същото звено. Така и в решение № 574/15.10.2010 г. по гр.д. № 1753/2009 г., ВКС, III г.о., в което съдът приема, че е налице „реално осъществено закриване на част от предприятието, при положение, че е закрита 90% от дейността на отделението и е премахнат изцяло щатът на това структурно звено“, а не само при пълното преустановяване на дейността му. Възможно е работодателят да запази упражняването на основната си дейност – например търговия на дребно с компютърна техника, но да закрие само обектите си в търговските центрове, затворени по време на извънредното положение. Въпрос на работодателска дискреция е да определя структурата на предприятието си и да реши кое звено да закрие и кое да продължи да съществува занапред. Важно е да се спази изискването *дейност да не се извършва в закритата структура*, в противен случай упражняването на субективното трудово право на уволнение на това основание е незаконно[13]. Това означава и обратното – ако в един цех се произвежда олио, а друг – хартия и се закрива вторият, складовите работници в закрития не следва да бъдат оставени на работа, защото складова дейност се извършва в запазеното звено, нито пък да се извършва задължителен подбор измежду складовите работници и от другото звено.

При очакваното по-често закриване на затворени или на губещи структури от предприятията в условията на икономически затруднения заради въведените мерки за ограничаване разпространението на Covid–19, изложената твърде противоречива практика препятства работодателите да пристъпват към използване на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 2, предл. I КТ. Затова е необходимо определянето на ясен водещ критерий, който да ориентира работодателя всякога дали е налице закриване на част от предприятието, а останалите следва да се използват като помощни. *Организационният* критерий определя окончателното преустановяване на дейността на обособеното звено, *без да е необходимо същата да не се извършва от други структури на предприятието* и *стига да не се използват активите на закритата, нито да се наема нов персонал за извършването ѝ в друга структура от предприятието*. Считам и че в случаите, когато се прехвърля основна дейност към друго звено, обосо-

[13] Така определя основанието за незаконосъобразно, когато е запазен дори един щат от закритата структура. Вж.: **Гевренова**, Нина. Въпроси на правната уредба на…, с. 174.

бено структурно или териториално, което не налага наемане на нов персонал за осъществяването ѝ, нито се ползват материалните активи на закритата част, не става дума за реорганизация, а за закриване на *териториално* обособено звено[14]. От значение за преценката дали става дума за закриване на отделна част от предприятието, когато остават други, заети със същата дейност, има и наличието на *управленска самостоятелност*[15] – също елемент от организационната обособеност. В голяма степен ръководителят на отделния търговски обект, клон или друго звено определя естеството и качество на извършваната в него дейност, особеностите при изпълнението ѝ, представянето на работниците и служителите. Когато някои от тези условия не са налице, не е налице основанието „закриване на част от предприятието“ и трябва да се изпълни задължението за подбор по чл. 329 КТ, както и да проведе необходимите процедури за преодоляване на предварителната закрила при уволнение[16], ако са налице данни, че засегнат от уволнението работник или служител се ползва с такава на някое от основанията, предвидени в чл. 333 КТ. Трябва да се има предвид, че закрилата се прилага към момента на връчване на предизвестието за уволнение[17]. Като се отчете предвиденото в чл. 333, ал. 7 КТ работодателят трябва да поиска информация от уволнявания работник или служител дали между връчването на предизвестието и връчването на заповедта за уволнение е настъпило ново основание – например е уведомен по чл. 313а, ал. 1 КТ за установена след връчването на предизвестието бременност или е установена болест, за които се ползва закрила.

---

[14] В решение № 28/02.04.2019 по гр.д. № 3055/2018 г. на ВКС, III г.о., се изтъква, че при преценката дали има закриване на структурно обособено звено, се отчита, че работодателят е търговец и част от неговото предприятие е организационно обособена структура, която извършва относително самостоятелна стопанска дейност. Тя има собствено ръководство, относителна финансова самостоятелност, самата ѝ локация определя и различен подход към работата, различия в необходимата квалификация и в постигнати резултати от заетите работници и служители. Това прави и извършването на подбор по чл. 329 КТ между работниците и служителите в закрития и в другите обекти практически трудно осъществим. Когато става дума за магазин за дрехи в центъра и в беден квартал, не може да се използват като обективен критерии за качеството на извършената работа – постигнатият оборот, броят на клиентите, по-малкото кражби и пр., ако се закрива централният магазин, защото е прекратен договорът за наемането му.

[15] Така и в решение № 105/26.06.2019 г. по гр.д. № 3326/2018, ВКС, III г.о.

[16] Повече за предварителната закрила в: **Мръчков**, Васил. Трудово право, 658–670; **Средкова**, Красимира. Трудово право, 476–487. **Гевренова**, Нина. Въпроси на правната уредба на …, 169–184.

[17] **Гевренова**, Нина. Момент на реализиране на предварителната закрила. – В: *Актуални проблеми на трудовото право.* Т. 4. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2010, 172–188; **от нея**. Специална закрила на работниците и служителите с намалена работоспособност. София: Сиби, 2013, 272–275.

3. Друго основание за прекратяване на трудовото правоотношение, което се очаква да се използва масово от работодателя в условията на извънредно положение, е уреденото в чл. 328, ал. 1, т. 2, предл. II КТ **съкращаване на щата.** Щатът отразява начина, по който работодателят е разпределил структурно и функционално необходимостта си от работна сила. Той отразява стабилната, заявената от работодателя нужда от персонал, структурирана по длъжности и подредена йерархично. Често се определя в практиката като щатно разписание, щатна таблица, структура на персонала и др. Във време на извънредно положение, което се обявява внезапно и се очаква да причини временни смущения в работата на предприятието, е по-вероятно работодателят да се стреми едновременно да запази дейността си, но да прецени, че намалелият поток от клиенти може да бъде обслужван от по-малко работници и служители. В такива случаи, работодателят има избор от две основания.

Ако оцени състоянието като недостатъчно трайно, че да обоснове промяна в действащото щатното разписание, може да констатира намалелия обем на работата и без да съкрати щатните бройки, да освободи толкова работници и служители по чл. 328, ал. 1, т. 3 КТ, колкото според него отговарят на редуцирания обем на дейността. Когато прецени, че за в бъдеще, включително и след изтичането на извънредното положение, може да извършва дейността с по-малко работници и служители или за в бъдеще няма да може да поддържа такъв размер на фонд „Работна заплата“, той следва да извърши *промяна в щатното разписание* като приеме ново, с намален състав. Съкращаването в щата означава *намаляване на предвидените в новото разписание бройки, заличаване на дадена длъжност или длъжности*[18]. Преценката за причината да се извърши това намаляване, честотата на промяната в щатното разписание и нейната последователност не подлежат на съдебен контрол. Без правно значение е броят и видът на съкратените щатни бройки и дали това е свързано или не със структурни промени, намаляване обема на работата, на клиентите или на оборотите[19]. Подлежи на съдебен контрол при обжалване на уволнението единствено дали е реално намаляването на съответните щатни бройки. Затова то не следва да прикрива реогранизирането и промяната в наименованието на длъжността. Ако е съкратена една длъжност, част от извършваната дейност е запазена и в щатното разписание се е появила друга, за да е законно настъпило основанието, следва *новата да има и други*, различни *трудови задължения* и те да имат водещо значение за длъжността. Довод, че новосъздадената длъжност е различна е и поставянето на други, оправдани от естеството на работата, изисквания за заемането ѝ – ценз, квалификация[20].

---

[18] Така **Василев**, Атанас, цит. съч., 493–494.

[19] Така и **Гевренова**, Нина. Въпроси на правната уредба на…, 175–176.

[20] **Мръчков**, Васил. Уволнение по безвиновни …, 32–34.

Ако в условията на извънредно положение работодателят прецени, че дейността му е с намалял обем, което не обосновава да държи работници и служители за част от основните, за помощните или за допълнителните дейности, той може да съкрати тези щатни бройки и да възложи дейността да бъде извършвана от друг субект – доставчик на съответните услуги – складови, счетоводни и пр. При такива случаи често в практиката възникват спорове дали става дума за съкращаване в щата или за прехвърляне на трето лице на дейността, с която са били заети служителите. Съдът в Решение № 287 от 1.02.2017 г. по гр.д. № 1798/2016 г., ВКС, IV г.о. правилно не подкрепя твърдението, че поради прехвърлянето на дейността по управление на складовете на трето за спора лице в нарушение на чл. 123, ал. 1, т. 7 КТ, реално липсва съкращение. В дискрецията на работодателя е да прецени дали да извършва сам тази дейност или да я възложи на външен доставчик, особено когато част от помещенията, в които се извършва тази дейност, са затворени с акт на орган на власт или е ограничен достъпът до тях заради мерките, предприети поради извънредното положение.

Когато няма сключен договор с дружеството на работодателя как, къде, с колко работници и служители или машини да се извърши услугата, става дума за безвиновно прекратяване на трудово правоотношение, свързано с икономически, технически или организационни причини, налагащи промени в работната сила. Това следва и от чл. 4.1 изр. 2 на Директива 2001/23/ЕО на Съвета относно сближаването на законодателствата на държавите членки във връзка с гарантирането на правата на работниците и служителите при прехвърляне на предприятия, стопански дейности или части от такива. За прехвърляне на дейност е необходимо юридическо прехвърляне или сливане на стопански субект, който запазва своята идентичност, което означава организирано групиране на ресурси с цел извършване на стопанска дейност според чл. 1, § 1, б. „а“ и § 1, б. „б“ от Директива 2001/23/ЕО.

Съдържанието на това определение е вложено в разпоредбата на чл. 123, ал. 1 КТ, включително и в хипотезата по ал. 1, т. 7[21]. Когато *не е сключен договор между предприятие-прехвърлител и предприятие-приобретател, не е прехвърлен стопански субект или част от него, запазваща своята идентичност*, не става дума за промяна в работодателя по чл. 123, ал. 1 КТ и съответно трудовите правоотношения не подлежат на запазване. Т.е. за да е налице реално съкращаване в щата, а не реорганизиране и фиктивност на уволнението, е необходимо при прехвърляне на дейност да не е налице запазване на идентичност между двата стопански субекта. Това може да се постигне, когато при запазване на основна или спомагателна дейност не се предоставят и съответните материални активи, с които дейността е била и ще бъде и занапред извършвана. Когато в резултат на възлагане от страна на

[21] Вж. ТР № 2 от 2011 г. по тълк.д. № 2 от 2010 г. на ОСГК на ВКС.

работодателя на дейности на доставчик на услугата, той сам преценява какви материални активи да използва за извършването ѝ и пр., няма идентичност между дейностите и работодателят може да съкрати работниците и служителите, които са били заети с прехвърлената дейност.

Процедурата за извършването на това уволнение включва освен реално възникване на основанието и *утвърждаване*[22] *от компетентния орган* на новото щатно разписание, още и извършването на подбор, когато има задължение за това, и реализиране на предварителна закрила по чл. 333 КТ. Допустимо[23] е, особено в условията на ограничения в придвижването при извънредното положение, след взимане на решение за приемането на нов щат, с което се намаляват съществувалите щатни длъжности, работодателят да упълномощи конкретен служител – директор на човешки ресурси или друго лице, което да прекрати трудовите правоотношения на съкратените работници и служители.

За целите на изложението не е необходимо да се разглежда специално обхватът и значението на задължението за **подбор по чл. 329 КТ**, въпреки разнообразието от противоречива съдебна практика напоследък, която допълнително затруднява работодателя да се ориентира как законосъобразно да упражни правото си на уволнение. Заслужава да се подчертае, че макар условията на извънредното положение да влияят върху осъществяването на задължението за подбор, не ограничават неговото изпълнение. То се затруднява заради полагането на труда в неспецифична среда – извън предприятието на работодателя по чл. 120б КТ или при непълно работно време, поради ползването на платен или неплатен отпуск, както и когато дейността на работодателя е преустановена по чл. 120в КТ. Сравнението се затруднява само в известна степен от липсата на непосредствен контрол от страна на работодателя върху работата, когато тя се осъществява от вкъщи по чл. 120б, ал. 1 КТ (от разстояние или надомна) поради извънредното положение. Въпреки това обектив-

---

[22] Следва да се подкрепят мотивите на Решение № 358 от 6.01.2016 г. по гр.д. № 2639/2015 г., ВКС, IV г.о., които допускат по-голяма свобода на работодателя при утвърждаването на щатното разписание. Съдът определя, че промяната е от компетентността на законния представител на дружеството на работодателя, като няма пречка той да възприеме и изпълни решението на друг орган на дружеството. Съответствието на промените на щатното разписание с приетата структура в търговското дружество няма отношение към законността на уволнението. То има значение единствено в отношенията между представляващия и дружеството и може да повлече отговорност на представляващия спрямо дружеството. Така и в Реш. № 413/30.01.2014 г. по гр.д. № 2362/2013 г.; № 343/28.12.2012 г. по гр.д. № 748/2011 г. ВКС, IV г.о.; Реш. № 8/02.03.2012 г. по гр.д. № 672/2011 г. ВКС, III г.о. При въведените епидемиологични мерки, които не позволяват събиране на по-големи групи от хора, а например в устава на акционерното дружество не е уредена възможност за неприсъствено решение по чл. 238, ал. 3 ТЗ, това разрешение с още по-голяма увереност следва да се подкрепи.

[23] Така и ТР № 6 от 11.01.2013 г. по тълк.д. № 6/2012 г., ОСГК на ВКС.

ното сравнение в резултатите от работата и в показателите на работниците и служителите, за да се определи в интерес на производството или службата кои работят по-добре и имат по-висока квалификация, не е невъзможно. Същото се отнася и до служителите, които се уволняват, а определен период от време не са работили, защото тяхната работа или тази на звеното им или на цялото предприятие е преустановена по чл. 120в КТ. Да се твърди обратното означава, да се отрече изобщо възможността на работодателя да уволни работници и служители при наличие на задължение за подбор, освен в случаите, когато дейността му изобщо не е засегната от ограниченията на извънредното положение. Но тогава няма да е налице самото основание за уволнение.

В случаите, когато извършване на подбор е задължително, надлежното му изпълнение подлежи на съдебен контрол и поради това работодателят в условията на извънредно положение, следва да е подготвен да докаже законосъобразното му изпълнение и обективното сравнение на качествата и резултатите от работата. Извънредното положение не освобождава работодателя от задължението да постави участниците в подбора в еднакви условия за работа, като не използва за оценка на резултатите данни от периоди, в които заради наложени ограничения или работа от вкъщи някои от тях не са имали възможност да изпълняват част от трудовите си задължения и да постигат резултати. В тези случаи работодателят следва да използва трайно проявени качества и постигнати цели от периоди, когато работниците и служителите са работили при нормални условия преди епидемиологичната обстановка или при идентични условия при наложените от нея ограничения. Извънредното положение не пречи на работодателя да включи в подбора всички необходими участници, да приложи законовите критерии и да постигне обективното съответствие на оценката по отделните показатели с проявените професионални качества и квалификация на работниците и служителите, които работят от разстояние или които търпят еднакви ограничения в работата заради извънредното положение. В противен случай само на основание неизпълнение на задължението за подбор, уволнението следва да се обяви за незаконно от съда при разглеждане на исковете по чл. 344, ал. 1, т. 1, 2 или 3 КТ[24].

4. Неблагоприятните последици от наложените върху дейността на работодателите в условията на извънредно положение ограничения и мерки, обективно следва да водят преди всичко до **намаляване обема на работата** им. Това основание е предвидено от законодателя в чл. 328, ал. 1, т. 3 КТ. За да е налице фактическият му състав е необходим *обективен спад в нуждата*

[24] Така ТР № 3 по т.д. № 3/2011 г. на ОСГК, ВКС; Решения № 414 от 30.03.2016 г. по гр.д. № 2831/2015 г.; № 550 от 29.01.2013 г. по гр.д. № 190/2012 г., ВКС, IV г.о.; № 289 от 3.02.2016 г. по гр.д. № 2564/2015 г.; № 347 от 16.01.2014 г. по гр.д. № 4084/2013 г., г.к., ВКС, III г.о. и др.

от работна ръка поради намален пътникопоток, клиенти, оборот, продукция и пр. Епидемиологичната обстановка създава множество предпоставки за намаляване обема на работата – ограничение в движението, което обуславя по-малко клиенти в застрахователния клон или в магазина за дрехи; по-малко клиенти в будката за цигари и пакетирани храни заради установената дистанционна работа и опустялата офисна сграда и пр. За да е налице основанието, следва да има реално намаление на оборота, на обема на дейността към момента на връчване на предизвестието, което да се характеризира с определена *стабилност и това да може да бъде доказано* по делото.

Т.е. за разлика от основанието „съкращаване в щата“, където работодателят не носи доказателствената тежест за причините за съкращението – дали се касае за намаляване на приходите или на работата или това е негово управленско решение, при намаляване на обема на работата, последното трябва да е реално съществуващо стабилно състояние към момента на прекратяването. Основанието не е настъпило, когато работодателят е приел актуализация на бюджета на дружеството заради извънредното положение с по-ниски показатели за обем на поръчки и на печалба, ако към момента на уволнението няма данни за по-малък оборот, а става дума за бъдещи очаквания за такова намаление[25]. Когато е установено по безсъмнен начин, че печалбата намалява и дружеството е спряло да обслужва задълженията си към доставчиците си, че са намалели действащите договори с клиенти, работниците и служителите може да бъдат освободени от длъжност на основание чл. 328, ал. 1, т. 3 КТ, дори дружеството да продължава да извършва част от дейността си. Работодателят има право на преценка кои работници и служители да освободи, стига работата, с която са заети, да е намаляла, без да е необходимо съвсем да не се извършва.

Това намаление може да обхване и работата, свързана с все още изпълнявани от дружеството административни функции по организация и обслужване на производството, когато работодателят търговец временно е преустановил производството[26], дори и когато е преценил да не уволни никой от засегнатите от преустановяването на дейността по чл. 120в КТ работници и служители, а уволни заради намаляване обема на работата тези, които работят и не са засегнати от заповедта по чл. 120в, ал. 1 КТ. В същото време, дори работата и оборотът на работодателя да са се увеличили по време на извънредното положение, заради повече заявки за доставка, ако работата на операторите в конкретен куриерски офис е намаляла, това може да обоснове уволнението им по чл. 328, ал. 1, т. 3 КТ. Става дума за обособено звено, отделен търговски обект и служителите в него могат да бъдат уволнени заради намаление в

[25] Така и **Гевренова**, Нина. Въпроси на правната уредба на…, 176–177.

[26] Решение № 348 от 24.11.2015 г. по гр.д. № 2112/2015г, ВКС, IV г.о.

обема на работата им, независимо че има увеличение в обема на работата на цялото предприятие.

В научната литература[27] се твърди, че при основанието „намаляване обема на работата“ се очаква в по-равномерно, пропорционално и мащабно засягане на обема на работата, докато при съкращаване става дума за намалена нужда от работна сила за конкретни дейности, без цялата работа на предприятието да е задължително с намален обем. И в двата случая водеща е преценката на работодателя. Той определя работниците и служителите, които да уволни, макар и да запази щатните им длъжности, когато е налице намаляване на обема на работата и кои да съкрати, а заемащите ги работници и служители – да уволни. За разликата от съкращаването в щата, при основанието по чл. 328, ал. 1, т. 3 КТ уволнените щатни бройки остават вакантни[28]. Нито в законодателството, нито в съдебната практика е установено задължение за пропорционално отразяване на намалелия обем на работата при уволнението. Работодателят решава как да редуцира ненужния му персонал – дали трайно – чрез заличаване на длъжностите от щата или само чрез освобождаването на заемащите ги работници и служители. Затова е и трудно да се обоснове с практиката твърдението, че намаляването на обема на работата води до по-голям брой уволнения. В същото време, ако работодателят няма прието щатно разписание и няма обособени вътрешни структури, не е възможно приложението на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 2, предл. II КТ и при наличие на необходимост да се намалят разходите за персонал, следва и да са намалели поръчките, оборотът или работата на работниците и служителите, за да приложи единствено възможното основание „намаляване обема на работата“[29].

В същото време в тежест на работодателя при оспорване на законността на уволнението по чл. 328, ал. 1, т. 3 КТ е да докаже факта на реално намаления спрямо предходен времеви период обем на работата, който да е свързан с изпълняваните от уволнения работник или служител трудови функции. При настъпилите неблагоприятни последици върху дейността на работодателите заради наложените в условията на извънредно положение ограничения, това обстоятелство следва да е по-лесно доказуемо. Предметът на доказване е различен от този при съкращаване в щата, тъй като са други елементите от фактическия състав на основанието. Тук не е необходимо да се доказва, че не е налице реорганизиране, а реално освобождаване на съответната длъжност, тъй като за възникване на самото основание е необходимо действително намаление на необходимостта от работната сила. Ако работодателят е създал друга длъжност, която в съществената си част съвпада с работата на уволнения по

[27] **Мръчков**, Васил. Трудово право., с. 619; **от него**: Коментар на Кодекса на труда, 985-986.

[28] Така и **Гевренова**, Нина. Въпроси на правната уредба на…, с. 177.

[29] Така **Василев**, Атанас, цит. съч., с. 494.

чл. 328, ал. 1, т. 3 КТ работник или служител, то това означава, че обемът на работата му не е намалял, щом друг е зает с извършването ѝ и основанието не е налице.

5. В условията на извънредно положение по-често следва да възниква и основанието за уволнение „**спиране на работата за повече от 15 работни дни“**, уредено в чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ. То заслужава специално внимание и защото показва близост с нововъведената правна фигура на *преустановяването* със заповед на работодателя по чл. 120в, ал. 1 КТ *на работата* на предприятието, на част от предприятието или на отделни работници и служители за целия период или за част от него до отмяната на извънредното положение. Фактическият състав по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ включва *бездействие на наличната работна сила*, възникнало поради *установено от работодателя спиране на работата, продължило повече от 15 работни дни*. Става дума за съществуващи по щатното разписание длъжности, за които са налице организационни, технически или други причини (липса на поръчки, на материали и суровини, авария в цеха), наложили временно спиране на работа. Работодателят разполага със свобода да прецени дали и спрямо кого да упражни субективното си право на уволнение на основание чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ[30].

Според съдебната практика не е необходимо причините за спирането да са непременно обективни[31]. Възможно е и по субективна преценка на работодателя (планов ремонт, затваряне на цех за профилактика; висока цена на суровините, която създава очакване за невъзможност за реализация на евентуално произведената продукция), работата да бъде спряна. Поради това и причините, мотивирали работодателят да спре работата на предприятието или негова структура за повече от 15 работни дни, се определят като такива с вътрешнослужебен характер, въпрос на управленско решение[32], взето автономно и неподлежащо на съдебен контрол[33], стига да се докаже по делото, че *спирането на работата е обективен факт*[34].

Тези изводи за значението на причините за временното преустановяване на работата и относимостта им към предмета на съдебния контрол за законосъобразност на уволнението се поддържат и в други съдебни решения[35], които наблягат на това, че за спирането на работата следва да са спазени за-

---

[30] Така и **Гевренова**, Нина. Въпроси на правната уредба на…, с. 177.

[31] Решение № 408 от 3.04.2006 г., ВКС, III г.о.

[32] Така **Мръчков**, Васил. Коментар на Кодекса на труда, с. 986.

[33] Така Определение № 43 от 22.01.2018 г. на ВКС по гр.д. № 2854/2017 г.

[34] Решение № 298 от 28.10.2014 г. по гр.д. № 977/2014 г., ВКС, IV г.о. Извод per argument a contrario, че за настъпване на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ е достатъчно обективно преустановяване на дейността на работодателя, което зависи от нарочен акт на работодателя и при **Средкова**, Красимира. Трудово право, с. 443.

[35] Решение № 51 от 3.06.2019 г. по гр.д. № 1798/2018 г., ВКС, III г.о.

коновите изисквания и то не би имало значение, ако дейността е ефективно спряна, без да е взето решение за това по надлежния ред. Основанието е действително настъпило, когато не се извършва работа, дори и в намален обем. Ако, независимо от взетото от работодателя решение, дейността, като обективно фактическо състояние, не е била преустановена напълно през процесния период, а е продължила да се осъществява, не е налице основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ[36].

Затруднения за работодателя в условията на извънредно положение може да възникнат както при преценката за настъпването на фактическия състав на основанието за уволнение и съотношението му с преустановяването на работата по чл. 120в, ал. 1 КТ, така и поради поддържаните различни становища в съдебната практика и в научната литература дали основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ може да се приложи и спрямо отделни работници и служители. Докато законодателят регламентира изрично, че заповедта по чл. 120в, ал. 1 КТ може да засегне и съответно да преустанови работата на отделни работници и служители, това не е изрично предвидено при основанието за уволнение „спиране на работата за повече от 15 работни дни“. За част от авторите е достатъчна обективната невъзможност за осъществяване на дейността, включително и на отделен работник или служител[37]. Според други, за да е налице спиране на работата, обосноваващо уволнение, е необходимо то да засяга цялото предприятие или отделно негово звено[38], но не и отделен работник или служител[39]. В някои съдебни решения се дава нюансирано решение на този въпрос. Спирането на работата се определя като временно преустановяване на трудова функция, която може да засегне цялото предприятие, негова структура, но и работата от определен вид, с която са заети конкретни работници и служители[40].

Няма съмнение, че преценката дали е налице спиране на работата се прави конкретно за всяка заета длъжност, но не приемам, че може отнапред да се спре от работа определен работник или служител, който след изтичане на срока по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ да бъде уволнен. Не считам, че с уреждането на основанието за спирането на работата за повече от 15 работни дни законода-

---

[36] Така и Решение № 625 от 6.04.2004 г. по гр.д. № 1603/2002 г., ВКС, III г.о.

[37] **Средкова**, Красимира. Цит. съч., с. 442.

[38] **Мръчков**, Васил. Трудово право., с. 620; от него, Коментар на Кодекса на труда, 986-987. Така и Решение № 625 от 6.04.2004 г. по гр.д. № 1603/2002 г., ВКС, III г.о, че спиране на работата по смисъла на чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ означава временно преустановяване дейността на предприятието като цяло или на отделно негово поделение или звено. Дейността трябва да е преустановена изцяло в съответното звено и да засяга всички работници и служители от него. Иначе е налице фактическо намаляване на обема на работата на тази част от предприятието, но не и спиране на цялата транспортна дейност на звеното по смисъла на чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ.

[39] Така и Решение № 39 от 20.01.2006 г. по гр.д. № 1805/2003 г., ВКС, III г.о.

[40] Така Решение № 835 от 22.08.2005 г. по гр.д. № 373/2003 г., ВКС, III г.о.

телят позволява на работодателя да спре работата на едни работници и служители, а да остави на работа други, заети със същата трудова функция в същото звено. Тогава не е налице спиране на работата им, защото тя продължава да се извършва, а е налице друго основание – намаляване обема на работата, с която са заети. Следователно уволнението, извършено по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ следва да е незаконно, защото в действителност е настъпило друго основание, а при неговото приложение е необходимо да се изпълни процедурата по задължителен подбор по чл. 329 КТ и на предварителна закрила по чл. 333 КТ, ако са налице обстоятелства за прилагането ѝ.

Довод в подкрепа на твърдението, че законодателството не допуска работодателят да спре работата на конкретен работник или служител без какъвто и да било друг мотив, след което да го уволни по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ, може да се изведе и от изрично предвидените от законодателството случаи на такава промяна. Работодателят е снабден със субективно преобразуващо право едностранно да спре работата на свой работник или служител само при определени предпоставки. Такава е хипотезата на чл. 199 КТ. Работодателят временно отстранява от работа конкретен работник или служител, което съдържа и спиране на работата му, ако се явява в състояние, което не му позволява да изпълнява трудовите си задължения, през работно време употребява алкохол или друго упойващо средство. Спрямо него може да се реализира и дисциплинарна власт с налагането на дисциплинарно наказание за нарушение по чл. 187, ал. 1, т. 2 КТ, включително и на „уволнение“. Друга хипотеза на спиране на работата на конкретен работник или служител от страна на работодателя е изрично уредена в чл. 317, ал. 2 КТ. При издадено предписание за трудоустрояване работодателят е длъжен да не допуска до работа работника или служителя, ако работата му не е подходяща за здравословното му състояние и докато му предложи друга подходяща работа. Едва при липса на такава или при отказ, разполага с правото да прекрати трудовото правоотношение на основание чл. 325, ал. 1, т. 9 или по чл. 330, ал. 2, т. 5 КТ, ако работникът или служителят необосновано откаже да я заеме.

Същата е причината и за въведеното право на работодателя по чл. 120в, ал. 1 КТ да преустанови работата на конкретен работник или служител. Целта на законодателя е да снабди работодателя със субективното преобразуващо право в изпълнение на наложените от извънредното положение ограничителните мерки, да преустанови работата по трудовото правоотношение дори и на отделен работник или служител, когато изпълнението на неговите трудови задължения е невъзможно заради затварянето на обекта, където се намира неговото работно място или за да отстрани възникналата опасност за неговото здраве и пр. След като законодателят изрично урежда конкретни предпоставки за хипотезите, когато е допустимо работодателят да упражни субективното си преобразуващо право да спре работата на конкретен работ-

ник или служител, не приемам, че без да е налице каквато и да било причина, работодателят може да упражни това право и след простото изтичане на повече от 15 работни дни, да уволни работника или служителя. Основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ изисква преустановяване на дейност, а не поименно посочване да спре работа определен работник или служител. Такова уволнение би било упражнено при заобикаляне на закона и злоупотреба с право. Още повече, че от използването му следва и заобикаляне на законоустановеното задължение за прилагане на предварителната закрила при уволнение по чл. 333 КТ, както и извършване на задължителния подбор между заемащите еднакви и сходни длъжности по критериите на чл. 329 КТ, които се прилагат при намаляване обема на работата или съкращаване в щата.

От своя страна сравнението между фактическия състав на основанието по чл. 328, ал.1, т. 4 КТ и преустановяването на дейността на предприятието, на част от него или на отделни работници и служители по чл. 120в, ал. 1 КТ показва няколко незначителни различия. Последното се установява формално – със заповед на работодателя, издадена, защото сам е преценил, че преустановяването е по-подходящо за неговата дейност или когато е задължен с акт на компетентен орган (например преустановените дейности и посещения на обекти от затворените търговски центрове, спортни, образователни, културни и др. дейности със Заповед № РД-01–124 на министъра на здравеопазването). Във втората хипотеза заповедта на работодателя по чл. 120в, ал. 1 КТ само констатира състоянието. При спирането на работата за повече от 15 работни дни е достатъчно наличието на фактическото състояние без законодателят изрично да изисква непременно издаването на формална заповед. Освен това правото да се преустанови дейността от страна на работодателя е времево ограничено – за целия период на извънредното положение или за част от него. Субектният му обхват е по-широк от този на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ, тъй като може да засегне и отделни работници и служители.

Тези разлики обаче не влияят върху същността на „преустановяването на дейността“ по чл. 120в КТ. Те не пречат да се направи извод, че законодателят установява нова форма на престой или спиране на работата[41], при възникването на които работодателят разполага с допълнително предоставени му

[41] При спирането на работата се акцентира върху отсъствието на организационно-технически условия за извършване на работата, докато при престоя – върху състоянието на неактивност, в което се намира конкретният работник или служител, а то е следствие от спирането на работата. Повече за нюансите при престой и спиране на работата, въпреки, че изразяват едно и също състояние вж. **Василев**, Атанас. Цит. съч., с. 496; **Мръчков**, Васил. Коментар на Кодекса на труда, 986-987; от него: Трудово право, 620–621. Че престоят може да се използва като основание за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ Вж. **Средкова**, Красимира. Цит. съч., 122–123; **Мръчков**, Васил. Уволнение по безвиновни …, 44 и сл. Така и съдебната практика: Решение № 92 от 14.04.2016 г. по гр.д. № 4515/2015 г., ВКС, IV г.о.; № 4693 от 12.07.2018 г. по в. гр.д. № 6843/2017 г., СГС и др.

от завареното законодателство субективни преобразуващи права по: чл. 120, чл. 176, ал. 4, чл. 267 и чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ (стига да не се касае за уволнение заради преустановяване на дейността само на отделни работници и служители). Спирането на работата и преустановяването на дейността, инициирани от работодателя, имат една и съща цел – да се постави в неактивно състояние наетата работна сила, защото не е необходимо използването ѝ. Имат и едно и също съдържание – засегнатите работници и служители не полагат труд. Довод да приема, че става дума за една и съща по съдържанието си правна фигура намирам и при сравнението с едноименното основание, от което възниква право на работника или служителя да прекрати трудовото си правоотношение по чл. 327, ал. 1, т. 10 и ал. 2 КТ.

Според неговата легална дефиниция „преустановяването на дейността“ е фактическо преустановяване на производствената и/или стопанската дейност на предприятието за повече от 15 работни дни, без да е обявен престой или спиране на работа поради технологични причини или производствена необходимост (§1, т. 14 ДР КТ). Т.е. става дума за формална, а не за съдържателна разлика между него и спирането на работата поради престой, предизвикана от бездействието на работодателя да го обяви, с което да постави и неговото начало. По същество при всички изброени правни фигури е налице една и съща неактивност на наетата работна сила, която, продължила повече от 15 работни дни, обуславя прекратяването на трудовите правоотношения на неработещите работници и служители, тъй като предполага, че трайно липсва необходимост от техния труд. Считам, че заради въведените мерки и действия при извънредното положение се стига до същото фактическо преустановяване на производствената или стопанската дейност на предприятието. Особеното в нововъведената мярка, което обосновава извеждането ѝ в отделна хипотеза по чл. 120в КТ, освен че се прилага само за периода на извънредното положение е, че може да настъпи не само по решение на работодателя заради обективно съществуващи причини (например извършване на планов ремонт, ревизии и др.), но и да е причинено от постановена от държавен орган мярка. Но последното не влияе върху съдържанието ѝ – все се касае за спиране на работата, но заповедта на органа на власт, заради която се преустановява дейността по чл. 120в, ал. 1 КТ, налага освен преустановяване на дейността и недопускане на работниците и служителите до работните им места, което при спирането на работата и при престой не е наложително. За наличието на основанието е достатъчно засегнатите от уволнението по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ да не са работили.

Застъпва се становище[42], че двете правни фигури са различни, тъй като спирането на работата е обективен резултат, което изключва свободна прецен-

[42] **Банов**, Христо. Трудовоправни проблеми при обявяването на извънредно положение – I част https://news.lex.bg/трудовоправни-проблеми-при-обявяван/ (последно достъпвано на 18.05.2020 г.).

ка на работодателя, докато към състоянието по чл. 120в, ал. 1 КТ в условията на извънредно положение може да се пристъпи както поради заповед на компетентен орган на власт (например заповедта на министъра на здравеопазването от 13 март 2020 г.), така и по преценка на работодателя. От последното се правят изводи, че не е възможно при преустановяване на дейността по чл. 120в, ал. 1 КТ за повече от 15 работни дни да се приложи основанието за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ. Считам подобно твърдение за недостатъчно аргументирано. Както беше посочено и двете правни фигури имат една и съща цел и съдържание. Освен това от поддържането на обратното становище следва абсурдната ситуация – след като в условията на извънредно положение работодателят е пристъпил към хипотезата по чл. 120в КТ и предприятието или отделна негова структура не извършват дейност, да е необходимо да издаде нова заповед за същото, но без позоваване на нововъведената разпоредба, която да постанови спиране на работата поради същите причини – ограниченията и икономическите им последици заради епидемията, за да започнат да текат петнадесетте работни дни по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ. Като се има предвид, че самата заповед за спиране на работата по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ няма нужда от никакви конкретни мотиви или основание, липсва логика включването на разпоредбата по чл. 120в КТ като основание в нея, да препятства възможността за използването ѝ като мотив за уволнение.

Освен това наличието на преценка от страна на работодателя при издаване на заповед за преустановяване на дейността по чл. 120в КТ, т.е. на субективизъм, съвсем не е задължително. Законодателят изрично предвижда в разпоредбата на чл. 120в, ал. 2 КТ, че в една част от случаите работодателят не само следва да издаде заповед за преустановяване на дейността, но е и длъжен да не допуска работниците и служителите до обекта за съответния период. Тук преценка няма. Но дори и в останалите случаи, когато поради извънредното положение работодателят сам е преценил за по-ефективно, по-подходящо за икономическото състояние на пазара на продукцията му, че е по-добре да преустанови дейността по чл. 120в КТ, ако следва да е спряна за 15 работни дни, то това е достатъчно, за да настъпи основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ. При всички случаи на преустановяване на работата по чл. 120в КТ, когато работодателят планира да използва това положение като основание за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ, е длъжен да не допуска работниците или служителите да полагат труд за периода, определен в заповедта, включително и от вкъщи. Според нововъведения чл. 267а КТ[43] за времето на преустановяване на работата в случаите по чл. 120в КТ работникът или служителят има право на брутното си трудово възнаграждение.

[43] Считам изричната уредба на това възнаграждение за излишна. И без нея разпоредбата на чл. 267, ал. 1 КТ щеше да е приложима, защото тя не изисква проявена вина от страна на работодателя, което се предполага и в случаите на издадена заповед по чл. 120в КТ.

Няма единно становище в практиката и дали в периода от 15 работни дни спиране на работата *работникът или служителят следва да е бил поставен в бездействие* от работодателя и да не е изпълнявал трудовите си задължения. Поддържа се[44], че спирането на работата позволява на работодателя да се възползва от предоставените му от законодателя при престой възможности едностранно да му възложи друга работа по чл. 120 КТ или да му предостави платен годишен отпуск по чл. 173, ал. 4 КТ, а след изтичането на 15 работни дни може да уволни работника или служителя по чл. 328, ал.1, т. 4 КТ. Тези дни може да не са последователни, но за настъпването на основанието е необходимо да е налице фактическо преустановяване на работата на предприятието или на отделно негово звено или дейност и липса на необходимост от работата на заетите в него работници и служители – а това се изключва от полагането на труд на друга трудова функция или на друго място на работа след едностранното им изменение поради престой по чл. 120 КТ. Тогава е налице нужда от работна сила, тя не бездейства, което изключва уволнението на носителя ѝ. Затова тези дни не се включват във времето, през което работата е спряла[45].

В същото време работата следва да не е извършвана заради решението на работодателя да я спре, а не защото впоследствие работникът или служителят е бил освободен от работодателя от задължението да я полага с едностранното предоставяне на платен годишен отпуск по чл. 173, ал. 4 КТ. Т.е., за да се обоснове спиране на работата му, работникът или служителят трябва да е бил в реален престой, въведен от работодателя, заради който да не е работил, нито да е бил в принудителен отпуск[46]. Следва да е получавал възнаграждение за престой не по негова вина – по чл. 267 КТ. Част от съдебната практика подкрепя тези изводи, като към изтъкнатите от нея доводи може да се направи допълнение. Ако работникът или служителят сам е взел платен или неплатен отпуск, включително и такъв за временна неработоспособност, това не възпрепятства законното приложение на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ, тъй като работата е все още спряна от работодателя и по причина извън него възниква допълнително основание за освобождаване на работника или служителя от задължението да полага труд за периода на престоя. Обратно, ако работодателят е предоставил едностранно отпуск на работника или служителя, след като е обявил спиране на работата му, е създал ново основание работната му сила да не се използва поради последващото решение на работодателя, което измества старото. Тогава работникът или служителят не работи не заради установеното от работодателя „спиране на работата“, а вече заради друго по-късно настъпило основание, възникнало заради упражнено от рабо-

[44] Решение № 1621 от 13.10.2005 г. по гр.д. № 1149/2003 г., ВКС, III г.о.; Решение № 298 от 28.10.2014 г. по гр.д. № 977/2014 г., ВКС, IV г.о.

[45] **Мръчков**, Васил. Уволнение по безвиновни …, с. 53.

[46] Така **Василев**, Атанас. Цит. съч., 496–497; **Мръчков**, Васил. Трудово право, с. 621.

тодателя право. На база изложеното не подкрепям изтъкнатите мотиви, че използването на различните възможности от работодателя при престой е въпрос на негова суверенна преценка, стига звеното на работника или служителя да е спряло работа за повече от 15 работни дни, което било достатъчно, за да настъпи основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ.

Не съществува единство и по отношение на въпроса дали е необходимо към момента на прекратяване на трудовото правоотношение спирането на работа все още да е налице или е възможно преустановената дейност да е възобновена. В специфичните условия на извънредното положение такъв въпрос може да се повдигне при отмяната му, когато обектът на работодателя вече работи. В съдебната практика се поддържа становището, че уволнението е законно, стига към момента на връчване на предизвестието фактическият му състав да е бил налице и работата да е била спряна от повече от 15 работни дни[47]. Това може да се твърди и за преустановена по чл. 120в, ал. 1 КТ работа за повече от 15 работни дни, независимо от възстановяването ѝ впоследствие. Считам, че елементите, описани по-горе, следва да са налице и към момента на прекратяването на трудовото правоотношение, а не само към момента на връчване на предизвестието. Иначе не се касае нито за трайност на настъпилото основание и дори се изключва наличието му, щом работата на обекта е възобновена към момента на прекратяването. Това се отнася още повече за случаите на затворени обекти заради извънредното положение.

След като решението за преустановяване на дейността не е въпрос на взето от работодателя решение след преценка на собствените му интереси, а последният е бил принуден заради външни фактори, каквато представлява издадената заповед на орган на власт, да затвори обекта си, то следва при отпадането им – когато заповедта на министъра на здравеопазването вече не забранява извършването на дейността и след като работодателят я е възстановил, да се приеме, че основанието „спиране на работата“ не е налице, независимо от затварянето на обекта за поне 15 работни дни. С възстановяването на работата самият работодател потвърждава волята си за извършване на дейността, която е била спряна по независещи от него причини, работниците и служителите вече са заети и следователно не следва да може да бъдат освободени заради престой, който вече не е налице. В същото време законодателят допуска предизвестието да не се отработи изобщо, като с него се връчи и заповед за уволнение с прекратителен ефект още от следващия ден, на основание чл. 326, ал.4 КТ във вр. с според чл. 335, ал. 2, т. 2 КТ, като се поражда

[47]Така Решение № 38 от 4.03.2015 г. по гр.д. № 3695/2014 г.; № 298 от 28.10.2014 г. по гр.д. № 977/2014 г.; № 92 от 14.04.2016 г. по гр.д. № 4515/2015 г.; № 298/28.10.2014 г. по гр.д. № 977/2014 г.; 218 от 18.07.2012 г. по гр.д. № 195/2011 г.; Определение № 43 от 22.01.2018 г. по к.гр. д. № 2854/2017 г., ВКС, IV г.о.

единствено право на обезщетение по чл. 220, ал. 1 КТ[48]. След като работодателят може да прекрати трудовото правоотношение докато спирането на работата продължава и работникът или служителят е в престой през време на предизвестието, но не го е направил, следва че новото правно положение доказва недостатъчната трайност на липсата на нужда от работна ръка, което изключва наличието на основание за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ.

6. Въведените мерки и ограничения през извънредното положение предполагат по-често реализиране на фактическия състав на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ. Уволнението поради **обективна невъзможност за изпълнение на трудовия договор** изглежда да има много широк обхват и обобщаващо значение[49] заради общата му формулировка. Очаква се да се прилага във всички случаи, неуредени изрично от законодателя, когато е налице невъзможност да продължи изпълнението на трудовия договор. Въпреки това работодателите предпочитат да използват конкретно посочена от законодателя причина за уволнението, а да не разчитат на преценката си кога са налице обстоятелства, които правят изпълнението на трудовия договор обективно невъзможно. Поради това са сравнително редки случаите на прилагането му в практиката. Мерките за ограничаване на разпространението на заразата с Covid–19, въведени от външен за страните по трудовото правоотношение субект, какъвто е органът на власт, чиято заповед е причина за преустановяването на дейността на работодателя, може да бъдат такава обективна непреодолима пречка за изпълнение на трудовия договор на работниците и служителите, заети в тях и поради това разширяват възможността за прилагане на основанието.

Фактическият състав на уволнението по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ включва невъзможността на изпълнението по смисъла на чл. 89, изр.1 от Закона за задълженията и договорите[50], от която по общо правило следва разваляне на договора по право. Уволнението се обуславя от настъпилата след валидно възникналото трудово правоотношение *невъзможност за реално изпълнение* на трудовите задължения в уговорения обем и вид.

Невъзможността може да настъпи както в *престацията, дължима по трудовото правоотношение* от страната на *работника или служителя,* така и от *работодателя*. В практиката по-често са възниквали основания за обек-

---

[48] Така Решение по гр. дело № 94 от 2013 г. по гр. д. № 1301/2012 г. на ВКС, III г.о., № 873 от 2011 г. по гр.д. № 1757/2009 г. на IV г.о., № 169 от 2016 г. по гр.д. № 2023/2016 г. на III г.о.; Определение № 572 от 10.07.2018 г. по гр.д. № 4948/2017 г., ВКС, III г.о. и др.

[49] Така **Мингов**, Емил. Цит. Съч., 94-98. Проф. Василев приема, че то инкорпорира другите основания за уволнение, защото те са частни случаи на обективната невъзможност за изпълнение. Вж. **Василев**, Атанас. Цит. съч., с. 501.

[50] **Василев**, Атанас. Цит. съч., 501–502.

тивна невъзможност в изпълнението на престацията на работника или служителя. Такива примери са случаите на отказан достъп до квалифицирана информация, който е задължителен за изпълнение на работата; наличие на образувано досъдебно производство, което не следва да е налице според закона за частната охранителна дейност[51]; отнет достъп до работното място вследствие на образуваното срещу работника или служителя наказателно производство;[52] наличие на здравни причини да не се изпълнява работата[53].

Специфичното при приложението на основанието при условията на извънредно положение е, че невъзможността за изпълнение на трудовия договор засяга дължимата от работодателя престация. Невъзможността е пряка последица от издадена заповед на държавен орган. Преустановяването на посещенията в изброените в разд. I, т. 1 от Заповед № РД-01–124, съответно разд. I, т. 1 от Заповед № РД-01–263 от 14.05.2020 г. търговски, увеселителни, игрални и други подобни обекти; в детски и образователни заведения (разд. I, т. 3 и 4 от Заповед № РД-01–124, съотв. разд. I, т. 3 и 4 от Заповед № 01–263 от 14.05.2020 г.), спирането на дейността на театри, спортни съоръжения и др. (разд. I, т. 5 от Заповед № РД-01–124, съотв. разд. I, т. 7 от Заповед № 01–263 от 14.05.2020 г.) представлява нормативна пречка за работодателя да използва помещенията на предприятието си по предназначение – за осъществяване на производствената и търговската си дейност, възпрепятства го да изпълни задължението си по трудовото правоотношение по чл. 124 КТ – да осигури условия на своите работници и служители за изпълнение на работата им. В същото време естеството на дейността му (извършвана в обучителни центрове, ресторанти, спортни, културни и др. обекти от възпитатели, сервитьори, фитнес инструктори, треньори, актьори, гардеробиери, хигиенисти и др.), не му позволява да използва в друго помещение труда на работниците и служителите, които е наел. Сервитьорите, рецепционистите, гардеробиерите, хигиенистите, операторите на поточна линия във фабрика, затворена заради многото заразени работници и служители, обективно нямат възможност да извършват работата си надомно или от разстояние в къщи или в друго помещение извън обекта на работодателя.

Освен че невъзможността следва да осуетява изпълнението на престацията, уговорена по трудовото правоотношение, тя трябва и да е *непреодолима*[54], т.е. да не се очаква, че с предприемането на допълнително усилие от някоя от страните, тя може да отпадне. Затова и тя се определя от законодателя като обективна – не зависи от поведението на никоя от страните самата невъзможност да се извършва работата. Тогава единствена логична последица остава

[51] Решение № 40 от 15.02.2017 г. по гр.д. № 2680/2016 г., ВКС, IV г.о.

[52] Решение № 192 от 21.12.2018 г. по гр.д. № 4457/2017 г., ВКС, III г.о.

[53] Решение № 155 от 23.06.2015 г. по гр.д. № 5924/2014 г., ВКС, III г.о.

[54] Така **Мръчков**, Васил. Коментар на Кодекса на труда…, с. 1001.

прекратяването на трудовото правоотношение. Ако е възможно полагането на труда извън помещенията на работодателя, дори и дистанционно, чрез използване на софтуерен продукт за провеждането на онлайн тренировки, обучения и т.н., ако работниците и служителите, въпреки невъзможността на работодателя да осигури условия за изпълнение на работата в предприятието, провеждат занимания и имат клиенти, а работодателят получава постъпления от такси и т.н. – основанието по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ не е настъпило, защото невъзможност за изпълнение на трудовите им договори не е налице, независимо че обектите, в които тези лица работят, са затворени със заповедта на министъра на здравеопазването.

Когато въпреки наличните средства за онлайн осъществяването им, заниманията са от такова естество, че не може да се провеждат с клиентите, следва логичното заключение, че невъзможността за изпълнение на работата е обективна последица от въведените от съответния държавен орган мерки за ограничаване на епидемията. Обратно, ако работодателят въпреки усилията на треньора прецени, че постъпленията от дистанционните тренировки не са достатъчни и реши да го уволни, то като основание по-скоро следва да се използва намаляване обема на работата, съкращаване в щата или др. Така, за да е налице основанието по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ, е необходимо невъзможността да се извършва работата да представлява непреодолимо обстоятелство и да не е резултат на субективна преценка на работодателя да преустанови дейността, защото така например ще спести повече средства. То трябва да причинява невъзможността, която не може да се преодолее с предприемането на определени усилия от работодателя (сервитьорите и гардеробиерите няма как от разстояние или надомно да полагат труда си) или е налице дори и въпреки тях. Последната хипотеза е мислима, когато работодателят е осигурил условия за извършване на дистанционна работа от страна на затворената частна детска занималня, но родителите не са припознали онлайн заниманията като достатъчни и не са записали децата си да участват в тях, поради което и не заплащат месечна такса. Всяка заповед по чл. 120в, ал. 1 КТ за преустановяване на работата на конкретния работник или служител, на отделно звено или на цялото предприятие, въпреки че няма заповед на орган на власт, издадена в условията на извънредно положение, не представлява обективна пречка дейността да продължи да се извършва. Затова и може да се направи заключението, че пречката за изпълнението следва да е настъпила независимо от предприетото поведение (действие или бездействие) на която и да било от страните, т.е. невъзможността за изпълнението обективно следва от настъпилото обстоятелство.

Необходимо е да се направят и някои уточнения относно самата *причина за невъзможността.* В практиката е изказано становище, че основанието по

чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ обуславя безвиновната[55] фактическа невъзможност за изпълнение на трудовия договор, т.е. невъзможността следва да е настъпила по причини, извън волята на страните. В много от случаите, когато съдилищата са потвърдили наличието на основанието, става дума за пречка за изпълнение на уговорената по трудовия договор работа, която е причинена от отказ да се даде разрешение за носене на оръжие, отстраняване от работа поради повдигнато обвинение за престъпление по служба и др. В изброените случаи е възможно причината за появата на самата пречка да се вмени в поведението на някоя от страните и затова не следва да се поддържа, че във всички случаи става дума за безвиновна причина за невъзможността да се изпълни трудовият договор. След като спрямо работника или служителя има започнало наказателно производство, което препятства възможността му да заема длъжността, да носи оръжие или да получи достъп и съответно да продължи да изпълнява трудовите си задължения, не считам, че винаги става дума за обстоятелство, което изцяло е извън поведението на страната, чиято престация е станала невъзможна за изпълнение.[56]

В този смисъл по-правилно е да се твърди, че е без значение дали обстоятелството, което препятства изпълнението е настъпило като резултат на виновно поведение на някоя от страните, стига обективният, независещ от волята на страните резултат от настъпването му да е невъзможността да се изпълнява престацията по трудовото правоотношение. Прекратяването на правоотношението не е търсен резултат от предприетото поведение – неполагането на усилия за сертифициране, нито е се влияе от поведението на страните. Законодателят не изисква причината за настъпилата невъзможност да се намира винаги извън поведението на страните. Достатъчно е самото обстоятелство да препятства възможността да се изпълнява трудовият договор, така че да не зависи от волята на която и да било от тях то отпадне и трудовото правоотношение отново да може да се изпълнява, както е било уговорено. Същото се отнася и до препятствието да се осигурят условия за работа от работодателя през извънредното положение. Ако дейността на работодателя е преустановена с акт на държавен орган, по силата на чл. 120в, ал. 2 КТ работниците и служителите не следва да бъдат допускани до работното им място. Тази забрана представлява обективно препятствие те да изпълняват трудовите си за-

[55] Решение № 504 от 13.07.2010 г. по гр.д. № 1336/2009 г., ВКС, III г.о.

[56] Така и в мотивите на Опр. № 424 от 2017 г. по гр.д. № 4559 от 2016 г., ВКС, IV г.о., според които дори и работодателят да е спестил на работника или служителя си данни, че му липсват тренировъчни сесии, необходими за поддържане на сертификата, необходим за изпълнението на работата му и независимо че тренировъчният стимулатор се намирал при самия работодател, прекратяването на сертифицирането на работника или служителя от Гражданската въздухоплавателна администрация е причината за невъзможността за изпълнението на работата му и тя е настъпила обективно, независимо от волята на страните по трудовото правоотношение.

дължения в предприятието. Това е нововъзникнало обстоятелство, което препятства обективно, независимо от волята на страните реалното изпълнение на трудовия договор. Ако работодателят не може да изпълни задължението си да им осигури условия за работа другаде, заради самото естество на работата, той е обективно възпрепятстван да изпълни задълженията си по трудовото правоотношение и заради това може да уволни всеки от засегнатите от преустановяването на дейността работници и служители по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ.

Това състояние трябва да се отличава с трайност, за да обоснове прекратяване на трудовото правоотношение. Не следва да се очаква в предварително ясен, кратък период от време пречката да отпадне. В този смисъл, когато е издадена заповед за затваряне на предприятието заради установен носител на Covid–19, считам, че не може да се приложи законно основанието по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ, още повече, че е възможно след дезинфекция звеното да бъде отворено още на следващия ден. След като основанието по чл. 328, ал. 1, т. 4 КТ изисква спиране на работата за поне 15 работни дни, а то, както по-горе беше казано, е специално по отношение на обективната невъзможност за изпълнение, то затварянето на обекта на работодателя следва да има по-голяма очаквана продължителност или по-значително засягане на дейността (неограничено до простото спиране на работата, след отпадането на което дейността може да бъде възстановена в пълен обем), за да обоснове обективна невъзможност за изпълнение. Тя ще е налице докато тече периодът на извънредното положение за сервитьорите, барманите в ресторанти, барове, дискотеки; рецепционистите, гардеробиерите в спортни, културни и пр. обекти и докато не е ясно дали и в кой близък обозрим момент то ще бъде отменено, кога и в какъв обем ще се разрешат посещенията на клиентите и дали ще е възможно възстановяването на дейността в пълен обем.

Казаното дава основание да се твърди, че приетите през периода на извънредното положение нормативни актове: Заповеди № РД-01–124 от 13 март 2020 г., съответно № РД-01–263 от 14.05.2020 г. на министъра на здравеопазването в изпълнение на законовата делегация по чл. 63, ал. 1 ЗЗдр и евентуално издадените от директора на компетентната регионална здравна инспекция заповеди по чл. 63, ал. 7 ЗЗдр представляват такава обективна пречка за изпълнението на задълженията на работодателя да предостави условия за изпълнение на работата на работниците и служителите по трудовите правоотношения в затворените обекти. Но те не са абсолютна предпоставка за законното използване на основанието по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ. Необходима е конкретна преценка във всеки отделен случай дали с акта на държавния орган напълно се преграждa възможността за изпълнението на задълженията по трудовото правоотношение или то е само затруднено.

В условията на извънредно положение е мислима и хипотеза на невъзможност работникът или служителят да престира труда си поради вирусо-

носителство на корона вируса или поради контакт със заразноболен. В тези случаи е неприложимо основанието по чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ, защото става дума за кратки периоди, а не за трайна невъзможност да се полага трудът. За това време лицето се карантинира и му се разрешава отпуск с болничен лист от компетентните медицински органи за срока на карантината или вирусоносителството. В същото време, ако поради съпътстващи заболявания, напреднала възраст – над 60 г. или други обстоятелства, които увеличават възможността за неблагоприятна прогноза при преболедуване от Covid–19, работодателят прецени да не остави работникът или служителят да работи в предприятието, то това не може да се приеме за обективна невъзможност за изпълнение на трудовия договор. На първо място причината се корени в субективната преценка на работодателя, че за работника или служителя е опасно да престира труда си в уговореното място на работа, тъй като в законодателството не са уредени пречки граждани с придружаващи заболявания или над 60 г. възраст да продължат да работят в предприятието, нито има предвидено нормативно основание те да бъдат отстранявани от работа. Когато няма издадено заключение от компетентните медицински органи за наличие на здравни противопоказания, каквито са предвидени като основание за прекратяване по чл. 325, ал. 1, т. 9 КТ, работодателят не може само на основание тази своя преценка да прекрати трудовото правоотношение на работниците и служителите от посочените рискови групи, включително на основание чл. 328, ал. 1, т. 12 КТ. В същото време, ако са налице такива показания от компетентен медицински орган, то лицето подлежи на трудоустрояване и едва ако няма друга подходяща работа или то не желае да заеме предлаганата му, следва трудовото му правоотношение да бъде прекратено, но на съответното основание (по чл. 325, ал. 1, т. 9 или по чл. 330, ал. 2, т. 5 КТ), а не поради обективна невъзможност за изпълнение.

IV. Специфики в приложението на нормативните изисквания при масови уволнения

Следва да се има предвид, че извънредното положение предполага по-широко прилагане на основанията за прекратяване от страна на работодателя, без да са свързани с причини у работника или служителя, като например – липса на качества за ефективно изпълнение на работата, налагане на дисциплинарно наказание „уволнение“ и пр. Когато за сравнително кратък период от 30 дни броят на тези уволнения надхвърля определен процент, те се считат за масови и законодателят в изпълнение на задълженията по Директива 98/59/ЕО относно сближаването на законодателствата на държавите членки в областта на масовите уволнения въвежда допълнителни изисквания в чл. 130а КТ и в чл. 24–25 от Закона за насърчаване на заетостта (ЗНЗ), които работодателят

следва да спази преди предприемането им. Най-общо казано уредбата за масови уволнения се прилага за предприятия с над 20 работници и служители в предходния месец, независимо от правното качество на работодателя – дали е търговец, юридическо лице с нестопанска цел, кооперация и пр., независимо дали работодателят или друг компетентен орган е взел решение за уволненията (по арг. от чл. 130а, ал. 6 КТ). Съгласно легалната дефиниция, съдържаща се в § 1, т. 12 ДР КТ, ако се уволнят поне 10 работници и служители в предприятие с между 20 и 100 работници и служители; не по-малко от 10 на сто от броя на заетите работници и служители в предприятия със списъчен състав от 100 до 300 души или най-малко 30 в предприятия, където списъчният състав на заетите в месеца, предхождащ масовото уволнение, е най-малко 300, е налице масово уволнение.

В същото време, ако в тридесетдневен период работодателят е уволнил най-малко 5 работници и служители, всяко последващо прекратяване на трудово правоотношение, извършено по преценка на работодателя на други основания и по причини, несвързани с конкретния работник или служител, се взема предвид при определяне броя на уволненията, изброени по-горе. Така за всички работодатели с поне 20 работника или служителя се установява критичен минимум от 5 уволнения, които ако бъдат предприети от работодателя за период от 30 дни, обуславят всяко уволнение от следващия месец да се прибавя до достигане на бройката за масово уволнение. С мащабите, които в периода на извънредното положение са засегнати дейностите на работодателите, се очаква значително увеличение на масовите уволнения в България. Въпреки това законодателят пропусна да предвиди специални разпоредби по приложението им в условията на наложените мерки, ограничаващи струпването на работници и служители, затваряне на производствените обекти и др. заради извънредното положение. Поради липса на законодателни промени, работодателите не е облекчен от изпълнението на нито една от предвидените в законодателството процедури преди предприемането на масови уволнения.

Към тези допълнителни затруднения за работодателя, се прибавят и несъвпадението на становищата на съда и административните органи по приложението на уредбата на „масовите уволнения“. Сред основанията, които се включват при дефинирането на уволненията като масови се вземат предвид всички изброени по-горе по чл. 328, ал. 1, т. 1–4 и т. 12 КТ, както и основанието по чл. 328, ал. 1, т. 8 (преместване на предприятието в друго населено място) и т. 11[57] КТ, защото теорията и съдебната практика ги счита като извършени по преценка на работодателя и по причини, несвързани с конкретния работник или служител[58]. Не се включват уволненията без предизвестие, защото

[57] Така проф. **Мръчков** в: Мръчков, Васил. Коментар на Кодекса на труда, с. 429.

[58] **Средкова**, Красимира. Цит. съч., 453–454.

те винаги са свързани с личността на работника[59]. Но административната и част от съдебната практика[60] добавят към тях и прекратяването по чл. 331 КТ, което е твърде спорно[61]. Съдът приема, че под "уволнение по преценка на работодателя" следва да се разбира всяко прекратяване на трудово правоотношение, чието значение и чиято стойност е предварително определена (оценена) от работодателя. Така като съществен белег на масовите уволнения се приема не това по чия инициатива се предприемат те, т.е. дали изобщо става дума за уволнение, а дали тяхното значение и тяхната стойност са били предварително оценени (определени) от работодателя. Това тълкуване изцяло противоречи на смисъла и значението на понятието уволнение като право на работодателя едностранно да прекрати трудовото правоотношение. Затова законодателят следва изрично да изброи хипотезите, които се отчитат за определяне броя на масовите уволнения, за да не се допускат подобни смесвания на уволнения и прекратявания, независимо по чия инициатива и на какво правно основание се извършват.

Изискванията за извършване на определени процедури при масови уволнения са предвидени в чл. 130а КТ и в чл. 24–25 от Закона за насърчаване на заетостта (ЗНЗ). Преди да пристъпи към реализиране на намерението си да предприеме масови уволнения, работодателят трябва да предостави писмена информация и да започне консултации с представителите на синдикалните организации и на представителите на работниците и служителите по чл. 7, ал. 2 КТ[62] своевременно, но не по-късно от 45 дни преди извършването им, и да положи усилия за постигане на споразумение с тях, за да се избегнат или ограничат масовите уволнения и да се смекчат последиците от тях. Консултациите би следвало да се извършват в присъствието на представителите на работниците и служителите и на синдикалните организации в работните помещения, а това предполага струпване на по-голям брой лица, което следва да се избягва в условията на епидемиологични ограничения. Това е невъзможно, когато обектът е затворен с акт на орган на власт поради предвидената забрана в чл. 120в, ал. 2 КТ или е силно затруднено, когато работниците и служителите полагат труд извън помещенията на работодателя. Още по-голямо препятствие за извършване на консултации в условия на извънредно положение е налице, когато в предприятието не са избрани представители на ра-

[59] Така **Мръчков**, Васил. Коментар на Кодекса на труда…, 428–429.

[60] Вж. например Писмо № 94ЖЖ/186/26.07.2006 г. на Министерството на труда и социалната политика, Решение № 9320 от 5.07.2010 г. по адм.д. № 4072/2010 г., ВАС, VI отд.

[61] То се счита за спорно и от проф. Мръчков. Вж. **Мръчков**, Васил. Трудово право, с. 642.

[62] Вж. **Гевренова**, Нина. Представители на работниците и служителите за информиране и консултиране – понятие и категории. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право*. Т. III. *Трудовото право на Европейския съюз и българската правана система*. С., Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2009, 88-93.

ботниците и служителите, нито има синдикална организация. В практиката[63] се поддържа становището, че липсата на такива структури и представители не изключва задължението на работодателя. Вменява му се задължение той сам, като един от субектите по чл. 6а, ал. 2 КТ да свика общо събрание, на което да се излъчат представители или да информира всички работници и служители.

Изпълнението на това вменено задължение изключително се затруднява от въведените заради извънредното положение ограничителни мерки. Независимо от предвидените нормативни ограничения и в тяхно нарушение работодателят следва да свика общо събрание в предприятието, на което работниците и служителите да изберат своите представители за участие в процедурата по информиране и консултиране. Затова е логично да се допусне използването на телефонна връзка или софтуерен продукт за онлайн поканване и за дистанционно провеждане на общо събрание на работниците и служителите в предприятието, на което те да изберат представителите си. По същия начин следва да се изпълни и процедурата по информиране и консултиране с избраните представители. Следва контролните органи при проверка, както и съдът при обжалване на евентуално наложено на работодателя наказание да приемат, че всяко обсъждане, извършено по телефона с конферентна връзка или в някоя от достъпните среди за дистанционни срещи с възможност за участие и установяване на двустранна връзка с всеки от работниците и служителите, стига волята и направеният от всеки избор да са достигнали до останалите, за което да е съставен и подписан надлежен протокол, е достатъчно, за да се спазят изискванията на чл. 6 и 7 КТ по свикването, провеждането и гласуването на такова общо събрание, както и по информирането и консултирането с представителите на работниците и служителите и на синдикалните организации по чл. 130а КТ.

В изпълнение на нормативните изисквания на чл. 130а, ал. 1 и 2 КТ за информиране следва да се допусне в условията на извънредно положение работодателят да не предоставя лично, а чрез посочена от съответните представители на синдикалните организации и на представителите на работниците и служителите по чл. 7, ал. 2 КТ служебна електронна поща в електронен вид дължимата информация преди започване на консултациите с тях. Тя се отнася до причините за предвижданите уволнения; броя на работниците и служителите, които ще бъдат уволнени, конкретните показатели за прилагане на критериите за подбор по периода, през който ще се извършат уволненията; дължимите обезщетения, свързани с уволненията (чл. 130а, ал. 2 КТ) и може да се изпрати с условие за спазване на поверителност и забрана за разпространението ѝ извън предприятието. В хода на консултирането с представителите, което също в условията на извънредно положение е мислимо да се проведе чрез софтуер за дистанционни срещи, работодателят следва да положи усилия

[63] Решение № от 20.12.2013 г. по а.н.д. № 525/2013 г. на АС – Русе.

за постигане на споразумение, за да се избегнат масовите уволнения или да се ограничат.

Освен задълженията вътре в предприятието, в срок от три работни дни от уведомяването на представителите работодателят е длъжен да изпрати копие от дължимата информация и на съответното поделение на Агенцията по заетостта. Законодателят не изисква личното ѝ предаване или обсъждане, което обуславя възможността данните да се изпратят с писмо с обратна разписка, доказваща датата на получаването им с оглед спазване на 30-дневния срок по чл. 24, ал. 1 ЗНЗ. Становищата на представителите по чл. 130а, ал. 4 КТ следва да се изпратят по същия начин.

Процедурата по чл. 24 и чл. 25 ЗНЗ се извършва извън предприятието. Представители на местната администрация, инспекцията по труда и териториалното поделение на Националния осигурителен институт получават информация от работодателя и въз основата ѝ изработват проект за мерки за посредничество при търсене на работа. Предвидените масови уволнения се извършват не по-рано от 30 дни след уведомяване на Агенцията по заетостта, независимо от сроковете на предизвестие. При неизпълнение на задължението за информиране и консултиране с представителите на работниците и служителите работодателят подлежи на административно наказание по чл. 414, ал. 5 КТ имуществена санкция или глоба от 1500 до 5000 лв. за всяко отделно нарушение. Освен това, на основание чл. 83 ЗНЗ на работодател, извършил масово уволнение без предварително уведомление и преди изтичането на срока по ЗНЗ, се налага глоба или имуществена санкция в размер 200 лв. за всеки уволнен[64].

V. Специални правила за сроковете

Законодателството, свързано с предприемането на мерки и действия за ограничаване на заразата с Covid–19, уреди специални правила относно започването, протичането и изтичането на **сроковете по време на извънредното положение.** От въвеждането им с чл. 3 и 4 ЗМДИП в сила от 13 март 2020 г., те претърпяха няколко промени. Този снизходителен подход на законодателя към изключително важните въпроси за уредбата на сроковете ще

[64] Повече за процедурата при масови уволнения: **Александров**, Андрей. За някои практически проблеми при провеждането на процедурите по информиране и консултиране в случаи на масови уволнения според българското трудово законодателство. – В: *Юбилеен сборник посветен на 80-годишнината на проф. В. Мръчков,* София: Труд и право, 2014, 363–388; **Милева**, Атлиана. Аналитичен преглед на практиката на Съда на Европейския съюз относно масовите уволнения. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право.* Т. 9. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2017, 129–138.

причини сериозни спорове с тежки неблагоприятни последици за всички субекти на правото, включително и в областта на трудовите отношения.

За целите на изложението оставям настрана лекомисленото генерализиране на сроковете, чието протичане се преурежда от извънредното законодателство, и несъвършеното им диференциране според недостатъчно ясни критерии на такива, които се спират, според чл. 3, т. 2 ЗМДИП, и на такива, които се удължават с един месец, по чл. 4 ЗМДИП. Като се имат предвид съществуващите споровете в трудовоправната наука и неяснотата в съдебната практика относно характера на някои от сроковете, с изтичането на които се погасяват или прекратяват трудови права на работниците и служителите, ми се струва, че колкото трудовоправни спорове ще възникнат заради оспорване законността на уволненията, които се очаква масово да се предприемат заради причинените икономически затруднения за работодателите, поне още толкова ще възникнат заради спорно приложение на сроковете по време на извънредното положение.

От всички въпроси относно сроковете, значение за това изследване има въпросът дали тези правила засягат протичането на срока на предизвестието за уволнение. В стремежа си да защити частноправните субекти, включително работниците и служителите и работодателите, от невъзможността да упражнят правата си заради установеното извънредно положение, законодателят направи опит да установи всеобхватни правила.

Не считам, че срокът на предизвестие за прекратяване на трудовото правоотношение попада в обхвата на разпоредбата по чл. 4, ал. 1 ЗМДИП и спира да тече за времето на извънредното положение. Той не се определя единствено от закона, макар и да има законоустановен размер при срочните трудови договори. Продължителността му при договорите за неопределено време се определя от страните в нормативните граници и само ако не са определили друго – от закона. Началото на срока се определя от частноправния субект, който е отправил предизвестието. Освен това става дума за срок за предизвестие – т.е. за определено време, през което съществува трудово правоотношение с изменено съдържание – всяка от страните може да го прекрати като изплати обезщетение за неотработено предизвестие, работникът или служителят има право на 1 час платен отпуск дневно за търсене на работа, ако работодателят го уволнява и след изтичането на този срок трудовото правоотношение се прекратява. Т.е. с изтичането на това време няма да се погаси право, нито да се преклудира възможността за упражняване на право, което да е осуетено заради извънредното положение.

По същите причини приемам и че срокът на предизвестието не попада в изключението по чл. 3, ал. 2 ЗМДИП – не е давностен срок, с изтичането на който се погасява право. С изтичането му се прекратява правоотношение. Освен това специално при прекратяването от страна на работника или служите-

ля – е недопустимо въпреки неговата воля за прекратяване, да се удължи правоотношението му с периода на извънредното положение и един месец след него. Да се принуди работникът или служителят да работи противоречи на основен принцип на трудовото право на свобода на труда, уреден в множество приложими за страната международни и вътрешни актове – чл. 23, ал. 1 от Всеобщата декларация за правата на човека, чл. 6, ал. 1 от Международния пакт за икономически, социални и културни права, чл. 1 от Европейската социална харта, чл. 48, ал. 3 от Конституцията на Република България, чл. 1, ал. 3 КТ. По аргумент за противното това съждение противоречи и на забраната за принудителен труд, установена в чл. 8 от Международния пакт за граждански и политически права. Спирането на срока на предизвестието на работника или служителя за времето на извънредното положение би противоречало на всички гореизброени разпоредби. На какво основание, при липса на воля за полагане на труда следва да съществува трудовото правоотношение? В същото време не е възможно да се приложи различен режим за срока за предизвестие за прекратяване на правоотношението, когато е дадено от работника или служителя и когато е отправено от работодателя при уволнение. Довод, че независимо от обстоятелствата срокът за предизвестие тече може да се намери и в тълкувателно решение № 2 от 23.10.2012 г. по тълк. д. № 2/2012 г., ОСГК на ВКС, което постановява, че не може да се възстанови на предишна работа работник или служител при дисциплинарно уволнение, извършено в срока на дадено предизвестие от него до работодателя за прекратяване на договора по чл. 326, ал. 1 КТ, ако заповедта за дисциплинарно уволнение е отменена, но междувременно е изтекъл срокът на предизвестието. Т.е. срокът за предизвестие изтича неминуемо, включително и по време на установеното извънредно положение.

VI. Заключение

В заключение може да се направят няколко извода. На първо място в последните години при оспорване на законността на уволненията съдилищата произнасят все повече решения, които дописват или тълкуват contra legem иначе ясни законови разпоредби. Приемането на задължителна съдебна практика или позоваването на практика на Върховния касационен съд, с която да се дописва или се изменя законова норма, надхвърля целта на правоприлагането и създава объркване у работодателя как законното да упражни своето право на уволнение. Ако практиката показва, че нормативното разрешение е несъвършено или е изгубило актуалност, следва да се инициира законодателна промяна, а не съдилищата да приемат противоречиви решения, които затрудняват еднаквото прилагане и объркват както работниците и служителите, така и работодателите.

Освен това, трябва ясно да се подчертае, че уредбата на уволненията в трудовото законодателство не цели недопускането им, а напротив – законосъобразното им предприемане – само когато са налице обстоятелства, които правят обективно невъзможно продължаването на съществуването на трудово правоотношение. Работодателят следва да е наясно кога обстоятелствата са достатъчни, за да обосноват законно уволнение. Защото всяко уволнение, извършено при спазване на нормативните изисквания, повишава стабилността и яснотата в трудовите правоотношения, както и сигурността на работниците и служителите, че трудовите им права са защитени и работодателите не злоупотребяват със своите.

В същото време икономическите последици на предприетите мерки и действия за ограничаване заразата с Covid–19, имат безспорно неблагоприятен ефект върху дейността на работодателите и обуславят по-честото прибягване до упражняването на правото на уволнение. Преди да се пристъпи към него е необходимо да се отчете и опитът от предишни икономически кризи. Невинаги чрез незабавни уволнения, още при появата на първите негативни ефекти за работодателя, се постига положителен ефект за икономическото му състояние, както и за възможността за възстановяване на икономиката на страната като цяло. Икономическите кризи не влияят еднакво на стопанствата на държавите и от предвиденото в трудовото им законодателство също зависи по-бързото им и стабилно възстановяване. По-либералният режим на уволненията засилва неблагоприятните ефекти на икономическата криза[65], в сравнение с този, който препятства лесното уволнение. Изискването на мотиви за упражняването му, спазването на процедури преди масови уволнения и предвиждането на значителни размери на обезщетения при прекратяване възпират работодателите да пристъпят лекомислено към уволнения.

Всички мерки за ограничаването на уволненията, заедно с въведените стимули за запазване на заетостта, каквито са предвидени и при настоящото извънредно положение с ПМС № 55, оказват благоприятно влияние върху националното стопанство чрез запазването на по-стабилните му икономически показатели.

Стихийното увеличение на уволненията при криза води до мащабни ограничения в потреблението, до засилване на натиска върху социалната система, от което икономиките на държавите страдат по-сериозно и се възстановяват по-трудно и по-бавно.

---

[65] **MacLaren**, Malcolm. Towards an Understanding of the recent European Labour Market Reforms: A New Case Study in Comparative Capitalism?, 2 German Law Journal (2001) [http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=38] (достъпено последно на 21.05.2020 г.).

ЛИТЕРАТУРА

Александров, Андрей. За някои практически проблеми при провеждането на процедурите по информиране и консултиране в случаи на масови уволнения според българското трудово законодателство. – В: *Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнината на проф. В. Мръчков.* София: Труд и право, 2014, 363–388.

Банов, Христо. Трудовоправни проблеми при обявяването на извънредно положение – I част https://news.lex.bg/трудовоправни-проблеми-при-обявяван/

Василев, Атанас. Трудово право. Бургас: БСУ, 1997.

Гевренова, Нина. Представители на работниците и служителите за информиране и консултиране – понятие и категории. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право*. Т. 3. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2009, 88-93.

Гевренова, Нина. Въпроси на правната уредба на основанията за уволнение, при които се осъществява предварителна закрила. В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Т. 5*. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2011.

Гевренова, Нина. Момент на реализиране на предварителната закрила. – В: *Актуални проблеми на трудовото право.* Т. 4. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2010, 172–188.

Гевренова, Нина. Специална закрила на работниците и служителите с намалена работоспособност. София: Сиби, 2013.

Милева, Атлиана**.** Аналитичен преглед на практиката на Съда на Европейския съюз относно масовите уволнения. – В: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Т. 9.* София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2017, 129–138.

Мингов, Емил. Прекратяване на трудовия договор поради общи основания. София: Сиби, 2004.

Мръчков, Васил. Уволнение по безвиновни основания. София: Наука и изкуство, 1966.

Мръчков, Васил. Трудово право. 10. прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2018, 608–612.

Мръчков, Васил, Атанас **Василев**, Красимира **Средкова**. Коментар на Кодекса на труда. 11. прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2013.

Средкова, Красимира. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2011.

Malcolm MacLaren. Towards an Understanding of the recent European Labour Market Reforms: A New Case Study in Comparative Capitalism?, 2 German Law Journal (2001) [http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=38]

Дадена в Катедра „Трудово и осигурително право“ – май 2020 г.
Рецензенти – доц. д-р Нина Гевренова
гл. ас. д-р Атлиана Милева

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

МЕЖДУНАРОДНА КОМПЕТЕНТНОСТ ПРИ СПОР ПО ДОГОВОР ЗА БАНКОВ КРЕДИТ НА НЕДВИЖИМ ИМОТ С ФИЗИЧЕСКО ЛИЦЕ ОТ ЕС: ИЗГУБЕНИ В КВАЛИФИКАЦИЯТА „ПОТРЕБИТЕЛСКИ ДОГОВОР“

БОРЯНА МУСЕВА*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: Понятието „потребителски договор“ се използва често в различни източници на правото на ЕС. Независимо, че всички тези източници целят да защитят по-слабата страна, всеки от тях има своя собствена система и непосредствен предмет. Регламент 1215/2012, за разлика от Директива 2014/17 и Директива 2008/48, не хармонизира материалното право относно потребителските договори, а съдържа уредба, която определя кой съд е международно компетентен да разгледа даден граждански или търговски спор с международен елемент. Той намира баланс между интересите на по-слабата страна и легитимните очаквания на търговците като предоставя определение за потребителски договор, което се отклонява от предвиденото в Директивите. Българската съдебна практика среща трудности при дефинирането на потребителския договор съгласно Регламент 1215/2012 и Директиви 2014/17 и Директива 2008/48. Целта на тази статия е да постави акцент върху разликите и да прикани съда да обърне специално внимание на логиката и прилагането на Регламент 1215/2012.

Ключови думи: международна компетентност, потребителски договор, Регламент 1215/2012, Директиви 2014/17 и Директива 2008/48, квалификация.

*Доцент по международно частно право в СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право. Ръководител на Катедра „Международно право и международни отношения“.

*Associate Professor in Private International Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D. Head of Department International Law and International Relations.

JURISDICTION AS REGARDS A DISPUTE ARISING OUT OF CREDIT AGREEMENTS FOR NATURAL PERSONS FROM EU RELATING TO IMMOVABLE PROPERTY: LOST IN THE QUALIFICATION "CONSUMER CONTRACT"

BORIANA MUSSEVA*
Department of International Law and International Relations

Abstract*:* The notion of consumer contract is used frequently in various instruments of the EU law. Even though all these instruments aim at protecting the weaker party they have their own scheme and objectives pursued. Regulation 1215/2012 unlike Directive 2014/17 and Directive 2008/48 does not harmonise the substantive law on consumer contracts, but provides rules determining which court has jurisdiction to hear a case in civil and commercial matters. It strikes the balance between the interests of the weaker party and the legitimate expectations of the professionals and deviates from the definition of consumer contract of the Directives. The Bulgarian case law faces difficulties in the differentiation of consumer contract notion of Regulation 1215/2012 and Directives 2014/17/Directive 2008/48. The purpose of this article is to stress on the differences and to encourage the court to pay special attention to the logic and application of Regulation 1215/2012.

Keywords*:* jurisdiction, consumer contracts, Regulation 1215/2012, Directive 2014/17, Directive 2008/48, qualification

I. Увод

В практиката на българските съдилища вече не са рядкост случаите, в които се повдига спор по повод задължения за заплащане на дължими суми по просрочени договори за банков кредит, отпуснат от български банки или кредитни институции във връзка със закупуване на недвижим имот у нас на физически лица с местоживеене в други държави членки на ЕС[1]. Такъв тип спорове притежават международен елемент, който от своя страна поставя „пред скоба" спрямо разглеждането на спора по същество необходимостта от определяне на международната компетентност[2]. Ако българският съд няма международна компетентност, той трябва да прекрати делото, а ако погрешно приеме, че има, решението му е недопустимо и подлежи на обезсилване. Липсата на международна компетентност обуславя достъп до въззивно и касационно обжалване. Международната компетентност при така описаните спорове се определя с помощта на Регламент (ЕС) № 1215/2012 на Европей-

[1] Както и с местоживеене в държава от Европейската асоциация за свободна търговия (ЕАСТ) -Исландия, Норвегия и Швейцария.

[2] Вж. **Пандов**, Васил. Международна компетентност по граждански и търговски дела. София: Сиела, 2018.

ския парламент и на Съвета от 12 декември 2012 година относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (т.нар. Регламент Брюксел Ia)[3], който следва своя собствена систематика и цели. Ключов за правилното определяне на международната компетентност в описаната хипотеза е въпросът, дали конкретният договор е „потребителски“ по смисъла на чл. 17 или е договор, при който няма защитена страна, поради което спрямо него се прилагат чл. 4 (обща компетентност), чл. 7, т. 1 (специално компетентност по дела, свързани с договор) или чл. 25 и 26 (пророгация на компетентност).

Когато българският съд разглежда по същество съгласно българското право спорове по повод на отпуснати банкови кредити на физически лица за финансиране покупка на недвижими имоти у нас, той извършва квалификация на договора като потребителски с оглед §1, т. 20 от Допълнителните разпоредби на Закона за кредитите за недвижими имоти на потребители (по-нататък ЗКНИП)[4], според която „*Потребител е всяко физическо лице, което при сключването на договор за кредит за недвижим имот действа извън рамките на своята търговска, стопанска или професионална дейност“*. Тази разпоредба от своя страна транспонира чл. 4 от Директива 2014/17 на Европейския парламент и на Съвета от 4 февруари 2014 г. относно договорите за кредити за жилищни недвижими имоти за потребители и за изменение на Директиви 2008/48/ЕО и 2013/36/ЕС и Регламент (ЕС) № 1093/2010 г. (по-нататък „Директива 2014/17“)[5].

Понятието „потребителски договор“ от своя страна има различно съдържание в Регламент (ЕС) № 1215/2012 спрямо това на Директива 2014/17, съответно ЗКНИП. Член 17, пар. 1 от Регламент (ЕС) № 1215/2012 се прилага, в случай че са изпълнени три кумулативни условия, а именно, първо, едната страна по договора да има качеството на потребител, който действа за цел, за която може да се приеме, че е извън неговата търговска дейност или професия, второ, договорът между такъв потребител и съответния търговец да е действително сключен, и трето, този договор да попада в една от категориите, посочени в същия член 17, параграф 1, букви а) – в) [6].

Възможно е даден договор с международен елемент да бъде защитен като потребителски при определянето на международната компетентност с оглед

---

[3] ОВ L 351, 2012 г., стр. 1.

[4] До неговото приемане – чл. 9 от Закона за потребителските кредити.

[5] „Потребител“ означава потребител съгласно определението по член 3, буква а) от Директива 2008/48/ЕО, а според него: „потребител“ означава всяко физическо лице, което при сделки, попадащи в приложното поле на настоящата директива, действа извън рамките на своята търговска, стопанска или професионална дейност.

[6] Вж. решение на Съда на ЕС *Reliantco Investment u Reliantco Investment Limassol Sucursala Bucureşti*, C-500–18, ECLI:EU:C:2020:264, *Petruchová*, C-208/18, EU:C:2019:825, т. 39, Hobohm, C-297/14, EU:C:2015:844, т. 24.

Регламент (ЕС) № 1215/2012 (напр. договор за кредит под формата на овърдрафт, когато кредитът трябва да бъде погасен в срок до един месец по чл. 3, т. 4 ЗКНИП/Директива 2014/17, ако са изпълнени предпоставките за прилагане на чл. 17 от Регламент (ЕС) № № 1215/2012), а в същото време да не попада в материално-правната уредба на Директива 2014/17 и ЗКНИП. Допустима е и обратната хипотеза, договорът да не е потребителски за целите на определяне на международната компетентност (напр. защото не е изпълнена някоя от кумулативните предпоставки на чл. 17 от Регламент (ЕС) № 1215/2012), но от материално-правна гледна точка да е подчинен на българското право и да попада в обхвата на ЗКНИП и Директива 2014/17. Разбира се, най-често даден договор за банков кредит с физическо лице покрива, както квалификацията за потребителски договор по чл. 17 от Регламент (ЕС) № 1215/2012 и тази по §. 1, т. 20 от Допълнителните разпоредби на ЗКНИП и Директива 2014/17.

Настоящата статия си поставя за цел да обоснове тезата, че при договори за банков кредит, отпуснати за придобиване на недвижим имот у нас на физически лица с местоживеене в държави членки на ЕС, българският съд при определяне на своята международна компетентност трябва да извършва квалификация на договора като потребителски единствено и само съгласно чл. 17 на Регламент (ЕС) № 1215/2012, а да не предпочита или да „привижда“ в чл. 17 Регламент (ЕС) № 1215/2012 вероятно по-познатата му и по-често прилагана при решаване на споровете по същество квалификация по Директива 2014/17 и ЗКНИП, а до началото на неговото прилагане – ЗПК. Различната квалификация на понятието за потребителски договор за целите на Регламент (ЕС) № 1215/2012 и Директива 2014/17 е отклонение от принципния постулат, че в областта на потребителските договори с оглед постигане на съгласуваност в рамките на правото на ЕС е желателно да се вземе предвид съдържащото се в други актове на ЕС понятие за „потребител“.[7] В случая, нуждата от справедливо разпределение на международната компетентност между държавите членки на ЕС, което отчита интересите на по-слабата страна, но и справедливите очаквания на професионалистите, отразени в систематиката и целите на Регламент (ЕС) № 1215/2012[8], налагат и задължават правоприлагащите органи да следват собствената на този нормативен акт квалификация на потребителски договор.

[7] Вж. решения на Съда на ЕС по дела *Vapenik*, C-508/12, EU:C:2013:790, т. 25 и *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, т. 28.

[8] За квалифицирането с оглед систематиката и целта на регламента вж. решенията на Съда на ЕС по дело C-694/17 *Pillar Securitisation*, ECLI:EU:C:2019:345, т. 35 и *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7, т. 20.

II. Квалификация на договора за жилищен кредит на физическо лице с местоживеене в държава членка на ЕС, отпуснат от българска банка или кредитна институция, съгласно Регламент (ЕС) № 1215/2012

Договорите за банков кредит, които български банки или финансови институции отпускат на физически лица с местоживеене в държави членки на ЕС за придобиване на недвижим имот, биха могли да бъдат квалифицирани като потребителски, ако отговарят на **автономните критерии, установени от чл. 17 на Регламент (ЕС) № 1215/2012**. Доколкото тази компетентност е *lex specialis* спрямо общата компетентност, всички нейни елементи не трябва да се тълкуват разширително, а стриктно[9]. Като потребителски могат да бъдат квалифицирани само договори, които кумулативно покриват три условия: 1) договорът трябва да е сключен между лице, което извършва **търговски или професионални дейности и лице – потребител,** 2) договорът трябва да е сключен за **цел, която може да се приеме, че е извън търговската дейност или професия на лицето-потребител и** 3) договорът трябва да **попада в една от хипотезите на букви „а“, „б“ или „в“** [10]. Първите две условия съвпадат с определението за потребителски договор на чл. 4, т. 1 Директива 2014/17 във вр. с член 3, буква а) от Директива 2008/48/ЕО, съответно §1, т. 20 от ЗКНИП, докато третото условие е специфично за Регламент (ЕС) № 1215/2012.

На първо място, договорът трябва да бъде сключен между лице, което извършва **търговски или професионални дейности и лице – потребител** (т.нар. отношение B2C – *business to consumer*). Банките и кредитните институции безспорно извършват търговски и професионални дейности, когато предоставят кредити. Лицето – потребител трябва да бъде физическо лице, а за да се ползва от защитната компетентност, то трябва да е страната по самия договор за банков кредит, а не лице, на което е прехвърлено вземането[11], вкл. и ако наред със свои права претендира и чужди[12].

На второ място, договорът трябва да е сключен за **цел, която може да се приеме, че е извън търговската дейност или професия на лицето-по-**

---

[9] В т. 17 от решението на Съда на ЕС 150/77 *Betrand*, както и в т. 27 от решението на Съда на ЕС по дело C-99/96 *Hans-Hermann Mietz* изрично се посочва, че доколкото компетентността в защита на по-слабата страна е изключение от принципите за определяне на международната компетентност на Регламента, същата трябва да се тълкува стриктно/ограничително само до случаите, които са визирани в съответните предпоставки за прилагане.

[10] Вж. **Сърбинова**, Дафина в: **Натов**, Николай, Боряна **Мусева**, Ясмина **Андреева**, Станислав **Йорданski**, Теодора **Ценова**, Дафина **Сърбинова**, Васил **Пандов**, Захари **Янакиев**, Николай **Бандаков**, Цветан **Крумов**. Регламентът „Брюксел I. София: Сиела, 2012, 173–175.

[11] Вж. решенията на Съда на ЕС *Shearson Lehmann Hutton*, C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15.

[12] Вж. решеине на Съда на ЕС *Schrems*, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

требител. Няма да има потребителски характер договор за банков кредит, който е отпуснат на физическо лице във връзка с негова търговска дейност, напр. като едноличен търговец, или професия – напр. свободна професия на архитект, адвокат, счетоводител и пр. Целта се счита за търговска или професионална дейност, дори тя да е само планирана, доколкото според практиката на Съда на ЕС бъдещият характер на дадена дейност по никакъв начин не променя нейното търговско или професионално естество[13]. Ако физическо лице гарантира със запис на заповед банков кредит, отпуснат на дружество, и в същото време участва в управлението и капитала му, то няма да бъде защитено като потребител[14]. При договори, които имат едновременно търговска/професионална и лична цел, напр. банков кредит за закупуване на недвижим имот, в който ще има лекарски кабинет и жилищна част, съгласно практиката на Съда на ЕС договорът би бил потребителски само ако търговско/професионалната цел е до толкова странична, че с оглед цялата сделка изпълнява съвсем незначителна роля[15]. В преобладаващия брой случаи физическите лица от други държави членки, които закупуват недвижими имоти у нас, правят това с инвестиционна цел, която по принцип не е израз на търговска дейности или професия. Не са изключени обаче хипотези, при които това би могло да бъде тяхно професионално занимание. Ако това се докаже, договорът не би могъл да бъде квалифициран като потребителски. Без значение е стойността на сделката, значителните рискове от финансови загуби, евентуалните познания или експертен опит на лицето, активното му поведение при сделката, вкл. качеството му на „непрофесионален клиент“ по смисъла на член 4, параграф 1, точка 12 от Директива 2004/39/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21 април 2004 година относно пазарите на финансови инструменти, за изменение на Директиви 85/611/ЕИО и 93/6/ЕИО на Съвета и Директива 2000/12/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и за отмяна на Директива 93/22/ЕИО на Съвета[16].

На трето място, както бе посочено, за разлика от Директива 2014/17, отменената Директива 2008/48 и §20 от Допълнителните разпоредби на ЗКНИП (преди чл. 9, ал. 3 ЗПК), при определянето на международната компетентност не е достатъчно договорът за банков кредит да бъде преценяван само с оглед страните по него (банка и физическо лице) и целта му. За да бъде той **с потребителски характер, трябва да е изпълнена поне една от хипотезите на букви „а“, „б“ или „в“ на чл. 17, пар. 1 Регламент (ЕС) № 1215/2012.**

Първите две хипотези – букви „а“ и „б“ – се отнасят до точно определени видове договори: договор за продажба на **стоки** на изплащане чрез вноски

[13] Вж. решение на Съда на ЕС *Petruchová*, C-208/18, EU:C:2019:825, т. 43.

[14] Вж. решение на Съда на ЕС *Česká spořitelna,* C-419/11, ECLI:EU:C:2013:165.

[15] Вж. решение на Съда на ЕС *Gruber*, C– 464/01**,** ECLI:EU:C:2005:32.

[16] Вж. решение на Съда на ЕС *Petruchová*, C-208/18, EU:C:2019:825.

и **договор за заем**, изплатим на вноски, или за всяка друга форма на кредит, **предоставен за финансиране на продажбата на стоки**. От буква „а“ ясно следва, че обхванати са само продажбите на стоки, докато по повод на буква „б“ може да се разсъждава дали визира всякакви видове заеми/кредити или само такива, които се са предоставени за финансиране продажбата на стоки[17].

От езиковото и систематично тълкуване на разпоредбата следва, че договорите по буква „а“ и „б“ са структурирани около наличието на „стока“, било то с оглед нейна разсрочена продажба, било то във връзка с отпускане на целеви заем/кредит за финансиране на покупката ѝ, съответно буква „б“ на чл. 17 не обхваща всички видове договори за „заем“ или „всяка друга форма на кредит“, а само такива заеми/кредити, които са отпуснати за финансиране продажбата на стоки. Това разбиране следва още и от Брюкселска конвенция относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (т.нар. Брюкселска конвенция)[18], предхождаща **Регламент (ЕО) № 44/2001** относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела („Брюксел I“)[19], който беше заменен от Регламент (ЕС) 1215/2012. Член 17, пар. 1, букви „а“ и „б“ са точно копие на чл. 15, пар. 1, букви „а“ и „б“ на Брюкселската конвенция. В задължителния доклад във връзка с прилагането ѝ изрично е посочено, че чл. 15, който се намира в раздел 4, се отнася до „… **продажба на стоки,** като цената се плаща на вноски или до **продажба на стоки**, когато продажбата е договорно свързана с договор за заем“[20].

Производният въпрос, който възниква във връзка с буква „а“ и „б“ на чл. 17, е: представлява ли недвижимият имот, във връзка с който се отпуска банковият кредит, „стока“[21]?

Регламент (ЕС) № 1215/2012 не съдържа легална дефиниция на понятието „стока“. В същото време той прави разлика между „стоки“ и „недвижим имот“/“недвижими вещи“, доколкото „стоките“ са визирани в чл. 7, т. 1, чл. 16, пар. 1, б. „б“ и чл. 17, пар. 1, б. „а“ и „б“, а „недвижимият имот“ в чл. 24, т. 1, съответно „недвижимите вещи“ – в чл. 8, т. 4. Ако европейският законодател приравняваше недвижимите имоти на стоките, нямаше да ползва две различи понятия. „Стоките“ се различават от „недвижимите вещи“ и в Регламент Рим I (чл. 4, пар. 1, б. „а“ – договор за продажба на стоки и чл. 4, пар. 1, б. „в“ – договор за вещно право върху недвижима вещ). В по-широк

[17] В посока включване на всякакви договори за заем погрешно Определение № 696 от 27.02.2018г., постановено по ч. гр. д. № 818/2018г. по описа на САС, ГО, 14 състав.

[18] ОВ, L 339 от 2007 на български език.

[19] ОВ, L 12 от 2001.

[20] http://aei.pitt.edu/1465/1/commercial_report_jenard_C59_79.pdf, стр. 33.

[21] В този мисъл Определение № 696 от 27.02.2018 г., постановено по ч. гр. д. № 818/2018 г. по описа на САС, ГО, 14 състав и Определение № 446 от 31.10.2018 г. по ч. т. д. № 2222/2018 г., Т. К., I Т.О. на ВКС.

контекст, съгласно Директива 1999/44 относно някои аспекти на продажбата на потребителски стоки и свързаните с тях гаранции, **„стока“ е *всяка движима материална вещ*** (чл. 1, т. 2, б. „б“). Така е и съгласно Виенската конвенция относно договорите за международна продажба на стоки[22], където „стоката“ се квалифицира като „телесна движима вещ“. Според практиката на Съда на ЕС по дело 150/77 *Betrand срещу Ott* кредитите, предоставени за финансиране на продажбата на „стоки“, се отнасят за **потребими стоки,** най-вече с по-дълготраен характер, каквито са коли, домакински електроуреди и аудио-визуална техника и др. (т. 13 – превод мой – Б.М.). Недвижимите имоти не отговарят на критерия потребими стоки, нито на изброените примери за такива стоки. Тезата, че стоките не включват недвижимите вещи се подкрепя и от решението на Съда на ЕС по дело C-99/96 *Hans-Hermann Mietz* срещу *Intership Yachting Sneek BV,* в което е преценено, че **яхтата попада в обхвата на понятието „стока“ и че същата не може да бъде третирана като „недвижима вещ“** *(т. 23)*. Ако понятието за „стока“ включваше и недвижимите вещи, едва ли щеше да има смисъл от подобно произнасяне. Най-накрая, в чуждестранната коментарна литература по чл. 15, т. 1, б. „а“ и „б“ от Регламент „Брюксел Ia“, който е идентичен с текста на чл. 17, пар. 1, б. „а“ и „б“ на Регламент (ЕС) № 1215/2012 изрично се посочва, че предмет на продажбата (директно или чрез финансиране) по буква „а“ и „б“ на чл. 17 **е само движима вещ[23].**

Въз основа на всички изложени аргументи по-горе може да се заключи, че договорите за дългосрочен жилищен кредит не биха могли да попадат в хипотезите на буква „а“ и буква „б“ на чл. 17 от Регламент (ЕС) № 1215/2012[24].

Договорите за банков кредит, отпуснати от български банки за закупуване на недвижим имот у нас от физически лица от държави членки на ЕС, биха могли да имат потребителски характер, ако отговарят на критериите на **чл. 17, пар. 1, буква „в“ Регламент (ЕС) № 1215/2012**.

За целта е необходимо, **първо,** банката/кредитната институция да извършва търговска или професионална дейност в държавата членка, където се намира **местоживеенето** на потребителя, или с всички средства да насочва тези дейности към тази държава членка или към няколко държави, включително тази държава членка, и **второ** – договорът да попада в обхвата на тази дейност. Логиката, стояща в основата на това изискване, което, както беше посочено не се среща в Директива 2014/17, Директива 2008/48 и ЗКНИП (преди ЗПК), е че при трансгранични отношения на ниво определяне на междуна-

---

[22] ДВ, бр. 36 от 05.05.1992 г.

[23] **Rauscher**, Thomas. Europäisches Zivilprozess-und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Kommentar, 2011, 384–385.

[24] На обратното мнение цитираната по-долу българска съдебна практика, която счита за приложим чл. 17, пар. 1, б. „б“ от Регламент (ЕС) № 1215/2012.

родна компетентност се защитават т. нар. **уседнали потребители от държави членки на ЕС**. Те се различават от другите, условно наречени „мобилни“ лица, които без да преместват местоживеенето си, самостоятелно или чрез упълномощено от тях лице са сключили договор с търговец от друга държава членка. При инвестиционни покупки на недвижими имоти у нас обикновено чужденците са от типа „мобилни лица“. Така, както изрично посочва и Съдът на ЕС, защитата на потребителите на ниво международна компетентност не е абсолютна[25]. Причината за това е, че при подобен тип договори не може да се вмени и да се очаква от търговеца да води дело в чужда държава, когато самият той по никакъв начин не е свързал дейността си с тази чужда държава. Допускането на обратното би изложило прекомерно търговците на риск, който те нито могат да предвидят, нито могат да ограничат.

Както следва от езиковото тълкуване на чл. 17, пар. 1, б. „в“ Регламент (ЕС) № 1215/2012, условие за прилагане на тази хипотеза е, потребителят да има **местоживеене в държава членка на ЕС, където банката/кредитната институция извършва своята търговска дейност или към където да я насочва**. Местоживеенето се определя с помощта на чл. 62 Регламент (ЕС) 1215/2012. Така, за да прецени дали потребителят има местоживеене в България, сезираният съд трябва да прилага вътрешното българско право (пар. 1). В съдебната практика и доктрина у нас съществуват различни виждания относно понятието „местоживеене“, като авторът на настоящата статия подкрепя виждането, че то следва да се свързва с наличието на настоящ адрес[26]. За чужденци от държави членки на ЕС, пребиваващи у нас, ориентир би могло да бъде адресът, посочен в Дирекция „Миграция“ към МВР във връзка с удостоверяването на тяхното продължително или постоянно пребиваване съгласно Закона за влизането, пребиваването и напускането на Република България на гражданите на Европейския съюз и членовете на техните семейства (ЗВПНРБ), съответно адресът, включен в удостоверението за пребиваване по чл. 20а от същия нормативен акт. Ако едно лице има повече от едно местоживеене, напр. защото има постоянен и настоящ адрес у нас и Wohnsitz в Германия, за българския съд съгласно чл. 62, пар. 1 РБIа релевантно е българското местоживеене. В ситуации, при които чужденци от държави членки на ЕС закупуват недвижими имоти с банкови кредити без да имат дългосрочно или постоянно пребиваване у нас съгласно ЗВПНРБ, те практически нямат местоживеене в България. В хипотезата, при която физическото лице е без местоживеене в България, преценката дали неговото местоживеене е в държава членка се осъществява по чуждото право съгласно чл. 62, пар. 2 РБIа.

---

[25] Вж. решение на Съда на ЕС C-190/11 *Daniela Mühlleitner срещу Ahmad Yusufi,* T. 33.

[26] **Мусева**, Боряна. Взаимодействие или противодействие между правото на ЕС и българското вътрешно право при прилагането на Регламент Брюксел IA? – *Год. СУ. Юрид. фак.*, Т. 86, 2019, 389–411.

Въпросното местоживеене трябва да е налице **към момента на сключването на договора, както следва от езиковото тълкуване на чл. 17, пар. 1, б. „в“ Регламент (ЕС) № 1215/2012**.

Съдът на ЕС е имал възможност да се произнесе по повод на местоживеенето на потребителя в рамките на решение C-327/10 *Hypoteční banka a.s.* срещу *Udo Mike Lindner*. Цитираното решение се отнася до спор, при който физическо лице е сключило договор за кредит за покупка на недвижим имот, като към момента на сключването му е имало местоживеене в държавата членка на ЕС (Чехия), където се е намирало и местоживеенето на банката, отпуснала кредита, и където след това се намира и сезираният съд (Чехия). Преюдициалното запитване по делото е свързано с това, че физическото лице е напуснало местоживеенето си в Чехия без да изпълни договорното си задължение да уведоми банката за новото си местоживеене преди сезирането на съда. Фактическият състав на чл. 17, пар. 1, б. „в“ Регламент (ЕС) № 1215/2012 е бил изпълнен към момента на сключване на договора, но към момента на сезиране на съда поради неизвестното местоживеене на ответника не е било ясно изобщо дали се прилага самият Регламент БИ. Съдът на ЕС приема, че: „ *в ситуация като разглежданата по главното производство, когато потребител, който е страна по договор за дългосрочен ипотечен кредит, съдържащ задължение за уведомяване на съдоговорителя за всяка промяна на адреса, прекрати местоживеенето си, преди срещу него да бъде заведено дело за нарушаване на договорните му задължения, съдилищата на държавата членка, на чиято територия се намира последното известно местоживеене на потребителя, са компетентни по силата на член 16, параграф 2 от посочения регламент да разгледат това дело, когато не успяват да определят в приложение на член 59 от същия регламент настоящото местоживеене на ответника и не разполагат също така с доказателствени факти, позволяващи им да направят извод, че ответникът в действителност има местоживеене извън територията на Европейския съюз“*.

От изложеното по-горе като извод следва, че чл. 17, пар. 1, б. „в“ Регламент (ЕС) № 1215/2012 би могла да се приложи: 1) спрямо физически лица с местоживеене у нас, ако са чужденци (за да има отношението международен елемент), 2) спрямо лица, които имат местоживеене в държава членка на ЕС и 3) спрямо лица, които са имали местоживеене в държава членка, вкл. България, към момента на сключване на договора, но към момента на сезиране на съда са с неизвестно местоживеене и не може да бъде направен извод, че имат в действителност местоживеене извън територията на ЕС.

Наличието на местоживеене в държава членка на ЕС обаче само по себе си не е достатъчно за прилагане на чл. 17, пар. 1, б. „в“. Както беше посочено по-горе, банката/кредитната институция трябва да извършва търговска или професионална дейност в държавата членка, където се намира

местоживеенето на потребителя, или с всички средства да насочва тези дейности към тази държава членка или към няколко държави, включително тази държава членка, и – договорът да попада в обхвата на тази дейност.

Първата хипотеза, при която договорът за дългосрочен жилищен кредит би могъл да попадне в обхвата на чл. 17, пар. 1, б. „в“ на Регламент (ЕС) № 1215/2012, предполага банката/кредитната институция да **извършва** търговски или професионални дейности физически в държавата членка по местоживеене на потребителя напр. директно, вкл. чрез клон, чрез представител или друг договорен партньор[27]. Тази форма на присъствие обаче не би била налице, ако напр. в другата държава дейността се извършва от банка/кредитна институция, която участва в капитала на българска банка/кредитна институция или от банки/кредитни институции от същата група.

Вторият начин е банката/кредитната институция **с всички средства да насочва дейностите** си към държавата членка по местоживеенето на потребителя или към няколко държави, вкл. тази държава членка. Насочването „с всички средства“ следва да се тълкува в посока използване на всякакви средства за сключване на договор – чрез поща[28], телефон, факс и пр., както и чрез съвременни технологии за комуникация. Когато се използва интернет сайт, Съдът на ЕС формулира критерии, за преценка на наличието или липсата на „*насоченост*” при използване на **интернет сайтове[29]. Така според решението на Съда на ЕС по дело** *Pammer u Hotel Alpenhof* C-585/08 и C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 „насоченост“ може да има, ако банката/кредитната институция изрично посочва на своя уебсайт, че предлага услуги или стоки в една или повече **поименно посочени държави членки** (т. 81) или поема **изрично задължение за заплащане на разходи**, свързани с услуга по каталогизиране в интернет, по отношение на лице, предоставящо интернет търсачка, за да улесни достъпа до уебсайта си за потребителите с местоживеене в различни държави членки (например заплащане на предна позиция на сайта при търсене в локален Google подсайт в друга държава) (т. 81) . Отделно, „насоченост“ може да има при съвкупност от показатели, сред които относими спрямо дейността по кредитиране биха могли да бъдат: **1.** международното естество на разглежданата дейност (т. 83); **2.** посочването на телефонни номера с указване на международния телефонен код (т. 83); **3.** използването на име на домейн от първо ниво, различен от този на държавата членка, където търговецът е установен, например „de“ (т. 83); **4.** използването на неутрални имена

---

[27] Вж. решение на Съда на ЕС *Maletic*, C-478/12 ECLI:EU:C:2013:735.

[28] Вж. решение на Съда на ЕС *Gabriel* C-96/00, ECLI:EU:C:2002:436.

[29] Вж. решение на Съда на ЕС *Pammer and Hotel Alpenhof* C-585/08 и C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 и **Мусева**, Боряна. Защитата на търговията vs. защитата на потребителите, свързани дела C-585/08 и C-144/09. – *Европейски правен преглед*, 2011, № 1, 204–219.

на домейни от първо ниво, като например „.com“ или „.eu“ (т. 83); **5.** споменаването на международна клиентела, състояща се от клиенти с местоживеене в различни държави членки, по-специално чрез представянето на мненията на такива клиенти (т. 83); **6.** използването на език или валута, различни от обичайно използваните в държавата членка, където банката/кредитната институция е установена (т. 84); **7.** поемането на задължение за плащане на разходи, свързани с услуга по каталогизиране в интернет, с цел улесняване на достъпа до уебсайта на търговеца или до уебсайта на посредника му за потребителите с местоживеене в други държави членки (т. 93).

В решението *Pammer u Hotel Alpenhof* Съдът на ЕС обаче изрично посочва, че самата достъпност на интернет сайт (т. 69), съответно *използването на уебсайт* (т. 72) не е равнозначно на насочване. Ирелевантен е и начинът на функциониране на сайта – като статичен или интерактивен. Само по себе си посочването на електронен или пощенски адрес не е индикатор за „насочване“, както и използването на езика или валутата, обичайни за държавата на търговеца. Конкретният договор, който попада в обхвата на буква „в“, защото има насочване, не е необходимо да е сключен непременно от разстояние. Такъв е бил случаят по дело *Mühlleitner*, C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542 на Съда на ЕС, постановено по спор, при който потребителят е поучил информация за търговец на коли в съседна държава чрез платформа за търсене, свързал се е с него по телефона, отишъл е при него и е сключил договора на място. Това означава, че ако банка/кредитна институция насочва дейността си към други държави членки, напр. чрез представител или чрез интернет сайт било то като посочва изрично, че таргетира кредитополучатели от различни държави членки на ЕС, било то чрез съвкупност от обстоятелства (напр. описание на международна дейност по кредитиране, използване на неутрален домейн или домейн на друга държава от първо ниво, позоваване на мнение на чуждестранна клиентела, ползване на чужд език или валута и пр.), договорът би могъл да бъде с потребителски характер, вкл. и ако е сключен на място в България. Обратно, ако банката/кредитната институция извършва дейност единствено в България и не таргетира клиенти от други държави членки, то договор за банков кредит за финансиране покупка на недвижим имот у нас не би попаднал в обхвата на чл. 17, пар. 1, б. „в“ Регламент (ЕС) № 1215/2012, освен в хипотезата, при която потребителят има местоживеене в България (напр, граждани на държави членки на ЕС с адрес заради продължително или постоянно пребиваване по ЗВПНРБ или граждани на трети държави с настоящ адрес у нас). Голям брой от договорите за дългосрочен жилищен кредит, отпускани от български банки на чужденци от ЕС, се сключват без те да имат местоживеене у нас и без да има насочване на дейността на банката или финансовата институция към тяхната държава членка. Съответно тези договори не покриват критерия на чл. 17, пар. 1, б. „в“ на Регламент (ЕС) № 1215/2012,

а оттук – нямат характер на защитени потребителски договори съгласно Регламент (ЕС) № 1215/2012.

И при двете форми на връзка с държавата по местоживеене на потребителя (директно или чрез насочване) **договорът трябва да попада в обхвата на дейностите**, извършвани или насочвани към държавата членка по местоживеенето на потребителя. Според Съда на ЕС обаче не се изисква наличието на причинно-следствена връзка между способа, използван за насочване на търговската или професионална дейност към държавата членка по местоживеенето на потребителя, а именно даден уебсайт, и сключването на договора с този потребител. Съществуването на подобна причинно-следствена връзка се приема за показател, че сключването на договора е свързано с упражняването на такава дейност[30]. Договорите за дългосрочен жилищен кредит са присъщи на банкирането и неминуемо биха попаднали в обхвата на упражняваната от банката/кредитната институция дейност.

В допълнение, Съдът на ЕС разширява обхвата на защитната компетентност при потребители като приема, че договор, сключен между потребител и търговец, който договор сам по себе си не е част от търговската или професионална дейност, „насочена“ от този търговец „към“ държавата членка по местоживеене на потребителя, но е тясно свързан с договор, сключен по-рано между същите страни в рамките на такава дейност, който преследва една и съща или сходна икономическа цел, също е защитен[31]. Защитени потребители могат да се окажат и лица, които претендират обезщетение на деликтно основание, но само ако искът е неразделно свързан с действително сключен договор между потребител и търговец (напр. във връзка с претендиране на преддоговорна отговорност поради неразкриване на съществена за договора информация)[32].

III. Българска съдебна практика

Българската съдебна практика при разглеждане на спорове във връзка с договори за дългосрочни жилищни кредити, отпуснати от български банки на лица с местоживеене в държави членки на ЕС, поставя на преден план в своята линия на аргументация Директива 2014/17 и нейното разбиране за потребителски кредити, като на практика засенчва това на Регламент (ЕС) № 1215/2012. Според Определение № 446 от 31.10.2018 г. по ч. т. д. № 2222/2018 г., Т. К., I Т.О. на ВКС, постановено на основание чл. 274, ал. 3 ГПК „*…… Директива 2014/17 на ЕП и на Съвета от 4 февруари 2014 г.*

[30] Вж. решение на Съда на ЕС *Emrek*, C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666.

[31] Вж. решение на Съда на ЕС *Hobohm* C-297/14, ECLI:EU:C:2015:844.

[32] Вж. решение на Съда на ЕС *Reliantco Investment и Reliantco Investment Limassol Sucursala Bucureşti*, C-500–18, ECLI:EU:C:2020:264.

относно договорите за кредити за жилищни недвижими имоти за потребители и за изменение на директиви 2008/48/ЕО и 2013/36/ЕС и Регламент (ЕС) № 1093/2010 г. задължава държавите членки да транспонират в националното си законодателство в областта, уредена с директивата. ***От наименованието и предмета ѝ /чл. 1/*** *– създаване на обща рамка за някои аспекти от законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите членки, които се отнасят до договорите, включващи в обхвата си обезпечени с ипотека или по друг начин потребителски кредити за жилищни недвижими имоти,* ***следва еднозначен отговор*** *на поставения от касатора въпрос* ***за потребителския характер на договора за кредит за закупуване на недвижим имот, сключен от физическо лице за цели извън професионална или търговска дейност, съответно и за приложимостта на разпоредбата на чл. 17, т. 1, б. 'и чл. 18, ал. 2 от Регламент /ЕС/1215/2012 г.*** *по отношение на такъв договор при определянето на компетентния съд при предявен срещу потребител по такъв договор иск"*. В подобен смисъл са и Определение № 2193 от 13.07.2018 г. по ч. гр. д. № 2158/2018 г. на САС, ГО, 1 състав, Определение № 249 от 12.06.2017 г. по ч.т.д. № 313/2017 г. на Пловдивски апелативен съд, Определение на Софийския апелативен съд от 27 февруари 2018 г. по в.ч.гр. д. № 818/2018 г. на САС, Определение № 249 от 12.06.2017 г. по ч.т.д. № 313/2017 г. на Пловдивски апелативен съд, определение № 2354 от 15.07.2019 г. по ч.гр. д. № 3254/2019 г. на Софийски апелативен съд. Всички те свързват потребителския характер на договор с отношението банка-физическо лице и цел, различна от търговска дейност или професия, което е и разбирането на член 3, буква а) от Директива 2008/48/ЕО, към което препраща чл. 4, т. 1 на Директива 2014/17.

Тази интерпретация се наслагва върху чл. 17, пар. 1, б. „б" Регламент (ЕС) № 1215/2012 без да се отчита нейното ограничено приложно поле към договори за заем, предоставени за финансирането покупката на стоки, но не и на недвижими имоти (арг. подробно по-горе). Анализът във връзка с възможно приложимия сложен чл. 17, пар. 1, б. „в" Регламент (ЕС) № 1215/2012 изобщо не се случва. В допълнение, ВКС се позована на решението на Съда на ЕС по дело C-327/10 *Hypoteční banka a.s.*, ECLI:EU:C:2011:745 по неправилен начин, привиждайки в него аргумента, че *„когато потребител е страна по договор за дългосрочен ипотечен кредит, съдилищата на държавата членка, на чиято територия се намира местожителството на потребителя, са компетентни да разгледат съдебния спор по заведеното срещу него дело за нарушаване на договорните му задължения" (*Определение № 446 от 31.10.2018 г. по ч. т. д. № 2222/2018 г., Т. К., I Т.О. на ВКС*)*. Това по същество е общото правило за международна компетентност, съдържащо се в чл. 4 Регламент (ЕС) № 1215/2012, а не комплексно формулираната система от основания за определяне на международна компетентност на чл. 17 Регламент (ЕС) № 1215/2012,

която защитава потребителите, но не винаги и абсолютно. Опитите за отправяне на преюдициални запитвания за изясняване точното съдържание на чл. 17 Регламент (ЕС) № 1215/2012 и преодоляване на неправилната практика на ВКС и долните инстанции са безрезултатни, най-вече с аргументи, свързани с особеностите на достъпа до касационно производство у нас[33].

IV. Решение на Съда на ЕС

Така описаното противоречие между разбирането за защитени потребителски договори съгласно Регламент (ЕС) № 1215/2012 и българската съдебна практика, следваща преди всичко модела на Директива 2014/17, съответно Директива 2008/48 и ЗКНИП, може да бъде разрешено по задължителен за българския съд начин с помощта на решението на Съда на ЕС по дело C-694/17 *Pillar Securitisation*, ECLI:EU:C:2019:345. То е постановено по спор във връзка с прилагането на **Конвенцията относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (т.нар. Луганска конвеция)**, която обвързва държавите членки на ЕС, в това число и България, от една страна, и Норвегия, Швейцария и Исландия (държави от ЕАСТ), от друга. Системата от основания за определяне на международната компетентност в Луганската конвенция в значителна степен следва тези, които се съдържат в **Регламент (ЕО) № 44/2001** относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела („Брюксел I“), доколкото ЕС и държавите от ЕАСТ целят да постигнат паралелизъм в уредбата и едно и също ниво на обмен на съдебни решения. Поради това Луганската конвенция е почти идентична с Регламент (ЕО) № 44/2001 и Регламент (ЕС) № 1215/2012, от което следва и че на еквивалентните разпоредби на посочените актове следва да се осигури сходно тълкуване (вж. в този смисъл решение от 20 декември 2017 г., *Schlömp*, C-467/16, EU:C:2017:993, т. 46 и 47). А чл. 15 от Луганската конвенция е идентичен с чл. 17 от Регламент (ЕС) № 1215/2012.

Контрактният спор, във връзка с който е и постановеното решение на Съда на ЕС, се отнася до кредит в размер над един милион евро, отпуснат от люксембургска банка на лице с местоживеене в Исландия, за закупуване на акции в исландско дружество. Впоследствие банката предявява иск за връщане на неизплатената част от кредита от физическото лице пред съд в Люксембург. Особеното в случая е, че възниква спор дали при положение, че договорът не попада в обхвата на приложимата към онзи момент Директива 2008/48, тъй като неговият размер е над установената горна граница в чл. 2, пар. 2, буква в), е допустимо да бъде квалифициран като потребителски съ-

[33] Определение № 538 от 10.12.2019 г. по ч. т. д. № 2362/2019 г., Т. К., I Т. О. на ВКС, Определение № 446 от 31.10.2018 г. по ч. т. д. № 2222/2018 г., Т. К., I Т.О. на ВКС.

гласно чл. 15 на Луганската конвенция. Практически Съдът на ЕС трябва да се произнесе за съотношението между квалификациите за потребителски договор по Директива 2008/48 (сега Директива 2014/17) и по Луганската конвенция (идентична с Регламент (ЕО) № 44/2001 и Регламент (ЕС) № 1215/2012), доколкото трябва да определи дали договорите за потребителски кредити от приложното поле на член 15 от Луганската конвенция са само онези, които попадат в приложното поле на Директива 2008/48.

Аргументацията на Съда на ЕС започва с тезата, че по принцип при квалификацията на понятието за потребителски договор следва да се съобрази съдържащото се в различни актове от правото на ЕС понятие „потребител“ (вж. решение на Съда на ЕС *Vapenik*, C-508/12, EU:C:2013:790, т. 25 и *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, т. 28) (т. 34). В същото време, повелята за хоризонтално сходно квалифициране не трябва да води до тълкуване на регламент, който урежда международната компетентност, по начин, който не отговаря на неговите систематика и цели (вж. решение на Съда на ЕС *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7, т. 20) (т. 35). Оттук, Съдът на ЕС анализира **целите** на Луганската конвеция и на Директива 2008/48 и установява, че те са **различни**. Директива 2008/48 цели, от една страна, хармонизация, която да гарантира висока и равностойна защита на потребителите срещу безотговорно сключване на договори за кредит, които надхвърлят финансовите им възможности (вж. решение на Съда на ЕС *LCL Le Crédit Lyonnais*, C-565/12, EU:C:2014:190, т. 43). Тази защита се предоставя с материалноправна уредба най-вече на аспекти, свързани със задължението за предоставяне на преддоговорна информация (т. 40). От друга страна, Директивата цели и изграждането на добре функциониращ вътрешен пазар на потребителски кредити (вж. решение на Съда на ЕС *LCL Le Crédit Lyonnais*, C-565/12, EU:C:2014:190, т. 42). С оглед двойната цел на Директива 2008/48 са и поставените долни и горни прагове на договорите за кредит (т. 41). Луганската конвенция не хармонизира материалното потребителско право, а установява правила за определяне на международната компетентност, вкл. във връзка със спор между търговец и потребител, без да установява горна и долна граница при договорите за кредит. С оглед различните цели Съдът на ЕС приема, че чл. 15 от Луганската конвенция следва се тълкува в смисъл, че *за да се определи дали даден договор за кредит е договор за кредит, сключен от „потребител“ по смисъла на същия член 15, не е необходимо да се проверява дали договорът попада в приложното поле на Директива 2008/48*. Независимо, че този извод е в контекста на договор, който не попада в обхвата на Директивата, той практически посочва, че понятието за потребителски договор на Луганската конвенция, съответно на Регламент (ЕС) № 1215/2012, е самостоятелно и независимо от това на Директивата. Следователно, не може българският съд автоматично да прилага понятието на Директива 2008/48, а оттам на Директива 2014/17 и ЗКНИП при определя-

не на международната компетентност съгласно РБІа, нито да го привижда в чл. 17, пар. 1, б. „б“ на Регламент (ЕС) № 1215/2012.

V. Заключение

Вътрешното право и правото на ЕС почиват върху различни постулати, центрове на ценности, систематика и цели като се прилагат при връзка и взаимодействие, което не винаги е лесно установимо и приложимо в практиката. Процесът на правоприлагане се усложнява допълнително, когато в правото на ЕС съществуват няколко източника, които от различна гледна точка регулират отношения с идентичен или сходен обект. Тогава неминуемо се поставя въпросът за тяхното съотношение, на който традиционно отговаря или в посока наднационално европейско хоризонтално/свързано квалифициране или в посока пак наднационално, но самостоятелно и независимо квалифициране според отделните източници на правото на ЕС. Кой точно подход ще бъде възприет се извежда от съответните тълкувани източници на правото на ЕС, като решаваща роля играят техните цели и систематика. Този процес на квалифициране се следва и тогава, когато източникът на право на ЕС е директива, която е транспонирана в национални закони. От решаващо значение при съмнения относно правилния тълкувателен резултат е възможността за отправяне на преюдициално запитване и постановените решения или определения на Съда на ЕС.

Понятието за защитен „потребителски договор“ съгласно Регламент (ЕС) № 1215/2012 и за „договор за кредит за жилищни недвижими имоти“ според Директива 2014/17, съответно отменената Директива 2008/48 и ЗКНИП (преди ЗПК) е пример именно за сложността на процеса по квалифициране на понятия с произход различни актове на правото на ЕС. Съдът на ЕС в решение C-694/17 *Pillar Securitisation*, ECLI:EU:C:2019:345 задава ориентир – самостоятелно квалифициране на понятието за защитен потребителски договор, така както следва от специалните източници относно международната компетентност – чл. 15 от Луганската конвенция, съответно чл. 17 от Регламент (ЕС) № 1215/2012. Дефиницията за „потребителски договор“ Директива 2014/17/Директива 2008/48 и ЗКНИП (преди ЗПК) е относима само към случаи, при които се повдигат въпроси от нейното приложно поле. Не е допустимо обаче квалификация, създадена за материалноправна уредба, да навлиза в територията на процесуалните отношения с предмет – определяне на международно компетентен съд. Българските правоприлагащи органи трябва да са в състояние да правят подобно разграничение и да прилагат правото на ЕС диференцирано и прецизно, а не да следват подвеждащата инерция за автоматично разпростиране на познатото там, където то не е предвидено да бъде.

ЛИТЕРАТУРА

Мусева, Боряна. Взаимодействие или противодействие между правото на ЕС и българското вътрешно право при прилагането на Регламент Брюксел IA?. – *Год. СУ. Юрид. фак*., Т. 86, 2019.

Мусева, Боряна. Защитата на търговията vs. защитата на потребителите, свързани дела C-585/08 и C-144/09. – *Европейски правен преглед*, 2011, № 1.

Пандов, Васил. Международна компетентност по граждански и търговски дела. София: Сиела, 2018.

Натов, Николай, Боряна **Мусева**, Ясмина **Андреева**, Станислав **Йордански**, Теодора **Ценова**, Дафина **Сърбинова**, Васил **Пандов**, Захари **Янакиев**, Николай **Бандаков**, Цветан **Крумов**. Регламентът „Брюксел I. София: Сиела, 2012.

Rauscher, Thomas. Europäisches Zivilprozess-und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Kommentar, 2011.

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – май 2020 г.
Рецензенти – доц. д-р Васил Пандов
доц. д-р Иван Стойнев

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

СЪОТНОШЕНИЕТО НА ВЪТРЕШНОТО ПРАВО И ПРАВОТО НА ЕС В СВЕТЛИНАТА НА ПРАКТИКАТА НА СЪДА НА ЕС ОТНОСНО ЗАЧИТАНЕ НА КОСТИТУЦИОННАТА ИДЕНТИЧНОСТ НА ДЪРЖАВИТЕ ЧЛЕНКИ НА ЕС

ХРИСТО ХРИСТЕВ*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: Въпросът за съотношението между вътрешното право и правото на европейската интеграция е един от големите въпроси на доктрината на правото на ЕС, а и на доктрината на вътрешното право в държавите членки още от първите години на европейския процес. Въпреки че след извеждането и утвърждаването на принципа на примат в практика на Съда на ЕС, този въпрос се считаше в общ порядък за изяснен, въвеждането на изрично изискване за зачитане на националната идентичност на държавите членки с Договора от Маастрихт и възможните проявления на това изискване, свързани с основни елементи на конституционната уредба, отново направи актуален въпроса, какви са проявленията на принципа на примат на правото на ЕС над вътрешното право и доколко този принцип, определящ действието на правото на европейската интеграционна система спрямо вътрешното право, може да бъде дерогиран или ограничен с оглед зачитането на националната идентичност на държава членка в нейните конституционни измерения.

* Доцент, преподавател по право на ЕС в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по публичноправни науки от Университета на Нанси, Франция.

* Associate Professor in European Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, PhD in Public Law from the University of Nancy, France.

Доколкото в доктрината са развити различни виждания относно същността и последиците на изведеното в чл. 4, пар. 2 ДЕС изискване за зачитане на националната идентичност на държавите членки на ЕС, настоящата студия има за предмет да бъде изяснено точното съдържание на задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки на европейската интеграционна система в светлината на практиката на Съда на ЕС. В частност, тя има за цел да отговори на въпроса, какви конкретни проявления това изискване има по отношение на националната конституционна уредба и води ли неговото включване в корпуса норми на първичното право на европейската интеграция до ревизиране на установената практика на висшата интеграционна юрисдикция относно съотношението между вътрешното право и правото на европейската интеграция?

Чрез внимателния прочит на практиката на Съда на ЕС относно изискването за зачитане на националната идентичност на държавите членки на Европейския съюз в нейните конституционни измерения, настоящата студия ще докаже, че изведеното в чл. 4, пар. 2 ДЕС изискване не води до ограничаване на примата на правото на ЕС над вътрешното право, а създава ново изрично основание на правото на Съюза, позволяващо прилагането на норми на интеграционната уредба да бъде ограничено в предвидена от Учредителните договори хипотеза.

Ключови думи: зачитане на националната идентичност на държавите членки на ЕС, национална конституционна идентичност, принцип на примат, съотношение на правото на ЕС и вътрешното право, практика на Съда на ЕС.

THE RELATIONSHIP BETWEEN DOMESTIC LAW AND EUROPEAN UNION LAW IN LIGHT OF THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE CONCERNING THE CONSTITUTIONAL IDENTITY OF THE MEMBER STATES OF THE EU

Assoc. Prof. HRISTO HRISTEV*
Department of International Law and International Relations

Abstract: The question of the relationship between domestic law and the law of the European integration has been one of the major issues in the doctrine of EU law and in the doctrine of domestic law within the Member States since the first years of the European process. Although, after the affirmation of the Principle of primacy in the case law of the Court of Justice, this issue was generally considered clarified, the introduction of an explicit requirement to respect the national identity of the Member States by the Maastricht Treaty and the possible manifestations of this requirement, associated with basic elements of the national constitutional framework, has once again raised the question of what the consequences of the Principle of primacy of the EU law over domestic law are and to what extent this principle, defining the effect of the law of the European integration system on domestic law, can be derogated or limited in view of respecting the national identity of a Member State within its constitutional dimensions.

Insofar as different views have been developed regarding the nature and consequences of what has been provided as a requirement to respect the national identity of the Member States in Art. 4, para. 2 TEU, the purpose of this study is to clarify the exact content of the obligations

to respect the national identity of the Member States of the European integration system in light of the case law of the Court of Justice. In particular, it aims to answer the question of what specific manifestations this requirement has in relation to the national constitutional framework and whether its inclusion in the primary law of European Union leads to a revision of the established relationship between domestic law and the law of European integration?

By a careful reading of the case law of the Court of Justice of the European Union this study will prove that the provision in Art. 4, para. 2 TEU does not limit the primacy of the EU law over domestic law, and instead it creates a new explicit basis, allowing to limit the application of the rules of the EU law in a case specifically provided by the Founding Treaties.

Keywords: respect of the national identity of the Member states of the European Union, national constitutional identity, principle of primacy, relationship between domestic law and EU law, case law of the Court of Justice of the European Union.

Въпросът за съотношението между вътрешното право и правото на европейската интеграция е един от големите въпроси на доктрината на правото на ЕС, а и на доктрината на вътрешното право в държавите членки още от първите години на европейския процес. Въпреки че след извеждането и утвърждаването на принципа на примат в практика на Съда на ЕС, този въпрос се считаше в общ порядък за изяснен, въвеждането на изрично изискване за зачитане на националната идентичност на държавите членки с Договора от Маастрихт и възможните проявления на това изискване, свързани с основни елементи на конституционната уредба[1], отново направи актуален въпроса, какви са проявленията на принципа на примат на правото на ЕС над вътрешното право и доколко този принцип, определящ действието на правото на европейската интеграционна система спрямо вътрешното право, може да бъде

[1] В доктрината и в практиката на Съда на ЕС по въпросите на съотношението между националната конституционна уредба на държавите членки и правото на ЕС могат да бъдат срещнати както понятието „зачитане на националната идентичност“, така и понятието „зачитане на конституционната идентичност“. Съществуват различни мнения доколко тези две категории са равнозначни или респективно имат самостоятелна същност и значение – вж. в този смисъл Martin, S. L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre «identité nationale» et «identité constitutionnelle». – In: *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, № 91, 13–44. Настоящият анализ изхожда от наложеното в практиката на Съда на ЕС разбиране, че категорията „конституционна идентичност“ е едно от измеренията на задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки, произтичащо от чл. 4, пар. 2 ДЕС. Доколкото именно това измерение е от определящо значение за прилагането на правото на ЕС в държавите членки, в настоящия анализ формулировките „зачитане на конституционна идентичност“, „зачитане на националната идентичност в нейните конституционни измерения“ и „зачитане на националната конституционна идентичност“ ще бъдат използвани като синоними. В отделни случаи понятието „зачитане на националната идентичност“ също ще бъде използвано като общо понятие, означаващо предвиденото в чл. 4, пар. 2 ДЕС положение, от което произтичат и определени последици що се отнася до прилагането на правото на ЕС.

дерогиран или ограничен с оглед зачитането на националната идентичност на държава членка в нейните конституционни измерения.

Доколкото в доктрината са развити различни виждания относно същността и последиците на изведеното в чл. 4, пар. 2 ДЕС изискване, като някои автори поддържат идеята, че зачитането на националната идентичност на държавите членки в нейните конституционни измерения води до промяна на изведената формула на съотношение между правото на ЕС и вътрешното право[2], интерес представлява да бъде изяснено точното съдържание на задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки в светлината на практиката на Съда на ЕС. В частност, следва да бъде потърсен отговор на въпроса, какви конкретни проявления това изискване има по отношение на националната конституционна уредба и води ли неговото включване в корпуса норми на първичното право на европейската интеграция до ревизиране на установената практика на висшата интеграционна юрисдикция относно съотношението между вътрешното право и правото на европейската интеграция?

За да бъде даден изчерпателен отговор относно това, променя ли се съотношението на вътрешното право и правото на ЕС след въвеждането на изрично изискване за зачитане на националната идентичност на държавите членки, следва на първо място да бъде изяснено какво е установеното положение в практиката на Съда на ЕС преди въвеждането на чл. 4, пар. 2 ДЕС, да бъде анализирана практиката на Съда по прилагане на изискването за зачитане на националната идентичност на държавите членки в нейните конституционни измерения, като на тази основа се обобщи, дали са налице достатъчно елементи, позволяващи заключението, че формулата на съотношение между вътрешното и интеграционното право е променена. Чрез внимателния прочит на практиката на Съда на ЕС относно зачитане на конституционната идентичност на държавите членки на Европейския съюз, настоящата студия ще докаже, че изведеното в чл. 4, пар. 2 ДЕС изискване не води до ограничаване на примата на правото на ЕС над вътрешното право. То създава изрично основание на правото на Съюза, позволяващо прилагането на норми на правото на ЕС да бъде ограничено в предвидена от Учредителните договори хипотеза, с оглед зачитане на конституционната идентичност на една или друга държава от Съюза.

I. Съотношение на правото на ЕС и вътрешното право на държавите членки с оглед принципа на примат

1. Безспорно е, че в никой от трите Учредителни договора на Европейските общности, нито в някое от влезлите в сила техни изменения, е налице

[2] Вж. в този смисъл **Bogdandy**, Armin von, Stephan **Schill**. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty. – In: Common Market Law Review, 2011, Vol 48, 1417–1454.

изрично разрешение относно съотношението между правото на европейската интеграция и вътрешното право на държавите членки на Европейските общности, а по-късно и на Европейския съюз. В Учредителните договори в по-широк план не са налице и общи правила относно реда на прилагане на интеграционното право в държавите членки.

2. В тези условия в първите години след влизане в сила на Учредителните договори, някои държави се опитват да приравнят прилагането на правото на европейската интеграция на реда, по който прилагат международноправните актове, с които са обвързани. Именно в отговор на тези опити се стига до историческите решения на Съда на ЕС от началото на 1960 година, в които интеграционната юрисдикция въз основа на системно и телеологично тълкуване на други разпоредби на Договорите определя, че правният ред на европейската интеграция е нов правен ред, различен от международното право, който се характеризира с директен ефект на разпоредбите, които предоставят безусловно права на частноправни субекти[3] и с примат на нормите на правото на европейската интеграция над нормите на вътрешното право[4].

3. В решението по делото Van Gend en Loos, за да определи, дали частноправните субекти могат да се позовават на разпоредби на Договора за създаване на Европейската икономическа общност в спорове пред националните съдилища, Съдът на ЕС приема:

„ […]Целта на Договора за ЕИО, а именно създаването на общ пазар, чието функциониране засяга пряко правните субекти в Общността, предполага, че този Договор е повече от едно споразумение, пораждащо единствено взаимни задължения за държавите, които са страни по него.

---

[3] Решение от 5 февруари 1963, Van Gend en Loos, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1. Понятието „директен ефект“ беше общо наложено в източниците по право на ЕС на български език преди присъединяването на страната към ЕС. След присъединяването в официалните преводи на решенията на Съда се използва както понятието „пряко действие“, така и понятието „директен ефект“. Предвид това, че доминиращата част от българската доктрина използва понятието „директен ефект“, то ще бъде използвано и в настоящото изложение.

[4] Решение от 15 юли 1964, Costa c. ENEL, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66. Следва да се подчертае, че в официалните преводи на решения на Съда на ЕС след присъединяването на България към ЕС се използва понятието „предимство“. Понятието „предимство“ обаче е наложено в българското право и правна доктрина като понятие, означаващо съотношението между международното и вътрешното право, което е в същността си принципно различно от съотношението между правото на ЕС и вътрешното право. От друга страна преди присъединяването на страната към ЕС понятието „примат“ беше използвано от доминиращата част от авторите на доктрината, а като негова алтернатива се използваше „върховенство“, но не и „предимство“. С оглед на това в настоящото изложение за означаване на съотношението между правото на ЕС и вътрешното право ще се използва понятието „примат“.

[…]Общността съставлява нов правов ред на международното право, в полза на който държавите са ограничили суверенните си права, макар и в ограничени области, и чиито субекти са не само държавите членки, но и техните граждани.

Поради това, независимо от законодателството на държавите членки, общностното право налага задължения на частноправните субекти и същевременно е предназначено да поражда права, които стават част от техния патримониум […]“[5].

4. Значително по-ясно същността на възприетия от Съда на ЕС системен и телеологичен прочит на различни разпоредби на Учредителните договори, въз основа на който Съдът определя, че правният ред на европейската интеграция има самостоятелен характер и неговите норми се прилагат по особен ред, като те имат примат над вътрешното право в случай на противоречие, се вижда в решението по делото Costa с. ENEL[6]. При липсата на изрична уредба относно съотношението между актовете и нормите на вътрешното право на държавите членки и нормите на интеграционното право, Съдът определя, че:

„[…] За разлика от обичайните международни договори, Договорът за ЕИО е създал собствен правен ред, който е интегриран в правните системи на държавите членки с влизане в сила на Договора и който националните юрисдикции са длъжни да прилагат.

Като са създали за неограничен период от време общност, която има свои собствени институции, правосубектност, правоспособност, способност за международно представителство, и по-специално реални правомощия, произтичащи от ограничаване на компетентност или прехвърляне на правомощия от държавите към Общността, държавите са ограничили суверенните си права, макар и в ограничен брой области, и по този начин са създали корпус от правни норми, приложим по отношение на техните граждани и самите тях.

Това интегриране в правото на всяка държава членка на разпоредби, произтичащи от общностен източник, и по-общо текстът и духът на Договора, водят като естествен резултат до невъзможност за държавите да налагат с предимство пред правен ред, приет от тях на основа на взаимност, последваща едностранно приета мярка, която следователно не може да бъде противопоставена на този правен ред.

В действителност изпълнителната сила на общностното право не може да бъде различна в различните държави в резултат от последващо вътрешно законодателство, без това да застраши постигането на целите на Договора, съдържащо се в член 5, параграф 2, и без да провокира дискриминация, забранена от член 7.

---

[5] Решение по дело Van Gend en Loos, 26/62, цит.

[6] Решение по дело Costa / ENEL, 6/64, цит.

[…]От всички тези съображения следва, че тъй като има автономен източник, на произтичащото от Договора право поради неговия специфичен и оригинален характер не би могла да се противопостави в съдебно производство каквато и да е вътрешноправна разпоредба, без то да бъде лишено от общностния си характер и без да се постави под съмнение правната основа на самата Общност.

Поради това извършеното от държавите прехвърляне от техния вътрешен правен ред към общностния правопорядък на правата и задълженията, съответстващи на разпоредбите на Договора, води до окончателно ограничаване на техните суверенни права, което не може да бъде преодоляно чрез последващ едностранен акт, несъвместим с понятието за Общност“[7].

Така, като разглежда целите, за които са създадени Европейските общности и като тълкува в системната им свързаност редица разпоредби на Учредителните договори, които установяват институционалната рамка на европейската интеграция, Съдът приема, че явната логика, вложена в Договорите е, че държавите членки не могат да ограничат или препятстват прилагането на интеграционното право чрез едностранни вътрешноправни мерки. Оттук Съдът на ЕС извежда и закономерното правилото, че в случай на противоречие между норма на вътрешното право и норма на правото на ЕС, нормата на вътрешното право не се прилага[8].

5. Въпросът за съотношението между вътрешното право на държавите членки и правото на Европейския съюз разбира се не е просто въпрос на свързване действието на европейската и националните правни системи, нито е просто израз на необходимостта от яснота и кохерентност в прилагането на правната уредба, интимна потребност, която живее в душата на всеки юрист. Както може да бъде видяно още в първите решения на Съда на ЕС, свързани с принципа на примат, съотношението между вътрешното право и правото на ЕС отразява най-значимата същностна характеристика, която има европейската интеграционна система[9]. За разлика от класическите международни организации европейската интеграция не представлява институционално средище за междудържавно сътрудничество, в рамките на което държавите, въз основа на принципа на суверенното равенство, присъщ за международното право, обсъждат и решават чрез единодушие определени въпроси, приемат правна уредба по тях и я прилагат според формите и способите, предвидени във вътрешното им право. Напротив, европейската интеграционна система се основава на предоставянето на властови правомощия, произтичащи от суверенната власт на държавите на общи институции, създадени, за да осигурят постигането на об-

[7] Ibid.

[8] Решение от 9 март 1978, Simmenthal, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, т. 21–23.

[9] Вж. **Семов**, Атанас. Принципи на прилагане на правото на Еропейския съюз. София: Институт по публична администрация и европейска интеграция, 2008, с. 154 и сл.

щите цели, изведени в Учредителните договори, да прилагат уредбата на тези договори и да регулират вместо държавите определени въпроси от общ интерес – в частност да способстват за изграждането и функционирането на единен вътрешен пазар между държавите от ЕС. Иначе казано, ако международните организации са институционални форми на междудържавно сътрудничество, Европейският съюз представлява нов вид институционална организация, носител на публична власт, която регулира различни области на обществени отношения, вместо или съвместно с участващите в нея държави. Това положение намира красноречив израз както в решението по делото Costa с. ENEL, така и в по-късни решения на Съда, като Становище 1/91[10] или Становище 2/13[11].

Именно поради тази особеност на установеното чрез Учредителните договори или прието от създадените с тях институции право не може да бъде противопоставено вътрешното право. Възприемането на друг прочит на въпроса за съотношението между вътрешното и интеграционното право би направило невъзможно съществуването на единен вътрешен пазар, който няма как да функционира ефективно без протичащите в него отношения да са подчинени на определен порядък общи правила, еднакво приложими във всички държави членки. Да се приеме, че държавите членки могат да ограничават или дерогират действието на правото на европейската интеграция чрез едностранни вътрешноправни мерки, извън общо установените в Учредителните договори хипотези, би означавало да се пренебрегнат особените цели, с които Договорите са сключени и да се игнорира материалната същност на системата от нормативни разрешения, установени с тях.

6. Известно е още, че висшата интеграционна юрисдикция определя, че примат имат всички норми на правото на ЕС над всички норми на вътрешното право, независимо от вида източник, в който се съдържа интеграционната норма и респективно, нормата на вътрешното право. Съдът определя също, че приматът на нормите на правото на ЕС се проявява включително по отношение на националната конституционна уредба на държавите членки[12], както и на международноправната уредба, с която държавите членки са обвързани[13].

---

[10] Становище 1/91 от 14 декември 1991, ECLI:EU:C:1991:490.

[11] Становище 2/13 от 18 декември 2014, ECLI:EU:C:2014:2454

[12] Решение от 17 декември 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH,11/70, ECLI:EU:C:1970:114, т. 3; Решение от 8 октомври 1986, Keller, 234/85, ECLI:EU:C:1986:377, т. 7; Решение от 17 октомври 1989, Dow Chemical Ibérica e.a., 97/87, 98/87 и 99/87, ECLI:EU:C:1989:380, т. 7; Решение от 2 юли 1996, Комисията с. Люксембург, C–473/93, ECLI:EU:C:1996:263, т. 38; Решение от 8 септември 2010, Winner Wetten, C–409/06, ECLI:EU:C:2010:503, т. 61; Решение от 15 януари 2013, Križan e.a., C–416/10, ECLI:EU:C:2013:8, т. 70; Решение от 11 януари 2000, Kreil, C–285/98, ECLI:EU:C:2000:2, т. 12–19.

[13] В този смисъл ясно говори чл. 351 ДФЕС. Вж. също Решение от 19 ноември 1975, Douaneagent der Nederlandse Spoorwegen, 38/75, ECLI:EU:C:1975:154, т. 15 и 16; Решение

7. Като основни проявления на принципа на примат Съдът на ЕС утвърждава серия задължения на националните органи, които целят да гарантират ефективното прилагане на изведената формула на съотношение между вътрешното право на държавите членки и правото на Европейския съюз. По силата на принципа на примат всички национални органи в рамките на своята компетентност са длъжни да не прилагат вътрешноправни норми, които противоречат на норми на правото на ЕС[14]. Това задължение лежи с особена тежест върху националните съдилища. Нещо повече, във връзка с практика на италианския конституционен съд, по смисъла на която общите съдилища не могат да се произнасят по въпроса за съответствие между вътрешното и интеграционното право, а трябва да отнасят решаването на този въпрос по особен процесуален ред до органа за конституционен контрол и той да решава, дали е налице противоречие, Съдът на ЕС определя, че всеки национален съд, сезиран със спор, в който е приложимо правото на ЕС, има правото и задължението да се произнася относно съответствието на вътрешното право с правото на ЕС[15]. В последващата си практика висшата интеграционна юрисдикция потвърждава, че вътрешното право не може да ограничава общите съдилища да преценяват съответствието между вътрешното право и правото на ЕС в рамките на общо разглежданите от тях дела, нито да ги обвързва да отнасят въпросите за съответствие между правото на ЕС и разпоредби на вътрешното право до органите за конституционен контрол, като ги лишава от възможността сами да преценяват съответствието между правото на ЕС и вътрешното право[16].

В решението си по делото Factortame Съдът допълва, че за да гарантират ефективното прилагане на правото на ЕС спрямо частноправните субекти, когато пред тях е висящ въпрос за преценка на съответствието на норми на вътрешното и интеграционното право, националните съдилища имат право по силата на чл. 4, пар. 3 ДЕС да налагат привременни мерки, в това число, да спрат прилагането на национална законодателна уредба, дори когато това не е предвидено във вътрешното право[17]. Висшата интеграционна юрисдикция е определила още, че в случай на противоречие между норма или акт на вътрешното право и норми на правото на ЕС, държавите членки са обвързани да изменят или отменят съответните национални разпоредби, за да не засягат

от 26 октомври 1982, Hauptzollamt Mainz / Kupferberg & Cie., 104/81, ECLI:EU:C:1982:362, т. 14; Решение от 3 септември 2008, Kadi, C–402/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, т. 304.

[14] Решение от 12 юни 1990, ФРГ с. Комисията, 8/88, ECLI:EU:C:1990:241, т. 13; Решение от 22 юни 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, ECLI:EU:C:1989:256, т. 33; Решение от 28 юни 2001, Larsy. C–118/00, ECLI:EU:C:2001:368, т. 52.

[15] Решение по дело Simmenthal, 106/77, цит., т. 21–24.

[16] Решение от 22 юни 2010, Melki et Abdeli, C–188/10 и C–189/10, ECLI:EU:C:2010:363 ; Решение от 11 септември 2014, A, C–112/13, ECLI:EU:C:2014:2195.

[17] Решение от 19 юни 1990, Factortame, дело C–213/89, ECLI:EU:C:1990:257, т. 20–23.

правната сигурност, основен принцип на правото на ЕС[18] и за да не нарушават принципа на лоялно сътрудничество, закрепен в чл. 4, пар. 3 ДЕС[19]. Съдът недвусмислено посочва също, че това задължение се проявява и по отношение на националната конституционна уредба[20].

8. Принципът на примат е предмет на ясна и последователна съдебна практика в продължение на десетилетия и въпреки наличието на особени моменти в прилагането на правото на ЕС в някои периоди в отделни държави членки като ФРГ[21], Италия[22] или Франция [23], изведената и поддържана от висшата интеграционна юрисдикция формула за съотношението между вътрешното право и правото на ЕС и произтичащите от нея основни последици, бива приета от държавите членки, без никоя от тях да е правила опит да ревизира установените от Съда положения при измененията на Учредителните договори. Нещо повече, в подписания Договор за създаване на Конституция за Европа, т.нар. Европейска конституция, беше предвидена изрична разпоредба, която дава из-

---

[18] Решение от 4 април 1974, Комисията/Франция, дело 167/73, ECLI:EU:C:1974:35, т. 34–48; Решение от 15 октомври 1986, Комисията с. Италия, 168/85, ECLI:EU:C:1986:381, т. 11; Решение от 25 юли 1991, Комисията с. Италия, C–58/90, ECLI:EU:C:1991:329, т. 12 и 13; Решение от 29 октомври 1998, Комисията с. Гърция, C–185/96, ECLI:EU:C:1998:516, т. 32; Решение от 18 януари 2001, Комисията с. Италия / C–162/99, ECLI:EU:C:2001:35, т. 33.

[19] Решение от 24 март 1988, Комисията/Италия, дело 104/86, ECLI:EU:C:1988:171, т. 12–13.

[20] Решение от 23 април 2009, Angelidaki e.a., дело C–378/07, C–379/07 et C–380/07, ECLI:EU:C:2009:250, т. 207.

[21] Във ФРГ Конституционният съд развива практика по смисъла на която зачитането на принципите, определящи действието на правото на ЕС, е поставено под условие в правния ред на европейската интеграция да бъде осигурено равнище на защита на основните права, равностойно на това, предвидено в Основния закон на ФРГ, вж. BVerfG 29 mai 1974, Solange I, BVerfGE37, p. 271.

[22] В Италия Конституционният съд приема в решението по делото Frontini и Pozzani, че предоставената на ЕИО властова компетентност не може да бъде упражнявана в нарушение на основните принципи на правния ред и неотменимите права на човешката личност, вж. Corte costituzionale, Sentenza № 183, anno 1973, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 2.01.1974. Спазването на правото на ЕС в съответствие с развитата практика на Съда на ЕС е потвърдено изрично и в по-късната практика на Конституционния съд. В Решение № 348 от 2007 г. италианският Конституционен съд посочва, че с присъединяването си към Учредителните договори Италия е станала част от по-широк правен ред с наднационален характер, като е отстъпила част от своята суверенна власт, в това число да се приема законодателна уредба. Съдът потвърждава, че прилагането в Италианската република на правото на ЕС е задължително, при условие, че това право не нарушава основните принципи и права, установени в италианската конституция, Corte costituzionale, Sentenza № 348, anno 2007, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 31.10.2007.

[23] Вж. C.E., 20 octobre 1989, Nicolo, № 108243.

раз на принципа на примат в корпуса норми на първичното право[24]. Макар да не влезе в сила, поради блокирането на ратификационния процес във Франция и Нидерландия, Европейската конституция беше ратифицирана от преобладаващата част от държавите членки, като в процеса на ратификация принципът на примат не е представлявал проблем в нито една държава от Съюза.

9. След неуспеха на ратификацията на Европейската конституция, при сключването на Договора от Лисабон в него беше включена изрична декларация от всички държави членки, по смисъла на която те потвърждават, че принципът на примат е присъщ на правото на ЕС[25]. В декларацията всички държави членки заявяват, че:

„[…]съгласно установената практика на Съда на Европейския съюз, Договорите и правото, прието от Съюза въз основа на Договорите, имат предимство пред правото на държавите членки при условията, определени от същата съдебна практика".

В Декларацията изрично се посочва, че с новата уредба по Договора от Лисабон не се изменят установените в практиката на Съда на ЕС положения относно проявленията и действието на този принцип, като нарочно е указано още, че формулата на съотношение между вътрешното и интеграционното право остава непроменена, независимо от липсата на изрична уредба по този въпрос в ДЕС и ДФЕС.

II. Утвърждаване на зачитането на националната конституционна идентичност на държавите членки на ЕС

1. Задълбочаването на процеса на европейска интеграция и консолидирането на европейската интеграционна система като нов вид организация на публичноправно регулиране над равнището на държавата съответно води до очертаването на ясни политически измерения на интеграционния процес и до утвърждаването на Европейските общности като нов вид федерално формирование[26]. Тази тенденция намира недвусмислен израз още от края на 60-те и началото на 70-те години на XX век с поставянето на проблема за демократичния дефицит в институционалния модел на Европейските общности и признаването на необходимите гаранции за защита на основните права и най-вече с предложенията за закрепване на права на гражданите, които да установят пряка връзка на легитимност между институциите на европейската интеграция и гражданите на държавите членки. Тя се задълбочава с Единния

[24] Вж. чл. I–6 от Европейската конституция.

[25] Декларация №17 относно предимството на правото на Съюза.

[26] Вж. **Magnette**, Paul. Régime politique de l'Union européenne. Paris: Presses de Sciences Po, 2006, p. 16 et seq.

европейски акт, с който е предоставена компетентност на ЕИО в нови области и се ограничава приложението на приемането на решения с единодушие в рамките на Съвета на министрите. Развитието на европейската интеграция като нов вид федерална организация има своята кулминация с Договора от Маастрихт, с който интеграционният процес преминава официално от процес, фокусиран върху икономиката, в процес на обща политическа интеграция[27].

2. Утвърждаването на ЕС като нова форма на федерална по своя характер организация съответно закономерно поставя въпроса за ефекта от този процес върху съществуването и развитието на държавите членки. Както на политическо ниво, така и в доктрината се изразяват страхове, че развитието на интеграционния процес отслабва и поставя под въпрос съществуването на държавата като форма на обществена и правна организация, и засяга идентичността, на която тя се основава[28]. Тези опасения се фокусират и върху въпроса за действието на интеграционното право спрямо вътрешното право на държавите членки и най-вече спрямо националната конституционна уредба, която е непосредствен израз на суверенната власт, която характеризира държавата като форма на политическа и правна организация.

3. Задълбочаването на процеса на европейска интеграция, свързано с разширяване на предоставената на европейско ниво компетентност и преминаването към политическа интеграция може да се разглежда и като фактор, който предопределя извеждането на оригинална практика на органите за конституционен контрол в някои държави членки, която утвърждава особената значимост на определени елементи на националната конституционна уредба и ги поставя като граница и условие за зачитането на правото на ЕС[29]. В Германия, в линията на решението Solange I, Конституционният съд потвърждава, че

---

[27] Ibid., p. 32 et seq.

[28] Вж. **Мутон**, Жан-Дени. Юридически размисли върху бъдещето на Европейския съюз. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2010, с. 49 и сл. **Simon**, Denys. L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne. In: L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, L. Burgorgue-Larsen (dir.). Paris: Pedone, 2011, p. 27 et seq.; **Rousseau**, Dominique. L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? – In : **Bourgorgue-Larsen**, L. L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe. Paris, 2011, p. 89 et seq.

[29] Вж. **Grewe**, Constance, Joël **Rideau**. L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: Flash back sur le Coming-out d'un concept ambigu. – In: Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, Dalloz, 2010, p. 319 et seq. **Dobbs**, Mary. The Shifting Battleground of Article 4(2) TEU: Evolving National Identities and the corresponding need for EU management? – In: (2015)21(2)EJoCLI. Вж. относно връзката между задълбочаването на наднационалното регулиране в рамките на ЕС и извеждането и утвърждаването на категорията конституционна идентичност Белов, Мартин. Българската конституционна идентичност. София: Сиби, 2017, с. 21 и сл.

зачитането на основните права е условие за прилагането на актовете на ЕС в страната[30]. В Италия Конституционният съд също приема, че зачитането на неотменимите права на човешката личност е условие за зачитане на правото на европейската интеграция[31]. Във Франция Конституционният съвет развива практика, по смисъла на която спазването на правото на ЕС е предпоставено от зачитането на съществените условия за упражняване на суверенитета и основните права, също както и от зачитането на правата и принципите, които формират конституционната идентичност на Френската република[32].

4. В този контекст материализирането на политическите измерения на европейската интеграция, което намира недвусмислен израз с измененията по Договора от Маастрихт, предпоставя и закрепването в Учредителните договори на друго основно положение, което характеризира европейската интеграционна система – а именно, че независимо от оригиналните особености на правния ред на европейската интеграция, държавите членки на ЕС продължават да съществуват като самостоятелни субекти[33] и макар да са обвързани в особена правна връзка с останалите държави от Съюза и да са подчинени на общата правна уредба на ЕС, те остават носители на суверенната власт или по определението на немската доктрина, на "Kompetenz der Kompetenz"[34]. Непосредствен израз на това положение е текстът на чл. F, пар. 1 включен в Договора за Европейския съюз, подписан в Маастрихт през 1992:

„Съюзът зачита националната идентичност на държавите членки, чиито управление се основават на принципите на демокрацията".

5. Макар според редица автори зачитането на националната идентичност на държавите членки да е присъщо на правния ред на европейската интегра-

---

[30] BVerfG 12 octobre 1993, BVerfGE89, p. 155.

[31] Corte costituzionale, Sentenza № 232, Anno 1989, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 3.05.1989.

[32] Вж. **Grewe**, Constance. Constitutions nationales et droit de l'Union européenne. In – Répertoire communautaire. Paris: Dalloz, № 105.

[33] Вж. **Ponthoreau**, Marie-Claire. Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales. – In: VII Congrès mondial de l'AIDC. Athènes, 2007; Besselink, Leonard F. M. National and constitutional identity before and after Lisbon. – In: Utrecht Law Review, Volume 6, Issue 4, November 2006, 36–49.

[34] Вж. относно връзката между задълбочаването на интеграционния процес и формулирането на принципа на зачитане на националната идентичност на държавите членки, **Mouton**, Jean-Denis. L'État membre entre souveraineté et respect de son identité :quelle Union européenne ? – In : **Chaltiel**, F., A. **Declamp**, P.-Y. **Monjial** (dri.). L'Union européenne et ses Etats membres après le Traité de Lisbonne – Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union. Paris: RMCUE, 2012, p. 205.

ция от началото на интеграционния процес[35], включването на разпоредбата на чл. 4, пар. 2 ДЕС в корпуса норми на първичното право поставя началото на нова практика на Съда на ЕС, в рамките на която се оформят контурите на задължението на Съюза да зачита националната идентичност на държавите членки, едно от проявленията на която се явява именно зачитането на тяхната конституционна идентичност[36]. Въвеждането на подобно изискване в корпуса норми на първичното право според някои автори е израз на еволюцията на европейската интеграционна система по посока на съставна конституционна организация, която включва конституционния порядък, установен на равнището на Съюза, но и конституционната уредба на участващите в него държави[37]. Такъв тип организация според авторите на тази теза се характеризира не с йерархично съотношение между различни правни системи, а с автономното им съществуване, взаимосвързаност и необходимо взаимодействие помежду им[38].

6. След една първа вълна решения на Съда на ЕС, в които задължението за зачитане на националната идентичност се материализира по отношение на културните традиции и езиковото многообразие[39], висшата интеграционна юрисдикция започва да свързва чл. 4, пар. 2 ДЕС с особени разрешения в националната конституционна уредба, като приема, че те могат да обосноват специфични ограничения в прилагането на норми на правото на ЕС към съответната държава в отделни хипотези. Първите елементи в юриспруденцията на Съда на ЕС, които очертават конституционната проблематика като относима към зачитането на националната идентичност на държавите членки, могат да бъдат видени още в решенията по делата Omega[40] и Испания с. Обединеното кралство[41]. В този етап Съдът на ЕС все още не осъществява пряко позоваване на клаузата за зачитане на националната идентичност на държавите членки, доколкото компетентността му в рамките на ДЕС е ограничена[42].

---

[35] Вж. в този смисъл **Marti**, José Luiz. Two different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People. – In: **Arnaiz**, A. Saiz, C. Alcoberro Llivina (eds.). National Constitutional Identity and European Integration. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 20.

[36] **Mangiameli**, Stefano. The European Union and the Identity of Member States. – In: L'Europe en formation, № 369, 2013/3, 151–168.

[37] Вж. **Bogdandy**, Armin von, Stephan **Schill**. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty. Op.cit., 1417–1454.

[38] Ibid.

[39] Решение от 28 ноември 1989, Groener, ECLI:EU:C:1989:599; Решение от 2 юли 1996, Комисията с. Люксембург, C–473/93, ECLI:EU:C:1996:263.

[40] Решение от 14 октомври 2004, Omega, C–36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

[41] Решение от 12 септември 2006, Испания с. Обединеното кралство, C–145/04, ECLI:EU:C:2006:543.

[42] Според редица представители на доктрината в този етап разпоредбата относно задължението на ЕС да зачита националната идентичност на държавите членки не може да се разглежда като същинско юридически измеримо правило, а има по-скоро характера на

В решението по делото Omega висшата интеграционна юрисдикция приема, че ФРГ може да прилага концепция за нивото на защита на правото на човешко достойнство, която се отличава от тази в другите държави членки и с оглед на подобен специфичен прочит на правото на човешко достойнство, да ограничава в определени случаи гарантирани от Договора основни свободи на движение[43].

В решението на спора между Испания и Великобритания за уредбата на правото на участие за изборите за членове на Европейския парламент, Съдът съответно приема, че Обединеното кралство може да допусне участието в изборите за ЕП на лица, които не са граждани на ЕС, „*по причини, свързани с конституционните му традиции*“[44].

7. Първите позовавания на конституционната идентичност като измерение на националната идентичност на държавите членки на ЕС съответно могат да бъдат открити в заключенията на генералните адвокати Мигел Пояреш Мадуро и Юлиане Кокот.

В заключението си по делото Marrosu във връзка със спор относно приети в Италия мерки, ограничаващи преобразуването на срочните в безсрочни трудови договори в рамките на публичния сектор, в отговор на изразената от италианското правителство позиция, че подобно ограничение цели да гарантира безпристрастното и ефективно функциониране на публичната администрация, генералният адвокат Мигел Пояреш Мадуро посочва:

„[…]Без съмнение следва да се признае на националните юрисдикции и в частност на органите за конституционен контрол отговорността да определят особените условия в една или друга държава членка, които могат да оправдаят подобна разлика в уредбата. Те в действителност са в най-добро положение да определят конституционна идентичност на държавите членки, която Съюзът си е поставил за цел да зачита“[45].

Според генералния адвокат подобно ограничение може да бъде оправдано с оглед гарантиране на правото на държавите членки да преценят по какъв начин формират персоналния състав на администрацията, а доколкото като

политическа декларация – вж. в този смисъл **Constantinesco**, Vlad. La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales – Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie. – In: Mélanges en l’honneur de Philippe Manin : l’Union européenne : Union de droit, Unions de droits. Paris: Pedone, 2010, p. 79 et seq. Вж. относно промяната в действието на чл. 4, пар. 2 ДЕС **Puttler**, Adelheid. Le renforcement de la notion d’identité nationale dans l’Union européenne. – In: **Rossetto**, J., A. **Berramdane**, W. **Cremer**, A. **Puttler** (dir.). Tours: Presses universitaires François Rabelais, 2010, p. 179 et seq.

[43] Решение по дело C–36/02, Omega, цит., т. 32–29.

[44] Решение по дело C–145/04, Испания с. Обединеното кралство, цит., т. 79.

[45] Заключение на генералния адвокат M. Poiares Madouro, по дело C-53/04, Marrosu, ECLI:EU:C:2005:569, представено на 20.09.2005 г., т. 40.

основен способ е избрано провеждането на конкурс, генерализирането на практиката срочни трудови договори да се трансформират в безсрочни може да заплаши ефективното прилагане на конкурсното начало за назначаване в публичната администрация[46].

В заключението си по делото UGT-Rioja в спор относно съвместимостта с правото на ЕС в областта на държавните помощи на специфична данъчна уредба в общините, формиращи Баската автономна общност в Испания, която предоставя по-благоприятно данъчно третиране на субектите в тази област, отколкото общият режим на национално ниво, генералният адвокат Юлиане Кокот напомня:

„[…]Съгласно чл. 6(3) ДЕС Европейският съюз зачита националната идентичност на своите държави членки. Това включва и обстоятелството, че Съюзът не накърнява конституционноправния ред на дадена държава, бил той централизиран или федерален“[47].

В спор относно съвместимостта с правото на ЕС на елементи от уредбата на материята на обществените поръчки в Гърция, изключващи възлагането на поръчки на дружества, в които участват като собственици на капитала или членове на органите на управление лица, притежаващи или управляващи медии, генералният адвокат Мигел Пояреш Мадуро извежда:

„[…]зачитането на конституционната идентичност на държавите членки е задължение за Европейския съюз. Това задължение му е вменено още от създаването му. Всъщност то е част от самата същност на европейския проект, започнат в началото на 50-те години, който се изразява в постепенно интегриране при запазване на политическото съществуване на държавите. Доказателство за това е, че то е прогласено изрично за първи път по повод на изменение на договорите, чийто напредък по пътя на предвидената в него интеграция е направил припомнянето му необходимо в очите на учредителите. Така член F, параграф 1 от Договора от Маастрихт, понастоящем член 6, параграф 3 от Договора за Съюза, гласи: „Съюзът зачита националната идентичност на държавите членки“. Посочената национална идентичност включва очевидно и конституционната идентичност на държавите членки[...].

32. От това задължение, наложено на Европейския съюз от учредителните текстове, да зачита националната идентичност на държавите членки, включително в конституционното ѝ измерение, съдебната практика вече е направила определени изводи. При внимателния ѝ прочит се установява, че държава членка може, в определени случаи и очевидно под контрола на Съда, да се позове на запазването на националната си идентичност, за да оправдае дерогация от прилагането на основните свободи на движение… Запазването

[46] Ibid., т. 43 и 44.

[47] Заключение на генералния адвокат J. Kocott по дело съед. дела C-428/06 до C-434/06, UGT-RIOJA, представено на 8 май 2008 г., ECLI:EU:C:2008:262, т. 54.

на националната конституционна идентичност може също така да позволи на държава членка да развие в определени граници своето собствено виждане за законен интерес, оправдаващ дадена пречка пред някоя от основните свободи на движение“[48].

Според генералния адвокат, ако зачитането на конституционната идентичност на държавите членки може да представлява легитимен интерес, който да оправдава ограничаването на задължения, наложени от правото на Съюза, то на още по-голямо основание зачитането на конституционната идентичност може да бъде посочено от държава членка, за да обоснове специфичната за нейното право конституционна уредба, допълваща общата европейска уредба в материята на обществените поръчки[49].

В делото Umweltanwalt von Kärnten във връзка с преценка на допустимостта на отправено от австрийски квазиюрисдикционен орган преюдициално запитване, генералният адвокат Руиз-Харабо Коломер съответно свързва зачитането на конституционната идентичност на държавите членки с възможността да определят уредбата на разделението на властите по специфичен начин, в това число като предвидят съществуването на квазиюрисдикционни органи, на които възлагат функции на съдебен контрол[50].

В заключението си по делата за съответствието с правото на ЕС на съществуващите изисквания за национално гражданство за заемане на длъжността нотариус в редица държави членки, сред които и Люксембург, генералният адвокат Круз Виялон съответно споменава поддържаната от Великото херцогство теза, че изискването за гражданство изразява особена връзка, съществуваща между нотариуса и държавата, предоставяща му правомощия на публична власт, която от друга страна е свързана със защитата на конституционната идентичност на страната[51].

8. Въпреки усилията на генералните адвокати и особено на Мигел Пояреш Мадуро да предизвикат произнасяне на Съда на ЕС относно зачитането на националната идентичност в нейните конституционни измерения, висшата интеграционна юрисдикция не се позова изрично в този смисъл в нито едно от решенията по посочените дела. Първото изрично позоваване на конституционната идентичност като проявление на задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки в практиката на Съда на

---

[48] Заключение на генералния адвокат M. Poiares Madouro по дело C-213/07, Michaniki, ECLI:EU:C:2008:544, т. 31 и 32.

[49] Ibid, т. 33.

[50] Заключение на генералния адвокат D. Ruiz-Jarabo Colomer по дело C-205/08, Umweltanwalt von Kärnten, ECLI:EU:C:2009:397.

[51] Заключение на генералния адвокат Cruz Villalon 14 септември 2010 година по дело Комисията с. Люксембург, C-51/08, ECLI:EU:C:2010:525.

ЕС може да бъде открито в решението по дело Sayn-Wittgenstein, постановено след влизане в сила на Договора от Лисабон[52]. В спор доколко съществуваща в австрийското законодателство забрана за използване в Австрия на благороднически титли е съвместима с правото на свободно движение на гражданите на ЕС, висшата юрисдикция на ЕС определя, че:

„[…]в контекста на австрийската конституционна история Законът за забрана на благороднические титли и привилегии като част от националната идентичност може да бъде взет предвид при претеглянето на законните интереси и признато от правото на Съюза право на свободно движение на лицата“[53].

Като напомня за постановеното в решението по делото Omega тълкуване, че националната правна уредба може да съдържа особени разрешения, които не съответстват на доминиращата в Съюза концепция по определен въпрос, с оглед защитата на съответно основно право или законен интерес, Съдът изрично свързва допустимостта на подобни особени разрешения в една държава с чл. 4, пар. 2 ДЕС, който налага на ЕС задължението да зачита националната идентичност на държавите членки, „*която включва републиканската форма на държавно управление*“[54]. Същевременно, следва да се подчертае, че висшата интеграционна юрисдикция обвързва позоваването на конституционната идентичност като легитимна цел, позволяваща ограничаването на гарантираното на гражданите на ЕС право на свободно движение, с установената практика относно допустими ограничения с оглед защита на обществения ред. Подобно вписване на задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки в нейните конституционни измерения в общата линия на предвидени в Учредителните договори основания за ограничаване на основните свободи на движение има съществено значение. То недвусмислено говори, че според Съда на ЕС в хипотезата на чл. 4, пар. 2 ДЕС в действителност не сме изправени пред коренно ново положение, което поставя по същностно различен начин въпроса за съотношението между вътрешното право и правото на ЕС, а пред изрично признат и уреден в правото на Съюза легитимен интерес в полето на обществения ред, който държавите могат да релевират, за да ограничат прилагането на общата европейска уредба в предвидените от нея случаи[55].

Този прочит на чл. 4, пар. 2 ДЕС съответно означава, че позоваването на конституционната идентичност на държавите членки не ги поставя в поле, „имунизирано“ от действието на правото на ЕС, а напротив, позовавайки се на своята конституционната идентичност, държавите се намират в хипотеза на отношения, подчинена на общата европейска уредба, подлежат на контрол

[52] Решение от 22 декември 2010, Sayn-Wittgenstein, C–208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

[53] Ibid., т. 83.

[54] Ibid., т. 92.

[55] Ibid, т. 81–87.

от страна на Съда на ЕС и са обвързани от принципа на пропорционалност. Оттук, въпросът доколко дадено разрешение на националната конституционна уредба влиза в обхвата на чл. 4, пар. 2 ДЕС може да бъде на общо основание предмет на преценка от висшата интеграционна юрисдикция, а в тази преценка пропорционалността на възприетото ограничение спрямо общата уредба на Съюза ще има определящо значение.

9. В следващ спор, свързан със специфични ограничения над промяна на имената с оглед използване на благородническа титла в Германия, Съдът отново стъпва на задължението за зачитане на националната идентичност в нейните конституционни измерения, за да приеме, че подобни ограничения са съвместими с правото на ЕС[56]. Даденото от Съда тълкуване се вписва изцяло във вече очертана линия на юриспруденция, която разглежда чл. 4, пар. 2 ДЕС не като самостоятелен принцип, ограничаващ примата на правото на ЕС над правото на държавите членки, а като изрично признато основание за ограничаване прилагането на правото на ЕС в отделни хипотези, с оглед защитата на конкретно признато измерение на обществения ред в една държава членка[57].

10. Интересна илюстрация на възможните проявления на задължението за зачитането на националната идентичност в нейните конституционни измерения очертава и делото Coman[58], свързано с въпроса за признаване на сключен в една държава членка брак между лица от един и същи пол в друга държава от ЕС, в чиято правна система не е уредена такава форма на семейни отношения. В заключението си по това дело генералният адвокат Ватле подчертава, че задължението за зачитане на тази идентичност не може да се разглежда изолирано от задължението за лоялно сътрудничество[59]. В съответствие с представеното заключение Съдът на ЕС съответно приема, че не е налице засягане на националната конституционна идентичност, като отново обвързва произнасянето си с по-ранната своя практика, по смисъла на която ограниченията на гарантираните от правото на ЕС свободи на движение следва да се тълкуват стриктно, а допустимостта им следва да се преценява с оглед на условието, съответната национална мярка да не нарушава основните права, гарантирани в Хартата на основните права[60]. Иначе казано, Съдът извежда тълкуване по смисъла на което, прилагането на чл. 4, пар. 2 ДЕС, уреждащ задължение за зачитане на националната идентичност на държавите членки в

---

[56] Решение от 2 юни 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C–438/14, ECLI:EU:C:2016:401.

[57] Ibid., т. 64–69.

[58] Решение от 5 юни 2018, Coman e.a., C–673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

[59] Залючение на Генералния адвокат M. Wathlet по дело Coman, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:2, т. 40.

[60] Решение по делото Coman, цит., т. 43–47.

нейните конституционни измерения, не може да бъде насочено или да има за последица ограничаването на основни права, защитени в правния ред на ЕС.

11. Въпреки че след влизане в сила на Договора от Лисабон Съдът на ЕС прибягва до изрично позоваване на зачитането на конституционната идентичност на държавите членки в отделни свои решения, в общ порядък висшата интеграционна юрисдикция остава резервирана и повече от внимателна спрямо тази категория, като в значително по-голям кръг от случаи не откликва на наведените пред нея доводи, основани на особени разрешения на националната конституционна уредба.

В решението си по делото Runevič-Vardyn Съдът на ЕС е изправен отново пред хипотеза на спор, свързан със специални правила на изписване на личните имена в актовете за гражданско състояние, приложими в една държава членка[61]. Законодателството в Литва ограничава използването на определени букви, присъщи на полския правопис в актовете за гражданско състояние. Молителката по главното производство, която принадлежи към полското малцинство в Литва, влиза в спор с компетентните литовски власти, като претендира, че приложимите специални правила относно изписването на имената в актовете за гражданско състояние в Литва, които не позволяват използването на определени букви, присъщи за полския правопис, нарушават правото на свободно движение на гражданите на ЕС. Въпреки позоваванията на литовското правителство, което подчертава, че:

„[…]литовският език е конституционна ценност, която съхранява националната идентичност, допринася за интеграцията на гражданите, гарантира изразяването на националния суверенитет, държавната цялост, както и правилното функциониране на държавните служби и местните власти“[62], и независимо от позоваванията на други правителства, участващи в производството на по-ранни решения относно националната конституционна идентичност, Съдът на ЕС не прави изрично препращане към тази формула, а стъпва на практиката си относно зачитането на националната идентичност в нейните културни измерения. По-конкретно Съдът приема, че правото на Съюза допуска провеждането на политика, която има за цел защитата и насърчаването на използването на официалния език на една държава членка. Според висшата интеграционна юрисдикция подобни мерки се вписват в предвидените в чл. 3, пар. 3 ДЕС и чл. 22 от Хартата на основните права изисквания за културно и езиково многообразие, които могат да се разглеждат като легитимна цел, оправдаваща ограничаване на предвидени в чл. 21 ДФЕС права[63].

---

[61] Решение от 12 май 2011, Runevič-Vardyn и Wardyn, C–391/09, ECLI:EU:C:2011:291.

[62] Ibid., т. 84.

[63] Ibid., т. 85–87.

В решенията си по делата O'Brien и Torresi Съдът на ЕС отклонява опитите за разширително тълкуване на чл. 4, пар. 2 ДЕС, което да позволи ограничаване прилагането на актове на производното право в отделни държави членки. Според висшата интеграционна юрисдикция зачитането на националната идентичност не може да бъде тълкувано в смисъл, че изключва служителите в съдебната система на една държава членка от обхвата на установени в правото на ЕС по Директива 97/81 защитни мерки в полза на лицата, работещи на непълен работен ден[64]. Задължението за зачитане на националната идентичност в нейните конституционни измерения не може да бъде тълкувано и по посока на ограничаване прилагането на режима на свобода на установяване в адвокатската професия по отношение на собствените граждани на една държава членка, придобили професионалната квалификация „адвокат" в друга държава от Съюза. Според Съда упражняването на свобода на установяване от собствените граждани на една държава, придобили професионалната квалификация „адвокат" в друга държава от Съюза, спрямо своята държава по произход „*не може да засегне основните политически и конституционни структури, нито съществените функции на приемащата държава членка по смисъла на член 4, пар. 2 ДЕС*"[65].

В Комисията с. Испания и в решението си по делото Bero и Bouzalmate, висшата интеграционна юрисдикция отхвърля опитите неизпълнението на актове на правото на ЕС да бъде обосновано с разпределението на правомощията на публична власт между органите на федералната държава и нейните съставни части през призмата на зачитане на националната конституционна идентичност. В смисъла на решението на Съда по дело C-151/12, разпоредбите на испанската конституция, уреждащи отношенията в полето на нормотворчеството между федералната държава и нейните автономни общности, не могат да оправдаят неизпълнението на директива на ЕС[66]. В духа на заключението на генералния адвокат Ив Бот по делото Bero Pham, който поддържа, че държава членка не може да обоснове неизпълнение на задължения, наложени с директива, като се позове на особености на федералната ѝ структура, произтичащи от нейната вътрешноправна уредба[67], Съдът на ЕС съответно напомня, че съгласно установената му практика задълженията, произтичащи от една директива тежат върху държавите членки като единен субект и не

[64] Решение от 1 март 2012, O'Brien, C–393/10, ECLI:EU:C:2012:110, т. 49.

[65] Решение от 17 юли 2014, Torresi, C–58/13 et C–59/13, ECLI:EU:C:2014:2088, т. 55–58.

[66] Решение от 24 октомври 2013, Комисията с. Испания, C–151/12, ECLI:EU:C:2013:690, т. 23–37.

[67] Заключение на генералния адвокат Y. Bot по съед. дела Bero, Bouzalmate и Pham, C–473/13, C–474/13, C–514/13, ECLI:EU:C:2014:295, т. 143.

зависят от особеностите на тяхното конституционно устройство и административна организация[68].

III. Същност на задължението за зачитане на конституционната идентичност на държавите членки

1. Какви основни изводи могат да бъдат направени от досега развитата от Съда на ЕС практика относно зачитане на националната конституционна идентичност на държавите членки? Доколко сме изправени пред нов принцип на първичноправната уредба на ЕС, който налага преосмисляне на изведените досега основни положения на съотношение между правото на ЕС и вътрешното право на държавите членки? Или по-скоро чл. 4, пар. 2 ДЕС закрепва изрично едно вече изведено в решенията на висшата интеграционна юрисдикция задължение за зачитане на основните особености на правния ред на държавите членки като елемент на интеграционния правен ред, което може да обоснове ограничаване прилагането на правото на Съюза в специфични хипотези?

2. В доктрината могат да бъдат открити редица примери за разширително тълкуване на задължението за зачитане на националната конституционна идентичност на държавите членки по посока обосноваване на идеята за ограничаване или изключване на действието на принципа на примат на правото на ЕС[69]. Подобен максималистичен прочит на чл. 4, пар. 2 ДЕС обаче не съответства на досега установените основни положения в правния ред на европейската интеграция, а от друга страна, той не се вписва в специфичната систематика на отношения между европейското и националното ниво на публично регулиране, без които европейското обединение едва ли може да съществува. Стремежът да бъдат противопоставени зачитането на конституционната идентичност и ефективното прилагане на правото на европейската интеграция недвусмислено говори, както за липса на задълбочено разбиране за специфичната природа и особените характеристики на правния ред на ЕС, така и за липса на съпричастност към идеите и ценностите, на които почива европейското обединение.

3. В контекста на цялостното развитие на системата на европейска интеграция много по-оправдан е един балансиран прочит на чл. 4, пар. 2 ДЕС,

---

[68] Решение от 17 юли 2014, Bero и Bouzalmate, C–473/13, C–514/13, ECLI:EU:C:2014:2095, т. 28.

[69] Вж. в този смисъл **Bogdandy**, Armin von, Stephan **Schill**. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty. Op. cit., 1417 – 1454; **Mangiameli**, Stefano. The European Union and the Identity of Member States. Op. cit., 151–168.

в логиката на който задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки, в това число в нейните конституционноправни измерения, следва да се впише във вече установените основни положения, на които почива правният ред на ЕС. В тази логика зачитане на националната конституционна идентичност следва да бъде разбирано не като самостоятелен нов принцип на първичноправната уредба на ЕС, противостоящ на принципа на примат, а като изрично признат елемент на обществения ред на всяка държава членка, с оглед защитата на който може да бъде ограничено прилагането на отделни разпоредби на правната уредба на Съюза в съответната държава[70].

4. В подкрепа на подобен балансиран прочит на задължението за зачитане на националната конституционна идентичност говорят редица авторитетни представители на доктрината[71]. В същия смисъл е досега развитата практика на Съда на ЕС, както и заключенията на редица генерални адвокати по дела, в които е повдиган въпросът за точното съдържание и последици, които следва да има прилагането на чл. 4, пар. 2 ДЕС. В заключението си по делото Gauweiler, по което чрез преюдициално запитване от германския Конституционен съд до Съда на ЕС е отнесен въпросът за приложимостта на клаузата за зачитане на националната конституционна идентичност по отношение на уредба на Европейската централна банка относно изкупуването на държавни облигации на държави от Еврозоната, преценена през призмата на практиката на германския конституционен съд относно конституционната идентичност на Германия, генералният адвокат Круз Виялон обосновава аргументирано и убедително необходимостта от един балансиран прочит на чл. 4, пар. 2 ДЕС, който позволява да бъдат защитени както основните и най-важни положения на конституционния ред в отделните държави членки, така и да не бъде поставено под въпрос ефективното действие на правния ред на ЕС[72]. По думите на генералния адвокат Круз Виялон:

„[…]е почти невъзможно да се запази този Съюз такъв, какъвто е днес, ако се реши съществуването му да бъде обвързано с някакво абсолютно условие, смътно определено и на практика зависещо изцяло от волята на всяка отделна държава членка, дефинирано в рамките на категория, наречена „кон-

[70] Заключение на генералния адвокат M. Poiares Maduro по дело Michaniki, цит., т. 31–33; Dobbs, Mary. The Shifting Battleground of Article 4(2) TEU: Evolving National Identities and the corresponding need for EU management? In – (2015)21(2)EJoCLI.

[71] Вж. **Levade**, Anne. Identité constitutionnelle et exigence existentielle: comment concilier l'inconciliable. – In: **Masclet**, Jean-Claude, Ruiz **Fabri**, Hélène **Boutayeb**, Chahira et Stéphane **Rodrigues** (eds). L'Union européenne: Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. Paris: Pedon, 2010, p. 109 et seq.

[72] Решение от 16 юни 2015, Gauweiler e.a., C–62/14, ECLI:EU:C:2015:400.

ституционна идентичност“, особено ако същата се схваща като различна от „националната идентичност“ по смисъла на член 4, параграф 2 ДЕС“[73].

Казано с други думи, генералният адвокат Круз Виялон напомня, че държавите членки са обвързани в обща система, с определени от тях цели във взаимен и общ интерес, поради което изведеното задължение за зачитане на националната идентичност не може да се разглежда като катализатор на юридически антагонизъм между една или друга държава и общите европейски институции. Според него допускането на подобно „условие за идентичност“, което да подлежи на автономно определяне и тълкуване от компетентните органи на държавите членки ще ерозира правния ред на Съюза[74]. Круз Виялон напомня още, че Съдът на ЕС отдавна се ръководи в своите решения от общи конституционни традиции на държавите членки „*в търсене на вдъхновение за изграждането на системата от ценности, на които почива Съюзът*“[75]. Според генералния адвокат въз основа на тези общи конституционни традиции в правния ред на ЕС се е оформила „*една особена правова култура*“, като в резултат на това Съюзът „*придобива характер не само на правова общност, но и на „общност на конституционна култура*“[76]. Тази обща конституционна култура се явява съответно елемент от обща европейска идентичност, оформена в рамките на ЕС, поради което макар да има едни или други свои особености, правната система и конституционната уредба на една държава членка не може да се възприема „*като космически отдалечена*“ от общата европейска конституционна култура. В тази логика според Круз Виялон:

„[…] истинският дух на откритост към правото на Съюза би трябвало в средносрочен и дългосрочен план да наложи принцип за базово обединение на конституционната идентичност на Съюза и на всяка от държавите членки“[77].

5. В контекста на подобен балансиран прочит на националната конституционна идентичност държавите членки в рамките на тяхната конституционна уредба и практиката на органите им за конституционен контрол могат да определят кои са тези особено значими елементи на тяхната правна уредба, които разглеждат като основно изграждащо измерение на съществуването им като суверенни политически общности, изградени на общо чувство за принадлежност на гражданите. Доколкото те са обвързани в рамките на европейското обединение, тези основни елементи на тяхната конституционна уредба не могат обаче да влизат в разрез с основните положения, на които почива ЕС и

[73] Заключение на Генералния адвокат P.Cruz Villalon по дело C–62/14, Gauweiler e.a, ECLI:EU:C:2015:7, т. 59.

[74] Ibid., т. 60.

[75] Ibid., т. 61.

[76] Ibid.

[77] Ibid.

в частност, с ценностите и основните права, формиращи ядрото на конституционната харта на Съюза[78]. Подобно тълкуване се предопределя от особената връзка, която съществува между зачитането на националната идентичност на държавите членки от една страна и зачитането на общите ценности на ЕС, и в частност на принципите на демокрацията от друга. Още в началата редакция на разпоредбата на чл. F, пар. 1 ДЕС по Договора от Маастрихт зачитането на националната идентичност е пряко и недвусмислено обвързано със съществуването на управление, основано на принципите на демокрацията. С измененията, осъществени с Договора от Амстердам, задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки е поставено в пар. 3 на чл. 6 ДЕС, като по този начин ясно е обвързано с изведените в пар. 1 принципи на свободата, демокрацията, зачитането на правата на човека и на правовата държава, на които се основава Европейският съюз. Макар с Договора от Лисабон разпоредбата, уреждаща зачитането на националната идентичност да е преместено в чл. 4, който урежда основните елементи на статута на интегрираната държава[79], няма никаква причина да се приеме, че обективната връзка на задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки със зачитането на принципите на демокрацията в тях е прекъсната[80].

6. На следващо място, трябва да се има предвид, че зачитането на националната конституционна идентичност предполага като формиращи тази идентичност елементи на конституционната уредба да са разглеждани не всички разпоредби на конституцията на една държава, а само такива отделни разпоредби, които извеждат принципите, на които почива установеният в нея конституционен ред или които имат определящо значение за съществуването на държавата и за основните правни положения, характеризиращи изградения в нея модел на публична власт[81]. Да се приеме прочит на националната идентичност в нейните конституционни измерения, който позволява на прилагането на правото на ЕС да бъде противопоставен целият корпус норми на националната конституционна уредба би позволило националните конституции да

---

[78] Вж. в този смисъл Заключение на генералния адвокат M. Poiares Madouro по дело Marrosu, цит., т. 40; **Bogdandy**, Armin von, Stephan **Schill**. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty. Op. cit., 1417–1454; **Rodin**, Siniša. National Identity and Market Freedoms after the Lisbon Treaty. – In: *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, (2011)7, 11–41.

[79] Вж. **Мутон**, Жан-Дени. Юридически размисли върху бъдещето на ЕС. Op. cit., стр. 79–82 и стр. 109–110.

[80] Вж. в този смисъл **Martinico**. G. What Lies behind Article 4(2)TUE. Op.cit., p. 3.

[81] Вж. Заключение на генералния адвокат M. Poiares Madouro по дело Michaniki, цит., т. 33; Заключение на генералния адвокат N. Wahl по съед. дела C-58/13 и C-59/13, Torresi, ECLI:EU:C:2014:265, т. 100.

станат инструмент, даващ възможност на държавите членки да се освободят от действието на правото на ЕС в определени области[82].

Видно от разпоредбата на чл. 4, пар. 2 ДЕС като елементи на конституционната идентичност могат да се разглеждат закрепени в конституцията правила относно формата на държавно управление и формата на държавно устройство, също както разпоредби от определящо значение за защита на териториална цялост, обществения ред и националната сигурност на държавата. Към конституционната идентичност на държавата могат да бъдат отнесени още особено значими елементи на уредбата на основните права на гражданите[83], основните разрешения, на които почива възприетият в държавата демократичен модел[84], условията за наемане на работа на държавна служба[85], статутът на религиозните организации в държавата[86]. Доколкото положенията, съставляващи конституционните измерения на националната идентичност, се определят самостоятелно от всяка държава, едва ли може да бъде направен изчерпателен каталог на тези елементи. Както в практиката на Съда на ЕС, така и в доктрината обаче ясно се налага разбирането, че това трябва да са определени основоположни и особено значими за възприетия конституционен порядък правила[87], които могат да се различават в отделните държави[88].

7. Възприемането на прочит на чл. 4, пар. 2 ДЕС, който позволява съчетаване на задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки с вече развитата конструкция на правния ред на ЕС и в частност с принципа на примат на правото на Съюза, се предполага и от особената връзка между визираната разпоредба и принципа на лоялно сътрудничество, закрепен в чл. 4, пар. 3 ДЕС. В съответствие с практиката на Съда на ЕС този принцип задължава държавите членки и всички техни органи да допринасят за постигането на целите на европейското обединение и за ефективното прилагане на правото, прието за реализирането на тези цели[89]. А от друга страна чл. 4, пар. 3 ДЕС задължава институциите на Съюза да оказват необходимото съдействие на държавите членки и техните органи в изпълнение на функциите

---

[82] Вж. в същия смисъл Заключение на M. Poiares Madouro по дело C-214/07, цит., т. 33.

[83] Решение по делото Omega, C–36/02, цит.

[84] Заключение на генералния адвокат M. Poiares Madouro по дело Michaniki, цит.

[85] Заключение на генералния адвокат M. Poiares Madouro по делото Marrosu, цит.

[86] Заключение на генералния адвокат Е. Танчев по дело C-414/16, Egenberger, ECLI:EU:C:2017:851, т. 95-99.

[87] В този смисъл в Заключение на генералния адвокат Y. Bot по дело C-42/17, M.A.S. и M.B., цит., т. 179–181.

[88] **Bogdandy**, Armin von, Stephan **Schill**. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty. Op. cit., 1417–1454.

[89] Решение от 2 юни 2005, Комисията с. Люксембург, C–266/03, ECLI:EU:C:2005:341, т. 57 и 58.

им по реализирането на целите на ЕС и ефективното прилагане на общата европейска уредба[90]. Връзката между задължението за зачитане на националната идентичност и принципа на лоялно сътрудничество е видна от самия текст на чл. 4 ДЕС, а нейното особено значение за извличане на точния смисъл на задължението за зачитане на националната идентичност и конституционните му измерения се подчертава неведнъж в заключенията на генералните адвокати[91]. В по-широк план предвид системното място на уредбата на зачитането на националната идентичност на държавите членки в чл. 4 ДЕС, където е уреден понастоящем и принципът на лоялно сътрудничество, следва да се приеме, че зачитането на националната идентичност, в това число и в нейните конституционни измерения, не може да се разглежда изолирано от основните задължения, които самата държава членка има поради принадлежността си към европейската интеграционна система. В този смисъл противопоставянето на чл. 4, пар. 2 на задължението на държавите членки да прилагат правото на Съюза и в частност, на принципа на примат на правото на ЕС, не намира опора в текста на Учредителните договори. Логично и естествено е задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки, както и на конституционните измерения на тази идентичност, да намери такъв прочит, който позволява това изискване да бъде пълноценно свързано с другите определящи правни положения, на които почива европейската интеграция[92].

Наведените по-горе изводи намират потвърждение и в най-новата практика на Съда на ЕС, свързана с позоваването на националната конституционна идентичност в отнесени до висшата интеграционна юрисдикция спорове по прилагане на правото на ЕС в отделни държави членки. Особено показателно в това отношение е делото M.A.S. и M.B., образувано по преюдициално запитване на италианския Конституционен съд, в което се релевират разпоредби на италианската конституция, за да се обоснове тълкуване на зачитането на националната конституционна идентичност по посока възможността да не се прилага решение на Съда на ЕС, определящо несъвместимостта с правото на Съюза на разпоредби на италианското законодателство относно давността, приложими в случаите на засягане на финансовите интереси на ЕС чрез ДДС измами[93]. В отправеното запитване органът за конституционен контрол на Италианската република изрично поддържа, че чл. 4, пар. 2 ДЕС дава възможност на националния съд да се освободи от задължение, установено при

[90] Определение от 13 юли 1990, Zwartveld, 2/88, ECLI: ECLI:EU:C:1990:315, т. 17.

[91] Заключение на генералния адвокат P.Cruz Villalon по дело C–62/14, цит., т. 64; Заключение на генералния адвокат M. Wathlet по дело C-673/16, цит., т. 40.

[92] Вж. в този смисъл **Grewe**, Constance. Methods of Identification of National Constitutional Identity. – In: **Arnaiz**, A. Saiz, C. Alcoberro **Llivina** (eds.). National Constitutional Identity and European Integration. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 39.

[93] Решение от 5 декември 2017, M.A.S. и M.B., C–42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

произнасяне на Съда на ЕС, ако това задължение „*нарушава върховен принцип на неговия конституционен ред*“ и „*може да засегне националната идентичност и по-специално конституционната идентичност*“ на държавата[94]. В заключенията, представени по делото, генералният адвокат Ив Бот подчертава, че задължението за зачитане на националната идентичност, включително в нейните конституционни измерения, не поставя ограничения на действието на принципа на примат, нито ограничава функциите и правомощията, дадени на Съда на ЕС по силата на Договорите. От друга страна той обосновава тезата, че не всяка разпоредба от конституционната уредба на една страна, дори не всички разпоредби, гарантиращи основни права, могат да бъдат разглеждани като относими към националната конституционна идентичност, а само такива, които конституцията ясно извежда като основни и определящи за установения в съответната държава конституционен порядък или които представляват „твърдо ядро“ на установения конституционен модел.

8. С оглед на изтъкнатото дотук, следва да се приеме, че задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки на ЕС в нейните конституционни измерения не може да се разглежда като положение, което ограничава или дерогира действието на принципа на примат на нормите на правото на ЕС над нормите на вътрешното право. С оглед на досега развитата практика на Съда на ЕС чл. 4, пар. 2 ДЕС може да се разглежда като специално предвидено в правото на Съюза основание за всяка държава членка да приложи пропорционално ограничение на действието на отделна норма на правото на ЕС, доколкото това е необходимо с оглед гарантиране на основни положения на нейната конституционна уредба, определящи за установения в тази държава модел на конституционно устройство, за порядъка на организация и функциониране на обществото и публичната власт в нея.

Задължението за зачитане на националната идентичност на държавите членки не освобождава държавите от общите им задължения като членове на ЕС и следва да се тълкува и прилага в съответствие с общите ценности на Съюза, закрепени в чл. 2 ДЕС и с целите на европейската интеграция, установени в чл. 3 ДЕС. Зачитането на националната конституционна идентичност не може да бъде основание за поддържане и прилагане на ограничения на гарантираните в правото на ЕС основни права на частноправните субекти. Нито може да бъде основание за преценка на действителността и приложимостта на актове на правото на ЕС с оглед елементи на вътрешноправната конституционна уредба.

***

In fine, в светлината на досега развитата практика на Съда на ЕС прилагането на чл. 4, пар. 2 ДЕС не води до промяна в съотношението на вътрешното

[94] Заключение на генералния адвокат Y. Bot по дело C-42/17, M.A.S. и M.B., цит., т. 5.

право и правото на ЕС, не изключва и не ограничава действието на принципа на примат на интеграционното над вътрешното право. Визираната разпоредба на Учредителните договори предполага в случите, в които се поставя въпросът за зачитане на конституционната идентичност на една или друга държава от европейското обединение, да бъде гарантиран разумен баланс между тези особено важни елементи на националната конституционна уредба, определящи съществуването и изпълнението на основните функции на държавата и респективно, съществуването и нормалното функциониране на правната система на европейското обединение. Намирането на този баланс може да се осъществява както в рамките на утвърдените форми на приемане на решения в институционалната система на Съюза, така и чрез механизмите на съдебен контрол в правната система на ЕС[95]. От особено значение в тази връзка е пълноценното използване на съдебното сътрудничество между националните съдилища и Съда на ЕС, осъществявано чрез преюдициалното производство, което от първите дни на развитие на европейския процес гарантира ефективното свързване и съвместното съществуване на националния и европейския правен ред.

Тълкуването и прилагането на задължението за зачитане на националната идентичност в нейните конституционни измерения следва да бъде издържано не в логика на противопоставяне и отдалечаване на европейското и националното ниво на публично регулиране в ЕС, нито в перспектива на фрагментиране на европейската интеграционна система. Разумният прочит на това специфично изискване, установено с Договора от Маастрихт, следва да позволи пълноценното съвместно функциониране на държавите членки и на създадения от тях Съюз с оглед ефективното решаване на тези проблеми, които са надхвърлили националните граници и без решаването на които запазването и развитието на европейския модел общество, с всички негови особености в една или друга държава, не би било мислимо в променените условия на новата глобална икономическа и политическа реалност.

В този смисъл зачитането на националната конституционната идентичност следва да позволи прилагането на правото на ЕС да не засегне основните елементи, на които почива установеният в една държава членка конституционен ред. От друга страна обаче позоваването на клаузата за зачитане на

[95] Така например, ако дадени елементи на националната конституционна уредба от определящо значение за съществуването на установения в една държава членка модел на държавно управление и правен порядък, могат да бъдат засегнати от предлаган акт на производното право на ЕС, напълно закономерно е този проблем да бъде релевиран още във фазата на разглеждане на предложението за приемане на акт на правото на ЕС. В подобна хипотеза при приемането на акта могат да бъдат взети предвид съображенията на съответната държава, като се промени неговото съдържание, като се формулира изключение за съответната държава или се предвидят алтернативни разрешения за постигането на определена цел, като по този начин се избегне конфликтът с конституционната уредба на заинтересованата държавата.

националната идентичност в нейните конституционни измерения не може да бъде средство за обосноваване на неприлагането на правото на Съюза, а още по-малко, за да се оправдае отклоняването на държавите от основните ценности и правни положения, на които почива европейската интеграция.

Казано с думите на основния виновник за появата на формулата „зачитане на националната конституционна идентичност“ в практиката на Съда на ЕС – генералния адвокат Пояреш Мадуро, задължението за зачитане на националната идентичност в нейните конституционни измерения предполага в крайна сметка, както правото на ЕС да „[…] *отчита конституционната идентичност на държавите членки, така и националното конституционно право* […] *да се приспособи към изискванията на общностния правов ред*“[96].

ЛИТЕРАТУРА

Мутон, Жан-Дени. Юридически размисли върху бъдещето на ЕС. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2010.

Белов, Мартин. Българската конституционна идентичност. София: Сиби, 2017.

Arnaiz, A. Saiz, C. Alcoberro **Llivina** (eds.). National Constitutional Identity and European Integration. Cambridge: Intersentia, 2013.

Besselink, Leonard F. M. National and constitutional identity before and after Lisbon. – *Utrecht Law Review*, Volume 6, Issue 4, November 2006, 36–49.

Bogdandy, Armin von, Stephan **Schill**. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty. – *Common Market Law Review*, 2011, Vol 48, 1417–1454.

Bourgorgue-Larsen, L. L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe. Paris, 2011.

C**haltiel**, F., A. **Declamp**, P.-Y. **Monjial** (dri.). L'Union européenne et ses Etats membres après le Traité de Lisbonne – Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union. Paris: RMCUE, 2012, p. 205.

Constantinesco, Vlad. La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales – Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie. – In: Mélanges en l'honneur de Philippe Manin: l'Union européenne: Union de droit, Unions de droits. Paris: Pedone, 2010.

Dobbs, Mary. The Shifting Battleground of Article 4(2) TEU: Evolving National Identities and the corresponding need for EU management? – In: (2015)21(2)EJoCLI.

Grewe, Constance. Constitutions nationales et droit de l'Union européenne. – *Répertoire communautaire*. Paris: Dalloz, № 105.

Grewe, Constance, Joël **Rideau**. L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: Flash back sur le Coming-out d'un concept ambigu. – In: Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué. Paris: Dalloz, 2010.

[96] Заключение на генералния адвокат M. Poiares Madouro по дело C-213/07, Michaniki, цит., т. 33.

Grewe, Constance. Methods of Identification of National Constitutional Identity. – In: A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivina (eds.). National Constitutional Identity and European Integration. Cambridge: Intersentia, 2013.

Levade, Anne. Identité constitutionnelle et exigence existentielle: comment concilier l'inconciliable. – In: Masclet, Jean-Claude, Ruiz Fabri, Hélène, Boutayeb, Chahira et Rodrigues, Stéphane (eds), L'Union européenne: Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. Paris: Pedon, 2010, p. 109 et seq.

Magnette, Paul. Régime politique de l'Union européenne. Paris: Presses de Sciences Po, 2006.

Mangiameli, Stefano. The European Union and the Identity of Member States. – *L'Europeen formation*, № 369, 2013/3, 151–168.

Marti, José Luiz. Two different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People. – In: A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivina (eds.). National Constitutional Identity and European Integration. Cambridge: Intersentia, 2013.

Martin, S. L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre «identité nationale» et «identité constitutionnelle». – *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, № 91.

Masclet, Jean-Claude, Ruiz **Fabri**, Hélène **Boutayeb**, Chahira et Stéphane **Rodrigues** (eds). L'Union européenne: Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. Paris: Pedon, 2010.

Mouton, Jean-Denis. L'État membre entre souveraineté et respect de son identité: quelle Union européenne ? – In: Chaltiel, F., Declamp, A., Monjial, P.-Y.(dri.). L'Union européenne et ses Etats membres après le Traité de Lisbonne – Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union. Paris: RMCUE, 2012.

Ponthoreau, Marie-Claire. Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales. – In: VII Congrès mondial de l'AIDC. Athènes, 2007.

Puttler, Adelheid. Le renforcement de la notion d'identité nationale dans l'Union européenne. – In: Rossetto, J., A. Berramdane, W. Cremer, A. Puttler (dir.). Tours: Presses universitaires François Rabelais, 2010.

Rodin, Siniša. National Identity and Market Freedoms after the Lisbon Treaty. – In: *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, (2011)7, 11–41.

Rossetto, J., A. **Berramdane**, W. **Cremer**, A. **Puttler** (dir.). Tours: Presses universitaires François Rabelais, 2010.

Rousseau, Dominique. L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? – In: Laurence Bourgorgue-Larsen. L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe. Paris, 2011.

Simon, Denys. L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne. – In: L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, L. Burgorgue-Larsen (dir.). Paris: Pedone, 2011.

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – май 2020 г.
Рецензенти – доц. д-р Боряна Мусева
– доц. д-р Иван Стойнев

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

РОЛЯТА НА НАТО В ТРАНСФОРМАЦИЯТА НА ПАРАДИГМАТА ЗА ГАРАНТИРАНЕ НА СИГУРНОСТ ПРЕЗ 21 ВЕК

ИВО ЦЕКОВ*

Катедра „Международно право и международни отношения“

Резюме: НАТО отпразнува своята седемдесета годишнина през 2019 г. От края на Студената война мнозина предричат смъртта на организацията – или поне нейната неактуалност. Докато подобни прогнози досега са се оказвали грешни, НАТО – широко признат за най-успешния съюз за сигурност в съвременната история, постоянно се изправя пред нов набор от предизвикателства. В момента, когато НАТО тръгва към следващите си седемдесет години на съществуване, организацията ще трябва да работи по-усилено, по-креативно и стратегически, за да поддържа сигурността, която нейните държави членки приемат за даденост.

Ключови думи: НАТО, среда за сигурност, нетрадиционни заплахи, евроатлантическо сътрудничество.

* Главен асистент по международно право и международни отношения в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право, icekov@uni-sofia.bg

* Chief Assist. Prof. 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

THE ROLE OF NATO IN THE TRANSFORMATION OF THE 21st CENTURY SECURITY PARADIGM

IVO TSEKOV*
Department of International Law and International Relations

Abstract: NATO celebrated its seventieth anniversary in 2019. Since the end of the Cold War, many have been predicting the organization's death—or, at least, its irrelevance. While such predictions have so far been proved wrong, NATO, widely hailed as the most successful security alliance in modern history, has consistently been facing new set of challenges. As NATO embarks on its next seventy years, it will need to work harder and more creatively and strategically to sustain the security that its member states take for granted.

Keywords: NATO, security environment, non-traditional threats, Euro-Atlantic cooperation.

1. От оптимизъм към мрачен реализъм

Съвременните международни отношения се развиват с динамика и интензивност, непознати досега в човешката история. Последните 50 години бяха белязани от събития и обстоятелства, които изначално промениха хода на цивилизацията в степен, която едва ли някой е очаквал. Всепроникващите глобализационни процеси достигнаха до и усложниха всички обществени и стопански сектори, преодолявайки национални граници и многовековни разбирания. Бързите темпове на развитие на научно-техническия прогрес позволиха човешката цивилизация да премине в качествено нов етап от своето развитие, достигайки до условията на съвременното информационно общество, в което комуникационните технологии играят изключителна роля в начина по който хора, общества и държави функционират и общуват помежду си.

Това бурно обществено развитие обаче има и своите отрицателни страни, в резултат на които светът се превърна и в едно доста по-несигурно и опасно място. Глобализацията е сред най-сериозните причини за сериозната финансово-икономическа криза от 2008–2009 г.; широкият интернет достъп спомага за развитието на международния тероризъм, взел хиляди невинни човешки животи;[1] автоматизацията и навлизането на машините в рамките на световното стопанство става за сметка на работните места на хиляди хора, а все по-честите кибератаки над публични институции и виртуални престъпления създават опасности и в дигиталната среда. Като добавим към това замръзналите конфликти и регионални войни (много от които дори са в европейската периферия – Абхазия и Южна Осетия, Крим, Донбас, Нагор-

[1] **Kaplan**, Eben. Terrorists and the Internet. Council on Foreign Relations, 2018. Available from: https://www.cfr.org/backgrounder/terrorists-and-internet

ни-Карабах и Приднестровие) и несекващи имиграционни потоци от бедстващи територии, всички тези обстоятелства характеризират проблемите, пред които се е изправила международната общност в началните години на третото хилядолетие. Допълнителен натиск оказват изчерпаемият характер на ключовите природни ресурси и климатичните промени, изострили до крайна степен нашето съвремие.

Така измамното спокойствие и прекален оптимизъм от годините след края на Студената война дадоха път на ново поколение проблеми, стоящи пред международната общност към днешна дата. Големи международни организации и формирования в лицето на Организацията на обединените нации, Европейския съюз, Организацията на северноатлантическия договор и други формирования с глобално или регионално значение предприемат стратегически мерки с дългосрочен характер, които да противостоят и в крайна сметка да разрешат многообразието от предизвикателства. В същото време, липсата на единодушие сред големите играчи, ясна стратегическа визия и адекватни политики, както и други, по-странични, но все пак оказващи влияние фактори, са сред условностите, обуславящи един твърде дълъг период за справяне със съвременните негативи на обществено-икономическото развитие.

2. В търсене на нова идентичност за НАТО

Ядрено въоръжаване, икономическо съревнование, борба за надмощие в космоса и битка на идеологиите – това са само част от характеристиките на Студената война – смутен период на дълбоки различия, в рамките на който човечеството е опасно близо от опустошителен военен конфликт, заплашващ дори чисто физическото му оцеляване. Краят на Студената война със сигурност не довежда до години на абсолютен световен мир и задължителни приятелски отношения между държавите. Новите геополитически и икономически условия също така не гарантират напълно глобалната сигурност, в резултат на което светът не навлиза в период на спокойствие и благоденствие в глобален мащаб. Разпадането на двуполюсния модел доведе до нови проблеми – регионални войни, кризи за ресурси, ескалиране на международния тероризъм, както и други форми на противопоставяне. На първо място международната система е далеч не толкова стабилна и предвидима, колкото в миналото. Някои от основните военни играчи са ревизионистично настроени, тъй като гледат на стария ред като на несправедлив и ограничаващ. Възприемането им за упадъка на Запада ги насърчава да бъдат по-настоятелни и да поемат рискове, за да тестват устойчивостта и отзивчивостта на демокрациите.

Организацията на северноатлантическия договор (North Atlantic Treaty Organization или съкратено НАТО) представлява военно-политически алианс,

основан на 4 април 1949 г.[2] Докато в годините на Студената война тя има ясна визия за военностратегическо противопоставяне на Съветския съюз и неговите партньори от Варшавския договор, разпадането на двуполюсния модел в началото на 90-те години на 20 век изправя организацията пред острата нужда от качествена и фундаментална промяна във визията, идеите, партньорствата и военното мислене. Целта на тази трансформация е да поддържа Алианса адекватен на средата за сигурност и да може ефективно да изпълнява ролите, които желае да възприеме.

Концепциите в стратегическото мислене на лидерите на НАТО активно се променят през годините, което е отражение на динамичните промени в средата на действие на организацията. Основано на военното планиране, целеполагането еволюира до развитието на активна защита на ценности като човешки права, взаимопомощ, подпомагане, утвърждаване на демокрацията и др. в рамките на глобалната взаимообвързаност и стремеж към разбирателство. Първоначално формулираната „Стратегическа концепция за отбрана на Северноатлантическата зона“ от края на 1949 г. и началото на 1950 г. залага на стратегия от мащабни операции за териториална отбрана. В средата на 50-те години е разработена стратегията на „масивния ответен удар“, която се основава на възпиращия ефект, т.е. предполага отговор при всяка заплаха с всички средства, включително и ядрено оръжие. През 1967 г. стратегията на „масивния ответен удар“ е заменена със стратегията на „гъвкавия отговор“, която дава предимството на гъвкаво създаване на несигурност в потенциален агресор, така че всякаква агресия да се възприема като неприемлив риск. Посочените стратегии отразяват реалностите на Студената война, политическото разделение на Европа и конфронтационната идеологическа и политическа ситуация, характерна за отношенията Изток-Запад[3].

Дълбоките промени в организацията, започнали с Декларацията от Лондон от 1990 г., са предизвикани от края на Студената война[4]. Те могат да бъдат обобщени като промяна от отбранителен подход спрямо сигурността към по-активен и насочен към налагането на сигурност и стабилност. Докато колективният ангажимент за сигурност, въплътен във Вашингтонския договор, продължи да подкрепя Алианса и да обвързва Европа и Северна Америка, трансформацията на НАТО през последното десетилетие на 20 век бе най-ви-

---

[2] A short history of NATO. NATO, 2020. Available from: https://www.nato.int/cps/su/natohq/declassified_139339.htm

[3] **Динева**, Силвия, Оля **Георгиева**. 29/11/2010, Новите измерения в стратегическия подход на НАТО и отношението им към съвременните предизвикателства пред сигурността. СКП, СУ „Св. Климент Охридски“, http://www.atlantic-bg.org/bg/news/2010/29–11–2010-round-table.html, 2004 Съюз на офицерите от резерва "Атлантик" с. 2

[4] 1990 Summit: a turning point in 'East-West' relations, Available from: https://www.nato.int/cps/en/ natolive/news_116133.htm?selectedLocale=en

димо демонстрирана посредством партньорство в процеса на управление на кризи и реакция на новото поколение предизвикателства.

Заплахата от тероризма и опасностите, породени от разпространението на оръжия за масово поразяване, означават, че сигурността на съюзниците става все по-зависима от събития, географски съществено отдалечени от собствените им територии. В Прага Алиансът призна това и по-късно се адаптира[5]. Част от тази адаптация беше разбирането, че в условията на тези нови заплахи е необходимо възможно най-широко сътрудничество не само с държавите, но и с други международни организации и институции – оттук идват и качествено новите теми за „новите членове“ и „новите взаимоотношения“ на Алианса[6].

Изправена срещу промените във външната среда, НАТО успоредно трябва да решава и въпроси със собствената си експанзия. В Лондон през 1990 г. НАТО е обединение на 16 държави, в Прага тази бройка се увеличава до 19. През март 2020 г. Северна Македония официално стана 30-тата членка на НАТО. През 1990 г. НАТО лансира всеобхватна политика на партньорство, подавайки ръката на потенциални партньори на изток. Същата бе подадена и в Северна Африка и Близкия Изток през 2004 г., а през следващата година и още по-далеч – сред страните от Персийския залив. Освен това, по времето на срещата в Прага, Алиансът вече заема полагаемото му се място в мрежата от международни организации, като все повече си сътрудничи с ЕС, Организацията за сигурност и сътрудничество в Европа и ООН.

Срещата на върха на НАТО в Уелс (септември 2014 г.) идва в критично за историята на Алианса време[7]. Глобалната среда за сигурност е опасна и непредсказуема. Действията на Русия срещу Украйна по отношение на Крим и конфликтът в източната част на Украйна оспорват основните принципи на Европа за свобода и мир и всичко това създава нарастващи предизвикателства за сигурността и стабилността в Близкия Изток и Северна Африка и извън тях, както и по-нови заплахи като кибератаките.

В рамките на срещата в Полша (юли 2016 г.) основните засегнати теми са точно две – осигуряването на стабилност на изток и ситуацията в Афганистан[8]. Засилването на партньорството между Алианса и ЕС бе потвърдено от присъствието на председателя на Европейския съвет Доналд Туск, председателя на Европейската комисия Жан-Клод Юнкер и върховния представител по външните отношения Федерика Могерини.

---

[5] NATO: The Prague Summit and Beyond, Researh Paper 03/05, January 2003, UK Parliament, Available from: http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP03-05/RP03-05.pdf

[6] Ibid.

[7] NATO after the Wales Summit, Cardiff Universiy, Available from: https://www.cardiff.ac.uk/cy/wales-summit

[8] Why Nato's Warsaw summit is the most significant since the Cold War, Telegraph, 2016. Available from: http://www.telegraph.co.uk/news/2016/07/07/why-natos-warsaw-summit-is-the-most-significant-since-the-cold-w/

По отношение на сигурността в Източна Европа, НАТО отчита както своя, така и приноса на ЕС като значими, изтъквайки и стремежите си тези усилия да бъдат продължени и за в бъдеще. Срещата във Варшава се характеризира с висока степен на важност, тъй като позволи на НАТО и ЕС да очертаят по-подробно и ясно дейностите, които ще се извършват съвместно, а също и координационните практики. По време на форума се разгледа и ситуацията на юг, т.е. в Близкия Изток и Северна Африка, които продължават да будят притеснения. Стабилността в горепосочените региони според ЕС зависи пряко от съвместните усилия в борбата с ИДИЛ, както и последващото подпомагане в разностранни направления на правителството на националното съгласие в Либия. Фокус се поставя и върху необходимостта от засилване на непрестанната подкрепа, оказвана от НАТО и ЕС на групата на петте държави от Общността на държавите от Сахел-Сахарския регион[9], известна още като Г-5 Сахел. Накрая бе разгледана и текущата обстановка в Афганистан, като се отчете определен постигнат напредък в борбата за гарантиране на стабилността и сигурността в страната. Посочени са и бъдещите партньорски действия на двете организации за пълно разрешаване на продължаващите вече десетилетия хронични проблеми в мюсюлманската държава.

3. Потенциални измерения от стратегически интерес

Освободен от политическата догма и оковите на стратегическото мислене от Студената война, днес Алиансът все по-често гледа отвъд първоначалните си територии в опит за ранно идентифициране, превенция и противостоене на различни по същност, но еднакво опасни като съдържание заплахи. Предизвикателството пред НАТО, когато организацията се отправя към осмото си десетилетие, е да управлява сложността на комбинацията от традиционни и нови заплахи като дългосрочна характеристика на стратегическата среда на съюза. Това ще бъде културна промяна в начина на функциониране за Алианса, защото това означава да се вземат много малки решения през цялото време, а не големи, но само рядко. Генерирането на солидарност в отговор на по-малки кризи и създаването на отговори извън прибягване до военна сила, няма да бъде лесно. НАТО ще се нуждае от добра ситуационна информираност и способност да се справи с хибридна криза, без да влиза в нежелана ескалация или да разкрива пукнатини в солидарността на съюза[10].

[9] Икономически съюз, чиято цел е да направи тази част от Африка зона на свободна търговия.

[10] **Shea**, Jamie. NATO in the Era of Global Complexity. Carnegie Europe, 2019. Available from: https://carnegieeurope.eu/2019/11/28/nato-in-era-of-global-complexity-pub–80417

3.1. *Кибертероризъм и дигитални заплахи*

Кибертероризмът е едно качествено ново явление, породено от все по-засилващата се роля на интернет и постоянно обновяваните информационни технологии. Като надеждна дефиниция на този феномен може да се използва следното определение: кибертероризмът е виртуалната атака, имаща за цел да внуши тревога и страх посредством компютърни мрежи, свързани с интернет. Кибератаките днес с основание биват възприемани като пряка заплаха за нормалното функциониране на държавата, нейното национално стопанство, науката и образованието, а също и като препятствие пред сигурността на гражданите. Несравнимата им сила може и следва да се търси в такива обстоятелства като: географска отдалеченост; прости механизми; минимални икономически ресурси. Кибератаките също така не притежават някакви ясно изразени граници (юридически, национални или културни) и поради тази причина могат да донесат значими по размер щети и дори човешки жертви.

Това далеч не изчерпва прекалено дългия списък с кибератаки, осъществени от началото на века. Съмненията за хакерска намеса в последните президентски избори в САЩ, както и проведената през май 2017 г. масирана атака по правителствени, корпоративни и персонални компютърни системи в над 100 страни по целия свят, показва колко актуален е този проблем за световната общност днес. Постоянно обновяваните системи за защита като цяло подобряват значително средата за сигурност, но със сигурност не елиминират заплахата. Ежегодно се отчитат загуби от стотици милиони долари, което предполага още по-задълбочени действия от страна на националните правителства. С оглед на неоспоримата важност на глобалната мрежа за нормалното функциониране на живота в наши дни НАТО определя борбата с киберпрестъпленията като един от своите ключови приоритети[11]. Остава да се види в каква степен предвижданите мерки ще повлияят на този съвременен феномен.

В поредния сигнал, че НАТО приема по-строга позиция срещу кибер и електронните атаки, през май 2019 г. генералният секретар Йенс Столтенберг заяви, че отбранителният съюз няма да остане чисто отбранителен. Столтенберг каза на присъстващите на конференция по киберзащита в Лондон: „Ние не се ограничаваме да реагираме в киберпространството само, когато сме нападнати в киберпространството“[12].

Днес работата по кибер отбраната на страните от НАТО се осъществява в 3 направления:

---

[11] **Simic**, Jasminka. Challenges Facing NATO in the 21st Century. Research Gate, 2010. Available from: https://www.researchgate.net/publication/47658158_Challenges_facing_NATO_in_the_21st_century

[12] **Tucker**, Patrick. NATO Getting More Aggressive on Offensive Cyber. Defense One, May 2019. Available from:https://www.defenseone.com/technology/2019/05/nato-getting-more-aggressive-offensive-cyber/ 157270/

– Уеднаквяване на дефинициите и използваните понятия;

– Решаване на въпроса „Следва ли кибератака срещу една страна, членка на Алианса, да се приема по силата на член 5 от Съюзния договор като атака срещу всички страни?“;

– Изграждане на мобилни групи за реакция в рамките на НАТО.

От 2008 г. в Талин работи Съюзнически център за усъвършенстване на кибер отбраната. Като страна членка на НАТО България разработва национална стратегия и модел на национален орган за кибер сигурност. Всяка страна трябва да противодейства на кибер престъпленията на собствената си територия, търсейки сътрудничество с останалите страни членки. Подобен стремеж за синергия е заложен и в проекта за Стратегия за кибер сигурност на ЕС, представен в началото на 2013 г. Най-голямото годишно учение по кибер отбрана на НАТО – „Cyber Coalition“ се проведе от 26 до 30 ноември 2018 г. В него участваха повече от 700 експерти от страните членки на Алианса и партньори. Основното предизвикателство пред ученията е създаване на реална кибер среда, в която се тестват процедурите за синхронизиране на комуникацията, координацията, споделянето на информация и вземане на решения[13].

Членовете на НАТО вече се съгласиха да интегрират националните си киберспособности в операциите и мисиите на Алианса, но параметрите на отговор на НАТО на кибератаки остават неопределени. През 2015 г. Столтенберг заяви, че кибератака срещу една държава членка може да предизвика колективен отговор на всички членове съгласно член 5. И все пак само веднъж имаме такъв колективен отговор: по искане на САЩ след атаките от 11 септември 2001 г. НАТО е отбранителна организация, така че как изглежда офанзивната киберпозиция остава загадка. Отговорът по член 5 може да има много различни форми и със сигурност една от тях може да се развие на виртуалното бойно поле.

3.2. *Разпространение на ядрени оръжия*

Предотвратяването на това държавни и недържавни противници да застрашат основните интереси, територии и население на членовете на НАТО лежи в основата на съюза. Ако НАТО се провали в тази съществена мисия, последствията могат да бъдат катастрофални. За да предотврати подобна възможност, НАТО е разработила възпираща позиция, която включва ядрени и конвенционални възможности, наред с противоракетната отбрана и други инструменти, като кибер или контрахибридни инструменти. Заедно с ученията и стратегическите комуникации те дават сигнал на всеки потенциален противник за решимостта на съюза да защитава своите членове.

---

[13] Български екип участва в най-голямото учение по кибер отбрана на НАТО. Информационен център на МО, ноември 2018 г. Достъпна на: https://armymedia.bg/archives/138803

За НАТО не е необходимо да следи тясно дейностите на своите противници, за да се възпира ефективно. Идеята е да се даде сигнал, че съюзът няма да бъде сплашен или принуден[14]. Но самото възпиране като стратегически подход се разви. Новият подход трябва да бъде адаптиран към днешната среда, в която трябва да се преодолеят едновременно редица предизвикателства пред възпирането и да се използват сложни нетрадиционни средства съвместно с традиционните военни инструменти на съюза.

Заплахата от ядрен тероризъм в твърде несигурната обстановка, характеризираща последните около две десетилетия, действително е реална. Водещи експерти по сигурност обаче, призовават тя да не бъде прекалено надценявана единствено въз основа на разрушителния характер на ядрените оръжия.

Създаването на този вид оръжия доведе до съвсем естествените притеснения на държавите, притежаващи такъв арсенал, за опасността от попадането му в ръцете на трети страни. Въпреки тези опасения, шансът това да се случи на практика, до 70-те години на предходното столетие се определяше като твърде малко вероятен. В последните двадесет години на миналия век потенциалът на едно такова изтичане вече започва да се разглежда като малко по-реален. След атаките над Световния търговски център в Ню Йорк от 2001 г. обаче, ядреният тероризъм бе представен на световната общественост като едва ли не най-съществената заплаха за глобалната сигурност. Работната дефиниция за ядрен тероризъм казва, че това е по същество осъществяване на терористични актове или пък заплахи за осъществяването им посредством употребата на ядрени и/или радиоактивни материали, включително завземането на обекти, в рамките на които такива са налични. Като специфична форма на ядрен тероризъм се възприема похищаването или убийството на ядрени специалисти[15].

Днес не са налични достатъчно данни, които да могат да убедят международната общност, че съществуват терористични групи, направили опит да се сдобият или пък самостоятелно да разработят ядрени взривни устройства. При все това доста голям брой аналитици, преимуществено западни, говорят за наличието на психологическа готовност на терористите да използват по предназначение средствата за ядрен терор с цел масово поразяване на населението и нанасянето на сериозни вреди на враждебните според тях страни. Нещо повече, американското правителство е на мнение, че ядреният тероризъм е неизбежен през следващите десетилетия при положение, че своевремен-

---

[14] **Kulesa**, Lukasz. The Future of Deterrence: Effectiveness and Limitations of Conventional and Nuclear Postures. Carnegie Europe, 2019. Available from: https://carnegieeurope.eu/2019/11/28/future-of-deterrence-effectiveness-and-limitations-of-conventional-and-nuclear-postures-pub–80440

[15] **Katsirdakis**, G. NATO and Defense Reform, Collection of Papers: Military Reform – Experiences and Challenges", CCMR, Belgrade, 2003.

но не започне мащабно и конструктивно сътрудничество на всички страни в борбата с тази опасност. Алиансът също разглежда опасността като реална и я приоритизира в рамките на стратегическата си визия за бъдещето.

Към днешна дата официално признати за ядрени сили са 8 държави: САЩ, Русия, Великобритания, Франция, Китай, Индия, Пакистан и Северна Корея. Първите пет в този списък са част от Договора за неразпространение на ядрените оръжия. Съществуват известни основания да се смята, че и Израел е ядрена сила, но никога от тази страна нито са потвърждавали, нито са отричали тези твърдения[16]. Република Южна Африка пък е единствената държава, притежавала такъв арсенал, която впоследствие се отказва от него. Ядрените арсенали, изнесени от територията на бившите три съветски републики, сега независими държави Беларус, Казахстан и Украйна, биват предадени на Русия след разпадането на СССР[17].

„Докато съществуват ядрени оръжия, НАТО ще остане ядрен съюз“, предупреждава декларацията от Лондон на срещата на високо равнище на НАТО по случай 70-годишнината на Алианса, която подчертава, че е необходимо да се продължат и усилията за контрол на ядрените оръжия чрез сключването на нови договори, включващи Русия и Китай[18].

3.3. *Климатични промени и изчерпване на ресурси*

Изключително сериозни са чисто природните промени, особено изострящи се в последните приблизително 50 години. Тези промени се изразяват преди всичко в продължаващото глобално затопляне, т.е. повишаване на средните температури на световния океан и атмосферата, като данните сочат ръст на температурите в близост до земната повърхност с около 0,7 градуса.

Официалното становище на Междуправителствената рамка по измененията на климата към ООН отчита, че глобалното затопляне, задълбочило се след 50-те години на миналия век, е следствие от нарастване концентрациите на антропогенни парникови газове, т.е. чисто човешко влияние. Свидетелствата за затопляне на климатичната система включват наблюдаваното увеличение на глобалните средни температури на въздуха и океанските води, широко разпространеното топене на снегове и ледове и повишаването на глобалното средно морско равнище. Линейно интерполираната глобална средна повърхностна температура нараства с 0,74±0,18 °C за периода 1906 – 2005 година,

[16] Israeli Nuclear Program, Atomic Heritage Foundation, 2018. Available from: https://www.atomicheritage.

org/history/israeli-nuclear-program

[17] The Politics of Nuclear Renunciation: The Cases of Belarus, Kazakhstan, and Ukraine, Stimson Center, 1995. Available from: https://www.stimson.org/1995/politics-nuclear-renunciation-cases-belarus-kazakhstan-and-ukraine/

[18] Ето я заключителната декларация на НАТО, 4 декември 2019 г. Достъпно през: https://standartnews.com/ svyat/eto-ya-zaklyuchitelnata-deklaratsiya-na-nato–408306.html

като скоростта на затопляне през втората половина на този период е почти два пъти по-голяма от средната за периода като цяло (0,13±0,03 °C на десетилетие срещу 0,07±0,02 °C на десетилетие).

Слънчевата активност също се възприема като важна причина за глобалното затопляне. Под слънчева активност се разбират измененията на количеството слънчева радиация под формата на енергия. Някои от тези промени в активността са периодични, като например 11-годишният цикъл на слънчевите петна, но други промени не следват никаква закономерност.

Въпреки че не винаги наблюдаваните ефекти могат да се свържат стопроцентово с глобалното затопляне, съществува голяма вероятност за връзка между тях, потвърдена и от сложните компютърни модели, които учените използват, за да правят прогнози. Повишаването на температурата може да доведе от своя страна до други промени, като отдръпване на ледниците, повишаване нивото на световния океан и промени в количественото и географското разпределение на валежите. Като следствие от това вторичните ефекти са повишаване броя и честотата на наводненията, сушите, ураганите и други природни бедствия. В четвъртия си доклад през 2007 г. Междуправителственият панел по измененията в климата прави обобщение на всички тези ефекти. Учените са на мнение, че изненадите в климата ще са често явление. Докладът също така отбелязва, че повечето ефекти ще са следствие на трите основни фактора: повишаване нивото на световния океан, увеличаване на температурите и промени в количеството и честотата на валежите. До края на XXI век се очаква нивото на океаните да се повиши със средно 18 до 59 см[19].

Първите действия на Алианса в това отношение вече са факт. През май 2014 г. по искане на Босна и Херцеговина, НАТО активира своя Евро-атлантически координационен център за борба с природните бедствия. Тогава малката западнобалканска страна бе поразена от най-сериозните наводнения и свлачища на земна маса в историята на региона. Общо 18 държави членки на Алианса осигуриха лодки, водни помпи, генератори, хеликоптери и хуманитарна помощ[20]. През май 2017 г. експерти от Парламентарната асамблея на НАТО отново предупредиха, че климатичните промени ще доведат до сериозни конфликти и масова миграция от районите на Близкия изток и Северна Африка. Те призоваха за повишено международно участие в решаването на проблема и обезпечаване на водната и хранителната сигурност в региона[21].

[19] Green issues – red alert?, NATO Review, Available from: https://www.nato.int/docu/review/2007/Growing_Dangers/Green_issues_red_alert/en/index.htm

[20] **Werrell**, Caitlyn and Francesco **Femia**. Climate Change and NATO: A New Study, October 2017, The Center for Climate & Security, Available from: https://climateandsecurity.org/2017/10/24/climate-change-and-nato-a-new-study/

[21] Climate Action is a Strategic Imperative. Report by NATO Parliamentary Assembly ahead of G7 Meeting, May 2017, Available from: http://newsroom.unfccc.int/unfccc-newsroom/nato-lawmakers-warn-climate-change-will-trigger-food-shortages/

Климатичните промени повишават риска от насилствени конфликти като засилват вече съществуващи източници на противопоставяне като бедност и икономическо неравенство, категорична е организацията[22].

Докато светът е изправен пред нарастващата заплаха от изменението на климата, норвежкият премиер Ерна Солберг заяви, че НАТО трябва да играе важна роля. Изказвайки се на събитието NATO Engages в Лондон през декември 2019 г., Солберг заяви, че Алиансът трябва да "породи малко повече дискусия за това колко е важно да спре [климатичните] промени". Солберг призна, че не мисли, че „ще разрешим това чрез нашата отбранителна част на НАТО“, но подчерта, че лидерите на НАТО могат да помогнат за по-големи действия. „Това, което всъщност трябва да направим“, каза тя, „е [да] спрем климатичните промени [и] да се уверим, че инвестираме сега, вместо да се налага да инвестираме много в бъдеще, за да работим върху щетите. Много по-евтино е да се предотврати изменението на климата, отколкото ще бъде адаптирането му към всички нива на нашето общество.“

НАТО може да помогне за разпалването на глобални действия, като направи връзката между изменението на климата и традиционната област на НАТО: сигурността.

„Мисля, че ролята на НАТО е да гарантира, че анализира първопричините за промените в сигурността в различни области поради климатичните промени“, аргументира се Солберг[23].

3.4. *Обществено здраве*

Промените в средата за сигурност извадиха на преден план един нов и често пренебрегван аспект на глобализацията: заплахите за общественото здраве. Засилването на международния транспорт и все по-тесните взаимовръзки между държави и континенти водят до разпространението на опасни болести и вируси, които са способни многократно да надхвърлят първоначалните граници на своята естествена среда. През последните две десетилетия видяхме поредица от такива случаи, сред които епидемиите от птичи грип от далечния Изток и от ебола в западна Африка. Едва ли обаче има по-красноречив пример за опасностите, които глобалните пандемии носят днес, от разразилата се през пролетта на 2020 г. зараза с новия коронавирус. Нейните отражения върху сигурността и икономиката на държавите от Европа и света тепърва ще бъдат анализирани, но няма съмнение, че Старият континент

[22] NATO: Climate Change Is Significant Security Threat and 'Its Bite Is Already Being Felt', EcoWatch, Available from: https://www.ecowatch.com/nato-climate-change-is-significant-security-threat-and-its-bite-is-alr–1882107200.html

[23] **Arvind**, Om. Norwegian PM explains how NATO can help combat climate change, Atlantic Council, 2019. Available from: https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/norwegian-pm-explains-how-nato-can-help-combat-climate-change/

не беше подготвен да реагира на тази нова заплаха. Това направи ролята на НАТО като организация с големи ресурси ключова в борбата на първа линия.

НАТО се опасява от втора вълна от коронавирусни инфекции и реши да изготви план за военна операция, за да бъде по-добре подготвен за ново избухване на заразата. По-координиран отговор на втора коронавирусна вълна ще бъде лакмусово изпитание за достоверност и сближаване в рамките на съюза. Алиансът също предлага общи поръчки на лични предпазни средства и лекарства чрез собствената агенция за подкрепа и снабдяване на НАТО.

Целта е разработката на по-дългосрочен „План за действие при пандемии“. Инициативите следват отчетени разочарования в алианса, че НАТО не е достатъчно подготвена за пандемията, например, когато става дума за военни полети за подкрепа или въздушни превози на пациенти. Едва след дълъг период на обърквaне самолетите успяха да прелетят над Европа по опростена процедура – без индивидуални разрешителни. Независимо от това, Алиансът успя да планира и проведе поредица от мисии за облекчаване положението в най-засегнатите си страни членки.

В края на март 2020 г. товарен самолет С–130 на испанските военновъздушни сили, носещ 10 000 защитни медицински костюма, дарени от Чехия, достигна до Испания като част от съюзническите усилия за борба със заразата. Самолетът донесе също 90 респиратора и кацна във въздушна база Торехон за по-нататъшно разпределение на доставките от испанските власти.

На 3 април 2020 г. два испански военни самолета излетяха от Хамбург до мадридското летище Торехон, за да доставят 50 вентилатора, изпратени от германското правителство, като част от продължаващите колективни усилия на съюзниците от Алианса срещу глобалната пандемия на коронавируса. Испания отправи това искане за помощ чрез Евроатлантическия координационен център за реагиране при бедствия (EADRCC).

В началото на април товарен самолет А–400М от турските ВВС, превозващ медицински консумативи, дарени от Турция, достига до Испания и Италия, което също е част от усилията на съюзниците да отговорят на COVID–19. На 21 април Естония дари на Испания и Италия по 30 000 маски и 2 000 опаковки дезинфектант[24].

В рамките на партньорската Програма за стратегически въздушен превоз на НАТО, пратка медицински материали от Китай пристигна на 17 април на летище „София“. В Програмата за стратегически въздушен превоз участват 10 съюзници от НАТО (България, Естония, Унгария, Литва, Нидерландия, Норвегия, Полша, Румъния, Словения и САЩ) и две страни от „Партньорство за мир“ (Финландия и Швеция). SAC се реализира чрез съвместно придобити самолети С–17 „Глоубмастър“, базирани в авиобаза „Папа“ в Унгария. България за първи

[24] NATO response to COVID–19, NATO Newsroom, 2020. Available from: https://www.nato.int/cps/en/ natohq/news_174271.htm

път използва тази програма от началото на пандемията от COVID–19. България разполага с определен брой полетни часове, които се използват основно за превоз на нашите контингенти, участващи в задграничните мисии[25].

Включването на НАТО в борбата на този нов фронт срещу опасен и невидим противник показва, че дори през 2020 г. Съюзът може да намери нови предизвикателства, но и начини да използва своите ресурси, за да подпомогне изпаднали в затруднение държави членки.

3.5. *Енергийна сигурност*

От всички видове ресурси, петролът е този, който най-вече може да предизвика възникването на конфликт между две или повече държави през 21 век. Той се отличава от всички останали суровини по основната роля, която играе в световната икономика. Днес нито едно силно индустриализирано общество не би могло да оцелее без наличието на значителни резерви от петрол. Ето защо всяка сериозна заплаха за наличието на този ресурс може да доведе до появата на криза, а в по-крайни случаи и на мащабен въоръжен конфликт. Подобни действия може да има във всеки по-голям район за добив на нефт, докато по-малки конфликти, свързани с петрол могат да възникнат, когато отделните държави се опитат да спечелят или запазят контрол върху богати гранични участъци и морски зони.

Високата концентрация на петрол в само няколко страни означава, че наличието на петрол по света е тясно свързано с политическите и социално-икономическите условия в една сравнително малка група от държави. Възникването на войни или политическа нестабилност в някоя от тези страни може значително да затрудни световния поток на петрол и така останалата част от света да претърпи сериозни икономически трудности.

Още в началото на 21 век енергийната сигурност бива обявена като най-висок приоритет за сигурността на НАТО и ЕС[26]. Развитите, но най-вече развиващите се национални стопанства, чувстват все по-нарастващ глад от въглеводородни ресурси. Допреди едва десетина години в рамките на експертните и политическите доклади и оценки бе наложено виждането, че предстои пълно изчерпване на добиваните на приемлива цена нефт и природен газ – обстоятелство, което неминуемо ще доведе до глобален колапс. Също така се смяташе, че намирането в обозримо бъдеще на достатъчно икономически ефективни заместители на традиционните горива е изискване без ни-

---

[25] Респиратори и маски, дарени от Китай, пристигат тази вечер със самолет на НАТО у нас, БНТ. 16 април 2020 г. Достъпна на: https://news.bnt.bg/news/respiratori-i-maski-dareni-ot-kitai-pristigat-tazi-vecher-sas-samolet-na-nato-u-nas–1049623news.html

[26] **Goldschmidt**, Pierre and Jan **Techau**. The New Challenges to Global Security: NATO's Response, 2011, Available from: http://carnegieendowment.org/2011/11/28/new-challenges-to-global-security-nato-s-response-event–3457

каква реална алтернатива. Същите тези очаквания се превърнаха във фактор за поведението на големите световни сили. Така например, САЩ центрираха външната си политика в Близкия Изток с цел гарантиране непрекъсваемостта на енергийните доставки; Русия пък умело се възползва от енергийната карта в границите на геополитическия процес, превръщайки се в световна енергийна суперсила. Не бива да се пропускат също и прекалено активната политика на Китай в Африка, Централна Азия и Южна Америка за достъп и гарантиране на доставки на нефт и природен газ посредством изкупуване на активи на енергийни компании, активни инвестиции в проучване и изграждане на фиксирани инфраструктури в енергетиката, както и тънката политика на Организацията на страните-производителки на петрол (ОПЕК) по отношение на т.нар. „справедлива цена“ на експортирания петрол и реалните ресурси на страните членки на организацията[27].

Днес всички тези хипотези изглеждат не само морално остарели, но също така и напълно неверни. Като главни причини за това се определят революцията в добива на шистов газ, глобалната финансово-икономическа криза от 2008–2009 г. и все по-засилващата се степен на уязвимост на критичната енергийна инфраструктура. Изчерпването на горивата вече не се възприема за сигурно, поне не и в обозримо бъдеще, като тук причините лесно се изясняват с оглед на непрекъснатия прогрес на енергийните технологии за добив. Именно иновациите в технологиите са и факторът за енергийна независимост.

Споменатата вече все по-нарастваща значимост на Русия като основен доставчик на енергийни източници за Европа сериозно застрашава енергийната сигурност на „Стария континент“ – обстоятелство, което бе изпитано от по-голямата част от страните членки на ЕС, респ. на НАТО, преди 5 години. Разширяването на обхвата на доставчиците посредством изграждането на големи газопроводи от страни като Азербайджан, както и повишаване на партньорството с държави членки на ОПЕК, би могло да донесе желания ефект, а именно да се намали високата степен на зависимост от руската страна. Както ЕС, така и НАТО, имат много съществена роля в тези процеси и напълно логично с оглед на изключителното значение на проблематиката, същата се превръща в основен приоритет и за двете организации. Отделно се продължават и усилията по намаляване на вредните емисии, отделяни в хода на употребяването на енергоизточниците, както и по разширяване дела на възобновяемите такива в общата енергийна структура.

---

[27] **Милина**, Величка. Новата парадигма на енергийната сигурност. София: Военна академия „Г. С. Раковски“, 2013 г., Available from: http://rnda.armf.bg/wp/wp-content/uploads/2015/03/NPE05_12_2013_VM_Last1.pdf

3.6. *Организирана престъпност – трафика на хора, наркотици и оръжия*

В миналото НАТО не се занимаваше с организираната престъпност или трафика на хора в значителна степен (с изключение на морската мисия в Егейско море), тъй като те се считаха за предимно проблеми на националното правоприлагане. В случай на организирана престъпност държавите са отговорни предимно за тяхната сигурност и устойчивост чрез националните правоприлагащи и разузнавателни агенции и съдебни органи. В тази област има и няколко специализирани агенции извън НАТО като Интерпол и Европол, които се фокусират върху полицейското сътрудничество; Евроюст, която се занимава със съдебно сътрудничество; и Агенцията на Европейския съюз за обучение по правоприлагане, която обучава служители на правоприлагащите органи на Европейския съюз[28].

Сред приетите на срещата на върха на НАТО в Истанбул от 2004 г. решения бе утвърдената политика срещу търговията с хора. Съгласно със съдържанието на документа търговията с хора се описва като престъпление, което следва да се заклейми от всички, а също и като „съвременна търговия с роби, която подхранва корупцията и организираната престъпност“. Нещо повече, този феномен се разглежда и като фактор за дестабилизиране на правителствата. Политиката бе утвърдена от всички страни членки на общността и се прилага пълноценно във всяка от тях. В следващите няколко години постиженията бяха налице и показаха ясно, че съществуват реални предпоставки проблемът да се разреши изцяло.

Донякъде изглежда странно, че Алиансът третира социални въпроси, които са прерогатив на националните полицейски служби, като заплаха за колективната сигурност. Това обаче има своето логично обяснение – съюзниците осъзнават, че търговията с хора може да постави под реална заплаха операциите на Общността, тъй като самите операции са фактор за потенциално нарастване на същата тази търговия. Различни сведения днес дават информация за хиляди жени, които ежегодно стават жертви на това негативно явление. Това по същество е действително доходоносен бизнес за организираната престъпност. И въпреки че НАТО се бори с всички аспекти на търговията с жени, специално внимание се обръща на направлението, свързано със секс-услугите. Отчита се, че от платения секс се възползват и войниците от контингентите на НАТО, разположени в различни части на света, плащайки за платени робини. Общността приема това положение като абсолютно неприемливо и търси решение за пълното му премахване.

Тези обстоятелства стоят в основата на утвърдената в Истанбул политика, като сред възприетите мерки попадат такива като преглед на националното за-

[28] **Dokos**, Thanos. The Security Implications of Crime, Terrorism, and Trafficking, Carnegie Europe, November 2019. Available from: https://carnegieeurope.eu/2019/11/28/security-implications-of-crime-terrorism-and-trafficking-pub–80426

конодателство, приемане и ратификация на Конвенция на ООН срещу транснационалната организирана престъпност, към нея – Протокол за предотвратяване, спиране и санкциониране на трафика на хора и особено на жени и деца от 2000 г., подготовка на целия личен състав, участващ в ръководени от НАТО операции, договорни клаузи, забраняващи на подписаните страни да участват и да улесняват търговията с хора и ангажимент в текущите прегледи, извършвани от компетентните органи, да се включи и оценка на резултатите от тези усилия. През 2016 г. НАТО предприе мащабна операция в Егейско море в опит да ограничи незаконния трафик на хора между Турция и Гърция[29].

В доклада на Европейския център за мониторинг на наркотици и наркомании (ЕЦМНН) и Европол, публикуван през 2017 г., се оценява, че ежегодно европейските граждани купуват различни видове наркотици за приблизително 24 млрд. евро[30]. Въз основа на тези данни това се очертава като най-печелившото направление в дейността на организираната престъпност.

Все по-тясна става взаимовръзката между трафика на наркотици и други видове престъпност. По-конкретно, организираните престъпни групировки, които участват в пазара на наркотици в Европа и занимаващи се и с други форми на престъпност, в т.ч. и тероризъм, създават все по-често съюзи по между си, прескачайки държавните и етническите граници. В допълнение, сред тези организации става все по-популярно използването на специалисти в областта на наркотичните субстанции и вещества. Глобализационните процеси в комбинация с новите технологии се проявяват в ролята на катализатор на промените в пазара на наркотици. Организираната престъпност в наши дни се възползва много бързо от наличието на интернет, достъпността до разностранна информация и растежа на световната търговия.

Отчита се също географска концентрация на групировките, опериращи с наркотици. Това на практика означава, че производството и дори трафикът се осъществяват от групировките на точно определени места (както в границите на Европа, така и извън нея). Местоположенията най-често са стари и познати, но периодично биват разкривани и качествено нови такива. Пример е трафикът на хероин през Южен Кавказ[31]. Координираните действия на ниво НАТО и ЕС биха подпомогнали драматично борбата с разпространението на наркотици, разписвайки много широк набор от препоръки и действия в различни области. Като първостепенно важна цел пред НАТО и нейните парт-

[29] British warships joining NATO mission to combat human trafficking in Aegean. Stripes, March 2016. Available from: https://www.stripes.com/news/british-warships-joining-nato-mission-to-combat-human-trafficking-in-aegean–1.397996

[30] European Drug Report 2017: Trends and Developments, Available from: http://emcdda.europa.eu/publications/edr/trends-developments/2017

[31] **Drent**, Margriet and Rob **Hendriks**, Dick **Zandee**. New Threats, New EU and NATO Responses. Clingendael, 2015. Available from: https://www.clingendael.org/sites/default/files/pdfs/New%20Threats_New%20EU_Nato%20Responses_Clingendael_July2015.pdf

ньори е осезаемото намаление на наличностите от наркотици чрез прекъсване на трафика, разбиване на организираните престъпни групировки, ефикасно използване на наказателноправната система, ефективното правоприлагане, основано на разузнавателна дейност, засилен обмен на ценни сведения и информация и др.

4. Трансформацията на НАТО – гарант за колективната сигурност в Европа

С края на Студената война започна трансформация на парадигмата на сигурността. Това бе един бавен процес, при което се извърши качествено преструктуриране на системата на международните отношения. Без да губят своето значение, проблеми като ядреното сдържане и надпреварата във въоръжаването с конвенционално оръжие, постепенно трябваше да отстъпят място на нови предизвикателства, които съответните кръгове от политици и висши военни считаха за новото лице на заплахите за регионалната и световната сигурност.

НАТО – този своеобразен стълб не само на регионалната, но и на световната сигурност, в условията на 21 век е изправен пред много сериозни предизвикателства. Тероризъм, войни, икономически трудности, климатични промени, енергийно обезпечаване, организирана престъпност – това са все направления, по които тази уникална организация влага усилия, посредством които да защити съставящите го страни членки, както и света като цяло. Включващо световни лидери и световни суперсили, това е обединение, чийто глас продължава се чува, а влиянието му навсякъде на планетата Земя е много съществено.

Така изредените заплахи звучат изключително сериозно, което е напълно обосновано. С този кратък списък обаче, определено не се изчерпват абсолютно всички предизвикателства пред съвременния свят като цяло и пред НАТО в частност. Съюзниците доста отдавна осъзнават, че индивидуалните действия са обречени на пълен провал; че дори и да се постигне съществен напредък в определено направление, то със сигурност ще усложни ситуацията в друга държава. Осъзната е ролята на колективните действия като мощен инструмент за постепенно ликвидиране на опасностите и именно поради тази причина са създадени уникални по рода си регионални организации като НАТО и безпрецедентни интеграционни формирования като Европейския съюз, които потенциално биха разполагали с необходимите капацитет и ресурси да посрещнат предизвикателствата на 21 век, така че да им повлияят значимо и дори напълно да премахнат съществена част от тях. С право твърдим, че пътят на диалога, приятелството и съвместните усилия трябва да бъдат солидната основа на един по-сигурен, надежден и защитен свят, където са гарантирани човешкото достойнство, демократичните ценности и върховенството на закона.

Основната характеристика на съвременната среда за сигурност – нейната изключително трудна предсказуемост и предвидимост – налага трансформация както на командната структура и на структурата на войските в НАТО, така и на структурите (граждански и военни) на ЕС и на националните въоръжени сили като най-адекватен отговор на необходимостта от непрекъсната адаптация и усъвършенстване на способностите, с които те разполагат.

Алиансът следва да е в състояние ефективно да отговори на специфичните предизвикателства, породени от хибридните заплахи. Този тип заплахи включват координирано използване на широк спектър от открити и прикрити военни, граждански, конвенционални и неконвенционални инструменти. От съществено значение е НАТО да притежава необходимите средства и процедури за възпиране и ефективен отговор на хибридни заплахи, както и възможности за укрепване на националните сили. Това ще включва и засилване на стратегическите комуникации, разработване на сценарии за учения, включващи хибридни заплахи, както и засилване на координацията на Алианса с други организации с оглед на подобряване на обмена на информация, политическите консултации и координацията между щабовете.

НАТО трябва да остане военно-политически съюз, който играе поддържаща, а не водеща роля в управлението на правоприлагането и невоенните предизвикателства в областта на сигурността. По този начин Алиансът трябва да увеличи приноса си за сигурността на държавите членки и да подобри обществения си имидж, но без да губи своята идентичност. Съюзниците се стремят да допринесат за усилията на международната общност за проектиране на стабилност и укрепване на сигурността извън територията на НАТО. Едно от средствата за това е чрез сътрудничество и партньорства. За повече от 25 години Алиансът е развил мрежа от партньорства със страни, които не са членки от Евроатлантическия регион, Средиземноморието и региона на Персийския залив и други партньори по целия свят. Над 1200 събития годишно са отворени за партньори чрез системата за сътрудничество за партньорство. НАТО провежда диалог и практическо сътрудничество с тези държави по широк спектър от въпроси, свързани с политиката за сигурност. Партньорствата на НАТО са от полза за всички участващи и допринасят за подобряване на сигурността на широката международна общност.

Именно това партньорство и с други водещи субекти на международната сцена ще позволи на НАТО да разшири дейността си отвъд традиционните военностратегически аспекти и да приложи опита и ресурсите си там, където ще бъдат най-необходими. Стратегическата концепция на НАТО от 2010 г. обвързва Алианса с операции по предотвратяване на кризи, управление на конфликти и стабилизиране на ситуации след конфликти, включително чрез по-тясно сътрудничество с международните партньори на НАТО, най-важни сред които са ООН и Европейският съюз.

НАТО и ООН също споделят ангажимент за поддържане на международния мир и сигурност. Двете организации си сътрудничат в тази област от началото на 90-те години в подкрепа на мироопазването и операциите за управление на кризи. Сложността на днешните предизвикателства пред сигурността изисква по-широк диалог между НАТО и ООН. Това доведе до засилено споразумение за сътрудничество и връзка между персонала на двете организации и специализираните агенции на ООН. Резолюциите на Съвета за сигурност на ООН предоставиха мандата за операциите на НАТО в Западните Балкани, Афганистан и Либия. Те също така предоставиха рамката за мисията на НАТО за обучение в Ирак[32].

Споделяйки стратегически интереси и изправени пред едни и същи предизвикателства, НАТО и Европейският съюз си сътрудничат по въпроси от общ интерес и работят рамо до рамо в управлението на кризи, развитието на капацитета и политическите консултации, както и предоставянето на подкрепа на техните общи партньори. Отношенията между НАТО и ЕС бяха институционализирани в началото на 21 век, като се основаваха на стъпки, предприети през 90-те години за насърчаване на по-голяма европейска отговорност в областта на отбраната. През 2003 г. т. нар. споразумение „Берлин плюс“ поставя основата Алианса да подкрепя ръководените от ЕС операции, в които НАТО като цяло не е ангажиран[33]. Днес ЕС е уникален и съществен партньор за НАТО. Двете организации споделят мнозинство от членовете си, имат общи ценности и са изправени пред сходни заплахи и предизвикателства.

В борбата с тероризма, транснационалната организирана престъпност, трафика и нередовната миграция, НАТО трябва да се съсредоточи върху засилване на контрола върху морските маршрути през Средиземноморието, събиране на разузнавателна информация, наблюдение на дейността на недържавни участници в проблемни територии и предоставяне на ранно предупреждение за престъпни операции. При необходимост и в сътрудничество с националните власти съюзниците трябва да се стремят да прихващат контрабандни товари и да използват военна сила срещу терористите. Като цяло, самото присъствие на НАТО в области на престъпни и терористични операции налага ограничения на способността на терористите да действат.

В контекста на нарастващата комплексност на глобалните тенденции, Алиансът демонстрира все по-твърда решимост да премахне напълно голяма част от съвременните заплахи и така да гарантира сигурността и спокойстви-

---

[32] **Sebok**, Endre. NATO-UN relations: looking ahead after 10 years of expanding cooperation. NATO Review, September 2018. Available from: https://www.nato.int/docu/review/articles/2018/09/28/nato-un-relations-looking-ahead-after–10-years-of-expanding-cooperation/index.html

[33] Relations with the European Union NATO Review, March 2020. Available from: https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49217.htm

ето на обществото. Надхвърляйки досегашните измерения на дейността си и работейки стратегически в много по-широк географски периметър от Северна Африка през Близкия изток до Централна Азия, НАТО може и трябва да демонстрира морално съзряване и техническа адекватност спрямо актуалните предизвикателства. Държавните лидери са убедени в твърдата си позиция и разбиране, че единствено колективната работа може да донесе така желания краен резултат – траен мир и минимизиране на заплахите за сигурността на народите и териториите на Северна Америка и Европа.

ЛИТЕРАТУРА

Динева, Силвия, Оля **Георгиева**, 29/11/2010. Новите измерения в стратегическия подход на НАТО и отношението им към съвременните предизвикателства пред сигурността. СКП, СУ „Св. Климент Охридски“.

Милина, Величка. Новата парадигма на енергийната сигурност. София: Военна академия „Г. С. Раковски“, 2013.

Arvind, Om. Norwegian PM explains how NATO can help combat climate change. Atlantic Council, 2019.

Dokos, Thanos. The Security Implications of Crime, Terrorism, and Trafficking. Carnegie Europe, November 2019.

Drent, Margriet and Rob **Hendriks**, Dick **Zandee**. New Threats, New EU and NATO Responses. Clingendael, 2015.

Goldschmidt, Pierre and Jan **Techau**. The New Challenges to Global Security: NATO's Response, 2011.

Kaplan, Eben. Terrorists and the Internet. Council on Foreign Relations, 2018.

Katsirdakis, G. NATO and Defense Reform, Collection of Papers: Military Reform – Experiences and Challenges, CCMR, Belgrade, 2003.

Kulesa, Lukasz. The Future of Deterrence: Effectiveness and Limitations of Conventional and Nuclear Postures. Carnegie Europe, 2019.

Sebok, Endre. NATO-UN relations: looking ahead after 10 years of expanding cooperation. NATO Review, September 2018.

Shea, Jamie. NATO in the Era of Global Complexity. Carnegie Europe, 2019.

Simic, Jasminka. Challenges Facing NATO in the 21st Century. Research Gate, 2010.

Tucker, Patrick. NATO Getting More Aggressive on Offensive Cyber. Defense One, May 2019.

Werrell, Caitlyn and Francesco **Femia**. Climate Change and NATO: A New Study. The Center for Climate & Security, October 2017.

Дадена в Катедра „Международно право и международни отношения“ – май 2020 г.
Рецензенти – проф. д-р Пламен Пантев
доц. д-р Мариета Рабохчийска