



ISSN 2367-5314

Пловдивски университет
„Паисий Хилендарски“

Брой 1/2017

STUDIA IURIS

СПЕЦИАЛИЗИРАНО ЮРИДИЧЕСКО ОНЛАЙН СПИСАНИЕ
НА ЮРИДИЧЕСКИЯ ФАКУЛТЕТ
НА ПЛОВДИВСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „ПАИСИЙ ХИЛЕНДАРСКИ“



„**Studia Iuris**“ е специализирано юридическо онлайн издание на Юридическия факултет на Пловдивския университет „Паисий Хилендарски“. То е създадено с решение на Факултетния съвет на Юридическия факултет – Протокол № 28 от 4 февруари 2014 г.

В списанието намират поле за изява вече известни в областта на правото автори, представители на магистратурата и адвокатурата, както и млади юристи и студенти, които ще представят свои становища и изследвания по проблеми в кръга на техните професионални и научни интереси.

Списанието е предназначено за широк кръг читатели – научни работници, практикуващи юристи, студенти. То може да представлява интерес и за всички, които се интересуват от правото и свързаните с него научни направления. Списанието създава дискуссионна среда за обмен на научни идеи и резултати от научни изследвания с важност, значимост и полезност в областта на правото.

РЕДАКЦИОННА КОЛЕГИЯ:

Проф. д-р Емилия Друмева – гл. редактор

Доц. д-р Христо Паунов

Доц. д-р Люба Панайотова

Доц. д-р Бойка Чернева

Гл. ас. д-р Радослава Янкулова

Д-р Кристина Крислова

Текстовете в онлайн списание „*Studia iuris*“ са собственост на техните автори и се публикуват само и единствено с тяхно съгласие. В списанието се публикуват само авторски материали, които не са отпечатвани в други електронни или печатни издания. Статиите следва да изразяват обосновани становища, да включват позоваване на нормативна уредба, съдебна практика, на научни трудове и др. **Статиите се публикуват след анонимно рецензиране.**

Възгледите на авторите изразяват личното им мнение и не ангажират редакцията на списанието.

Адрес на редакцията:

гр. Пловдив - 4000, ул. Цар Асен № 24,
ет. 1, каб. 102, тел. 032/ 261 283
Юридически факултет, ПУ „Паисий Хилендарски“

ISSN 2367-5314

ПРИНЦИПИТЕ НА ПЪРВИЧНОТО ЕКОЛОГИЧНО ПРАВО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

Георги Пенчев¹

Резюме

Статията е посветена на един от актуалните проблеми на екологичното право на Европейския съюз. Вниманието е насочено към изрично прокламираните правни принципи на опазването на околната среда по първичното европейско право. Разглеждат се и някои междуотраслови принципи по първичното европейско право, имащи значение и за екологичното право на Европейския съюз.

Ключови думи: принципи, екологично право, Европейски съюз.

Abstract

The article is dedicated to one of the current problems of the environmental law of the European Union. The attention is paid mainly to explicitly proclaimed legal principles on the protection of the environment under primary European law. It has been carried out some inter-branch principles under primary European law, which have meaning also to environmental law of the European Union.

Key words: Principles, Environmental Law, European Union.

Увод

Правните проблеми, свързани с принципите на първичното екологичното право на Европейския съюз (ЕС) имат фундаментално теоретично и практическо значение за неговото развитие поради нарастващата актуалност на екологичните проблеми на съвременното общество. В настоящото научно изследване вниманието ще бъде насочено само върху тези от принципите на европейското екологично право, които са уредени изрично в разпоредби на първичното му право. Преди всичко трябва да се изтъкне обстоятелството, че отрасловите (специфичните) принципи на европейско екологично право, в светлината на ранга на правната им уредба, се подразделят на две основни групи. Първата от тях може да се обозначи като общи (общотраслови) принципи, които се отнасят до опазването както на околната среда в нейната цялост, така и на отделните ѝ компоненти, т. е. относими са към всичките подотрасли на европейското екологично право и са уредени в първичното право на ЕС, по-специално в един от Учредителните му договори, а именно в

¹ Доктор по право, професор по Екологично право в Юридическия факултет на Пловдивския университет „Паисий Хилендарски“.

Договора за функционирането на ЕС (ДФЕС – ОВ С 83, 30.03.2010 г.). Втората група от тях са принципите на отделни правни институти на екологичното право на ЕС, които са уредени понастоящем във вторичното му екологично право, по-специално в малък брой директиви. Те могат да бъдат предмет на самостоятелни научни изследвания и няма да бъдат разглеждани в настоящото изследване. Същевременно за европейското екологично право важат и някои междуетраслови принципи на правото на ЕС, които са уредени в първичното му право, по-специално в ДФЕС и в Договора за Европейския съюз (ДЕС - ОВ С 83, 30.03.2010 г.). Това е практически трета група от принципи, които са относими и към екологичното право на ЕС, независимо че не са негови специални принципи.

Необходимо е да се отбележи обстоятелството, че до сега горепосочените принципи не са били разглеждани задълбочено в нашата екологоправна литература. Поради това, с настоящото научно изследване се цели запълването на една празнота в правната ни литература, както и предизвикването на научна дискусия по разглежданата проблематика. То е съобразено със законодателството, съдебната практика и литературата към 24.04.2017 г.

I. Общи бележки върху принципите на екологичното право на Европейския съюз

Принципите на екологично право на ЕС са неговите ръководни начала, разбирани като особен вид правни норми, в които са закрепени ръководни правни идеи за развитието на обществените отношения в областта на опазването на околната среда като цяло или на отделните й компоненти, имащи важно значение за правотворчеството и правоприлагането². Подходът на ЕС в изричното формулиране на правни принципи е свързан със спецификата на правната му система. В Учредителните договори (т. е. на равнище първично право) на ЕС са формулирани изрично определени правни принципи, които пряко (т. е. общоотрасловите принципи) или косвено (т. е. междуетрасловите принципи) са свързани с опазване на околната среда. Могат да бъдат отбелязани накратко следните характерни особености на принципите на европейско екологично право, регламентирани в Учредителните договори на ЕС: а) те са формулирани изрично в техните

² Вж. **Пенчев, Г.** Общите принципи на екологичното право на Република България. – *Studia Iuris*. Пловдив, 2016, № 1, Юни, с. 4 – 5. [прегледан 20.06.2016]. ISSN 2367-5314. Достъпно от: <http://web.uniplovdiv.bg/paunov/Stidia%20Iuris/broi%20%20-%202016/Georgi%20Penchev.pdf> (подразделение на Интернет-страницата на списание „Studia Iuris“ <http://studiaiuris.com> - електронно издание на Юридическия факултет на Пловдивския университет „Паисий Хилендарски“). Проблемът за юридическата природа на принципите на правото и един от най-дискуссионните в правната ни доктрина и се свежда главно до отговор на въпроса дали те са особен вид правни норми или имат друга юридическа характеристика, различна от правната норма. Понастоящем преобладава броят на авторите, които ги възприемат като особен вид правни норми – Пак там, с. 3 – 4 и цитираната там литература. Поради ограничения обхват на това научно изследване, този проблем няма да бъде разглеждан.

разпоредби; б) в светлината на видовата им обособеност, те важат за всичките подотрасли на европейското екологично право; в) те имат императивен характер, поради което с тях трябва да бъдат съобразявани приеманите правни актове на вторичното европейско екологично право (напр. регламенти, директиви, решения), т. е. последните не трябва да им противоречат, а при противоречие с тези принципи ще бъде налице неправомерност на съответния правен акт на вторичното европейско екологично право; г) те имат непосредствена приложимост на територията на държавите-членки. По силата на непосредствената приложимост на първичното право на ЕС на територията на държавите-членки³, от една страна, както и на основание чл. 5, ал. 4 от Конституцията на Република България (КРБ – ДВ, бр. 56 от 1991 г., изм. и доп.), от друга страна, тези принципи следва да се смятат за действащи в- и за част от българското екологично законодателство и то с приоритет пред разпоредбите на националните нормативни актове, които им противоречат.

По проблема за непосредственото действие на първичното европейско право, както и изобщо на правото на ЕС на територията на държавите-членки, в нашата правна литература се очертават две становища. По начало всички автори признават примата на европейското право пред националното след редовното членство на Република България в ЕС. Дискусионен е въпросът дали нормите на правото на ЕС, особено на първичното му право, стават действащо право на територията на нашата страна по силата на чл. 5, ал. 4 от КРБ, или поради факта, че те са норми от самостоятелен правопорядък, какъвто е този на ЕС. Според Е. Друмева, Учредителните договори на ЕС са вид международни договори, които са част от вътрешния ни правопорядък по силата на чл. 5, ал. 4 от КРБ, докато актовете на вторичното европейско право не са международни договори и прякото им действие е детерминирано от първичното право на ЕС⁴. Обратното становище се поддържа от А. Семов, който смята, че нормите на правото на ЕС, вкл. на Учредителните договори стават действащо право на територията на всяка страна-членка, но не като част от вътрешното ѝ право, а като част от отделен, самостоятелен правопорядък, действащ на нейната територия и спрямо всички правни субекти, независимо от националното им право⁵. Смятам, че становището на Е. Друмева е по-правилно и следва да бъде подкрепено по следните съображения: а) в чл. 5, ал. 4 от КРБ ясно е указано, че международните

³ Вж. напр. **Попова, Ж.** Право на Европейския съюз. 2. прераб. и доп. изд. София, Сиела, 2011, с. 393 – 400; **Борисов, О.** Право на Европейския съюз. 9. прераб. и доп. изд. С., Нова звезда, 2015, с. 175; **Семов, А.** Източници на правото на ЕО и ЕС и принципи на прилагането му. С., Министерство на правосъдието, 2005, 48 – 50; **Иванова, Р.** Източници и основни принципи на Общностното право. – В: Основи на европейската интеграция. 2. прераб. и доп. изд. С., Център за европейски изследвания, 1998, с. 70 – 71; **Панайотов, П.** Наказателното право на Европейския съюз и българското наказателно право. С., Сиби, 2012, с. 288 – 291.

⁴ Вж. **Друмева, Е.** Примат на правото на Европейския съюз пред националното право (в практиката на Конституционния съд). – Юридически свят. С., 2009, № 1, с. 13 – 14.

⁵ Вж. **Семов, А.** Източници на правото на ЕО и ЕС и принципи на прилагането му, с. 50.

договори стават част от вътрешното ни право и се ползват с приоритет пред националното право, ако са ратифицирани, влезли в сила и обнародвани, а Учредителните договори на ЕС са вид международни договори, независимо от факта, че създават правопорядък *sui generis*;

б) приматът на правото на ЕС пред националното ни право е установен по безспорен начин не само в тази разпоредба на КРБ, но и в съдебната практика както на ЕС, така и на Конституционния ни съд; в) щом е налице непосредствено действие на норми на чужд правопорядък, независимо дали е на ЕС или на международното право, на територията на Република България, това трябва да става на определено правно основание, уредено в случая в чл. 5, ал. 4 от КРБ. Дискусионно е и становището на А. Семов, че „нормите – принципи” в Учредителните договори нямат директен ефект, защото не предоставят права и задължения за частните лица⁶. Смятам за по-приемливо обратното становище, т. е. за непосредствената приложимост на тези принципи на територията на държавите – членки на ЕС, когато са изрично формулирани в разпоредбите на тези договори. Именно в тази последна, посочена от мен, насока е и практиката на Съда на ЕС (по-долу за краткост – „Съдът”) относно приложимостта на правото на ЕС (респ. по-рано на ЕО/ЕИО) в националните правни системи на държавите-членки. Като примери могат да бъдат посочени: Решение на Съда от 09.09.2003 г. по дело C-198/01 *Consorzio Industriale Fiammiferi (CIF) срещу Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I-08055⁷ – по отношение на първичното право на ЕС, Решение на Съда от 22.06.1989 г. по дело C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA срещу Comune di Milano* [1989] ECR 01839⁸ – по отношение на правните актове със задължителен характер на вторичното право на ЕС и Решение на Съда от 13.07.1972 г. по дело 48/71 *Комисията на ЕО срещу Република Италия* [1972] ECR 00527⁹ – по отношение общо на правото на ЕИО (респ. понастоящем на ЕС) с оглед на обвързващата му сила за националните административни органи и съдилища. Освен това, в свое Решение от 24.10.1996 г. по дело C-72/95 *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV и други срещу Gedeputeerde Staten van Zuid – Holland* [1996] ECR I-05403, Съдът е приел, че принципите на правото на ЕО (респ. понастоящем на ЕС) трябва да се тълкуват автономно по силата на този правопорядък и без позоваване на национални тълкувания¹⁰. Този извод на Съда има важно и по-общо значение за правните принципи на европейското право, както на първично, така и на вторично равнище, отнасящи се за

⁶ Вж. Семов, А. Директният ефект в правото на Европейския съюз. – Европейска интеграция и право. С., 2005, № 4, с. 69.

⁷ Вж. относно това дело, Пехливанов, К. Независимите административни органи при парламентарното управление. София, Сиела, 2016, с. 193.

⁸ Вж. относно това дело, Пак там, с. 192 – 193.

⁹ Вж. относно това дело, Пак там, с. 193.

¹⁰ Вж. относно това дело, Кремер, Л. Европейско право на околната среда. София, Сиела, 2008, с. 94.

всичките му отрасли и подотрасли, вкл. и за европейското екологично право. Той е свързан със самостоятелния характер на правото на ЕС, изтъкнат в някои решения на този Съд още от 1963 г. и 1964 г.¹¹.

По мое мнение, ако правни принципи не са изрично формулирани в Учредителните договори, но Съдът ги изведе по тълкувателен път, чрез индукция, от правните норми на тези договори, тогава така изведените от юриспруденцията на ЕС такива принципи ще имат директен ефект на територията на страните-членки, от които да се ползват и частните лица за защита на свои субективни права и законни интереси, защото принципите на правото на ЕС са особен вид правни норми с възплътени в тях ръководни правни идеи, които пряко или косвено - чрез обикновените европейски правни норми до които се отнасят - установяват права и задължения спрямо съответните правни субекти. Те са императивни правни норми, задължителни са за изпълнение, както от правните субекти по правото на ЕС, така и от националните правни субекти, вкл. в случаите на директен ефект на тези правни принципи по отношение на частните лица като резултат от съдебно решение. Като аргумент в подкрепа на тази констатация може да се изтъкне и становището на А. Костов, който смята, че общите принципи на правото на ЕС, закрепени в Учредителните договори са първичен източник на правото, на който стоящите по-долу в йерархията на източниците на европейското право (напр. актовете на вторичното европейско право – бел. авт.) не трябва да противоречат, а ако е налице такова противоречие, Съдът може да отмени противоречащия на тези правни принципи акт, напр. от вторичното право на ЕС, на основание чл. 263 от ДФЕС¹².

Интересно и оригинално становище по отношение на разликата между непосредствената приложимост и директния ефект на нормите от европейското право лансира Р. Ташев. Той отбелязва, че разликата в термините „директен ефект” и „пряка приложимост” на регламентите няма практическо значение¹³.

А. Семов лансира и друга дискусийна теза в разглежданата насока. Той отбелязва, че принципите на правото на ЕС се „уреждат” не от суверенни държави чрез

¹¹ Вж. знаковите в тази насока две решения на Съда, съответно от 05.02. 1963 г. по дело 22/62 *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos срещу Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 00001 и от 13.11.1964 г. по дела 90/63 и 91/63 *Комисията на ЕИО срещу Великото Херцогство Люксембург и Кралство Белгия* [1964] ECR 00625, където се изтъква самостоятелния (автономния) характер на правопорядъка на ЕИО (респ. понастоящем на ЕС) по отношение на националното и международното право.

¹² Вж. **Костов, С.** Актове на Съда на Европейския съюз. Правни последици. София, Сиби, 2011, с. 241.

¹³ Вж. **Ташев, Р.** Относно принципа за непосредствено действие на разпоредбите на българската конституция от 1991 г. – Юридически свят. С., 2013, № 1, с. 17.

Учредителните договори, а от „самото“ Общностно право чрез съда на ЕС¹⁴. Това становище смятам за дискуссионно и по-скоро неприемливо, защото не отчита два факта, а именно, че, от една страна, Учредителните договори са вид международни договори, от една страна, независимо, че с тях е създаден самостоятелен правопорядък на ЕС, и че, от друга страна, именно в тези Учредителни договори фигурират разпоредби, в които са изрично формулирани принципи на правото на ЕС, напр. в областта на европейското екологично право (чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС). Принципите на екологичната политика, респ. на европейското екологично право, по чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС са резултат именно на волята на суверенни държави в един международен договор, какъвто е ДФЕС. Отделен въпрос е, че други принципи на европейското право могат да бъдат изведени по тълкувателен път от юриспруденцията на ЕС, но само в случаите, когато такива принципи не са изрично формулирани например в правна норма на Учредителните договори.

Интерес предизвиква и разглеждането на проблема за принципите на европейското право, вкл. на европейското екологично право, в правната доктрина на някои държави.

В английската правна литература А. Кис и Д. Шелтън отбелязват, че вече са налице „общи“ принципи на екологичното право, както на национално, така и на „регионално“ (имат предвид преди всичко правото на ЕС - бел. авт) и на международноправно равнище, които са разработени с цел „поддържането на биосферата и нейните компоненти“ и са базирани на „общоприетата концепция“, че опазването на околната среда е „публична или всеобща грижа“¹⁵. Във връзка с това те изтъкват и анализират следните 5 „общи“ принципи за тези различни равнища на екологичноправна уредба: а) защита; б) подобряване; в) предпазване и превенция; г) опазване; и д) „замърсителят плаща“¹⁶. Като слабост на това изброяване може да се посочи обстоятелството, че тези автори не посочват въз основа на кои правни актове на ЕС, се извличат принципите на „защита“ и „опазване“, а освен това, струва ми се, че анализът на тези 5 „общи“ принципи, излиза в известна степен извън обхвата на тематиката на тяхната научна разработка, т.е. те трябваше да се фокусират само върху принципите на европейското екологично право и главно в този контекст да извършват евентуално сравнителноправен анализ. Независимо от дискуссионния характер на становището на тези автори, следва да се окачества като положителен опитът им за разглеждане на т. нар. „общи“ принципи, валидни и за европейското екологично право, с което те несъмнено допринасят за разгръщането на научната дискусия в тази насока.

¹⁴ Вж. **Семов, А.** Принципи на прилагане на правото на Европейския съюз. Б.м. [София], Институт по публична администрация и европейска интеграция, Б.г., с. 10.

¹⁵ Вж. **Kiss, A., D. Shelton.** European Environmental Law. Cambridge, Grotius Publications Limited, 1993, p. 36.

¹⁶ Ibidem, p. 36 – 40.

В немската правна доктрина са лансирани различни становища относно юридическата природа на принципите на европейското право. Така например Кр. Цакер, при анализа си на общите принципи на правото на ЕС изтъква, че те се извеждат и формулират от правни норми и по този начин застъпва схващането за принципите на европейското право като вид правни норми¹⁷. Друг автор обаче, Л. Кремер, поддържа по-различно становище. Според него принципите, прокламирани изрично в разпоредбата на чл. 174, пар. 2, изр. второ от Договора за създаване на Европейска общност (ДЕО - ОВ С 325, 24.12.2002 г.), понастоящем – на чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС, които ще бъдат разгледани по-нататък в изследването, представляват „насоки на Общностната политика в областта на околната среда“ и не са „задължителни правила“¹⁸ (т. е. не са правни норми – бел. авт.), а по-скоро обосновават вземането на „политически и законодателни решения“¹⁹. Той обаче, не изяснява съдържанието на понятието „Основни насоки“. Вероятно авторът е повлиян от сравнително несполучливата редакция на тази разпоредба от ДФЕС, в която е изтъкнато, че „политиката“ (вместо да се употреби думата „дейността“ – бел. авт.) на ЕС в областта на околната среда се основава на съответните 4 принципи, които ще бъдат разгледани по-нататък в изследването. Той обаче, коректно посочва обратното становище за задължителният характер на тези принципи, т. е. в качеството им на правни норми, застъпено от английския юрист-еколог Р. Макрори и други изтъкнати европейски юристи - еколози²⁰, което смятам за по-правилно. По мое мнение становището на Л. Кремер е твърде дискуссионно и неприемливо. То не отчита: а) непосредствената приложимост на първичното европейско право, вкл. и горепосочената разпоредба относно принципите на ЕС по опазване на околната среда, която ще бъде разгледана по-нататък в изследването; б) обстоятелството, че правото е най-важното средство за реализация на политиката на ЕС, вкл. и в областта на опазване на околната среда и че изброените в горепосочената разпоредба на ДФЕС принципи са не само принципи на екологичната политика, но и на първичното екологично право на ЕС, като в последното им качество те имат характера на особен вид правни норми; в) правната възможност за Съда да контролира законосъобразността на правен акт от вторичното европейско право, който противоречи на нормите на първичното европейско право, в случая на принципите по горепосочената разпоредба от ДФЕС, на основание чл. 263 от този договор (предишен чл. 230 от ДЕО) и да го обяви за недействителен на основание чл. 264 от същия договор (предишен чл. 231 от

¹⁷ Вж. **Цакер, Кр.** Европейско право. Помагало. С., Сиби, 1998, с. 71.

¹⁸ Вж. **Кремер, Л.** Цит.съч., с. 77.

¹⁹ Пак там, с. 79.

²⁰ Вж. Principles of European Environmental Law: Proceedings of the Avosetta Group of European Environmental Lawyers (Ed. R. Macrory). Groningen, Europa Law Publishing, 2004, 256 p. – Цит. по: **Кремер, Л.** Цит. съч., с. 78.

ДЕО). Като пример в тази насока може да се посочи Решение на Съда от 09.07.1992 г. по дело C-2/90 *Комисията на ЕО срещу Кралство Белгия* [1992] ECR I-0443²¹, в което изрично е указано, че принципът на приоритетното отстраняване на замърсяването на околната среда при източника е „принцип ... за действия на Общността по отношение на околната среда“ и „означава, че всеки регион, област или друга местна общност следва да вземе подходящи мерки за получаване, обработване и обезвреждане на собствените отпадъци“. Следователно, по мое мнение, би трябвало да няма никакво съмнение относно мнението на Съда за задължителния характер на принципите по чл. 191, пар. 2, изр. 2 от ДФЕС, т. е. за характера им на особен вид правни норми, които са задължителни за техните адресати – институциите на ЕС и държавите-членки²². Коментирайки посоченото решение, Л. Крамер лансира и още едно, също неприемливо, по мое мнение, становище. Според него в това свое решение Съдът е бил повлиян „от някои политически съображения“²³. Ако приемем, че този Съд се влияе в решенията си от политически, а не от юридически съображения, това, според мен, би опорочило и обезсмислило функционирането не само на съдебната система на ЕС, но и на самия ЕС. Ето защо, това мнение на автора е не само необосновано, но и неточно. Смятам, че Съдът се ръководи при произнасянето на своите решения от

²¹ Практиката на Съда на ЕС се публикува в специализирани издания, които се оформят в ежегоден бюлетин в един или няколко тома, отнасящи се до годината, през която е произнесено решението, заповедта или мнението му. Библиографското им описание се извършва по следния начин: Court of Justice of the European Communities. Reports of cases before the Court of Justice and the Court of First Instance. ... (посочва се годината), ... (посочва се номера на тома), или European Court Reports. ... (посочва се годината). Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities. [s.a.] – т. е. обикновено не се посочва годината на издаване на съответния том. За наименованите и на двете издания се използва едно и също съкращение – “ECR” (съкратено от European Court Reports – бел. авт.). Възприето е цитирането (описанието) на съответното съдебно дело да се извършва по следния начин: номер на делото; неговото наименование (по принцип тълкувателните решения не би трябвало да имат наименование, но на практика те носят наименование, свързано със страните по съответното дело в националния съд на дадена държава-членка, по повод на което се иска тълкуване на съответния правен акт на ЕС, като по мое мнение този “европейски” подход в описанието на съдебната практика на ЕС е неправилен – бел. авт.); очертаване в квадратни скоби на годината, в която е издаден съдебният акт; изписва се съкращението “ECR”; посочва се първата страница, където е публикувано съответното дело. Публикуваните материали по делото обикновено включват неговото резюме, мнението на “генералния адвокат(и)” и текста на съответния съдебен акт. Интернет-страницата на Съда на ЕС е: www.curia.europa.eu.

²² Като аналогичен пример може да се посочи Решението на Съда от 25.06.1998 г. по дело C-203/96 *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV и други срещу Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer* [1998] ECR I-04075 (т. е. дело на Дружество по химическите отпадъци на Дюселдорп и други ищци срещу Министъра на жилищното строителство, териториалноустройственото планиране и околната среда на Холландия – бел. авт.), в диспозитивът на което изрично се прави връзката между прилагането на принципите на самостоятелност и близост, извлечени от Съда по тълкувателен път, и дейността по превоз на отпадъците с цел тяхното възстановяване в контекста на Директива 75/442/ЕИО на Съвета от 15.07.1975 г. относно отпадъците (ОВ L 194, 25.07.1975 г., изм. и доп. – отм. с чл. 20 от Директива 2006/12/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 5.04.2006 г. относно отпадъците – ОВ L 114, 27.04.2006 г.) и Регламент (ЕИО) № 259/93 на Съвета от 1.02.1993 г. относно надзора и контрола върху превоза на отпадъци в рамките на, към или извън Европейската общност (ОВ L 30, 6.02.1993 г., попр., изм. и доп. – отм., считано от 12.07.2007 г., с чл. 61, ал. 1 от Регламент (ЕО) № 1013/2006 на Европейския парламент и на Съвета от 14.06.2006 г. относно превоза на отпадъци – ОВ L 190, 12.07.2006 г.). И в това решение не буди съмнение мнението на Съда относно задължителността за прилагане на определени правни принципи в качеството им на особен вид правни норми по отношение на някои дейности по отпадъците.

²³ Вж. Крамер, Л. Цит. съч., с. 79.

обективната истина, базирана на фактите по делото, както и от анализа на действащото законодателство на ЕС и необходимостта от стриктното му прилагане, т. е. от юридически, а не от политически съображения. При това, същият автор сочи като пример и друго решение на Съда от 1989 г., в което е отбелязано, че разпоредбите на Общностното право не трябва да се тълкуват по начин, който „води до резултати, които са несъвместими с общите принципи на Общностното право“²⁴. Следователно и в този случай становището на Съда би трябвало да бъде изтъкнато като потвърждение на концепцията за принципите на правото на ЕС като особен вид правни норми, а не в обратната насока, споделяна от Л. Кремер.

Освен горепосочените становища на Л. Кремер, може да се посочи и още едно негово дискусивно становище в разглежданата насока. Като анализира принципа на субсидиарността по чл. 5 от ДЕО, сега чл. 5 от ДЕС, авторът отбелязва, че това е „принцип, който предопределя дейността на Общността и като такъв има юридическа сила“. Следователно, според него, този принцип фактически има характера на правна норма с оглед на задължителния ѝ характер. Практически Л. Кремер за едни от принципите на правото на ЕС допуска окачествяване като правни норми, а за други принципи на това право (в случая – на първичното европейско екологично право) смята, че те нямат такова качество. Това негово становище е неприемливо и логически вътрешно противоречиво, защото авторът би трябвало ясно и категорично да поддържа определена научна теза спрямо всички принципи на правото на ЕС, т. е. за всички от тях, без изключение, да важи констатацията му за наличие или липса на характера им на правни норми.

Независимо от посочените по-горе някои неприемливи становища на Л. Кремер, следва да се отбележи като научен принос в публикацията му, че с тях се допринася за развитието на научната дискусия относно правната същност на принципите на правото, в случая – на европейското първично екологично право, назовани от него „принципи на действията в областта на околната среда“²⁵.

II. Общи (общоотраслови) принципи на екологичното право на ЕС по ДФЕС

В чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС са изброени изрично и изчерпателно четири принципи на екологичната политика на ЕС, а именно: предпазване, превенция, приоритетно отстраняване на замърсяването на околната среда при източника и „замърсителят плаща“. Смятам, че те трябва да се окачествят и като принципи на екологичното право на ЕС с общоотраслово значение, защото, от една страна, е ноторно, че

²⁴ Пак там. Става дума за Решение на Съда от 17.10.1989 г. по дела C-97/87, C-98/87 и C-99/87 *Dow Chemical Iberia, SA и други срещу Комисията на ЕО* [1989] ECR I-03165.

²⁵ Вж. Кремер, Л. Цит. съч., с. 77 – 96.

правото е най-важното средство за реализация на съответната политика, а, от друга страна, тези принципи са уредени в разпоредби на Учредителен договор и имат императивен характер по отношение както на приеманите правни актове на вторичното европейско екологично право, така и на националното право на държавите-членки.

Принципът на предпазването е свързан с предприемането на „предпазни“ (по същество - превантивни – бел. авт.) мерки за опазване на околната среда в случаите на недостатъчно количество научни данни и знания за вредоносните последици от антропогенното въздействие върху състоянието на околната среда – концепция, която е господстваща в чуждестранната правна доктрина по европейско екологично право и съдебната практика на ЕС. По-долу ще бъдат посочени някои примери от тази съдебна практика в разглежданата насока. От една страна, в Решения от 05.05.1998 г. съответно по дело C-157/96 *Кралицата [на Обединеното Кралство Великобритания и Северна Ирландия] срещу Министерството на земеделието, риболова и храните* [1998] ECR I-02211 и по дело C-180/96 *Обединеното Кралство [Великобритания и Северна Ирландия] срещу Комисията на ЕО* [1998] ECR I-02265, Съдът застъпва становището, че когато е налице „несигурност по отношение на съществуването или степента на риска за човешкото здраве“, институциите на ЕС могат да вземат „защитни мерки, без да изчакват, докато действителността и сериозността на тези рискове станат напълно очевидни“, и че „Общностната политика относно околната среда трябва да преследва *inter alia* целта да опазва човешкото здраве“²⁶. От друга страна, Първоинстанционният съд на ЕС, в свое Решение от 26.11.2002 г. по дело T-74/00 *Artegodan GmbH и други срещу Комисията на ЕО* [2002] ECR II-04945 е направил два важни извода относно същността на горепосочения принцип, а именно, че: а) той е „общ принцип на Общностното право, изискващ компетентните власти да вземат подходящи мерки за избягване на специфични потенциални рискове за здравето, безопасността и околната среда, като дават предимство на изискванията, свързани със *защитата* (курсивът е мой, Г.П.) на тези интереси пред други икономически интереси“; и б) „в областта на здравеопазването (респ. и опазването на околната среда – бел. авт.), *принципът на предпазването* (курсивът е мой, Г.П.) предполага, че когато има несигурност по отношение на съществуването или степента на риска за човешкото здраве, институциите (на ЕС – бел. авт.) могат да вземат предпазни мерки, без да трябва да изчакват, докато действителността и сериозността на тези рискове станат напълно очевидни“²⁷. По мое мнение, това решение е особено значимо в контекста

²⁶ Вж. относно това дело, **Кремер, Л.** Цит. съч., с. 87.

²⁷ Вж. относно това дело, Пак там, с. 91.

на извода на този съд за приоритета на екологичните пред икономическите интереси на обществото в рамките на ЕС.

Немският юрист – еколог Л. Кремер назовава разглеждания принцип „предохранителният принцип“ и посочва, че той е включен в първичното европейско право през 1993 г.²⁸, но отбелязва, че произходът и съдържанието му са неясни. Като примери за трудности в реализацията на този принцип той посочва забраната или ограничаването на разпространението на определени вредни за човешкото здраве и околната среда продукти, без да се изчаква издаването на „оценка за риска“, която може да продължи с години, и борбата с изменението на климата при недостатъчни, според него, научни доказателства за антропогенната причина за глобалното затопляне. Той смята, че прилагането на този принцип е продиктувано повече от политически, отколкото от юридически съображения, изискващи предприемането на съответните предпазни мерки²⁹. Становището на този автор е дискуссионно и неприемливо главно по две съображения. От една страна, принципът на предпазването („предохранителният принцип“) изисква предприемането на предпазни мерки дори и без наличието на научни доказателства за вредоносното въздействие на определена дейност или действия върху състоянието на околната среда, главно за да се реализират четирите основни цели на екологичната политика на ЕС, посочени в чл. 191, пар. 1 от ДФЕС³⁰. От друга страна, по мое мнение, екологичните интереси на обществото трябва винаги да имат приоритет пред икономическите му интереси при вземането на управленски решения на равнище ЕС, а в тази насока е и съдебната практика на ЕС в светлината на посоченото по-горе решение на Първоинстанционния съд на ЕС по дело T-76/00.

Принципът на превенцията се отнася до отдаването на приоритет на правните средства с превантивен характер (т. е. предприемане на действия на ранен етап от развитието на дадена дейност – бел. авт.), за опазване на околната среда (напр. оценка на въздействието върху околната среда, екологична оценка, информация за околната среда, норми за пределно допустими концентрации на вредни вещества в компонентите на околната среда) пред мерките за борба с последиците от вече настъпило наднормено

²⁸ Л. Кремер очевидно има предвид обстоятелството, че наименованието на Договора за създаване на Европейска икономическа общност” (Рим, 25.03.1957 г. - в сила от 1.01.1958 г. – ОВ С 325, 24.12.2002 г., където е обнародван в редакцията му към 2002 г.) се запази до 1.11.1993 г., след което беше преименуван, с Договор за създаване на Европейския съюз (Маастрихт, 7.02.1992 г. – в сила от 1.11.1993 г. – ОВ С 191, 29.07.1992 г.), на “Договор за създаване на Европейската общност“.

²⁹ Вж. **Кремер, Л.** Цит. съч., с. 90.

³⁰ Съгласно тази разпоредба на ДФЕС, целите на екологичната политика на ЕС са: опазване, защита и подобряване на качеството на околната среда; защита на здравето на хората; разумно и рационално използване на природните ресурси; насърчаване, на международно равнище, на мерки за справяне с регионални и световни проблеми на околната среда, и по-специално борбата с изменението на климата. Вж. напр. за повече подробности в тази насока, **Кремер, Л.** Цит. съч., с. 69 – 77.

замърсяване или увреждане на околната среда. Този принцип разкрива и икономическа ефективност, защото е ноторно, че по-големи ще са финансовите разходи по поправяне на вредите, нанесени на околната среда, отколкото разходите по предприемане на превантивни мерки за предотвратяването им³¹. Л. Кремер с основание изтъква, че практически няма разлика в съдържанието на принципа на предпазването („предохранителния принцип“), от една страна, и принципа на превенцията, от друга страна, поради което те трябва да се използват като синоними³². Това негово становище е правилно и може да се възприеме, защото, по същество, както правните мерки за предотвратяване на замърсяването и увреждането на околната среда в контекста на принципа на предпазването, така и правните мерки в тази насока като реализация на принципа на превенцията имат една и съща цел – да се предотврати евентуалното отрицателно антропогенно въздействие върху състоянието на околната среда чрез предприемането на съответните действия на възможно най-ранен етап от развитието на съответната дейност, независимо от факта дали е налице (при принципа на превенцията) или не е (при принципа на предпазването) достатъчна по обем научна и друга информация за възможните отрицателни последици за състоянието на околната среда от предвижданата дейност. По мое мнение, принципът на превенцията включва по съдържание в себе си принципа на предпазването, защото при реализацията и на двата принципа става дума за предприемането на правни мерки с превантивен характер за опазването на околната среда, а фактът на достатъчност (респ. на недостатъчност) в обема на информацията за състоянието на околната среда в резултат на антропогенното въздействие не трябва да се преувеличава (фетишизира) до такава степен, че да се обособяват два отделни принципа в горепосочената разпоредба на ДФЕС (т. е. на предпазването и на превенцията), чието съдържание, както бе споменато, е сходно.

Във връзка с горепосоченото, смятам за уместно *de lege ferenda* принципът на предпазването („предохранителният принцип“) да отпадне от разпоредбата на чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС, тъй като е синонимен, включва се в съдържанието на принципа на превенцията. В контекста на правната техника може да се направи изводът, че разпоредбата на чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС не е редактирана сполучливо.

Реализацията на принципа на превенцията е необходимо да се търси в съответните разпоредби някои правни актове на вторичното европейско екологично право, като Директива 2001/42/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 27.06.2001 г. относно

³¹ В тази насока следва да се възприеме аналогичното становище на Л. Кремер, който отбелязва, че в случаите на нанесени вреди на околната среда е условно да се говори изобщо за поправянето им, употребявайки израза „ако изобщо е възможно поправяне“ (на тези вреди – бел. авт.) – вж. **Кремер, Л.** Цит. съч., с. 92.

³² Пак там, с. 91.

оценка на въздействието на някои планове и програми върху околната среда (ОВ L 197, 21.07.2001 г.), Директива 2003/4/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 28.01.2003 г. относно достъпа на обществеността до информация за околната среда, и за отмяна на Директива на Съвета 90/313/ЕИО (ОВ L 41, 14.02.2003 г.), Директива 2004/35/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21.04.2004 г. относно екологичната отговорност за предотвратяване и отстраняване на екологични вреди (ОВ L 143, 30.04.2004 г., изм. и доп.)³³, Директива 2011/92/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 13.12.2011 г. относно оценка на въздействието на някои публични и частни проекти върху околната среда (ОВ L 26, 28.01.2012 г. – в сила от 17.02.2012 г.), и др.

Принципът на приоритетно отстраняване на замърсяването на околната среда при източника изисква да се отделя повишено внимание на подвижните и неподвижните източници на наднормено замърсяване на компонентите на околната среда чрез приоритетното предприемане на мерки за минимизиране на тяхното вредоносно въздействие върху околната среда, напр. чрез емисионни норми за изхвърляне на вредни вещества в околната среда от конкретен източник на замърсяване, комплексни разрешителни за определени видове дейности и др. Л. Кремер посочва, че този принцип е включен в първичното европейско екологично право в 1987 г., но го подлага на справедлива, според мен, критика като отбелязва, че той е „по-скоро пожелание, отколкото реалност“. Като основен аргумент този автор изтъква обстоятелството, че екологичните вреди често не могат да бъдат напълно поправени³⁴, а формулировката на горепосочения принцип дава голяма свобода на държавите-членки на ЕС в преценката с какви правни мерки да уредят в законодателството си начините на поправяне на тези вреди³⁵. Другите му критични аргументи относно реалната приложимост на разглеждания принцип имат главно икономическа обосновка – опасност от оскъпяване на производството на моторни превозни средства, ако в тях се инсталират каталитични катализатори и други технически приспособления за ограничаване на емисиите на вредни вещества в атмосферния въздух, увеличаване на цената на горивото (вероятно има предвид напр. в резултат на употребата на т. нар. „безоловен бензин“, всъщност на бензин с много ниско съдържание на олово – бел. авт.), негативно икономическо отражение общо върху заетостта и производството и др.³⁶ Той посочва като примери от съдебната практика Решение на Съда от 10.05.1995 г. по

³³ Вж. чл. 5 и чл. 8 – 14.

³⁴ Вж. по-подробно за спецификата на екологичните вреди, Пенчев, Г. Поправяне и отстраняване на екологичните вреди по европейското право. – Юридически свят. С., 2007, № 2, с. 79 – 82, където се лансира становището, че екологичните вреди имат различни проявни форми и не могат да бъдат изцяло поправени (респ. обезщетени).

³⁵ Вж. Кремер, Л. Цит. съч., с. 92.

³⁶ Пак там.

дело С-422/92 *Комисията на ЕО срещу Федерална република Германия* [1995] ECR I-01097, както и горепосоченото решение по дело С-2/90, в които този Съд застъпва становището за обезвреждане на отпадъците възможно най-близко до мястото на тяхното образуване. Във връзка с това този автор с основание изтъква приемането на емисионни норми като правно средство за реализацията на горепосочения принцип, тъй като е ноторно, че тези норми се утвърждават спрямо конкретен източник на замърсяване на околната среда, подвижен или неподвижен, за разлика от емисионните норми, назовавани от него като „стандарты за качество“ (на околната среда – бел. авт.), които се отнасят до няколко източника на замърсяване и към които неправилно, според него, се е ориентирала съдебната практика на ЕС. Смятам, че следва да се възприеме становището му, защото то правилно отчита спецификата на пределно допустимите норми за състояние на околната среда – емисионни и емисионни.

Освен горепосочените аргументи на Л. Кремер, смятам, че принципът на приоритетно отстраняване на замърсяването на околната среда при източника е излишно формулиран и включен в първичното екологично право на ЕС, защото практически принципът на превенцията, разгледан по-горе, включва по съдържание в себе си и разглеждания принцип. Т. нар. „приоритетно отстраняване на замърсяването на околната среда при източника“ изисква на практика предприемането на превантивни по характер правни мерки, макар и свързани с източника на замърсяване (напр. горепосочените емисионни норми, комплексните разрешителни за извършването на определени видове производствени дейности и др.). Следователно става дума отново за превантивни по същество правни мерки за опазване на околната среда, макар и предприемани приоритетно към източника на замърсяване. В случая от по-голямо значение е характера на правната мярка, т.е. превантивният ѝ характер, а фокусирането на вниманието върху източника на замърсяване не трябва да се преекспонира (фетишизира) до такава степен, че да се обособи самостоятелен правен принцип в ДФЕС. Във връзка с горепосоченото, смятам за уместно *de lege ferenda*, принципът на приоритетно отстраняване на замърсяването на околната среда при източника, подобно на разгледания принцип на предпазването („предохранителният принцип“) също да отпадне от разпоредбата на чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС, тъй като фактически се включва в обхвата на съдържанието на принципа на превенцията. И в тази насока от гледна точка на правната техника може да се направи изводът, че разпоредбата на чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС е редактирана несполучливо.

Принципът „замърсителят плаща“ означава, по мое мнение, че лицето, което е причинило наднормено замърсяване на компонентите на околната среда трябва, от една

страна, да покрие разходите по отстраняване на последиците от това замърсяване (респ. да заплати обезщетение за причинените вреди), а от друга страна, да бъде санкционирано с глоба (респ. с имуществена санкция по нашето право, ако е юридическо лице или едноличен търговец³⁷ – бел. авт.) за причиненото наднормено замърсяване, т. е. за неспазването на съответния законоустановен режим по опазване на отделните компоненти на околната среда от наднормено замърсяване. Л. Кремер подлага на критика включването и на този принцип в чл. 174, пар. 2, изр. второ от ДЕО (понастоящем чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС) със следните аргументи: а) налице са трудности при индивидуализирането на конкретния източник на замърсяване, особено в случаите на замърсяване на подземните води, смог в градовете и изменение на климата; б) разглежданият принцип е преди всичко икономически, а не юридически, защото е свързан с поемането на разходите по почистване на увредената околна среда; в) субсидиите от фондовете на ЕС, напр. Кохезионния фонд, и държавните помощи, включващи и средства за почистване на замърсени терени (участъци от територия) няма да са в съответствие с този принцип, ако се смята, че единствено причинителят на замърсяването трябва да поеме тези разходи; г) „почистването“ на замърсените компоненти на околна среда „се счита за задача на публичните власти“, която съществува независимо от възможността да бъде определен конкретния причинител на замърсяването им³⁸. Въз основа на тези аргументи той заключава, че принципът „замърсителят плаща“ дава правната възможност на институциите на ЕС да предприемат мерки, според които причинителят на замърсяването на околната среда трябва да поеме разходите по почистването на замърсените терени, но същевременно тази правна възможност съществува, според него, и без да е необходимо изричното включване на този принцип в ДЕО (сега – ДФЕС – бел. авт.). Аргументите и изводите на този автор смятам за дискуссионни и неприемливи по следните съображения. *Първо*, принципът „замърсителят плаща“, както бе посочено по-горе, не е свързан само с поемането на разходите по „почистването“ на наднормено замърсените компоненти на околната среда (респ. по преодоляване на последиците от наднорменото замърсяване на околната среда), а е свързан и с налагането на глоби (респ. имуществени санкции на юридически лица и еднолични търговци) за причиненото наднормено замърсяване, както и със заплащането на обезщетение за причинените вреди на околната среда – две съществени правни възможности, които са убягнали от вниманието на Л. Кремер. *Второ*, независимо от трудностите по определяне на конкретния причинител на замърсяването на околната среда

³⁷ Вж. относно критичните бележки на някои наши автори по отношение на употребата на понятието „имуществена санкция“ като вид наказание спрямо тези правни субекти, **Пенчев, Г.** Екологично право. Специална част: Учебно ръководство. С., Феней, 2012, с. 45 – 46.

³⁸ Вж. **Кремер, Л.** Цит. съч., с. 94 – 95.

в посочените от него случаи, налице са надеждни правни средства за неговото индивидуализиране, напр. чрез мрежите и системите за мониторинг, особено за т. нар. „собствен мониторинг“ (т. е. мониторингова система, изградена в рамките на неподвижния източник на замърсяване – бел. авт.) на съответните компоненти на околната среда. *Трето*, разглежданият принцип не е икономически, а щом е включен изрично в разпоредба на Учредителен договор, в случая – ДЕО, понастоящем - ДФЕС, вече е юридически принцип, задължителен за прилагане от правните субекти, до които е адресиран, а ноторно е, че икономическите принципи не се включват в правни норми, защото включването им в правни норми ги трансформира от икономически в юридически принципи. *Четвърто*, субсидиите от фондовете на ЕС, както и държавните помощи, свързани с предоставяне на финансови средства за възстановяване на състоянието на замърсената наднормено околна среда са различни правни средства за опазване на околната среда, които съществуват независимо от разглеждания принцип и не го нарушават, а целят да се подпомогне съответната държава-членка в усилията ѝ да възстанови състоянието на наднормено замърсената околна среда в случаите, когато конкретния причинител на замърсяването или не е идентифициран или, макар и идентифициран, не е възможно цялостното възстановяване на състоянието ѝ. *Пето*, обстоятелството, че върху органите на публичната власт (централни и местни) лежи нормативно задължение за предприемане на мерки по възстановяване на състоянието на замърсената наднормено околна среда съвсем не означава, че се нарушава принципа „замърсителят плаща“, който, по мое мнение, трябва да се прилага независимо от това задължение. *Шесто*, неприемливо е становището на автора, че този принцип ненужно е включен в ДЕО, сега – в ДФЕС, поради изтъкнатата от него „правната възможност“ за институциите на ЕС да определят мерки по почистване на замърсената околна среда и без включването му в този Учредителен договор, защото именно чрез изричното му формулиране, като особено значим, според мен, правен принцип, и то не напразно в Учредителен договор, е налице не „правна възможност“, а юридическо задължение за институциите на ЕС да го провеждат в приеманите от тях правни актове на вторичното европейско право. *Седмо*, някои западноевропейски и американски автори лансират по-различно становище относно същността на разглеждания принцип. Така например английският юрист-еколог Н. Хейг посочва, че съдържанието на този принцип изисква причинителят на замърсяването да поеме разходите по предотвратяване на замърсяването на- и отстраняване на вредите от настъпилото замърсяване на околната среда, но при „предвиждане на някои изключения“ (вероятно има

предвид случаите, при които не е възможно да се индивидуализира конкретният причинител на наднорменото замърсяване на компонентите на околната среда – бел. авт.)³⁹. Същевременно той свързва реализацията на разглеждания принцип с различните подходи за упражняване на контрол върху замърсяването на околната среда, напр. определянето на емисионни и имисионни стандарти, както и „продуктови стандарти“, свързани с въздействието на продукта върху околната среда⁴⁰. Американските учени юристи-еколози А. Кис и Д. Шелтън отбелязват, че съдържанието на този принцип е свързано с определянето на, от една страна, поемането на разходите по „контрола върху замърсяването на околната среда“, а, от друга страна, данъци и такси, както и с налагането на наказания за замърсяването на околната среда⁴¹. Във връзка с това те изтъкват, че разходите по „контрола върху замърсяването на околната среда“ трябва да се поемат от лицата, които произвеждат стоки или предоставят услуги, водещи до (наднормено – бел. авт.) замърсяване на околната среда⁴². Те обаче не изясняват какво разбират под „контрола върху замърсяването на околната среда“, поради което смятам, че този израз е несполучливо и неточно употребен в тяхното изследване. В случая не става дума за разходи по „контрола върху замърсяването на околната среда“ (т. е. разбиран като проверка на законосъобразността в извършването на определена дейност или действие на правните субекти – бел. авт.), а за разходи по възстановяване на състоянието на наднормено замърсената околна среда.

Независимо от изтъкнатите по-горе дискуссионни становища на Л. Кремер относно отделните специфични принципи на първичното европейско екологично право, следва да се окачестви като положителен опитът му за да подложи на анализ и научна критика тези принципи, с което той несъмнено допринася за разгръщането на научната дискусия в тази насока⁴³.

³⁹ Вж. **Haigh, N.** EEC Environmental Policy & Britain. 2. edition. Glasgow, Longman, 1990, p. 10.

⁴⁰ Ibidem, p. 13 – 23.

⁴¹ Вж. **Kiss, A., D. Shelton.** Manual of European Environmental Law, p. 39.

⁴² Ibidem.

⁴³ Вж. за повече подробности относно тези принципи, напр. **Кремер, Л.** Цит. съч., с. 77 – 80 и с. 89 – 96; **Кремер, Л., Г. Винтер.** Екологическо право Европейского союза. Москва, Городец, 2007, с. 28 – 31, където двамата автори причисляват принципа на интеграцията към изрично изброените 4 принципи по чл. 191, ал. 2 от ДФЕС; **Матисен, П.С.Р.Ф.** Европейско право: Въведение. 8. прераб. и доп. изд. С, Сиела, 2007, с. 664 – 665; **Пенчев, Г.** Сближаване на българското с европейското право по опазване на околната среда в нейната цялост. С., НИКЕ-НТ-89, 2006, с. 27 – 28; **от него.** Екологичната политика на Европейския съюз: предизвикателства за България при присъединяването. – Търговско право. С., 2006, № 6, с. 71 – 72; **Hey, C.** The Environmental Legislation of the European Union. Brussels, Friends of the Earth-Europe, 1995, p. 9 – 11; **Jans, J.** European Environmental Law. London, Kluwer Law International, 1995, p. 19 – 32; **Johnson, S., G. Corcelle.** The Environmental Policy of the European Communities. London, Kluwer Law International, 1995, p. 14 – 15; **Kiss, A., D. Shelton.** Manual of European Environmental Law, p. 36 – 40; **Kramer, L.** E.C. Treaty and Environmental Law. London, Sweet & Maxwell, 1998, p. 63 – 78.

Реализацията на принципа „замърсителят плаща“ трябва да се търси в някои правни актове на вторичното европейско екологично право, напр. Директива 2004/35/ЕО⁴⁴, Директива 2008/99/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 19.11.2008 г. относно опазването на околната среда чрез наказателното право (ОВ L 328, 6.12.2008 г. – в сила от 26.12.2008 г.)⁴⁵, Директива 2010/75/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 24.11.2010 г. относно емисиите от промишлеността (комплексно предотвратяване и контрол върху замърсяването) (ОВ L 334, 17.12.2010 г. – в сила от 7.01.2011 г.)⁴⁶, Директива 2005/35/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7.09.2005 г. относно замърсяването от кораби и относно въвеждането на санкции, включително наказателноправни санкции, за нарушения, свързани със замърсяване (ОВ L 255, 30.09.2005 г. – в сила от 30.09.2005 г., попр., изм. и доп.)⁴⁷, и др.

В светлината на разгледаната проблематика смятам, че *de lege ferenda* разпоредбата на чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС трябва да бъде съществено прередактирана, като вместо горепосочените принципи на предотвратяването и на приоритетното отстраняване на замърсяването на околната среда при източника, по-добре е в нея да бъдат включени други два принципа с фундаментално, според мен, значение за опазването на околната среда, а именно „системен подход в опазването на околната среда“ (т. е. отчитане на връзката между екосистемите и природните ресурси при вземането на управленски решения в тази област – бел. авт.) и научна обоснованост в управлението на дейности по опазване на околната среда. Освен това в началото на тази разпоредба вместо думата „Тя“ (става дума за „политиката“ в областта на околната среда – бел. авт.) смятам за по-уместно да се употребят думите „Дейностите и действията по опазване на околната среда“, с което ще се подчертае обстоятелството, че става дума преди всичко за правни принципи, които трябва да бъдат в основата на съответните дейности и действия в тази област, а именно чрез тях практически ще се реализира и екологичната политика на ЕС. По този начин ще бъдат преодоляни допуснатите слабостите в правно-техническо отношение на разглежданата разпоредба. Във връзка с това смятам за необходимо *de lege ferenda* разпоредбата на чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС да придобие следното съдържание: „Дейностите и действията по опазване на околната среда се основават на принципите на системен подход и на научна обоснованост в управлението на дейности по опазване на околната среда, на превантивните действия и на принципа „замърсителят плаща“.

⁴⁴ Вж. чл. 7 – 10 и чл. 14.

⁴⁵ Вж. чл. 5 – 7.

⁴⁶ Вж. чл. 79.

⁴⁷ Вж. чл. 8. Първоначалното наименование на директивата, до измененията и допълненията ѝ с Директива 2009/123/ЕО (ОВ L 280, 27.10.2009 г.), беше „Директива 2005/35/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7.09.2005 г. относно замърсяването от кораби и налагането на санкции при нарушения“.

III. Междуотраслови принципи на първичното право на ЕС, важащи и за екологичното му право

Освен разгледаните по-горе 4 общи (общоотраслови) принципи на европейското екологично право по ДФЕС, имащи значението на своеобразни конституционни принципи в тази област, необходимо е да бъдат разгледани и други два правни принципа, уредени в Учредителните договори на ЕС, които смятам, че трябва да бъдат окачествени като междуотраслови, но важащи и за този отрасъл на европейското право.

Първият от тях е *принципът на субсидиарността*, уреден в чл. 5 от ДЕС (бивш чл. 5 от ДЕО). Съдържанието му е очертано в пар. 3 на чл. 5, където е указано, че в областите, които не попадат в изключителната компетентност на ЕС, той действа в тези области „само в случай и доколкото целите на предвиденото действие не могат да бъдат постигнати в достатъчна степен от държавите-членки“, като „поради обхвата или последиците на предвиденото действие“ неговите цели могат да бъдат постигнати по-добре на равнище ЕС. Околната среда е област на т. нар. „споделена компетентност“ между ЕС и държавите-членки (чл. 4, пар. 2, б. „д“ от ДЕС), а не на „изключителна компетентност“ на ЕС в областите, изброени в чл. 3 от същия Учредителен договор. Ето защо принципът на субсидиарността ще намери приложение и в областта на опазването на околната среда, но, по мое мнение, предимно в случаите, когато на национално равнище не може да се постигне съществен положителен резултат за подобряване на състоянието ѝ или за поддържане на екологичното равновесие, т. е. само с усилията на съответната държава-членка⁴⁸.

Вторият от тях е *принципът на интеграцията*, уреден в чл. 11 от ДФЕС (бивш чл. 6 от ДЕО). Там е изтъкнато, че изискванията за опазване на околната среда трябва да бъдат включени в определянето и изпълнението на „политиките и действията“ на ЕС, „в частност, за да се насърчи устойчивото развитие“. Следователно съдържанието на принципа е свързано със задължението за неговите адресати, при вземането на управленски решения в която и да било област на политиката и законодателството на ЕС, да се имат предвид изискванията за опазване на околната среда. Анализирайки този принцип Л. Кремер изтъква, че горепосочената разпоредба не трябва да се тълкува като приоритет на изискванията за опазване на околната среда пред изискванията на другите отрасли на политиката на ЕС, а „по-скоро различните цели на ДЕО се поставят на едно и също ниво и политиката следва да ги осъществи“, т. е. че екологичните изисквания са равнопоставени

⁴⁸ Вж. относно този принцип, напр. Кремер, Л. Цит. съч., с. 80 – 85.

на изискванията по другите отрасли на политиката на ЕС⁴⁹. Смятам, че в случая не става дума за равнопоставеност на изискванията по различните отрасли на политиката на ЕС, а по-скоро за отчитане на екологичните изисквания при вземането на управленски решения в други отрасли на политиката на ЕС. Същевременно този автор отбелязва, че изискванията за опазване на околната среда по разглежданата разпоредба са преди всичко различните цели на екологичната политика на ЕС, формулирани в чл. 2 и чл. 174, ал. 1 от ДЕО (понастоящем съответно в чл. 3, пар. 3, изр. второ от ДЕС и чл. 191, пар. 1 от ДФЕС)⁵⁰. Това негово становище е неприемливо. Изискванията за опазване на околната среда са уредени както в първичното, така и главно, т. е. в по-голямата си част, във вторичното право на ЕС. Следователно целите на екологичната политика на ЕС, формулирани в Учредителните договори, не са единствените изисквания с екологична насоченост по европейското право.

В светлината на анализа на чл. 11 от ДФЕС е необходимо още да се посочи, че логическото му тълкуване може да ни доведе до извода, че постигането на „устойчиво развитие“⁵¹ е една от целите на екологичната политика на ЕС, макар че не фигурира в изрично изброените цели на тази политика в чл. 191, пар. 2, изр. първо от ДФЕС – обстоятелство, което може да се изтъкне като една от слабостите на ДФЕС като цяло от правно-техническа гледна точка. Устойчивото развитие обаче, е споменато и в чл. 3, пар. 3, изр. второ от ДЕС (в предходната му редакция – чл. 2), където е направен, струва ми се, несполучлив опит за очертаване на съдържанието на това понятие. В тази разпоредба на ДЕС е указано, че ЕС „работи за устойчивото развитие на Европа, основаващо се на балансиран икономически растеж и ценова стабилност, силно конкурентна социална пазарна икономика, която има за цел пълна заетост и социален прогрес, и високо равнище на защита и подобряване на околната среда“. Като слабост на разглежданата разпоредба, по мое мнение, може да се отбележи обстоятелството, че тя не отчита фактори като демографско развитие и развитие на регионите, както и екологизация на културата, образованието и възпитанието на гражданите (т. е. фактори на духовната култура на обществото), които по мое мнение са значими за постигането на изтъкнатите в нея „балансиран икономически растеж“ и „високо равнище на защита и подобряване на околната среда“. Л. Кремер с основание посочва устойчивото развитие като една от целите на екологичната политика на ЕС, но подлага на критика включването на това понятие в разпоредбите на Учредителните договори на ЕС, като изтъква, че „не е ясно точното

⁴⁹ Пак там, с. 86.

⁵⁰ Пак там.

⁵¹ В българското екологично законодателство фигурира дефиниция на правното понятие „устойчиво развитие“ в § 1, т. 50 от ДР на ЗООС.

значение“ на същото понятие, т. е. с оглед на съдържанието му, и че то не може да бъде успешно дефинирано⁵². Смятам, че в разглежданата насока проблемът не е толкова в дефиниране на съдържанието на това понятие, колкото в несполучливото му фигуриране в отделните разпоредби на Учредителните договори. Съдържанието на понятието следва да се дефинира преди всичко в правен акт на вторичното право, а устойчивото развитие като една от целите на екологичната политика на ЕС трябваше изрично да фигурира в разпоредбата на чл. 191, пар. 1 от ДФЕС. Смятам, че именно това е по-правилният подход от правно-техническа гледна точка⁵³.

Л. Кремер е анализирал принципите на субсидиарността и на интеграцията като едни от общите (общоотрасловите) принципи по първичното европейско екологично право, наред с разгледаните по-горе 4 такива принципи по чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС⁵⁴. Този подход е методологически неприемлив, защото не отчита обстоятелството, че тези два принципи имат междуотраслов, а не само отраслов характер. Независимо от посочените по-горе някои дискуссионни и неприемливи, по мое мнение, становища на Л. Кремер в разглежданата насока, следва да се окачества, в общи линии като положителен, опитът му за анализ на тези междуотраслови принципи с оглед на значението им за опазването на околната среда в рамките на ЕС.

Като се има предвид фактът на непосредственото действие на първичното право на ЕС на територията на държавите-членки, от една страна, и, от друга страна, обстоятелството, че както общите (общоотрасловите) принципи по чл. 191, пар. 2, изр. второ от ДФЕС, така и междуотрасловите принципи по чл. 5 от ДЕС и чл. 11 от ДФЕС, са задължителни за изпълнение от институциите на ЕС и от компетентните органи на държавите-членки, определено може да се направи изводът, че изрично изброените принципи на европейското екологично право по тази разпоредба на ДФЕС представляват по своята юридическа природа особен вид правни норми на първичното европейско право, в които са вградени ръководни правни идеи за развитието на обществените отношения по опазване на околната среда – предмет на правно регулиране от тези норми.

Заклучение

Накрая, в резултат на разгледаната правна уредба, могат да бъдат направени някои по-обща изводи и препоръки за нейното усъвършенстване.

⁵² Вж. Кремер, Л. Цит. съч., с. 70.

⁵³ Вж. относно принципа на интеграцията, напр. Пак там, с. 85 – 88.

⁵⁴ Пак там, с. 80 – 88.

1. Някои от разгледаните по-горе принципи на първичното европейско екологично право по ДФЕС са несполучливо и излишно формулирани, поради което са необходими изменения и допълнения на чл. 191, пар. 2, изр. второ от този Договор.

2. При изричното формулиране на принципи на европейското екологично право трябва да се има предвид преди всичко спецификата на екологичната ситуация и факторите, които я обуславят.

3. Принципите на екологичното право на ЕС имат не само правна, но и висока нравствена значимост. Тяхната социална ценност, вкл. правна, е свързана с необходимостта от опазването на околната среда за сегашните и бъдещите поколения, защото е ноторно, че природата е жизнена среда и източник на суровини за всяка човешка дейност. Нравствената значимост на разглежданите правни принципи се корени в чувството на любов към природата, което трябва да се изгражда у подрастващите поколения на всички равнища на образование в държавите-членки на ЕС, с което ще се повиши екологичното съзнание и екологичната култура на обществото в тях. Във връзка с това може да се отбележи изтъкнатото от Св. ап. Йоан в първото му съборно послание, че „Бог е Любов“ (1 Йоан 4:16). Именно любовта към природата, трябва да бъде нравствената основа при формулирането на принципите на европейското екологично право. Следователно принципите на екологичното право на ЕС са, от една страна, важно правно средство за опазването на околната среда, а, от друга страна, средство за укрепване на моралните устои на обществото и за повишаване на равнището на екологичното възпитание, образование и култура.

ЕПИЗОДИ ОТ КОНСТИТУЦИОННАТА ИСТОРИЯ НА САЩ

Борислав Цеков¹

Анотация:

Конституционната политика на САЩ има съществено влияние върху развитието на съвременния конституционализъм. Важни положения и принципи в конституционното устройство на САЩ е еволютивен резултат от наслагвания на политически и правни явления и прецеденти, които се превръщат конституционни конвенции (традиции) или са изрично закрепени на конституционно ниво. В тази статия са представени отделни епизоди от конституционната история на САЩ, свързани с формирането на две от важните демократични достижения на американския конституционализъм, които рязко контрастират на фона на абсолютните монархии и феодално-съсловните политически режими в Европа през XVII-XVIII век - свободата на печата и ограниченията в мандатността на президентската власт. Отделено е място и на историческата поява на религиозния елемент в конституционната клетва на американския президент.

Ключови думи: САЩ, конституционализъм, история, свобода на печата, президент, конституционна клетва.

Abstract:

US constitutional politics has a significant impact on the development of modern constitutionalism. Important provisions and principles in the US constitutional system are an evolutionary result of overlaps of political and legal phenomena and precedents that are transformed into constitutional conventions (traditions) or are explicitly enshrined at a constitutional level. This article presents separate episodes of US constitutional history related to the formation of two of the important democratic achievements of American constitutionalism that sharply contrast against the realities of absolute monarchies and feudal-class political regimes in Europe in the 17th-18th centuries - the freedom of the press and the limitations in the president's term of office. The history of the appearance of the religious element in the constitutional oath of the American president is also presented.

¹ Доктор по конституционно право. Хоноруван лектор по Сравнително конституционно право в ПУ „Паисий Хилендарски“ и УНСС, член на Правния съвет на Президента на Република България.

Американската нация се създава не на базата на общ етнически произход, език и общо историческо минало (етно-нация), а около споделени демократични, републикански конституционни ценности (политическа нация). Декларацията за независимостта от 1776 и Конституцията на САЩ от 1789 г. за първи път извеждат като водещи начала на държавното управление републиканизма, федерализма, разделението на властите, изборността и мандатността на президента, гражданските права. Демократичните идеи на политически мислители като Джон Лок и Томас Пейн за народния суверенитет, разделението на властите, правата и свободите на гражданите не остават само на страниците на техните трактати. В САЩ те се превръщат в конституционна реалност, социална практика и държавен градеж. Слага се началото на модерната епоха, чийто същностен белег е диференциацията между гражданското общество и политическата държава и произтичащото от този процес ограничаване на публичната власт и гарантиране на статуса на управляваните².

В тази статия са представени отделни правно-исторически епизоди от конституционната история на САЩ, свързани с две от важните демократични достижения на американския конституционализъм, които контрастират на фона на абсолютните монархии и феодално-съсловните политически режими в Европа през XVII-XVIII век - свободата на печата и ограниченията в мандатността на президента като републикански държавен глава и титуляр на изпълнителната власт. Отделено е място и на историческата поява на религиозния елемент в конституционната клетва на американския президент. Тези епизоди илюстрират еволютивния характер на американския конституционализъм и характерното за него постепенно прерастване на политически практики в устойчиви конституционни традиции, които по пътя на

² Вж. Близнашки, Г. Конституционно право и политическа действителност. – в: Конституционализъм и демокрация. УИ „Св. Климент Охридски“, 2009, стр. 186-207.

трайното си и консенсусно прилагане или чрез изрична конституционализация формират действащия в САЩ конституционен ред.

- I -

На 15 декември 1791 г. влиза в сила Първата поправка в Конституцията на САЩ, като част от цялостен пакет от промени, свързани с основните права и свободи – *Bill of Rights*. Един от най-важните моменти в Първата поправка е конституционната регламентация на свободата на печата:

„Конгресът няма да приема закони, установяващи или забраняващи свободното изповядване на каквато и да било религия, ограничаващи свободата на словото или на печата или ограничаващи правото на хората да се събират мирно и да се обръщат с петиции към правителството за отстраняване на несправедливости“³.

Този лаконичен запис е разгърнат значително в съдържателно отношение от американската съдебна практика, превръщайки се в един сакралните текстове на американския конституционализъм⁴. Самото конституционно закрепване на свободата на печата е истинска революция за своето време, която е продукт на специфичната обществена среда в североамериканските британски колонии през XVII-XVIII в. Формирането на социална и правна среда, в която публичната критика към властта се смята за част от демократичните права и свободи, а не за наказуемо противодържавно деяние, започва в предконституционния период на САЩ. Едно съдебно дело от колониалните времена често се споменава в дебатите по *Bill of Rights* – делото „Короната срещу Джон Петер Зенгер“⁵

³ Цит. по Constitution of the United States of America, 1787. - превод: Кръстан Дянков, Люба Маджарова, 1981 г.

⁴ Вж. Stewart, James Brewer. The Constitution, the Law, and Freedom of Expression, 1787-1987. Southern Illinois University Press. 1987 г.

⁵ Crown v. John Peter Zenger.

В Стария свят, Европа, по онова време властва цензура. Критиката към властта и управниците е строго преследвана и санкционирана. Смята се, че дори когато изнесените критични факти са верни, този който ги е публикувал носи наказателна отговорност за клевета, тъй като подронва доверието в установения държавен ред. В английската юриспруденция се стига дори дотам, че в постулат е превърнато правилото – „колкото повече е истината, толкова по-голяма е клеватата”. И въпреки блестящите тези на Джон Милтън⁶ в „Аеропагитика: Реч до Парламента на Англия за Свободата на нелицензираната издателска дейност” от 1644 г., който въстава срещу един английски закон от 1534 г., който установява предварително лицензиране на издателите на вестници; въпреки дори отмяната на тези закони в края на 17 век, свобода на печата в Англия практически няма. Всеки дръзнал да публикува критика към властта е заплашен от затвор за клевета⁷.

През първите десетилетия на XVIII век колонията Ню Йорк живее пълноценен обществен живот, със своите интелектуални водачи, политически лидери, изборни кампании за местни власти. Само губернаторът е пряко назначаван от метрополията край Темза. През 1732 г. в Ню Йорк пристига новоназначеният кралски губернатор Уилям Косби – личност, за която най-ласкавите епитети, които се срещат в историческите документи са „арогантен”, „глупав” и „алчен”. Едва стъпил в Манхатън, той влиза в остър конфликт с един от старейшините на градския съвет Рип Ван Дам, който е изпълнявал губернаторските функции в периода от назначаването на Косби до фактическото му встъпването длъжност. Според Косби, Ван Дам трябвало да му даде половината от заплатата, която е получавал през този период. И когато получава категоричен отказ от Ван Дам, завежда дело срещу него.

След серия от машинации Косби се опитва в разрез с правомощията си да принуди Върховния съд на Ню Йорк да гледа делото като *equity court* („съд на

⁶ Джон Милтън е английски поет и памфлетист (1608-1674), сред чиито най-известни съчинения за „Аеропагитика” за свободата на печата и „За образованието”.

⁷ Вж. George D. Haimbaugh Jr., *Press Law in Modern Democracies: a Comparative Study*, Edited by Phina Lahav, 9 Md. J. Int'l L. 383 (1985).

справедливостта“ – типичен за общото право), за да избегне участието на съдебно жури. Ван Дам оспорва действията му, но Върховният съд ги легитимира с два гласа „за“ и един „против“. Въпреки успеха си, Косби без колебание уволнява противопоставилия се съдия Луис Морис. Обществената полемика се ожесточава, надига се силна опозиция срещу волунтаризма на новия губернатор. Тримата влиятелни нюйоркчани – Рип Ван Дам, Луис Морис и неговия адвокат Джеймс Александър създават Популярната партия.

Междувременно Косби назначава за главен редактор (по-точно цензор) на единствения вестник в Града „*New York Gazette*“ своя доверен човек Франсис Харисън, когото в историографията често наричат „главен ласкател“. И така вестникът се превръща в хвалебствена трибуна за „мъдрите“ дела на достойния кралски довереник. В отговор Джеймс Александър решава да основе „*New York Weekly Journal*“, смятан за първия независим политически седмичник в Америка. В Ню Йорк по това време има само две печатници – едната вече е ангажирана с проправителствения вестник, а другата, собственост на Петер Зенгер, до този момент се препитава с печатане на религиозни трактати. Новият вестник се появява по улиците на Ню Йорк на 5 ноември 1733 г. Седмици наред в новото издание се публикуват остро критични материали срещу губернатора и неговата неспособност да управлява в съответствие с демократичните нрави на колониален Ню Йорк. Опозицията на Косби набира мощ. След тежка предизборна кампания и въпреки манипулациите от страна на губернаторската администрация, уволненият съдия Луис Морис печели изборите в окръг Уестчестър и място в провинциалното събрание на Ню Йорк. „*New York Weekly Journal*“ става не само флагман на политическата критика, но и надига силен глас в подкрепа на свободата на словото и печата:

„Потискането на свободата на пресата скоро ще бъде последвано от загуба на свободата въобще, защото именно тя е най-същинска част от свободата и може би е и най-добрата нейна защита. Дори само ограничаването на пресата може да

има фатални последствия. Никоя нация, древна или модерна, не е губила свободата на изразяване, писане или публикуване на убежденията си, без да загуби заедно с това и цялата си свобода и да се превърне в нация от роби.”⁸

Губернаторът Косби прави два неуспешни опита да осъди Зенгер за клевета срещу властта. Съдебните заседатели отхвърлят исканията му, защото не могат да установят кой е точния автор на „скандалните” статии, които предвидливо се публикуват във вестника неподписани. Тогава Косби обявява награда от петдесет паунда за този, който открие кои са авторите и през октомври 1733 г. издава заповед няколко поредни броя от вестника да бъдат изгорени. Скандалът се разраства. Репресията също.

На 17 ноември 1733 г., в изпълнение на заповед на губернатора, шерифът на Ню Йорк арестува Зенгер по обвинение в клеветнически публикации срещу управлението. На следващият ден “*New York Weekly Journal*” не излиза. Джеймс Александър и съпругата на Зенгер, Ана обаче успяват да възстановят издаването на вестника само след седмица. На челото му е публикувано „извинение“ от Петер Зенгер:

„Миналата седмица бяхте разочаровани от моя вестник, поради което е мой дълг да поднеса извинението си, а то е такова. На този Божи ден, седемнадесети, бях арестуван и хвърлен в градския затвор по заповед на губернатора, почитаемия Франсис Харисън и други членове на Съвета (копие от която, ако е рекъл Господ, ще видите). Бидейки затворен, аз нямам свободата на перото, мастилото и хартията или пък да се виждам и да разговарям с хора, преди да се явя пред почитаемия върховен съдия по жалбата срещу моя арест следващата

⁸ Цит. по Linder, D. The Trial of John Peter Zenger and the Birth of Freedom of the Press. – in: U.S. Department of State publication, *Historians on America* (2007).

сряда... Всичко това, мисля без съмнение е напълно задоволително извинение за вас, задето не ви изпратих броя от миналата седмица, и се надявам в бъдеще, имайки свободата да говоря с моите служители през дупката във вратата на моята килия, да ви забавлявам с моя седмичен вестник, както и преди.”⁹

Смелият издател остава в затвора осем месеца, тъй като под натиска на Косби съдиите определят непосилен размер на паричната гаранция – 800 паунда. Вестникът продължава да излиза, а каузата му печели общественото мнение.

В тази атмосфера през лятото на 1735 г. започва съдебният процес срещу Петер Зенгер. Първоначално негови адвокати са Джеймс Александър и Уилям Смит, но под давление на губернатора, те са отстранени от адвокатската колегия след като искат отвод на подбраните от самия Косби съдии. Тогава защитата на издателя се поема от 60-годишния адвокат от Филаделфия Андрю Хамилтън – един от най-авторитетните адвокати в Северна Америка по онова време.

На пръв поглед процесът изглежда напълно безнадежден за Зенгер. По силата на установените съдопроизводствени правила, съдебните заседатели се произнасят само по фактите – в случая това означава да потвърдят наличието на подобни публикации. Тълкуването и прилагането на закона към тези факти е работа на съдията. Правото на Британската империя е безусловно в такива случаи – достатъчен е самият факт на публикуването на критики към властта, за да бъде наложено наказание за клевета¹⁰. Но Хамилтън прави нещо изключително. И като стратегия за водене на този процес, и като защитна пледоария. Той не отрича факта на умишленото публикуване на „клеветническите” материали в “*New York Weekly Journal*” и признава, че буквата на закона в такива случаи изисква наказание. Но се обръща към

⁹ Ibidem.

¹⁰ Вж. Michael Kent Curtis. Free Speech, “The People’s Darling Privilege” Struggles for Freedom of Expression in American History. Duke University Press, 2000, p. 40-42

съдебните заседатели, като ги призовава да упражнят едно старо традиционно правомощие съдебното жури има - да „обезсилят закона”, ако по тяхно убеждение стриктното прилагане на неговата буква би довело до несправедлива присъда. Той настоява съдебните заседатели да се произнесат не само по фактите, които са безспорни – има такива статии и те са в ръцете на всеки нюйоркчанин - но и да се произнесат дали да бъдат приложени в този конкретен случай наказателните разпоредби за клевета. Оспорвайки приложимостта на тези британски закони, Хамилтън припомня, че в Англия има закони, според които ако някой посегне да удари другото в Уестминстър хол докато съдът заседава, той трябва да загуби ръката си, имуществото си и земята си. И пита – може ли този закон да се приложи и в провинция Ню Йорк. В различна социална среда и в друго време. За да стигне до онези паметни слова, които остават в историята на американската юриспруденция и дават основата на свободата на пресата, закрепена по-сетне в Първата поправка на Конституцията на САЩ:

„Загубата на свободата е по-лоша от смъртта... Въпросът пред Съда и пред вас, господа съдебни заседатели, не е малозначителен или твърде частен. Това не е каузата на един беден печатар, нито пък единствено на Ню Йорк. Не! Със своите последствия този случай може да засегне всеки свободен човек, който живее под британско управление в континентална Америка. Това е най-добрата кауза. Каузата на свободата. И аз не се съмнявам, че вашето правилно поведение днес не само ще ви донесе обичта и положителната оценка на вашите съграждани. Но и всеки човек, който предпочита свободата пред робския живот ще ви благослови и почита, като хора, които са се противопоставили на тиранията и с една безпристрастна и почитена присъда са гарантирали за всички нас, за нашите наследници и съседи, че законите на нашата страна ни дават правото свободно да критикуваме и да се

противопоставяме на произвола на властта (поне в тази част на света) като говорим и пишем истината.”

Съдебните заседатели обезсилват приложението на закона и се произнасят – „невинен”. Делото „Зенгер” приключва с победа на свободата над репресията и злоупотребата с власт. Справедливостта, като висш правен принцип е защитена срещу беззаконието, облечено в правни норми. Създаден е съдебен прецедент – публичната критика срещу властта, която се основава на реални факти, не се счита за клевета. През следващите няколко десетилетия този принцип е възприет във всички североамерикански колонии и се превръща в правно-историческия фундамент за бъдещата конституционна уредба на свободата на печата в САЩ.

- II -

Една от проявните форми на ограниченията на властта е лимитирането на броя на мандатите на титуляра на изпълнителната власт в президентските системи, респ. на държавния глава в парламентарните и полупрезидентските. Това е общоприет принцип на съвременния конституционализъм. Неговите непосредствени правно-исторически основания се разкриват в конституционната история на САЩ.

Понастоящем действа Двадесет и втората поправка в американската конституция, която изрично урежда ограничение в броя на мандатите, за които едно лице може да бъде избрано за президент на САЩ – не повече от два 4-годишни мандата. Тази конституционна поправка закрепва изрично една неписана конституционна конвенция, съблюдавана повече от сто години, но прекъсната по времето на Франклин Делано Рузвелт, който служи четири поредни мандата в извънредните условия на Голямата депресия и Втората световна война. Това ограничение се отнася и до случаите, когато като последица от предсрочно прекратяване на правомощията на действащия президент, встъпва в длъжност вицепрезидента и заема поста повече от две години.

Ето как се формира тази конституционна традиция. Още в периода преди обявяването на Независимостта, в някои от североамериканските колонии са въведени изисквания за мандатност. Фундаменталните регулации на Кънектикът (*Fundamental Orders*) от 1639 г., например, установяват едногодишен мандат на колониалния губернатор и забрана за два последователни мандата. По-късно, след Независимостта, позовавайки се на традициите от времето на Римската република (509-47 г. пр.н.е.) създателите на щатската конституция на Пенсилвания от 1776 г. въвеждат мандатност на членовете на Законодателното събрание. Конституционният акт на Конфедерацията от 1781 г. – *Articles of Confederation* – също въвежда тригодишен мандат за членовете на Континенталния конгрес. В конституцията на САЩ обаче не са установени изрични ограничения в броя на мандатите на президента. Това става по пътя на политическата традиция, създадена от Джордж Вашингтон, който първо отказва да узурпира властта след успешния изход на Войната за независимост, а в последствие се оттегля след два мандата на президентския пост. За да се разбере в цялост политическото значение на тези актове на Вашингтон, следва да се има предвид цялостния историко-политически контекст в онези времена на кипеж.

През 60-те години на XVIII век съпротивата срещу британския суверенитет вече клокочи. Американските колонии са подложени на редица тегоби и ограничения в сравнение с останалите поданици на британската корона. Приетият през 1689 г. *Bill of Rights* гарантира съдебен процес с участието на жури, но за колонистите в Северна Америка Лондон налага извънредна юрисдикция на военните адмиралтейски съдилища. Наред с това, недоволството се разпалва и от поредицата прекомерни данъчни повинности, които метрополията въвежда в тринайсетте колонии. Митата за стоките, внасяни в колониите по силата на Закона за захарта от 1764 г., са станали драстични. Законът за гербовия налог от 1765 г. пък за първи път изисква всеки документ, списание, друго издание и дори картите за игра да носят гербови марки, за които се плаща съответна такса на кралската хазна. На всичкото

отгоре, същата година Британският парламент задължава колонистите да осигуряват за своя сметка подслон и храна на британските войници (Закон за разквартироването).

„Данъчното облагане без представителство е тирания”¹¹, провиква се Джеймс Отис¹² на градско събрание в Бостън през 1764 г. Брожението в Америка се разраства. През октомври 1765 г., в Ню Йорк се събират делегати от девет колонии (без Джорджия, Северна Каролина, Вирджиния и Ню Хемпшир). Те приемат резолюция до крал Джордж III, с която отхвърлят легитимността на данъците, с които ги облага Британската империя, защото колонистите не са представени в Парламента и нямат изборителни права. Следователно, казват те, в духа на *Bill of Rights*, единствено колониалните събрания имат властта да налагат данъци в колониите, защото само те представляват населението. И още - правото на съдебен процес с участието на жури е неотменно право, което е потъпкано с юрисдикцията на военните съдилища в колониите. Един от най-важните текстове в тази резолюция е, че британският Парламент не представлява колонистите, след като те не са участвали в избирането му.

Колониите започват да бойкотират внасяните от Англия стоки. Създава се патриотичната организация „Синове на Свободата”, която организира протести, издига дървени стълбове, окичени с призови за независимост¹³ и публично изгаря чучело на британския губернатор. През януари 1766 г. Градското събрание в Ню Йорк отказва да изпълни искането на главнокомандващия на британските войски в Америка генерал Томас Гейдж, в съответствие със Закона за разквартироването, нюйоркчани да осигурят храна и подслон на редовните армейски части. Стига се и до стълкновения...

¹¹ Smith, D.A. *Tax Crusaders and the Politics of Direct Democracy*, 1998, p. 21-23.

¹² Джеймс Отис (1725-1783) е адвокат и член на законодателното събрание в провинция Масачусетс.

¹³ Liberty Poles – високи дървени стълбове, окичени с проламации за независимост и срещу колониална Англия, които обикновено са издигани от американските патриоти на площадите в Бостън, Ню Йорк, Филадельфия и останалите градове от тринайсетте колонии в Северна Америка, както и из много частни имоти през 60-те и 70-те години на 18 век. Тази практика вдъхновява и служи за пример на революционерите във Франция, които издигат *arbres de la liberté* („дърво на свободата”).

Въпреки отмяната на Закона за гербовия налог през март 1766 г., когато Бенджамин Франклин се явява пред Британския парламент и пледира срещу него, напрежението се разраства. Скоро метрополията в Лондон издава нов закон, който прокламира изключителното право на Парламента да налага закони, валидни за цялата територия на империята. Нови данъци са наложени на американските колонии с *Таунсенд акт* през 1767 г. Стига се до Бостънското клане на 5 март 1770 г. и прословутото Бостънско „пиене на чай” през 1773 г. Въобще, оспорването на британския суверенитет бележи обществения живот на североамериканските колонии през следващите години. В опит да се координират усилията срещу Лондон се свиква Първият Континентален конгрес във Филаделфия с делегати от 12 колонии (без Джорджия).

Войната избухва на 19 април 1775 г. с битката при Лексингтън и Конкорд. На свикания през май Втори континентален конгрес се взема решение за създаване на Континенталната армия, а за неин главнокомандващ е определен генерал Джордж Вашингтон. В същото време Томас Пейн печели умовете и сърцата на патриотично настроените американци, публикувайки своя прочут памфлет „Здравият разум” през януари 1776 г., където прокламира републиканизмът и независимостта, като единствен път към по-добро бъдеще.

На 4 юли 1776 г. е приета Декларацията за независимостта, с която тринайсетте щата официално отхвърлят суверенитета на Британската империя, за да поставят началото на САЩ. На 9 юли провинциалното събрание на Ню Йорк утвърждава декларацията. В Манхатън въодушевени патриоти събарят статуята на омразния английски крал Джордж III, издигната на Боулинг Грийн и я пращат за претопяване във военни муниции. Тъкмо в тези дни, през юли-август 1776 г., войната стига до Ню Йорк. Британските войски - около 22000 души, в това число и 9000 германци¹⁴ - под командването на генерал Уилям Хоу се изправят срещу по-малобройната Континентална армия (около 19000 души), водена от Джордж Вашингтон.

¹⁴ Тези германци са били наричани хесианци. Това става и повод години по-късно в известния роман на Уошингтън Ървинг „Слийпи Холоу”, конникът без глава е описан като хесианец.

На 27 август 1776 г. става най-голямата битка до този момент на територията на Северна Америка - Битката за Бруклин, в която участват близо 40000 души (в т.ч. британските военноморски части). След драматично сражение, патриотите са изтласкани при Бруклинските възвишения¹⁵. Намесата на Франция ускорява края на войната и през 1783 г. в Париж е подписан мирният договор, по силата на който САЩ са признати за суверенна държава. Британските войски се оттеглят от Ню Йорк на 25 ноември 1783 г., а няколко дни по-късно, на 4 декември, в „Таверната на Франсис“¹⁶, която и до днес се намира на ъгъла на Броуд и Пърл стрийт във Финансовия квартал в Долен Манхатън, Джордж Вашингтон се сбогува с неговите офицери¹⁷. Освен красивата патетика на този жест, оттеглянето на легендарния пълководец съставлява именно този важен държавнически акт, който открива пътя на САЩ към демокрацията и гражданското управление. Имайки почти абсолютната власт, авторитет и военна мощ в ръцете си, Вашингтон дори и не помисля да узурпира властта на вече независимата държава, както и преди, и след това се е случвало неведнъж в Стария свят. Този негов акт често е сравняван с примера на Луций Квинкций Цинцинат от епохата на Римската република (V в. пр.н.е.), който на два пъти е призван от Сената да оглави империята, като консул и като диктатор, за да сломи бунтовници и врагове, след което сам се оттегля в провинциалното си имение, за да даде възможност на народните представители да управляват, според дадените им права.

Английският крал Джордж III първоначално очаква, че генерал Вашингтон ще поеме по пътя на авторитарното управление, което евентуално би спомогнало за възвръщане на изгубените британски позиции в бившите колонии. Когато научава за намерението на Вашингтон да се оттегли, той казва пророчески, че ако наистина стори това генералът ще стане най-великият човек

¹⁵ Вж Цеков, Б. Ню Йорк – олтарът на модерния свят. Изд. „Сиела“, 2011, 209 с.

¹⁶ Историческа сграда в Ню Йорк, построена през 1671 г. и неколккратно преустройвана през годините. В нея са се помещавали министерствата на финансите, на войната и на външните работи в годините след приемането на Конституцията на САЩ и встъпването в длъжност на Вашингтон като първия президент на САЩ, когато за кратко Ню Йорк е столица (1789-1790 г.)

¹⁷ Schlesinger, A. The Almanac of American History, 2004 Bromton Books, 138 p.

в историята. Така и става... Джордж Вашингтон – „пръв във войната, пръв в мира и пръв в сърцата на своите сънародници”¹⁸, в разрез с характерните политически практики на епохата се отказва от абсолютната власт, за да даде път на първата демократична републиканска конституция и на свободните избори. Избран е за първия президент на новата република, после е преизбран за втори пореден мандат, след което отново сам се оттегля от властта, с което създава конституционната традиция президентският пост да се заема не повече от два мандата. Традиция, която се следва неотклонно в по-сетнешната история на Америка и се възприема в повечето модерни конституционни системи. Рядък за времето си урок по лидерство, държавническа мъдрост и вяра в демократичните правила.

- III -

Общонационалният държавотворен кипеж на САЩ е особено отчетлив в конституционните дебати през 1877-78 г. Сблъсъкът е между антифедералистите, които подкрепят старата конфедерална форма на САЩ със силни щатски правомощия и символична централна власт, и федералистите – привърженици на новата конституция. Антифедералистите публикуват редица свои статии в нюйоркския печат под псевдонимите Като и Брут¹⁹. В отговор в нюйоркските вестници *The Independent Journal* и *The New York Packet*, се появява знаменитата поредица от 85 статии и есета на Александър Хамилтън, Джон Джей и Джеймс Медисън. Те стават известни като „Федералистките книжа” и проправят политическия път на американската конституция. За тях по-късно Томас Джеферсън ще каже: „това е най-добрият коментар за принципите на управлението, писан някога”.

¹⁸ Реч в памет на Вашингтон пред двете камари на федералния конгрес, произнесена от Лий Хенри (1756-1818) – известен деец на Американската революция, член на Континенталния конгрес, губернатор на Вирджиния, застъпник за приемането на Конституцията на САЩ, избран в Деветия Конгрес на САЩ (1799-1801), изт.: Biographical Directory of the United States Congress.

¹⁹ Furtwangler, Al. The Authority of Publius: A Reading of the Federalist Papers. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1984, p. 48-49.

В крайна сметка през юни 1788 г. конституцията е ратифицирана от щатите и влиза в сила през март на следващата 1789 г., когато в Ню Йорк се събира Първият Конгрес на САЩ, пред който полага клетва и първият американски президент – Джордж Вашингтон. Именно тогава институтът на конституционната клетва придобива съвременните си характеристики. Президентът Вашингтон пристига тържествено след 7-дневно пътуване от дома си в Маунт Върнън, по време на което навсякъде е посрещан с акламации, тържествени събрания и спонтанни митинги – Александрия, Балтимор, Уилмингтън, Филадельфия... Както свидетелства един холандски дипломат от това време, посрещането на легендарният пълководец и държавник в Ню Йорк е не по-малко вълнуващо²⁰. Специално построена баржа с облечени в бяло моряци и нарочна делегация от трима сенатори, петима конгресмени и трима представители на градските власти, обградени с цяла флотилия от плавателни съдове с местни нотабили и много граждани, пресича река Хъдсън, за да посрещне президента в отсрещния Елизабеттаун в щата Ню Джърси. Топовни салюти се чуват от Батарейта в южния край на Манхатън, когато Вашингтон стъпва на острова. Няколко дни Конгресът, който заседава във Федералната палата на Уолстрийт, уточнява процедурата по полагане на клетва, предвидена в чл. 2, ал. 8 от конституцията.

На 30 април 1789 г. президентът е поканен на тържествената сесия. На балкона на Федералната палата пред погледите на многолюдно гражданство Вашингтон полага предвидената конституционна клетва. Според някои исторически извори свещеникът, пред когото трябвало да се положи клетвата, се оказал без екземпляр от Библията. Наложило се бързо да донесат екземпляр на Светото писание от близка масонска ложа. Полагането на клетва с вдигната дясна ръка над християнска Библия се превръща в конституционна конвенция, съблюдавана от повечето американски президенти, с изключение на 26-я президент на САЩ Теодор Рузвелт през 1901 г., както и на 6-я президент Джон

²⁰ The Inauguration of George Washington, 1789. EyeWitness to History, www.eyewitnesstohistory.com (2005).

Куинси Адамс (1825 г.) и 14-я Франклин Пиърс (1853 г.), които полагат клетва над сборник с правни актове.

Тогава Вашингтон произнася тази първа конституционна клетва в историята на САЩ, чието съдържание е посочено в чл. 2, ал. 8 от конституцията: *„Аз тържествено се заклевам (или декларирам), че добросъвестно ще изпълнявам длъжността президент на Съединените щати и ще правя всичко, което е по силите ми, за опазване, защита и подкрепа на Конституцията на Съединените щати“*²¹. Вашингтон обаче прибавя накрая и фразата: *„И нека Господ да ни помага“*. Така възниква още един политически прецедент, който се превръща в конституционна традиция. Привнасянето на такъв религиозен елемент в конституционната клетва на президента на САЩ е характерно и до днес за американския конституционализъм, макар че понякога е предмет на политически полемики. Изключение прави отново 26-я президент Теодор Рузвелт, който завършва клетвата с израза *„Заклех се“*.

Следва да се отбележи, че точният текст на чл. 2, ал. 8 от конституцията на САЩ предвижда две форми на този конституционен акт – клетва (oath) или тържествена декларация (affirmation). Включването на втората форма – тържествената декларация – се свързва с влиянието на квакерите, които интерпретирали буквално библейския текст: *„А преди всичко, братя мои, не се кълнете ни в небе, ни в земя, нито с друга някоя клетва; думата ви да бъде: да, да и не, не, за да не паднете под осъждане“* (Иаков 5:12)²². Споменатият 14-ти президент Пиърс е единственият, който е използвал формата на тържествена декларация при встъпване в длъжност.

- IV -

Процесът на формиране на американската нация и развитието на американския конституционализъм във висока степен се припокриват. В онази

²¹ Цит. по Constitution of the United States of America, 1787. - превод: Кръстан Дянков, Люба Маджарова, 1981 г.

²² Съборно послание на Иаков, цит. По Библия, изд. на Светия синод на БПЦ, 1982 г.

епоха Америка се превръща в социално-политически образ на обетованата земя, в която всеки, който има куража да се качи на претъпканите емигрантски кораби и преживее тежкото пътуване, получава шанс за ново начало, за нов живот. За скъсване с несретата на тежкото минало, с житейски провали и изпитания, които всеки би искал да бъдат забравени. Никога преди това шансът да се случи такова нещо не е бил толкова реален. Онзи, който стори това неусетно скъсва със старите стереотипи и национални обвързаности. Идентифицира себе си с интересите, проблемите и ценностите на новото общество, в което попада. Така, постепенно, оформилото се още в периода на Войната за независимост американско самосъзнание, укрепва и става все по-видимо с всеки новодошъл на американска земя. Новият живот формира нова национална идентичност около споделени ценности – права и свободи, религиозна толерантност, демократично устройство.

Американската революция и нейните конкретно-исторически, ценностни и политически измерения неизбежно се преплитат със събитията и процесите в Европа и специално с перипетиите в политическите борби и интелектуалните търсения във Франция, Англия и Нидерландия. Налице е взаимно проникване на политически и конституционни идеи. В литературата има различни възгледи за това чие е преобладаващото въздействие – на френската Декларация за правата на човека и гражданина върху на американския Бил за правата или обратно²³. Независимо от гледната точка по този въпрос, следва да се подчертае, че Новата земя отвъд океана в онези години пленява европейското въображение. Това е така, защото там все още няма дълбоко враснали в социалната тъкан класови различия, религиозната и политическата свобода са значителни за своето време. В градовете на стария континент от уста на уста се предават разкази на преселниците за високи надници и ниски данъци в САЩ; за изобилие от плодородна земя, достъпна по закон за всеки; за липса на феодална аристокрация, за демократични порядки и религиозна толерантност.

²³ Танчев, Е., Белов, М. Сравнително конституционно право. Изд. „Сиби“, 2009, стр. 94.

Неслучайно годишните обръщения на американския президент се четат на глас и се поглъщат жадно от хората. Както пише един ирландски вестник от онова време: „Четяхме този документ все едно е писан за нас”²⁴.

Всичко това оказва своето интелектуално и политическо влияние в Европа. Френската революция също черпи идейно-политическо вдъхновение не само от обществените реалности във Франция, но и от републиката в Новия свят, от политическата реализация на идеите на „бащи-основатели“. Не е случайно, че Декларацията за правата на човека и гражданина, приета от френското Учредително събрание през 1789 г., освен на идеите на Просвещението, се обляга и на ценностите, възплътени в американската Декларация за независимостта, прогласена повече от десетилетие по-рано. Историческите хроники съдържат и интересни свидетелства за проявленията на това взаимно проникване и влияние. Томас Пейн²⁵, без да знае и дума френски, е избран в Учредителното събрание на Франция. Прочутото парижко кафене „Прокоп”²⁶ – средище на енциклопедистите и на дейците на революцията, отбелязва смъртта на Бенджамин Франклин на 15 юни 1790 г., след като френското Национално събрание обявява траур²⁷. Французинът Лафайет²⁸ пък се включва активно в политическите борби отвъд океана в първите дни на революционното усилие.

Показателен за значението, което се отдава в революционна Франция на идеалите на Американската революция, е един емоционално-символичен жест на маркиз Лафайет. След като разпорежда да бъде съборена Бастилията през

²⁴ Джонсън, П. История на американския народ, издателство „Рива”, 2002 г., стр. 318.

²⁵ Един от Бащите-основатели на САЩ (1737-1809 г.), изиграл огромна роля в идейното обосноваване на независимостта на САЩ от Великобритания и за формирането на американската нация. Автор на значими съчинения като „Здравият разум” (1776) и „Правата на човека” (1791).

²⁶ Кафене „Прокоп” е известно кафене в Париж, където са се събирал парижкият интелектуален елит в края на XVIII век, вкл. Волтер, Дантон, Робеспьер.

²⁷ Вж. Chinard, G. The Apotheosis of Benjamin Franklin Paris, 1790-1791.

²⁸ Маркиз дьо Лафайет е френски аристократ и офицер, участвал в Американската революция под командването на Джордж Вашингтон, а след завръщането си във Франция през 1788 е активен участник във Френската революция - инициатор на свикването на Генералните щати, участвал в изготвянето на проекта на Декларацията за правата на човека и гражданина и е назначен за предводител на френската Национална гвардия.

1790 г., той изпраща нейния главен ключ на президента Джордж Вашингтон в САЩ „в знак на признание за пътеводните американски принципи, които отвориха тези врати”²⁹. Както сам казва в писмото си Лафайет, като „мисионер на свободата” той дължи този жест към „нейния патриарх”. И до днес ключът от Бастилията, станала символ на деспотизма и стария режим, може да се види в Маунт Върнън - дома-музей на първия американски президент.

С всички особености на историческата епоха – все още демократичните възжеления се преплитат със съществуването на робството, изборителното право принадлежи за мъжете, които притежават собственост - но пътят към мащабна социална промяна и преодоляване на тези феодадни атавизми е открит. Конституцията на САЩ по дух и съдържание е еманация на зараждащата се епоха на либералния конституционализъм³⁰. Политическите институции, които учредява, „балансите и противовесите“, които характеризират американския модел на разделение на властите, механизмите за координация и взаимодействие в рамките на федералната конституционна система, са подчинени на ограничаването на властта и гарантирането на индивидуалната свобода³¹. В същото време, социално-политическите процеси в периода на приемане на конституцията съставляват преходен етап от колониално-феодадни към либерално-демократични политически отношения.

Анализът на ценностните и политически възгледи на „бащите-основатели“, изразени в дебатите по време на Конституционния конвент, дават основание да се приеме, че американската конституция по онова време закрепва баланса между политическата традиция и механизми от миналото и отварянето на политическата система към новите демократични тенденции, произтичащи от Американската революция. В този смисъл конституцията на САЩ не е

²⁹ Вж. Мораа, А. История на САЩ. София, изд. „Книгоцвет“, 1992, 523 с.; Б.а. Ключът от Бастилията и до днес са изложени в дома-музей на Вашингтон в Маунт Върнън.

³⁰ Вж. Близнашки, Г. Еволюция на конституционализма. София. УИ „Св. Климент Охридски“, 2017, стр. 142-183.

³¹ Вж. Друмева, Е. Конституционно право. София. „Сиби“, 2006 г., стр. 194-200.

радикален революционен документ, а израз на повече или по-малко осъзнат стремеж дълбоките социално-политически промени да протичат еволютивно и контролирано³². Характерният за правните системи на общото право път на съдебната практика прави възможно динамичното развитие на конституционната уредба, съобразно променящите се социални, политически и икономически условия. Разгледаните отделни епизоди от конституционната история на САЩ илюстрират именно това характерно за американския конституционализъм прерастване на политически практики в устойчиви конституционни традиции, които по пътя на трайното си и консенсусно прилагане или чрез изрично закрепване на конституционно ниво формират действащото конституционно право на САЩ.



³² Griffin, St. M. American Constitutionalism. From Theory to Politics. Princeton University Press, 1996, p. 16.

ПРАВЕН РЕЖИМ НА ДОНОРСТВОТО НА ГЕНЕТИЧЕН МАТЕРИАЛ В МЕДИЦИНСКИ АСИСТИРАНАТА РЕПРОДУКЦИЯ

Антония Илиева¹

Анотация:

Медицински асистираната репродукция предизвиква сериозни правни дебати в последното десетилетие, както в национален, така и в международен план. Значимостта на тематиката е допълнително подсилена от прогресивно нарастващия брой на партньорски двойки с проблеми в детеродната функция. Това обстоятелство налага необходимостта от усъвършенстване и непрестанно модернизиране на утвърдените методи и техники за изкуствено осеменяване, ин витро фертилизация, криопрезервация и др. Модерните медицинските методи за прилагане на асистираната репродукция, които практически се утвърждават в последните години, не могат да съществуват самостоятелно, ако едновременно с тях не се развива и правна уредба, регулираща дейността. Вниманието трябва да бъде обърнато и на развиващата се международна правна уредба в областта на медицински асистираната репродукция и въпросите свързани с нея. Утвърдените добри правни практики в международните законодателства на страните членки на Европейския съюз, биха могли да допълнят успешно националната ни правна уредба.

Ключови думи: Донорство, ин витро

Summary:

Medical-assisted reproduction has caused serious legal debates over the last decade, both nationally and internationally. The significance of the subject is further reinforced by the progressively increasing number of partner couples with problems in their reproductive function. This circumstance imposes necessity to improve and continuously modernize the established methods and techniques for artificial insemination, in vitro fertilization, cryopreservation etc. Development of medical methods for use of assisted reproduction cannot exist and apply independently if the pace of their dynamics does not match the pace of development of the specific regulation regulating the activity.

¹ Доктор по право, главен асистент по Административно право и Административен процес в Юридически факултет на ПУ "Паисий Хилендарски".

From a legal point of view, attention should also be paid to the evolving international legal framework in the field of medically assisted reproduction and related issues. Approved good practices in the international laws of the European Union member-states could successfully complement our national legal framework.

Keywords: donorship, in vitro

Правната уредба, регламентираща медицински асистираната репродукция се съдържа в Закона за здравето, раздел трети озаглавен „Асистирана репродукция“. В него е уреден общият правен режим по извършване на медицински асистираната репродукция, въпросите свързани с информираното съгласие на пациентите, общият режим на донорството на генетичен материал, правният статут на лечебните заведения, които осигуряват, използват и съхраняват генетичен материал, както и правомощията на Изпълнителна агенция по трансплантация, във връзка с поддържане на публичен и служебен регистър и контрола, упражняван върху дейностите по осигуряване на качество и безопасност при извършване на асистирана репродукция. Агенцията изготвя на всеки три години отчет до Европейската комисия относно извършените в Република България дейности по популяризиране и насърчаване на доброволното и безвъзмездното даряване на яйцеклетки, сперматозоиди и зиготи.

Донорството на генетичен материал в Република България е подробно правно уредено в Наредба № 28 от 20.06.2007г за утвърждаване на медицински стандарт по „Асистирана репродукция“, който доразвива алгоритъма за извършване на асистирана репродукция уреден в Закона за здравето. Глава трета от наредбата подробно описва условията и реда за вземане на сперматозоиди и яйцеклетки, а глава четвърта дава правна регламентация относно условията и реда за поставяне на гамети и зиготи. Условията и редът за вземане на ембрионални органи, тъкани и соматични, плацентни и амниотични клетки с цел трансплантация са разписани в Наредба № 37 от 28.09.2004г.

От юридическа гледна точка, правната регламентация в областта на медицински асистираната репродукция създава впечатление за изчерпателност и всеобхватност, но при един по-задълбочен анализ стават видни правните празноти, които се обособяват в следствие на многообразната казуистика, част от медицинската практика в последните години.

Един от практическите проблеми, свързан с донорството на генетичен материал при непартньорско даряване, който предизвиква правни дебати към настоящия момент е свързан с анонимното даряване. Съществуват три групи участници в този процес, чиито права могат да бъдат засегнати² :

- от една страна това е автономността и правото на личен живот на родителите;
- от друга страна е правото на личен живот на донора;
- и от трета страна е правото на детето да знае генетичния си произход;

Отчитайки сложните морално-етични отношения и правни връзки, които се създават между всеки един от посочените категории участници, можем да си дадем отговор на въпроса защо съществуват различни международни законодателни практики в различните страни по отношение на правния режим на донорството на генетичен материал.

При проведени дебати в Англия относно отмяната на анонимността на даряване, противниците ѝ изтъкват следните аргументи: “Промяната е неуспешна, защото ще доведе до намаляване броя на донорите, които ще се страхуват от контакт с децата и възникването на морални и финансови отговорности. Тези опасения в действителност се потвърждават“. След отмяната на анонимното даряване през 2006г. и 2007г. броя на донорите е намалял от 43% на 19%.

От друга страна родителите, които не признават, че са имали репродуктивни проблеми, не разкриват на децата си техния истинския произход. Проучването показва, че в случаите, когато децата са узнали за истинския си произход се губи безвъзвратно доверието в семейството и се поставя въпросът - валидно ли е в тези случаи да се прилага правото на установен произход. При него е важно да се създаде правна връзка родител-дете, докато правото на дадено дете да познава своите родители не води до създаване на правоотношението родител-дете. В случаите, когато се касае за анонимно донорство при асистирана репродукция, правото на детето да познава своите родители трябва да се отграничи от правото на установен произход³.

Алтернатива на дилемата за и против анонимното донорство е възприета в САЩ. Там е създадена система, при която може да бъде даряван генетичен материал анонимно или неанонимно.

² Кръстев. Радой, Митев. В., „Право и биоетика при асистираната репродукция в ЕС“, Изток Запад, с.26

³ Петрова, М.-, „За правото на установен произход и служебна тайна при асистираната репродукция“, Варненски недицински университет-Сборник 50 години Катедра “Социална медицина и организация на здравеопазването“, т.3, 2014г., с.52

Донорът е лицето, което взема решение по какъв начин да дари генетичния материал. След като е направил избор, бъдещите родители могат на следващо място да изберат чий донорски материал да използват. Това е компромисно решение, което дава възможност изборът за даряване на генетичен материал да бъде направен от донора на първо място. И от правна, и от морална гледна точка тази правна възможност е по-либерална. Всеки, който е решил да пристъпи към този акт на даряване трябва да разполага с възможността сам да избере начина на даряване, а не да бъде правно ограничен от действащата нормативна уредба.

Реципрочни на данните от Англия относно анонимността на даряване се регистрират в Швеция. След промяна на закона, там се сменя само профила на донорите на сперма-от млади студенти към зрели мъже със семейства. Не се наблюдава спад в броя на донорите, които са дарявали генетичен материал преди нормативната промяна.

След проведено проучване в Нова Зеландия, 68% от анкетираните донори на сперма са съгласни тяхната анонимност да бъде разкрита.

Привържениците на неанонимното даряване изтъкват, че при анонимното даряване не може да се контролира броя на децата родени от един донор. В повечето страни се разрешава до 20 бременности от един донор. В Холандия броят е до 25 бременности, но се водят дебати дали да не се намалят поради опасност от кръвнородствени връзки и генетични съображения.

Отговорност относно броя реализирани бременности от генетичния материал на един донор в Република България носят лечебните заведения, които съхраняват, контролират и използват донорския материал, както и Изпълнителна агенция по трансплантации като контролен орган (контролът се извършва въз основа на информационните данни, които отчитат лечебните заведения при вземане, съхраняване и използване на генетичен материал. Лечебното заведение създава за всеки донор отделно информационно досие. Данните от него се подават ежемесечно към ИАТ. Агенцията съхранява информацията в срок до 30г.).

И към настоящия момент у нас непартньорското донорство е анонимно. Изхождайки от естеството на процедурата по даряване при мъжете и жените, България страда от липса на повече дарени яйцеклетки от жени. Даряването на сперма е бърз, лесен и безболезнен метод. За разлика от това, при даряването на яйцеклетки жените преминават през различни етапи на хормонална стимулация, периодични изследвания и пункция, извършвана под анестезия за вземане на самите яйцеклетки.

Именно по-сложната процедура и липсата на каквото и да е заплащане на донорите лишава много двойки с репродуктивни проблеми от възможността да станат родители чрез използване на донорски материал. На донорите единствено се „възстановяват направените разходи в разумни размери, свързани само с акта на даряване (транспортни разходи, временна нетрудоспособност и др.).

Правният режим в Република България, който регламентира донорството на генетичен материал създава редица ограничения за всички участници в процеса. От една страна донорите не са стимулирани по никакъв начин да даряват генетичен материал, от друга - често пъти лечебните заведения се налага да съхраняват генетичен материал на донори, които не са посочили срок за съхранение в информираните си съгласия. Често пъти партньорските двойки пристъпват към медицински асистирана репродукция, но поради определени обстоятелства (раздяла, поредица от неуспешни опити и др.) се отказват от довършване на процедурите. В тези случаи, лечебното заведение не може да унищожи криосъхранения генетичен материал. Налага се или лицата да бъдат издирени за да подпишат декларация за информирано съгласие с определен срок за съхранение на генетичния материал, или да го съхранява до нормативно определения срок. Дългият период от около 5г. създава затруднения и финансови разходи за лечебните заведения. При невъзможност да открият донорите, лечебните заведения нямат предвидени правни механизми въз основа, на които да унищожат генетичния материал.

Възможност за незабавно блокиране или унищожаване на всички яйцеклетки, сперматозоиди или зиготи е предвидена в чл.132 а, ал.2 от Закона за здравето, но само ако използването им може да доведе до сериозна нежелана реакция или до сериозен инцидент.

Значителен е броят на страни, които в периода 2008-2017 г. възприеха практики по активно стимулиране на лицата, желаещи да станат донори. Заплащането на доноримъже е уредено в шест от страните с неанонимно даряване - Холандия, Великобритания, Финландия, Швеция, Белгия и Латвия. В четири страни - Великобритания, Холандия, Швеция и Финландия, се разрешава само неанонимно даряване на яйцеклетки, за което също се заплаща на донорите-жени⁴.

У нас липсват активни масови и публични кампании, които да информират обществото за нуждата от даряване на генетичен материал.

⁴ Кръстев. Радой, Митев. В., „Право и биоетика при асистираната репродукция в ЕС“, Изток Запад, с.104

Обикновено само двойките, които се сблъскват пряко с проблема на безплодието са изчерпателно запознати с процедурата и възможностите, които държавата предоставя за финансиране. Крайно незадоволително е нивото на провежданите публични кампании от страна на Фонда за асистирана репродукция относно медицинските възможности, които предоставя на партньорските двойки, видовете медицински диагнози, които покрива, размера на финансирането и броя на заплатените опити за зачеване.

Към настоящия момент на законодателно ниво не са правени опити за съвместно обсъждане с експерти от Българския лекарски съюз, неформални правителствени организации и медицински експерти и юристи, промяната на правния статут на анонимното донорство на генетичен материал. Нарастващият брой на двойките с репродуктивни проблеми (по данни за 2016г. общият брой на двойките с репродуктивни проблеми е около 200 000⁵.) ще създаде нужда от започване на подобен правен диалог на законодателно ниво.

Изводи:

От направения общ преглед на законовите и подзаконовите нормативни актове регулиращи дейностите по медицински асистирана репродукция се изведоха следните изводи и препоръки:

1. От направения общ правен преглед на действащата към настоящия момент нормативна уредба в Република България, регламентираща дейностите свързани с асистираната репродукция, впечатление прави, че нормативната уредба не покрива всички правно-практични въпроси, които възникват в ежедневната дейност на медицинските специалисти. Необходима е промяна от законодателна гледна точка, която да бъде съобразена и с международно утвърдените правни практики в областта на репродуктивното здраве.
2. Обособява се нуждата от правна промяна по отношение на анонимното донорство. Приемането на две самостоятелни форми на даряване на генетичен материал, анонимно и неанонимно, ще предостави възможност на донорите самостоятелно да изберат подчинени единствено на собствения си морал и самосъзнание, коя форма на даряване да предпочетат.

⁵ <http://www.vita.bg>

3. Даряването на генетичен материал, освен като човешки акт на доброта, е нужно да бъде стимулирано от страна на държавата и чрез заплащане. То ще компенсира създадените неудобства при провеждане на медицинския скрининг на донорите, както и ще повлияе стимулиращо спрямо лицата, които никога не са дарявали генетичен материал. Режимът, който би могъл да се регламентира по отношение на заплащането, трябва да е обвързан с профила на донора (мъже - жени), респективно и със сложността на процедурата по даряване. Заплащането може да се извършва еднократно и да бъде обвързано с определен брой дарявания за една календарна година. Съществува електронен масив на донорите, въз основа на който може да се извършва контрол относно броя на даряванията на генетичен материал.



ПРАВНО ЗНАЧЕНИЕ И ФУНКЦИИ НА ДЕПОЗИТАРЯ НА КОЛЕКТИВНИТЕ ИНВЕСТИЦИОННИ СХЕМИ

Александър Александров*

Анотация:

Статията има за цел да анализира правното положение на депозитаря на колективните инвестиционни схеми и причините за въвеждането на тази правна фигура, като едновременно с това се разгледат неговите роли и функции. Изследването поставя и въпроса и за отговорността на депозитаря и реда за нейното реализиране.

Ключови думи: договорен фонд, инвестиционно дружество, управляващо дружество, депозитар, колективни инвестиционни схеми, дялове

Abstract:

The article aims to analyze the legal position of the depositary of collective investment schemes and the reasons for the introduction of this legal figure, while considering its role and functions. The study also raises the question of the depositary's liability and the procedure for its implementation.

Key words: mutual fund, common fund, investment company, management company, depositary, collective investment scheme, shares, units

1. Въведение

Колективното инвестиране е явление, което придоби популярност в България през последното десетилетие, въпреки че в световен план то се развива вече повече от век. То дава възможност за инвестиционно управление на активи събрани от множество инвеститори в един общ фонд¹. Инвестиционната дейност в повечето случаи изисква значителен финансов ресурс, както и добри правни, финансови, икономически и маркетингови познания от страна на инвеститорите.

* Доктор по право, главен асистент по търговско право в Института за държавата и правото при БАН, хоноруван асистент по Гражданско право в ЮФ на ПУ „Паисий Хилендарски“.

1 Виж Williams, S. Unit Trusts. London, Woodhead-Faulkner, 1988, р. 7. Използвам понятието „фонд“ като синоним на имущество.

Появата на множество инвеститори, които разполагат с малък финансов ресурс и не притежават достатъчно познания, за да са в състояние сами да осъществяват финансово-инвестиционна дейност, води до необходимостта от създаване на правно-организационни форми, които да позволяват кумулиране на техните средства и последващото им управление, по начин който да донесе печалба на тези инвеститори. Така възникват различните правно-организационни форми за колективно инвестиране, измежду които са колективните инвестиционни схеми в техните две форми – инвестиционни дружества и договорни фондове. Различните форми за колективно инвестиране позволяват на това множество от инвеститори да се възползва от компетентно управление, осъществявано от професионалисти в областта на инвестиционната дейност. Това „доверяване“² на средствата на други лица, които да ги управляват е скрепено и със законодателни мерки за защита на инвеститорите. Една от тези мерки е въвеждането на фигурата на депозитаря, която играе ключова роля в дейността на инвестиционните дружества и договорните фондове.

Първоначално правното положение на депозитаря беше регламентирано с приетия през 1995г. Закон за ценните книжа, фондовите борси и инвестиционните дружества (ЗЦКФБИД), с който се постави началото на регулирания капиталов пазар в България и за пръв път се регламентираха инвестиционните дружества. Фигурата на депозитаря беше запазена и в новия Закон за публичното предлагане на ценни книжа (ЗППЦК), който влезе в сила на 30 януари 2000г. и отмени ЗЦКФБИД. След отмяната на Дял Четвърти от ЗППЦК през 2011г., където бяха регламентирани инвестиционните дружества, договорните фондове и функциите на депозитаря, тази правна материя намери своето място в новия Закон за дейността на колективните инвестиционни схеми и други предприятия за колективно инвестиране (ЗДКИСДПКИ), с който в нашето законодателство беше транспонирана Директива 2009/65/ЕС³.

Фигурата на депозитаря на колективната инвестиционна схема има своята правна уредба и в Европейското право. Тя е въведена за пръв път в Директива 85/611/ЕИО⁴, с която е регламентирана дейността на предприятията за колективно инвестиране в прехвърляеми ценни книжа, каквито са инвестиционните дружества и договорните фондове.

2 „Доверяването“ на средствата е една от характерните черти на предприятията за колективно инвестиране – виж Георгиев, Кр. Институционални характеристики на колективните схеми за инвестиции в ценни книжа. сп. Бизнес управление. Свищов, кн. 2, 2009г.

3 Директива 2009/65/ЕО относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно предприятията за колективно инвестиране в прехвърляеми ценни книжа (ПКИПЦК) (ОJ L 302, 17.11.2009, р. 32).

4 Директива на Съвета от 20 декември 1985 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно предприятията за колективно инвестиране в прехвърляеми ценни книжа (ПКИПЦК) позната още като UCITS I, ОВ L 375, 31.12.1985.

Директива 85/611/ЕИО има множество изменения, което закономерно доведе до нейната отмяна през 2009г., и замяната ѝ от Директива 2009/65/ЕС, известна още като Директива UCITS IV.

През 2014г. беше приета Директива 2014/91/ЕС⁵ известна още като Директива UCITS V. С тази директива се направиха някои изменения в Директива 2009/65/ЕС като се въвеждат нови правила по отношение на функциите на депозитаря, неговите задължения и отговорности, а така също и възможността за делегиране на негови функции на други лица.

2. Защо е необходима фигурата на депозитаря?

В исторически план не всички законодателства, които са регламентирали правно-организационните форми за колективно инвестиране са въвеждали изискване за наличие на депозитар⁶. Необходимостта от него проличава главно при неперсонифицираните форми като договорния фонд, където инвеститорите разполагат с по-ограничени права и имат преобладаващо пасивни функции в дейността без възможност да влияят върху управлението на фонда. Затова възниква необходимостта от едно трето независимо лице, което да контролира управляващото дружество и да защитава интересите на притежателите на дялове във фонда⁷. Тази цел проличава и от изискването на чл. 25 ЗДКИСДПКИ депозитарят и членовете на управителния и контролния му орган да не бъдат едни и същи или свързани лица с управляващото дружество или членове на неговия управителен или контролен орган. Депозитарят трябва да бъде в състояние да действа независимо и обективно. Депозитарят не може да извършва дейност, която да поражда конфликт на интереси между него, управляващото дружество, колективната инвестиционна схема или инвеститорите, освен ако конфликтите на интереси могат да бъдат установявани, управлявани, наблюдавани и разкривани пред инвеститорите.

5 Директива 2014/91/ЕС на Европейския парламент и Съвета за изменение на Директива 2009/65/ЕО относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно предприятията за колективно инвестиране в прехвърлими ценни книжа (ПКИПЦК) по отношение на депозитарните функции, политиката за възнагражденията и санкциите (OJ L 257, 28.08.2014, p. 186).

6 Така например, през 70-те години на миналия век в законодателството на Люксембург, където днес развиват дейността си множество колективни инвестиционни схеми, не е съществувало изискване за участие на депозитар в дейността ми. По същото това време обаче, такова изискване е съществувало в законодателството на Германия. Виж Kremer, Claude. Lebbe, Isabelle. Collective Investment Schemes in Luxembourg. Law and Practice. Oxford University Press, 2009, p. 308.

7 Въвеждането на фигурата на депозитаря при инвестиционните фондове е препоръчано в приета още на 19 Септември 1972г. Резолюция 72 (28) на 213-та среща на Комитета на министрите на Съвета на Европа.

В тази връзка чл. 127 ал. 1 Наредба № 44 на КФН⁸ задължава управляващото дружество да приеме в писмена форма политика за избягване и управление на конфликт на интереси.

Законодателната идея за въвеждането на фигурата на депозитаря си поставя цели в три насоки – да се осигури съхраняването на активите на колективната инвестиционна схема, да се подпомага дейността на управляващото дружество и да се осъществява контрол върху управлението на колективната инвестиционна схема с оглед защита интересите на инвеститорите. Първоначално необходимостта от фигурата на депозитаря възниква при неперсонифицираните форми за колективно инвестиране, но с времето такава необходимост се усеща и при персонифицираните форми, при които принципно инвеститорите разполагат с повече права и възможности да влияят върху управлението. При персонифицираната форма на колективна инвестиционна схема (инвестиционното дружество), инвеститорите имат възможност чрез участие в Общото събрание да променят състава на съвета на директорите и при условията предвидени в устава и закона косвено (чрез съвета на директорите) да прекратят договора с управляващото дружество (чл. 13 ал. 1 т. 9 във вр. с чл. 26 ал. 1 ЗДКИСДПКИ). Прякото упражняване на контрол от страна на инвестиционното дружество върху дейността и решенията на управляващото е изключено от чл. 31 ЗДКИСДПКИ. При неперсонифицираната форма (договорният фонд) притежателите на дялове не разполагат с никакви права за влияние върху управлението в т.ч. не биха могли и да прекратят договора с управляващото дружество, което е и учредител на фонда. То може да бъде заменено само в хипотезите на чл. 26 ал. 3 и при условия предвидени в Правилата на фонда (чл. 13 ал. 2 т. 13), ако въобще учредяващото фонда управляващо дружество предвиди условия за замяна различни от тези по чл. 26 ал. 3. Затова се налага едно независимо трето лице да защитава интересите им. С приемането на Директива 85/611/ЕИО фигурата на депозитаря стана задължителна в дейността и на двете форми на колективни инвестиционни схеми.

3. Кой може да изпълнява функциите на депозитар и как се уреждат отношенията с депозитаря?

Функциите на депозитар могат да се изпълняват от банка или инвестиционен посредник, които отговарят на специалните изисквания по чл. 35 ЗДКИСДПКИ.

⁸ Наредба № 44 за изискванията към дейността на колективните инвестиционни схеми, управляващите дружества, националните инвестиционни фондове и лицата управляващи алтернативни инвестиционни фондове е издадена на основание § 7 от ПЗР на ЗДКИСДПКИ и е приета с Решение № 129-Н от 20 октомври 2011 г. на КФН. Първоначално Наредбата е издадена със заглавие „Наредба № 44 от 20.10.2011г. за изискванията към дейността на КИС, инвестиционните дружества от затворен тип и управляващите дружества“ (Обн. ДВ, бр. 85 от 01.11.2011г., в сила от 01.11.2011). Изменение на заглавието е обнародвано в ДВ бр. 63 от 2016г.

До изменението на ЗДКИСДПКИ през 2013г. депозитар можеше да бъде единствено банка. Разширяването на възможностите за избор на депозитар се наложи поради увеличаващия се брой предприятия за колективно инвестиране.

Депозитарят осъществява дейността си по силата на договор, с който са му възложени функциите на депозитар. Този договор има характера на договор за поръчка. Съгласно чл. 3 Наредба № 44 договорът с депозитаря (наричан в чл. 3 споразумение) се сключва между управляващото дружество и депозитаря в писмена форма. Разпоредбата на чл. 35а ал. 2 ЗДКИСДПКИ също казва, че договорът урежда отношенията между управляващото дружество и депозитаря, но допълва, че депозитарят изпълнява функциите си по отношение на колективната инвестиционна схема. От минималното изискуемо съдържание на договора с депозитаря, посочено в чл. 3-7 Наредба № 44 и от задълженията на депозитаря по чл. 35а ЗДКИСДПКИ, се налага извода че договорът с депозитаря обвързва както управляващото дружество, така и самата колективна инвестиционна схема и създава права и задължения за всеки от тях. При сключването на договора с депозитаря управляващото дружество действа от една страна от името и за сметка на колективната инвестиционна схема (в редица текстове на ЗДКИСДПКИ като чл. 25 ал.3, чл.35а ал.4 т.1 и ал.7 т.2, чл.87 ал.1, се казва, че управляващото дружество действа от името и за сметка на колективната инвестиционна схема) и от друга страна от свое име, защото поема лично задължения спрямо депозитаря. Договорът с депозитаря урежда условията и редът за обмен на информация между управляващото дружество и депозитаря от една страна, и от друга страна създава права и задължения между депозитаря и колективната инвестиционна схема (напр. за съхранение на активи, извършване на плащания от името и за сметка на колективната инвестиционна схема, за заплащане на възнаграждение на депозитаря и др.). Конкретните права и задължения се определят от страните в договора и се допълват от законоустановени такива (чл. 35а ЗДКИСДПКИ). Това означава, че отговорността на депозитаря по чл. 37 ЗДКИСДПКИ за причинени вреди на колективната инвестиционна схема и на притежателите на дялове е договорна. Този извод се подкрепя и от чл. 7 т. 6 Наредба № 44, който изисква в съдържанието на договора с депозитаря задължително да бъде уредена отговорността на страните за неизпълнение на договорните задължения, включително отговорността на депозитаря и реда, по който притежателите на дялове могат да търсят такава отговорност съгласно чл. 37 ЗДКИСДПКИ.

В чл. 3-7 Наредба № 44 са уредени подробно изискванията към съдържанието на договора. Тъй като дейността на депозитаря е в интерес на една голяма общност от инвеститори, законодателят е въвел изискване за минимално задължително съдържание на договора, което да уреди най-важните въпроси от дейността на депозитаря и неговите

задължения. Този подход е избран, за да се внесе по-голяма яснота в отношенията между управляващото дружество, колективната инвестиционна схема и депозитаря и да не останат нерегламентирани някои от важните права и задължения, свързани с дейността на депозитаря. Съдържанието на договора се допълва и от редица законоустановени задължения на депозитаря (чл. 35а).

Договорът за депозитарни услуги е един от изискуемите документи по чл. 12 ал. 1 и чл. 13 ал. 1 ЗДКИСДПКИ необходими за издаване на лиценз за извършване на дейност като инвестиционно дружество и съответно разрешение за организиране и управление на договорен фонд и подлежи на проверка за неговата законосъобразност от КФН преди издаване на разрешението. Поради важните функции на депозитаря прекратяването на договора за депозитарни услуги и замяната на депозитаря е допустимо само след предварително одобрение от заместник-председателя на КФН (чл. 26 ЗДКИСДПКИ). Съгласно чл. 35а управляващото дружество може да сключи договор за съхранение на активи на една колективна инвестиционна схема само в един депозитар. Не се допуска една колективна инвестиционна схема да има няколко депозитара. По този начин се гарантира, че депозитаря има поглед и информация за всички активи, а отговорността при неизпълнение на задълженията на депозитаря се концентрира върху едно лице, при което на инвестиционното дружество и притежателите на дялове няма да им се налага да водят множество процеси за обезщетения.

Договорът с депозитаря може да бъде прекратен от управляващото дружество и съответно депозитаря да бъде заменен с друг освен на основанията предвидени в Устава на инвестиционното дружество, Правилата на ДФ (чл. 13 ал. 1 т. 8 и ал. 2 т. 12 ЗДКИСДПКИ) и самия договор (чл. 7 във вр. с чл. 6 ал. 1 т. 2 Наредба № 44), така също и с тримесечно предизвестие от страна на управляващото дружество (чл. 26 ал. 4). Последното е самостоятелно основание за прекратяване. Замяната на депозитаря обаче се допуска едва след получаване на предварително одобрение от зам.-председателя на КФН (чл. 18 ал. 1 ЗДКИСДПКИ).

4. Функции на депозитаря

Функциите на депозитаря могат да се разделят условно на четири групи:

- на първо място, това са функции, свързани със съхранение на активи на колективната инвестиционна схема. Депозитарят е задължен да съхранява активите, които

представяват безналични финансови инструменти в депозитарна институция по смисъла на §1, т. 26, буква "б" ДР на ЗПФИ (чл. 34 във вр. с чл. 35а ал. 7 ЗДКИСДПКИ). Към настоящия момент единствената такава депозитарна институция в България е Централен депозитар АД⁹. Депозитарят съхранява безналичните финансови инструменти, като открива клиентски подсети към своята сметка в депозитарната институция. Наличните финансови инструменти, които имат реално съществуване и могат да бъдат фактически предадени, както и паричните средства се съхраняват у депозитаря, ако е банка. Ако депозитарят е инвестиционен посредник парите се съхраняват в централна банка, кредитна институция, лицензирана банка от трета държава (не членка на ЕС) или колективна инвестиционна схема, която отговаря на специални условия по чл. 34 ЗПФИ. Законът принципно забранява на управляващото дружество да съхранява „на каса“ пари на колективна инвестиционна схема и съгласно чл. 67 Наредба № 44 е задължено да внесе в специална банкова сметка открита при депозитаря получените в брой суми от продажба на дялове, най-късно до края на следващия работен ден. Изключение от това правило е предвидено в чл. 38 ал. 4, който позволява на колективната инвестиционна схема да държи ликвидни активи в т.ч. и пари, но само с оглед изпълнение на задължението си за обратно изкупуване на дялове. Това изключение е предвидено с оглед разпоредбата на чл. 8 ал. 1 Наредба № 44 във вр. с чл. 18 ал. 5, който задължава колективната инвестиционна схема да поддържа такава структура на активите и пасивите, която да ѝ позволява във всеки един момент да изпълнява задължението си за обратно изкупуване¹⁰. С други думи, ако до края следващия работен ден няма постъпили искания за обратно изкупуване, то управляващото дружество е длъжно да внесе всички получени в брой средства по сметка на депозитаря. Може да задържи „на каса“ само тези средства, които са необходими за обратно изкупуване на дялове по вече постъпили заявки¹¹. Неспазването на това задължение е административно нарушение, за което е предвидена имуществена санкция, която се налага от зам.-председателя на КФН¹².

Депозитарят е длъжен да води отчетност, която позволява във всеки един момент да се разграничат съхраняваните активи за една колективна инвестиционна схема от друга, както и от активите притежавани от самия депозитар. Пред своите кредитори депозитаря не отговаря с активите съхранявани за колективна инвестиционна схема (чл. 36 ал.1 ЗДКИСДПКИ).

9 Правното положение и дейност на Централен депозитар АД е регламентирано в ЗППЦК и Наредба № 8 от 12.11.2003г. За Централния депозитар, издадена от КФН.

10 Така Решение № 5190 от 24.07.2013 г. на АдмС - София по адм. д. № 1622/2013 г.

11 Така Решение № 5125 от 23.07.2014 г. на АдмС - София по адм. д. № 733/2014 г.

12 Така Решение № 1441 от 10.03.2014 г. на АдмС - София по адм. д. № 4341/2013 г.; Решение № 2212 от 4.04.2014 г. на АдмС - София по адм. д. № 11159/2013 г., Решение № 5191 от 24.07.2013 г. на АдмС - София по адм. д. № 295/2013 г.

Това е логично, защото активите не са притежание на депозитаря, той само ги съхранява.

Съхраняването на активи на колективна инвестиционна схема извън депозитар застрашава съществено интересите на инвеститорите, тъй като води до невъзможност за депозитаря да осъществи предвидените от закона контролни функции. Съхраняването на активите извън депозитар, поставя под съмнение възможността му да следи за спазването на закона, Устава на инвестиционното дружество и Правилата на договорния фонд при изчисляване на стойността на дяловете и ограниченията свързани с разпределяне на риска, тъй като няма да е в състояние да извършва реална проверка на стойността на активите предоставяни му от страна на управляващото дружество на съответната колективна инвестиционна схема. Този факт съществено застрашава интересите на инвеститорите, тъй като е свързан с определянето на емисионната стойност на дяловете и цената за обратното им изкупуване¹³.

● Другата важна функция на депозитаря е свързана с извършване на плащания от името на колективната инвестиционна схема. Съгласно чл. 34 ЗДКИСДПКИ всички плащания от името на колективна инвестиционна схема се извършват от депозитаря. Управляващото дружество извършва действията по сключване на отделните договори за продажба и обратно изкупуване на дяловете, както и взема решения за инвестирането на набраните средства, но самите плащания се извършват от депозитаря и това е негово изключително правомощие. Съгласно чл. 3 ал. 1 т. 4 Наредба № 44 в договора между управляващото дружество, действащо от името и за сметка на колективната инвестиционна схема и депозитаря задължително трябва да се включи описание на процедурата, по която на депозитаря ще се осигури достъп до необходимата информация за изпълнение на задълженията му. Депозитарят трябва да бъде уведомен за плащанията, които следва да направи от името и за сметка на колективната инвестиционна схема. Плащането всъщност е техническа операция¹⁴, при която се извършва най-често безналично плащане, но няма пречка да се плати и в брой. На основание чл. 65 ал. 1 т. 5 при подадена поръчка за обратно изкупуване, в самата поръчка трябва задължително да се посочи и начина на плащане. Законодателят е възложил функцията по извършване на плащане на депозитаря от гледна точка на това, че той е трето лице, което действа независимо от управляващото дружество и осъществява цялостен контрол върху дейността на управляващото дружество.

13 В този смисъл виж Решение № 7036 от 20.11.2014 г. на АдмС - София по адм. д. № 2606/2014 г.

14 Виж Калайджиев, А. Коментар на закона за публичното предлагане на ценни книжа. София, ИК Труд и право, 2005, с. 584.

По този начин се гарантират в по-голяма степен правата на инвеститорите.

- Законът е възложил на депозитаря и функции по контрол и осигуряване на съответствието на цялата дейност на колективната инвестиционна схема със закона, Устава на инвестиционното дружество и Правилата на договорния фонд. Депозитарят контролира целия процес по издаване на дялове, продажба, обратно изкупуване, обезсилване (ако се извършва обезсилване) на дялове, изчисляване на нетна стойност на активите, определяне на стойността на дяловете. С договора за депозитарни услуги е възможно да се възложи на депозитаря изцяло изчисляването на емисионната стойност на дяловете и цената, по която се изкупуват обратно. Ако тази функция не му е възложена с договора за депозитарни услуги, тези стойности се изчисляват от управляващото дружество, а депозитаря има само контролни функции, като следи за правилното изчисляване (чл. 21 ал. 2 във вр. с чл. 35а ал. 2 т. 3). Депозитарят следи също дали всички плащания от инвеститори придобили дялове в колективната инвестиционна схема са постъпили по нейни сметки или на управляващото дружество¹⁵. Депозитарят води и отчетност на сметките, паралелна на тази, която води управляващото дружество и следи за съответствието между двата вида отчетност. Осигурява правилното разпределяне на дохода (в случаите когато договорен фонд разпределя доход) между притежателите на дялове в съответствие със закона и Правилата на договорния фонд.

- Законодателят е възложил на депозитаря и една допълнителна нетипична за него функция по управление, уредена в чл. 26 ал. 3 ЗДКИСДПКИ и в чл. 109 Наредба № 44. При отнемане на лиценза за извършване на дейност на управляващо дружество, което управлява договорен фонд, при неговото прекратяване или обявяване в несъстоятелност, управлението се предава на депозитаря, който поема управлението на договорния фонд за срок не по-дълъг от 3-месеца. Тъй като функцията по управление на договорен фонд от депозитаря е извънредна и нетипична за него, законодателят е ограничил времето за изпълнението ѝ. Липсата на правосубектност и органи при договорния фонд, както и невъзможността притежателите на дялове да управляват и представляват договорния фонд е накарало законодателя да предвиди допълнителни правомощия за депозитаря, които не са типични за неговата дейност и правно положение на трето независимо лице. Депозитарят трябва да извърши специалната процедура по чл. 109 Наредба № 44 по избор на ново управляващо дружество, което да продължи да управлява договорния фонд или да го преобразува чрез сливане или вливане¹⁶.

15 Законът допуска откриване на сметки на договорния фонд като вид колективна инвестиционна схема, въпреки че той не е юридическо лице, което следва да се приеме за правна фикция.

16 Съгласно чл. 141 допустимите форми на преобразуване на ДФ са само вливане и сливане.

В случай, че никое управляващо дружество не приеме поканата да поеме управлението или да я преобразува чрез сливане или вливане, или в случай, че избраното от депозитаря управляващо дружество не бъде одобрено от зам.-председателя на КФН, дейността на договорния фонд се прекратява и започва ликвидационно производство.

Процедурата по чл. 109 Наредба № 44 трябва да бъде проведена от депозитаря и в случай на прекратяване или разваляне на договора между инвестиционно дружество и управляващо дружество (чл. 26 ал. 1 и ал. 2 ЗДКИСДПКИ), при което обаче управлението не се поема от депозитаря, а по изключение от управителния орган (съвета на директорите), тъй като съгласно чл. 5 ал. 3 ЗДКИСДПКИ инвестиционното дружество се учредява винаги с едностепенна система на управление.

5. Отговорност на депозитаря

Върху депозитаря тежи задължението да осъществява дейността си с квалифицираната грижа на добрия търговец и единствено в интерес на колективната инвестиционна схема и притежателите на дялове (чл. 25 ал. 2). Съответно разпоредбата на чл. 37 ЗДКИСДПКИ разграничава отговорността на депозитаря на отговорност спрямо колективната инвестиционна схема и спрямо притежателите на дялове¹⁷. Това поставя въпроса дали депозитарят може да носи отговорност спрямо притежателите на дялове (акции) в инвестиционното дружество. Депозитарят е в договорни отношения със самото дружество, но не и с притежателите на дялове. Следователно няма основание депозитарят да носи договорна отговорност спрямо тях. По аналогия на деривативния иск по чл. 240а ТЗ следва да се приеме, че причинените от депозитаря вреди при изпълнение на задълженията му са вреди на инвестиционното дружество и то следва да отправи претенция за обезщетяването им спрямо депозитаря, а не пряко самите притежатели на дялове (акции) в инвестиционното дружество. Затова и разпоредбата на чл. 37 ЗДКИСДПКИ, която предвижда отговорност на депозитаря спрямо притежателите на дялове следва да се разбира като отговорност на депозитаря спрямо притежателите на дялове в договорния фонд, който е неперсонифициран и с когото депозитарят е в договорни отношения. Това означава, че депозитарят всъщност е в договорни отношения със самите притежатели на дялове в договорния фонд и те могат да претендират обезщетение за причинените им от депозитаря вреди на договорно основание, но не и

¹⁷ Въпреки, че не е казано изрично в чл. 37 депозитарят може да носи договорна отговорност и спрямо управляващо дружество, тъй като те са обвързани от сключения договор за депозитарни услуги, който създава права и задължения и между тях.

притежателите на дялове (акции) в инвестиционно дружество, независимо от формулировката в чл. 37 ал. 4¹⁸.

Отговорността на депозитаря по чл. 37 ЗДКИСДПКИ е уредена в две насоки - специална отговорност на депозитаря за загуба на финансов инструмент под попечителство (наличен финансов инструмент, който е предаден на депозитаря за съхранение – чл. 37 ал. 1) и обща отговорност за вреди претърпени от колективната инвестиционна схема или притежателите на дялове, които са резултат от небрежно или умишлено неизпълнение на задължения на депозитаря от служители на депозитаря или членове на управителен или контролен орган (чл. 37 ал. 4 ЗДКИСДПКИ). Общата отговорност има субсидиарен характер и се ангажира, доколкото не са налице условията за специалната отговорност по чл. 37 ал. 1. Въпреки, че в хипотезата на чл. 37 ал. 4 ЗДКИСДПКИ става дума за възлагане на работа, то тази отговорност не е деликтна като тази по чл. 49 ЗЗД, а договорна, като основанието за нейното ангажиране е неизпълнението на конкретно задължение на депозитаря по договора за депозитарни услуги. За ангажиране на отговорността по чл. 37 ал. 4 на депозитаря е необходимо лицето на което е възложено изпълнението на задължение да има виновно поведение, да е действало умишлено или небрежно, а депозитарят ще отговаря за чуждата вина¹⁹. Липсата на вина у третото лице ще освободи от отговорност депозитаря, като по правило вината при реализиране на гражданската отговорност се предполага до доказване на противното.

В случай на загуба на финансов инструмент, който му е поверен за съхранение (под попечителство) (чл. 37 ал. 2) депозитарят е задължен да възстанови на колективната инвестиционна схема финансов инструмент от същия вид или паричната му равностойност и то „без прекомерно забавяне“. Изборът за това дали депозитарят да възстанови финансов инструмент от същия вид или паричната му равностойност е предоставен на депозитаря, а при „прекомерно забавяне“ (което е фактически въпрос и се преценя в конкретния случай), колективната инвестиционна схема (има се предвид само инвестиционното дружество) и притежателите на дялове (тези, които притежават дялове в договорен фонд) могат да предявят осъдителен иск срещу депозитаря за упражняване на едно от тези две субективни права.

Законът предвижда възможност депозитарят да се освободи от отговорност, ако докаже, че загубата на финансовия инструмент е резултат от външно събитие, което е извън неговия контрол и чиито последици са неизбежни, независимо от предприетите мерки (чл. 37 ал. 3 ЗДКИСДПКИ).

18 В този смисъл виж също Kremer, Claude. Lebbe, Isabelle. Op. Cit., p. 324.

19 Виж Кожухаров, Ал. Облигационно право. Книга първа. София, Софи-Р, 1992г., с. 240.

Законът не поставя условието външното събитие да е непредвидимо или непредвидено по аналогия със случайното събитие или непреодолимата сила (чл. 306 ТЗ). Достатъчно е събитието да стои извън волята на депозитаря и неговите последици да са неизбежни, независимо от действията, които депозитарят би могъл да предприеме. Мярката за това са възможностите на депозитаря и достъпа му до средства, които съответстват на достигнатото от науката и техниката ниво на развитие²⁰.

Законът забранява изключването или ограничаването на отговорността на депозитаря чрез споразумение и прогласява изрично всяко такова споразумение за нищожно, като по този начин се защитават интересите на колективната инвестиционна схема и притежателите на дялове.

6. Кой може да предяви иск за вреди срещу депозитаря?

Съгласно чл. 37 ал. 1 и ал. 4 ЗДКИСДПКИ депозитарят отговаря спрямо колективната инвестиционна схема и спрямо притежателите на дялове за причинените им вреди. Както вече посочих по-рано тази разпоредба следва да се разбира като отговорност към инвестиционното дружество (персонифицираната форма на колективна инвестиционна схема) и отговорност към притежателите на дялове в договорния фонд като неперсонифицирана форма на колективна инвестиционна схема. Възниква въпросът кой може да предяви иск за реализиране на тази отговорност на депозитаря. Отговорът на въпроса изисква първо да се разгледа въпроса кой може да извършва правни действия от името на колективната инвестиционна схема и на притежателите на дялове.

Съгласно чл. 5 ал. 4 ЗДКИСДПКИ колективната инвестиционна схема се управлява от управляващо дружество по силата на сключен договор (договор за поръчка) и в съответствие с Устава на инвестиционното дружество или Правилата на договорния фонд. В различни разпоредби на закона се казва, че управляващото дружество действа от името и за сметка на колективната инвестиционна схема, което означава, че то не само я управлява, но и я представлява в предвидените в закона случаи. Управляващото дружество има ограничена по обем представителна власт, която произтича от закона. Законът не предвижда възможност управляващото дружество да предяви срещу депозитаря иск за защита на права принадлежащи на инвестиционното дружество, а само на права на притежателите на дялове (чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ).

²⁰ Виж Калайджиев, А. Облигационно право. София, Сиби, 2007г, с. 314.

По отношение на договорния фонд това не създава проблем, тъй като той е неперсонифицирана форма на колективна инвестиционна схема и се отъждествява с притежателите на дялове, а чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ дава възможност на управляващото дружество да предяви косвено т.е. от свое име права на притежателите на дялове т.е. да действа като процесуален субституент без да е необходимо да се конституират самите притежатели на дялове. Разпоредбата на чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ дава възможност и всеки един притежател на дялове в договорния фонд да предяви иск срещу депозитаря за причинените му вреди (както посочих по-рано това е недопустимо за притежателите на дялове в инвестиционно дружество, независимо от текста на чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ²¹). Проблем обаче възниква при инвестиционните дружества, които са самостоятелен правен субект, а законът не предвижда възможност управляващото дружество да предяви иск за защита на права на инвестиционното дружество срещу депозитаря за причинени вреди. Строго погледнато това означава, че искът трябва да се предяви от съвета на директорите на инвестиционното дружество, защото съгласно чл. 30 ал. 1 ГПК той представлява инвестиционното дружество (акционерно дружество) пред съдилищата, а логиката на законодателя е да се даде възможност именно управляващото дружество да предяви този иск. De lege ferenda е добре разпоредбата на чл. 37 ал. 7 да се допълни като се предвиди възможност не само притежателите на дялове, но и самата колективната инвестиционна схема да може да предяви иск срещу депозитаря косвено чрез управляващото дружество. Това, че управляващото дружество управлява и в много случаи представлява колективната инвестиционна схема, не означава, че разполага с обща представителна власт и може да представлява инвестиционното дружество пред съдилищата като законен представител. От друга страна управляващото дружество не е сред лицата посочени в чл. 32 ГПК, които могат да бъдат процесуални представители на страните в процеса по пълномощие, което налага de lege ferenda или да се предвиди такова право за управляващото дружество или да се предвиди изрично възможност като тази по чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ то да може да предяви косвен иск за защита на право на инвестиционното дружество и да действат като процесуален субституент, което в момента е предвидено само по отношение на притежателите на дялове, но не и по отношение на самите колективни инвестиционни схеми.

²¹Такова причиняване на вреди на притежателите на дялове в инвестиционно дружество е трудно мислимо, защото вредите биха били за самото дружество. Това е наложило и въвеждането на деривативния иск по чл. 240а ТЗ при акционерните дружества.

ПРЕДСТАВИТЕЛСТВОТО МЕЖДУ СЪПРУЗИ В СВЕТЛИНАТА НА ПРИНЦИПИТЕ НА ЕВРОПЕЙСКОТО СЕМЕЙНО ПРАВО*

Димитър Топузов²

Ключови думи: Принципи на Европейското семейно право, съпрузи, представителство, упълномощаване, имуществени отношения, управление и разпореждане с общото имущество

Key words: Principles of European family law, spouses, representation, authorization, property relations between spouses, disposition of community property

1. Увод

Принципите на Европейското семейно право относно имуществените отношения между съпрузите (ПЕСП) уреждат представителството между свързани с брак лица в Глава първа „Основни права и задължения на съпрузите“. Сам по себе си този факт свидетелства за особено значение на института на представителството за нормалното функциониране на имуществените отношения между брачните партньори. Въпреки това съпружеското представителство остава недобре проучено в българската правна доктрина, което налага провеждането на настоящото изследване.

Тази статия разглежда въпроса за представителството между съпрузи по нашата правна система в контекста на ПЕСП. Националната уредба и режимът на съпружеското представителство по ПЕСП ще бъдат съпоставени както по предметен обхват, така и с оглед на общественно-социалната оправданост на възприетите разрешения.

В първата част на изследването ще се потърсят хипотези на произтичащо от закона представителство между съпрузи при сделки с общо имущество. С оглед на това ще бъдат подложени на анализ застъпените в правната литература и съдебната практика тези за наличието на такова представителство като в зависимост от налагащите се изводи, разгледаните разбирания ще бъдат потвърдени или отречени. Доброволното представителство между обвързаните с брак лица също е предмет на анализ.

* Настоящата статия е част от работата на автора по проект, финансиран от Фонд „Научни изследвания“ на ПУ „П. Хилендарски“ с договор НИ15-ЮФ-014/24.04.2015г.

² Доктор по право, главен асистент в Юридическия факултет на ПУ „Паисий Хилендарски“.

В това направление целта е да се установи доколко българското право е в съответствие с гарантираната от ПЕСП свобода на основаното на волята на представлявания представителство между съпрузи. Ще бъде потърсен и отговор на въпроса дали е оправдано възприемането на познатата на ПЕСП и на някои чужди законодателства възможност за съдебно овластяване на съпруг да представлява брачния си партньор при невъзможност за упълномощаване. Накрая ще бъдат обобщени изводите и направените в хода на изложението предложения.

2. Представителство по силата на закона

2.1. Поставяне на въпроса

В редица правни системи законодателят е овластил в определени хипотези съпрузите да действат като особени законови представители един на друг. В част от юрисдикциите това овластяване е изрично, а в други произтича мълчаливо от нормативно възприетите разрешения³. По българското право липсва изрично овластяване на съпрузите да действат от името и за сметка на брачния си партньор. ПЕСП също не съдържа уредба на произтичащо от закона представителството между съпрузите, което да ни послужи за ориентир. Комисията по Европейско семейно право⁴ очевидно е предпочела да остави по-голяма свобода на националните законодатели по въпроса дали и доколко да овластят съпрузите взаимно да се представляват пред трети лица.

Отсъствието на нарочна уредба на съпругеското представителството обаче не означава липса на произтичаща от закона представителна власт. За да отречем или потвърдим наличието на такава, е необходимо да изследваме не само изрично изявената законодателна воля, но и тази, която имплицитно е вложена в правните норми.

Мъжът и жената имат равни права по българското право. Те са равни и като съпрузи съгласно чл. 46, ал. 2 Конституцията на Република България и чл. 13 СК⁵.

³ За различните подходи вж. **Boele-Woelki, K., F. Ferrand, C. G. Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens** Principles of European Family Law regarding property relations between spouses. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2013, p. 79-80.

⁴ За устройството и дейността на Комисията по Европейско семейно право вж. <http://ceflonline.net/history/>.

⁵ За принципа за равенство на съпрузите и неговото историческо развитие вж. **Топузов, Д.** Нищожност на брачния договор. С.: Сиела, 2016, с. 80-85, и цитираните там автори.

Бракът не засяга дееспособността на лицата и не поражда необходимостта от законово представителство⁶. Познатите в исторически план нормативни ограничения на дееспособността на омъжената жена са отречени. Пълната и равна дееспособност на съпрузите е въздигната и в принцип на Европейското семейно право относно имуществените отношения между съпрузите (Принцип 4:3).

Поради горното е безспорно, че всеки от съпрузите може да извършва самостоятелно правни действия, доколкото не се засяга пряко правната сфера на другия съпруг и децата. Нормално това е така при сделките с лично имущество. Необходимостта от охрана на жилищните нужди на семейството обаче е наложила при разпореждане със семейно жилище – лична собственост на единия съпруг да се изисква съгласието на брачния му партньор или разрешение на районния съдия, когато съпрузите не притежават друго жилище⁷. Разпореждането извършено в нарушение на това изискване ще е относително недействително спрямо съпруга – неособственик⁸. Сключената разпоредителна сделка с жилището може да му бъде противопоставена едва след изтичане на възможността за атакуването и в срок⁹. Противопоставимостта на разпореждането на съпруга – неособственик в тази хипотеза обаче очевидно не може да бъде обяснена с института на представителството, най-малкото защото страна по разпоредителната сделка с жилището е само съпругът – собственик. Така е и когато е налице съгласие от другия съпруг за извършеното разпореждане.

Що се отнася до сделките с общо имущество на съпрузите, нещата са по-сложни. Поради бездяловия характер на съпружеската имуществена общност (СИО) законодателят е установил различни (в сравнение с обикновената гражданска съсобственост) системи на разпореждане и управление, всяка от които трябва да бъде самостоятелно обсъдена. В някои от тези системи може да се мисли, че мълчаливо е заложена идеята за представителство между съпрузи.

⁶ Нещо повече, чл. 6, ал. 4 СК предвижда, че с встъпването си в брак непълнолетният се еманципира, тоест от ограничено дееспособен той става напълно дееспособен като тази му дееспособност търпи единствено ограничение при разпореждане с недвижим имот.

⁷ Вж. **Ненова, Л.** Семейно право. Нова редакция проф. д-р Методи Марков. Книга първа. С.: Софи-Р, 2009, с. 313; **Станева, А. – В: Цанкова, Ц., М. Марков, А. Станева, В. Тодорова, В. Петров, Е. Балева, Б. Дечева, В. Мичева** Семейен кодекс. Приложен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. С.: ИК „Труд и право“, 2015, с. 101.

⁸ Вж. ТР № 5-2014-ВКС, ОСГТК, т. 2.

⁹ С оглед на възприетата в ТР № 5-2014-ВКС, т. 2, теза следва да се приеме, че съпругът – неособственик може да оспори разпореждането по исков ред в рамките на общата 5-годишна погасителна давност и безсрочно с възражение. Вж. **Станева, А. – В: Цанкова, Ц., М. Марков, А. Станева, В. Тодорова, В. Петров, Е. Балева, Б. Дечева, В. Мичева** Семейен кодекс. Приложен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. С.: ИК „Труд и право“, 2015, с. 104.

При потвърждаване на това предположение ще следва да се очертае приложното поле на представителството, защото извън обхвата му никой от съпрузите няма да може да действа от името и за сметка на брачния си партньор. Проблемът ще бъде разгледан в следващите редове.

2.2. Особено законово представителство при сделки на управление на общото имущество

Съгласно чл. 24, ал. 2 СК управлението на общо имущество може да извършва всеки един от съпрузите. Кой действия са на управление и кои на разпореждане законодателят не е посочил изрично, но въпросът е изяснен с ТР № 91–1974–ВС, ОСГК. Съгласно дадените с него указания действия на обикновено управление са тези, които са насочени към запазване и поддържане на имуществото, събиране на доходи, използване, изплащане на задължения, сключване на договори за наем до три години и др. действия, които не водят до прехвърляне, видоизменяне, ограничаване или прекратяване на права.

Въпросът е как следва да се обясни нормативното разрешение всеки един от съпрузите да може да извършва сделки на управление с общото имущество. Според Лиляна Ненова¹⁰ в този случай се касае за особено представителство между съпрузи. Това разбиране се поддържа и в новата семейноправна литература¹¹. Тезата се отрича от друга група автори. Витали Таджер не споделя разбирането за особено законово представителство, понеже според него съпругът, еднолично извършил сделката с общо имущество, не действал от името на другия съпруг, а от собствено име¹². Таджер признава обаче, че правните последици от сделката възникват и за двамата съпрузи¹³. За Васил Гоцев също не става въпрос за особено представителство, а за ново правно явление. Той приема, че еднолично извършената сделка няма действие по отношение на неучаствалия при сключването ѝ съпруг¹⁴.

¹⁰ Вж. **Ненова, Л.** Семейно право. Тълкувателен справочник. С., 1990, с. 81-82, и Семейно право. Нова редакция проф. д-р Методи Марков. Книга първа. С.: Софи-Р, 2009, с. 298-299.

¹¹ Вж. **Матеева, Е.** Семейно право на Република България. С.: ВСУ „Черноризец Храбър“, 2010, с. 134; **Станева, А.** – В: **Цанкова, Ц., М. Марков, А. Станева, В. Тодорова, В. Петров, Е. Балевска, Б. Дечева, В. Мичева** Семейен кодекс. Приложен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. С.: ИК Труд и право, 2015, с. 76; **Todorova, V.** – In: **Boele-Woelki, K., B. Braat, I. Curry-Sumner (eds)** European family law in action. Volume IV: Property relations between spouses. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2009, p. 218.

¹² Вж. **Таджер, В.** Действие на обикновено управление с общи вещи на съпрузите. – Социалистическо право, 1973, кн. 8, с. 10.

¹³ Пак там.

¹⁴ Вж. **Гоцев, В.** Имуществени отношения между съпрузите по Семейния кодекс. С., 1988, с. 72-73.

Намирам за житейски неоправдано твърдението, че при едноличните сделки на управление с общото имущество, извършилият сделката съпруг действа само от свое име. Напротив. Семейството е икономическа единица. Съгласно чл. 14 СК отношенията между съпрузите се изграждат на основата на разбирателство, взаимност и общи грижи за семейството.

Това са не само изискванията на законодателя към брачните партньори, но и очакванията на самите съпрузи един към друг¹⁵. В общия случай съобразно посочените изисквания на закона и морала се развиват и действителните отношения в брака. Нормално съпругът, извършил самостоятелно управленската сделка, го прави със съзнанието, че е поел грижата за семейните работи¹⁶ и действа не само в лично качество, но и от името на брачния си партньор. Нещо повече, третото лице – контрагент също в общия случай е със съзнанието, че влиза в отношения със съпрузите.

Не е приемливо и разбирането, че еднолично сключената сделка на управление не обвързва другия съпруг. Безспорно е, че една от целите на правилото за извършване на сделки на управление от всеки един от съпрузите е да се гарантира по-голяма сигурност за третите лица¹⁷. Но каква гаранция биха получили те от правилото на чл. 24, ал. 2 СК, ако неучаствалият в сделката съпруг няма да е обвързан от нея?! Това би означавало например този съпруг да може да си върне еднолично отдадената под наем вещ, без наемателят да може да му противопостави сключения договор. Ако неучаствалият в управленската сделка съпруг не е обвързан от нея, разглежданото правилото в голяма степен се обезсмисля.

Щом обаче приемаме, че сделката е задължителна не само за съпруга, който е изразил воля за нейното извършване, а и за брачния му партньор, то трябва признаем на последния и правата по породеното правоотношението.

¹⁵ Съвременните социологически изследвания показват, че е налице широк обществен консенсус за дължимото съдържание на брачната връзка – съпрузите следва да се зачитат един друг, да осъществяват съвместно ръководството на брачния съюз и семейните работи, да си оказват взаимопомощ. Вж. **Динкова, М.** Бракът като представа, ценност и реалност. Доклад от емпирично социологическо изследване. С.: АССА-М, 1997, 51-59.

¹⁶ Това е разбирането и на **Попов, Л.** Имуществена общност на съпрузите. С., 1969, с. 57. Според автора: „Като изхожда от близките отношения между съпрузите, от взаимното доверие, което нормално съществува между тях, и от стремежа на всеки съпруг в обикновения случай да действа в интерес на семейството ... Семейният кодекс дава право на всеки от съпрузите да извършва действия на обикновено управление сам, без да взема съгласието на другия съпруг.“ В същия смисъл и **Гоцев, В.** Цит. съч., с. 73, който изтъква, че при установяването на правилото за едноличното управление законодателят е изхождал от особените отношения в брака „... и това, че при нормалното тяхно развитие, което е обичайното, действията на всеки от съпрузите са насочени към съхраняването на общите вещи и осъществяване интересите на другия съпруг и семейството.“

¹⁷ Това се признава изрично и от **Гоцев, В.** (пак там.), който не приема, както вече споменах, че еднолично извършената сделка на управление с общо имущество обвързва неучаствалия при нейното сключване съпруг.

Иначе, в дадения пример с договора за наем, неучаствалият при сключването му съпруг, ще трябва да търпи договора в правната си сфера, но няма да може нито да търси изпълнение по него, нито да го развали поради неизпълнение, нито да упражни други, принадлежащи на страните права. Такова разкъсване на правоотношение би било напълно неоправдано.

Изложеното ми дава основание да подкрепя тезата за особеното законово представителство между съпрузи в случаите на еднолични управленски сделки с общо имущество. Разбира се, това представителство разкрива някои отклонения, които обаче никога не са били оспорвани от поддръжниците на подкрепеното разбиране. Тези отклонения са добре изяснени в доктрината и съдебната практика, поради което тук няма да бъдат разгледани.

2.3. Презумптивно представителство при сделки на разпореждане с общо имущество?

Съгласно чл. 24, ал. 4 СК разпореждането с вещно право върху обща недвижима вещ, извършено от единия съпруг, е оспоримо. Оспорими са също извършените разпоредителни сделки с общи движими вещи, когато разпореждането е безвъзмездно или за неговата действителност е предвидена писмена форма с нотариална заверка на подписите (чл. 24, ал. 5 СК). Не съществува единомислие обаче по въпроса как трябва да се разбира изразът „разпореждането е оспоримо”.

В теорията и практиката са изразени различни виждания за същността на еднолично извършената сделка на разпореждане с общо имущество¹⁸. Склонен съм да споделя разбирането, че разпореждането произвежда последици¹⁹. Именно затова то е оспоримо. В случай че не пораждаше действие, не би имало какво да се оспорва. Ако законодателят е изхождал от идеята, че оспоримата сделката произвежда само obligatoren, но не и вещен прехвърлителен ефект, не би следвало да говори за „разпореждане” – термин с конкретно юридическо съдържание, означаващ прехвърляне, отчуждаване на право.

¹⁸ За различните тези вж. **Герджиков, О.** За значението на съгласието на неучастващия в разпоредителната сделка съпруг. – Социалистическо право, 19781, кн. 9, с. 32 и сл., и **Русчев, Ив.** Действие на разпореждане от единия съпруг с вещи–съпругеска имуществена общност. – Съвременно право, 1994, кн. 5, с.7 и сл.

¹⁹ В подкрепа на тази теза вж. **Ненова, Л.** Семейно право. Нова редакция..., кн. първа, с. 301; **Станева, А. – В: Цанкова, Ц., М. Марков, А. Станева, В. Тодорова** Коментар на новия Семейен кодекс. С.: ИК Труд и право, 2009, с. 76; **Марков, М.** Семейно и наследствено право. Помагало. С.: Сиби, 2011, с. 54; **Тодорова, В.** Новият семеен кодекс и съвременните ценности в семейството, брака и грижата за децата. – В: Новият Семейен кодекс. Семейството – гнездо или клетка? С.: Апис, 2009, с. 98. Обратно **Матеева, Е.** Цит. съч., с. 136-137.

Следователно би трябвало да се приеме, че приобретателят по разпоредителната сделка, извършена от единия съпруг с вещ – СИО ще стане неин собственик. Неучаствалият в сделката съпруг ще може да се защити като я оспори в 6-месечен срок от узнаването, но не по късно от 3 години от нейното сключване. Това той може да направи само по исков ред. Ако искът бъде уважен, правните последици на незаконосъобразната сделка ще отпаднат с обратна сила. Според преобладаващото разбиране само за неучаствалия при разпореждането съпруг²⁰.

Поставя се въпросът как да се обясни обстоятелството, че в разглежданите случаи еднолично извършеното разпореждане с вещ – СИО произвежда действие. Сключилият сделката съпруг „отчасти“ се разпорежда с чужди права – тези на брачния си партньор, и все пак разпореждането поражда последици.

Би могло да се предположи, че и тук става въпрос за особено законово представителство между съпрузи²¹. Но веднага се поражда съмнение. Ако е налице законово представителство, то остава без обяснение възможността неучаствалият в сключването на сделката съпруг да я оспори. При представителството правните последици възникват окончателно в правната сфера на представлявания, а тук окончателната съдба на разпореждането е поставена в зависимост от последващ акт на неучаствалия съпруг. Това своеобразно явление съдебната практика означава с термина „презумптивно представителство“²². Нека да проверим обаче дали той отразява точно съдържанието на наблюдаваното явление. Въпросите се налагат от само себе си. Презюмира ли законодателят представителството между съпрузи? Какво би трябвало да бъде съдържанието на една такава презумпция?

Считам, че за да приемем наличието на презумпция за представителство, най-напред следва да установим нормативно предположение за овластяване на съпруга, извършил сам разпоредителната сделка. Ще е нужно още да се констатира, че законът предполага и намерението на извършилия сделката съпруг да я сключи не само за себе си, но и от името и за сметка на брачни си партньор²³.

²⁰ Вж. по-подробно **Цанкова, Ц., М. Марков, А. Станева, В. Тодорова, В. Петров, Е. Балевска, Б. Дечева, В. Мичева** Цит. съч., с. 77-78.

²¹ Така е например по правото на Унгария за сделките с недвижими имоти. Вж. **Weiss, E., O. Szeibert** – In: **Boele-Woelki, K., B. Braat, I. Curry-Sumner (eds)** European family law in action. Volume IV: Property relations between spouses. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2009, p. 222.

²² Вж. Решение № 915 от 07.02.2006 г. по гр. д. № 1160/2004 г. на ВКС, II гр. о.; Решение № 3 от 27.01.2009 г. по гр. д. № 5356/2007 г. на ВКС, Г. К., IV гр. о.; Решение № 718 от 23.12.2009 г. по гр. д. № 1968/2008 г. на ВКС, Г. К., I гр. о.; Определение № 120 от 17.03.2016 г. по ч. гр. д. № 804/2016 г. на ВКС, II гр. о.

²³ Това се приема за даденост без аргументи в Определение № 120 от 17.03.2016 г. по ч. гр. д. № 804/2016 г. на ВКС, II гр. о.

Най-сетне ще трябва да приемем, че се презюмира и волята на третото лице – контрагент да встъпи в правоотношение и с другия съпруг.

Трудно може да се поддържа, че законодателят предполага наличието на представителна власт между съпрузите при еднолично разпореждане с общо имущество. Наличието на такава презумпция не се установява, а извеждането и по тълкувателен път не би трябвало да е възможно. От изискванията за грижа, подкрепа, взаимност и доверие не следва извод за презумптивна представителна власт. Ако законодателят предполагаше представителство при сделките на разпореждане с имуществата, попадащи в обхвата на общността, императивното изискване на чл. 24, ал. 3 СК за съвместно разпореждане с тях не би било логично. Отделен е въпросът, че при едноличните разпореждания с общо имущество без надлежно овластяване, щом такава няма, по същество би трябвало да говорим не за презумпция, а за фикция.

От друга страна, как да се предполага, че съпругът действа от и за сметка на брачния си партньор, когато сам по себе си фактът, че се е отклонил от повелята за съвместно разпореждане говори за това, че отношенията в брака не се развиват по очертания от законодателя модел.

Волята на третото лице – контрагент да влезе в правоотношение и с неучаствалия при извършване на сделката съпруг също не би могла да се предполага. За такава воля принципно би могло да се говори само когато контрагентът съзнава, че предмет на разпореждането е вещ – СИО. На практика обаче в преобладаващия брой случаи до сключване на оспорима на основание чл. 24, ал. 4 СК сделка се стига при неправилна констатация за статута на отчуждаваната вещ. Дори когато приобретателят е съзнавал, че вещта е обща, посредством игнорирането на изискването за съвместно разпореждане, той сякаш демонстрира именно намерение да влезе в правоотношение само с единия съпруг. Разбира се, в някои хипотези причината за нарушаването на изискването би могла да бъде и друга.

Поради изложено съм склонен да приема, че означаваното с термина „презумптивно представителство“ явление не може да се счита за представителство. Обяснението за действието на извършеното от единия съпруг разпореждане с общата вещ трябва да се потърси другаде. Касае се за явление, което трудно може да бъде отнесено към класическите гражданскоправни институти. По-нататъшното му изследване не би могло да стане в рамките на настоящата статия.

2.4. Представителство при разпореждане с движими вещи?

Както вече беше споменато, при безвъзмездно разпореждане с обща движима вещ или при разпореждане, за което се изисква писмена форма с нотариална заверка на подписите, се прилага правилото на чл. 24, ал. 4 СК. Това означава, че когато такава разпореждане е извършено еднолично от единия съпруг, другият може да го оспори по исков ред. Хипотезата бе подробно разгледана в предходния параграф. Тук само ще отбележа за пълнота, че правните последици, които разпореждането произвежда до момента на неговото оспорване не могат да бъдат обяснени с института на представителството.

При разпореждане с вещно право върху обща движима вещ чрез възмездна сделка, за действителността на която не се изисква писмена форма с нотариална заверка на подписите, нещата са по-сложни. В тези случаи действието на еднолично извършеното разпореждане е поставено в зависимост от добросъвестността на третото лице. То ще придобие правата, предмет на разпоредителната сделка, ако не е знаело или според обстоятелствата не е могло да знае, че липсва съгласие на другия съпруг за нейното извършване. Пита се, наблюдава ме ли в разискваната хипотеза своеобразно законово представителство? Въпросът се поставя, доколкото придобиването на права при условията на чл. 24, ал. 5, изр. първо СК не е оригинално като това по чл. 78 ЗС, а се основава на правоприемство²⁴.

На първо място, следва да се приеме, че при наличието на визираните в разпоредбата на чл. 24, ал. 5 ЗЗД предпоставки, едноличната сделка поражда последици и за неучаствалия при нейното извършване съпруг²⁵. В противен случай, добросъвестният контрагент не би могъл да придобие движимата вещ, предмет на едноличното разпореждане. Обяснението за това е просто – извършилият сделката съпруг не притежава правата, които отчуждава, а придобивният способ е произведен. Следователно законодателят допуска изразената от извършилия едноличното разпореждане съпруг воля да ангажира и правната сфера на другия съпруг, в случаите, в които третото лице е било добросъвестно. Изложеното сякаш ни води към разбирането за особено представителство.

²⁴ Вж. Ненова, Л. Семейно право. Нова редакция..., кн. първа, с. 307, и Матеева, Е. Семейно право ..., с. 138-139.

²⁵ Така Марков, М. Семейно и наследствено право. Помагало. С.: Сиби, 2011, с. 56.

В случаите по чл. 24, ал. 5 обаче не бихме могли да открием воля на разпоредилия се съпруг да действа не само от свое име, но и от името и за сметка на брачния си партньор. Напротив, нормално извършилият отчуждителната сделка съпруг не съзнава или не зачита правата на другия съпруг върху общата вещ. В случаите, в които волеизявление по сделката прави само единият съпруг, но със знанието и без противопоставянето на брачния си партньор, би следвало да се приеме, че е налице мълчаливо (търпяно) овластяване²⁶ и разпореждането изобщо не може да се разглежда като еднолично.

Как стоят нещата от гледна точка на третото лице – контрагент. Струва ми се, че в общия случай то също не сключва сделката с намерение да влезе в правоотношение с двамата съпрузи. Текстът на закона обаче създава друго впечатление. Съгласно чл. 24, ал. 5 СК „...третото лице придобива правото, ако не е знаело или според обстоятелствата не е могло да знае, че липсва съгласие на другия съпруг“. Така формулирано изискването за добросъвестност сякаш предполага наличието на знание, че вещта, предмет на разпореждането, е СИО и че третото лице е със съзнанието, че договаря с двамата съпрузи. Едва ли не в тази хипотеза съгласието на другия съпруг се презумира, доколкото не следва друго от обстоятелствата. Едно такова разбиране обаче напълно противоречи на общата идея разпоредителните действия с общите имущества да не могат да се извършват еднолично от който и да е от съпрузите, понеже това разкрива опасност за интересите на другия съпруг и семейството като цяло. С оглед на това намирам, че разумът на правилото на чл. 24, ал. 5 СК е друг – когато се е стигнало до еднолично разпореждане с общата движима вещ, третото лице да я придобие, щом не е било възможно да установи, че са били нарушени изискванията за това разпореждане.

Едни от най-значите случаи, попадащи, по мое мнение, в приложното поле на чл. 24, ал. 5 СК, се свеждат до разпореждане с движима вещ – СИО, статутът на която третото лице не би могло да установи при нормално дължимата грижа за интересите си. Например един от съпрузите обявява за продажба в интернет закупена през време на брака техника. Напълно непознато лице проявява интерес и я купува. Третото лице следва да се счита за добросъвестно.

²⁶ За този начин на овластяване вж. подробно Таков, Кр. Доброволно представителство. С.: Сиби, 2008, 129-130.

Неформалният характер на придобиването на движими вещи прави практически невъзможно купувачът да установи точния момент, в който техниката е придобита и естеството на придобивния способ, а от тези обстоятелства зависят правата на съпрузите. Впрочем, трудно може да се поддържа, че третото лице е било изобщо длъжно да изследва семейния статус на продавача.

Най-сетне следва да се отбележи, че представителството е правомерно явление, докато в приложното поле на чл. 24, ал. 5 попадат все хипотези, в които изискването за съвместно разпореждане с общото имущество не е било съобразено. Както съзнателното, така и несъзнателното нарушаване на това правило следва да се квалифицира като незаконосъобразно по поведение.

С оглед на изложеното намирам, че действието на еднолично извършеното възмездно разпореждане с обща движима вещ в полза на добросъвестно трето лице не може да бъде обяснено с института на представителството. Касае се за различно по същността си правно явление.

3. Доброволно представителство и *de lege ferenda* представителство въз основа на овластяване от съд

Според разясненията, дадени от ППВС № 5-1972, т. 6, съпрузите могат да са страни по всички позволени от закона правни сделки. Такава сделка е и упълномощаването. Договорното представителство между съпрузи е не само допустимо, но и често срещано на практика. Това се обяснява с обстоятелството, че упълномощаването предполага отношения на доверие между пълномощник и упълномощител²⁷, каквито са нормално отношенията в брака. Заслужава да се отбележи, че съпругът е сред възможните пълномощници дори тогава, когато законодателят установява ограничения по отношение на лицата, които могат да бъдат упълномощени. Така например съгласно чл. 32 Гражданския процесуален кодекс въвн от адвокатите, юрисконсултите, съответно други служители с юридическо образование, процесуални представители по пълномощие могат да бъдат само родителите, децата и съпругът.

²⁷ Особеното значение на доверието в отношенията между пълномощник и упълномощите се изтъква в доктрината. Вж. **Павлова, М.** Гражданско право - обща част. С.: Софи-Р, 2002, с. 633.

Изложеното дава основание да се приеме, че българското право кореспондира с чл. 4:7, ал. 1 ПЕСП, съгласно който всеки от съпрузите може да упълномощи другия съпруг да го представлява при извършването на правни сделки. Заслужава да се помисли обаче дали и занапред доброволното представителство между съпрузи, трябва да се урежда от общия режим на представителството по чл. 36-43 Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). В някои европейски законодателства, сред които това на Франция, Швейцария²⁸ и др., са установени особени правила, отнасящи се основно до формата на упълномощителната сделка, когато страни по представителното правоотношение са съпрузи.

Разрешенията на ПЕСП относно представителството обаче не са последователно проведени в друга насока. За разлика от чл. 4:7, ал. 2 ПЕСП и редица национални правни системи, сред които тези на Белгия, Франция, Холандия, Испания, Швейцария и др.²⁹, българският законодател не е предвидил възможност, когато някой от съпрузите не е в състояние да изрази своите намерения (воля), съдът да оправомощи другия съпруг да извърши сам, изискващите съгласието на двамата действия, или да представлява брачния си партньор. Различни примери могат да бъдат дадени за такива хипотези – отсъствие, болест, т. нар. фактическата недееспособност. Разбира се, законодателят е осигурил и други възможни механизми в някои от тези случаи – назначаване на представител на безвестно отсъстващия по чл. 8 Закона за лицата и семейството, поставяне на лицето под запрещение и др. Въпреки това установяването на възможност всеки от съпрузите да иска от съда да бъде овластен да действа от името и за сметка на брачния си партньор, когато същият е в невъзможност да извърши упълномощаване, би допринесло за по-пълната защита на интересите на брачните партньори и семейството като цяло. Така например един от съпрузите може да страда от заболяване, което оправдава овластяването на брачния му партньор да извършва сам правните действия с общото имущество, макар принципно да не е неспособен да се грижи за своите работи така че да бъде поставен под запрещение.

Възприемането на даденото от ПЕСП разрешение ще даде възможност за пропорционален подход, съобразен с реалната нужда да се потърси овластяване. Понякога дори предлаганата *de lege ferenda* възможност ще е напълно безалтернативна.

²⁸ Вж. **Boele-Woelki, K., B. Braat, I. Curry-Sumner (eds)** European family law in action. Volume IV: Property relations between spouses. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2009, p. 220-221, 225-226.

²⁹ Вж. **Boele-Woelki, K., F. Ferrand, C. G. Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens** Principles of European Family Law regarding property relations between spouses. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2013, p. 84.

Аргументи против застъпеното виждане биха могли да се почерпят от принципа за автономия на волята и свободата на договаряне. Струва ми се обаче, че установяването на възможност за съдебно оправомощаване на съпруг да представлява брачния си партньор постига добър баланс между автономията на волята и защитата на семейството. Съдът ще следи за този баланс и ще учреди представителна власт само в такъв обем, какъвто конкретната нужда налага. Липсва ли оправдан семеен интерес, съдът ще отхвърли искането и няма да оправомощи инициираният производството съпруг да представлява брачния си партньор³⁰.

Следва да бъде посочено още, че в редица хипотези предлаганата мярка ще се налага и с оглед на представлявания съпруг, който се е оказал в невъзможност не само да се погрижи за работите си, но и да упълномощи друго за това. А кой при нормално развитие на съпружеските отношения би бил по-подходящ от другия съпруг? Та нали той и нуждаещият се са в духовна и икономическа общност, основана на брака. Законодателят е изхождал именно от тази идея, когато е предвидил, че по право настойник на поставения под пълно запрещение, съответно попечител на поставения под ограничено запрещение съпруг, е неговият дееспособен съпруг (чл. 173, ал. 2 СК).

Най-сетне възможността за учредяване на представителна власт без волята на представлявания не е нещо ново за нашето право, поради което установяването на предлаганата възможност няма да доведе до сътресения. И понастоящем представителна власт може да възникне не само при упълномощаване, а и по силата на закона, съдебно решение или административен акт³¹.

Поради изложеното намирам, че предвидената с ПЕСП възможност за съдебно овластяване на съпруг да действа от името и за сметка на брачния си партньор, когато последният не може да извърши упълномощаване, следва да бъде възприета и от българския законодател. Установяването и се налага с оглед охраната на достойни за закрила интереси и ще е стъпка напред в насока модернизирание на семейното ни законодателство.

³⁰ По ПЕСП оправданият семеен интерес е условие за съдебното овластяване на съпруга да представлява брачния си партньор. Вж. **Boele-Woelki, K., F. Ferrand, C. G. Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens** Op. cit., p. 85.

³¹ Вж. **Павлова, М.** Цит. съч., с. 600-602.

4. Заключение

Съпоставката на двете уредби – тази по ПЕСП и националната, показва, че помежду им няма припокриване. ПЕСП не третира законното представителство между съпрузи, докато националният законодател в отделни хипотези мълчаливо го предвижда. Такъв е случаят при еднолично извършена сделка на управление с обща вещ на съпрузите.

Представителство обаче няма при оспоримите на основание чл. 24, ал. 4 СК еднолични разпоредителни сделки с общо имущество. Наложеният се в съдебната практика термин „презумптивно представителство“ не отразява същността на наблюдаваното явление. Действието на едноличното възмездно разпореждане с обща движима вещ в полза на добросъвестно трето лице също не може да бъде обяснено с института на представителството.

Що се отнася до доброволното представителство може да се приеме, че българското право е в съответствие с ПЕСП – съпрузите са напълно свободни да се упълномощават един друг. Дали подчиняването на доброволното представителство между съпрузите на общата уредба по ЗЗД е най-удачното разрешение, подлежи на дискусия.

Установената с ПЕСП възможност за съдебно овластяване на съпруг да действа от името и за сметка на брачния си партньор при невъзможност за упълномощаване не е позната на нашето право. Изследването обаче дава основание да се предложи *de lege ferenda* възприемането на това разрешение и от българския законодател. Така при надлежни гаранции, че намесата в правната сфера на представлявания съпруг се допуска само доколкото е оправдана, ще бъдат създадени реални възможности за по-ефективна защита на семейните интереси.

СЪДЕБЕН КОНТРОЛ В ДОСЪДЕБНОТО ПРОИЗВОДСТВО ПО НАКАЗАТЕЛНИ ДЕЛА

Васил Колев*

Анотация

Статията съдържа анализ на контрола, осъществяван от съда в досъдебното производство по наказателни дела. Разгледани са причините, поради които законодателят е предвидил правомощия на съда в първата фаза на процеса, в която функцията по ръководство и решаване на делото се осъществява от прокурора и разследващите органи. Изследвани са най-съществените особености на правомощията на съда в досъдебната фаза, като е обосновано становището, че те нямат правораздавателен характер съобразно установените в литературата елементи на правораздавателната дейност. Предложени са няколко класификации на съответните правомощия на съда съобразно различни критерии.

Ключови думи: наказателно производство, досъдебна фаза, правомощия на съда, съдебен контрол, наказателно правораздаване

Summary

The article analyses the court control in pre-trial proceedings in criminal cases. The reasons have been discussed due to which the legislator has provided for court competencies in the first phase of the proceedings, in which the prosecutor and the investigative bodies perform the function of management and resolving the case. The most significant characteristics of the court competencies in pre-trial proceedings have been reviewed, and the statement has been justified that they do not possess a judicial nature in accordance with the elements of justice, established in literature. Several classifications of the corresponding court competencies have been proposed based on various criteria.

Key words: criminal proceedings, pre-trial proceedings, court competencies, court control, criminal justice

* Докторант по Наказателен процес в Юридическия факултет на Пловдивски университет „Паисий Хилендарски“.

I. Основания за намесата на съда в досъдебното производство

Съгласно чл. 7, ал. 2 от Наказателно-процесуалния кодекс¹ (НПК) досъдебното производство има подготвителен характер. В тази първа фаза на наказателния процес наказателнопроцесуалната функция по ръководство и решаване се реализира от прокурора и разследващите органи. Ръководейки разследването и осъществявайки постоянен надзор за законосъобразното му и своевременно провеждане, прокурорът проверява наличието на предпоставките за ангажиране на наказателната отговорност на определено лице, подготвя обвинението, за да внесе впоследствие, ако предпоставките за това са налице, обвинителен акт в съда, респективно предложение за споразумение за решаване на делото или за освобождаване от наказателна отговорност с налагане на административно наказание. Досъдебното производство е производството на прокурора, в теорията той често се определя като *dominus litis* – господар на досъдебното производство.

Въпреки изтъкнатите особености законодателят регламентира правомощия на съда на досъдебната фаза, които имат важно значение и могат съществено да повлияят на хода на процеса. Положението на съда на трети, независим орган, който при никакви обстоятелства не реализира нито функцията по обвинение, нито тази по защита, от една страна, и осъществяването на функцията по ръководство и решаване от прокурора и разследващите органи, от друга, обуславят единствената възможност съдът да упражнява правомощия, които имат изключително *контролен характер*². Участието на съда в досъдебното производство е обусловено от няколко групи обстоятелства:

а) Принудата в наказателния процес има за непосредствено свое назначение да осигури правилното, законосъобразно и срочно приключване на производството, разкриването на обективната истина, изпълнението на влязлата в сила присъда³. На досъдебната фаза могат да бъдат взети всички мерки за неотклонение и въобще всички мерки за процесуална принуда, присъщи на съдебното производство⁴. Болшинството от тези мерки водят до ограничаване на основни права и свободи, гарантирани от Конституцията и редица международни актове.

¹ Обн. ДВ, бр. 86 от 28 октомври 2005 г.

² Вж. Манев, Н. Наказателнопроцесуално право. Ръководство за студенти. София, Сиела, 2016, 134 – 135. ISBN 978-954-28-2016-1

³ Чинова, М. Наказателнопроцесуална принуда и неприкосновеност на личността. София, Сиби, 1998, с. 66. ISBN 954-730-001-6

⁴ В редица случаи процесуалната принуда има решаващо значение именно в най-ранните етапи на производството с оглед по-широките възможности на обвиняемия да осуети някоя от целите на мерките.

Във всяка правова държава този въпрос следва да бъде уреден по начин, който едновременно да осигури успеха на наказателното преследване посредством съответни на състоянието на престъпността мерки за посегателство и да създаде съответни законови механизми за контрол върху тяхното прилагане⁵. Демократичният характер на процеса изключва възможността решението за толкова драстично засягане на основни човешки права да бъде поверено на орган, различен от съда. Досъдебното производство не е състезателно, но това положение в никакъв случай не изключва правото на защита⁶. При участието на съда на досъдебната фаза се разкриват елементи на състезателност, когато се провежда открито съдебно заседание с участието на прокурора, обвиняемия и неговия защитник;

б) При мерките за процесуална принуда, които в най-голяма степен засягат основните права и свободи, е предвидено открито заседание с участие на обвиняемия (задържане под стража, домашен арест, настаняване за лечение в психиатрично заведение и други). Тези производства не биха могли да се развият без участието на съда, тъй като е необходимо обвиняемият и неговият защитник да обективират своята процесуална позиция пред трети, незаинтересован и безпристрастен орган, който не е обвинителен субект и е оправомощен независимо да вземе крайното решение. Според естеството на ограничаваните права и степента, в която те биват ограничени, при най-значимите хипотези е предвиден двуинстанционен съдебен контрол;

в) Постановленията на прокурора за прекратяване и спиране на наказателното производство подлежат на съдебен контрол. Тези правомощия на съда не представляват намеса в конституционно установеното правомощие на прокуратурата да привлича към отговорност лицата, които са извършили престъпления, и да поддържа обвинението по наказателни дела от общ характер (чл. 127, т. 3 от Конституцията⁷). Те са установени поради нетърпимостта на правния ред към извършването на неправомерни юридически действия в сферата на публичното право. Принципната правомерност на държавната организация и функционирането на държавните органи не изключва фактическата възможност такива действия да бъдат извършвани⁸.

⁵ Трендафилова, Е. Съдебният контрол върху предварителното производство на ФРГ. София, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 1995, с. 53. ISBN 954-07-0784-6

⁶ По Закона за углавното съдопроизводство от 1897 г. (Обн. ДВ, бр. 77 от 7 април 1897 г.) адвокатската защита на досъдебното производство е недопустима, поради което процесът има смесен, инквизиционно-обвинителен характер. Вж. Токушев, Д. История на новобългарската държава и право 1878-1944. София, Сиби, 2008, с. 256. ISBN 978-954-730-535-9

⁷ Обн. ДВ, бр. 56 от 13 юли 1991 г.

⁸ Салкова, Е. Прекратяване на наказателното производство. София. Феней, 2007, с. 229. ISBN – 10: 954-8214-98-9, ISBN – 13: 978-954-8214-98-8

II. Особенности на правомощията на съда в досъдебното производство

От горепосочените специфики на досъдебното производство и ролята на съда в него могат да бъдат изведени следните особености, характерни за всички правомощия на съда в тази първа фаза на процеса:

а) Правомощията на съда в досъдебното производство *не са правораздавателни*.

В литературата се приема, че са налице шест елемента на правораздаването: (1) правораздаването представлява дейност по разрешаване на правен спор; (2) спорът не се повдига служебно от правораздавателния орган, а от друг правен субект чрез съответно сезиране; (3) разглеждането на спора става с участието на страните, при следване на състезателно производство; (4) решаващият орган не е страна по спора, не е субект на спорното правоотношение; (5) правораздавателният орган решава спора самостоятелно и независимо; (6) актът, с който се разрешава спорът, има силата на присъдено нещо⁹.

На първо място, правен спор в повечето случаи е налице, макар че е възможно например обвиняемият да е съгласен спрямо него да бъде взета мярка за неотклонение задържане под стража. Подобно положение не изключва задължението на съда да прецени дали са налице необходимите предпоставки, т.е. съответствието на искането на прокурора с общия принцип основните права и свободи на гражданите да бъдат ограничавани само при определените в закона предпоставки.

Спорът не се повдига служебно, а от друг правен субект, който сезира съда. Това най-често е прокурорът, но в редица случаи се касае до обвиняемия (например при съдебния контрол върху отказа на прокурора да разреши на обвиняем, на когото е наложил мярката по чл. 68, ал. 1 НПК, да напусне пределите на Република България), а също пострадалия или неговите наследници или ошетеното юридическо лице (например при искане съответният първоинстанционен съд да вземе мерки за обезпечаване на бъдещ иск по реда на Гражданския процесуален кодекс (чл. 73, ал. 2 НПК). Не е налице нито една хипотеза, при която съдът служебно да осъществи намеса в дейността на органите на досъдебното производство.

⁹ Лазаров, К. Въпроси на административния процес. София, Издателство на БАН, 1978, с. 33. – Цит. по: Манев, Н. Теория на наказателното правораздаване. София, Сиела, 2015, с. 19. ISBN 978-954-28-1908-0

*Разглеждането на спора невинаги се осъществява с участието на страните*¹⁰, нито при условията на състезателно производство – редица от своите правомощия съдът осъществява чрез произнасяне в закрито заседание, както е например при постановяването на определение по жалба срещу мярка за неотклонение гаранция, взета от органи на досъдебното производство (чл. 61, ал. 3 НПК).

Следващите два елемента – правораздавателният орган да не е страна по спора, т.е. да не е субект на спорното правоотношение, и да решава спора самостоятелно и независимо, са налице. По наказателни дела съдът никога не може да бъде страна по спора и винаги решава самостоятелно и независимо, като се ръководи от закона и вътрешното си убеждение.

Що се касае до последния елемент на правораздавателната дейност, съдебният акт, с който приключва контролното производство, не се ползва с материална законна сила. Формална законна сила безспорно е налице – тя има процесуално естество и се изразява в по-нататъшна необжалваемост на процесуалния акт¹¹. При тези въпроси, които подлежат на двуинстанционен съдебен контрол, например мярката за неотклонение домашен арест, формалната законна сила се проявява с произнасянето на втората инстанция, ако тя е била сезирана. Влизането в сила на съдебните актове е регламентирано в чл. 412, ал. 2 НПК. Присъдите, решенията, определенията и разпорежданията влизат в сила от: 1. момента на постановяването им, когато не подлежат на проверка по жалба или протест; 2. момента на постановяване на решението на касационната инстанция, когато жалбите и протестите са оставени без разглеждане или без уважение или присъдата е изменена; 3. изтичане на срока за обжалването им, когато не е подадена жалба или протест. За настоящото изложение са от значение първият и третият случаи, доколкото касационната инстанция не контролира пряко актове, постановени на досъдебното производство.

Материалната законна сила (сила на присъдено нещо) обаче се изразява в това, че „Правоотношението, придобило качеството на „пресъдено нещо“, не може да бъде вече предмет на правнорелевантен спор.

¹⁰ Имат се предвид субектите – страни по спора – прокурор, обвиняем, защитник, пострадад, а не страни по смисъла на чл. 253 НПК, тъй като понятието страни в наказателния процес се отнася само до съдебното производство.

¹¹ Манев, Н. Теория..., 60 – 63.

Относно него съдебен процес е недопустим.¹²“, т.е. в „окончателността на правораздавателния акт по отношение на абстрактната възможност по същия предмет да се развие допълнително наказателно производство¹³“. Не е такъв случаят при актовете, постановявани от съда на досъдебното производство. С тях не се разрешава правният спор, отнасящ се до предмета на делото, а различни междинни въпроси, свързани с организацията на процеса. Освен това някои въпроси като този дали следва да бъде взета мярка за неотклонение задържане под стража подлежат на по-нататъшна преоценка (чл. 65, ал. 1 НПК), включително и веднага след постановяването на определението, когато искането се основава на влошаване на здравословното състояние на обвиняемия (чл. 65, ал. 6 НПК), а наказателно производство, по което прокурорът се е произнесъл с постановление за прекратяване, впоследствие отменено от съда, може да бъде отново прекратено, ако са изпълнени предпоставките за това, т.е. не е налице присъщата на силата на присъдено нещо окончателност.

б) Правомощията на съда в досъдебното производство имат единствено контролен характер. Те са насочени към предотвратяване на незаконосъобразно засягане или ограничаване на основни човешки права и свободи, осигуряване на нормалното и безпрепятствено провеждане на разследването, превенция (едно от основанията за вземане на мярка за неотклонение е опасността обвиняемият да извърши престъпление – чл. 57 НПК), обезпечаване на глобата, конфискацията, отнемането на вещи в полза на държавата, на гражданския иск и други. Интерес представлява и участието на съда в един от способите за доказване – разпита на обвиняем и на свидетел пред съдия в досъдебното производство. Разпитът на обвиняем се извършва по преценка на органа на досъдебното производство пред съдия от съответния първоинстанционен съд или от първоинстанционния съд, в района на който се извършва действието, с участието на защитник, ако има такъв, като делото не се предоставя на съдията. Явяването на обвиняемия и на неговия защитник се осигурява от органа на досъдебното производство. Доколкото няма особени правила, разпитът се извършва по правилата на съдебното следствие.

¹² Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Р. Иванова. Българско гражданско процесуално право. Девото преработено и допълнено издание. София, Сиела, 2012, с. 342. ISBN 978-954-28-1016-2

¹³ Манев, Н. Теория..., с. 53.

Разпит на свидетел пред съдия се осъществява, когато съществува опасност свидетелят да не може да се яви пред съда поради тежка болест, продължително отсъствие от страната или по други причини, които правят невъзможно явяването му в съдебно заседание, а също и когато е необходимо да се закрепят показания на свидетел, които са от изключително значение за разкриване на обективната истина. Органът на досъдебното производство осигурява явяването на свидетеля и възможност на обвиняемия и неговия защитник, ако има такъв, да участват при провеждането на разпита (чл. 222 и чл. 223 НПК)¹⁴.

в) Както беше посочено, важна особеност на дейността на съда в досъдебната фаза е, че той действа винаги по сезиране и никога служебно. В досъдебната фаза функцията по ръководство и решаване е поверена на прокурора и разследващите органи, поради което съдебна намеса се реализира само при необходимост.

г) Съдът упражнява правомощията си чрез постановяване на определения и разпореждания. Постановяването на присъда или решение на досъдебното производство е изключено. Разпореждане се постановява например при искане за използване на специални разузнавателни средства, както и в хипотезата на чл. 159а, ал. 1 НПК. При голямата част от съдебните правомощия на досъдебната фаза съдът се произнася с определение.

III. Видове правомощия на съда в досъдебното производство

Детайлното разглеждане на отделните правомощия на съда в досъдебното производство не е пряк предмет на настоящото изложение. Посочените специфики са категорично показателни за техния разнороден характер. Могат да бъдат изтъкнати следните по-важни *класификации на правомощията*, които съдът упражнява в досъдебната фаза:

1. В зависимост от съдебния състав – в досъдебното производство съдът се произнася еднолично, в състав от трима съдии или в състав от един съдия и двама съдебни заседатели (единствено при настаняването на обвиняемия за изследване в психиатрично заведение – чл. 70, ал. 1 НПК), като законът предоставя някои правомощия на председателя на съответния съд или на изрично оправомощен от него заместник-

¹⁴ За критика на института разпит пред съдия в досъдебното производство вж. Сълов, И. Актуални въпроси на наказателния процес. София, Нова Звезда, 2014, 45 – 47.

председател – при разрешение за използване на специални разузнавателни средства (чл. 174 НПК).

2. Според това кой е компетентният съд, може да се касае до всички наказателни съдилища, с изключение на ВКС, при спазване на правилата за родова, местна, функционална и особена подсъдност, както и подсъдност по връзка между делата (чл. 35 – 45 и чл. 396 НПК)¹⁵.

3. В зависимост от непосредствената насоченост на съдебните правомощия: а) защита на основни права и свободи на участници в наказателното производство; б) извършване на действия по разследването; в) индивидуална превенция с оглед поведението на лице, привлечено в качеството обвиняем; г) обезпечаване на глобата, конфискацията и отнемането на вещи в полза на държавата, както и на бъдещия граждански иск и направени и присъдени разноски по делото; д) осигуряване на предпоставки за обективно, всестранно и пълно изясняване на обстоятелствата по делото, което да доведе до разкриване на обективната истина; е) създаване на предпоставки за изпълнение на бъдещата присъда.

4. С оглед на предвиденото в закона производство – всяко правомощие на съда се упражнява в рамките на специфично производство – с или без призоваване на субектите, в открито или в закрито заседание и прочие.

5. Според момента, към който се осъществява съдебният контрол, се отграничават такъв, който се осъществява след приключване на досъдебното производство, и съдебен контрол в хода на разследването¹⁶.

6. Според вида на акта, с който завършва съдебният контрол – правомощия, които съдът упражнява чрез постановяване на определение или на разпореждане.

7. В зависимост от обжалваемостта на акта. Правомощията, чрез които се ограничават основни права и свободи на гражданите, както и тези, засягащи движението на производството, подлежат на двуинстанционен контрол – мерките за неотклонение задържане под стража и домашен арест, прекратяване и спиране на производството, настаняване на обвиняемия за изследване в психиатрично заведение и други.

¹⁵ Подробно за видовете подсъдност вж. Манев, Н. Наказателнопроцесуално право... 141 – 145.

¹⁶ Вж. Чинова, М. Досъдебното производство по НПК. Теория и практика. София, Сиела, 2013, с. 20. ISBN 13: 978-954-28-0034-7

ФУНКЦИИ НА ПРОКУРОРСКИЯ НАДЗОР В БЪЛГАРИЯ СЛЕД ОСВОБОЖДЕНИЕТО ДО 1947 Г.

Нели Радева¹

Summary

Prosecutor's Supervision in Bulgaria after the Liberation until 1947, it performed criminal-law, civil-judicial and judicial-administrative functions. Their content is expressed in the implementation of indictment, law enforcement activity. Under the supervision of the prosecution, there is the life, the citizens' property and all the visible and invisible goods. Prosecutor's suggestions to the court are a legitimate reason for prosecution, and his prescriptions to the police are an order for immediate enforcement. Criminal prosecution is the main task of the prosecution, but not the only one. Therefore, the representatives of the Prosecutor's Office should not only be good connoisseurs of the law but also be distinguished by moral purity and love for righteousness.

Правната уредба на българската прокуратура се съдържа в редица закони приети през отделните етапи на развитие на Третата българска държава.

След Освобождението у нас с термина „прокуратура“ се обозначава учреждение, което представлява пред съда интересите на публичната власт, както и орган на публичното представление.

С Приетия на 25 май 1880 г. *Закон за устройството на съдилищата*² (ЗУС) се учредява и регламентира „Прокурорски надзор“. По своето устройство и функции той е заимстван от руското законодателство, а неговият първообраз е френският модел на прокуратурата. Използваният от законодателя термин „прокурорски надзор“ разкрива първоначалната функция на руската дореформена прокуратура. Тя представлява орган за правителствения контрол над всички учреждения в държавата, включително и над съда. Това обаче не разкрива същността на института, какъвто има последният по нашия ЗУС (1880 г.). Този термин се запазва, тъй като прокурорският надзор според съставителите на руския съдоустройствен закон следва да се тълкува „*в смисъл на обща длъжност на прокурорите да наблюдават да не се нарушават законите от никого и в случай на забелязани нарушения да вземат мерки за възстановяването му*“. Затова може да приемем, че този термин обхваща обвинителната и законоохранителната задача на прокурорската дейност.

Функциите на прокурорския надзор след Освобождението у нас са наказателно-съдебна, гражданско-съдебна и съдебно-административна. По своето съдържание тези функции биват обвинителна, законоохранителна и изпълнителна.

* * *

¹ Асистент по История на българската държава и право в Юридическия факултет на УНСС–София.

² ДВ, бр. 47/1880 г.

За първи път у нас **наказателно-съдебната функция** на прокурора е нормирана в Допълнението към Временните съдебни правила (ДВСП). На прокурорите и техните помощници се възлага възбуждането на наказателно преследване, наблюдаването на предварителното следствие, извършвано от съдиите-следователи, поддържането на обвинението по наказателни дела, които са подсъдни на окръжните съдилища като първа инстанция, да следят за изпълнението на присъдите, както и да осъществяват надзор над лицата задържани под стража или осъдените на затвор (чл. 1 от ДВСП). Съгласно предвиденото в чл. 1 от ДВСП прокурорите се явяват като публични обвинители по всичките т.нар. публични престъпления. По дела, които се преследват само по тѣжба на потърпевшото лице, прокурорите или техните помощници нямат право да повдигат обвинение и да заемат мястото на частния обвинител. (Решение № 129 от 1885 г. от Углавно отделение).

На прокурорите като публични обвинители се предоставя право на контрол по въпроса дали дадено дело подлежи под ведомството на прокурорската власт. Прокурорите започват углавното преследване с предложение до съдебния следовател и обвинителен акт до съда³.

* * *

В приетия през 1897 г. Закон за углавното съдопроизводство (З.У.С.)⁴ **наказателно-съдебната функция** се доразвива. По наказателни дела правомощията на прокуратурата са по наказателното преследване и упражнява надзор за законност при изпълнение на присъдите и местата за лишаване от свобода.

Наказателното преследване се извършва с цел разкриване на престъпленията, изобличаване на виновното лице и изтърпяване на наложеното му наказание. Задачите на прокурора са преследване на публичните и публично-частните престъпления и поддържане на обвинението пред съда. С предявения от него публичен иск се цели охрана на интересите на обществото. В качеството на публичен обвинител прокурорът винаги е противопоставен на другата страна – подсъдимия. Но той се ползва с известни предимства предвид държавното значение на наказателния иск. Основен елемент на неговата дейност е безпристрастието. Затова при наличието на основанията на чл. 338, 344, 345 на З.У.С.⁵, той е длъжен да се отстрани.

Прокурорът възбужда наказателното преследване за публични престъпления, когато има достатъчно данни, създаващи предположение, че е извършено престъпление, подлежащо на углавно преследване и че това престъпно деяние е извършено от конкретно лице.

³Драмов, Д., Прокурорски надзор, неговото произхождение, устройство и обязанности. – В: Юридическо списание, С., 1894, кн. 5., с. 250-251.

⁴ДВ, бр. 77/1897 г.

⁵Чл. 338. Съдиите могат да бъдат отстранени от участие в делото, в следните случаи: 1) кога съдията, жена му, роднините му в права линия без ограничение, а в съдебна роднините от първите четири степени и роднините по сватовство от първите три степени или осиновените от съдията, участват в делото; 2) когато съдията е бил по делото следовател, прокурор или поверенник на една от страните или когато е означен в списъкът на свидетелите, които се призовават в съдебното заседание; 3) когато съдията е настойник на един от участващите в делото лица или кога единият управлява работите на другия, и 4) кога съдията и жена му са по законът, най-близките наследници на един от участващите в делото или пък имат с един от тях тѣжба.

Чл. 344. Прокурорът е длъжен да се отстранява и да не взима, участие в производството на далата, по същите причини, по които и съдите, като предаде, в такива случаи, на друго лице от прокурорския надзор да изпълнява задълженията му според правилата, постановени в закона за такива случаи.

При липсата им той е длъжен да събира сведения чрез дознание (чл. 131 от З.У.С.). Оценката на събраните данни се прави от обвинителя. Съдия-следователят и съдът нямат право да проверяват достатъчността на основанието. Те не могат в тези случаи да откажат започването на производство. Съдия-следователят оценява наличието на достатъчно основание при законни поводи за започване на предварително следствие, изброени в чл. 118, т. 1, 2, 3 и 5 (чл. 86 от З.У.С.), а от съда – в случаите на чл. 99 и чл. 296 и при постановяване на присъда.

В обвинителния процес единствено основание за възбуждане на уговоно преследване е искането на обвинителя. Щом то е предявено, съдът е длъжен да започне съдебно производство. В следствения уговоно процес това е допустимо само когато са налице предварително определени поводи. Това са юридическите условия на обвинението.

Въпреки предоставените обвинителни правомощия на прокурора, в определени от закона случаи се предвижда уговоното преследване да се възбужда от други органи. Например от съдията-следовател, когато законният повод постъпи направо у него и той намери за това достатъчно основание (чл. 111, 118, 126 и 132 от З.У.С.). Такова правомощие има и мировият съдия, когато при него постъпи тѣжба на потърпевшия за публично престѣпление или се получи съобщение от полицията или други власти. (чл. 493 от З.У.С.) Не на последно място възбуждането на уговоното преследване за частни престѣпления зависи от потърпевшия⁶.

Съгласно предвиденото в закона, при наличието на достатъчни основания прокурорът предявява първоначалното обвинение, като предлага да се образува предварително следствие или окончателно обвинение, като направо състави обвинителен акт. При събирането на сведения, в своята дейност е подпомаган от непосредствено подчинената му полиция, която извършва дознания. Като по време на производството на предварителното следствие той наблюдава работата на полицейските служители (чл. 100 и 101 от З.У.С.).

В периода на **дознанието** властта на прокурора е широка. То се извършва от държавната и общинската полиция, която е подчинена непосредствено на прокурора (чл. 72 и 101 от З.У.С.). Дознанието има за задача да открие събитието на престѣплението, неговите признаци и лицето, което се подозира в извършването му. Основната му цел е събирането на материал, който да послужи за основание за възбуждане на обвинението.

По време на дознанието полицията може да задържи заподозряното в извършването му лицето, само в случаите, посочени в чл. 78 от З.У.С. Когато се налага задържането да се продължи повече от 24 часа, това може да стане само с разрешение на прокурора. То не може да бъде повече от десет дни без постановление на надлежната съдебна власт (чл. 79).

След като бъде завършено, дознанието се представя в прокурорския надзор, който единствено е компетентен да се произнесе по него. Така се постѣпва и с преписките, които съдия-следователят изпраща, когато не е намерил достатъчно основание за започване на предварително следствие (чл. 120, 121, 128 и 129 от З.У.С.). По тези производства прокурорът: 1) прави предложение за започване на предварително следствие, 2) внася в съда обвинителен акт и 3) или ги прекратява.

⁶ДВ, бр. 77/1897 г.

От всичко казано дотук следва, че дознанието се намира под наблюдението на прокурора и в пълно негово разпореждане. Той предлага извършване на дознание, може и във всеки момент да поиска да му се представи производството, както и да му даде насока по своя оценка. По същия начин той се явява пълен распоредител и с извършените от полицията по нейна инициатива дознания, както и с постъпилите у него законни поводи за възбуждане на наказателно преследване.

Предварителното следствие се извършва от съдия-следовател под наблюдението на прокурора.

Характерно за дейността на прокурорите във фазата на **предварителното производство** е, че те сами не извършват каквито и да е било процесуални действия. Не събират и доказателства. За това отговаря съдебният-следовател и съдът, който разглежда и решава делото.

На практика в предварителното следствие прокурорът наблюдава всички действия на съдебния следовател по производството. Това е т. нар. наблюдателната функция на прокурора, която има значение за това, че между него и съдията-следовател възникват особени отношения. Съдебният следовател, като орган на следствената власт, се подчинява на прокурора дотолкова, доколкото неговите предложения се отнасят до наказателното преследване. Той действа под ръководството и наблюдението на прокурора. В закона изрично се посочва, че съдебният следовател по време на разследването действа напълно самостоятелно и независимо. Прокурорът не е страна, а е орган на възбуждане на наказателното преследване. Освен това е и орган на закона, който се грижи не само за интересите на обвинението, но и за откриване на истината. Като представител на държавата законът му предоставя известно влияние върху предварителното следствие. Това се прави с оглед правилността на следствието.

Прокурорът като наблюдател на предварителното следствие има право, когато е налице законен повод, да прави предложение на съдебните следователи да образуват предварително следствие и да упражнява надзор над тяхната дейност. В закона е предвидено, че предварително следствие може да се възбуди от прокурора както на основание на получените сведения, така и когато сам е свидетел на престъплението. Без достатъчно основания той няма право да образува следствие, а в „съмнителни случаи трябва да събира сведения чрез дознание“ (чл. 131 от З.У.С.).

Той може да прави предложения по всички предмети, които се отнасят към изследването и към събирането на доказателствата. Тези предложения са задължителни за съдия-следователя, който ги изпълнява. Последният отбелязва в протокола, какви именно мерки са взети по искане на прокурора; само ако съдия-следователят прецени, че искането е незаконно, за изпълнението му се иска разрешение от съда⁷.

Прокурорът има право да прави предложения за вземане на мерки за неотклонение на обвиняемия от следствието и съда. Когато съдия-следователят намери тези предложения за основателни, ги прилага. В случай че се иска налагането на по-тежка мярка и съдията намери искането за неоснователно, по причина че няма достатъчно подозрение върху обвиняемия, той сам не може да остави искането без последствие. Той поставя въпроса за разрешаване от съда.

⁷ Велчев, С. П., Прокурорски надзор. Произход, развитие, функции, 1928 г., С., с. 138-141.

Съдия-следователят е длъжен да уведоми прокурора както при налагане мярка „задържане под стража“ на обвиняемия, така и когато лицето е обвинено в престъпление, което се наказва със строг тъмничен затвор не по-малко от пет години, но не е задържан под стража или е освободен от стража (чл. 105, 106 и 107 от З.У.С.).

Прокурорът също може да иска допълнение на предварителното следствие. Всичко това отново е задължително за съдия-следователя, който изпълнява прокурорското предложение, като отбелязва в протоколите какви мерки са взети. В случай че съдебният следовател прецени, че прокурорското искане е незаконно, той иска разрешение от съда за неговото изпълнение. В досъдебната фаза от компетентността на лицата от прокурорския надзор е и предложението за вземане мерки за неотклонение на обвиняемия от следствието и съда.

Законодателят предоставя на прокурора още възможности да присъства при всичките следствени действия и да разглежда производството по следствието, без да спира хода му (чл. 102 от З.У.С.).

Когато намери за необходимо, прокурорът може да обжалва действията на съдията-следовател пред съда (чл. 269 от З.У.С.).

По време на предварителното следствие прокурорът не е страна, а член на прокуратурата, подчинен само на своето началство. Затова той не може да бъде отвеждан от изпълнение на своите задължения, но е длъжен сам да се отведе, ако с обвиняемият или потърпевшия е в отношения които са повод за отвод на съдиите; жалби по този предмет могат да се подават на прокурора при апелативния съд (чл. 109 от З.У.С.).

След приключването на предварителното следствие прокурорът при Окръжния съд трябва да реши: дали делото е в подведомствеността на прокуратурата; следствието направено ли е в необходимата пълнота; трябва ли обвиняемият да се предаде на съд или делото трябва да се прекрати или спре (чл. 282 от З.У.С.). Когато прокурорът прецени, че събраният материал е достатъчен, за да се формулира окончателно обвинение, съставя заключение във форма на обвинителен акт.

Извършеното предварително следствие може да е непълно. Тогава то не позволява прокурорът да се произнесе по същество. Ако прокурорът счита, че данните са недостатъчни или установяват невинността на обвиняемия, той съставя заключение за прекратяване на углавното преследване против обвиняемия или на производството по следствието, ако по него няма привлечено обвиняемо лице. Прокурорът няма право лично да прекрати възбуденото наказателно преследване. Съгласно предвиденото в чл. 99 прекратяването става от съда. Когато съдиите-следователи, не намерят основание да поддържат следствието, считат, че деянието няма признаци на престъпление или при невъзможност да се открие виновника спират производството. Чрез прокурорите, те внасят искането в окръжния съд, който единствено е компетентен да прекрати предварителното следствие (чл. 282 от З.У.С.). Съдът може да не се съгласи със заключението на прокурора. Тогава въпросът се решава от Апелативния съд, който може да прекрати углавното преследване, възбудено против определени лица или да състави определение, за да се предадат на съд привлечените към отговорност лица. На практика то замества обвинителния акт. Съществува хипотеза, при която Окръжният съд, съгласявайки се със заключението на прокурора, прекратява углавното преследване.

Потърпевшият има право да подава жалба пред Апелативният съд. Той преценя дали има достатъчни данни за прекратяване на преследването, или за предаване на съд (чл. 298 от З.У.С.)⁸.

Прокурорът не може, когато наказателното преследване против определено лице бъде прекратено от съда, да го възбуди наново. То може да бъде възобновено само по особено определение на съда, ако са се открили нови обстоятелства за изобличаване на обвиняемия. Когато обаче предварителното следствие е прекратено, тъй като не е открит виновникът, то може да бъде продължено във всеки момент. Прокурорът може да поиска това, без да има нужда от разрешение на съда, защото до този момент не е имало преследване срещу определено лице.

Съдебно разглеждане на делото започва след като постъпи в съда обвинителен акт или определение на Апелативния съд, което замества обвинителния акт.

В **съдебното следствие** законът очертава положението на прокурора като публичен обвинител и страна в процеса.

Тук вече говорим за равенство пред съда на страните. Процесуалните права на прокурора са почти равни на тези на подсъдимия: „Прокурорите от една страна, подсъдимият и неговият защитник от друга, се ползват с еднакви права в съдебното състезание; както едната, тъй и другата страна има право“ (чл. 367 от З.У.С.) Въпреки посоченото равенство, в закона са налице правата, които дават известно надмощие на прокурора над подсъдимия и неговия защитник. Например: 1) той влиза в състава на съда и дава заключения; 2) властта на председателя по управление на хода на съдебното следствие не може да се приложи спрямо него с вземане мерки, позволени спрямо другите участващи в делото лица (чл. 69 и 148 от ЗУС и чл. 356 и 357 от З.У.С.); и 3) подсъдимият и неговият защитник не могат да възразяват на заключението на прокурора. Те могат само да посочват фактически грешки в изложените обстоятелства по делото от страна на прокурора⁹.

Съдебните прения започват с речта на прокурора. В нея той излага обстоятелствата на обвинението във вида, в който се представляват от съдебното следствие. Недопустимо е да представя делото едностранчиво, да преувеличава важността на престъплението, както и на доказателствата и уликите по делото. Когато дава отделни заключения, прокурорът е напълно самостоятелен и не зависи от погорестоящите, т.е. не се намира в никаква йерархична подчиненост. Той следва да престане да поддържа обвинението, ако се убеди в невинността на подсъдимия и е длъжен да заяви това в съда, като изложи и мотивите си. Водещото в речта на публичния обвинител трябва да е безпристрастието, тъй като той е представител на държавата и обществения интерес. То се подчертава и в чл. 45 от ЗУС, според който прокурорът прави исканията си или дава заключения само въз основа на своето убеждение и съществуващите закони.

Прокурорът има право да подава **протести**. Например, против действията на следствения съдия те се подават в съда, на който е подсъдно делото. Против определенията на съдилищата в случаите на чл. 550 и 551 от З.У.С. се правят частни протести.

⁸ Велчев, С. П., Прокуратурата в България. – В: 60-години българско правосъдие, С., 1941, с. 228.

⁹ДВ, бр. 77/1897 г.; Велчев, С. П., Прокурорски надзор..., с. 229.

Прокурорите подават въззивни протести срещу неокончателните присъди, които не съответстват на дадените от тях заключения и само по тези предмети, по които техните искания не са били уважени (чл. 521 от З.У.С.). В закона се предвижда също, че има право да подаде протест по началото на единството и по-горният прокурор, но в същите предели, без за това да му се предоставя особен срок. Прокурорът може да подава и касационни протести против окончателните присъди на съдилищата. Понеже в областта на обжалването той е преди всичко орган на закона, може да прави протести и в интерес на подсъдимия, стига присъдата или определението да не са съгласни с неговото заключение (чл. 521 и 563 от З.У.С.). Прокурорът при Касационния съд има право в заключението си да посочва и основания за отмяна, непосочени в касационната жалба или протеста. Право на обжалване в интерес на закона на нашите прокурори не е предоставено.

Наказателно-съдебната функция на прокурора е уредена и с измененията и допълненията на *З.У.С. от 1922 г., както и в Закона за наказателното съдопроизводство от 1934 г.* Тук отново е предвидено, че компетентен да възбуди наказателно преследване за публични престъпления, подсъдни на общите съдилища, е прокурорският надзор (чл. 121, 125, 129, 130 и др. от З.Н.С.).

В тези случаи прокурорът действа напълно самостоятелно. Той се ръководи от началото на законност. Сам определя дали са налице всичките фактически и юридически условия, необходими за предявяване на обвинение (чл. 130, 130-а и 131 от З.Н.С.). Той носи отговорност за започнатото преследване. За да направи това, прокурорът трябва да разполага с нужните сведения, които невинаги се съдържат в постъпилия у него законен повод. Затова той или сам събира споменатите сведения, или възлага те да му се доставят от определените за това органи – полицията и др. (чл. чл. 131 и 300 З.Н.С.).

Отново под надзора на прокурора протича предварителното следствие. Законодателят задължава за всяко престъпно деяние от общ характер, полицейските органи незабавно да съобщят на прокурор (чл. чл. 71, 72 от З.С.У. от 1922 г.)

Закона от 1922 г., както и З.Н.С. регламентират широки правомощия на прокурора по време на дознанието. Прокурорът е не само наблюдател, но и пълен разпоредител на дознанието. Извършените от него действия могат да бъдат обжалвани само по прекратяване на преписка пред апелативния прокурор (чл. 101-а закона от 1922)¹⁰. Резолуцията на последния не подлежи на обжалване. В закона е уредена възможността апелативния прокурор и прокурора при областния съд да възобновят прекратеното производство, ако открият обстоятелства за това.

З.У.С. от 1922 г. и З.Н.С. отново постановяват, че лицата от прокурорският надзор сами не извършват предварително следствие, а дават само предложение за това на съдиите следователи, като наблюдават производството (чл. 100).

Лицата от прокурорският надзор имат право да искат да се допълни предварителното следствие.

Що се отнася до наблюдателната функция на прокурора в предварителното производство, това, което законодателят регламентира още в чл. 131а на З.У.С. и в последствие го запазва в Закона 1922 г. и в З.Н.С. е, че „предложението на прокурора се счита за достатъчно основание за започване на предварително следствие.

¹⁰ДВ, бр. 77/1897 г.

Но ако съдията-следовател в това предложение не намери указания на законни признаци на наказуемо деяние или признае, че има законни причини, които пречат да се възбуди наказателно преследване, въпросът за възникналото разногласие се пренася за разрешение в съда.“

Прокурорът е длъжен да разгледа делото, което му е препратено от съдия-следователят след приключване на предварителното следствие. Той съставя обвинителен акт, когато прецени, че обвиняемият следва да бъде предаден на съд или заключение за прекратяване или спиране на делото.

И в закона от 1922 г., и в З.Н.С. прокурорът в производството по предаване на съд е не само публичен обвинител, но е и пазител на закона. Неговата дейност по предаването на обвиняемия на съд не подлежи на контрол от страна на съда, нито по жалби и възражения на участващите в делото лица. Тук е прокарано напълно обвинителното начало и отделянето на обвинителната власт от съдебната. По-различно е положението, когато прокурорът се отказва от обвинението. Неговият отказ не прекратява сам по себе си преследването, а подлежи на контрол от страна на съда¹¹.

* * *

Прокурорът е представител на публичните интереси и като такъв участва в гражданския процес, за да защитава и разяснява законните права на държавата или лицата, които се нуждаят.

Дейността на прокурорския надзор по гражданските дела не е много обширна и разнообразна. По граждански дела действа като незаинтересувана от изхода на делото страна. За първи път у нас **гражданско-съдебната функция** на прокурора се урежда в чл. 33 от ДВСП.

В гражданските дела прокурорът не е страна в процеса. Лицата от прокурорския надзор участват в гражданския процес само по искане на страните и при това в пределите, показани в искането или молбата.

В приетия през 1892 г. **Закон за гражданското съдопроизводство**¹² изрично са посочени в чл. 265 гражданските дела, по които прокурорът има правото да дава заключения. В това се изразява неговата **гражданско-съдебна функция**. В част от гражданските дела участието му е факултативно, т.е. зависи изцяло от неговата преценка. Но може да бъде и задължително, когато законът го задължава да участва в определена група граждански дела, респ. когато съдът го оправомощава да даде със задължителна сила своето мнение по конкретно гражданско дело. Своето заключение прокурорът дава не като страна по делото, а като блюстител на закона¹³.

Делата, по които трябва прокурорът да даде заключение са: дела по държавното съкровище и на богоугодните и благотворителните учреждения; делата на окръжните съвети, на градските и селските общини и на обществените учреждения; по дела на непълнолетни лица, поставени под запрещение или в неизвестност; по въпроси за подсъдност и пререkanie; по молби за отстраняване на съдии; по молби за даване на свидетелства за бедност; по дела за търговска несъстоятелност; по дела за гражданско състояние на лицата (осиновяване, узаконяване или припознаване на лица и др.); по

¹¹Велчев, С. П., Прокурорски надзор..., с. 145.

¹²Стенографски дневници на VI ОНС, II, р. с. 20-21; ДВ, бр. 31/1892 г.

¹³Абрашев, П., Съкратен курс по гражданско съдопроизводство. Випуск I. С., 1920, с. 187; Велчев, С. П., Ръководство по углавния процес, с. 213-214; Стамболиев, О., Възникване и развитие на прокурорското участие..., с. 91.

дела за възстановяване на вреди и загуби, причинени по разпореждане на длъжностни лица; по дела за изпълнение на решения, постановени от чуждестранни съдилища и в други случаи, предвидени в законите. Прокурорът може да дава заключения и по всички други дела, когато счете за необходимо, както и когато съдът по свое усмотрение поиска заключение от него. Изслушването на заключението на прокурора от съда е задължително (чл. 792 от ЗГС) и при дела за признаване на сиромашия (чл. 791, 792 от ЗГС)¹⁴. Следователно участието на прокурора е необходимо по граждански дела, когато лицата са неспособни сами да бранят интересите си или за които е установено законно, или необходимо представителство, тъй като е възможно да се увреди интересът на лишените от дееспособност физически или юридически лица, поради небрежност, неумение и дори злоупотреба. Останалите дела и въпроси се отнасят до отношения, които по своя обект и природа засягат основно публичния интерес.

Прокурорското заключение не поражда никакви задължения за съда, който си остава свободен да се произнесе по делото или по повдигнатия въпрос по свое разбиране и убеждение. В крайна сметка прокурорът действа „в името на закона“ и дава своето заключение в полза на закона и обществения интерес¹⁵.

Член 61 от ЗУС постановява при разглеждане на дела от гражданските отделения, по които не е длъжен да даде заключение, прокурорът може да участва само ако иска.

Случаите, в които участието му е задължително, освен в чл. 265 от ЗГС, са посочени в специални закони, като: Закона за лицата, Закона за настояничеството, Закона за изчезналите военни и граждански лица, и др.

Законодателят дава възможност на прокурора да встъпи във вече образуваното гражданско дело по искане на друго лице от производството. След извършването на това процесуално действие той вече е допълнително встъпила страна.

След като встъпи в производството, прокурорът няма право да обжалва постановеното по делото съдебно решение. Понеже той е допълнително встъпила страна, няма право да отправя към съда самостоятелни искания. Прокурорът може да привежда аргументи в полза или против издаването на едно или друго решение. Това ограничение следва от диспозитивното начало в буржоазния граждански процес.

Законодателят в първия ЗГС дава право на прокурора да подава апелативни и касационни молби срещу определенията и решенията на гражданските съдилища.

Със ЗГС от 1922 г. се отменя участието на прокурора по гражданските дела в съдилищата по същество. Запазва се обаче участието му в касационното производство. Това става с отмяната на чл. 265 от ЗГС от 16 юни 1922 г., във връзка с чл. 56 от действащия към този момент ЗУС, независимо че там прокурорът никога не се ползва „от правата да бъде страна в делото“. С изменението на чл. 531 на ЗГС от 1929 г. се отменя заключението на прокурора по гражданските дела в касационния съд.

* * *

Третата функция на прокурорския надзор е **съдебно-административната**. Тя се изразява в правото на изпълнителната власт, в лицето на министъра на правосъдието, да влиза във връзка със съдебните места и лица чрез съответните прокурори.

¹⁴ДВ бр. 31/1892 г.

¹⁵Велчев, С. П., Прокуратурата в България ..., с. 231, 230.

Министърът на правосъдието може да ги ревизира лично или чрез членовете на ВКС, чрез главния прокурор или чрез прокурорите на отделения при същия. Ревизията на окръжните съдилища и мировите съдии се поверява на апелативните съдилища или на прокурорите при същите съдилища, или на техните помощници (чл. 113)¹⁶. Прокуратурата е онзи орган на съдебното ведомство, който наблюдава за точното изпълнение на законите и спазването на установения ред във всички съдебни учреждения. В случай на чл. 113 от ЗУС: лицата от прокурорския надзор за всички забелязани от тях опущения от длъжностни лица по съдебното ведомство са длъжни да съобщят на председателите на съдилищата или според реда на подчинеността и в Министерството на правосъдието. Става въпрос за деяния, извършени от длъжностни лица при съда, като: секретар, подсекретари, съдебни пристави и нотариуси, те информират министъра по реда на подчиненост.

В чл. 46 и 47 от ЗУС се предвижда задължението на прокурорите да представят по реда на подчинеността всичко, което пречи на правилното развитие на правосъдието и за непълноти в законите.

От всичко изложено дотук за дейността на прокурорския надзор лесно може да се разбере и неговата **законоохранителна функция**. На първо място тя е свързана с наблюдението върху дейността на полицията и другите власти да изпълняват съвместно задълженията си за оказване на съдействие на правосъдието и в привличането към отговорност на виновното лице. На второ място, когато се пристъпи към съдебното разглеждане на делата, прокурорът се явява орган на закона: а) по гражданските дела, по които той дава само заключения, б) по наказателните дела участва със свои заключения, дори и в случаите на тези, водени по реда на частно обвинение; в) в касационното производство той е само пазител на закона; г) такъв е той и в предварителното производство и до откриването на съдебното заседание; д) само като пазител на закона прокурорът се явява във функциите си по възобновяването на наказателните дела и по пренасянето на делата от един окръг в друг. Като блюстител на закона, прокуратурата се явява и в цялата си деятелност по съдебното управление и в тази по административните въпроси¹⁷.

Към законоохранителната дейност на прокуратурата се отнася съдебно-изпълнителната ѝ функция. Тя е връзка между съда и администрацията. Съгласно чл. 600 от З.У.С. всички разпореждания по изпълнение на присъдите, които излизат из кръга на непосредствените съдебни действия, се отнасят към задълженията на прокурора. Според чл. 605 от З.У.С. неговите предложения трябва да се изпълняват точно от административните власти. При възникнали затруднения и съмнения по изпълнението им, чрез него се внасят в съда за разрешаване.

* * *

Прокурорският надзор у нас След Освобождението до 1947 г. изпълнява наказателно-съдебна, гражданско-съдебна и съдебно-административна функции. Съдържанието им се изразява в осъществяването на обвинителна, законоохранителна изпълнителна дейност. Под охраната на прокурорския надзор се намират животът, честа и имотът на гражданите, както и всички видими и невидими блага. Той е оръдие на закона.

¹⁶Пак там, ДВ, бр. 47/1880 г.

¹⁷Велчев, С. П., Прокуратурата в България..., с. 232-233.

Предложенията на прокурора до съда са законен повод за углавно преследване, а предписанията му до полицейските органи са заповед за незабавно изпълнение. Недопустими са пререкания между прокурора и изпълнителната власт. Углавното преследване е главната задача на прокуратурата, но не и единствената. Обширната област на публичния интерес дава широко поле за дейност на лицата от прокурорския надзор, която се изразява в общ надзор върху всички останали служби. Затова представителите на прокуратурата трябва да не са само добри познавачи на закона, но и да се отличават с нравствена чистота, душевна мощ и любов към правдата.



ПРОИЗХОД И ИСТОРИЧЕСКО РАЗВИТИЕ НА ВЪЗЗИВНОТО НАКАЗАТЕЛНО ПРОИЗВОДСТВО ДО КРАЯ НА XIX ВЕК ВЪВ ФРАНЦИЯ, ГЕРМАНИЯ И РУСИЯ

Димитрия Дърмонска¹

Анотация

Наченките на института на въззивното обжалване следва да се търсят още в постулатите на римското право. През Средновековието в континенталните европейски държави силно влияние върху развоя на наказателното правосъдие оказва каноническото право, под чието въздействие светският процес се утвърждава като инквизиционен през XIII и XIV век и като такъв се прилага до края на XVIII век – средата на XIX век.

През 1808 г. е приет френският Наказателнопроцесуален кодекс /Code d'instruction criminelle/, с който е въведен наказателен процес от смесен тип, съчетаващ елементи на следствия и на английския състезателен процес, като е възприет т.н. пълен въззив. В последващите години френският модел играе важна роля при реформирането на наказателнопроцесуалните системи на редица европейски държави. Той се превръща в първообраз за германския Наказателнопроцесуален кодекс, реципиран е в Русия, а оттам – и в България с приемането на Закона за углавното съдопроизводство.

Ключови думи: въззивно производство, обжалване, римско право, каноническо право, инквизиционен /следствен/ процес, състезателен процес, Code d'instruction criminelle, „Устав уголовного судопроизводства“

Summary

The institute of appeal first happened to occur in Ancient Rome. In the Middle Ages, the influence of Canon Law in the criminal justice procedures in European countries is great and it leads to establishing the rules of inquisition in the civil trial in the 13th and 14th century, applied until the end of the 18th century - the middle of the nineteenth century.

¹ Задочен докторант по докторска програма „Наказателен процес“ към катедра „Наказателноправни науки“ на Юридическия факултет на ПУ „Паисий Хилендарски“.

In 1808, the French Code of Criminal Procedure (Code d'instruction criminelle) was adopted, introducing a criminal trial, combining elements of the investigative trial and the English trial. Code d'instruction criminelle established the full appeal. In the next years, the French model had an important role in reforming of the criminal justice system in a number of European countries, becoming a prototype of the German Code of Criminal Procedure, it was used as a basis in Russia and in Bulgaria as well – when adopting the Criminal Procedure Law.

Развитието на всяка наказателноправна система се явява пряко свързано и обусловено от етапа на историческото развитие, политическите реалности и потребностите на обществото. В този смисъл и проследявайки развоя на института на въззивното производство назад във времето, се извежда следният закономерен извод: възникването и изграждането на този контролен механизъм в наказателния процес от Древността до наши дни е наложено от необходимостта на държавата и обществото за проверка на правилността на вече постановените съдебни актове с оглед предотвратяването на съдебни грешки и поправянето на допуснати такива. Затова и историческият преглед на хода на въззивното наказателно производство през вековете не следва да се разглежда като самоцел, а като начин за по-задълбоченото изучаване на визириания институт. Прави впечатление, че постулатите на римското право, където следва да се търсят и намеренията на въпросния контролен способ, оказват своето влияние върху формирането му в съвременните европейски наказателнопроцесуални системи, като са реципирани през Средновековието, за да достигнат до кодификацията им в Новото време.

В римското право наказателното правораздаване е свързано с властическата функция на държавата да санкционира престъпното поведение на гражданите чрез установяването на система от престъпления и наказания. Същевременно характерно за древните общества е схващането за сакралните основи на властта, поради което и налагането на наказания от нейна страна за извършени престъпни деяния намира обяснението си в съществуващия божествен порядък. В най-ранната римска история наказателната власт принадлежи още и на жреците, както и на *pater familias*.

Още по времето на т.н. царски период от историята на Древния Рим, когато наказателното правосъдие се явява изключителен прерогатив на царската власт и се осъществява непосредствено от царя /макар и често да е възлагано от последния на съответни длъжностни лица/, се формират първите наказателни колегии, осъществяващи светско правораздаване, които разглеждат случаи на престъпна дейност, свързана със застрашаване на сигурността на държавата².

В периода на Римската република в наказателното правораздаване се извършват значителни реформи, в това число се заражда и развива идеята за гарантиране на правото на процес на всеки римски гражданин, обвинен в извършване на престъпление /”Nulla poena sine iudicio”/, както и на правото на справедлив процес, макар визираните процесуални права на обвиняемия и гаранциите за осъществяването им в онази епоха да се реализират в различна степен в сравнение със съвремението ни.

Така през периода от средата на II в.пр.н.е. до края на Републиката /края на I в.пр.н.е./ се създават специални по вид и процедура наказателни съдилища, наречени *Questiones perpetuae*, които постепенно се утвърждават и стабилизират. Системата на *Questiones perpetuae* се различава съществено от обвинителния наказателен процес, осъществяван до този момент пред магистратите /съответните държавни служители – органи на публичната власт/, както и от провокацията пред Народното събрание /която процедура ще бъде разгледана в последващото изложение/. Така в края на републиканския период е налице единна система на наказателното правораздаване, упражнявано от *Questiones perpetuae*, характеризираща се с равнопоставеност на обвинението и обвиняемия, които две страни в еднаква степен участват при формирането на журито – решаващия орган в процеса /същевременно последното не е страна в същия/. *Questiones* представлява своеобразен съд с жури, при който магистратът /държавният служител/ действа не като съдия, решаващ делото, а по-скоро в качеството на арбитър в рамките на публичния устен състезателен процес между страните³. Наред с това, обвинението излиза извън публичната рамка, съществувала до момента чрез осъществяването му от магистратите, като при така въведената система на *Questiones perpetuae* функцията по повдигане и поддържане на обвинение се предоставя на едно частно лице в качеството му на представител на обществеността и на страна в наказателния процес /*acusator rei publice causa*/, напълно равнопоставена на обвиняемия.

² Новкиришка-Стоянова, Малина. *DE IURE PUBLICO* – Студии по римско публично право. София, Сиела, 2013, с. 457; Велчев, С. П. Ръководство по углавния процес. т. 1. София, Придворна печатница, 1923, с. 27.

³ Новкиришка-Стоянова, Малина. Цит. съч., с. 473 - 476.

Самият квестор /магистратът/ се трансформира от ръководно-решаващ орган и орган на обвинението в председател на журито без право на глас⁴. Що се отнася до събирането и проверката на доказателствата в процеса, то определени правила в тази насока не са установени, като всяка страна има правото да ангажира доказателства по свое усмотрение, а самопризнанието се счита за най-съвършеното доказателство⁵.

В Древен Рим през Републиканския период, във времето IV – I в.пр.н.е., се прилага особена процедура, наречена „*provocatio ad populum*”, с важно значение за тогавашния наказателен процес, от една страна, с оглед избягването на съдебни грешки, а, от друга – с цел осигуряването на максимална публичност на наложеното наказание. Първоначално тази процедура се разглежда не толкова като средство за отмяна на постановената от римския магистрат присъда, а като акт на Народното събрание /*commitia curiata*/ за противопоставяне на наложеното от последния публично наказание, постановено извън утвърдената наказателна процедура. В тази връзка коментираната процедура може да се окачестви не като част от редовния републикански наказателен процес в Древен Рим, а като коректив за процесуални нарушения⁶. Анализирайки процедурата по *provocatio*, Новкиришка-Стоянова счита, че „в случая не може въобще да се говори за апелативно или касационно обжалване, тъй като постановяването на присъдата е от административен орган, а делото не се преразглежда от горестоящия му административен орган. Компетентността на комицията в случая се обосновава във връзка с нейното правомощие да избира съответния магистрат, както и да контролира неговата дейност”⁷. Следователно тази специфична т.н. комициална фаза на наказателния процес отразява господстващото в Древния Рим разбиране, че налагането на наказание на римски гражданин за извършено от него престъпно деяние следва да изхожда от името на цялата римска общност в лицето на Народното събрание. Новкиришка-Стоянова, разглеждайки обстойно характера и развитието на визираната процедура в римското правораздаване, закономерно заключава, че става дума за обща, допустима по всяко наказателно дело процедура, чието прилагане обаче зависи от волята на обвиняемия, т.е. служебното начало е изключено⁸.

⁴ Пак там, с. 482.

⁵ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 30 - 31.

⁶ Новкиришка-Стоянова, Малина. Цит. съч., с. 477.

⁷ Пак там, с. 477 - 478.

⁸ Пак там, с. 479 - 480.

За пълнота следва да се отбележи, че в Закона на дванадесетте таблици в средата на V в.пр.н.е. е закрепено правото на всеки обвиняем за „provocatio ab omni iudicio роенаque”. Допълнителни ограничения при постановяването на смъртна присъда от магистрат са били въведени през IV в.пр.н.е. /с Lex Valeria Horatia от 339 г.пр.н.е./ и през II в.пр.н.е. /с Leges Porciae/, свързани със задължителността на провокацията и невъзможността за изпълнение на наложеното смъртно наказание без произнасянето на Народното събрание⁹.

В по-късен етап в развитието на римското наказателно производство с термина „ius provocationis” се обозначава ритуалното искане от трето лице за редовен наказателен процес. Новкиришка-Стоянова изрично отбелязва и последващата във времето практика на „appellatio provocatioque”, при която влизането в сила на осъдителното решение на магистрата се препятства чрез апел на обвиняемия било пред друг магистрат с по-висша власт, било пред неговия колега или пред плебейския трибун, било пред комициите, т.е. в случая е налице двуфазност на процедурата, като и във втората фаза производството е състезателно и в хода му се събират доказателства¹⁰.

По време на императорския период съдебната власт принадлежи на императора, който я делегира на съответни магистрати. Оформя се система на обжалване в наказателното съдопроизводство, като всяко решение на магистрата подлежи на обжалване пред императора /към него е създаден т.н. consistorium/ в качеството му на висша инстанция, което налага да се води протокол за хода на процеса. Правото на обжалване принадлежи на всяка от страните по делото. По това време поради по-силното застъпване на принципа за публичния интерес в наказателното правораздаване обвинителната функция преминава към съответни длъжностни лица, още повече че все по-малко граждани упражняват правото си да възбудят обвинение /за разлика от предходния републикански период/. Производството пред императора е писмено, при пълно изключване на публичност и устност. Последният, от своя страна, разполага с правомощието по свое усмотрение да прекрати изцяло или частично висящото наказателно производство¹¹.

⁹ Пак там, с. 480.

¹⁰ Пак там, с. 481.

¹¹ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 31 - 32.

В същия този период /императорския/ в Древен Рим възниква и т.н. ревизионен ред за проверка на съдебните актове - вече не по инициатива на страните в наказателния процес, а по инициатива на съдилищата, които при спорни въпроси сезират императорската канцелария¹².

През Средновековието, с развитието на феодализма в Европа, наказателното правораздаване е силно децентрализирано и се съсредоточава в ръцете на съответния феодал, който го упражнява сам или посредством назначен от него чиновник. Владетелят, който е същевременно и най-едрият феодал, също разполага с правораздавателна наказателна власт¹³.

През Средните векове изключително силно влияние върху развоя на наказателното правосъдие оказва т.н. каноническо право, което първоначално реципира основните римски постулати на наказателния процес от късния императорски период, но впоследствие наред с характерното за римското право обвинение /*accusatio*/ като основание за наказателно преследване възприема още и доносите /*denuntiatio*/. Принципно положение в случая е, че доносителят не носи каквато и да било отговорност, а същевременно всеки може да се освободи от доноса чрез полагането на очистителна клетва. В най-общ план, емблематично за каноническия процес през Средновековието, а оттам и за тогавашния светски наказателен процес става разбирането, че изтезанията представляват допустимо средство за доказване извършването на престъпление от обвиненото лице.

Значителни промени в съществуващия тогава наказателен процес настъпват по времето на папа Инокентий III, чийто реформи са одобрени на Латеранския събор през 1215 г. и се изразяват в следното: постепенно обвинението /*accusatio*/ изчезва и се заменя с *denuntiatio*, което се вменява в задължение на всеки гражданин; отменя се очистителната клетва; доносителят вече има право да участва в процеса и да сочи доказателства; основание за започване на наказателно преследване наред с *denuntiatio* става още и народната мълва /*infamia*/; обвиняемият има право да присъства на процеса, да прави възражения и да ползва защита, като се информира за имената на свидетелите и за показанията им¹⁴.

Наред с горното, въвежда се специална наказателна процедура за преследването на еретиците /*inquisitio hereticae pravitatis*/, което се възлага на особени папски делегати.

¹² Митов, Георги. Въззивно производство по наказателни дела. София, Сиби, 2016, с. 16.

¹³ Пак там, с. 16.

¹⁴ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 32 - 33.

По подобен род дела при прочитането на показанията на свидетелите имената им не се съобщават на обвиняемия, а при разпитите се допускат изтезания¹⁵.

Под влияние на църковните канони в средновековния светски наказателен процес се налага схващането, че преследването на извършителите на престъпления се извършва в интерес на обществото, поради което наказателно производство може да бъде възбудено и без обвинител, *ex officio*. По подобие на каноническия процес, в цивилното наказателно съдопроизводство се налага т.н. формална система на доказателствата, или, система на формалните доказателства /при която достоверността на различните видове доказателствени средства се определя не от съда съобразно особеностите на всеки конкретен случай, а е предварително установена в закона/, засилва се писменото начало, постепенно се премахват публичността и състезателността. В системата на доказателствата на първо място по тежест стои самопризнанието на обвиняемия, за постигането на което са допустими най-сурови мерки на принуда, включително изтезания. Наред с осъдителните и оправдателните присъди възниква и трета, особена форма на присъда – оставяне в подозрение /*absolutio ab instantia*/. Обжалването на съдебните актове се премахва и се заменя с пререшаване на делото по ревизионен ред, а именно: всяко дело по силата на закона подлежи на преглед от по-горния съд. Следователно, под въздействие на каноническия, светският наказателен процес също се утвърждава като инквизиционен такъв и в този си вид възниква и се налага първо в италианските градове държави през XIII и XIV век, а оттам - във всички други европейски държави, и се прилага до края на XVIII век във Франция, а в останалите – и до средата на XIX век¹⁶.

Разгледано в конкретика, що се касае до старото германско право, по време на шофенския период се допуска обжалване – с такова право се ползват страните по наказателното дело и трети лица, като по-горен шофенски съд произнася нова присъда. На по-късен етап, реципирайки постулатите на римското право, се прилага институтът на апелацията, като обаче съдебната власт се съсредоточава в ръцете на съответните феодали, а не на монарха¹⁷.

С утвърждаването на германски наказателен процес от инквизиционен тип – съобразно вече изложеното по-горе, прилагането на апелацията силно се ограничава.

¹⁵ Пак там, с. 33.

¹⁶ Пак там, с. 34.

¹⁷ Митов, Георги. Цит.съч., с. 18.

Окончателно инквизиционният процес в германските земи се налага през 1532 г. с приемането на т.н. Carolina /Constitutio criminalis Carolina/ от император Карл V, съгласно която присъдите са три вида /оправдателни, осъдителни и оставяне в подозрение/, а апелативното обжалване в наказателното съдопроизводство се заменя с ревизионен преглед, т.е. с преразглеждане на наказателното дело от по-горен съд по служебен ред, без жалба на страните по делото¹⁸.

Тук е мястото да разгледаме и някои специфики в развитието на френския наказателен процес. Старото френско право допуска обжалването на присъдите, при което правораздаването по наказателни дела се осъществява от отделните феодални и съставлява тяхно задължение, а последващото разглеждане на делото от краля, респ. от кралските съдии, е свързано с нарушението на това задължение от страна на сеньора /феодала/. Затова и страни в наказателното производство се явяват обжалвалото присъдата лице и съответният феодал, който я е постановил, от което може да се заключи, че за същинско обжалване в съвременния смисъл не може да става въпрос. Тази практика се налага във Франция и през XIV век кралските съдии разглеждат голямата част от решенията на сеньоралните съдилища¹⁹.

Към края на XV и началото на XVI век инквизиционният наказателен процес се утвърждава окончателно и във Франция, като в най-пълна степен получава законова регламентация с Ордонанса на крал Луи XIV от 1670 г. /Ordonnance Criminelle/, съгласно който: следствието се образува по тѣжба на пострадалия или по искане на прокурора; свидетелите се разпитват от следствения съдия непублично; обвиняемият се разпитва в обща форма, а впоследствие - и по пунктовете на обвинението, по които се разпитват и свидетелите; прокурорът дава заключения, но не държи речи; следственият съдия е подчинен на прокурора; производството е писмено; премахнато е публичното начало; системата на доказателствата е формалната; допустимо е самопризнанието да се изтръгне от обвиненото лице чрез изтезания; прилагането на изтезания е допустимо и след осъждането на подсъдимия на смърт с цел посочването на съучастници в извършването на престъплението; присъдите са: оправдателни, осъдителни и оставяне в подозрение; редът за обжалване на присъдата е въззивен, в редки случаи – ревизионен, т.е. апелацията е запазена²⁰.

¹⁸ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 35.

¹⁹ Митов, Георги. Цит. съч., с. 19.

²⁰ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 34-35.

Що се касае до развитието на руското наказателно съдопроизводство в ретроспективен план, следва да се има предвид, че в старото руско право съдебната власт се упражнява от княза, като обаче в княжеския съд участват и изборни лица. Наред с княжеския съд, съществува още и такъв на общините и на вехето /народно събрание/. Наказателното преследване се възбужда по тѣжба на пострадалия, който е и обвинител, а освен това активно участва при залавянето на обвиненото лице. Двете страни в наказателното производство са напълно равнопоставени и се наричат „истци“, процесът е публичен и състезателен /обвинителен/, не се допускат изтезания при събирането и проверката на доказателствата²¹. През този период обжалването е непознато за руския наказателен процес /съдебни инстанции не съществуват/. За първи път институтът на апелацията е въведен едва със Судабника от 1497 г. при управлението на Иван III.

Така, на по-късен етап – към XVI век, съдебната власт в руските земи принадлежи на съдебни прикази, на т.н. „губни старости“ /в провинциите/ и на Боярската дума, като самият наказателен процес вече се подразделя на два вида – инквизиционен /следствен – т.н. „розиск“/, и състезателен /обвинителен/. Характерно за т.н. „розиск“ е, че наказателното производство започва служебно и е писмено, липсват публичност и състезателност, допуска се изтрѣгването на самопризнание от обвиняемия чрез изтезания. Обратно, по наказателните дела, по които се прилага обвинителният процес, производството се образува по тѣжба на пострадалия и приложение намират началата на състезателност и устност²².

При управлението си Петър Велики реформира в значителна степен руския наказателен процес. С указ от 1687 г. той разпорежда всички наказателни дела да се гледат по т.н. „розиск“. Следственият процес се утвърждава окончателно с Воинския устав през 1716 г., като, наред с това, Петър I извършва промени и в системата на съдебните органи: вместо Боярската дума и приказите се учредява Сенат, а мястото на т.н. „губни старости“ заемат т.н. „воеводи“. Други промени в наказателния процес през този период са: въвежда се ревизионният ред за преразглеждане на наказателните дела, установяват се законни правила за доказателствата и наблюдението над по-важните наказателни дела се възлага на особени длѣжностни лица /т.н. „фискали“/.

²¹ Пак там, с. 35-36.

²² Пак там, с. 36.

Сенатът се превръща във висша апелативна инстанция, като характерно за руската апелация по това време е, че при въззивното разглеждане на наказателното дело не се допуска събирането на доказателства, а контролната инстанция се произнася единствено въз основа на писмените материали, съдържащи се в първоинстанционното дело²³.

По времето на Екатерина II фискалите се заместват от прокурори, следственият наказателен процес се налага окончателно с характерните за него писмено начало и липса на публичност и към оправдателните и осъдителните присъди се прибавят тези на оставяне в подозрение. Независимо от изложеното, при управлението си Екатерина Велика издава редица укази, с които отменя изтезанията в наказателното съдопроизводство. По силата на указа й „Учреждение для управления губернии Всероссийской империи” от 1775 г. се създава сложна многостепенна и паралелна система от съдебни органи и инстанции с цел съобразяване интересите на отделните съсловия при разглеждането на делата и за пръв път ясно се разграничават наказателните и гражданските дела в съвременния юридически смисъл на понятията. Обжалването на съдебните актове е уредено с указите от 1762 г. и 1764 г. и за него важат следните правила: по всички наказателни дела, образувани по жалба на пострадалия, е допустимо обжалването от страните пред горната съдебна инстанция, а за останалите наказателни дела се прилага ревизионният ред за преразглеждане на присъдата – вече не по жалба, а по силата на закона. Съдебната палата действа като апелативна и ревизионна инстанция по наказателни дела в губерниите, а Сенатът остава висшият съдебен орган²⁴.

Законоположенията, възприети и утвърдени при управлението на Петър I и Екатерина II, ведно с тези на техните приемници, залягат в основата на сборник от закони – т.н. „Свода законов”, издаден през 1832 г.

Изложените по-горе специфики на наложилия се в континенталните европейски държави инквизиционен /следствен/ тип наказателен процес /възникнал през XIII - XIV век и прилаган до края на XVIII - средата на XIX век/ разкриват неговите съществени недостатъци и обясняват непригодността му да обслужи потребностите и интересите на обществото в Новото време. Напълно изоставяйки основните постулати и достижения на римското право, следственият наказателен процес се отличава със следните характеристики: служебното образуване и движение на наказателното производство, вкл. ревизионното преразглеждане на присъдата, превръщането на обвиняемия от субект в обект на наказателния процес, утвърждаването на формалната система на

²³ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 36-37; Митов, Георги. Цит. съч., с. 20.

²⁴ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 37; Митов, Георги. Цит. съч., с. 20-21.

доказателствата и използването на изтезанията като способ за събиране на доказателства, премахване принципите на публичност, устност, непосредственост и състезателност в производството и налагането на писменото начало, съсредоточаване на ръководно-решаващата, обвинителната и функцията по защита у съдията.

Най-остри критики срещу инквизиционния наказателен процес се надигат във Франция, където Великата френска революция от 1789 г. дава тласък на множество радикални промени във всички сфери на живота. Реформи се извършват и в наказателния процес и на 30 октомври 1808 г. е приет френският Наказателнопроцесуален кодекс /Code d'instruction criminelle/, утвърден с указ от 16 декември 1808 г. и влязъл в сила на 1 януари 1811 г. С него е въведен наказателен процес от смесен тип, при който присъстват елементи на предходния следствен тип процес и на английския състезателен такъв. С приетия Code d'instruction criminelle е утвърдено делението на наказателното производство на предварително и окончателно: при предварителното производство превес има следственият принцип /с изключване на публичността, засилване на писменото начало, ограничаване правата на страните в процеса/, а окончателното е изградено основно върху началата на английския процес: публичност, устност, състезателност, засилено участие на „народния елемент“²⁵.

Изхождайки от утвърденото с френския НК /Code penal/ деление на престъпните деяния на три вида такива, френският НПК от 1808 г. въвежда тристепенна система на наказателните съдилища, а именно: мирови, респ. полицейски съдилища, които в състав от едноличен мирови съдия разглеждат като първа инстанция делата за нарушенията; изправителни съдилища, които в състав от трима члена гледат делата за престъпленията, и азисни съдилища, заседаващи в състав от трима съдии и дванадесет съдебни заседатели /създадени към апелативните съдилища/ – на тях са подсъдни т.н. злодеяния. Висша съдебна инстанция се явява Касационният съд.

Що се отнася до въззивното обжалване, съгласно Code d'instruction criminelle от 1808 г. е възприет т.н. пълен въззив, т.е. въззивната съдебна инстанция винаги сама решава наказателното дело, без да го връща за разглеждане на първоинстанционния съд, като е обвързана от пределите на жалбата на страните. В конкретика, въззивното обжалване на първоинстанционните присъди съгласно коментирания френски НПК е уредено по следния начин: присъдите на полицейските съдилища подлежат на въззивно обжалване пред изправителния съд, но само от подсъдимия /прокурорът и гражданският

²⁵ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 40.

ищец имат право да подават единствено касационна жалба/ и в определени граници /с оглед размера на наложената глоба и присъденото обезщетение/; присъдите на изправителните съдилища подлежат на въззивно обжалване от всички страни пред апелативния изправителен съд; присъдите на азисните съдилища подлежат само на касационно обжалване.

Принципните положения, заложи в френския НПК от 1808 г. за въззивното обжалване, са възприети и в българския Закон за углавното съдопроизводство.

В последващите години френският модел на т.н. смесен тип наказателен процес, въведен с Code d'instruction criminelle /който модел по естеството си принадлежи към т.н. континентален тип наказателнопроцесуална система и определя облика на последната/, оказва изключително силно влияние при реформирането на наказателнопроцесуалните системи на редица европейски държави – именно той при съобразяване със съответните национални особености е използван като образец в Италия, Белгия, Холандия, Испания, Австрия, Норвегия, Унгария, Сърбия, Румъния. Приспособен към спецификите, характерни за германската наказателнопроцесуална система, Code d'instruction criminelle от 1808 г. се превръща в първообраз и за германския Наказателнопроцесуален кодекс от 1876 г., с който е утвърден самостоятелен, германски модел на наказателен процес. Същевременно Code d'instruction criminelle от 1808 г. е реципиран в Русия, а оттам – и в България с приемането на Закона за углавното съдопроизводство през 1897 г.

По-конкретно, преходът от средновековните порядки към последвалите радикални промени, характерни за епохата на Новото време, не подминава и Русия, където при управлението на император Александър II се провеждат значителни съдебни реформи. С негов указ от 20 ноември 1864 г. са утвърдени четири самостоятелни кодекса, известни като „Судебные уставы“, а именно: „Учреждение судебных установлений“, „Устав гражданского судопроизводства“, „Устав уголовного судопроизводства“ и „Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями“, които влизат в сила с указ от 19 октомври 1865 г. В основата на „Устав уголовного судопроизводства“ заляга френският Code d'instruction criminelle от 1808 г., ведно със съществуващите тогава негови изменения и допълнения, т.е. въведен е т.н. смесен тип наказателен процес по френски образец, като са отчетени критиките към някои възприети в Code d'instruction criminelle разрешения, а същевременно са оценени положителните му страни и, разбира се, са съобразени спецификите, характерни за руската действителност. Така, с „Устав уголовного судопроизводства“ се прогласява независимостта на наказателния съд от администрацията, прокарва се обвинителният принцип в наказателното

судопроизводство, макар и в непълен обем, утвърждават се основните съвременни принципи на наказателния процес – състезателност, публичност, устност, непосредственост, несменяемост на съдиите, равенство на всички пред съда, право на защита, премахва се системата на формалните доказателства, като по този начин се слага край на прилагането на следствия /инквизиционен/ наказателен процес.

През 1900 г. в Русия е изработен „Проектъ новой редакции Устава уголовного судопроизводства” /с подробни мотиви към него в пет тома/. Той не се превръща в действащ законодателен акт, но изиграва изключително важна роля за развитието на българския наказателен процес след Освобождението, който представлява почти пълна рецепция на установения с „Устав уголовного судопроизводства” руски такъв²⁶.



²⁶ Велчев, С. П. Цит. съч., с. 42.

УРЕДБА НА МАШИННОТО ГЛАСУВАНЕ СПОРЕД БЪЛГАРСКОТО ИЗБОРНО ПРАВО – ПРАКТИЧЕСКИ АСПЕКТИ

Иван Кърчев¹

Анотация

През 2011 изборното право бе кодифицирано. С втория Изборен кодекс от 2014 г. законодателят въведе института на „машинно гласуване“. Първоначално прилагането му на практика беше пробно, т.е. само технически се тестваше както обществото до колко би упражнило вота си чрез машини, така и доколко устройствата биха били надеждни и биха защитили конституционната тайна на избора. Крайното желание от страна на НС бе да се въведе като алтернативно на хартиеното гласуване с бюлетини в секционни избирателни комисии, т.е. и „машинното гласуване“ да бъде в т.н. „контролирана среда“, което по категоричен начин ясно го разграничава от „електронното гласуване“. Машинното гласуване все пак се приложи реално на президентските избори през 2016 година, когато вотът, чрез машини бе вече зачетен действително, а не пробно. Практиката обаче показва, първо, че този начин на гласуване е не защитен, тъй като няма нито правни, нито технически гаранции за това. На второ място като проблем се очертава липсата на достатъчно подготвени кадри, които да работят с машините по време на избори. Третият не маловажен проблем е финансовият-машинното гласуване по никакъв начин не поевтинява изборния процес, а напротив-оскъпява го. Изборната администрация не успя през тези години да убеди българското общество в полезността на този начин на гласуване. Затова и интересът към него е слаб, което прави машинното гласуване нецелесъобразно. В настоящата разработка все пак се дава една положителна възможност да се помисли за ефективно използване на машинното гласуване в трите големи града на страната. Преди това обаче са нужни законодателни промени, които да решат висиящия въпрос със сигурността на вота от манипулиране, неговата неразкриваемост, т.е. опазване тайната на вота на избирателя и подготовката на кадрите, нужни за изборния процес в тази му част.

Ключови думи: Изборен кодекс, машинно гласуване,

¹ Студент по право (втори курс) в ЮФ на ПУ „Паисий Хилендарски“. Материалът е награден с Първо място на Студентската юридическа научна академия през м. май 2017 г.

Summary

In 2011 our Election law was codified. With the second Election Code of 2014, our legislator introduced the so called “Machine voting”. At the beginning, it was practically applied as a technical test – on the one hand, to see if the people would use it, and on the other – if it could adequately work and protect the Constitutional secret of the vote. Eventually, the Bulgarian Parliament wished for it to remain as an optional alternative to the regular ballot voting, located at the polling station, thus, it differs from the “Electric Voting”. Machine voting was practically used for the first time on the Presidential elections in 2016. Putting it to use showed us that, firstly - neither legal, nor technical guaranties proves in reliable. Secondly, we had a lack of adequately trained human resources. Lastly – Machine voting caused certain financial issues – not only it does not make it cheaper, but it also creates more expenses. The administration never really convinced people that Machine voting would benefit us, thus it provoked almost no interest and made it something of no use. The current work aims to provide a positive review, and a chance to consider what would be an effective use to the Machine voting in the three major cities in Bulgaria. For that to happen, however, legal changes would be required, in order to prevent vote manipulations, keeping people’s votes confidential and training workers, required for that kind of voting at the polling stations.

Key words: Election Code, machine voting

1. Въведение

След политико-икономическите промени в България от края на 1989 и началото на 1990 година, изборното право е „разпиляно” в няколко закона, които уреждат провеждането на различните видове избори и правния статут на кандидатите. Изборното право беше кодифицирано за първи път през 2010 година, а от началото на 2011 година юридическа сила придоби Изборният кодекс, приет от 41-то НС². Преди кодифицирането, в страната имаше пет закона за петте вида избори-Закон за избирането на президент и вицепрезидент на републиката; Закон за местните избори; Закон за избирането на народни представители; Закон за избирането на Велико народно събрание. След приемането на страната ни в Европейския съюз от 1 януари 2007 година, два месеца по-късно беше приет Закон за избиране на членове на Европейския парламент от Република България. Той беше приложен два пъти-през 2007 и 2009 година.

² ДВ бр. 9 от 28.01.2011 г.

Първите четири: ЗИПВР, ЗМИ, ЗИНП, ЗИЧЕПРБ бяха отменени с § 9, т. 1 от ПЗР на Изборния кодекс, а ЗИВНС беше отменен с § 9, т. 2 от новия Изборния кодекс, приет от 42-то НС през 2014 година³. С § 9, т.1 от ПЗР се отмени действията от 28 януари 2011 г. до 5 март 2014 г. първи Изборен кодекс.

2. Машинното гласуване преди кодифицирането на изборното право в България

Преди кодифицирането на изборното право (2011 г.), единствено в Закона за избиране на народни представители⁴ бе направен опит за нормативно въвеждане на „електронното гласуване”. Тогава законодателят чрез нови кратки разпоредби, нетолкова успешно и за кратко задържали се в нормативния акт, въведе използването на машини за гласуване. Материята за e-voting като, че ли беше недотолкова позната на законодателя и това личи от дискусиите за промените в ЗИНП, където няма ясно разграничение между „машинно гласуване” и „електронно гласуване”. Освен това имаше предложение да се гласува и с т.н. „електронен подпис”, което обаче не бе правно закрепено в законодателството, тъй като не намери достатъчно подкрепа при гласуването и приемане на промените в ЗИНП. Струва ми се, че така написани и криворазбрани тези нови термини в изборното право бяха без легално и точно определение, набързо инкорпорирани в законодателството ни, с цел да се „зарадват” новите ни партньори от Европейския съюз, а не за да решат наш вътрешен проблем, какъвто беше купуването на гласове чрез изнасянето на хартиени бюлетини от секциите и мобилизация на повече хора да упражнят конституционното си право да избират свое представителство в НС именно чрез модерните технологии.

От така приетите промени в ЗИНП(2009 г.) става ясно, че се създават задължения за ЦИК⁵ да определя условията и реда за експериментално гласуване по електронен път с автоматизирани системи. Така приетата разпоредба е нова за същия закон и влезе в сила от 24.03.2009 г. като измененията и допълненията в ЗИНП са обнародвани в ДВ,бр.31 от същата 2009 г. и визират конкретно разпоредбата на чл.87а. Според текста първоначално електронното гласуване трябва да бъде въведено в контролирана среда в рамките на секционните избирателни комисии.

³ ДВ бр. 19 от 5.03.2014 г.

⁴ ДВ. бр.37 от 13.04 2001г.

⁵ Централна избирателна комисия

Освен хартиени бюлетините за гласуване, в секциите трябва да бъде поставена и автоматизирана система, а избирателят да гласува с магнитна карта за гласуване и с електронен показалец. В изпълнение на тази законова разпоредба ЦИК прие административен акт - решение⁶, с което приема условия и ред за експериментално гласуване по електронен път с автоматизирани системи. Аргумент за това е чл. 23 ал. 1, т. 28 от вече отменения ЗИНП. За да отговорят на тези законови изисквания, които са императивни, членовете на ЦИК записват в условията, че именно ЦИК е държавният орган, който ще организира и контролира експерименталното гласуване по електронен път. То се осъществи чрез автоматизирани системи, оборудвани с визуализиращ екран, четящо устройство за магнитни карти и оптичен показалец. Със свое друго решение⁷ ЦИК определи, че това гласуване ще бъде в 9 софийски избирателни секции. Тогава за първи път ЦИК споменава терминът „електронни бюлетини“, като преди това той е правно въведен в чл. 87а, ал.3 от ЗИНП. Образците на тези електронни бюлетини бяха одобрени, преди да бъдат използвани експериментално. До този момент нито в един закон или подзакон нормативен акт не се говореше за „електронни бюлетини“, нито пък се даваше легално правно определение какво представляват и на какви изисквания трябва да отговарят, за да изпълнят изискванията на закона. Дори и сега в законодателството ни липсва такъв термин и определение за него. Извежда се само от техническото описание, дадено от фирмата, която осигурява машините за гласуване.

На председателите на СИК⁸, в които се проведе експериментално гласуване по електронен път, бяха раздадени с приемо-предавателен протокол непрозрачна кутия за гласуване, тестваната автоматизирана система, магнитните карти за управление на системата в запечатан плик, магнитните карти за гласуване в запечатан плик, техническо устройство за стартиране на системата и отчитане на резултатите от гласуването в запечатан плик. Условията, приети от ЦИК, говорят за гласуване по електронен път, но не от дистанция, както днес бихме го разбрали, а стационарно, т.е. чрез поставено устройство в избирателната секция, която се явява контролирана среда, както от членовете на СИК, така от застъпниците, наблюдателите и журналистите, както и от самите избиратели.

⁶ Решение 104/04.06.2009 на ЦИК, публикувано в интернет на: <http://pi2009.cik.bg/?resh=104>

⁷ Решение 105/ 95.06.2009 г. на ЦИК, публикувано в интернет на: <http://pi2009.cik.bg/?resh=105>

⁸ Секционна избирателна комисия

За да започне гласуването по този начин председателят на СИК включваше тъй наречената „автоматизирана система“, като се идентифицираше с магнитна карта за управление на устройството. След това избирателят можеше да избере да гласува или чрез хартиената бюлетина, или чрез електронната бюлетина.

Според Условиата, приети от ЦИК⁹, за да бъде „валидно“ експерименталното гласуване на даден избирател то той трябваше да разгледа електронните бюлетини, в специално пригодени кабинни, точно за тъй нареченото „електронно гласуване“, да избере една от тях, след което чрез докосване на екрана върху квадратчето с номера на избраната от него кандидатска листа да потвърди вота си чрез поставяне на магнитната си карта в четящото устройство, след като се увери че изборът му е правилно отразен върху електронните бюлетини (на екрана излизаше надпис за приетия вот и системата му разпечатваше резултатите от гласуването – контролна разпечатка за двата вота), аргумент чл. 14 от Условиата. Избирателят, решил да гласува по този начин след това бе задължен да вземе контролната разпечатка от устройството и трябваше да я сгъне така, за да не бъде разкрит вотът му, а преди да положи подписа си и да напусне изборното помещение, да я пусне в непрозрачна кутия, която бе пред СИК. Магнитната карта оставаше при председателя на СИК, а следващият гласоподавател решил да гласува по този начин, използваше друга магнитна карта. Пилотното е-гласуване се отчете от РИК¹⁰, в чийто район бяха 9-те СИК, в които имаше машина за e-voting(чл.87а, ал.5 от ЗИНП), а резултатите бяха разчетени от записващо устройство, свалено от членове на СИК и предадени с протокол на членове на РИК.

По преценка на НС системата за експерименталното електронно гласуване се очакваше тогава (2009 г.) да бъде мултиплицирана и на национално ниво, а не само в София, и да се приложи при следващите избори, но след кодифицирането на изборното право точно по-горе описания модел на безхартийно гласуване остана само в 9-те секции, проведено на 5 юли 2009 година.

Проблемът при първото или по-скоро при опита за първо въвеждане на машинно гласуване беше, че законодателството не разграничи по ясен и категоричен начин машинното от електронното гласуване.

⁹ Условия и ред за експериментално гласуване по електронен път, приложение към Решение 104/04.06.2009 на ЦИК, публикувано в интернет на: <http://pi2009.cik.bg/?resh=104>

¹⁰ Районна избирателна комисия

Дори напротив - в правните разпоредби се преплиташе терминология, която е твърде специализирана по-скоро за ИТ сектора - като например „машини“ (автоматизирана система чл.87а, ал. 1 от ЗИНП, отм.) от една страна, а от друга страна „електронно гласуване“, което предполага подаденият вот да бъде систематизиран по електронен път на регионално ниво (напр. РИК), а след това да бъде предаден пак по електронен път на централно ниво (напр. ЦИК). Т.е. сегашното разбиране за „електронно гласуване“ точно това предполага - всяко действие от страна на избирателя да бъде отчитано или на регионално ниво, или направо на централно като се избегне субективния момент при отчитането на гласовете от страна на СИК. Електронното гласуване, чрез което избирателят да може да упражни конституционното си право (а днес и задължение) да става без да посещава отредените места за избирателни секции, а дистанционно чрез средствата, предлагащи достъп до интернет. De lege ferenda към онзи момент беше на електронната страница на ЦИК да бъде създадена специална интернет страница, чрез която всеки български гражданин да може да гласува със своя електронен подпис, независимо къде се намира в деня на изборите. Този законопроект обаче не намери достатъчно подкрепа за времето на легислатурата на 40-то НС.

По-различно е схващането за „машинното гласуване“, което всъщност се оказва това през 2009 година, по описания по-горе начин и чрез средствата в „контролирана среда“, каквато всъщност е СИК. Затова смятам, че през 2009 година законодателят по-скоро трябваше да говори чрез правните разпоредби в ЗИНП за „машинно гласуване“, а не за електронно.

Като друг недостатък на този първи опит за гласуване с „електронни бюлетини“ бе, че се проведе само в 9 СИК и то само в столицата, и то само в едно училище. Реално експериментът, както бе определен и от законодателя не постигна търсения резултат - да установи до колко българският избирател е склонен да използва електронната бюлетина вместо хартиената, а от друга страна до колко изборната администрация може да се справи без да нарушава нормите, законосъобразно да проведе изборите и отчете гласовете по описания начин¹¹.

¹¹ Вж. чл. 23, ал. 1, т. 28 и чл. 87а, ал. 6 от отменения ЗИНП.

Въпреки несъвършенствата на чл.87а от ЗИНП, който е отменен, все пак смятам, че можем да говорим за частичен успех за българското законодателство, защото бе стъпка за модернизиране на изборния процес в страната, която положи основата за безхартийно гласуване. Друг е въпросът до колко то е предпочитано или не от гласоподавателя.

3. Усъвършенстване на машинното гласуване след кодифицирането на изборното право

3.1. Първи Изборен кодекс (ИК)

След проведените парламентарни избори през 2009 г. започна легислатурата на 41-то НС. През есента на 2010 година парламентът създаде със свое решение Временна комисия, която да изготви проект на първи Изборен кодекс. След редица кръгли маси, дискусии и десетки проектотекстове по кодифицирането на изборното право, все пак такъв нормативен акт бе приет¹².

Законодателят записа такива правила и норми, които да гарантират честността и демократичността на изборния процес по-голяма от тази, която бе в отделните закони и уеднаквяване стабилността на правилата, по които се провеждат различните видове избори, максимално противодействие срещу нарушенията, без нараняване на избирателните права на гражданите. Обаче пропусна да въведе машинното гласуване като разпоредби в ИК, дори под формата, която съществуваше в ЗИНП (отм.). Тогавашно липсваше дори дискусия за този първи вид безхартийно гласуване, а се акцентира върху втори вид безхартийно гласуване - каквото според мен можем да наречем „електронното гласуване”. Легално понятие „електронното гласуване” намери в ПЗР на първия ИК § 113, ал. 35, т.1, въведени с третия ЗИД на ИК¹³, според чийто текст "електронно гласуване" е гласуване, при което на определен етап от подаване на гласа избирателят използва електронно устройство. Струва ми се, че тази разпоредба е твърде обща и не прави ясно разграничение между „машинно” и „електронно” гласуване, защото и при дава вида практически има електронно устройство, но за целите на електронното гласуване е необходима връзка с интернет, чийто вот може да се упражни в неконтролирана среда, а за „машинното” гласуване не е необходима директна връзка с интернет и упражняването на избирателното право става в

¹² ДВ, бр. 9 от 28.01.2011 г.

¹³ ДВ, бр.17 от 2013 г.

присъствието на членове на СИК. Такова е общото схващане на разпоредбите на втория ИК (2014 г.), за който ще стане дума по-долу в статията.

В първия ИК от 2011 г. в § 11 от ПЗР бе предвидено, че при провеждането на изборите за президент и вицепрезидент на републиката през 2011 г. ще се произведе експериментално гласуване по електронен път чрез интернет. Уредбата, разположена в 21 алинеи, беше предвидена като преходен момент, като се предвиждаше да се приложи в най-много 5 секции в страната и най-много 5 секции в чужбина. Този параграф бе обявен от Конституционния съд на РБ за противоконституционен¹⁴. В мотивите си съдът посочи, че само за себе си електронното гласуване не е противоконституционно, бидейки вид дистанционно гласуване, каквото е отдавна практикуваното в други държави гласуване по пощата и принципно не е в противоречие с международни договори, по които Република България е страна. Обаче уредбата на опазването на тайната на вота, регламентирана в ИК създаде у съда основателни опасения не само относно рисковете при самия пренос и съхраняване на информацията по електронен път, но и поради липсата на гаранции за доброволността и автентичността на волеизявлението на гласувания. Сред мотивите на конституционните съдии тогава бе и доводът, че „текстовете от § 11 дават възможност за упражняване правото на глас повече от един път (ал. 12), което противоречи на класическото изборно правило „един човек – един глас“. Така на практика, макар записано в ИК, но няколко месеца по-късно обявено за противоконституционно „електронното гласуване“ не успя да се приложи по първоначално правноустановения от законодателя начин. Това „лиши“ изборната администрация на централно и териториално ниво да се „упражни“ за прилагането на модерните технологии при провеждането на избори. И след първия ИК у гласоподавателя смея да твърдя, че остана неразбирането какво представлява „машинно гласуване“ и каква е разликата му с „електронното гласуване“. Първото защото все още не бе въведено нормативно, а второто, защото практически не бе реализирано. Все пак могат да се извлекат и позитиви от първия ИК, отнасящи се до безхартийното гласуване от втория вид- „електронното“. След промените от 2013 г. се дадоха легални правни понятия за „електронни бюлетини“- които са електронен модел върху визуален, аудио или тактилен терминал на бюлетината за гласуване, съдържащ възможностите за избор при хартиената бюлетина, както и допълнителна възможност да не се гласува за който и да

¹⁴ РКС № 4 от 2011 г., ДВ, бр. 36 от 2011 г. публикувано в интернет на: <http://www.constcourt.bg/bg/Acts/GetHtmlContent/2c0ed83d-bae1-41c0-a60c-e79e90a6b31b>

е от участващите в изборите политически субекти (§ 113. ал.35, т.2 от ИК, отм.); "електронен глас" е защитен и анонимизиран избор на избирателя при електронното гласуване; гласът е действителен, когато изборът е за участващ в изборите политически субект и е недействителен, когато е избрана възможността да не се гласува за който и да е от политическите субекти; (§ 113. ал.35, т.3 от ИК, отм.) и за първи път бе въведен като термин и то в правна разпоредба "електронна избирателна кутия", чиято дефиниция гласи, че това е електронно средство за съхраняване на електронните гласове (§ 113. ал.35, т.4 от ИК, отм.).

3.2. Втори Изборен кодекс

Извънредните парламентарни избори през пролетта на 2013 г. се проведоха по първия ИК, както бе споменато по-горе, не предвиждаше машинно гласуване. След конституирането на 42-то НС започна оживена дискусия за промени в изборното право. Българският законодател тогава не намери общ консенсус колко и какви да са промените и затова се стигна до приемане на нов ИК¹⁵, който смятам, че трябва да се нарича „втори“, с цел улеснение в теорията и практиката. Вторият ИК отмени първия¹⁶. De lege lata ИК, глава Четирнадесета „Гласуване“, раздел „трети“ са събрани в три члена общите разпоредби за машинното гласуване. Обаче в ИК не се съдържа легална дефиниция за машинното гласуване, а също така няма и обяснение в допълнителните разпоредби, за разлика от първия ИК, който даде легално понятие за дистанционното „електронно гласуване“, но тогава не бе въведено машинното гласуване в т.н. контролирана среда. Разпоредби за машинното гласуване има и в други текстове на ИК, които се отнасят до задължения за ЦИК и отчитане резултатите от СИК и РИК.

Все пак можем да обобщим начина на гласуване чрез машина по следния начин: в избирателната секция избирателят може по свой избор да гласува с хартиена бюлетина или с бюлетина за машинно гласуване. Това означава, че избирателят е свободен да прецени по какъв начин да упражни вота си, като никой няма право да го ограничава дали да гласува с хартия или с машина. СИК е длъжна да отчете гласа, подаден чрез машина, по начина, по който се отчита и този, подаден чрез хартиена бюлетина. Такова е схващането на чл. 206, ал 1. и ал.2.

¹⁵ ДВ бр. 19 от 5.03 2014 г.

¹⁶ Вж. § 9, т. 1 от ПЗР на ИК от 2014 г.

На практика, този "свободен" избор зависи от физическото наличие и работоспособност на съответната машина за гласуване, затова формулировката на ИК е максимално обща, тъй като смятам, че трябва да се обърне внимание, че не пише "всеки български избирател има право да гласува машинно", а „избирателят може по свой избор да гласува с хартиена бюлетина или с бюлетина за машинно гласуване”. Тук е важно да се отбележи, че избирател може да бъде не само този, който има българско гражданство, а и този, който е гражданин на една от страните в ЕС, когато участва в избори за ЕП или избори за кметове и общински съветници. Освен това в първия ИК законодателят бе дал легално понятие за „електронна” бюлетина, докато *de lege lata* е определена като „бюлетина за машинно гласуване”. Това ми дава основание да твърдя, че това е една от стъпките за ясното разграничение между „електронно” и „машинно” гласуване. Първото определяно като дистанционно и задължително по интернет, което смятам, че повече би отговаряло на международния термин *e-voting*, а второто-като константа т.е. изрично проведено в СИК. Какво означава това? Означава, че законодателят е възприел „машинното гласуване” на избори паралелна на хартиената бюлетина възможност, съдържаща технология за гласуване със специализирано електронно устройство, поставено в избирателна секция, т.е. възприел е една от прилаганите в световен план технологии-гласуване с машини в контролирана среда;¹⁷

3.2.1. Избори за Европейски парламент – 2014 г.

През 2014 г. законодателят прие, че машинното гласуване няма да се въведе незабавно, а посочва определен срок за провеждане в ограничен брой секции, чиято цел е да се експериментира, т.е. да се пробва системата, с цел тренировка, както на самата софтуерна технология, така и на цялата изборна администрация. В § 10 на ПЗР на ИК се казва, че до произвеждане на изборите за президент и вицепрезидент на републиката през 2016 г. машинното гласуване е експериментално и се произвежда в до 500 СИК. В изпълнение на тази разпоредба ЦИК прие решение¹⁸, с което определи 100 секции в страната за експериментално машинно гласуване при произвеждане на изборите за членове на Европейския парламент от Република България.

¹⁷ Друмева, Е. Машинното гласуване (по действащия Изборен кодекс) - Правна мисъл, бр.1, 2015 г. С. ISSN 1310-7348, с. 6.

¹⁸ Решение 18-ЕП/26.03.2014 г. на ЦИК, публикувано в интернет на: <https://www.cik.bg/bg/decisions/18/2014-03-26>

Секциите за машинно гласуване бяха в два изборни района като населените места и квартали бяха с различна численост на населението: 13-ти Пазарджик, в общините Пазарджик, Велинград и Ракитово, а вторият изборен район бе 23-ти София, в административните райони „Триадица“, „Младост“ и Студентски“. ЦИК прие също така условия и ред за експериментално машинно гласуване при произвеждане на изборите за членове на Европейския парламент.¹⁹

Практически специализираното машинно устройство се достави в избирателната секция в деня преди вота, инсталира се и се тества, а за това предоставяне се направи приемо-предавателен протокол. Паролата за достъп до машината бе дадена на членовете на СИК в запечатан плик, който бе подписан от всички членове, които са присъствали в подготовката на изборното помещение, като беше и подпечатан с печата на СИК. Когато даден избирател заявяваше, че иска да участва в експерименталното гласуване с машината, то председателят на комисията натискаше дистанционния бутон за активиране, след което се чуваше звук за потвърждаване на активацията, която траеше 6 минути. Ако в този времеви период гласоподавателят не бе потвърдил вота си, то тогава машината се „заклучваше“ и не даваше възможност същият избирател да я активира отново. На екрана на устройството съобразно отбелязаните инструкции избирателят: разглеждаше бюлетината и отбелязваше чрез докосване на екрана върху квадратчето номера на избраната от него партия, коалиция или независим кандидат на първа или втора страница от бюлетината за машинно гласуване. Освен това имаше възможност да отбележи, отново чрез допир, своя преференциален вот, като маркиреше кръгчето с номера на конкретно избрания от него кандидат. Избраното предпочитание можеше да се смени като се натисне друго кръгче с номер за друг кандидат от кандидатската листа. В този случай първото предпочитание се изтриваше. Тази възможност, която я има само в машинното гласуване, не позволява да има недействителен вот в преференциите, с отбелязване на повече от едно кръгче. При хартиената бюлетина това няма как да се случи дори избирателят да задраска първото си отбелязване в преференциите или да направи опит с химически препарат да го изтрие. Ако това се случи, то цялата хартиена бюлетина ще се отчете като недействителна (чл.278, ал. 4, от ИК). Това бе предимството на бюлетината за машинно гласуване.

¹⁹ Решение 32-ЕП/30.03.2014 на ЦИК, публикувано в интернет на: <https://www.cik.bg/bg/decisions/32/2014-03-30>

Следващата стъпка бе избирателят да потвърди чрез бутона „ИЗБИРАМ” вота си, след което машината му издаваше разписка, която се съгъваше и се пускаше в малката непрозрачна кутийка на масата пред СИК. Избирателят имаше възможност само един път да промени вота си, ако преди това не е натиснал втория бутон за потвърждение. Гласовете се пазеха в т.нар. „електронна избирателна кутия”, която бе като опция в самото устройство. По този начин не се позволяваше на следващия гласоподавател да види вота на този преди него. В графа „Забележки” на избирателния списък срещу името на всеки гласувал с машина, член на СИК вписваше обстоятелството, че избирателят е участвал в експерименталното гласуване. Единици бяха случаите, когато избирателите участваха в пробното машинно гласуване, но те не се разписваха срещу името си в избирателния списък, защото реално техният глас не се зачиташе, а се приемаше, че не са участвали във вота за евродепутати.

С обявяването на края на изборния ден се преустановяваше и експерименталното машинно гласуване, а специализираното устройство за гласуване се деактивираше от председателя на СИК след въвеждане на парола. От уреда за гласуване се отпечатваше разписка, която представляваше предложение за протокол на СИК, което съдържаше данните за гласуването в избирателната секция по партии, коалиции и съответните преференции или за независимите кандидати. Тази разписка се подписваше от всички присъстващи членове на СИК. Данните от разписката се вписаха в Протокола на СИК, с който се отчитаха резултатите. Разпечатките от специализираното машинно устройство за гласуване и техническото устройство, (флаш паметта) съдържащи данните от машинното гласуване се поставяха в плик, който се запечатваше, подпечатваше с печата на СИК и се подписваше от присъстващите членове на СИК. След това протоколът и флашката се предаваха в РИК, а представители на доставчика на специализираното машинно устройство за гласуване прибираха устройствата, за което се съставяше приемо-предавателен протокол.

Според справка²⁰ от ЦИК в 100-те СИК са се упражнили едва 8104 избиратели, като 2904 са били на територията на 13-ти избирателен район Пазарджик, където имаше 45 секции, а останалите гласове са от територията на 23-ти избирателен район София.

²⁰ Бюлетин за резултатите от изборите за членове на Европейския парламент от Република България, произведени на 25 май 2014 г., том I, С., ЦИК, 2014 г., с.12.

Макар и да е машинно гласуване отново имаше недействителни гласове по смисъла на чл. 278, ал.3, т.5 от ИК, която се отнася за хартиеното гласуване, но се прилага и субсидиарно и за гласуването чрез машинното устройство, а именно празна бюлетина. Действителните гласове по партии, коалиции или независими кандидати от машините не бяха прибавени към действителните бюлетини, подадени по традиционния хартиен начин, тъй като те бяха само тренировка, т.е. експеримент как избирателят би подходил към едно бъдещо задължително въвеждане на машинното гласуване като алтернатива на хартиеното гласуване с бюлетини.

3.2.2. Избори за Народно събрание – 2014 г.

През 2014 г. се проведеха извънредни парламентарни избори. Тогава ЦИК взе решение²¹, с което определи вече 500 секции за експериментално гласуване, като те бяха разпределени на територията на 10 избирателни района. Няколко дни по-късно без ясни причини, без аргумент, който да е правно и практично обоснован ЦИК със свой друг административен акт²² намали първоначално определената бройка на секциите за машинно гласуване от 500 на 300, а изборните райони от 10 на 5. ЦИК прие същите условия и ред за експериментално машинно гласуване, каквито бяха и за изборите за ЕП няколко месеца по-рано. Експериментално машинно гласуване за изборите за НС се извърши по реда на чл. 268 от ИК. Многомандатните изборните райони, в които се проведе бяха: 10-ти Кюстендил, 14-ти Перник, 15-ти Плевен, 17-ти Пловдивски и 24-ти София.

И този път макар и да се разшири обхвата на пробното машинно гласуване, в сравнение с първия път, целта отново не бе реализирана, а именно: да се проведе експериментално гласуване в максимални размери в 500 секции (§ 10 на ПЗР на ИК). Изразявам становище, че и този път (както няколко месеца по-рано) ЦИК не разпредели машините за експериментално гласуване справедливо, с оглед на това да се обхванат не само големите градове, но и малките, както и селата. Избирателите от такива населени места в страната не успяха да тестват системата за машинно гласуване, СИК също не знаеха как да боравят с тези нови технологии.

²¹ Решение 715-НС/14.08.2014 на ЦИК, публикувано в интернет на: <https://www.cik.bg/bg/decisions/715/2014-08-14>

²² Решение 776-НС/25.08.2014 на ЦИК, , публикувано в интернет на: <https://www.cik.bg/bg/decisions/776/2014-08-25>

В не малко общини имащите право на глас въобще не разбраха, че законодателят е предвидил плавен преход към машинно гласуване на територията на цялата страна и то като втора възможност (първата е традиционната хартиена бюлетина), която обаче е равностойна на първата. Действителните гласове по партии, коалиции, независими кандидати от машините не бяха прибавени към действителните гласове, подадени по традиционния хартиен начин, тъй като това реално бе вторият експеримент за бъдещото цялостно въвеждане на безхартиено гласуване на избори.

Пробното машинно гласуване, което се проведе на два пъти през 2014 г., не донесе желаните резултати: добре подготвена изборна администрация по места и реална алтернатива за избирателят да предпочете машинното гласуване пред това с хартиена бюлетина. Като основание и аргумент за моето твърдение мога да посоча и инициирания от президента тогава Росен Плевнелиев национален референдум с въпроса: „Подкрепяте ли да може да се гласува и дистанционно по електронен път при произвеждане на изборите и референдумите?“²³.

По този начин мисля че се потърси радикална промяна в начина на упражняване на конституционното право, българските граждани да могат да избират органите на държавната и местната власт не само по утвърдения начин, а и чрез използването на модерните ИТ технологии. Като че ли този референдум бе продължение на идеята, визирана в 10 на ПЗР на ИК, да се въведе не само машинно гласуване, но и дистанционно по електронен път. Нещо, което смятам, че законодателят не бе направил към 2014 г., ясно и точно да разграничи машинното гласуване в помещение пред СИК и електронното, което да се упражнява по интернет. Резултатите от националния референдум не изпълниха императивното изискването на член 23, ал.1 от ЗПУГДВМС и дистанционното гласуване по електронен път не бе въведено тогава в ИК.

3.2.3. Избори за местна власт – 2015 г.

Националният референдум се проведе на една дата с изборите за местна власт на 25 10. 2015 г. И при вота за кметове и общински съветници ЦИК със свое решение ²⁴ определи, че при провеждането на общите избори за общински съветници и кметове машинно гласуване да се произведе в един многомандатен изборен район само за избор на общински съветници в общо 50 избирателни секции, които да са разположени на

²³ Указ 163/11.08.2015 , , публикуван в интернет на:
www.dv.parliament.bg/DVWeb/showMaterialDV.jsp?idMat=96586

²⁴ Решение 1527-МИ/19.08.2015 на ЦИК, , публикувано в интернет на:
<https://www.cik.bg/bg/decisions/1527/2015-08-19>

територията на Столична община, гр. София. Правната аргументация за този акт на ЦИК беше § 11 от ПЗР на ИК, преди изменението му от 2016 година. Разпоредбата предвиждаше да се проведе машинно гласуване в до 500 секции, но без аргументация, особено по целесъобразност, ЦИК определи едва 50 секции и то само в столицата. Чрез машините гласуваха малко над 900 избиратели, което е твърде нисък резултат, с оглед имащите право на територията на определените секции. Отново се повтори недобрата практика на изборната администрация: концентрация само в един район на машини за гласуване и дори в още по-малко секции, отколкото на предишните два национални избора - за ЕН и НС през 2014 г. Същите недостатъци от подобните решения, които са описани по-горе, не само, че останаха, но дори и не бяха решени проблемите, възникнали от предишните експерименти за безхартийно гласуване, а именно: слаба подготовка на секционните и общинската комисия, недоверие от страна на избирателите да използват новите ИТ технологии, за да упражнят изборителното си право и редица други. В страната бяха назначени 265 ОИК²⁵. Само Софийската ОИК имаше възможността да проведе машинно гласуване с реално отчитане на резултатите, а останалите ОИК бяха „лишени“ от тази възможност. Съгласно § 10 от ПЗР на ИК, вотът подаден чрез машинните устройства при вота за общински съветници се отчиташе като реален, тъй като получените резултати от машинното гласуване се прибавяха към гласовете, отчетени от хартиените бюлетини и сборът им образуваше действителните гласове за всяка една партия, коалиция, т.е. вотът от машините не беше експериментален, а вече реален.

Струва ми се, че по-справедливо ЦИК трябваше да определи максимално допустимата бройка секции 500, в които да се проведе реално машинно гласуване и тези секции да бяха на територията на цялата страна, а не само в София. Пропуснатата беше възможността граждани на останалите 264 общини да упражнят правото си чрез бюлетина за машинно гласуване, а изборната администрация в тези общини отново само чуваше и виждаше чрез средствата за масово осведомяване модерните технологии, използвани при избори, без да може реално да ги използва и да ги приложи. Недостатък, който беше пренебрегнат както на местния вот, така и на предходните два.

²⁵ Общинска избирателна комисия

3.2.4. Избори за президент и вицепрезидент – 2016 г.

През 2016 година се проведеха президентски избори. Машинното гласуване също залегна като алтернатива на хартиената бюлетина. Гласуването чрез софтуерното устройство беше на основание на § 11 от ПЗР на ИК. Няколко месеца преди изборите имаше изменение и допълнение на ИК, в това число и на цитирания параграф 11. С измененията от 26.05.2016 г.²⁶, законодателят промени броя на секциите, в които да има машинно гласуване. На изборите за президент и вицепрезидент на републиката през 2016 г. машинното гласуване се произведе в „НАЙ-МАЛКО 500” избирателни секции. До преди тези промени броят на секциите за машинно гласуване беше „ДО 500. И този път ЦИК определи минималната бройка секции, в които да се поставят машини за гласуване. Доброто в случая беше, че 500 секции бяха разпределени в 31-те изборни района. В Пловдив-град (16 МИР ²⁷) бяха 20 секции в район „Централен”, а в Пловдив-област (17 МИР) 16 секции в градовете Карлово, Асеновград и Първомай. Практически гласуването се проведе по начин, който е описан по-горе в настоящата статия. Разликата в сравнение с машинното гласуване от 2014 и 2015 г. беше, че и в бюлетината за машинно гласуване избирателят можеше да подаде действителен вот, ако отбележи предвидения знак в квадратчето „Не подкрепям никого”²⁸. Машинното гласуване в 500-те секции се проведе и на втория тур - 13.11.2016 г. В Пловдив-област (17 МИР) на първи тур чрез машини правото си на глас упражниха едва 1583-ма избиратели от над 302 хиляди имащи право на глас, като 54-ма бяха оставили празна бюлетина. На втория тур гласувалите чрез машинното устройство на територията на същия МИР бяха малко повече, в сравнение с първия тур, а именно 1998 човека, а недействителните бюлетини бяха по-малко - само 48. В процентно съотношение гласувалите с хартиена и машинна бюлетина беше същото и в останалите МИР.

След изборите Обществения съвет²⁹ направи своя анализ. Според му едно от основните предимства на машинното гласуване - улесняване на вота и отчитането на резултатите - се реализира слабо, тъй като има "недостатъчна популярност" на новия метод сред членовете на СИК и сред самите избиратели. Като допълнение към общото заключение на Обществения съвет може да се каже, че и в „най-успешните” СИК дялът на гражданите, избрали машинната опция, рядко надхвърляше 20-25% от всички гласували.

²⁶ ДВ, бр. 39 от 2016 г.

²⁷ Многомандатен изборен район

²⁸ Вж. чл.325, ал.1, т.5 от ИК

²⁹ Вж. чл.55 от ИК

Потвърди се наблюдаването и от изборите за общински съветници през 2015-а: някои СИК, които бяха разбрали, че машината улеснява работата им, окуражаваха избирателите да използват машинно гласуване. И в същото време, и в същата среда (например съседна секция в същото училище) при „пасивните“ комисии броят на гласувалите машинно бе нищожен. Гласувалите чрез машините в малките градчета и селата също беше нищожен. Затова смятам, че ако машинното гласуване не е единственият начин да се пусне бюлетина, ползите от машините като изкарване на човешкия фактор от броенето на бюлетините и попълването на секционните протоколи с резултатите ще останат проблем.

3.2.5. Избори за Народно събрание – 2017 г.

След президентските избори последваха извънредни парламентарни, които бяха насрочени с президентски указ за 26.03.2017 г. ЦИК и този път подходи като предишните - със свои актове определи условията и реда за машинно гласуване на изборите за народни представители в 500 избирателни секции в населени места, разположени на територията на страната в 31 изборни райони като основанието за това решение е чл.57, ал.1, т.29 от ИК, а вотът с бюлетина за машинно гласуване се извърши по реда на чл. 268 от ИК. Актът на ЦИК обаче беше обжалван пред ВАС, който спазвайки разпоредбите на чл.145 и сл. във връзка с чл.132, ал.2, т.8 от АПК и във връзка с чл.58, ал.3 от ИК отмени решението³⁰ за определяне на броя на секциите, в които да се проведе машинно гласуване. Мотивите на ВАС бяха, че разпоредбите на член 206, ал. 1 от ИК не са нови, а съществуват от момента на влизането му в сила на 05.03.2014 г., следователно три години до изборите за народни представители на 26.03.2017 г. Освен това с §10 и §11 от ПЗР на ИК е бил даден гратисен период, след който е трябвало да се въведе повсеместно машинното гласуване във всички секции. Затова висшите магистрати прецениха, че след като са изчерпани възможностите на цитираните параграфи от ПРЗ на ИК, то следва да важат нормите на чл.206 и чл.212 – чл.214 от ИК, предвиждащи право на избирателя да гласува с бюлетина за машинно гласуване. Оспорваното решение на ЦИК противоречало на тези правни норми, тъй като то въвежда ограничение за машинно гласуване само в 500 избирателни секции. Такова правомощие на ЦИК е било предвидено за предходните избори, но ЦИК не

³⁰ Решение 1289.01.02.2017 на ВАС, публикувано в интернет на: <http://www.sac.government.bg/court22.nsf/d038edcf49190344c2256b7600367606/95ffd1295b558758c22580b9005209a0?OpenDocument>

може да прилага това ограничение и за изборите за народни представители на 26.03.2017г. Затова решението на ЦИК в оспорваната му част бе обявено за незаконосъобразно, тъй като е постановено в противоречие с посочените материалноправни разпоредби, а цялостно решението бе отменено от съда.

Решението на ВАС е със сила на присъдено нещо и затова ЦИК прие ново решение³¹, с което въвежда машинно гласуване във всички разкрити секции. За да се случи това от ЦИК стартираха процедура за обществена поръчка с предмет: „Осигуряване/наемане на специализирани устройства за машинно гласуване за произвеждане на изборите за народни представители на 26 март 2017 г.” (осн. чл. 57, ал. 1, т. 1 и т. 29 във връзка с § 3 от ДР на ИК и чл. 73, ал. 2, т. 1, буква „в“ и чл. 76 от ЗОП). Кандидатите трябваше да осигурят 12 500 устройства, а максималната стойност на обществената поръчка бе в размер на 15 милиона лева без включен ДДС. В срока се яви само едно дружество, което обаче се оказа, че не отговаря на посочените условия и затова бе отстранено от конкурсната процедура и поради липса на друг участник тя бе прекратена. Така на практика не се реализира машинно гласуване на изборите за народни представители, а ЦИК нямаше правно основание да вземе трето решение, с което „да върне” машините макар и в ограничен брой (500) секции. Така разписани правните норми на чл.206 от ИК не се изпълниха, макар и ВАС да ги „определи” като императивни за избори след 2016 година без да са съотнесими към тях правните норми на §10 и §11 от ПЗР на ИК.

4. Изводи

Преди решението на ВАС сред експерти по изборно право, ЦИК и неправителствени организации се родиха редица въпроси, сред който е видимият проблем, който трябва да бъде решен до колко машината може да гарантира тайната на гласуването и свободно изразяване на волята на избирателите; да не допуска манипулиране на гласовете, както и всяко друго нерегламентирано влияние върху изборния процес. Това не е шега – така е записано в чл.213, ал.2, т.4 и 5 на ИК. Едно техническо средство не може да се справи с купуването на гласове, с което цялата държава не се е справила повече от четвърт век.

³¹ Решението 4217-НС/03.02.2017 г. на ЦИК, публикувано в интернет на: <https://www.cik.bg/bg/decisions/4217/2017-02-03>

Напротив, с това устройство се създават още два носителя на информация (памет на операционната система и флаш-памет), което поради естеството си на базаданни бързо, лесно, чисто, почти без следи може да прехвърля и заличава стотици, хиляди гласове. И никакви контролни разписки в кутията няма да помогнат, най-малкото защото законодателят не е споделил с широката публика каква му е идеята за съдържание на тази хартийка „с отразения вот“.

Струва ми се, че остана нерешен и въпросът за това кой ще работи с машините. Липсват и правни норми, които ясно да регулират правата и задълженията на ИТ специалистите или членовете на изборните комисии сами ще се справят и с устройството, което си има своя специфичен софтуер. На президентските избори 500-те машини бяха обслужвани от 200 обучени специалисти, доколкото някои от секциите с такава опция се помещаваха в една сграда. Ако се спази сходна пропорцията и занаят, за да се осигури повсеместно машинно гласуване, ще са нужни над 4 хил. души. Отделно са екипите за резервни машини при повреда. Не по-малко неясен се оказва въпросът има ли и колко са хората, подготвени да работят с машините, както и може ли изборната администрация да осигури адекватното обучение на още хора. За президентските избори подготовката за машинно гласуване, макар и само в 500 секции, започна още през юни - близо половин година преди вота. Машините ще „контролират вота“, а кой ще контролира машините? В т. 12 от Техническите изисквания в Документацията за обществената поръчка за специализирани устройства за машинно гласуване в избори за НС 2017 г.³² е записано – „обобщаването на получените на външна памет (флаш носител) резултати следва да бъде извършено от доставчика на решението за машинно гласуване“. Този текст е възпроизведен и като изрично задължение на доставчика в приложения Договор за обществена поръчка.

Ако идеята е външно лице, служител на доставчика, да обобщава „машинните“ гласове, а не длъжностно лице от комисиите, то резултатите от изборите ще зависят от добросъвестността на доставчика – а няма законови механизми за контрол над дейността му. В други сектори, в които се изискват специфични знания е предвиден „инвеститорски контрол“ – напр. съгласно ЗУТ инвеститорът може да наеме лице, което да осъществява контрол върху работата на строителя. Подобна възможност в ИК липсва – не е предвиден орган, който да сертифицира процеса (машините и информацията) и да следи по време на осъществяването му.

³² Вж. в интернет на: <https://www.cik.bg/bg/zop/15>

Не може да се изисква членовете на комисиите да притежават специфична компютърна грамотност, за да могат да контролират техническите процеси при машинния вот. Имаше становище, че преди цялостното въвеждане на машинно гласуване на територията на цялата страна, ДАНС трябва да проверява всяка машина поотделно. Струва ми се, че това решение заслужава подкрепа. Все пак машинното гласуване като вид „електронно гласуване“ и според разпоредбите на ИК, този модел на вот трябва да отговаря на изискванията за сигурност и надеждност, поставени в Кодекса за добрата практика по изборните въпроси (Съвет на Европа), действащият в България ИК, съдържа тези изисквания, подредени в логическа последователност в 17 точки на член 213, ал.2 от ИК.³³, които обаче търпят критика.

От уважение към конституционалистите и за нуждите на широката аудитория ще отбележа само следното: избирателното право е общо, равно и пряко с тайно гласуване. Гаранциите за това са в Конституцията и в законите на Републиката. Не и в инструкцията за експлоатация на машина за гласуване (чл.213, ал.2, т.3). Машината нищо не може да гарантира. Тези обстоятелства не подлежат на „уточнение“ на техническата спецификация в процедурата на договаряне с кандидати. На следващо място, в чл. 213 от ИК липсва законовото изискване на § 145, ал. 14, т. 24 – системата да позволява избирателите да проверят дали гласът им е отчетен правилно. Въпросната контролна разписка с отразения вот не удостоверява, че информацията е „записана“ в паметта на техническото устройство.

В противоречие с Конституцията, гаранциите за провеждане на честни избори при машинния вот в ИК липсват. Декларативните разпоредби са неприложими, например как наблюдателите ще упражнят правото си на „одит и проверка на машинното гласуване“ (чл. 114, ал. 1) не е ясно. Всички от тях да са програмисти, пак не е достатъчно, ако не знаят програмата. И няма как да се подмине колизията, която смятам, че съществува между чл.206, който задължава изборната администрация да въведе машинно гласуване във всяка секция, а от друга страна в чл. 269 е предвидено, че ако нещо се „бъгне“ със системата, то „гласуването продължава с хартиени бюлетини“. Какво излиза, законът задължава да се похарчат 12-15 000 000 лева за един ден, като допуска устройствата и да не работят. Това съответства ли на принципите на правовата държава съгласно чл. 4 от Конституцията?

³³ Друмева, Е. Цит. съч., с.7

Дано да се даде възможност на Конституционния съд да отговори на този въпрос, както и на другите, изложени по-горе.³⁴

Какво ще стане в подвижните секции и тези в чужбина? Ако логистиката в страната, макар и трудна, изглежда все пак постижима по някакъв начин, проблемът с гласуването в подвижните секции и в секциите в чужбина усложнява максимално упражняване на изборителното право на тези лица, които гласуват в ПСИК³⁵ или СИК в специализирано или лечебно заведение. В навечерието на всеки един вид избор се разкриват ПСИК, чиито членове буквално обикалят домовете на изборителите, които са заявили, че ще гласуват по този начин. ИК предвижда и в такива секции също да има машинно гласуване, а остава отворен въпросът как ще се реализира и дали ще видим членовете освен урната и бюлетините, да разнасят и машинните устройства по домовете на гласуващите. Законодателят е пропуснал да уреди този проблем в действащия ИК.

На президентските избори през 2016 г. зад граница бяха разкрити 325 секции в 71 държави, а за парламентарните избори през 2017 г. секциите в чужбина бяха 103 в 70 страни. De lege lata ИК за тях също трябва да бъдат осигурени машини, обслужващ персонал и т.н. В допълнение машините трябва да бъдат доставени по всички секции, някои от които са на хиляди километри от България, или наети на място. На етапа, на който се прилага в момента в България машинното гласуване не допринася за бързо обработване и отчитане на резултатите. Данните от гласуването се отчитат и записват в протокола, в който вече са вписани преброените на ръка хартиени бюлетини. След това данните се обобщават и протоколът се изпраща за обработка и за въвеждане в електронен вид.

Не на последно място има противоречие между значителната инвестиция, направена дотук в процеса и недостатъчната работа с гражданите и със секционните комисии за популяризиране на машинното гласуване. Без промяна в ИК, който стартира подготовката 55 дни преди изборите, докато са нужни месеци за толкова голяма обществена поръчка с качествени оферти, тестиране на оборудването и софтуера и за обучение на над 12 хиляди СИК, проблемът ще се прояви и при следващи избори. Бърз финансов анализ показва, че ако в дадена секция са гласували 10 души, а наемът на машината е 1550 лева без ДДС, то всеки глас струва 186.

³⁴ Вж. Стоичков, О. Конституционният съд да отмени машинния вот!, в. Труд, 20.02.2017 г., публикувано в интернет на: <https://trud.bg/конституционният-да-отмени-машинн>

³⁵ Подвижна секционна изборителна комисия

Броят на членовете на СИК ще си е същият, времето за броене няма да се съкрати, защото пак ще има и хартиено гласуване. Но рязко ще се вдигнат разходите и за много от секциите няма да са оправдани. В малките и отдалечени села не е сигурно, че машините изобщо ще бъдат използвани. В Пловдив-област, която е най-големия изборен район след 3-те софийски МИР-а, има поне 100 секции, чиито избиратели са под 100 човека, а даже има и такива, които са под или малко над 20 (село Ситово, община Родопи, област Пловдив, при последния вот избирателите по списък бяха 23). В такива секции машинното гласуване не е никак целесъобразно, нито от правна, нито от финансова, нито от практична, нито от ефективна гледна точка. Подобна е и бройката на гласуващите с ПСИК. Затова гласуването с машини във всички секции (§11 от ПЗР на ИК) не трябва да бъде въвеждано и разпоредбата на този текст от ИК смятам, че трябва да се промени.

5. Заключение

В теорията и изборната практика присъства и разбирането, че машинното гласуване има редица добри страни. Едни от тях са, че улеснява и значително ускорява броенето на гласовете, а от там и отчитането на крайния резултат. На второ място този ефект е най-видим при пропорционалното избиране, когато имаме избори за народни представители, евродепутати или общински съветници, т.е. при така нареченото преференциално гласуване. Машинното гласуване би намалило явлението „недействителни бюлетини” - счита се, че такъв начин на гласуване просто няма да може да допуска такива бюлетини³⁶.

С оглед анализа на института на „машинното гласуване” в изборното право става ясно, че уредбата в ИК е предназначена за многократно прилаган. Когато беше създавана (2014), а след това и частично променена (2016) близката перспектива за прилагане на машинното гласуване е била прилагането му като експериментално упражнение на редовните избори за ЕП през пролетта на 2014 г. Логично от това упражнение се е очаквало да се натрупа опит, да се изчистят грешките, допускани в различните изборни администрации и да се открият по-ясно характеристиките на прилагания технологичен модел, тъй като за редовните местни избори през 2015 г. машинното гласуване в ИК бе заложено като ефективно, макар и в ограничен обхват.

³⁶ Друмева, Е. Цит.съч., с. 6-7

В същата 2014 г. обаче имаше предсрочни парламентарни избори, чието машинно гласуване също бе едно второ бързо упражнение, от което със сигурност има натрупан някакъв опит, но след него се констатираха и редица несъвършенства в технологичния модел, в неговото организационно и техническо подготвяне и обезпечаване, та дори и в правната уредба. Заради това се поставя принципният въпрос за смисъла от машинното гласуване въобще в български условия. Струва ми се, че експериментът вече се е оказал неуспешен и трябва да бъде преосмислен. Същевременно ИК предвижда, че от 2018 г. се въвежда и електронното дистанционно гласуване, което да се извърши по интернет, а не в контролирана среда пред СИК. Няма друга страна по света, където едновременно да съществуват електронно, хартиено и машинно гласуване. Но и това е въпрос на публичен дебат, който в България традиционно няма кой да инициира или ако и да се случи то ще се явят само представители на софийски неправителствени организации, които ще „решат“ проблема в столицата, но не и в държавата, а избори се правят и в най-малкото населено място на Републиката.

6. De lege ferenda

Вече беше подчертано, че настоящата нормативна уредба на „машинното гласуване“ е не съвсем подробна и не достатъчно изчерпателна. От гледна точка на систематизирания материал могат да се очертаят някои de lege ferenda препоръки с оглед натрупаната практика³⁷: да се изгради средносрочна визия за бъдещето на машинното гласуване и другите нови технологии, да се включат национални и регионални държавни органи в обществена дискусия за масовото разширяване на този вид вот, да се направят анализи на съотношението ефективност, разходи, сертифициране, поддръжка на софтуер и хардуер, съхраняване на данните и други. Не става ясно защо това не е правено през последните години, в които е тествано машинното гласуване.

Все пак няма как да се отрече изцяло машинното гласуване. Добро законодателно решение би било, ако то бъде въведено като задължително само в СИК, с изключение на ПСИК и СИК в специални заведения, в трита градове с районно деление в България, по смисъла на чл.10, ал.1 от ЗАТУРБ.

³⁷Авторът е дългогодишен член на СИК, ОИК и РИК

Целта е улесняване на изборния процес в секции с голям брой избиратели, а и практиката до сега показва, че интересът на избирателите да използват машинно гласуване извън посочените градове е твърде малък и икономически неизгоден. Голяма част от членовете на СИК извън посочените изборни райони нямат необходимата минимална подготовка за работа с компютър, респективно с машинното устройство. На второ място би било добре, ако се въведат още по-конкретни параметри за машините на законово ниво, а не с актове на ЦИК или РИК. В ИК не е предвиден орган, който да сертифицира процеса (машините и информацията) и да следи по време на осъществяването му. Затова предлагам да се въведе нормативно в ИК кои са длъжностните лица, които ще притежават специфична компютърна грамотност, за да могат да контролират техническите процеси при машинния вот. В ИК липсват конкретни административно-наказателни норми, както и наказателни санкции по смисъла на НК за лица, които манипулират устройството или променят резултатите от машинното гласуване. Затова би било добре законодателят да предвиди и такива санкции.



КОНСТИТУЦИОННА ЖАЛБА – СРАВНИТЕЛНОПРАВНИ АСПЕКТИ

Драгослава Кръстева¹

Анотация:

Целта на статията е да представи и сравни двата водещи европейски модела на конституционна жалба, възприети в държави като Германия, Австрия, Чехия, Полша. Сравнителноправният анализ е съчетан с проследяване на еволютивното развитие на идеята за защита на основните права и свободи чрез конституционно правосъдие в България, довело до осъзнаване на необходимостта от инкорпориране на института на конституционната жалба в българската правна действителност.

Ключови думи: конституционна жалба, Конституционен съд, основни права и свободи.

Summary:

This article aims to introduce and compare the two main types of constitutional complaint in certain countries in Europe (Germany, Austria, the Czech Republic and Poland). Along with the introduction and the comparison the article provides information about the historical development of basic rights and freedoms in Bulgaria, which brought Bulgarian law to the point where incorporating the institute of constitutional complaint is the next logical step.

Key words: constitutional complaint, constitutional court, basic rights and freedoms.

1. Въведение в проблема

Какво е кралят без поданици? Какво е демократична държава без граждани? За да бъде една правова държава стабилна, подобава нейните граждани, като съставни единици, но и като суверен, да разполагат със средства за защита на основните си права и свободи.

С приемането Magna Carta Libertatum в Англия през 1215 г. се поставя началото на модерния конституционализъм. С този акт се ограничава кралската власт и се гарантират основните права и свободи на човека и гражданина. През вековете се развиват три основни модела на защитата им:

¹ Студент по Право /втори курс/ в Юридически факултет на ПУ „Паисий Хилендарски“.

– при най-стария модел опазването на конституционните права и свободи е изцяло поверено на обикновените съдилища;

– постепенно първият модел се обогатява чрез въвеждане на механизъм за административноправна защита на права и свободи, нарушени от изпълнителната власт;

– най-новият модел предвижда допълнителна гаранция за защита на основните права и свободи посредством нарочно създаден за целта Конституционен съд.

Въпросът е, доколко Конституционният съд е достъпен на практика за гражданите?

В Европа гражданите на повечето държави са снабдени с института на индивидуалната конституционна жалба, който представлява способ за пряко и лично искане на защита в случаите на нарушаване на конституционно уредените основни права и свободи на конкретен правен субект – физическо или юридическо лице.

У нас още в първите десетилетия на миналия век идеята за конституционен контрол присъства трайно в съчиненията на видни представители на правната ни мисъл като Стефан Киров, Петър Джидров, Стефан Баламезов, Любомир Владикин². Напредък в българското правно мислене бележи конституционният проект на проф. Венелин Ганев от 1947 г., „Проект за конституция на Българската лига за защита правата на човека и гражданите“, в който се предвижда възможност гражданите да могат пряко да сезират т. нар. „Конституционен гаранционен съд“.

Конституционно правосъдие е нов институт на българското право. Контрол по конституционността на законите извършва самото Народно събрание в трите конституции, предшестващи Конституцията на Република България от 1991 г. – Търновската конституция, Конституциите от 1947г. и 1971г. Конституционният съд се създава едва през 1991 г. с приемането на действащата Конституцията на Република България. Обсъжданията на конституционния проект включват дебат за осигуряване на пряк достъп на гражданите до конституционно правосъдие, но надделява мнението, че това може да се случи на по-късен етап и първоначално е нужно българската демокрация да се утвърди на правната и политическа сцена. Конституционният съд на Република България натрупа богат практически опит и се доказва като стабилна институция, която ефективно защитава Конституцията и предписаните в нея основни права и свободи.

² Друмева, Ем., Конституционно право, Четвърто допълнено и преработено издание, С., Сиела, 2013 г., с.561-562.

Вече е назрял моментът, в който в центъра на обществения и експертен дебат да бъде не нуждата от въвеждане на конституционна жалба, а нейната форма³.

В действащата Конституция на Република България няколко правни субекта са оправомощени да сезират Конституционния съд, когато се касае защитата на правата и свободите на гражданите. Това са сезиращите субекти, посочени в чл.150 от КРБ:

– когато искането е за обявяване противоконституционност на закон, в това число и поради противоречието му с основни права и свободи: най-малко една пета от народните представители, президентът, Министерският съвет, Върховният касационен съд, Върховният административен съд⁴, главния прокурор, Върховният касационен съд или Върховният административен съд⁵;

– когато искането е за установяване противоконституционност на закон единствено и само на основание противоречие с права и свободи на гражданите: омбудсманът, Висшият адвокатски съвет.

Оправомощаването на последните два субекта, съответно през 2006 г. и 2015 г., е стъпка напред в защитата на основните права и свободи на гражданите пред Конституционния съд, но се усеща липсата на последното парче от конституционния пъзел, а именно конституционната жалба.

За да може българското право да бъде обогатено с този институт, е нужно да се познава неговото приложение в други европейски страни, включително и в държави, чието минало е сходно с това на България. По този метод ще направя сравнение между четири държави в Европа и оценка на базата на проучването си.

2. Европейски модели на конституционна жалба

2.1. Германия⁶

Орган:

- Федерален конституционен съд (защита на правата във федералния Основен закон);

³ Янкулова, Р. „Защита на основните права чрез конституционното правосъдие в Република България 800 години след Магна Харта”, Studia Iuris, бр. 2, 2015 г.

⁴ Пленумите на ВКС и ВАС, както и Общите събрания на колегиите.

⁵ Конкретният съдебен състав в хода на течащо дело.

⁶ Друмева, Ем., Конституционната жалба и мястото ѝ в българския модел на конституционно правосъдие, Юридически барометър, бр.7, 2013 г., с. 69-121.

- Конституционните съдилища на съюзните единици (защита на правата в конституцията на съответната съюзна единица).

Обхват:

- Закони;
- Индивидуални публичноправни актове;
- Правата по чл.1 – 19 от Основния закон на ФРГ, които включват правото на живот и лична неприкосновеност; свобода на личността; равенство пред закона; свобода на вероизповеданията, съвестта и религиозните убеждения; свобода на мнението; правото на собственост и др.; както и допустимите ограничения в упражняването на основните граждански права.

Оправомощени субекти:

Субектите, които имат право да сезират ФКС и конституционните съдилища на съюзните единици, са всяко физическо или юридическо лице, което е засегнато от акт на публичната власт, както и публичноправни образувания, носители на основни права.

Сезиращи субекти са и общините и сходни на тях образувания, що се отнася до правото им на местно самоуправление.

Условия за допустимост:

Носителят на правото трябва да докаже, че е засегнат от публичноправния акт пряко и лично. Изискването е, конкретно неговото лично основно право да бъде нарушено и нарушението да е настъпило реално и фактически. За да бъде допустима конституционната жалба, е нужно преди това жалбоподателят да е изчерпал всички правни средства за защита пред националните юрисдикции. От това правило съществува изключение – гражданинът да няма фактическата възможност да изчерпи всички съдебни средства за защита, защото във времето биха настъпили непоправими тежки последици за него.

Съществено условие за допустимост е срокът, в който може да бъде подадена конституционната жалба. При конституционна жалба срещу окончателно съдебно решение срокът е един месец, а при необжалваеми закони и актове – една година от влизането им в сила. Други важни условия са личната преценка на ФКС дали неговото решение е годно да подобри състоянието на гражданина в конкретната хипотеза на

нарушаване на неговите основни права и дали случаят е от конституционно значение и нарушаването е достатъчно сериозно.

Наличие на филтър:

По трима съдии в камара към двата сената на ФКС, които оценяват условията за допустимост на конституционната жалба на гражданина .

Правна сила на решението на съответния орган:

При отмяна на закон решението действа спрямо неопределен кръг субекти (erga omnes) на територията на страната, а в останалите случаи важи само за страните. Съдът може да издаде инструкция към автора на противоконституционния акт да го измени и да приведе практиката си в съответствие с Основния закон. Действието на решението е ex nunc, но по преценка на Съда то може да бъде или отлагателно, или ex tunc.

2.2. Австрия

Орган:

- Конституционен съд

Обхват:

- Закони;
- Нормативни, общи и индивидуални административни актове – пряко или атакувайки законовата норма, приложена чрез конкретния акт;
- Решения на Съда по убежището.
-

Оправомощени субекти:

- Всяко физическо или юридическо лице;
- Публичноправни образувания, носители на основни права.

Условия за допустимост:

Жалбоподателят следва да е пряко и лично засегнат от акт на публичната власт и да представи доказателства за това. Когато се атакува закон, е нужно той пряко да е засегнал правата на конкретния гражданин, и приложението му да не е опосредено от съдебен или административен акт. Интересното в австрийската правна система е, че за конституционната жалба няма изискване за предварително изчерпване на всички правни

средства в смисъл на преминаване през всички съдебни инстанции, но съществува такова за изчерпването на всички административни инстанции, пред които актът може да се обжалва. В Австрия предвиденият срок за предявяване на конституционна жалба е 6 седмици от съобщаването на окончателното решение, а за закони – една година от влизането в сила. Отново се изисква КС реално да може да защити правата на засегнатия гражданин

Наличие на филтър:

По правило актовете на австрийския Конституционен съд се приемат от Пленума на заседание, на което присъстват председателят на Съда и още минимум осем конституционни съдии. Все пак е възможно да се проведе редовно заседание и в присъствието на председателя и още четирима конституционни съдии (т.нар. ограничен кворум) в следните случаи:

- при очевидна липса на нарушение на конституционно гарантирани права;
- поставеният с конституционната жалба въпрос е изяснен в достатъчна степен с предходната практика на Конституционния съд.

Сила на решението на съответния орган:

При отмяна на закон действието на решението на КС обхваща всички правни субекти (erga omnes) на територията на страната, но в останалите случаи то важи само за страните. Съдът може да издаде инструкция към автора на противоконституционния акт да го измени и да приведе практиката си в съответствие с Конституцията. Действието на решението е занапред, но по преценка на Съда то може да бъде или отлагателно (най-много до 18 месеца), или с действие назад във времето.

2.3. Чехия

Орган:

- Конституционен съд

Обхват:

- Закони и други нормативни актове;
 - Индивидуални актове на публичната власт;
 - Гражданскоправни актове (непряко чрез атакуване на съдебно решение);
- Конституционно гарантирани права и свободи

Оправомощени субекти:

- Всяко физическо или юридическо лице, засегнато от акта;
- Публичноправни образувания, носители на основни права;
- Общини относно правото им на местно самоуправление;
- Партии относно правото им на политическо самоопределяне.

Условия за допустимост:

Отново интересът на сезиращият субект се изисква да бъде пряк и личен. Правата на физическото/ юридическото лице трябва да бъдат засегнати реално и засягането да е фактически настъпило, т.е. да не бъде хипотетично. Условие за допустимост на жалбата е изчерпването на всички национални правни средства, което означава да има влязъл в сила необжалваем окончателен акт срещу жалбоподателя или да му е отказано обжалване.

Изключение от това изискване е реалното бъдещо претърпяване на тежки последици в периода до изчерпване на всички правни средства по случая.

Съществува и срок, който е 60-дневен от окончателното решение. Тук по-особен е срокът на атакуване на закони и актове, срещу които не е възможна съдебна защита, а именно – 60 дни от узнаването за тях, но не по-късно от година от влизането в сила. Не се допускат жалби с предмет, по който КС вече се е произнесъл или по който в момента тече дело. Последното условие е т.нар. „необходимост от защита” – решението на КС да бъде годно да защити реално правата на засегнатия субект.

Наличие на филтър:

Създадени са камари от по трима съдии, които преценяват дали случаят е от конституционно значение и дали субектът е достатъчно сериозно засегнат; обявяват отказ за разглеждане с единодушие, без мотиви; разглеждат жалби по същество, когато има натрупана практика на КС по идентични случаи.

Сила на решението на съответния орган:

Решенията на КС имат действие спрямо всички правни субекти в страната и напред във времето, като по изключение може да разпорежи друго.

2.4. Полша

Орган:

- Конституционен трибунал

Обхват:

- Закони;
- Подзаконови нормативни актове, съдебни решения и индивидуални административни актове, прилагащи противоконституционен закон;
- Правата, уредени в Конституцията, международните договори и законите (за подзаконовите нормативни актове).

Оправомощени субекти:

- Всяко ФЛ, както и ЮЛ;
- Религиозни общности;
- Синдикални и работодателски организации;
- Общини.

Условия за допустимост:

Отново е нужно атакуваният акт да нарушава конкретно конституционно право от правна норма, годна за контрол пред съда; да бъдат изчерпани всички правни средства за защита пред националните юрисдикции, като Трибуналят може да се произнесе и преди това в случай на голяма важност на проблема. Атакуваният акт трябва все още да намира приложение към жалбоподателя.

Следващото изискване е да не се поставят въпроси, по които вече се е произнесъл. В Полша единственият валиден срок е 6 месеца от съобщаването на окончателното съдебно решение или от влизане в сила (за закон).

Наличие на филтър:

Трибуналят не разглежда жалби, атакуващи актове или закони, по които той вече се е произнесъл с решение. Един съдия следи за външната редовност на жалбата, а в определени случаи, след допускане, тя се разглежда от намален състав от трима или петима съдии. Отхвърлената като недопустима жалба не се мотивира.

Сила на решението на съответния орган:

Действие спрямо всички и занапред. Допуска се Съдът да постанови друго действие във времето, както и задължително конституционносъобразно тълкуване на атакуваната норма.

3. Вместо заключение

Същинската конституционна жалба дава възможност на сезиращите субекти да атакуват актове на трите власти пред Конституционния съд, докато нормативната конституционна жалба е оръжие единствено срещу закони, които нарушават основните права и свободи на гражданите. В изследваните от мен страни ясно се открояват двата вида конституционна жалба – същинска (Германия, Австрия, Чехия) и нормативна (Полша).

Както споменах в началото, в България вече е назрял моментът, в който да се коментира не дали да се въведе конституционна жалба, а какъв да бъде видът ѝ. По мое мнение българските граждани трябва да имат достъп до нормативна конституционна жалба. Това следва от два основни аргумента, а именно:

- 1. Българският Конституционен съд не е част от съдебната система, която функционира на принципа на независимост. Следователно е недопустимо несъдебен орган да контролира актовете на тази система;*
- 2. От прагматична гледна точка, конституционната жалба, като един нов институт за българското право и общество, следва да се инкорпорира постепенно, за да се избегнат сътресения от драстична промяна в правния мир.*

Често ставаме свидетели на това как Европейският съд по правата на човека осъжда Република България поради нарушаването на основни права на гражданите. Смятам, че бъдещо инкорпориране на конституционната жалба у нас ще предложи на гражданите един последен пристан, на който да се опрат, преди да пристъпят към най-драстичната мярка – отправяне на жалба пред Европейския съд по правата на човека.

Освен това българският гражданин приема Конституционния съд като далечна и недостъпна институция. Понастоящем в България, за да бъде възможно поставянето под въпрос на конституционността на един закон спрямо основните права и свободи, е нужно гражданинът да убеди някой от сезиращите субекти, посочени в чл.150 на

Конституцията, че неговите права са пряко и лично засегнати и се нуждаят от защитата на Конституционния съд. Това забавя процеса, в който съответното физическо лице претърпява реални щети, поради нарушаването на правата му. Така то губи вяра в институциите и търси справедливост пред Европейския съд по правата на човека, но за съжаление, срещу своята родина.

Убедена съм, че българският Конституционен съд няма да бъде претоварен от конституционни жалби, защото в Европа се прилагат надеждни и ефикасни механизми за селекция на жалбите, които да стигнат до разглеждане по същество.

Правото е гъвкаво и се променя непрестанно, защото то е огледало на социалните отношения между хората. Това е и причината да съм напълно сигурна, че екип от подбрани специалисти социолози и юристи е в състояние изработи работещ модел на конституционна жалба и у нас, като се почерпи от опита на европейски държави с традиции в областта на конституционното правосъдие .

