



ISSN 2367-5314

Пловдивски университет
„Паисий Хилендарски“

брой 2/2018

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

С Ъ Д Ъ Р Ж А Н И Е

Поля Голева ПРАВНОТО ПОНЯТИЕ ЗА ТЪРГОВСКА ТАЙНА В КОНТЕКСТА НА ДИРЕКТИВА (ЕС) 2016/943.....	1
Жана Колева ДЕЙСТВИЯ ИЗВЪН ГРАНИЦИТЕ НА ДОВЕРИЕТО ПРИ УПРАВЛЕНИЕ НА ООД.....	11
Радослава Янкулова ЗА НЕПРЕКИЯ ДОСТЪП НА ГРАЖДАНИТЕ ДО КОНСТИТУЦИОННО ПРАВОСЪДИЕ	26
Атанас Костадинов РАЗНОСКИТЕ В ПРОИЗВОДСТВОТО ПО ОБЖАЛВАНЕ НА АКТОВЕ НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ ПО ЗОП ПРЕД КЗК.....	34
Даниела Дончева ИСТОРИЧЕСКИ АСПЕКТИ И СРАВНИТЕЛНОПРАВЕН АНАЛИЗ НА РЕЦИДИВА В НАКАЗАТЕЛНОПРАВНИТЕ СИСТЕМИ НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ СТРАНИ И БЪЛГАРИЯ	44
Силвия Цанкова ПОСТИЖИМА ЛИ Е ЕФЕКТИВНОСТ НА ХУМАННАТА НАКАЗАТЕЛНА ПОЛИТИКА.....	52
Георги Пенчев ПРАВНА ЗАЩИТА НА ОКОЛНАТА СРЕДА ОТ РАДИОАКТИВНО ЗАМЪРСЯВАНЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ	63
Илияна Митева ОРГАНИ НА УПРАВЛЕНИЕ В СФЕРАТА НА УВРЕЖДАНИЯТА В ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ.....	81
Приложение – СТУДЕНТСКА ЮРИДИЧЕСКА НАУЧНА АКАДЕМИЯ 2018	
Изабела Петкова ПРЕХВЪРЛЯНЕ НА ТЪРГОВСКОТО ПРЕДПРИЯТИЕ. ГОРДИЕВИЯТ ВЪЗЕЛ В ДОКТРИНАТА И СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА.....	101
Илиян Янкулов ПРАВЕН СТАТУС НА МАЛОЛЕТНИТЕ	121
Иван Кърчев НУЖДА ОТ РЕФОРМА В ИЗБОРНАТА АДМИНИСТРАЦИЯ И НЕЙНИТЕ АКТОВЕ.....	134
Тодор Рогошев РАЗВИТИЕ НА ИНСТИТУТА НА САМООТБРАНАТА В МЕЖДУНАРОДНОТО ПРАВО. ПРЕВАНТИВНА АТАКА.....	161

ТЪРГОВСКО ПРАВО**ПРАВНОТО ПОНЯТИЕ ЗА ТЪРГОВСКА ТАЙНА
В КОНТЕКСТА НА ДИРЕКТИВА (ЕС) 2016/943****Проф. д-р Поля Голева**

Юридически факултет

Пловдивски университет „Паисий Хилендарски“

Анотация

Статията е посветена на Директива (ЕС) 2016/943 на Европейския парламент и на Съвета относно защитата на неразкрити ноу-хау и търговска информация (търговски тайни) срещу тяхното незаконно придобиване, използване и разкриване. Централно място в изложението заема понятието за търговска тайна, правната ѝ защита срещу незаконно придобиване, използване и разкриване. Разгледани са временните и превантивни мерки, забрани и коригиращи мерки. Анализирани са и спецификата на деликтната отговорност за вреди, причинени на притежателя на търговска тайна и спецификата при определяне на дължимото обезщетение. Акцент е поставен върху присъждане на фиксирана сума, чийто размер се определя от възнаграждението и таксите, които биха могли да се дължат, ако нарушителят беше поискал разрешение да ползва въпросната търговска тайна.

Ключови думи: директива, търговска тайна, ноу-хау, търговска информация, коригиращи мерки, обезщетение

Abstract

The article concerns Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council on the Protection of undisclosed know how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure. An attention is paid on the notion of business (trade) secret, its legal protection against unlawful acquisition, use and disclosure. Provisional and precautionary measures, injunctions and corrective measures have been regarded. The specific features of the tort liability for damages caused to the trade secret holder and the specific moments by the determination of the compensation of the damages take important place in the article. It is noted, that where pecuniary compensation is ordered instead of the measures referred above the amount of royalties or fees which would have been due had that person requested authorization to use the trade secret in question for the period of time which use of the trade secret could have been prohibited.

Key words: directive, trade secret, know how, trade information, compensation

1. На 8.06.2016 г. беше приета Директива (ЕС) 2016/943 на Европейския парламент и на Съвета относно защитата на неразкрити ноу – хау и търговска информация (търговски тайни) срещу тяхното незаконно придобиване, използване и разкриване¹. Предмет на защитата е интелектуалният капитал на предприятията и научноизследователските институти с нестопанска цел. Вложенията в научноизследователската дейност на стопански и нестопански субекти са важни и скъпо струващи инвестиции, които допринасят не само за укрепване на конкурентноспособността на предприятията, но и до увеличаване на техните печалби. Правейки открития, събирайки и подреждайки научните резултати от творческата си дейност и търговската информация, разширявайки своите знания, те допринасят не само за подобряване на икономическото си положение, но и за развитието на научно-техническия прогрес. Ненужно и досадно би било да пиша за огромното значение на знанията в производствения процес, в сферата на обслужването, в търговията и всички видове търговски и нетърговски дейности. Защото това е всеобща, универсална истина, която е призната в целия свят.²

2. За съжаление обаче интелектуалният капитал, ценната информация, която създателите ѝ искат да съхраняват за целите само на своя производствен процес, не са достатъчно защитени в рамките на Европейския съюз и това е наложило приемането на препоръки, задължителни за всички държави – членки, целящи уеднаквяване на правните уредби в защитата на знанията, които са ценни за предприятието и които то иска и има интерес те да останат поверителни, а не широко известни на обществото. Затова основната цел на директивата е да се предвидят правни средства за защита и предотвратяване на незаконни посегателства срещу неразрешеното ползване и прилагане на чужди знания, които съставляват търговска тайна. В преамбюла на директивата се отчита факта, че макар и да благоприятстват интелектуалното творчество и иновациите и да повишават конкурентноспособността на икономиката на съюза, търговските тайни са най-слабо защитените от съществуващата правна рамка на Съюза срещу тяхното незаконно придобиване, използване или разкриване интелектуални продукти. Констатира се, че иновативните предприятия са все повече изложени на непочтени практики, целящи присвояването на търговски тайни като кражба, икономически шпионаж, неразрешено копиране.

¹ Eur-lex.europa.eu

² Директивата следваше да бъде съобразена с нашето национално право до 9 юни 2018 г. Крайният срок изтече, но не ми е известно директивата да е съобразена в нашето национално законодателство.

Предмет на директивата са сближаването на законите на държавите – членки само на плоскостта на гражданскоправната защита във вътрешния пазар. Извън нейния обсег следователно остават административната и наказателната отговорност за нарушенията на търговската тайна.

3. Посегателствата върху търговската тайна са най-тясно свързани с правната защита на конкуренцията. Би могло да се каже, че правната уредба на търговската тайна е част от конкурентното право. Само че в по-широк аспект – не само по отношение на търговците, но и на нестопанските организации и не само в областта на икономиката, но и на целия градивен творчески процес.

4. Най-напред е важно да се определят правните признаци на търговската тайна.

В българското право има една разпоредба за търговската тайна в чл. 52 от Търговския закон. Тя обаче не дава дефиниция на понятието, а вменява като задължение пазенето на търговска тайна от прокуриста, търговския пълномощник, търговския помощник, търговския представител и търговския посредник при осъществяване на дейността си, възложена им от търговеца. Те са длъжни да пазят и неговия търговски престиж. Нормата е имперфектна и има само оповестително значение. В нея не са посочени нито мерки за превенция, нито последиците от нейното нарушаване. Нормата е още имперфектна и затова, защото тя не обхваща всички субекти – напр. членовете на управителните органи, работниците и служителите. Това е така, защото всички те имат или са имали досег с поверителна информация или най-малкото с данни, които касаят производството, търговията, съпътстващите дейности в едно търговско предприятие³.

5. В директивата обаче има твърде много разпоредби, които ни позволяват да очертаем правните белези на търговската тайна и да я отграничим от други обекти на интелектуална дейност.

6. Търговска тайна е информация, изразяваща се в:

- ценно ноу хау;
- технологична информация;

³ Следва да се подчертае, че не само у нас, но в другите държави липсват национални определения за търговска тайна или незаконно придобиване, използване или разкриване на търговска тайна – т. 6 от Преамбюла. Но като най-голям пропуск се отчита липсата на съгласуваност по отношение на гражданскоправните средства за защита, тъй като не само у нас, но в другите страни отсъстват норми за преустановяване и възпиране от нарушаващи поверителността средства.

- търговска информация – информация за клиенти и доставчици;
- бизнес планове;
- пазарни проучвания;
- пазарни стратегии;
- не е разкрита и е предвидено да остане поверителна, т.е. създателите ѝ имат законен интерес информацията и данните, резултатите да останат поверителни и да предприемат действия с цел запазването ѝ в тайна;
- не е патент или друга форма на права върху интелектуална собственост. Тя може да бъде само допълнение или алтернатива на правата върху интелектуална собственост⁴;
- позволява да се извлекат печалби;
- има реална или потенциална търговска стойност именно в качеството си на търговска тайна;
- укрепва конкурентоспособността в стопанската дейност;
- незаконното ѝ придобиване или използване може да навреди на интересите на притежателя на поверителната информация, като му отнема клиенти, уврежда стратегически важни позиции на пазара или конкурентоспособността на предприятието;
- паразитно копиране или буквално подражание на продукти, настъпило след пускане на продукти, създадени благодарение на търговска тайна, в резултат на което някои търговци неправомерно демонстрират иновации и повишават своя имидж.

8. Не е търговска тайна информация, която

- не е съществена за интересите на предприятието;
- общоизвестна е – напр. публикувана е на законно основание;
- лесно достъпна е за лица от средите, които обичайно се занимават с тази информация;
- закон позволява придобиването, използването или разкриването ѝ;

9. Търговската тайна се придобива законно, когато

- нейният притежател я е открил или създал;
- когато тя е предмет на продукт или стока, които са наблюдавани, изучавани, изпитвани от притежателя им;
- е практика, която при съответните обстоятелства е в съответствие с почтените търговски практики – чл. 3, т.1., б. Г от директивата;

⁴ Важно е да се отбележи, че ноу хау-то и информацията са защитени само като такива. Но притежателите им не придобиват никакви изключителни права върху тях по силата на разглежданата директива – т. 16 от Преамбюла.

- узната е от работниците или техните представители при упражняване на тяхното право на информация или консултации;

- узната е при наблюдение, изучаване, разгласяване или изпитване на продукт или предмет, предоставен на разположение на обществеността или представляващ законно притежание на придобилото информация лице.

- информацията е разрешена от националното право или правото на ЕС.

10. Незаконно е придобиването, използването и разгласяването на информация, когато

- без съгласие на притежателя на търговската тайна тя е присвоена, копирана, присвоени са предмети, материали, вещества, документи, които са се намирали под законния контрол на притежателя и от които може да се извлече търговската тайна или да се узнае търговска практика, съставляваща търговска тайна;

- търговската тайна е узната незаконно, без съгласието на притежателя ѝ;

- е нарушено споразумение за поверителност;

- е нарушено законово или друго правно задължение за ограничаване на използването на търговската тайна.

11. Освен горепосочените фактически състави, които се състоят предимно от обективни елементи, незаконно ползване трябва да се съпътства с един субективен елемент – знанието на нарушителя, че това е търговска тайна или че я е получило пряко или непряко от друго лице, което е узнало и/или ползвало незаконно търговската тайна. Нарушението е налице и ако нарушителят не е знаел, но е бил длъжен да знае при дадените обстоятелства, че търговската тайна е използвана незаконно, ако беше длъжен да провери и беше изпълнил задължението си да извърши проверката.

12. Мерки за предотвратяване, ограничаване и прекратяване на незаконното придобиване, използване и разкриване на информация

От голямо значение са мерките и средствата за правна защита, които могат да се състоят в предотвратяване на разкриването на информация с цел да се защити поверителността на търговските тайни. В същото време директивата изисква при налагането на тези мерки да не се ограничи упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация, свободата и плурализъм на медиите – т. 19 от Преамбюла.

Като общо изискване към мерките е предвидено те да бъдат пропорционални и адаптивни към нарушението, но в същото време да не застрашават основни права и свободи или обществения интерес, като напр. обществената безопасност, защитата на потребителите, общественото здраве, опазването на околната среда.

Като общи указания на директивата към държавите – членки е предвидено, при определяне на мерките и тяхната тежест да се вземат предвид фактори като стойността на търговската тайна, тежестта на деянието, вредите, причинени на притежателите на търговски тайни.

Важно указание е съдебните органи в хода на съдебното производство по решаване на спор за налагане на тези мерки да предвидят средства за защита поверителността на информацията. Тази защита следва да остане и след приключване на съдебното заседание, докато търговската тайна стане общодостъпна информация. В тази връзка се препоръчва да се ограничи кръга на лицата, които имат право на достъп до доказателствата и до съдебните заседания. Впрочем точно тук може да се прояви действието на поговорката „вместо да ти изпишем вежди, ти извадихме очите“. Има опасност в съдебното заседание да се разкрият тайните, предмет на делото и съдебното производство да има унищожителни последици за законния притежател на търговската тайна. След като тя стане обществено достояние, нейният носител няма да може да възстанови състоянието от преди разкриването ѝ.

Директивата отчита момента, когато търговската тайна се използва незаконно за проектиране, производство или предлагане на пазара на стоки или съставни части от тях, които в резултат на разпространението им на пазара биха нарушили търговските интереси на притежателя на търговска тайна. Затова съдебните органи трябва да могат да налагат мерки, които ще гарантират, че тези стоки и услуги няма да се пускат или ще се изтеглят от пазара. Следва да се налагат мерки за забрана на вноса и износа им от вътрешния пазар.

Друга мярка е възможността за парично обезщетение на претърпелите вреди. От голямо значение е указанието, съдържащо се в директивата, обезщетението да не надхвърля размера на възнагражденията или таксите, които биха били дължими, ако незаконно използващият търговската тайна беше получил разрешение на нейното ползване за периода от време, през който първоначалният ѝ притежател е могъл да предотврати нейното използване. При определяне на обезщетението следва да се имат предвид следните фактори: пропуснатите ползи за притежателя ѝ; несправедливо получена от нарушителя печалба; неимуществените вреди на притежателя ѝ. Ако е трудно да се докажат всички тези елементи, може да се използва следната формула – обезщетението е равно на възнагражденията и таксите, които

биха били дължими в случай че нарушителят е поискал официално разрешение да ползва търговската тайна – т. 30 от Преамбюла.

Общо изискване към мерките е те да са справедливи и безпристрастни; да не са ненужно сложни или скъпи; да не налагат неразумни срокове или неоправдани забавяния и да са ефективни и възпиращи – чл. 6 от директивата.

Мерките трябва да са пропорционални, да не създават пречки пред законната търговия и да предвиждат средства срещу злоупотребата с тях.

13. Видове мерки срещу незаконното ползване на търговската тайна

А/ Временни и предпазни мерки срещу предполагаем нарушител

- преустановяване на използването или разкриването на търговската тайна;
- забрана на използването или разкриването на търговската тайна;
- изземване на стоките – предмет на предполагаемото нарушение от пазара.

Тъй като става дума за временно или предполагаемо нарушение, те се налагат от съда по искане на притежателя на търговската тайна и наподобяват много обезпечителното производство по ГПК. Те имат обезпечителен и процесуален характер. В същото време директивата дава възможност като алтернатива на тези мерки да се постанови внасяне на гаранции, предназначени да осигурят обезщетение на притежателя на търговската тайна, ако впоследствие се докаже, че действително е извършено нарушение и са причинени вреди.

Това, което може да се установи от директивата, е следното:

1. само съд може да налага мерки или да определя гаранцията;
2. съдът не се произнася служебно, а по искане на засегнатото лице;
3. искът трябва да се предяви в определен от националния закон срок, но не по-дълъг от 20 работни дни или 31 календарни дни. Директивата дава възможност на държавата – членка да предостави на съда опцията сам да определи този срок.

4. преди да наложи временните или предпазни мерки съдът може да изисква от ищеца да представи доказателства, от които с достатъчна сигурност да следва, че съществува търговска тайна, че ищецът е неин притежател; че търговската тайна е придобита, използва се или е разкрита незаконно от ответника или има непосредствен риск от това;

5. съдът се произнася с решение, с което уважава или отхвърля искането. Националното законодателство трябва да определи компетентния съд.

6. законът трябва да определи параметрите, въз основа на които съдът се произнася дали да уважи или да отхвърли иска. Той прави съвкупна преценка на базата на стойността и характеристиката на търговската тайна, поведението на ответника, характера на мерките, които възнамерява да приложи и тяхното евентуално въздействие върху нарушителя, интересите на страните, на трети лица, обществения интерес и защитата на основните права.

7. съдът може да разпорежи внасяне от ищеца на гаранция, предназначена да обезпечи обезщетение на всички щети, понесени от ответника или друго лице, засегнато от мерките в случай, че искът не е основателен и бъде отхвърлен.

Б/ Забрани и коригиращи мерки

Вторият вид мерки се постановяват от съда със съдебно решение по исков процес, когато по същество е разгледан спор относно незаконно придобиване, използване или разкриване на търговска тайна. Решението се постановява по иск на ищеца, в който се иска осъждане на ответника да преустанови незаконното ползване, да му се забрани производството на стоки, създадени в резултат на използването на търговската тайна или да извърши унищожаване на документи, материали или предмети, както и да се наложат други мерки, наречени от директивата „коригиращи.“

Правомощията на съда са:

1. Да осъди ответника да преустанови използването или разкриването на търговската тайна или да му забрани да използва търговската тайна на ищеца;
2. Да забрани на ответника производството, предлагането, пускането на пазара или използването на стоките – предмет на нарушение;

В посочените два случая става дума за забранителни мерки. Те съставляват първият подвид мерки от втората група – забрани и коригиращи мерки.

Вторият подвид от тази група мерки са коригиращите – те се предприемат по отношение на стоките – предмет на нарушението, документи, предмети, материали, вещества или части от тях, които съдържат или имплементират търговската тайна.

Тези стоки, предмети или документи:

1. се унищожават по силата на съдебното решение;
2. стоките се изтеглят от пазара;

3. премахва се тази характеристика на стоката, въз основа на която е установено нарушението;

4. стоките се предават на притежателя на търговската тайна или на благотворителни организации.

След постановяване на съдебното решение е възможно въпросната информация вече да не отговаря на изискванията за търговска тайна и тогава националното право трябва да предвиди възможност съдът да отмени мерките. Съдът не действа служебно, а по искане на ответника. Необходимо е да се уреди процедурата, по която ще се иска и допуска отмяната на коригиращите мерки.

В/ Вместо забранителни или коригиращи мерки съдът може да присъди в полза на ищеца парично обезщетение. Съдът не извършва замяната служебно, а по искане на осъдения нарушител. Според директивата кумулативно следва да са налице всички предпоставки за замяната:

1. увреденото (засегнатото) лице трябва да е било добросъвестно към момента на използването или разкриването на търговската тайна - да не е знаело или да не е трябвало да знае, че търговската тайна е получена от друго лице, което я е използвало или разкрило. Ако то е знаело или е трябвало да знае в случай че беше положило дължимата грижа, не би следвало да претендира налагането на такава мярка;

2. забранителните или коригиращите мерки са несъразмерно тежки в сравнение с вредата, която засегнатото лице е претърпяло;

3. вредите му могат да бъдат компенсирани чрез паричното обезщетение.

Г/ И така, стигаме до последното правно средство за защита на притежателя на търговската тайна – обезщетение на претърпените вреди.

Между притежателя на търговска тайна и нейния нарушител възниква деликтно правоотношение.

Основанието за това е деликт, който се състои от следните елементи:

- деяние на длъжника, изразяващо се в придобиване, ползване или разкриване на чужда търговска тайна. Деянието се изразява в действие – активно поведение – кражба, незаконно копиране, икономически шпионаж, при който нарушителят без съгласието на притежателя узнава, използва в своята дейност или разгласява публично данни, ноу хау, информация, които

са предмет на търговска тайна. Достатъчно е да е извършено едно от тези действия, за да имаме деяние по смисъла на чл. 14 от директивата.

- противоправност – придобиването, използването и разкриването на поверителната информация е забранено, незаконно, без правно основание, против волята и желанието на притежателя на търговската тайна.

- вреди, претърпени от притежателя на търговската тайна. Те могат да бъдат имуществени вреди – отрицателни имуществени последици; намаляване на имуществото на засегнатото лице; пропуснати ползи – невъзможност той да увеличи своите доходи, да получи печалба; неимуществени вреди – увреждане на неговия имидж, намаляване на рейтинга му, накърняване на доброто му име.

- причинна връзка между вредите и незаконното деяние – ищецът не би претърпял тези вреди, ако не беше извършено правонарушението. Намаляването на имуществото му и/или пропуснатият доход, който би се очаквал да настъпи, ако не беше нарушението, са адекватна и закономерна последица на деянието на делинквента.

- вина – нарушителят е знаел (действал е умишлено) или е бил длъжен да узнае, че участва в незаконно придобиване, използване или разкриване на търговска тайна (небрежност). Тъй като при деликтната отговорност вината се предполага, по аналогия легис ще приложим чл. 45, ал. 2 ЗЗД и нарушителят трябва да докаже, че не е могъл да знае или не е трябвало да знае, че използва чужд опит, добра търговска практика или е рагласил търговската тайна на ищеца.

Когато незаконното деяние е извършено от работник или служител при изпълнение на трудовите си задължения, отговорността му е ограничена съгласно Кодекса на труда, освен ако деянието му не е извършено умишлено. Ограничената отговорност е спрямо работодателя.

Новото при този състав на деликтна отговорност е възможността на съда вместо обезщетение на конкретно настъпилите вреди да присъди фиксирана сума, равна на възнагражденията и таксите, които биха могли да се дължат, ако нарушителят беше поискал разрешение да ползва въпросната търговска тайна. С други думи той може да бъде осъден да плати цената, която се дължи при договор за продажба на търговска тайна. В този случай е необходима експертиза, която да изчисли обичайният размер на фиксираната сума. Но по-доброто при този вариант е, че ищецът няма да се затрудни при доказване на конкретния размер на вредите.

ТЪРГОВСКО ПРАВО**ДЕЙСТВИЯ ИЗВЪН ГРАНИЦИТЕ НА ДОВЕРИЕТО
ПРИ УПРАВЛЕНИЕ НА ООД¹****Гл. ас. д-р Жана Колева***Юридически факултет**Пловдивски университет „Паисий Хилендарски“***Анотация**

Статията анализира отговорността на управителя на ООД², преценена абстрактно съобразно дължимата грижа в сферата на професионална изява. Задължението за дължима грижа е нарушено, когато действията на управителя надхвърлят границите на предоставената му представителна власт. Тази грижа е нарушена и в случаи на действия, извършени в рамките на тези граници, но нарушаващи други - границите на възложеното му доверие. Термините „граници на представителна власт“ и „граници на доверие“ не са тъждествени. В гражданското право двете граници съвпадат, но в търговското те се разминават. Нарушеното доверие стои в основата на имуществената отговорност на управителя и в двата случая. Такава отговорност се предвижда както на наднационално (макрониво), така и на национално ниво (микрониво). Макрониво заради заложените общи идеи, споделяни от всички, и микрониво заради различията в националните разбирания по отделни аспекти на управленската отговорност. За целите на сравнителния анализ са подбрани държави, типични представители на континенталното и англосаксонското правно семейство.

Ключови думи: *отговорност на управителя на ООД; граници на представителна власт; граници на доверие; дължима грижа.*

Abstract

The article analyses the liability of the managing director of the limited liability company. This liability is abstractly considered on the merits of due care in the field of its professional manifestation. There is violation of due care in each cases, when the actions of the managing director exceed the limits of granted authority.

¹ Статията е финансирана по проект на НПД № ФП17-ЮФ-003 на тема „Динамика на българското право в контекста на европейските правни системи“ при ПУ „Паисий Хилендарски“ от конкурсна сесия 2017-2018 г., за което авторът благодари. Авторът благодари още на The Robert Anderson Trust, United Kingdom.

² Дружество с ограничена отговорност.

Violation of due care can also be seen in cases, when the actions exceed the granted trust. The term “limit of granted power” is not the same as the “limit of granted trust”. These two boundaries coincide in civil law, but in commercial law they differ from each other. The violation of trust is a ground of the liability of the managing director in both cases. Such liability is provided by supranational law as a macro level by reason of existence of common ideas, shared by all. Such liability is provided by separate national legislations as a micro level by reason of existence of own national beliefs. Countries, which are typical representative of the continental and common law families, are chosen for the aims of the comparative analysis.

Key words: *liability of the managing director of the limited liability company; limits of authority; limits of trust; due care.*

I. Увод

Търговските дружества са активни участници в гражданския и търговски оборот. Те влизат в правоотношения с други правни субекти или чрез своите органи, или чрез свои упълномощени представители. В първия случай представителството е органно, а във втория – доброволно. Общото и в двата случая е, че е налице пряко представителство³, при което се наблюдава обща воля (*contemplatio domini*) между представителя и третото лице за възникване на правни последици от действията на представителя директно в правната сфера на доверителя, наричан „принципал” в търговското право. Принципалът сам избира лицето, което да го представлява в отношенията му с третите лица, доколкото се е доверил на личните способности, знания, умения и морални качества на представителя. Доверието би било оправдано, когато представителят действа в рамките на учредената му представителна власт и по икономически най-благоприятния за принципала начин, така че да не настъпят вреди в имуществената сфера на принципала. Доверието не би било оправдано, когато представителят макар да действа в рамките на посочените граници, действията му са станали причина за възникване на неблагоприятни за принципала последици. Настоящата статия анализира имуществената отговорност на управителя на ООД, основана на нарушение на дължимата грижа в сферата на професионална изява по причина взето икономически неизгодно за принципала решение. Поведението на органичния управител е преценено в светлината на Директива 2017/1132/ЕС от 14 юни 2017 г. на ЕП и на Съвета относно някои аспекти на

³ Тук следва да се отбележи, че в древното римско право прякото представителство не е било познато, още по-малко органното. Римскоправната традиция се е придържала стриктно към правилото, че всеки е можел да договаря само от свое име и в синхрон с принципа за относително действие на облигацията: *Peter, H. Texte zum Römischen und Schweizerischen Obligationsrecht. 2017, s. 36.*

дружественото право⁴ и съпоставено с разрешенията на отделните национални правни системи в Европа.

II. Действия на управителя на ООД извън границите на доверието

1. Общи положения

Управителят (управителите) е орган на управление на ООД (чл. 135, ал. 1, т. 2 ТЗ) наред с общото събрание на съдружниците (чл. 135, ал. 1, т. 1 ТЗ). Общото събрание не е правен субект за разлика от търговското дружество (чл. 63, ал. 3 ТЗ)⁵. Въпреки това и доколкото то представлява общност от лица, способни да проявяват воля, нему е призната способността да формира волята на дружеството по установена от закона процедура (чл. 138-139 ТЗ) и съобразно предвидено мнозинство (чл. 137, ал. 3 ТЗ). По този начин множеството воли на отделните членове на общото събрание се обединяват в едно мислено цяло по такъв начин, че формираната по реда на закона обща воля се фингира за вътрешната воля на дружеството, която отчита интересите на общността от съдружници. Към този извод се е ориентирала и съдебната практика, възприемаща общото събрание за волеобразуващ орган на ООД⁶ въпреки неговата неправосубектност. Волята на съдружниците, изразена в решения на общото събрание, действа само във вътрешните дружествени отношения и не е способна да се прояви навън. В този смисъл формираната „воля” (вътре) не би могла да бъде увреждаща, доколкото все още липсва „изявление” (навън), за да се прояви то като годно „волеизявление” с вредоносни последици. Изявление от име и за сметка на дружеството като правен субект може да извършва само друг правен субект. Доколкото с действията си управителят обвързва дружеството, всяко негово поведение може да бъде потенциална причина за настъпване на вреди в имуществения патримониум на дружеството. Именно способността да извършва правно валидни волеизявления с последици за дружеството, дава основание да се ангажира отговорността на това лице (а не на общото събрание), в случаите, когато действията му излизат извън границите на възложеното му (от общото събрание) доверие (чл. 145 ТЗ).

⁴ ОВ L 169 от 30.06.2017 г., с. 46-127.

⁵ Интересен е примерът на старата английска доктрина, опитала се да обясни съществуването на общността от физически лица, създали изкуствено (социално) образувание отделно от тях, по причина, че щом бог може да създава естествени лица (ФЛ), а човекът е негово подобие, то и хората могат да създават изкуствени лица (ЮЛ), които да могат да имат самостоятелно съществуване – *Davis, John P. Corporations. A Study of the Origin and Development of Great Business Combinations and of their Relation to the Authority of the State. London. 1905, p. 214.*

⁶ Виж мотивите към т. 1 от Тълкувателно решение № 3 от 15.11.2013 г. по тълк. д. № 3/2013 г., постановено от ОСГТК на ВКС.

2. Граници на доверие. Терминологични уточнения

Терминът „граници на доверието” не е правно-технически, понеже законът не си служи с него. „Границите на доверието” не са тъждествени на „границите на представителната власт”, ако се опитваме да търсим синонимни подобия. Те са по-скоро алегоричен израз на очаквана проява на разумно поведение, доколкото този, който „удостоява” друго с представителна власт, вярва, че другият ще действа разумно и в негов интерес. В този смисъл може да се открие известно диалектическо сходство между „граница на доверие” и „граница на представителна власт”. Двете граници могат да съвпадат (при договор за поръчка с изпълномощаване⁷), но в търговското право те направо се разминават (при договор за възлагане на управление⁸). Управителят не е типичен довереник, доколкото нему се възлагат извършването не само на правни, но и на фактически действия⁹. Но както доверителят (в гражданското право), така и принципалът (в търговското право) възлагат действието само на лицето, създадо у тях вяра в качествата и способностите си. В сферата на търговска изява вярата се изразява както в очакване за лоялно и почтено поведение на довереното лице, което да предпочете интереса на дружеството пред своя или чуждия интерес, така и в очакване за професионално поведение, насочено към постигане на икономически за общността просперитет. Дружеството обаче може да е ограничило представителната власт на управителя по предмет или по обем, доколкото доверието върху избраното лице се простира само в тези граници. Но подобни ограничения нямат действие по отношение на трети за дружеството лица (чл. 141, ал. 2, изр. 3 ТЗ). Законодателното разрешение е в синхрон с изискванията на чл. 9, т. 1¹⁰ и т. 2¹¹ от Директива 2017/1132/ЕС¹², даваща приоритет на интересите на третите лица и закрепваща принципа за правна сигурност. Ето защо действията на управителя, извършени в границите на представителната власт (произтичаща от закона), могат да надхвърлят посочените граници (произтичащи от автономия на волята) и в този смисъл да надхвърлят границите на доверието. В случай, че възникнат вреди, управителят отговаря имуществено

⁷ Чл. 292, ал. 1 ЗЗД.

⁸ Чл. 141, ал. 7 ТЗ.

⁹ Освен представителни (като извършва правни действия от име и за сметка на дружеството) управителят има и изпълнителни функции, като планира, организира, ръководи, координира и контролира. – виж *Герджиков, О., А. Калайджиев, К. Касабова, Т. Бузева, Ал. Кацарски*. Коментар на ТЗ. Книга II. Издателство Алиена. 1994, 507-508. А това, според мен, не е нищо друго освен фактическа дейност.

¹⁰ Чл. 9 § 1 от Директивата: „Действията, извършени от органи на дружеството, обвързва последното дори и когато тези действия не попадат в предмета на дейност на дружеството, освен ако надхвърлят правомощията, които законът предоставя или позволява да бъдат предоставени на тези органи”.

¹¹ Чл. 9 § 2 от Директивата: „Ограниченията на правомощията на органите на дружеството, които произтичат от устава или от решение на компетентните органи, не могат да се противопоставят на трети лица, дори и ако са били оповестени”.

¹² Директивата е кодифицираща за дружественото право. Тя обединява отделни разрешения, установени в по-рано приети директиви, чието действие вече е отменено с влизане в сила на настоящата директива. Сведение за номерата на отменените директиви могат да бъдат открити в разпоредбата на чл. 166 от Директива 2017/1132/ЕС.

(чл. 145 ТЗ). Такава отговорност се предвижда както на наднационално ниво (в правото на ЕС), условно наречено макрониво заради заложените общи идеи, споделяни от всички, така и на национално ниво (в правото на отделните държави членки), наречено микрониво заради различните национални разбирания на поставения за разглеждане правен проблем.

3. Разрешенията на европейското законодателство

Дружествата с ограничена отговорност са широко разпространени в Европа¹³. На ниво Европейски съюз липсва нормативна уредба, която да установява единен режим относно отговорността на техните органи представители. Това е разбираемо, доколкото този въпрос не попада в област на регулиране от изключителната компетентност на Съюза (аргумент от чл. 3 ДФЕС вр. чл. 5 § 2 ДЕС). Хипотетично, въпросът би могъл да намери общо решение на европейско равнище, доколкото косвено е свързан със свободата на установяване¹⁴ по смисъла на чл. 54 ДФЕС, предвиждащ еднакво третиране на дружества със седалище, централно управление или основно място на дейност на територията на Съюза без оглед на тяхната националност. Връзката е косвена, доколкото възникването на отговорност е обусловено от упражнено преди това право на свободно установяване, признато от доктрината и практиката на Съда на ЕС за безусловно¹⁵ по своя характер. Не се поставя под съмнение съдържанието на това право, изразено и във възможността на лицата да участват в управлението на търговски дружества¹⁶, чиито седалища се намират извън държавата им по произход. Спрямо тези лица ще се прилага принципът на национално третиране като следствие от предоставените и гарантирани с Учредителните договори за създаване на ЕС свободи на движение без вътрешни граници (чл. 3 § 2 ДЕС). Приемането на правнообвързващи актове относно тези свободи попада в предметния обхват на споделената между Съюза и държавите членки компетентност (арг. от чл. 4 § 2, б. «й» ДФЕС). В рамките на тази компетентност и на основание чл. 50 § 1 вр. § 2, б. «ж» ДФЕС е приета Директива 2017/1132/ЕС от 14 юни 2017 г. на ЕП и на Съвета

¹³ В Германия и в Австрия например такова дружество е GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung). Италианската версия на ООД е Srl (Società a responsabilità limitata), а френската - SARL (Société à responsabilité limitée) – подробности относно наименованията на капиталовите търговски дружества с ограничена отговорност, предвидени и уредени в законодателството на отделните държави членки, могат да бъдат открити в Приложение II от Директива 2017/1132/ЕС от 14 юни 2017 г. относно някои аспекти на дружественото право.

¹⁴ Според практиката на Съда на ЕС същността на свободата на установяване се изразява в „...ефективното осъществяване на икономическа дейност чрез създаването на трайно място на дейност в друга държава членка за неограничен период от време” – Решение от 28.01.1986 г., Комисията срещу Франция, дело 270/83, цитирано по *Христов, Хр.* Вътрешен пазар и основни свободи на движение в правото на Европейския съюз. Сиела Норма АД. 2018, с. 289.

¹⁵ *Христов, Хр.* Вътрешен пазар и основни свободи на движение в правото на Европейския съюз. Сиела Норма АД. 2018, с. 290. Авторът изрично подчертава безусловния характер на правото на свободно установяване, не обусловено от приемането на последващи мерки на европейско или национално равнище, а доколкото Договорът предвижда приемането на такива мерки, те имат за цел единствено да улеснят установяването.

¹⁶ Ibid.

относно някои аспекти на дружественото право, предвиждаща отделни основания за възлагане на гражданска отговорност на лицата, чиито действия обвързват дружеството. В този смисъл са разпоредбите на чл. 106 и 152 от Директива 2017/1132/ЕС, предвиждащи отговорност на членовете на ръководните или управителни органи за неправомерното им поведение при преобразуване на управляваното от тях дружество. Но дори и в тези изрично указани хипотези съюзната норма не установява единен фактически състав на отговорността, а препраща към националното право на съответната държава членка, за да реши тя самостоятелно и съобразно националните си разбирания въпросът с отговорността.

4. Разрешенията в националните правни системи от континенталното (романско и германско) и общото (англосаксонско) правно семейство

В сравнителноправен план въпросът за отговорността на органните представители на дружествата с ограничена отговорност се решава по различен начин от различните национални правни системи. Съобразно правото си да уредят този въпрос самостоятелно различните държави членки и от двете правни семейства (континенталното и англосаксонското) са изработили стандарти за поведение на лицата, които с действията си обвързват търговските дружества. Тези стандарти обикновено са закрепени в нормативни актове (Германия, Италия, Англия) или са разработени от съдебната практика (Франция)¹⁷. Спазването на установения поведенчески стандарт се преценява от законодателствата на държавите от континенталното правно семейство (Германия, Франция и Италия) изцяло *in abstracto*. Стандартът се счита нарушен, ако при извършване на дружествените работи управителят е пропуснал да положи изискуемата от закона грижа, преценена чрез съпоставяне с точно определен модел на поведение – *грижата на обикновения търговец*¹⁸. Задължението за дължима грижа е установено с правна норма, чието систематично място е в специален закон, регулиращ дейността на дружествата с ограничена отговорност. В Италия стандартът за поведение също изисква полагане на грижа от страна на управителя, като мястото на установяващата това задължение правна норма е в общия граждански закон¹⁹. Независимо от систематичното място на нормата преценката се извършва *in abstracto* според естеството на упражняваната дейност, без да са поставени специални изисквания към поведението на тази категория лица²⁰. Във Франция отговорността на управителите също се ангажира заради

¹⁷ Siems, M., D. Cabrelli. Comparative Company Law. A Case-Based Approach. Second Edition. Hart Publishing. Oxford. UK 2018, p. 28, 31, 33, 49, 68.

¹⁸ Art. 43, Abs. 1 GmbHG (Gesellschaft mit beschränkter Haftung): достъпно на <http://www.gesetze-im-internet.de/aktuell.html>.

¹⁹ Art. 1176, para. 2 CC (Codice civile): достъпно на <http://www.normattiva.it/static/codici.html>.

²⁰ Op. cit., p. 33.

неположена дължима грижа, преценена *in abstracto*, изразена както в неизпълнение на задълженията, предписани от закона, от вътрешните актове на дружеството, така и за всеки техен акт на небрежност при управлението и²¹. Френският съд обаче разполага с широки дискреционни правомощия да прецени тежестта на нарушението на задължението за дължимата грижа след сравнение с поведението на разумния управител, който би имал при подобна ситуация²². Правното положение на търговските дружества в Обединеното кралство, принадлежащо към системата на общото право, е уредено в специален закон (Companies Act 2006²³). Дружествата, при които отговорността на членовете им е ограничена до размера на участието им (с дялове или акции) в капитала, е прието да се наричат публични, а всички останали – частни²⁴. Независимо от вида си всяко търговско дружество е задължено да назначи орган на управление, състоящ се от едно физическо лице при частните дружества и минимум две – при публичните²⁵. Независимо от броя на лицата, чиито действия обвързват дружеството, е прието органът на управление да се нарича борд на директорите²⁶. Задълженията на членовете на борда (респективно на едноличен борд в състав от едно лице) са регулирани от специални правила (Corporate governance regulations), приети от орган на държавна власт²⁷. При извършване на дружествените работи членовете на управителните органи са длъжни да полагат разумна грижа, умение и старание²⁸. Преценката дали е положена изискуемата грижа се извършва *in concreto* въз основа на два нормативно установени критерия – обективен (важащ за всички) и субективен (важащ за точно определено лице). От обективна страна поведението се сравнява с разумно очакваното поведение в съответната професионална сфера на изява²⁹. Очакванията обаче ще бъдат завишени, щом конкретното лице притежава експертни знания и/или има по-голям професионален опит в съответния бранш³⁰. Завишените очаквания налагат спазването на по-висок стандарт на поведение и ако той не бъде достигнат, възниква имуществена отговорност на лицето, задължено да се грижи за дружествените работи. По този начин към обективния критерий се прикрепва и субективен, чийто ефект се изразява в това, че задълженото лице би отговаряло пред дружеството, макар да е действало с разумна грижа съобразно обикновеното поведение в сферата на професионална изява³¹.

²¹ Art. L 223-22 Code de commerce: достъпно на <https://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do>.

²² Ibid.

²³ Достъпно на http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf.

²⁴ Art. 4 (2) Companies Act.

²⁵ Art. 154 Companies Act.

²⁶ Op. cit., p. 48.

²⁷ Art. 1273 Companies Act.

²⁸ Art. 174 (1) Companies Act.

²⁹ Art. 174 (2), (a) Companies Act.

³⁰ Art. 174 (2), (b) Companies Act.

³¹ Op. cit., p. 49.

От прегледа на законодателствата на разгледаните държави членки на ЕС се установява, че във всички случаи отговорността на членовете на органите на управление на търговското дружество е поставена в зависимост от *нарушение* на основното им *задължение за полагане на дължимата грижа*. Тази грижа в държавите от континенталния правен кръг (романско и германско) е дефинирана абстрактно, като приложимият критерий винаги е обективен (важи за всички). В нито едно от разгледаните законодателства (на Германия, Франция и Италия) не се допуска преценката относно отговорността за лошо управление да бъде следствие от прилагане на субективен критерий от гледна точка на индивидуални способности, знания и опит. За континенталното правосъзнание субективното незнание, липсата на компетентност или достатъчен професионален опит е правно ирелевантно³². Единствено в Обединеното кралство преценката се извършва *in concreto* спрямо привлеченото към отговорност лице заради лично притежавани знания, умения и професионален опит. Във всички случаи обаче нарушенията на стандарта за поведение повлича имуществена отговорност на лицето, отговорно за управлението на дружеството.

5. Имушествената отговорност на управителя според разпоредбата на чл. 145 ТЗ.

Структурен анализ

Разпоредбата на чл. 145 ТЗ е твърде лаконична. Тя не указва каква е дължимата от управителя грижа, както са постъпили националните законодателства на отделните държави членки, за да се прецени дали поведението му е виновно. Понеже законът не поставя изрично изискване за вина, може ли да се приеме, че отговорността на управителя е обективна³³? Търсенето на приемлив отговор неизбежно се поставя в зависимост от извървяването на известен мисловен път от формално логически съображения. Ако изходен пункт на разсъжденията е съобразяване с установения по индуктивен път принцип, че без вина няма отговорност, то отговорността на управителя не може да е обективна. Въпреки това се поражда съмнение. Последното е следствие от твърде абстрактната формулировка на дискутираната правна норма, състояща се само от хипотеза (фактическо причиняване на вреди) и санкция (юридическо възникване на имуществена отговорност). Всяка правна норма представлява логическа правна конструкция от три компонента - хипотеза, диспозиция и

³² Op. cit., p. 28, 30, 31, 33.

³³ В сравнителноправен план договорната отговорност (за разлика от деликтната) в системата на *common law* е „стриктна” и не е обусловена от вина. Този извод се обосновава с така наречената теория на обещанието (*Promissory theory*). Според посочената теория договорът е нарушен, щом дадено лице не е изпълнило моралното си задължение да спази даденото обещание. В този случай нарушителят ще отговаря, стига да е „способен” да носи отговорност. Теорията е силно критикувана от гледна точка на възприемането на моралната концепция за договора като обвързващо обещание: *Morgan, J. Contract law minimalism*. Cambridge University Press. 2013, pp. 8-10; *Smith, St. A. Contract theory*. Oxford University Press. 1993, p. 376.

санкция, чието едновременно реализиране не е възможно³⁴. Следователно, фактическото причиняване на вреди (хипотеза) е проявление на неизпълнение на желаното от страните правило за поведение (диспозиция). Правомерно и желано би било такова поведение, при което управленските задължения се изпълняват точно и добросъвестно съобразно изискванията на закона, щом те произтичат от договор (чл. 63, ал. 1 ЗЗД вр. чл. 141, ал. 7 ТЗ). Очевидно санкцията на чл. 145 ТЗ се намира в нормативна връзка с диспозицията на друга правна норма, чието систематично място е в гражданския, а не в търговския закон. Приложимостта на гражданския закон се обосновава с допълващия му характер спрямо регулацията на отношенията в търговското право (чл. 288 ТЗ)³⁵. Между управителя и търговското дружество по правило обаче съществуват две правоотношения. Първото възниква от избор и съгласие за поемане на управлението на ООД (чл. 137, ал. 1, т. 5 и чл. 141, ал. 3 ТЗ), а второто – от сключения впоследствие договор (чл. 141, ал. 1, т. 7 ТЗ). Тези два самостоятелно съществуващи ЮФ – избор и договор, пораждат различни правни последици. От избора възникват задължения за избраното лице да упражнява правомощията на управител на ООД, които са разписани в закона. От договора също възникват задължения, но „разписани в договора”. В случай на неизпълнение на управленските задължения правното основание на отговорността е едно и също (чл. 145 ТЗ), без значение кой ЮФ е породил тези задължения – изборът или договора. Неизпълнението на задълженията, произтичащи от договора, повлича отговорност за вреди, доколкото е виновно (по аргумент от противното на чл. 81, ал. 1 ЗЗД). Неизпълнението на задълженията, произтичащи от избора, също повлича отговорност за вреди (чл. 145 ТЗ). Струва ми се, че и в тази хипотеза отговорността е виновна, макар да липсва подобно указание. Противният извод би предизвикал правна асиметрия и би довел до нееднакво третиране на еднакви хипотези. А и справедливостта изисква да се вземат под внимание и тези обстоятелства, върху които управителят обективно не би могъл да повлияе. Виновният характер на отговорността при осъществен избор на управител трудно според мен би могъл да се обоснове с наличието на специална хипотеза на непозволено увреждане. Вярно е, че в структурно отношение разпоредбата на чл. 145 ТЗ не се отличава много от тази на чл. 45 ЗЗД освен по отношение на специфичните качества на страните по правоотношението (управител – търговско дружество). За разлика от нормата на чл. 45 ЗЗД, установяваща забрана да се вреди другиму *in abstracto*, нормата на чл. 145 ТЗ дефинира тази забрана *in concreto* спрямо отношения, чийто субектен състав е предварително известен. Съществена

³⁴ Ташев, Р. Обща теория на правото. Сиби. 2005, с. 132-133.

³⁵ Доктрината допуска разширително тълкуване на разпоредбата на чл. 288 ТЗ относно нейното прилагане не само спрямо отношения, уредени в част трета на ТЗ, но и спрямо отношения, уредени в част втора от ТЗ, доколкото засяга източниците на търговскоправни отношения като цяло – виж Герджиков, О. Търговски сделки. ИК «Труд и право». 2015, с. 23.

отлика се крие в обусловеността на задължението за обезщетяване от проява на допълнителен ЮФ. При отговорността по чл. 45 ЗЗД задължението за обезщетение е първично. То възниква в момента на поражение на правната връзка между страните и не е обусловено от проява на допълнителен ЮФ. Обратно, при отговорността по чл. 145 ТЗ задължението е вторично. То възниква след поражение на правоотношението, произтичащо от избора³⁶, и е обусловено от проява на нов ЮФ, свързан с нарушение на вече съществуващи и ясно конкретизирани задължения. В този смисъл, отговорността по чл. 145 ТЗ стои по-близо до договорната отговорност³⁷, отколкото до деликтната, без да съвпада напълно нито с едната, нито с другата. Този извод се налага от наличието на две функционално свързани помежду си правоотношения между управителя и търговското дружество, следствие от автономията на волята. Тези правоотношения възникват и съществуват в социална система, регулирана от норми, зад които се крие един или друг философски възглед. Договорът е призван да обслужва интересите на страните по него съобразно теорията на ползата³⁸ и се регулира от норми, зад които стои либерализмът като политическа философия. Страните са свободни да договорят „всичко“, стига това „всичко“ да не противоречи на някоя правна норма, или на морала изобщо (чл. 9 ЗЗД). Обратно, изборът е призван да обслужва естествената необходимост от изразител на волята на изкуственото образувание и в този смисъл е от значение за обществото като цяло. Не случайно изборът на управител е обстоятелство, подлежащо на публично оповестяване чрез вписване в търговския регистър (чл. 141, ал. 3 и чл. 140, ал. 4 ТЗ). Понеже изборът е от значение не само за страните по правоотношението, регулиращите го норми са императивни и се подчиняват на формализма като правна философия. Тук либералната концепция за автономната воля отстъпва пред консервативната идея за „повече държава“ при регулация на отношенията при засилен протекционизъм на интересите на третите лица. Поради това свободната воля е ограничена до правото на избор „с кого“ при изначалната му предопределеност „за какво“ и нито повече, нито по-малко. Тези особености на избора като ЮФ и разширяване на действието му и спрямо трети лица налагат, струва ми се, разбиране за особения характер на отговорността на управителя, въпреки безспорното в доктрината становище, че договорна отговорност възниква при неизпълнение на първичен дълг, без

³⁶ Разбира се, тук следва да се има предвид, че за управителя се пораждат задълженията му като такъв, само след като даде писменото си нотариално заверено съгласие да стане управител (чл. 141, ал. 3 ТЗ). Едва моментът на даване на съгласието на управителя в изискуемата от закона форма за действителност, определя, според мен, момента, в който се поражда правоотношението, произтичащо от избора.

³⁷ Становището за договорния характер на отговорността на управителя е широко застъпено в доктрината – така *Таджер, В.* Капиталови търговски дружества. ИК «Труд и право». 2011, с. 109; *Голева, П.* Търговско право. Търговци. С.: Нова звезда. 2018, с. 216; *Григоров, Гр.* Търговско право. Кратък курс. FastPrintBooks, 2013, с. 115; *Герджиков, А. Калайджиев, К. Касабова, Т. Бузева, Ал. Кацарски.* Коментар на ТЗ. Книга II. Издателство Алиена. 1994, 538, както и в друга литература, цитирана там.

³⁸ *Smith, St. A.* Contract theory. Oxford University Press. 1993, p. 46.

значение от източника, който го е породил³⁹. Доколкото възприемам разбирането, че отговорността на управителя възниква при сложен ЮФ, един от чиито елементи е съществуването на първична правна връзка между управителя и дружеството, то е безспорно, че вредоносното поведение се санкционира само при наличието на вина. Вината в гражданското и търговското право не следва да се схваща като субективно отношение към деяние и последици. Споделям становището, че вината се свързва с неполагане на дължимата грижа, преценена според един абстрактен модел - поведението на определена категория лица с оглед естеството на дейността и условията за извършването ѝ⁴⁰. Понеже управленското поведение е поведение на „определена категория лица“, то ще се преценява с оглед на естеството на тази специфична дейност. Затова за проявена вина от страна на управителя би трябвало да се говори тогава, когато той не е положил не каква да е грижа, а диференцирана по отношение на специфичната дейност грижа съобразно очакваната добра управленска практика там. Защото само този управител е „добрият“. Търговското законодателство съдържа изрично предписание относно дължимата от страна на управленските органи грижа. Според разпоредбата на чл. 237, ал. 2 ТЗ членовете на съветите са длъжни да изпълняват функциите си с грижата на добър търговец в интерес на дружеството и на всички акционери. Систематичното място на нормата е в уредбата на управление на АД. Както АД, така и ООД са капиталови търговски дружества (чл. 64, ал. 3 ТЗ) с органна структура на управление (чл. 219, ал. 1 ТЗ и чл. 135, ал. 1 АД). Наличието на подобие може, според мен, да обоснове правен извод, че както към членовете на съветите на АД, така и към управителя на ООД, следва да се прилага по-висок стандарт за поведение, такъв, какъвто се изисква и спрямо самия търговец. Изводът може да бъде аргументиран не само чрез правоприлагане по аналогия на закона, но и чрез сравнителен анализ. Търговският закон е рецепция на немското търговско законодателство, с тази разлика, че уредбата на ООД е изведена в самостоятелен източник на право (GmbHG). Спрямо управителя на ООД специалният закон в Германия изрично установява по-висок стандарт за поведение, преценен съобразно „грижата на обикновения търговец“ (Art. 43, Abs. 1 GmbHG).

От изложеното може да се обоснове извод, че отговорността на управителя възниква при осъществяване на сложен ЮФ, включващ следните елементи: неправомерно управленско

³⁹ *Калайджиев, А.* Облигационно право. Обща част. С.: Сибир, 2016, с. 421; *Кожухаров, Ал.* Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. Книга първа. С.: Софи-Р. 1996, с. 258.

⁴⁰ Виж *Гоцев, В.* Цит. съч., с. 38; *Конов, Тр.* Цит. съч., с. 154, 171; виж и Решение № 542 от 07.02.2012 г., гр.д. № 1083/2010 г., IV-то г.о. на ВКС; Решение № 3 от 12.03.2012 г., гр.д. № 1325/2010 г., IV-то г.о. на ВКС; Решение № 1047 от 12.07.1957 г., гр.д. № 4801/1957 г., I-во г.о. на ВС; относно виждането, че вината е субективно отношение, виж *Попов, Л.* Цит. съч., с. 261; *Рачев, Ал.* Разваляне на двустранните договори поради неизпълнение. С.: Наука и изкуство, 1967, с. 46-47; *Христофоров, В., Б. Неделчева.* Гражданско и търговско право на социалистическите и капиталистическите държави. С.: ВИИ „Карл Маркс“, 1988, с. 65.

поведение, изразено в неизпълнение на кое да е от управленските задължения (било то произтичащи от договора, било то от закона); вреда; причинна връзка на вредата с поведението и вина. Понеже отговорността е виновна, то поведението на управителя следва да се подчинява на обективен стандарт, извлечен както от нормативните актове, така и от вътрешните дружествени актове, доколкото управителят е подчинен орган. Липсата на изрично предписание по подобие на уредбата в Обединеното кралство не позволява при преценка на поведението на управителя да се привличат субективни критерии, извлечени от конкретно притежаван професионален опит, знания и умения. Доколкото отговорността по чл. 145 ТЗ⁴¹, според мен, наподобява договорната заради вторичния си характер, то границите на тази отговорност ще се ограничат до предвидимите вреди при проявена обикновена небрежност (чл. 82 ЗЗД). Всяка друга форма на вина би обосновало разширяване на тези граници до всички преки и непосредствени вреди (чл. 82 ЗЗД).

6. Хипотези на действия извън границите на доверие при нарушен стандарт за поведение

Стандартът за управленско поведение е обективен и се определя от закона, от волята на учредителите, изразена в дружествения договор (учредителен акт при ЕООД), и от волята на съдружниците, обективизирана в техни решения, взети само на общо събрание (чл. 141, ал. 1 ТЗ). Така например, този стандарт няма да е нарушен, макар управителят да е сключил икономически неизгоден за дружеството договор, щом общото събрание е взело нарочно решение за това и въпреки отправеното от управителя предупреждение за възможните неблагоприятни последици. Изводът следва от изричното указание на закона за стриктна подчиненост на управителя на решенията на общото събрание. Според нашето правно разрешение стандартът за поведение не е нарушен, въпреки последвалото значително увреждане на дружеството. Това е така, доколкото изявлението на управителя (навън) е извършено при съобразена воля (вътре), а само тази воля е овластена да прецени доколко управителят засяга с действията си възложеното му доверие (аргумент от чл. 137, ал. 1, т. 5 ТЗ). За разлика от разбиранията у нас френската съдебна практика споделя виждането, че този стандарт е нарушен, без да има никакво значение дали съдружниците на свое събрание са разрешили или впоследствие одобрили действието на управителя⁴². Но пак в същата хипотеза,

⁴¹ Съдебната практика стои на мнение, че отговорността на управителя на ООД по чл. 145 ТЗ е „специална” и се ангажира при осъществяване на така наречения „управленски деликт”, без да се ангажира със становище дали тази отговорност се простира до границите на предвидимите вреди при проявена небрежност или обхваща всички преки и непосредствени вреди без оглед формата на вина, както е при деликтната отговорност – виж Решение № 41 от 29.04.2009 г., т.д. № 669/2008 г., I-во т.о. на ВКС.

⁴² Op. cit., p. 29

ако на управителя е предоставена с дружествения договор свобода на преценка, той би могъл да сключи същия този икономически неизгоден за дружеството договор и щом общото събрание не го е освободил от отговорност по реда на чл. 137, ал. 1, т. 5 ТЗ, то той ще отговаря. Например, като разпродава дружествени активи на значителна стойност под пазарната им цена или сключва договор за кредит при неизгодни условия – висок лихвен процент над осреднения за пазара такъв или уговорена неустойка, надхвърляща по стойност главното задължение. Последиците от това управленско действие могат да засегнат пазарната жизнеспособност на дружеството и то да бъде принудено да преустанови дейността си. В такава хипотеза управителят обаче ще е действал в границите на представителната си власт. Макар това да е така, границите на доверието ще бъдат значително надхвърлени, доколкото очакванията на общността за постигане на икономически просперитет са били напълно разрушени. Въпросът за отговорността на управителя, дори и в такава ситуация, следва да се реши само съобразно установения стандарт за поведение. Така например, следва да се прецени дали продажба на значителна част от дружествените активи е било взето без управителят да е изпълнил задълженията си по чл. 138, ал. 3 ТЗ да свика общото събрание, щом чистата стойност на дружественото имущество спадне под размера на вписания капитал. Вярно е, че нормата не поставя изискване за превантивно уведомяване – преди имуществото да е спаднало под изискуемия размер. Струва ми се обаче, че буквалното тълкуване на текста би дало възможност за неговото заобикаляне. Така управителят първо може да сключи напълно законно увреждащата сделка, доколкото е в компетентността му, а впоследствие да свика общото събрание и да твърди, че вече не носи отговорност, понеже е изпълнил „точно“ задължението си. Буквалното тълкуване на нормата създава широки възможности за освобождаване от отговорност, въпреки че поведението на управителя може да е било продиктувано от користни подбуди (получил от третото лице облага⁴³ например). Но дори и да не е засегнат капиталът, особено в хипотеза, когато неговият размер е два лева (чл. 117, ал. 1 ТЗ), щом се засяга имуществото на дружеството, структуроопределящо за упражняване предмета му на дейност, е налице претърпяна вреда. В този случай управленското поведение е станало причина за засягане (увреждане) на пазарната жизнеспособност на дружеството.

⁴³ Облагата може да е парична, предметна или друга (екскурзия до екзотичен остров напр.). Подобно поведение на управителя не изпълва състава на престъплението пасивен подкуп по чл. 301 НК, доколкото родов обект на защита са само тези обществени отношения, които възникват в резултат на осъществяване на властническата дейност на държавните органи и обществените организации – извод, извлечен от систематичното тълкуване на посочената правна норма, намираща се в Глава VIII от НК „Престъпления против дейността на държавни органи, обществени организации и лица, изпълняващи публични функции”: виж *Гиргинов, А.* Наказателно право на РБ. Особена част. Софи-Р. 2002, с. 331, 375, 376. Вероятно деянието на управителя не изпълва и състав на чл. 40 ЗЗД, доколкото трудно може да се обоснове нарочно споразумяване за увреждане на принципала. Но поведението на управителя е причинило вреди на принципала. Щом това е така, то би било разумно и оправдано спрямо него да се приложи санкцията на чл. 145 ТЗ.

Възможно е и обратното, решението на управителя за разпродажба на материални активи (като стопански инвентар, материални запаси и други движими вещи) да е било взето с цел спестяване на бъдещи съдебни процеси със значителни неблагоприятни последици за дружеството, като например избягване на производство по несъстоятелност, открито по молба на кредитор на дружеството. Възможно е например в активите на дружеството да са били включени вземания на значителна стойност, които обаче са несъбираеми. В същото време дружеството да има задължения, чието неизпълнение би могло да доведе до осъждането му за заплащане на непосилни неустойки. Изискванията на стандарта за добро управление винаги налага управителят да е направил предварително необходимия финансов анализ, за да прецени въз основа на него, че решението му за разпродажба на активи на значителна стойност би довело както до увреждане на отделните интересите на съдружниците, така и на единната общност (дружеството) като цяло, доколкото поставя икономическото ѝ съществуване на пазара под въпрос. Следва да се прецени също така дали управителят не е имал личен интерес от продажбата на дружествените активи, когато например купувачът извършва сходна на дружеството дейност и е свързано с управителя лице. В последната хипотеза ще е налице специално основание за възлагане на имуществена отговорност (чл. 142, ал. 3 ТЗ) заради нарушение на задължение за бездействие (чл. 142, ал. 1 ТЗ). Изложените аргументи дават основание за извод, че макар управителят да действа в границите на представителната си власт, причинените на дружеството неблагоприятни последици са следствие от действия, излизащи извън обхвата на възложеното му доверие и по тази причина попадащи под санкцията на закона (чл. 145 ТЗ).

III. Заключение

Управителят е представителен орган на ООД и неговите действия обвързват дружеството. Тези действия обикновено се извършват в границите на представителните му правомощия. Въпреки това, те могат да надхвърлят границите на възложеното му от общността доверие и щом са причинени на дружеството вреди, управителят отговаря имуществено. Причинените вреди са от такова естество, че засягат в по-малка или по-голяма степен пазарната жизнеспособност на дружеството, доколкото то се затруднява или лишава от фактическа възможност да упражнява предмета си на дейност. Имууществената отговорност на управителя е вторична и възниква с осъществяване на всички елементи от състава си. Причина за вредите следва да бъде такова управленско поведение, при което обективно е нарушен очаквания стандарт за поведение, извлечен било от обективното право, било от вътрешните дружествени актове, но винаги преценен *in abstracto*. Правното положение на управителя нито

се утежнява, нито облекчава заради лично притежавани знания, умения и професионален опит. Въпреки обективно нарушения стандарт за поведение и причинените вследствие на това поведение вреди, управителят може да не бъде привлечен към отговорност. Решаването на този въпрос е изцяло от компетентността на общото събрание, като орган, формиращ волята на дружеството. И това е напълно разбираемо. Само този, който се е доверил, е способен да прецени дали и доколко е прекратена границата на това доверие. При спор относно въпросите на отговорността съдът е този, който ще прецени наличието или не на виновно неизпълнение на управленските задължения и само след като бъде убеден, че общността от съдружници е формирала воля за възлагане на имуществена отговорност на управителя по предвидените от закона ред и процедура.

КОНСТИТУЦИОННО ПРАВО**ЗА НЕПРЕКИЯ ДОСТЪП НА ГРАЖДАНИТЕ
ДО КОНСТИТУЦИОННО ПРАВОСЪДИЕ***

Гл. ас. д-р Радослава Янкулова
Юридически факултет
Пловдивски университет „Паисий Хилендарски“

Анотация

Статията е посветена на непрекия достъп на гражданите до конституционно правосъдие. Значимостта на тази тема е обусловена от обстоятелството, че в правовата държава гражданите разчитат на съдебна защита за реализацията на своите права и свободи. Ударението е поставено върху класическите измерения на конкретния контрол за конституционност като способ за поставяне в ход на проверка за съответствие на законите с гарантирани по Конституция права и свободи. На този фон авторът анализира и съвременните тенденции за децентрализация на конституционния контрол, провокирани от нарастващото влияние на глобалния конституционализъм.

Ключови думи: Конституционно правосъдие, непряк достъп, основни права и свободи, конкретен контрол за конституционност.

Abstract

The article is dedicated to the indirect access of citizens to constitutional justice. The significance of this topic is determined by the fact that in a state committed to the rule of law citizens rely on judicial protection for the realization of their rights and freedoms.

The emphasis is put on the traditional dimensions of concrete judicial review as a mechanism for triggering the control on compliance of legislation with the constitutionally guaranteed rights and freedoms. The author analyses as well the contemporary trends for decentralization of judicial review, driven by the increased influence of global constitutionalism.

Key words: Constitutional Justice, Indirect Access, Fundamental Rights and Freedoms, Concrete Judicial Review.

* Разработката се извършва с подкрепата на фондация Кацарови (Швейцария), на която авторът благодари.

Юрисдикциите в Европа, упражняващи контрол за конституционност, са натоварени с важната функция да осигуряват правна закрила на отделния човек срещу посегателства или заплахи за реализацията на правата му. Това предназначение на конституционното правосъдие извежда на преден план въпроса как гражданите като носители на тези права и свободи¹ да достигнат до Конституционния съд, за да възстановят правната справедливост в своята лична правна сфера. Сравнителното конституционно право предлага различни разрешения. Едната възможност е прекият достъп до Конституционния съд да бъде поверен на органите по високите етажи на публичната власт, а гражданите да могат да сезират Конституционния съд опосредено. Непрекият достъп до конституционно правосъдие е много важен инструмент за гарантиране на зачитането на индивидуалните човешки права на конституционно равнище. Налице са широки възможности за избор, като много от тях съществуват едновременно.

Разпространена форма на непряк достъп е институтът на инцидентния контрол за конституционност, който позволява вниманието на конституционните юрисдикции да бъде ангажирано с въпроса за конституционосъобразността на закон не абстрактно, а през призмата на конкретен правен спор. Инцидентният контрол за конституционност е пътека за оспорване на закон от физически и юридически лица в хода на производство по конкретно дело. Основните характеристики² на този контрол се изразяват в следното:

- *висящ съдебен процес в рамките на общото, административното или специализирано правосъдие;*

основателно съмнение или убеждение у съдебния състав за противоконституционност на приложим по делото закон;

- *разрешаването на спора за съответствието на закона с Конституцията от компетентната конституционна юрисдикция.*

В така очертаната обща рамка проявленията на тази форма на конституционен контрол в сравнителен план разкриват специфики. Според това дали инициативата за поставяне в ход на подобна проверка принадлежи на страните по делото или на съдебния състав, съвременната доктрина разграничава субективен и обективен конкретен контрол за конституционност.³

Ефективността на този тип контрол зависи в голяма степен от това кои съдилища са легитимирани да го задействат - дали това са само Върховните съдилища в съответната държава, или също съдилища от по-ниска инстанция.

¹ Вж. също Паунов, Хр., За религиозните свободи и тяхната неотменимост - В: „Актуални аспекти на религиозната толерантност в България“, изд. „ЕкоПринт“, София, 2014 г.

² Gădiuță, F., The Romanian Constitutional Court's Relationship with the Ordinary Courts: What Are Some of the Causes of Its High Caseload?, Review of Central and East European Law 37 (2012) 53-93.

³ Pfersmann, O., Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective, European Constitutional Law Review, Volume 6, Issue 2, June 2010, pp. 223-248.

Държави с традиции в конституционното правосъдие предоставят на съдилища от различни нива на съдебната система правото да отправят искане за противоконституционност на приложим по делото закон. Така в Германия и Испания активно легитимирани са всички съдилища, независимо от мястото им в йерархията на съдебната власт, в Австрия - освен Върховния съд, още и апелативните съдилища.

Интерес представлява развитието на уредбата по този въпрос във Франция, считана доскоро като един от бастионите на предварителния конституционен контрол.⁴ Там дълго време парламентът е възприеман като стожер на контролираното управление в държавата и поради това френската идеология изключва възможността той да съгреша спрямо Конституцията. Разбиране, което намира проявление в института на „законодателния реферат“ (*référé législatif*) като способ за автентично тълкуване на законите.⁵ Изразява се в задължението на съдиите да се консултират с Националното събрание при съмнение в практиката по прилагането на закон. На съдилищата е било забранено да се произнасят за съответствието на законите с Конституцията.⁶

Пробив в така очертаната принципна постановка настъпва с Конституцията на Франция от 1799 г., когато е учреден т.нар. „*Сенат-пазител*“ със задача да препятства влизането в сила на всеки закон, за който преди неговата промулгация преценява, че е противоконституционен. Поради силното си политизиране, този първи опит за концентриран конституционен контрол във Франция, а оказва се и в Европа, не оправдава очакванията, но подготвя почвата за последвалите събития.

Идеята за институционализирането на предварителния контрол за конституционност на законите намира продължение в рамките на френската Конституцията от 1946 г.; предвижда се и се създава Конституционен комитет. За разлика обаче от неговия исторически предшественик този Конституционен комитет не е снабден с толкова силни компетенции. Той може само да спира, но не може да обявява приет закон за противоконституционен; след като го е спрял и върнал на парламента след оспорване, Конституционният комитет не може да направи нищо повече; ако парламентът потвърди съдържанието на този закон въпреки произнасянето на Конституционния комитет за неговата противоконституционност, тогава следва да се извърши изменение на Конституцията. Сложността на така предвидената процедура слага белег върху действието на Конституционния комитет — незадоволително, с резултати далеч от очакваните.

⁴ Hunter-Henin, M., Constitutional Developments and Human Rights In France: One Step Forward, Two Steps Back, International and Comparative Law Quarterly / Volume 60 / Issue 01 / January 2011, pp 167 -168

⁵ Beardsley, J., Constitutional Review in France, The Supreme Court Review, Vol. 1975 (1975), pp.191-192.

⁶ Друмева, Ем., Конституционен контрол във Франция. — Правна мисъл, 1994.

Конституцията на Франция, приета в 1958 г. и действаща понастоящем с изменения, предвиди създаването на нов конституционен орган — Конституционен съвет. Неговото учредяване и функциониране според мненията в обширната литература има за цел да се постигне смекчаване и преодоляване на особено силната позиция, каквато има парламентът по Конституцията от 1946 г.; да бъде продължена френската традиция на предварителен контрол върху законите.

Конституционна реформа от 23 юли 2008 г., с която се въвежда фигурата на т.нар. „*преимуществен въпрос за конституционност*“ (*question prioritaire de constitutionnalité*)⁷, маркира последния етап от развитието на конституционния контрол във Франция. Физически или юридически лица, които са страна във висящо производство пред съда (административен, граждански или наказателен и на всяка инстанция) получиха правото да атакуват пред конституционната юрисдикция законодателен акт за неговото съответствие с основни права, уредени в Конституцията и в актовете, към които тя препраща. Първоначална преценка за сезиране на Конституционния съвет е предоставена на съда, пред който е висящо делото, а вторичната - на Касационния съд или на Държавния съвет. В случай, че върховната инстанция откаже да препрати въпроса на Конституционния съвет, то жалбоподателят не може да атакува това действие.⁸

В съпоставка с действащите в Европа образци на конкретен нормен контрол, френският модел се отличава с няколко особености. Инициативата за повдигане на въпроса за конституционностобразността на приложим закон е у страните по делото, но не и у съдебния състав. Ограничения има в основанията за оспорване – по този ред може да се атакува само закон, с който се нарушават права и свободи на гражданите. По-нататък, се изисква поставеният конституционнопосредстван проблем да е нов или да е от изключително значение за развитието на конституционализма. Въведена е двустепенна преценка за допустимост, известна в доктрината като двоен филтър.

Така очертаните специфики имат своето обяснение във френската правна традиция - съдебната власт е разполагала с ограничен арсенал от средства да въздейства върху законодателството и администрацията, като това разбиране е заложено още в първата френска конституция от 1791 г. В трудовете на Шарл дьо Монтескьо - френски писател, юрист, философ, виден представител на Просвещението, живял през XVIII в., юдикативната е най-слабата в схемата на разделените власти.

⁷ Bossuyt, M., Verrijdt, W., The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment, European Constitutional Law Review / Volume 7 / Issue 03 / October 2011, pp. 361-362.

⁸ Visser, M., Constitutional Review in Europe - A Comparative Analysis, European and National Constitutional Law Series, Hart Publishing, 2013, pp. 66-69.

На нея той отрежда по-скоро пасивна роля да прилага стриктно закона, като се придържа към неговата буква. С появата и налагането на позитивизма в правото се засилва още повече съпротивата към допускането на контрол за конституционност, упражняван от съдебната власт. Така обективният конкретен конституционен контрол остава извън ползрението на обществения и политически дебат във Франция поради натрупвано във времето недоверие към юдикативата.

В контекста на инцидентния контрол за конституционност следва да бъде отчетена и една сравнително нова тенденция: на пробив в монополното положение на конституционните съдилища да следят за съответствието на законите с Конституцията. Означава се в литературата⁹ като процес на децентрализация на конституционния контрол, катализиран от фактори с национален и наднационален произход.

Сред вътрешните фактори определяща е продължителността на конституционното производство. В своята практика Европейският съд по правата на човека приема, че националните конституционни юрисдикции не са „имунизирани“ срещу нарушения на изискването за разглеждане и решаване на делата в разумен срок. Показателни в това отношение са две осъдителни решения за накърняване на правото на справедлив съдебен процес (чл. 6 ЕКПЧОС) от страна на Федералния Конституционен съд на Германия.¹⁰

Колкото по-голямо е забавянето на съдебния процес, предизвикано от произнасянето на Конституционния съд по въпроса за конституциосъобразността на приложим закон, толкова по-малка е вероятността за поставяне в ход на инцидентния контрол. За да избегнат подобно забавяне, съдебните състави често прибегват до т.нар. конформно (щадящо, съхраняващо) тълкуване на приложимия закон: между възможните тълкувания избират онова, което съответства на Конституцията и прилагат закона с този смисъл и съдържание. Техника, с която си служат и националните конституционни юрисдикции.¹¹ Чрез съхраняващото тълкуване на закона обикновените съдилища „споделят“ с Конституционния съд функцията по опазване и възпроизводство на Конституцията и допринасят за утвърждаване на нейното върховенство.¹²

⁹ Karagiozova- Finkova, M., The individual indirect Access to the Constitutional Court in Bulgaria, diritto pubblico comparato ed europeo, Milano, 2014, p. 418; Comella, V., The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward decentralization, Oxford University Press and New York School of Law, I. CON, Volume 2, Number 3, 2004, pp. 461 – 491.

¹⁰ Probstmeier v. Germany, App. № 20950/92, Eur. H.R. Rep. 100 (1998); Pammel v. Germany, App. № 17820/91, 26 Eur. H.R. Rep. 100 (1998).

¹¹ Решение на КС № 5 от 1995 год. по к. д. № 3/1995 г.; Решение на КС № 2 от 2009 год. по к. д. № 1/2009 г.; Решение на КС № 11 от 2014 год. по к. д. № 2/2013 г. и др.

¹² В литературата се поддържа, че разграничението, което се прокарва между правомощието за конформно тълкуване на закона от всеки съд, от една страна и за отстраняването му от правния мир като несъответен на Конституцията от Конституционния съд, от друга, е изкуствено, тъй като не почива върху ясни критерии и поради това заслужава преосмисляне.

Членството в наднационални организации като Европейския съюз и Съвета на Европа, поставя пред националните съдилища предизвикателства от ново поколение, в които също се проектира децентрализацията на конституционния контрол.¹³

На ниво ЕС осъзнаването на необходимостта от защита на правата си проправя път постепенно. В първите години от функционирането на Общността този въпрос не е обект на експлицитна правна уредба на общностно ниво. Положение, което създава своеобразен вакуум и се използва като повод от конституционните юрисдикции в някои държави членки да откажат да признаят примата на правото на Европейските общности, като упражняват контрол относно спазването на правата на човека в актовете и нормите на общностното право.

Така още през 1967 година в решението си по делото „*Solange I*“, Конституционният съд на ФРГ застава на позиция, че ще следи за зачитането на правата на човека в правото на Европейските общности, „*докато не съществува еквивалентна система за тяхната защита в общностното право*“ и ще обявява за неприложими в Германия тези норми на общностното право, които противоречат на правата и свободите в Основния закон на ФРГ. Според германския Конституционен съд липсата на общностен механизъм за защита на правата на човека и на каталог с основни права и свободи в общностното право създава демократичен дефицит. Скоро след това подобна позиция заема и Конституционният съд на Италия в решението си по делото *Frontini*.

В търсене на изход от тази патова ситуация, Съдът в Люксембург се опира на общите принципи на общностното право, за да предложи механизъм за защита на основните права. Така правата на човека се превръщат в неразделна част от общите принципи на правото на Общността, спазването на които е първостепенна задача на Съда. За постигането ѝ се държи сметка за конституционните традиции на държавите членки и за насоките, които дават международноправните актове по защитата на човешките права, по които държавите членки са страни, или в чието изработване са участвали.¹⁴

Развитие, което не остава незабелязано от Конституционния съд на ФРГ. Така през 1986 г. в решението си по делото „*Solange II*“, Съдът приема, че еволюцията в общностния правен ред осигурява достатъчна степен на защита на основните права. Поради това отпада необходимостта от упражняване на контрол спрямо производното право на Общността, стига тази защита да остане равностойна на гарантираната във Федерална Република Германия.

¹³Voßkuhle, A., Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, European Constitutional Law Review / Volume 6 / Issue 02 / June 2010, pp. 175 – 198.

¹⁴ CEO, 18 юни 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, дело C-260/89, Rec. I-2925.

С приемането на Хартата на основните права по време на Европейския съвет в Ница през декември 2000 год., европейската общност дава ясен знак, че конституционализирането на защитата на правата на човека в правото на ЕС е необратим процес. Въпреки неуспеха на Договора за Конституция за Европа, след измененията с Договора от Лисабон Хартата на основните права на ЕС се ползва със същата юридическа сила, както учредителните договори (чл. 6, ал. 1 ДЕС).

На фона на така очертаната хронология на събитията още в зората на своята юриспруденция¹⁵ Съдът в Люксембург признава правото на всяка национална юрисдикция да не приложи закон, считайки го за противен на правото на ЕС, интегрална част от което вече е и Хартата. Разписаните в нея права са със статут на „основни“ и поради това имат своя произход в националното, конституционно право на държавите членки. Близостта между двата правопорядъка по оста на правата разкрива още един пласт, върху който се разполага процесът на децентрализация на концентрирания конституционен контрол, но ражда и следния парадокс: националните съдилища са оправомощени да не приложат закон при противоречие му с права, гарантирани от правото на ЕС, но не разполагат със същата възможност в случай на колизия с националното, конституционно право?!

Международно признатата задължителна юрисдикция на Европейския съд по правата на човека по прилагането на ЕКЗПЧОС, също има за последица разчупване на господстващото положение на конституционните съдилища в сферата на преценка за конституционосообразност на законите. Нормите на КЗПЧОС относно правата на човека имат общоцивилизационно и общоевропейско значение за държавите – страни по нея, поради което конституционните съдилища се придържат към конформно на нея тълкуване на основния закон.¹⁶

По отношение мястото на Конвенцията във вътрешното право, в сравнителен план се наблюдават различни разрешения. Макар и рядко, някои държави придават надконституционен ранг на КЗПЧОС, както е случаят в Холандия. Член 91 и член 94 от холандската Конституция предвиждат, че самоизпълнимите норми на международните договори, сред които и тези на КЗПЧОС, имат директен ефект и се позиционират на върха на нормативната пирамида.

¹⁵ Дело 106/77, *Simmenthal II*, (1978) E.C.R 629.

¹⁶ Решение на КС № 2 от 1998 год. по к.д. № 15/1997 г.; Решение на КС № 3 от 2011 год. по к.д. № 19/ 2010 г.; Решение на КС № 1 от 2012 год. по к.д. № 10/2011 г.

Повечето държави членки на Съвета на Европа се придържат към правилото на умерения монизъм в отношението международно право – национално законодателство, без обаче да се засяга върховенството на Конституцията.¹⁷ В тези случаи, бидейки част от националния правен ред¹⁸, Конвенцията, се ползва с предимство в правоприлагането в случай на колизия с вътрешното законодателство.¹⁹ Така децентрализацията на концентрирания конституционен контрол се проявява на още една плоскост: съдебният състав по конкретно дело може да откаже да приложи закон, ако констатира противоречие с правата, гарантирани от Конвенцията; тя, от своя страна, задава стандарта, който определя съвременния облик на основните, конституционни права на гражданите. По този начин съдилища от различни нива на съдебната система на практика, макар и непряко, се произнасят за съответствието на закона с правата по Конституция.

¹⁷ Вж. напр. чл. 96 от Конституцията на Испания.

¹⁸ *Polakiewicz, J.*, The Status of the Convention in National Law, in *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford Univ. Press, 2001.

¹⁹ Вж. чл. 5, ал. 4 от Конституцията на Република България.

АДМИНИСТРАТИВНО ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВЕН ПРОЦЕС

РАЗНОСКИТЕ В ПРОИЗВОДСТВОТО ПО ОБЖАЛВАНЕ НА АКТОВЕ НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ ПО ЗОП ПРЕД КЗК

Атанас Костадинов

докторант в Юридическия факултет
Пловдивски университет „Паисий Хилендарски“

Анотация

Статията разглежда въпроса за разпределяне на разноските в производството по обжалване на актове на възложителя по Закона за обществените поръчки (ЗОП) пред Комисия за защита на конкуренцията (КЗК). Подробно са анализирани различните видове разноски, които всеки жалбоподател следва да направи в производството пред КЗК. Описани са различните варианти за присъждане на разноските съобразно възможните варианти за решение на Комисията. Представен е редът за принудително събиране на разноските след приключване на производството.

Ключови думи: разноски, обжалване, обществени поръчки, Комисия за защита на конкуренцията, принудително събиране.

Abstract

This article examines the issue of the allocation of costs in the procedure for appeal against acts of the Assignor under the Public Procurement Act in front of the Commission for protection of competition. The various types of costs that each complainant has to make in the proceedings before the CPC are analyzed in detail. The different options for awarding the costs according to possible options for a Commission decision are described. The order for forced collection of the costs after the proceedings is presented.

Key words: expenses, appeal, public procurement, Commission for protection of competition, forced collection.

Въведение

Обжалването на актове на възложителя в производството по възлагане на обществени поръчки е свързано със значително по размери разноски, както за жалбоподателите, така и за възложителите и за заинтересованите лица. В този смисъл въпросът за разноските е особено актуален, тъй като той е важен не само за подаване на жалбата, а и при евентуален неблагоприятен изход от обжалването. Размерът на разноските и начинът на разпределянето им при различните възможности за приключване на производството пред Комисия за защита на конкуренцията (КЗК) оказват значително влияние върху мотивацията на страните за обжалване актовете на възложителите.

Разноските в производството по обжалване по Закона за обществените поръчки /ЗОП/ и начинът на разпределянето им между страните са регламентирани в няколко различни по вид и по степен нормативни акта – Закон за обществените поръчки (ЗОП) (ДВ, бр. 16 от 16.02.2016 г., изм. и доп.), Административнопроцесуален кодекс (АПК) (ДВ, бр. 30 от 11.04.2006 г., изм. и доп.), Тарифа за таксите, които се събират за производствата по глава двадесет и седма от Закона за обществените поръчки пред Комисията за защита на конкуренцията и пред Върховния административен съд (ДВ, бр. 28 от 8.04.2016 г.), Гражданскопроцесуален кодекс (ГПК)(ДВ, бр. 59 от 20.07.2007 г., изм. и доп.), Наредба № 1 от 9 юли 2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения (ДВ, бр. 64 от 23.07.2004 г., изм. и доп.). Въпреки множеството изменения, касаещи възлагането на обществени поръчки в последните години, правната уредба на разноските в производството по обжалване е сравнително стабилна, което разбира се не се отнася до размерите. Наред с това съществува и богата съдебна практика по въпроса.

Разноски, дължими в производството по обжалване по ЗОП пред КЗК

Съгласно разпоредбата на чл. 220, ал. 1, изр. 1 от ЗОП: „За производствата по тази глава пред Комисията за защита на конкуренцията и пред Върховния административен съд се дължат държавни такси и разноски, определени с тарифа, одобрена от Министерския съвет”. По този начин Законодателят отделя държавните такси от останалите разноски по производството.

В първите години след приемане на първия Закон за обществените поръчки¹ държавните такси бяха определени в твърд размер в зависимост от вида на процедурата. За оспорване на обществени поръчки, открити при реда и условията на Наредбата за възлагане на

¹ Първият Закон за обществените поръчки е обнародван в ДВ, бр. 56 от 22.06.1999 г. През 2004 г. е приет нов ЗОП, с който старият е отменен. Действащият към настоящия момент ЗОП е обнародван в ДВ, бр. 16 от 16.02.2016 г. и е в сила от 15.04.2016 г.

малки обществени поръчки, таксата беше определена на 600 лв., а за обществени поръчки по реда на Закона за обществените поръчки таксата бе 850 лв., ако поръчката бе под прага, над който обявлението за нея следваше да се публикува в Официалния вестник на Европейския съюз, а ако го надвишаваше – 1700 лв. С Постановление на Министерски съвет от 10.07.2014 г. бяха приети промени в Тарифата, с която таксата за обжалване по ЗОП беше променена на 2% от прогнозната стойност на обществената поръчка, съответно на обособената позиция, но не повече от 15 000 лв. Въпросните промени бяха атакувани пред Върховен административен съд, който със свое решение отмени промяната, като основният довод на върховните съдии бе, че *„Определените с обжалваното постановление държавни такси не са обосновани нито с реалното увеличение на себестойността на предоставяните услуги, нито с реалното увеличение на доходите на гражданите”*. Действащата понастоящем Тарифа за таксите, които се събират за производствата по глава двадесет и седма от Закона за обществените поръчки пред Комисията за защита на конкуренцията и пред Върховния административен съд (в сила от 15.04.2016 г.) отново определя таксите за обжалване в зависимост от посочената от възложителя прогнозна стойност на обществената поръчка, съответно от посочената прогнозна стойност на обособената позиция. Регламентираните в тарифата размери са както следва: 1. за поръчки на стойност до 1 000 000 лв. – 850 лв.; 2. за поръчки на стойност от 1 000 000 до 5 000 000 лв. – 1700 лв.; 3. за поръчки на стойност над 5 000 000 лв. – 4500 лв. По този начин бе върнато старото положение, при което таксите са определени в твърди размери.

Терминът разноски по производството не е конкретизиран в ЗОП, но като такива се възприемат разноските за възнаграждения на вещи лица, когато такива биват назначени. Вещи лица могат да бъдат назначени от Комисията както по искане на всяка от страните в производството, така и по нейна инициатива. Възнагражденията на вещите лица се определят от Комисията при назначаването им и се внасят от страната, която е поискала назначаването им, като същите подлежат на увеличаване по искане на вещото лице с оглед обема и сложността на поставената задача.

Освен дължимата държавна такса и разноските за вещи лица, всяко лице, което обжалва актове на възложителя пред КЗК следва да заплати и адвокатско възнаграждение, в случай, че бъде представлявано пред Комисията от адвокат. Адвокатското възнаграждение се определя чрез свободно договаряне между страните – жалбоподателя и избрания от него адвокат, но размерът му следва да бъде не по-малък от определения в Наредба № 1 от 9 юли 2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения. В първоначалния си вид действащата към настоящия момент Наредба (в сила от 23.07.2004 г.) не предвиждаше специални правила за определяне на минималните възнаграждения в производството по

обжалване по ЗОП, а чл. 8 препращаше към уредбата за граждански дела и в частност за неоценяеми иски и за иски с определен материален интерес. Това положение дълги години създаваше неудобство и неопределеност, тъй като на практика даваше възможност за тълкуване на разпоредбата и за различни интерпретации при определяне на минималните възнаграждения. Това се промени през 2014 г., когато Висшият адвокатски съвет промени Наредба № 1, като предвиди минимален размер на възнагражденията в производствата по ЗОП в размер на 500 лв. С изменение от 25.10.2016 г. Въпросният размер бе увеличен на 700 лв., като бе прието и допълнение, съгласно което: „в производства по обжалване на крайния акт по чл. 108, т. 1 - 3 ЗОП възнаграждението се определя съобразно чл. 8, ал. 1 върху интереса”. С въпросното изменение Висшият адвокатски съвет се опита да въведе изчисляване на минималните адвокатски възнаграждения в зависимост от материалния интерес на делото, като обаче така и не уточни какво трябва да се разбира под „интереса”. В тази връзка следва да се отбележи, че практиката както на КЗК, така и на ВАС категорично възприема, че в производството по ЗОП липсва материален интерес. Това е така, тъй като „в това производство органът по преразглеждане и съдът се произнасят по законосъобразността на решението, с което са класирани участниците и е определен изпълнител на обществената поръчка, респ. участник в процедурата е отстранен, и при установена незаконосъобразност имат правомощие единствено да отменят оспореното решение и да върнат преписката на административния орган с указания по тълкуването и прилагането на закон. В това производство не се разрешава административен спор с определен материален интерес”.² Последното освен, че има значение при определяне на адвокатското възнаграждение между страната и нейния адвокат, играе важна роля и при присъждане на разноските в полза на страната, за която решението е благоприятно.

Произнасяне по разноските

Съгласно чл. 217, ал. 1 от ЗОП „Комисията за защита на конкуренцията се произнася по отговорността за разноските в съответствие с уреденото в тази глава и при условията и по реда на чл. 143 от Административнопроцесуалния кодекс”. Тази разпоредба е сравнително нова, тъй като е въведена едва с измененията на предходния ЗОП, обнародвани в ДВ бр. 93 от 2011 г., в сила от 26.02.2012 г., и преповторена в действащия към момента ЗОП, обнародван в ДВ бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г. Преди въпросните промени въпросът с разноските в производството пред КЗК не беше нормативно уреден. Именно поради това Комисията за защита на конкуренцията оставяше без уважение исканията за присъждане на

² Решение № 1629/08.02.2017г. по адм. дело № 13754/2016г., IV отд. на ВАС;

разноски. Тази празнота в закона беше частично неутрализирана чрез присъждане на разноските за производството пред КЗК от Върховния административен съд при последващо обжалване.³ Въпреки това обаче неизяснен оставаше въпросът за овъзмездяване на разноските пред КЗК, когато решението на Комисията не беше обжалвано.

С приемане на разпоредбата на чл. 217, ал. 1 от ЗОП, респ. чл. 122г, ал. 9 от ЗОП (отм.) Законодателят изрично уреди въпросът с произнасянето относно разноските в производството пред КЗК, като предостави този въпрос в правомощията на Комисията. Аналогично на съдебното производство, с оглед на особената правораздавателна компетентност на КЗК, при решаване на правния спор Комисията следва да се произнесе и по въпроса за разпределяне на направените от страните разноски. Въпреки това обаче произнасянето относно разноските не беше подробно уредено. Законодателят предпочете да препрати към уредбата на разноските по чл. 143 от АПК. По този начин освен, че беше осъществена законодателна икономия, беше избегнато и евентуално разминаване в уредбата на еднотипни производства, каквито безспорно са съдебното производство по АКП и производството пред КЗК по реда на ЗОП.

Съгласно чл. 143, ал. 1 от АПК „Когато съдът отмени обжалвания административен акт или отказа да бъде издаден административен акт, държавните такси, разноските по производството и възнаграждението за един адвокат, ако подателят на жалбата е имал такъв, се възстановяват от бюджета на органа, издал отменения акт или отказ.” По този начин АПК се придържа към общия принцип, че неизправната страна, която е станала причина за производството и за която крайния акт е неблагоприятен, следва да понесе разноските за него. Следва да се има предвид, че АПК изрично изброява разноските, които подлежат на обезщетяване: „държавни такси, разноски по производството и възнаграждението за един адвокат, ако подателят на жалбата е имал такъв”. По този начин АПК не оставя съмнение и място за тълкуване дали и кои разноски подлежат на възстановяване. Поначало разноските не се вменяват в задължение на подписалото акта длъжностно лице, а се възстановяват от бюджета на органа, издал отменения акт. Т.е. независимо от качеството на издателя на акта, разноските на адресата по повод на делото се дължат от бюджета на органа, а не персонално от ръководителя му.

Подателят на жалбата има право на разноски не само в хипотезата, при която административният акт (Решението на възложителя) бъде отменен от КЗК. Съгласно ал. 2 на чл. 143 от ЗПК той има право на разноски и когато в хода на производството актът бъде оттеглен от възложителя, в резултат на което производството бъде прекратено. Това е така,

³ За повече информация виж Събев, С., „Разноски при обжалване на обществени поръчки”, Издание: Сборник доклади от Годишна университетска научна конференция 2010, Издателство: Издателски комплекс на НВУ „Васил Левски”, 2010, ISSN 1314-1937, Страници 5

тъй като независимо, че възложителят сам е прозрял незаконосъобразността на своя акт и по своя инициатива го е оттеглил, разноските по производството вече са направени и не следва да останат в тежест на жалбоподателя.

Право на разноси по производството пред КЗК има и третата заинтересована страна – лицето, за което издаденият административен акт е благоприятен, в случай, че оспорването бъде отхвърлено или жалбата бъде оттеглена от жалбоподателя. Страната, за която актът е благоприятен участва в производството като заинтересована от изхода на повдигнатия правен спор. Като такава тя разполага с всички процесуални права освен с правото да се разпорежда с предмета на производството. Именно с оглед пълноценното ѝ участие в производството заинтересованата страна също може да направи разноси. Правно и житейски несправедливо би било тези разноси да бъдат оставени за нейна сметка, в случай, че жалбата бъде отхвърлена, респективно оттеглена и актът бъде стабилизиран. Именно поради това ал. 3 на чл. 143 ѝ е дал правото на разноси.

Право на разноси в предходната хипотеза има и възложителят. Съгласно чл. 143, ал. 4 от АПК „Когато съдът отхвърли оспорването или оспорващият оттегли жалбата, подателят на жалбата заплаща всички направени по делото разноси, включително минималното възнаграждение за един адвокат...”. Тук изрично е посочено, че на издалия атакувания акт административен орган (възложител по ЗОП) се дължи и минималното възнаграждение за един адвокат. Това е така, тъй като обикновено в производствата по АПК и ЗОП, както и във всяко друго правораздавателно производство административните органи се представляват от юрисконсулт. Той обикновено е назначен по трудов договор и получава месечно възнаграждение, независимо от работата, която върши. В този смисъл за конкретното производство по ЗОП юрисконсултът не получава отделно възнаграждение, което да бъде включено в разноските по делото. Независимо от това обаче участието на юрисконсулта в производството по делото е свързано с определени разходи, макар и пряко неценяеми с оглед конкретното производство. Отричането на правото на разноси за адвокатско, респективно юрисконсултско възнаграждение би било нарушаване на принципа на равнопоставеност на страните в процеса, като би предоставило една нелогична привилегия в полза на жалбоподателя срещу издателя на административния орган.

Впрочем въпросът за присъждане на юрисконсултско възнаграждение в полза на административния орган при отхвърляне на жалбата и признаване на административния акт за законосъобразен дълго време беше решаван разнопосочно от съдебната практика. Според една част от решенията юрисконсултско възнаграждение можеше да се присъжда само в полза на

юридическо лице или едноличен търговец.⁴ Според останалите решения право на юрисконсултско възнаграждение имаха и административните органи. В крайна сметка с Тълкувателно решение № 3 от 13.05.2010 г. по тълк. д. № 5/2009 г. на Върховен административен съд беше постановено, че „В случаите, в които съдът отхвърли оспорването или оспорващият оттегли жалбата си, страната дължи заплащане на разноски за юрисконсултско възнаграждение, когато административният орган е представляван от юрисконсулт в съдебно-административното производство.”

Друг спорен въпрос при присъждане на разноски в полза на административния орган и на третата заинтересована страна, за която актът е благоприятен касае хипотезата на отказа от обжалване на административния акт. Както ал. 3, така и ал. 4 на чл. 143 от АПК предоставят право на присъждане на разноски само при отхвърляне на оспорването или при оттегляне на жалбата. В този смисъл и ВАС в своята практика е възприел, че „Когато частният жалбоподател е извършил отказ от обжалване, а не оттегляне на жалбата си, осъждането му за разноските на ответника, представляващи юрисконсултско възнаграждение, на основание чл. 143, ал. 4 от АПК е незаконосъобразно.”⁵ Считам, че въпросната практика на ВАС е неправилна поради няколко основни съображения. На първо място считам, че Съдът е предпочел да прибегне към буквално тълкуване на текста на двете разпоредби, без да държи сметка за крайния ефект от това тълкуване. По този начин се нарушава основния принцип на справедливост и равнопоставеност в процеса. Въпреки, че жалбоподателят е станал причина за образуване на производството, в резултат на което заинтересованата страна и административният орган са направили разноски, при отказ от жалбата той няма да бъде задължен да овъзмезди разноските, т. е. той по никакъв начин не носи отговорност за своето процесуално поведение. В резултат на това два аналогични института като оттеглянето на жалбата и отказът от нея имат различни последици по въпроса за разноските. Следва да се има предвид, че на практика последиците от оттеглянето на жалбата в административния процес в масовия случай са аналогични на отказа що се касае до главния спор по делото. За разлика от гражданския процес, където след оттегляне на исковата молба отново можеш да я подадеш до изтичане на немалък давностен срок, т. е. правният спор не е решен с влязло в сила съдебно решение, при оттегляне на жалбата срещу административен акт обикновено тя не може да бъде повторно подадена, тъй като към датата на оттегляне вече е изтекъл срокът за обжалване и административния акт е стабилизирал. При това положение на практика оттеглянето на

⁴ В този смисъл Определение № 756 от 19.01.2009 г. на ВАС по адм. д. № 705 / 2009. г, докладчик съдията Йовка Дражева; Определение № 756 от 19.01.2009 г. на ВАС по адм. д. № 705 / 2009. г, докладчик съдията Йовка Дражева

⁵ Определение № 501 от 14.01.2013 г. по адм. д. № 337/2013 на Върховния административен съд

жалбата срещу административния акт има последиците на отказ и най-логичното разрешение би било последиците от двете действия в частта за присъждане на разноските да бъдат аналогични. Впрочем ГПК също не прави разлика при присъждане на разноските при оттегляне и отказ от иска. Единственото, което е важно там, е, че делото се прекратява и страната, която го е започнала следва да поеме разноските за него. В този смисъл възприемането на подхода на ГПК при разпределяне на разноските е напълно правно и житейски обоснован, още повече, че съгласно чл. 144 от АПК: „За неуредените в този дял въпроси се прилага Гражданският процесуален кодекс”. Логично обаче може да се постави и следващият въпрос: „Следва ли несполучливи нормотворчески решения да се поправят по пътя на съдебното тълкуване?”.

Комисия за защита на конкуренцията присъжда разноските по делото само когато има направено изрично искане в този смисъл от страната, за която изходът от производството е благоприятен. Комисията не може да се произнася по разноските по своя инициатива. Искането за присъждане на разноските може да бъде направено както в жалбата или становището на възложителя и на заинтересованата страна, така и по-късно – до обявяване на спора за изяснен от фактическа и правна страна. В случай, че платеното от страната адвокатско възнаграждение е прекомерно с оглед на действителната фактическа и правна сложност на делото, КЗК може по искане на противната страна да присъди по-нисък размер на разноските в тази им част.⁶ Тук обаче има едно ограничение – КЗК не може да намали размера на адвокатското възнаграждение под минималните размери по Наредба № 1 от 9 юли 2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения.

Когато има своевременно направено искане за присъждане на разноски, но Комисията е пропуснала с Решението по съществото на спора да се произнесе по претенциите за разноските по делото или се е произнесла по начин, който не удовлетворява страната, в срока за обжалване страната може да поиска от КЗК да допълни или да изменени постановеното решение в частта му за разноските. Комисията уведомява другата страна за постъпилото искане и ѝ предоставя тридневен срок за отговор по него. След изтичане на срока за отговор КЗК се произнася в закрито заседание с определение, което се връчва на страните и може да бъде обжалвано по реда за обжалване на решението. Когато решението е необжалваемо, определението за разноските е окончателно.

⁶ Аргумент от чл. 78, ал. 5 от ГПК вр. с чл. 144 от ГПК. Под въпрос е доколко чл. 144 от ГПК е приложим, тъй като разпоредбата на чл. 217 от ЗОП препраща само към чл. 143 от АПК. Въпреки това обаче практиката както на КЗК, така и на ВАС приема, че чл. 144 от АПК, съответно чл. 78 от ГПК следва да се прилага на общо основание по въпросите, по които липсва изрична уредба в ЗОП.

Правни последици на решението на КЗК в частта му за разносните

След произнасяне на Комисията по въпроса за разносните в производството и влизане в сила на решението на дневен ред изниква въпросът за принудителното им събиране. Въпреки че при постановяване на Решението си КЗК на практика правораздава, по съществото си тя не е правораздавателен орган и нейните решения нямат изпълнителна сила. Поради това Комисията не може да издаде Изпълнителен лист, въз основа на който да се пристъпи към принудително изпълнение. В миналото съществуваше противоречива практика относно реда за принудително събиране на разносните. Някои съдии приемаха, че разносните следва да се събират по реда на ЗОДОВ, а други застъпваха тезата, че приложима е деликтната отговорност по реда на чл. 45 от ЗЗД. В последните години обаче практиката се обедини около разбирането, че събирането на разносните по този начин е недопустимо, а то следва да се извършва по реда на заповедното производство по чл. 417 от ГПК.

Съгласно разясненията, дадени в Решение № 6/11.11.2008г. по конституционно дело № 5/2008 г. на Конституционния съд влязлото в сила решение на Комисия за защита на конкуренцията представлява административен акт, издаден от административен орган. Правораздавателната дейност, която КЗК извършва в производството по обжалване по ЗОП не променя правната същност на постановления от нея акт. А съгласно Определение № 2484/20.02.2013 г. по адм. д. № 1902/2013 г. на ВАС, IV отделение и Решение № 52/29.04.2011 г. по търговско дело № 512/2010 г. на ВКС, I Търговско отделение, изпълнението на актове на административни органи е възложено на гражданските съдилища по реда на чл. 417, т. 1 от ГПК. Решение на Комисия за защита на конкуренцията представлява изпълнително основание, удостоверяващо частно парично вземане, и на основание чл. 269, ал. 2 от АПК, във вр. с чл. 268, т.1, предложение първо от АПК се изпълнява по реда на ГПК. С оглед на горното, същото представлява основание за издаване на заповед за изпълнение по чл. 417, т. 1 ГПК, както и на изпълнителен лист.

След издаване на изпълнителен лист дължимите суми по него се събират по реда на изпълнителното производство по ГПК. Не следва обаче да се забравя ограничението, което въвежда чл. 519 от ГПК, а именно: „Не се допуска изпълнение на парични вземания срещу държавни учреждения”. Тази защита е предоставена с оглед особените функции на държавата и нейните органи, изпълнението на които не следва да бъдат възпрепятствани в нито един момент. Евентуални изпълнителни действия в рамките на принудително изпълнение срещу държавни ведомства обаче биха могли съществено да затруднят дейността на държавните учреждения и да нанесат непоправими последици. Именно поради това е предвидена и цитираната забрана за принудително изпълнение. В този случай лицето, в полза на което са

присъдени разноси в производството по КЗК следва да предяви изпълнителния лист пред финансовия орган на съответното учреждение и да чака плащане от него. В случай, че учреждението не разполага с достатъчно средства в бюджета си за заплащане на дължимите суми, висшестоящото учреждение следва да предвиди такива в бюджета за следващата година.

Заключение

Развитието на законодателството, както и съдебната практика в последните години отстраниха много от спорните въпроси касаещи присъждането на разноските в производството по обжалване на актовете на възложителя по ЗОП в производството пред КЗК. Беше въведена подробна регламентация, а там, където беше намерено за удачно, правната уредна директно препрати към други нормативни актове. Това доведе до значително намаляване на практическите проблеми в материята и същевременно постави нови, решението на които следва да бъде намерено чрез подходящи законови изменения или по пътя на тълкуването от съдилищата. Въпреки това можем да кажем, че към настоящия момент законовата уредба предоставя подходяща правна рамка, която да регулира справедливо въпроса за разпределяне на разноските в производството по обжалване пред Комисия за защита на конкуренцията на актовете на възложителя по ЗОП.

НАКАЗАТЕЛНО ПРАВО**ИСТОРИЧЕСКИ АСПЕКТИ И СРАВНИТЕЛНОПРАВЕН АНАЛИЗ
НА РЕЦИДИВА В НАКАЗАТЕЛНОПРАВНИТЕ СИСТЕМИ
НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ СТРАНИ И БЪЛГАРИЯ¹****доц. д-р Даниела Дончева***Юридическия факултет**Пловдивски университет „Паисий Хилендарски“***Анотация**

В статията е направен кратък исторически преглед и сравнителноправен анализ на института на рецидива в българското наказателно право и наказателното право на Франция, Русия, Испания. Анализирани са текстовете, уреждащи рецидива в съответните наказателни кодекси, с цел да бъдат направени изводи относно необходимостта от усъвършенстване на уредбата в българския НК.

Ключови думи: *Наказателен кодекс, рецидив, престъпление, наказание.*

Abstract

In the following article the author has done a short historical preview and comparative analysis of the institute of recidivism between Bulgarian criminal law and the criminal law of France, Russia, Spain. It has been analyzed the provisions which regulate the recidivism in each relevant penal code in order to draw conclusions about the need of improve the regulation in the Bulgarian national criminal code.

Key words: *Criminal code, recidivism, crime, punishment.*

Думата „рецидив“ произлиза от латинския глагол „recido“, „recidere“ и означава „падам назад, обратно“. Значението, което ѝ се придава е повторение на нещо негативно, лошо, за разлика от думата „репетиция“. Следвайки негативното съдържание на термина, наказателното право го е възприел и обозначил с него свой институт.

Рецидивът е вид множество престъпления и е налице в случаите, когато един деец извърши престъпление, след като вече е бил осъден с влязла в сила присъда за извършено от

¹ Докладът е осъществен в изпълнение на проект, финансиран от ФНИ на ПУ „Паисий Хилендарски“ с договор ФП 17 ЮФ.

него друго престъпление. В исторически план рецидивът е познат от Римското право, където се следва принципът за увеличаване на наказанието, когато има *constitutio delinquendi* или навик.

За първи път в България, след Освобождението от османско робство, в Наказателния закон от 1896 г. се съдържат разпоредби, уреждащи рецидива, който е обозначен с термина „повторност“. Това са случаите, при които едно лице е извършило престъпление или нарушение, след като вече е изтърпяло наказание по предходно осъждане. Съгласно чл. 64-70 от НЗ рецидив или повторение на престъплението има, когато едно лице, след като е изтърпяло наказанието си за едно престъпление, извърши ново престъпно деяние, което е подобно или еднородно, или по-тежко наказуемо от първото². Рецидив няма, ако изобщо не е започнало да се изтърпява наказанието за предходното престъпление, за което деецът е бил осъден, а също, ако второто деяние не е еднородно или е по-леко наказуемо от първото деяние, за което деецът е осъден. Ако има повторение на престъплението, наказанието за второто престъпление може да бъде увеличено. Рецидив няма да има и ако новото престъпление е извършено 5 години след изтърпяване на наказанието по предходното осъждане и ако е изтекла 1 година - за нарушенията. Предвидените срокове по същество са отрицателни предпоставки за прилагането на правилата на рецидива. Обосноваването им е с оглед преценката на обществената опасност на второто престъпление като не особено висока, тъй като между изтърпяването на наказанието за предходното престъпление и извършването на ново престъпление и изминал един сравнително дълъг период от време.

Предвидени са особени правила за наказуемост на рецидива, които са подобни на съществуващите и в момента правила за наказуемост на съвкупностите от престъпления, а именно определяне на едно общо наказание, което е най-тежкото. Важно е да бъде отбелязано, че даже и да бъдат осъществени положителните законови предпоставки и да липсват отрицателните такива, не е задължително за съда да увеличи наказанието при описаната хипотеза. Това е само възможност за съда, която той може да приложи, но може и с оглед на собствената си преценка, основана на фактите и доказателствата по случая и оценка на цялостното поведение на дееца, да не приложи.

Наказателните закони от 1951 г. и 1956 г. не съдържат текстове, уреждащи специална наказуемост за престъпленията, извършени в условията на рецидив.

Предвидена е била само една разпоредба /чл. 41/, съгласно която, когато едно лице извърши престъпление, след като е осъдено с влязла в сила присъда за друго престъпление, наложените наказания се изтърпяват поотделно. Това определя, че рецидив има, когато е

² Дончева, Д. Рецидив и множество престъпления, УИ „П. Хилендарски“ 2016 г., стр.7.

извършено деяние, след като има влязла в сила присъда за друго деяние, извършено от същия деец.

В действащия НК, влязъл в сила 1968 г. рецидивът е уреден в Глава Втора, Раздел IV от общата част под заглавие „Множество престъпления“ чл. 27-30. Има три вида рецидив – общ, повторност и опасен рецидив.

От създаването на кодекса до настоящия момент разпоредбите, уреждащи рецидива почти не са променяни³. В теорията и практиката нееднократно са очертавани проблемите във връзка с прилагането им и са правени предложения за усъвършенстване на уредбата. Различен фокус в помощ за преодоляване на несъвършенствата на нашето законодателство относно рецидива може да даде изследването на този институт в наказателното право на други държави.

Систематическото място на рецидива в нашия НК винаги е бил в общата му част. По принцип, кодекса борави само с понятието „рецидив“ и не използва термина „рецидивист“⁴. По подобен начин е уреден институтът във френското право. Съвременното френско наказателно право познава наказателната отговорност както на физически лица, така и на юридически лица. С оглед на това в кодекса фигурират отделни хипотези, при които е извършено престъпление от физическо лице след като вече е било осъждано и когато юридическо лице, което е било осъдено, извърши престъпление. Друга съществена разлика е досежно легалното разграничение в кодекса на простъпки и престъпления. За простъпки се считат деянията, които притежават признаците на престъпление, но тяхната обществена опасност не се характеризира като висока.

Макар че терминът „рецидив“ не се използва във ФНК⁵, в него има уредени няколко различни хипотези на извършено от физическо лице престъпление, след като то вече е било осъждано. Те са⁶:

- Ако физическото лице, което е било осъдено за престъпление, за което му е наложено наказание „лишаване от свобода“ десет години, извърши престъпление, за което в закона е предвидено наказание „лишаване от свобода“ двадесет или тридесет години, то съдът увеличава наказанието „лишаване от свобода“ в максимален размер или налага наказание „доживотен затвор“. Наказание „лишаване от свобода“ за срок от тридесет години или „доживотен затвор“ се налага в случаите, когато извършеното ново престъпление е наказуемо с „лишаване от свобода“ до 15 години. Ако физическото лице е осъдено за престъпление,

³ Чл. 29 е допълнен с ал. 3 ДВ, бр. 95 от 1975 г., а в другите текстове са изменени и допълнени с ДВ бр. 28 от 1982 г.

⁴ С изключение на пар. 90 от Прехдните и заключителни разпоредби;

⁵ Влязъл в сила на 01.03.1994 г.

⁶ Чл. 132-8 до 132-11 ФНК.

наказуемо с наказание десет години „лишаване от свобода” и в срок от десет години от изтърпяване на наказанието или погасяването му по давност, извърши ново престъпление, предвидените за него наказания „лишаване от свобода” и глоба се удвояват.

- Ако физическо лице, което вече е осъдено с влязла в сила присъда за извършено от него престъпление, което е наказуемо с „лишаване от свобода” за срок от 10 години, в срок от пет години от изтърпяване на наказанието или погасяването му по давност извърши престъпление, което е наказуемо с „лишаване от свобода” повече от една година, но по-малко от десет години, се удвоява предвиденият максимален размер на наказанието „лишаване от свобода” или се удвоява предвиденият размер на наказанието „глоба”.

- Когато физическо лице, което е осъдено окончателно за простъпка, в срок от пет години от изтърпяване на наказанието си или погасяването му по давност извърши повторно същата простъпка, предвиденият в закона максимум на наказанието „лишаване от свобода” и „глоба” се удвояват.

В случаите, предвидени в регламент, ако физическо лице, което е осъдено окончателно за нарушение, извърши в течение на една година, считано от деня на приключване на предходното наказание или изтичането на давностния срок за него, друго нарушение, максимумът на предвиденото наказание „глоба” се увеличава.

Може да бъде направен извод, че макар да няма изрично разграничаване на различни видове рецидив, във ФНК те са диференцирани по тежест. Тя се определя от престъплението, за което деецът е бил осъден, от новото престъпление и от времето, което е изминало от изтърпяване на наказанието за предходното осъждане и извършване на новото престъпление. Особеното е, че когато и двете престъпления се преценяват като такива с висока степен на обществена опасност, няма значение какъв период от време е изминал от изтърпяване на наказанието и извършеното ново престъпление. Той е от значение само когато и престъплението, за което деецът е бил осъден, и извършеното ново престъпление не се преценяват като такива с особено висока степен на обществена опасност, респективно наказанията за тях не са много тежки.

По подобен начин е уредбата и при юридическите лица⁷, които са извършили престъпление, след като са били осъдени.

Принципът е същият – колкото по-тежки са престъплението, за което е налице осъждане и новото престъпление, толкова по-сурова е санкцията, която ще бъде наложена за него. Отличителното е, че тъй като за ЮЛ наказанието може да бъде само глоба, се увеличава

⁷ Чл. 132-12-132-15 ФНК.

нейният размер, като увеличението може да достигне десетократния размер, предвиден в закона.

В нашето право н има няколко вида рецидив, които се диференцират в зависимост от различни критерии. Някои от критериите са конкретно описани в закона, други не се съдържат изрично, но могат да бъдат изведени при анализ на нормативната уредба. От гледна точка на значението на рецидива за квалификацията на престъпленията, се разделят на рецидив при наличие на който се изпълнява специален състав на престъпление и рецидив, който се отразява само на индивидуализация на наказанието. „Повторността” по чл. 28 от НК и „опасният рецидив” по чл. 29 от НК обосновават по-тежко наказуеми състави за някои видове престъпления, за които са предвидени. Такива състави не са предвидени за всички престъпления. Когато рецидивът не е квалифициращ признак, той се взема предвид като отегчаващо обстоятелство при отмерване на индивидуалното наказание⁸.

Уредбата на „повторността” и „опасният рецидив” е както в Общата част на НК, така и в Особената част. В общата част се съдържат условията, предпоставките за прилагане правилата за опасен рецидив, а в Особената част са съставите, визиращи конкретните случаи на престъпления, представляващи „повторност” или „опасен рецидив”, но такива състави не са предвидени за всички видове престъпления.

Във Френския наказателен кодекс правилата на рецидива са по-общи и касаят всички видове престъпления, като разграничението е само досежно наказанието, което се предвижда за престъпленията с оглед тяхната обществена опасност. Другата съществена разлика е във фиксирания размер на увеличаване на наказанието за рецидивизиращото престъпление и сроковете, които имат значение за прилагане правилата за рецидив.

Уредбата на рецидива в нашия НК е подобна на уредбата на рецидива в руското наказателно право, защото в голяма степен е реципирана от него. За първи път нормите, уреждащи опасния рецидив са приети у нас с влизането в сила на действащия НК през 1968 г. и са подобни на руските. До тогава този вид отношения не са били уредени. Несъмнена е необходимостта от съществуване на норми, уреждащи опасния рецидив, тъй като те са от особено значение в борбата с престъпността.

Терминът „рецидив” е легален в руското наказателно право. Съгласно чл. 18 от Наказателния кодекс на Руската федерация⁹ рецидив има, когато едно лице извърши умишлено престъпление, след като вече е било осъдено за умишлено престъпление. „Опасен

⁸ Грошев, Ч. Индивидуализация на наказанието. Теория и практика, Сиела, 2015 г., стр. 121.

⁹ Наказателен кодекс на Руската федерация, приет с Държавен вестник на 24 май 1996 г., приет от Съвета на федерацията на 05 юни 1996, Федерален закон No. 64-FZ от 13-ти юни 1996 г. относно Прилагането на Наказателния кодекс на Руската Федерация.

рецидив” е налице в два случая: Първият е, когато едно лице извърши тежко престъпление, за което следва да бъде осъден на наказание „лишаване от свобода”, което да се изтърпява реално, ако преди това лицето е било осъждано два или повече пъти за умишлени престъпления, които са средно тежки и му е било наложено наказание „лишаване от свобода”. Вторият е, когато едно лице извърши тежко престъпление, ако преди това е било осъдено за тежко или особено тежко престъпление на наказание лишаване от свобода, което е изтърпяло реално. „Особено опасен рецидив” е налице, когато деецът извърши тежко престъпление, за което е осъден на наказание „лишаване от свобода”, което да търпи реално, ако по-рано е бил осъждан два пъти за тежко престъпление и му е било наложено наказание „лишаване от свобода”, което е търпял реално и когато е извършено особено тежко престъпление, ако преди това деецът е бил осъждан за тежко престъпление или за особено тежко престъпление¹⁰ За преценката наличието на рецидив не се взема предвид предишни осъждания на дееца за умишлени престъпления с неголяма тежест; осъждането за престъпления, извършени от лицето до навършване на 18 години; при условно осъждане или отлагане изпълнението на присъдата, ако условното осъждане или отлагане изпълнението на присъдата не е отменено и осъденият не следва да изтърпява наказанието си в местата за лишаване от свобода или ако за предходно осъждане е настъпила реабилитация. При рецидив се налагат по-тежки наказания на основание и в пределите, предвидени в Кодекса.

За определяне на наказанието при рецидив в НК на Руската федерация са предвидени специални правила. При налагане на наказания при рецидив, „опасен рецидив” и „особено опасен рецидив”, се отчита характерът и степента на обществена опасност на извършените предходни престъпления, обстоятелствата, поради които поправителното въздействие на предходното наказание се е оказало недостатъчно ефективно, а така също характерът и степента на обществена опасност на новото престъпление. Срокът на наказанието при всеки един от видовете рецидив не може да бъде по-малък от една трета част от максималния срок на най-тежкото по вид наказание, предвидено за извършеното престъпление, но в пределите на санкцията за съответния вид престъпление в Особената част на кодекса. Ако обаче съдът

¹⁰ Съгласно чл. 15, ал. 1 от НКРФ В зависимост от характера и степента на обществена опасност на деянията, предвидени в Кодекса, те се делят на престъпления с неголяма тежест, престъпления със средна тежест, тежки престъпления и особено тежки престъпления.

Ал. 2. Престъпления с неголяма степен на обществена опасност са умишлените или непредпазливи деяния, за които в кодекса е предвидено наказание до две години лишаване от свобода.

Ал. 3 Престъпления със средна тежест са умишлени деяния, за които е предвидено в кодекса наказание до пет години лишаване от свобода, а за непредпазливите – лишаване от свобода до две години.

Ал. 4 Тежки престъпления са умишлените деяния, за които е предвидено наказание до 10 години лишаване от свобода.

Ал. 5 Особено тежки престъпления са умишлените деяния, за които е предвидено наказание над десет години лишаване от свобода или друго по-тежко наказание.

прецени, че са налице смекчаващи или изключителни обстоятелства, тези разпоредби не се прилагат, а наложеното наказание може да бъде по-леко.

За разлика от българския НК, в Особената част на НК на Руската Федерация, в която са включени отделните видове престъпления, не са предвидени състави на престъпления, представляващи „повторност” или „опасен рецидив”. По този начин уредбата на рецидива е изцяло съсредоточена в Общата част на кодекса, като систематическото им място на определението за рецидив и видовете рецидив е в Раздел Втори „Престъпление”, Глава Трета „Понятието за престъпление и видовете престъпления”, а текстовете за наказуемостта на рецидива са в Глава Десета „Нагалане на наказания”.

Испанският наказателен кодекс¹¹ използва понятието „рецидивист”, когато разглежда възможността съдът или трибуналет да реши да отложи изпълнението на наказанието „лишаване от свобода”, наложено за срок до три години, ако осъденият е извършил престъплението под въздействие на определени упойващи вещества и ако са изпълнени няколко условия. Но ако осъденият е рецидивист съдът или трибуналет трябва да прецени дали е целесъобразно да му бъде предоставена отсрочка за изпълнение на наложеното наказание, като се съобрази с извършеното деяние и личността на извършителя.

Трябва да се отбележи обаче, че по отношение на множеството престъпления в НК на Испания няма ясно разграничаване на съвкупности от престъпления и рецидив. В чл. 73 от него е казано, че на виновния за извършването на две или повече престъпления или простъпки му се налага наказание, предвидено за различните правонарушения, за да бъдат общо изпълнени, ако това е възможно по техния характер и последствия. Ако някои от наказанията, предвидени за различните правонарушения не могат да бъдат изпълнени от осъдения едновременно, те се изпълняват последователно в съответствие с тежестта им.

Българският НК използва само термина „рецидив” и не борава с термина „рецидивист”. Единствено в пар. 90 от Преходните и заключителни разпоредби /изм. – ДВ, бр. 26 от 2004 г./ на НК се съдържа терминът „Рецидивист”. Разпоредбата касае рецидивистите, осъдени с влезли в сила присъди при условията на действащия до влизането на закона в сила чл. 26 /в сила от 8 август 1997 г./, че изтърпяват наказание за всяко осъждане, но не повече от предвидения от закона максимален размер на най-тежкото от престъпленията, за които са осъдени. Предвидено е, че наказанието в този случай се определя по реда на чл. 306 от НПК. Разпоредбата е атакувана в КС като противоконституционна, като се твърди неточност в употребения термин „рецидивист”. КС отхвърли искането за обявяване на

¹¹ Основен закон 5/2010 от 22 юни (СР 2010), въвежда нов Наказателен кодекс в сила от 23 декември 2010.

противоконституционност¹² с основателни мотивите, че с уредбата на пар. 90 законодателят не нарушава разделението на властите, не иззима функции на съда, защото самата преходна разпоредба не определя колко наказания ще се изтърпяват от осъдения. Във връзка с употребата на термина „рецидивист“ в пар. 90 и упрека, че тя не е базирана на легално определение, КС счита, че не може да се изисква от закона да съдържа дефиниция на всяко употребено понятие. В употребеното в пар. 90 понятие „рецидивист“ е вложено само значение на „опасен рецидивист“. Терминът „рецидивисти“ се използва и от Закона за изпълнение на наказанията и задържането под стража. В него законодателят е използвал термина „рецидивисти“ като определен категория лица, за които са предвидени специални правила, относно вида на местата за лишаване от свобода, режима на изтърпяване на наказанието „лишаване от свобода“ и програмите за въздействие, за намаляване риска от рецидив и вреди¹³.

Направеният кратък преглед на уредбата на рецидива в законодателствата на някои европейски страни посочва различните начини и подходи при формулирането му и установяване на правилата за наказуемост. Някои могат да бъдат възприети, а по отношение на други да бъдат изразени резерви. Важно е, че повдигат въпроси, по отношение усъвършенстване разпоредбите относно рецидива в българския НК. Така например правилата за наказуемост на различните видове рецидив може да бъдат общи, а систематическото им място да е в общата част на НК. Безспорно промени са необходими, но те трябва да не са самоцелни, а съобразени и подчинени на цялостна политика за борба с престъпленията и превенция на престъпленията.

¹² Реш. I-2005-КС по конст. д № 8/2004 г.

¹³ Д. Дончева, Рецидив и множество престъпления, УИ „П. Хилендарски“, 2016 г., стр. 19.

НАКАЗАТЕЛНО ПРАВО

ПОСТИЖИМА ЛИ Е ЕФЕКТИВНОСТ НА ХУМАННАТА НАКАЗАТЕЛНА ПОЛИТИКА

д-р Силвия Цанкова
съдия в Окръжен съд-Пловдив

Анотация

В статията са разгледани някои въпроси, които са от значение за постигането на хуманност на наказателната политика. Това би било невъзможно без съответствие между правната доктрина и практиката по наказателни дела. Направен е извод, че ефективност на хуманната наказателна политика е напълно постижима и възможна цел, ако бъдат направени някои нормативни промени, които авторът е предложил.

Ключови думи: наказателно право, престъпление, хуманизъм.

Abstract:

The article discusses some issues which are of great importance of achieving the humanity of criminal policy. This would be impossible without the correlation between legal doctrine and criminal practice. Thus, a conclusion has been done that the effectiveness of humanitarian criminal policy is a fully achievable and doable goal if some normative changes are made which the author has been proposed in this article.

Key words: criminal law, crime, humanism.

Всяко деяние е обективен факт и оказва въздействие върху съществуващата действителност, предизвиквайки различни промени в нея.

Това важи и за престъплението - както всяка друга дейност, така и то рефлектира върху средата, в която се извършва. Престъплението обаче има особеността да произвежда винаги някакъв неблагоприятен ефект. Според Ив. Ненов то „създава предпоставки за отрицателни обществени последици и по този именно път уврежда или застрашава съществуващите отношения”¹.

¹ Вж. Ненов, И, Наказателно право на Република България, Обща част, Книга втора, С., Софи-Р, 1992 г., стр. 14.

Обществутоопасните последици на престъпното деяние обуславят неговия обществутоопасен характер, който предопределя обществуто-политическото му значение. Този обществуто-политически заряд на обществутоопасните последици много ясно, макар архаично, се разкрива в статията на Ив. Марков „Към въпроса за обществутоената опасност на престъпното деяние”². Там той извежда обществутоопасния характер на последиците от престъпното деяние от противоречието им с интересите на политически господстващата класа. Според него, „тъй като в класовото общество правото налага и защитава само онези интереси на обществуто, които съответстват на интересите на политически господстващата класа, обществутоената опасност на престъпното деяние изразява именно това, че деянието уврежда или заплашва да увреди интересите на политически господстващата класа”.

В контекста на развитието на съвременното общество и наказателното право, би било по-точно да се приеме, че обществутоопасният характер на последиците от престъпното деяние се обуславя от противоречието им с интересите на обществуто в даден момент от историческикото му развитие.

Съвременната правова държава се стреми предписаното от закона и желаното от обществуто състояние на обществените отношения да бъдат почти идентични по своя обем. Макар и с изключителните трудности да се уредят нормативно всички обществутоени отношения, респективно да се запретят всички нежелани отрицателни влияния върху тях, необходимо е правото да следва нуждите на обществуто в даден момент от неговото историческико развитие.

Много показателно в този смисъл е словото, произнесено от Ж. Сталев на 28.05.1992 г. по случай честването на 80-годишния му юбилей в Аулата на Софийския университет „Св. Климент Охридски“: „...Правото е отговор на обществените нужди. То решава обществутоени проблеми и трябва да държи сметка за естеството на обществените отношения, които подлежат на уредба, ако иска да бъде ефикасно. От друга страна, като могъщ стимул за поведение, то е изключително важен фактор за обществутоени промени... С други думи, социалното битие на правото ни се представя чрез една забележителна негова закономерност: непрекъснато превръщане на фактическикото в нормативно и обратно – на нормативното във фактическико. Обществутоеният живот ражда нужда от правна уредба и предопределя нейното съдържание, а веднъж създадена, тя, от своя страна, предизвиква заповяданото и желано от нея поведение.”³.

² Вж. Марков, И. Към въпроса за обществутоената опасност на престъпното деяние - В: Социалистическико право, бр. 5/1957 г.

³ Вж. Сталев, Ж. Възхвала на правото – В: Адвокатски преглед, бр.10/2012 г.

Този закономерен процес на нормативно уреждане на фактическите социални, икономически и политически закономерности с пълна сила е относим и за наказателното право. Така нормотворецът, регламентирайки съставите на съответните престъпления, се стреми да запрети онази липса на желано от обществото положително изменение на обществените отношения, респективно нежеланите от обществото отрицателни изменения на обществените отношения, като се отчетат интересите на обществото в съответния момент на политико-историческото му развитие. Този процес е изключително труден, а понякога и бавен, като в основата на неговата ефективност стои адекватната и своевременна преценка на тези отрицателни изменения на обществените отношения, респ. липсата на желаната им промяна, чийто интензитет на засягане интересите на обществото надхвърля обикновените случаи на правонарушения. Както отбелязва Н. Долапчиев, “когато правото, чрез своите повели, запрещава или заповядва известни човешки деяния, то прави това, не заради самите деяния, а заради отношенията, в които те стоят към тоя обективен правен ред”⁴.

Невинаги обаче законодателят успява да отговори своевременно на нуждите на съвременното общество, включително в областта на наказателната политика, като причините за това са най-различни, като например изключително динамичното развитие на съвременните отношения, недооценяване значението на определени обществени отношения, а оттам и на тяхното неправомерно засягане /изразяващо се в причиняването на определени опасни за обществото последици/ и пр. Пример за такава закъсняла реакция на нормотвореца да отговори на обществената необходимост от инкриминиране на една изключително разпространена и опасна за обществото дейност е разпоредбата на чл.255б от НК, предвиждаща състав на престъпление в случаите на укриване на задължителни осигурителни вноски за държавното обществено осигуряване или за здравното осигуряване в големи размери. Това е така, поради социалния характер на осигуровките и тяхното целево предназначение-цели се подпомагане на изпаднало в затруднение осигурено лице. Едва през 2014 г. бе инкриминирана дългогодишната порочна практика на работодателите да укриват задължителни осигурителни вноски за своите служители⁵.

Разбира се, колкото опасна е хипотезата на закъсняла нормотворческа реакция в случаите на необходимост от криминализиране на определени прояви, също толкова опасна е и ситуацията на закъсняла декриминализация на дейност, отдавна изгубила значение за съвременното общество.

⁴ Вж. Долапчиев, Н., Наказателно право. Обща част, С., БАН, 1994 г., стр.131.

⁵ Вж. чл. 255б от НК.

В този ред на мисли, Б. Велчев прави много показателен разбор на просията по чл. 329, ал.2 от НК⁶, като посочва следното: “Всъщност за един просяк няма подходящо наказание. Въпросът обаче не е в някаква законодателна недомислица, свързана със санкцията. Въпросът е защо изобщо просията да е престъпление. В едно демократично общество борбата с просията не се провежда с наказания, а със социална политика. Това не ми се струва сложно за разбиране. Ако един човек е деградира до там, че да проси, не мога да си представя, че държавата трябва да го накаже. Той просто е беден и гладен, а това не е престъпление и никое наказание само по себе си няма да го направи сит и богат, за да престане да проси. За просията следователно проблемът не е в неподходящите наказания. Проблемът е във факта, че по силата на някаква историческа инерция и през 2017г. това явление продължава да бъде уредено като престъпление. Аз не мога да си представя кои значими правно защитени обществени интереси налагат просията да бъде инкриминирана, но тя *de lege lata* е престъпление”⁷. По-нататък Б. Велчев продължава: „могат да бъдат посочени и многобройни други примери, но и този ми се струва достатъчен, за да илюстрира пълната нелепост на запазването на наказателната отговорност за определени формално престъпни деяния“, като предлага напълно споделимото становище за декриминализация на деяния, които принципно въобще не предизвикват никакви общественоопасни последици в контекста на съвременното развитие на обществените ни отношения. По този начин бе се спестила и излишната процесуална активност на органите на наказателното производство и разпиляването на ресурс за борба срещу прояви, които по никакъв начин дори не застрашават обществените отношения.

Следва да се сподели и становището на Б. Велчев за прецизиране съставите на престъпленията, като уместно е това да бъде и в контекста на възможните общественоопасни последици, които въобще обичайно биха могли да причинят и в случаите, в които се засягат не толкова осезаемо съответните обществени отношения, да се реагира със средствата на административнонаказателната принуда /като например държането на акцизни стоки без бандерол по основния състав на чл.234, ал.1 от НК/. Няма как да не бъде споделена изключително красноречивата аргументация на Б. Велчев, който посочва: “По-скоро лошата практика е в това да се инкриминират недостатъчно опасни деяния, такива, на които държавата може успешно да се противопостави с мерки на административнонаказателна принуда.”⁸ По-нататък Б. Велчев продължава: “Уважението към човешките права в едно съвременно демократично общество изисква на наказателната репресия да се гледа като на последно средство в държавната политика по защитата на обществото от посегателства.

⁶ Вж. чл. 329, ал. 2 НК.

⁷ Вж. Велчев, Б., Обществената опасност и българското наказателно право, С., Сиела, 2017 г., с. 29-30.

⁸ Вж. Велчев, Б, Цит. съч., с. 22-23.

Не бива да се пристъпва към посегателство върху правата на човека с наказателноправни средства, ако съответният резултат може да се постигне с други, по-леки мерки за държавно въздействие. Този извод никак не е оригинален, но си заслужава да бъде припомнян, защото е забравен от законодателя.“.

Необективно би било, разбира се, да се игнорират и някои адекватни и своевременни нормотворчески решения, съобразени с динамиката на общественото развитие. Така изключително подробен и коректен анализ на промените, касателни разпоредбите, уреждащи „опасния рецидив“ /изм. ДВ, бр.28 от 1982 г./, прави Д. Дончева, извеждайки следното напълно споделимо становище: „Законовата уредба /бел. авт.: има се предвид разпоредбата на чл. 29, ал. 1, б. „б“ от НК/ в този ѝ вид е съществувала почти 20 години, но законодателят се е отказал от това разрешение, защото от практическите и теоретични анализи на института на опасния рецидив, се е стигнало до правилното решение, че той трябва да съществува само за случаи, отличаващи се с принципно и конкретно висока степен на обществена опасност на деянието и дееца. В хипотеза, при която и двете наказания за предходните осъждания са били отложени по реда на чл. 66 от НК, не може да се направи извод в тази посока. Напротив именно, прилагайки разпоредбите за условно осъждане, съдът е преценил невисоката степен на обществена опасност и възможността осъденият да се поправи и превъзпита без да се налага да изтърпява ефективно наложеното му наказание. С оглед на това е приетото изменение на НК през 1982 година, при което разпоредбата на чл. 29, ал. 1, б. „б“ от НК е допълнена с още едно условие, характеризиращо опасния рецидив и отнасящо се до ефективното изтърпяване на наказанието поне по една от присъдите за извършени от осъдения престъпления“⁹. Видно е, че дори в този период на т.нар. „тоталитаризъм“ законодателят ни е имал волята да приложи един хуманен подход в областта на наказателната политика. Този пример сам по себе си не е самоцелен, а е необходим да покаже, че хуманност в наказателната политика не само, че е необходима, но и същата би могла да доведе до ефективност в борбата срещу престъпността, както и да охрани в оптимална степен обществения интерес.

В началото на 2007 г. България вече е част от Европейския съюз, което разкри и нови хоризонти пред транснационалната престъпност. С други думи, общественоопасните последици от престъпленията далеч надхвърлят чисто националните ни измерения.

Членството на България в Европейския съюз постави нови изисквания пред страната ни за хармонизиране на националната ни правна уредба с правото на Общността, а така също и за директно приложение нормите на ЕКПЧ и съобразяване с практиката на ЕСПЧ.

⁹Вж. Дончева, Д., Опасен рецидив - В: Норма, бр. 6/2016 г., с. 31-75.

Молбата на България за членство в Европейския съюз е подадена на 14 декември 1995 г., като в Меморандума на правителството към нея е посочено следното: “Членството на България в Европейския съюз е стратегическа цел, която отразява националните интереси на държавата. Стремехът към пълноправно членство в ЕС отразява желанието и готовността на България да участва в реализацията на идеята за обединена Европа, Европа на мира, просперитета и социалната справедливост.” Този процес неминуемо е свързан с приемането на адекватни мерки за ограничаване и санкциониране на общественотоопасните последици от престъпната дейтелност, особено когато в нея има транснационален елемент. Така през последните години в практиката на Европейския съд се наложи изискването за „съразмерност“ на налаганата санкция според степента на засягане интересите на Общността, което пък би било невъзможно ако в определени ситуации съдът е ограничен от едни недотам обмислени и несъвсем адекватни законови рамки.

Напълно споделимо е в този смисъл становището на Б. Велчев, че строгостта на санкциите, които се предвидиха през последните години напълно тенденциозно за някои престъпления е прекомерен и спира цивилизационния устрем на съвременното българско общество. Така в редица случаи се предвидиха специални минимуми и се завишиха значително специалните максимуми, което в редица случаи не отчита адекватно възможния интензитет на общественотоопасните последици, предизвиквани от тези престъпления.

Така например за престъплението по чл. 234, ал.1 от НК - основният състав на престъплението „държане или продажба на акцизни стоки без бандерол“ наказанието от лишаване от свобода до три години, през 2010 г. бе изменено на лишаване от свобода от една до шест години. Това означава, че дори в случаите, в които едно лице просто държи в дома си акцизни стоки без бандерол, ако случаят е немаловажен, то единствената възможност пред съда е да го санкционира с наказание лишаване от свобода, дори при наличие на многобройни или изключително смекчаващи отговорността обстоятелства по смисъла на чл. 55 от НК. С други думи, ако едно лице е осъждано например един път за престъпление по чл. 343в, ал. 2 от НК¹⁰ „управление на МПС без съответно свидетелство“, за което съгласно промените от 2015г. се предвиди наказание лишаване от свобода от една до три години¹¹, то неминуемо ще трябва да бъде „изпратено от съда в затвора“.

Това е така понеже за всяко едно от посочените престъпления се въведе специален минимум, поради което единствено възможните наказания, които могат да бъдат наложени за всяко едно от тях са лишаване от свобода.

¹⁰ Вж. чл.343в, ал.2 от НК.

¹¹ Предишната санкция за това престъпление беше лишаване от свобода до три години.

Това означава, че ако едно лице е осъждано за някое от тези престъпления-например по чл. 343в, ал. 2 от НК, то в най добрия случай ще му е наложено наказание лишаване от свобода, чието изпълнение е възможно да е отложено по реда на чл.66 от НК. Ако обаче в изпитателния срок на това наказание, той извърши престъпление по чл.234, ал.1 от НК, то неминуемо ще му бъде наложено наказание лишаване от свобода, което няма как да бъде отложено, а ще следва и да търпи наказанието по предходното му осъждане.

Неминуемо по-голяма справедливост би могла да бъде постигната, ако се прецизират нормативно случаите, в които законът предвижда специален минимум. По този начин съдът ще може да налага по-справедливи наказания, съответстващи на реално причинените от конкретното престъпление общественноопасни последици. Това би дало възможност в случаи, в които поради наличие на едно изключително или пък на многобройни смекчаващи отговорността обстоятелства, когато предвиденото в закона наказание лишаване от свобода се явява несъразмерно тежко /включително и не съответства на причинените общественноопасни последици/, то да бъде заменено от съда с друго по-леко по вид наказание, различно от лишаване от свобода, защото, както отбелязва Б. Велчев: “законовата рамка на съответствие на престъпление и наказание създава предпоставки за справедливост”¹².

Съгласно разпоредбата на чл.54 от НК „съдът определя наказанието в пределите, предвидени от закона за извършеното престъпление, като се ръководи от разпоредбите на общата част на този кодекс и като взема предвид степента на обществената опасност на деянието и дееца, подбудите за извършване на деянието и другите смекчаващи и отегчаващи вината обстоятелства“. Красноречиво Ив. Ненов описва тази разпоредба като „специфициран израз на основните начала на законността, демокрацията и хуманизма”¹³.

Ненов продължава, като посочва, че обстоятелствата, определящи степента на обществена опасност на деянието са свързани „преди всичко с обективното отрицателно въздействие, което то е оказало или може да окаже върху обекта на престъплението”¹⁴. Необходимо е в този смисъл да се даде кредит на доверие на съда чрез предвиждане на по-гъвкави санкционни рамки, за да може той в оптимална степен да отчете всички фактори, имащи основополагащо значение за индивидуализация на наказанието и да определи най-справедливото наказание, което пък струва ми се е тъждествено на ефективност.

¹² Вж.Велчев. Б., Цит. съч, с.202.

¹³ Вж.Ненов, Иван, Наказателно право на Република България. Обща част, том 2, стр. 280.

¹⁴ Вж. Ненов, И., Цит.с, с.. 285.

Постигането хуманност на наказателната политика, обаче струва ми се би било невъзможна без съответствие между правната доктрина и практиката по наказателни дела, което пък би довело до по-коректно и безпротиворечиво прилагане на известни правни институти, чиято нормативна уредба иначе може да се приеме за безспорна. Така, немалко са съдебните решения, в които, макар при настъпила пълна реабилитация, предходните осъждания се ценят на плоскостта на лошите характеристични данни¹⁵ при преценката относно личностната степен на обществена опасност на дееца. Много показателен в тази насока е коментарът на Д. Дончева, че „съществува непреодолимо противоречие между законовото съдържание на правното действие на пълната реабилитация и практиката. Би следвало пълната реабилитация да заличава факта на осъждането и последиците от него, независимо от това къде са предвидени. Така осъжданото лице, което през един достатъчно дълъг срок не е извършило ново престъпление, ...ще може да продължи живота си без каквито и да било ограничения...“¹⁶. В този смисъл, считам, че ефективност на хуманната наказателна политика е напълно постижим, а и възможен, посредством определени нормативни решения, а също и при постигане синхрон между правната доктрина и съдебната практика.

Така в контекста на гореизложеното биха могли да се обмислят някои предложения *de lege ferenda*, поддържани също от уважавани представители на правната доктрина, както бе обсъдено и в настоящото изложение:

- Да се декриминализират онези престъпления, които не предизвикват никакви общественоопасни последици за съвременното общество или същите са толкова незначими, че ангажирането на наказателната репресия е неоправдано, както и да се преосмислят и декриминализират и други състави, чиито общественоопасни последици обуславят по-скоро санкционирането им с административни наказания.

- Да се прецизират нормативно съставите, в които законът предвижда специален минимум на наказанието „лишаване от свобода“, като в определени случаи същият да бъде отменен, с оглед предоставянето на съда на по-пълноценна възможност при индивидуализация на наказанието да съобрази конкретните общественоопасни последици от определена престъпна деятелност, а при наличие на предпоставките на чл.55 от НК-да наложи по-леко по вид наказание, различно от лишаване от свобода.

¹⁵ Добра практика в противоположен аспект е Решение №90/18.09.2018г. по н.д. №329/18г. 3 н.о. на ВКС, в което се посочва: *След настъпила реабилитация, която заличава осъждането и отменя за в бъдеще последиците, които са свързани със самото осъждане, е недопустимо това осъждане да бъде ценено сред данните, характеризиращи личността на подсъдимия.*

¹⁶ Вж. Дончева, Д., Пълна реабилитация - В: Общество и право, бр.1/2013г., с. 35.

- Необходимо е за в бъдеще законодателят ни да преосмисли санкционната си наказателна политика и в контекста на практиката на Съда на Европейския съюз за т.нар. съразмерни санкции да предвиди по-гъвкави санкции, с които да позволи адекватното им отмерване и съобразяването им с настъпилите конкретни общественоопасни последици в духа и на европейското право. Напълно споделимо е и становището на Б.Велчев, че „строгостта на санкциите, които се предвидиха през последните години напълно тенденциозно за някои престъпления е прекомерен и спира цивилизационния устрем на съвременното българско общество.“

- Да се разшири нормативно приложното поле на случаите, в които последващата положителна дейност на дееца ще обуславя отпадане на наказуемостта в някои случаи на леки престъпления, особено при формални такива, а също и при някои престъпления, имащи съществено значение за охрана интересите на фиска. Нормативно признатите гаранции, предвиждащи отпадане на наказуемостта на някои престъпления при последваща положителна дейност, би било по-удачното и целесъобразно решение поради няколко основни причини. Наличието на ясни отнапред разписани правила би стимулирало правонарушителите да предприемат такава положителна дейност своевременно, дори без да бъдат още разкрити /преди образуване на наказателно производство/. Посредством тези правила би се постигнало своевременно, а оттам и по-адекватно компенсиране на причинените в резултат от определени престъпления общественоопасни последици. Така например, при предвиждане на такива норми при някои данъчни престъпления¹⁷ /с поставяне на определени допълнителни нормативни изисквания свързани със степента на обществена опасност на деянието и дееца-напр. деецът да не е осъждан и да се посочи определен праг на неплатения данък, в който да е приложима въпросната разпоредба/, част от нарушителите биха се стимулирали след извършване на престъплението „да размислят“ и да внесат неплатено данъчно задължение, ведно с лихвите, в приход на фиска, без да чакат пределния момент на „приключване на съдебното следствие в първоинстанционния съд“. По този начин би се облекчила работата на органите на наказателното производство. С разписването на точни и ясни нормативни правила субектът на престъплението има изначало ясна визия относно очакваната привилегия. По този начин той има стимула да предприеме такова последващо поведение, с което да компенсира своевременно вече причинените общественоопасни последици. Това от своя страна би улеснило и ускорило в значителна степен борбата с някои особено опасни за съвременното общество престъпления, като например организираната престъпност.

¹⁷ Напр.чл.255, ал.4 от НК

В заключение, необходимо е да се посочи, струва ми се, че от съществено значение за постигане ефективност на хуманната наказателна политика е т. нар. институционализацията на правната култура. Това би било постижимо посредством коректна информираност на обществото чрез всички средства за масова информация, въвеждане на специални образователни програми, координация и диалог между институциите и взаимодействие между тях и различни неправителствени организации и обществеността, повишаване доверието в институциите, ангажирани с наказателното правоприлагане и правораздаване, както и посредством основните лостове на социалното управление. Крайната цел е да се постигне един устойчив, оптимален, практически функциониращ модел на правно информирано гражданско общество.

Макар да звучи утопично в известен смисъл, считам, че посредством институционализацията на правната култура, при която обществото, в частност отделният индивид, е адекватно информирано за резултатите и работата на органите на наказателното производство, би се намалил осезаемо отрицателният ефект на „счупените прозорци“ и усещането за безнаказаност на правонарушителите. Това е от особена важност за генералния превантивен ефект на наказателната ни политика, защото, както отбелязва канадският социолог Малкълм Гладуел в своята „Теория на счупените прозорци“: „човек нарушава закона не само (и даже не толкова) заради лоша наследственост или неправилно възпитание. Огромно влияние върху него има онова, което вижда около себе си.“

Институционализацията на правната култура е особено необходима с оглед състоянието, в което се намира съвременното българско общество понастоящем. Състояние, много точно обрисувано от Б. Велчев, който посочва¹⁸: „Проблемът изобщо не е в потребността от справедливост, а в отмъщението, което пожелаваме на всички, освен на себе си.“

Много подходящ за заключение на настоящото изложение е отново цитат на Б. Велчев, който посочва¹⁹: „Нямам илюзията, че справедливостта винаги е оценена от обществото. Наблюденията ми по-скоро сочат обратното-оправдателната присъда не се схваща като тържество на правосъдието, а като корупционна проява или израз на професионална неспособност да бъде наказан виновният. Ако наложеното наказание не е най-тежкото, обществото не е доволно. Но справедливостта не се нуждае от задължително обществено одобрение. То може да бъде дори опасно.“

¹⁸ Вж. Велчев, Б., Цит. съч., с. 39.

¹⁹ Вж. Велчев, Б., Цит. съч., с. 202-203.

Ако магистратите искат да бъдат одобрявани, то най-сигурният начин това да бъде постигнато е чрез ожесточена репресия на обвиняеми и подсъдими, чрез поголовни арести, чрез тежки наказания. Струва ми се обаче, че в цивилизованото общество усещането за справедливост ще се постигне не ако съдиите следват исканията на хората, а ако хората бъдат достатъчно образовани и възпитани, за да разбират закона и да ценят правата на другите.“

ЕКОЛОГИЧНО ПРАВО

ПРАВНА ЗАЩИТА НА ОКОЛНАТА СРЕДА ОТ РАДИОАКТИВНО ЗАМЪРСЯВАНЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

Проф. д.ю.н. Георги Пенчев

Юридически факултет

Пловдивски университет „Паисий Хилендарски“

Анотация

Това научно изследване е посветено на правната защита на околната среда от радиоактивно замърсяване в Република България. Неговата актуалност е свързана с нарастващата деградация на околната среда на глобално равнище. Вниманието е насочено към правните мерки за опазване на околната среда съгласно специалното и общото национално законодателство, както и към юридическата отговорност за нарушаване на действащото законодателство в тази област. Накрая са направени някои по-общи изводи и препоръки, свързани с разгледаната правна уредба.

Ключови думи: *опазване на околната среда, радиоактивно замърсяване, Република България.*

Abstract

This scientific study is dedicated to the legal protection of the environment from radioactive pollution in the Republic of Bulgaria. Its actuality is related to increasing degradation of the environment on a global level. The attention is paid to legal measures for the protection of the environment according to some special and general domestic laws as well as to liability for infringement of the existing legislation in this field. Finally some general conclusions and recommendations are given from the examined regulation.

Key words: *Protection of the Environment, Radioactive Pollution, Republic of Bulgaria.*

Увод

Екологичните проблеми, свързани с опазването на околната среда от радиоактивно замърсяване са изключително актуални за нашата съвременност главно в следните аспекти. *На първо място*, с оглед на рисковете за населението и състоянието на околната среда, свързани с аварии в атомните електроцентрали (АЕЦ)¹. *На второ място*, поради рисковете за здравето на работещите и населението и за състоянието на околната среда при продължителната им експозиция (подлагане) на радиационно облъчване от ядрени съоръжения и ядрен материал². *На трето място*, с оглед на рисковете за здравето на работещите и населението и за състоянието на околната среда, свързани с третирането на радиоактивните отпадъци³. Освен това, в контекста на борбата срещу промените в климата и необходимостта, за тази цел, от ограничаване на емисиите на парникови газове, значението на атомната енергетика в осигуряването на енергийния баланс на съответната държава, вкл. Република България, вероятно ще нараства⁴, до момента, според мен, на значимо увеличаване на добива на електрическа енергия от възобновяеми източници и съответно на наличието на значителен дял на тези възобновяеми в енергийния баланс на държавите. Във връзка с това следва да се отбележи обстоятелството, че понастоящем АЕЦ „Козлодуй“ играе важна роля в поддържането на енергийния баланс на нашата страна, като по данни на някои автори, тя осигурява 37% от дяла на производството на електрическа енергия у нас⁵. В контекста на редовното членство на Република България в Европейския съюз (ЕС) е необходимо да се отбележи и обстоятелството, че върху развитието на българското законодателство в разглежданата област влияние оказва както първичното, така и вторичното атомно право на ЕС, които, от своя страна, следва да бъдат предмет на самостоятелни изследвания⁶.

¹ Вж. в тази насока напр. **Борисова, О.** Проблеми на сигурността при използването на ядрената енергия според българското законодателство. - Юридически сборник. Бургас, 2016, Т. XXIII, с. 282–286; **от нея.** Възможности на европейската интеграция и сътрудничество при правното регулиране на рисковете, свързани с използване на ядрената енергия. - Научни трудове на Русенския университет [онлайн]. Русе, 2016, Т. 55, сер. 7. Правни науки, с. 79, 81-83. [прегледан 04.08.2018]. Достъпно от: <http://conf.uni-ruse.bg/bg/docs/cp16/7/7-11.pdf>

² **Борисова, О.** Проблеми на сигурността при използването на ядрената енергия според българското законодателство, с. 286-288.

³ Вж. напр. **Борисова, О.** Усъвършенстване на правната уредба при управление на радиоактивните отпадъци в Република България. Дисертация за присъждане на образователната и научна степен „доктор“. Варна: Варненски свободен университет „Черноризец Храбър“, 2016, 249 с.

⁴ Вж. напр. **Борисова, О.** Възможности на европейската интеграция и сътрудничество при правното регулиране на рисковете, свързани с използване на ядрената енергия, с. 79.

⁵ Вж. **Джоров, П., Д. Диманова.** АЕЦ „Козлодуй“ – стратегически обект на Република България. - Юридически сборник. Бургас, 2017, Т. XXIV, с. 266.

⁶ Вж. напр. **Борисова, О.** Възможности на европейската интеграция и сътрудничество при правното регулиране на рисковете, свързани с използване на ядрената енергия, с. 80, 82-83; **Пенчев, Г.** Екологични аспекти на ядрената (атомната) енергетика по първичното право на Европейския съюз. - Правна мисъл. С., 2006, № 2, с. 113–120; **от него.** Екологични аспекти на атомната енергетика по вторичното европейско право. - Юридически сборник. Бургас, 2009, Т. XVII, с. 5–37.

По-нататък ще бъдат разгледани накратко по-важните характерни особености на правната уредба на опазването на околната среда от радиоактивно замърсяване по действащото ни законодателство. Изследването е съобразено със законодателството към 22.10.2018 г.

I. Нормативни актове

Устройственият нормативен акт в разглежданата област, който има както икономическо, така и екологично значение, е Законът за безопасно използване на ядрената енергия (ЗБИЯЕ - ДВ, бр. 63 от 2002 г., изм. и доп.). Субсидиарно приложение могат да намерят: Законът за опазване на околната среда (ЗООС – ДВ, бр. 91 от 2002 г., изм. и доп.), Законът за здравето (ЗЗ – ДВ, бр. 70 от 2004 г., в сила от 01.01.2005 г., изм. и доп.), Законът за здравословни и безопасни условия на труд (ДВ, бр. 124 от 1997 г., изм. и доп.), Законът за енергетиката (ЗЕ - ДВ, бр. 107 от 2003 г., изм.), Законът за храните (ЗХ - ДВ, бр. 90 от 1999 г., изм. и доп.), Законът за устройство на територията (ЗУТ - ДВ, бр. 1 от 2001 г., в сила от 31.03.2001 г., изм. и доп.), Наказателният кодекс (НК – ДВ, бр. 26 от 1968 г., изм. и доп.), както и подзаконовите нормативни актове по тяхното прилагане.

II. Правни мерки за опазване на околната среда от радиоактивно замърсяване

II.1. Правни мерки по ЗБИЯЕ

В светлината на разглежданата проблематика могат да бъдат изброени следните правни мерки по този закон:

1. Посочване на защитата на околната среда от вредното въздействие на йонизиращите лъчения като една от целите на закона (чл. 3, ал. 1).

В тази насока трябва да се има предвид дефиницията на правното понятие “йонизиращо лъчение”, установена в § 1, т. 18 от Допълнителните разпоредби (ДР) на закона, където е указано, че това е “предаване на енергия под формата на частици или електромагнитни вълни с дължина на вълната до 100 нанометра или честота над 3×10^{15} Hz включително, способни да създават йони пряко или непряко”;

2. Установяване на приоритет на ядрената безопасност и радиационната защита пред всички други аспекти на дейностите по използване на ядрената енергия и йонизиращите лъчения и по управление на радиоактивните отпадъци и отработеното (ядрено – бел. авт.) гориво (чл. 3, ал. 2).

При реализацията на тази правна мярка е необходимо да се имат предвид дефинициите на следните правни понятия, уредени в § 1 от ДР: “ядрена безопасност” е състоянието и способността на ядрено съоръжение и на неговите системи и персонал за постигане на подходящи експлоатационни условия, предотвратяване на инциденти и аварии и ограничаване на последиците от тях, така че персоналят и населението да бъдат максимално защитени от йонизиращите лъчения на ядреното съоръжение” (т. 51 - изм. - ДВ, бр. 80 от 2010 г.); “радиационна защита” е комплекс от организационни и технически мерки, предназначени за защита на хората от облъчване с йонизиращи лъчения, включително осигуряване безопасността на източници на йонизиращи лъчения и дейностите с тях, тоест осигуряване на минимален риск от необосновано облъчване, минимален брой облъчвани лица, минимално облъчване на хора без надвишаване на установените граници на дозите, предотвратяване на радиационни аварии и ограничаване на последиците от тях” (т. 32); “радиоактивен отпадък” е радиоактивно вещество в газообразна, течна или твърда форма, чието по-нататъшно използване не се предвижда от лицензианта или титуляря на разрешение и което се контролира от агенцията (има се предвид Агенцията за ядрено регулиране - АЯР - бел. авт.) като радиоактивен отпадък съгласно този закон“ (т. 34 - изм. - ДВ, бр. 102 от 2017 г., в сила от 01.01.2018 г.)⁷; „радиоактивно вещество“ е вещество, което съдържа един или няколко радионуклеиди, чиято активност или специфична активност не могат да се пренебрегнат от гледна точка на радиационната защита“ (т. 33а - нова - ДВ, бр. 102 от 2017 г., в сила от 01.01.2018 г.); “отработено ядрено гориво” или “отработено гориво” е ядрено гориво, което е било облъчено в активната зона на ядрен реактор и е окончателно извадено от нея” (т. 27);

3. Изброяване, в чл. 3, ал. 2, на принципите („принципните положения“)⁸ на използване на ядрената енергия и йонизиращите лъчения и на управлението на дейности по радиоактивните отпадъци и отработеното гориво, както следва: а) „отговорността за осигуряване на ядрената безопасност и радиационната защита се носи в пълен обем от лицата, отговорни за съоръженията и дейностите по този закон, и не може да бъде прехвърляна на други лица“ (т. 1); б) „лицата, отговорни за съоръженията и дейностите по този закон, изграждат и поддържат ефективна система за управление на безопасността“ (т. 2); в) „очакваните икономически, социални и други ползи трябва да превишават възможните неблагоприятни последици от дейността“ (т. 3); г) „мерките за осигуряване на ядрената безопасност и радиационната защита трябва да бъдат оптимизирани, така че да гарантират

⁷ До измененията и допълненията на закона в 2017 г. (ДВ, бр. 102 от 2017 г.), в дефиницията на понятието накрая бяха включени думите „включително радиоактивен източник, чийто срок за безопасна експлоатация е изтекъл съгласно производствената документация“, които впоследствие бяха заличени.

⁸ По мое мнение, от правно-техническа гледна точка, употребата на понятието „принципни положения“ в чл. 3, ал. 2 от закона е несполучливо. По-добре щеше да бъде, ако вместо него беше използвана думата „принципи“.

постигане на възможно най-високото разумно достижимо ниво на защита“ (т. 4); д) „облъчването с йонизиращи лъчения на персонала и населението се ограничава и се поддържа на възможно най-ниското разумно достижимо ниво“ (т. 5); е) „прилага се концепцията на защита в дълбочина, като се предприемат всички разумни практически приложими мерки за предотвратяване на аварии и за ограничаване на последиците от тях“ (т. 6 - изм. - ДВ, бр. 102 от 2017 г., в сила от 01.01.2018 г.); ж) „изгражда се и се поддържа ефективна система за аварийна готовност и реагиране в случай на ядрена или радиационна авария“ (т. 7); з) „защитните мерки за намаляване на съществуващото и/или неконтролируемото облъчване трябва да бъдат обосновани и оптимизирани“ (т. 8); и) „на компетентния орган, който осъществява държавното регулиране на безопасното използване на ядрената енергия и йонизиращите лъчения, се предоставят човешки и финансови ресурси, които са достатъчни за изпълнение на неговите правомощия в пълен обем“ (т. 9);

4. Установяване на специални правила относно държавното регулиране на безопасното използване на ядрената енергия и йонизиращите лъчения, третирането на радиоактивните отпадъци и отработеното (ядрено) гориво (чл. 4–13).

Те се отнасят до: а) създаването и правомощията на председателя на АЯР и неговите органи, и създаването на консултативни органи към председателя на АЯР⁹ (чл. 4–9); б) финансирането на дейностите на АЯР (чл. 10–11); в) правомощията на други органи в тази област (чл. 12–13)¹⁰;

5. Установяване на специални правила, свързани с „регулирането на дейности“ по използване на ядрената енергия и източниците на йонизиращи лъчения и по управление на радиоактивните отпадъци и на отработеното ядрено гориво (чл. 14–73).

Те се отнасят до: а) издаването, от председателя на АЯР, на разрешения и лицензии за дейности, свързани с използването на ядрената енергия и източниците на йонизиращи лъчения, с радиоактивните отпадъци и отработеното (ядрено) гориво (чл. 14–27)¹¹; б) заплащането на такси за издаване на разрешения и лицензии за такива дейности (чл. 28–32); в) издаването, от председателя на АЯР, на разрешения и лицензии относно изграждането,

⁹ С чл. 9, ал. 1 от закона към председателя на АЯР са създадени 2 консултативни органа: Консултативен съвет по въпросите на ядрената безопасност и Консултативен съвет по въпросите на радиационната защита.

¹⁰ Съгласно чл. 13 (изм. - ДВ, бр. 88 от 2005 г.; доп. - ДВ, бр. 109 от 2007 г., в сила от 01.01.2008 г., изм. - ДВ, бр. 36 от 2008 г., изм. - ДВ, бр. 74 от 2009 г., в сила от 15.09.2009 г., изм. и доп. - ДВ, бр. 80 от 2010 г., изм. - ДВ, бр. 68 от 2013 г., в сила от 02.08.2013 г., изм. - ДВ, бр. 58 от 2017 г., в сила от 18.07.2017 г.): „Министрите на здравеопазването, на околната среда и водите, на вътрешните работи, на отбраната, на земеделието, храните и горите, на транспорта, информационните технологии и съобщенията, на образованието и науката и председателят на Държавна агенция "Национална сигурност" осъществяват специализиран контрол в съответствие с предоставените им от закона правомощия“.

¹¹ Вж. в тази насока напр. **Борисова, О.** Правна уредба на международните гаранции по Договора за неразпространение на ядреното оръжие и превенцията на риска за отклоняване на ядрен материал. - Юридически сборник. Бургас, 2016, Т. XXIII, с. 294–295.

функционирането и извеждането от експлоатация на ядрените съоръжения (чл. 33–44), като при реализацията на тази правна мярка трябва да се има предвид дефиницията на правното понятие “ядрено съоръжение”, фигурираща в § 1, т. 55 от ДР, където е посочено, че това е “съоръжение, включително свързаните с него територия, сгради и оборудване, в което се добива, произвежда, преработва, използва, манипулира, съхранява или погребва ядрен материал в такъв мащаб, че се изисква отчитането на ядрената безопасност и радиационната защита. “Ядрено съоръжение” е и всяко съоръжение за управление на радиоактивни отпадъци”, а, от друга страна, правното понятие “съоръжение за управление на радиоактивни отпадъци”, което фигурира в това определение е дефинирано самостоятелно в § 1, т. 40 от ДР, където е изтъкнато, че това е “всяко съоръжение, основна цел на което е управлението на радиоактивните отпадъци, което включва и ядрено съоръжение в процес на извеждане от експлоатация, само ако то е обявено като съоръжение за управление на радиоактивни отпадъци по реда на този закон”; г) специфичните изисквания („особените правила“) относно изграждането и експлоатацията на ядрените централи (чл. 45–47), като при реализацията на тази правна мярка е необходимо да се има предвид дефиницията на правното понятие “ядрена централа”, уредена в § 1, т. 53 (изм. - ДВ, бр. 80 от 2010 г.) от ДР, където е указано, че това е „електроцентрала, в която енергията се генерира от един или повече ядрени реактори и която може да включва прилежащите съоръжения за управление на радиоактивни отпадъци и отработено ядрено гориво, разположени на една площадка, за които са предвидени обща физическа защита и аварийно планиране”¹²; д) създаването, приходите и разходите на фонд „Извеждане от експлоатация на ядрени съоръжения” (чл. 48–55)¹³; е) специфични изисквания относно дейностите, свързани с използването на източници на йонизиращи лъчения въз основа на лицензия, разрешение, регистрация или уведомление, като компетентният орган в тази насока е председателя на АЯР (чл. 56–63); ж) специфични изисквания относно правоспособността и специализираното обучение на персонала, извършващ дейности с ядрени съоръжения и източници на йонизиращи лъчения (чл. 64–71); з) специфични изисквания относно отчета и контрола върху ядрените материали, радиоактивните вещества и другите източници на йонизиращи лъчения (чл. 72–73), като при реализацията на тази правна мярка трябва да се има предвид дефиницията на правното понятие “ядрен материал”, фигурираща в

¹² В първоначалната редакция на закона, до измененията и допълненията му в 2010 г. (ДВ, бр. 80 от 2010 г.), съдържанието на това правно понятие включваше „ядрено съоръжение за производство на електрическа и/или топлинна енергия”.

¹³ Този фонд се създава към министъра на енергетиката (МЕ) (чл. 48), като лицата, които експлоатират ядрени съоръжения са длъжни да правят вноски в него (чл. 49, ал.1, т. 1), а юридическите лица на бюджетна издръжка „планират, предоставят и отчитат вноските по ал. 1, т. 1 като трансфер между бюджетни сметки“ (чл. 49, ал. 2).

§ 1, т. 48 от ДР, където е посочено, че това е “изходен материал, специализиран ядрен материал и други материали, определени с акт на Министерския съвет”;

6. Установяване на специални правила относно управлението на дейности по радиоактивните отпадъци и отработеното (ядрено) гориво (чл. 74–97).

Те се отнасят до: а) по-общите изисквания в тази насока (чл. 74–77), сред които: аа) задължение за Министерския съвет (МС) да приема „Стратегия за управление на отработеното ядрено гориво и на радиоактивните отпадъци“ по предложение на МЕ (чл. 74, ал. 1); бб) задължение управлението на отработеното гориво да се осъществява от лице, получило лицензия за експлоатация на ядрено съоръжение по чл. 35 (чл. 75, ал. 1); вв) задължение управлението на радиоактивните отпадъци извън обектите, в които се генерират, да се осъществява само от Държавно предприятие “Радиоактивни отпадъци” (чл. 76, ал. 1); гг) задължение за лицата, в резултат на чиято дейност се генерират радиоактивни отпадъци, да ги предават на Държавно предприятие “Радиоактивни отпадъци” (чл. 77, ал. 1); б) създаването, структурата и дейността на Държавно предприятие “Радиоактивни отпадъци” (чл. 78–89)¹⁴; в) финансирането на управлението на дейностите, свързани с радиоактивните отпадъци (чл. 90–97), като за целта е създаден фонд “Радиоактивни отпадъци” към МЕ (чл. 91) и са уредени неговата структура, приходи и разходи (чл. 92–97)¹⁵;

7. Установяване на специални правила, свързани с контрола върху използването на ядрената енергия и йонизиращите лъчения и върху дейностите, свързани с радиоактивните отпадъци и отработеното (ядрено) гориво (чл. 98–103).

Те се отнасят до правомощията на председателя на АЯР и оправомощените от него длъжностни лица в тази област;

8. Установяване на специални правила относно “зоните с особен статут” (чл. 104–110).

Сред тях могат да бъдат споменати: а) определяне на териториалния обхват на тези зони в чл. 104, ал. 1, където е указано, че те се създават „около ядрените съоръжения и други обекти с източници на йонизиращи лъчения, включително прилежащите им земни недра и въздушното пространство над тях“; б) подразделяне, в чл. 104, ал. 2, на тези зони главно на 2 вида: “зона за превантивни защитни мерки” и „наблюдавана зона“, като “зоната за превантивни защитни мерки” се създава със заповед на министъра на регионалното развитие и благоустройството (МРРБ), съгласувано с председателя на АЯР (чл. 105, ал. 1, т. 1 - изм. - ДВ, бр. 66 от 2013 г., в сила от 26.07.2013 г., изм. - ДВ, бр. 98 от 2014 г., в сила от 28.11.2014 г.)

¹⁴ Става дума за държавно предприятие по смисъла на чл. 62, ал. 3 от Търговския закон (ДВ, бр. 48 от 1991 г., изм. и доп.).

¹⁵ Вж. по-подробно относно правния режим на управлението на дейности, свързани с радиоактивните отпадъци, напр. **Борисова, О.** Усъвършенстване на правната уредба при управление на радиоактивните отпадъци в Република България. Дисертация ..., 249 с.

или с международен двустранен или многостранен договор, ако тя обхваща територия извън границите на Република България (чл. 105, ал. 1, т. 2), а “наблюдаваната зона” се създава със заповед на председателя на АЯР (чл. 105, ал. 3); в) правна възможност в рамките на тези две зони да се определя “въздушно защитна зона” над определени ядрени съоръжения, в която се ограничава използването на въздушното пространство за въздухоплаване, с акт на МС, по предложение на председателя на АЯР, съгласувано с министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията и министъра на отбраната (чл. 105, ал. 4); г) задължение за лицето, което експлоатира ядрено съоръжение или обект с източници на йонизиращи лъчения, да упражнява постоянен контрол над радиационните характеристики на работната и околната среда в зоната за превантивни защитни мерки” и в наблюдавана зона (чл. 108 - изм. - ДВ, бр. 80 от 2010 г.); д) забрана за строителство на жилищни и обществени сгради, детски, лечебни и здравни заведения и заведения за хранене, обекти с промишлено, социално и културно предназначение и други обекти, несвързани с дейността на обекта (чл. 109, ал. 1 - изм. - ДВ, бр. 80 от 2010 г.); е) правна възможност за министъра на здравеопазването, министъра на земеделието, храните и горите и министъра на околната среда и водите да налагат ограничения в използването на земите, горите и водните обекти в зоната за превантивни защитни мерки (чл. 109, ал. 2 - изм. - ДВ, бр. 36 от 2008 г., изм. - ДВ, бр. 80 от 2010 г., изм. - ДВ, бр. 58 от 2017 г., в сила от 18.07.2017 г.); ж) правна възможност, за създаване на зона за превантивни защитни мерки при изграждане на ядрено съоръжение или на обекти с източници на йонизиращи лъчения върху земя - държавна или общинска частна собственост, компетентните държавни или общински органи по предложение на МРРБ да учредяват в полза на собственика на обекта възмездно или безвъзмездно право на ползване, съответно право на строеж без търг или конкурс (чл. 109, ал. 3 - изм. - ДВ, бр. 80 от 2010 г., изм. - ДВ, бр. 66 от 2013 г., в сила от 26.07.2013 г., изм. - ДВ, бр. 98 от 2014 г., в сила от 28.11.2014 г.); з) правна възможност, ако забраните по ал. 1 или наложените ограничения по ал. 2 възпрепятстват съществено ползването на недвижими имоти - частна собственост, за създаване на зона за превантивни защитни мерки при изграждане на ядрено съоръжение или на обекти с източници на йонизиращи лъчения, собственикът на земята да я прехвърли или да учреди право на ползване, съответно право на строеж, на собственика на обекта, а в случай, че съгласие за това не може да бъде постигнато, да се извършва принудително отчуждаване по реда на Закона за държавната собственост (ДВ, бр. 44 от 1996 г., изм. и доп.) или по Закона за общинската собственост (ДВ, бр. 44 от 1996 г., изм. и доп.), като в резултат на отчуждаването земята да става частна държавна или общинска собственост и в полза на собственика на

обекта с източник на йонизиращи лъчения да се учредява право на ползване или право на строеж върху отчуждения терен по реда на ал. 3 (чл. 109, ал. 4 - изм. - ДВ, бр. 80 от 2010 г.);

9. Установяване на специални правила, свързани с физическата защита на ядрените съоръжения и ядрените материали (чл. 112–116а).

В тази насока е налице препращане към Конвенцията за физическа защита на ядрения материал (Виена, 1980 г.)¹⁶, като за целта важна контролна функция е отредена на Държавна агенция „Национална сигурност”¹⁷.

При реализацията на тази правна мярка трябва да се има предвид дефиницията на правното понятие “физическа защита”, уредена в § 1, т. 47 от ДР, където е указано, че това е “съвкупност от технически и организационни изисквания, мерки, средства и методи, насочени към ефективно предотвратяване на неправомерни въздействия и посегателства върху ядрения материал, ядрените съоръжения и радиоактивните вещества (кражба, неправомерно проникване на територията на ядрено съоръжение, неразрешен достъп до зони от особено значение за безопасността на ядрената инсталация, саботаж, терористични действия), своевременното им откриване и прекратяване и връщане на неправомерно придобит ядрен материал”;

10. Установяване на специални правила относно аварийното планиране и аварийната готовност (чл. 117–123).

Сред тях могат да бъдат отбелязани: а) приемане на „външен аварийен план” от МС (чл. 118, ал. 2) и на „вътрешен аварийен план” от лицето, което експлоатира ядрено съоръжение, който се съгласува от председателя на АЯР (чл. 120, ал. 3); б) нелимитативно изброяване, в чл. 122, на определени задължения за лицензиантите и титулярите на разрешения в случай на ядрена авария, както следва: аа) „незабавно да информират населението и кметовете на общините в зоната на аварийно планиране и другите компетентни органи” (т. 1); бб) „да предприемат действия за ограничаване и ликвидиране на последиците от аварията” (т. 2); вв) „да контролират и регулират облъчването на лицата, участващи в ограничаването и ликвидирането на аварията” (т. 3); гг) „да осигурят непрекъснат мониторинг

¹⁶ Тази конвенция е ратифицирана от Република България с Указ на Държавния съвет № 341 от 3.02.1984 г. (ДВ, бр. 12 от 1984 г.), с резерва по чл. 17, т. 2, оттеглена със закон от 27.01.1994 г. (ДВ, бр. 8 от 1994 г.). Резервата гласеше: “Народна република България не се счита обвързана с точка 2 на член 17 от конвенцията относно предаване на арбитраж или в Международния съд на споровете, възникнали при тълкуването или прилагането на конвенцията, по молба на която и да е страна, участваща в спора”. Тя е в сила за нашата страна от 8.02.1987 г. и е обнародвана в ДВ, бр. 44 от 9.06.1987 г. Към конвенцията фигурират 2 приложения, озаглавени както следва: Приложение 1. Равнища на физическа защита, използвани при международен превоз на ядрен материал, класифициран в приложение 2; Приложение 2. Класификация на ядрения материал.

¹⁷ Вж. в тази насока напр. **Борисова, О.** Правна уредба на международните гаранции по Договора за неразпространение на ядреното оръжие и превенцията на риска за отклоняване на ядрен материал, с. 293-294. Държавна агенция “Национална сигурност” е създадена с чл. 2, ал. 1 от Закона за Държавна агенция „Национална сигурност” (ДВ, бр. 109 от 2007 г., в сила от 01.01.2008 г., изм. и доп.).

на изхвърлянето на радиоактивни вещества в околната среда” (т. 4); дд) „да участват в дейностите, включени в Националната система за мониторинг (на околната среда – бел. авт.), при възникване на авария” (т. 5); ее) „да изпълняват други задължения, установени в аварийните планове и съгласно този закон” (т. 6).

При реализацията на тази правна мярка е необходимо да се имат предвид дефинициите на следните правни понятия, фигуриращи в § 1 от ДР: “аварийна готовност” е способността незабавно да бъдат предприети мерки, които ефективно да ограничат въздействията на евентуална авария върху човешкото здраве, околната среда и материалните ценности” (т. 1); “авария” е извънредно събитие, което води или може да доведе до надхвърляне на лимитите или до нарушаване условията на радиационното въздействие върху човека и околната среда, определени в нормите и правилата за ядрена безопасност и радиационна защита” (т. 3);

11. Установяване на специални правила за прилагане на гаранциите, свързани с участието на Република България в някои международни споразумения, свързани с неразпространението на ядреното оръжие (чл. 124–126).

Става дума за Договора за неразпространение на ядреното оръжие (Москва, Лондон, Вашингтон, 1968 г.)¹⁸, Споразумението между Кралство Белгия, Кралство Дания, Федерална република Германия, Ирландия, Италианската република, Великото херцогство Люксембург, Кралство Нидерландия, Европейската общност за атомна енергия и Международната агенция по атомна енергия в изпълнение на член III, параграфи 1 и 4 от Договора за неразпространение на ядрените оръжия (Виена, 05.04.1973 г.) (ОВ L 51, 22.02.1978 г.) и Допълнителния протокол към Споразумението между Кралство Белгия, Кралство Дания, Федерална република Германия, Ирландия, Италианската република, Великото херцогство Люксембург, Кралство Нидерландия, Европейската общност за атомна енергия и Международната агенция по атомна енергия в изпълнение на член III, параграфи 1 и 4 от Договора за неразпространение на ядрените оръжия (Виена, 22.09.1998 г.) (ОВ L 67, 13.03.1999 г.). Компетентният орган в тази насока е председателят на АЯР;

12. Принудителни административни мерки (ПАМ) (чл. 149-152).

Техните проявни форми са изброени в чл. 150, а именно:

а) „спиране или ограничаване на дейността, за която е издадено разрешение или лицензия или за която е подадено уведомление или е извършена регистрация” (т. 1 - доп. - ДВ, бр. 102 от 2017 г., в сила от 01.01.2018 г.), като тази ПАМ е преустановителна;

¹⁸ Този договор е ратифициран от Република България с Указ № 668 на Президиума на Народното събрание от 10.07.1969 г. (ДВ, бр. 55 от 1969 г.). Той е в сила за нашата страна от 05.03.1970 г. и е обнародван в ДВ, бр. 39 от 18.05.1971 г.

б) „временно отнемане на удостоверение за правоспособност” (т. 2), като тази ПАМ също е преустановителна;

в) разпореждане за извършване на: аа) експертизи, проверки, изпитвания на инсталация, съоръжение, продукти, техни части, системи или компоненти; бб) изменение на установени граници и условия за експлоатация; вв) изменения на проекти и конструкции, които имат значение за ядрената безопасност, радиационната защита, физическата защита и аварийната готовност; гг) допълнение или изменение на учебните програми и курсове и провеждане на допълнително обучение, включително проверка на знанията и уменията (т. 3, б. „а”–„г”), като тази ПАМ е превантивна.

И трите посочени вида ПАМ се налагат със заповед на председателя на АЯР (чл. 151), която може да се обжалва пред Върховния административен съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс (ДВ, бр. 30 от 2006 г., в сила от 12.07.2006 г., изм. и доп.) (чл. 152).

II.2. Правни мерки по някои други закони

Субсидиарно приложение в разглежданата област могат да намерят правните мерки по някои закони, които ще бъдат посочени по-нататък.

II.2.1. Правни мерки по ЗЕ

Могат да бъдат отбелязани следните правни мерки в разглежданата област по този закон:

1. Установяване на общо задължение производството, вносът, износът, преносът, разпределението и търговията с електрическа и топлинна енергия, природен газ, нефт и нефтопродукти да се извършват при гарантиране защитата на живота и здравето на гражданите, собствеността, околната среда, сигурността на доставките, интересите на потребителите и националните интереси (чл. 2, ал. 2 - изм. и доп. - ДВ, бр. 74 от 2006 г., в сила от 08.09.2006 г., изм. и доп. - ДВ, бр. 54 от 2012 г., в сила от 17.07.2012 г.);

2. Установяване на специални правила относно енергийната политика (чл. 3–9).

Те включват: а) специфични изисквания, свързани с държавното управление в енергетиката (чл. 3–7а), сред които могат да бъдат споменати: аа) задължение за Народното събрание да приема „Стратегия за устойчиво енергийно развитие на Република България” по предложение на Министерския съвет (МС), с която следва да се определят основните цели, етапи, средства и методи за развитие на енергетиката (чл. 3, ал. 2 - изм. - ДВ, бр. 38 от 2018 г., в сила от 08.05.2018 г.)¹⁹; бб) нелимитативно изброяване на правомощията на министъра на

¹⁹ Понастоящем е в сила „Енергийна стратегия на Република България до 2020 г. За надеждна, ефективна и почиста енергетика”, приета с решение на Народното събрание от 01.06.2011 г. (ДВ, бр. 43 от 2011 г.). В т. I „Енергийна сигурност” е отбелязано, че: „Ядрената енергетика ще бъде подкрепяна институционално не само като перспективен ресурс за производство на беземисионна електрическа енергия, но и поради натрупания успешен опит и професионален капацитет за опериране на ядрени мощности. Подкрепата ще бъде съпроводена с високи изисквания по отношение на сигурност, безопасност, управление на ядрените отпадъци и извеждане от

енергетиката (МЕ) по провеждане на енергийната политика на страната (чл. 4, ал. 2 - изм. - ДВ, бр. 74 от 2006 г., в сила от 08.09.2006 г., изм. - ДВ, бр. 82 от 2009 г., в сила от 16.10.2009 г., изм. - ДВ, бр. 59 от 2013 г., в сила от 05.07.2013 г., изм. - ДВ, бр. 14 от 2015 г.); вв) задължение за МЕ ежегодно да съставя и внася за одобрение в МС Списък по чл. 4, ал. 2, т. 3 на стратегическите обекти от национално значение в енергетиката и хидроенергийните системи, които са част от тях, с актуална оценка на състоянието и рисковете, свързани с икономическото им състояние и сигурността на експлоатация (чл. 5, ал. 1 - изм. - ДВ, бр. 74 от 2006 г., в сила от 08.09.2006 г., изм. - ДВ, бр. 82 от 2009 г., в сила от 16.10.2009 г., изм. - ДВ, бр. 59 от 2013 г., в сила от 05.07.2013 г., изм. - ДВ, бр. 14 от 2015 г., доп. - ДВ, бр. 38 от 2018 г., в сила от 08.05.2018 г.); гг) правомощие за кметовете на общини да изискват от енергийните предприятия на територията на общината прогнози за развитие на потреблението на електрическа и топлинна енергия и природен газ, както и програми и планове за енергоснабдяване, топлоснабдяване и газоснабдяване (чл. 6, ал. 1); дд) правна възможност за МЕ да се подпомага в дейността си по провеждане на държавната политика в енергетиката от „браншовите камари и организации на енергетиците и на такива, добиващи енергийни ресурси” (чл. 7, ал. 1 - изм. и доп. - ДВ, бр. 74 от 2006 г., в сила от 08.09.2006 г., изм. - ДВ, бр. 82 от 2009 г., в сила от 16.10.2009 г., изм. - ДВ, бр. 59 от 2013 г., в сила от 05.07.2013 г., изм. - ДВ, бр. 14 от 2015 г.); ее) създаване на „Обществен съвет” към МЕ като негов консултативен орган (чл. 7а - отм. - ДВ, бр. 54 от 2012 г., в сила от 17.07.2012 г., нов - ДВ, бр. 20 от 2013 г., в сила от 28.02.2013 г.); и б) специфични изисквания, отнасящи се до енергийното прогнозиране и планиране (чл. 8-9), сред които могат да бъдат отбелязани: аа) задължение за МЕ да одобрява програми и стратегии за реструктуриране в енергетиката въз основа на Стратегията за устойчиво енергийно развитие (чл. 8, ал. 2 - изм. - ДВ, бр. 74 от 2006 г., в сила от 08.09.2006 г., изм. - ДВ, бр. 82 от 2009 г., в сила от 16.10.2009 г., изм. - ДВ, бр. 59 от 2013 г., в сила от 05.07.2013 г., изм. - ДВ, бр. 14 от 2015 г., изм. - ДВ, бр. 38 от 2018 г., в сила от 08.05.2018 г.); бб) специфични задължения за предприятията, които извършват дейности по добив на енергийни ресурси, преработка и търговия с горива, преобразуване, пренос, разпределение и търговия с енергия и природен газ (чл. 9, ал. 1 - доп. - ДВ, бр. 74 от 2006 г., в сила от 08.09.2006 г.), и по-специално: аа) извършване на проучвания и анализи, разработване на краткосрочни, средносрочни и дългосрочни прогнози за добива на енергийни ресурси, преработката и търговията с горива и енергия и приемане на съответните планове за тяхното осигуряване (т. 1 - доп. - ДВ, бр. 74 от 2006 г., в сила от 08.09.2006 г.); бб) изготвяне най-малко веднъж на две години и представяне на МЕ на планове за рехабилитация, за предприемане на мерки за подобряване ефективността на съществуващите производствени мощности и мрежи, за изграждане при минимални разходи на нови мощности и мрежи и информация за инвестиционните проекти, като тези планове „се придружават от технико-икономически, финансов и екологичен анализ и варианти за енергоспестяване” (т. 2 - изм. - ДВ, бр. 74 от 2006 г., в сила от 08.09.2006 г., изм. - ДВ, бр. 82 от 2009 г., в сила от 16.10.2009 г., доп. - ДВ, бр. 54 от 2012 г., в сила от 17.07.2012 г., изм. - ДВ, бр. 59 от 2013 г., в сила от 05.07.2013 г., изм. - ДВ, бр. 14 от 2015 г.);

3. Установяване на специални правила, свързани с регулирането на дейностите в енергетиката (чл. 10–38з).

Те се отнасят до: а) статута, състава и провеждането на заседанията на Комисията за енергийно и водно регулиране (КЕВР) (чл. 10-20); б) правомощията на тази комисия (чл. 21 - 25); в) финансирането на дейността ѝ и таксите, които се събират от нея (чл. 26-29); г) ценовото регулиране (чл. 30–36к); д) разделното счетоводство и съхраняването и предоставянето на информация (чл. 37-38); и е) мерките за защита на потребителите на енергийни услуги (чл. 38а–38з);

експлоатация. Страната ни ще участва активно в разработването на новите мерки за ядрена безопасност в международен мащаб.”

4. Установяване на специални правила относно лицензирането в енергетиката (чл. 39–61).

Те се отнасят до: а) издаването на лицензи (чл. 39–45); б) провеждането на конкурс (чл. 46–50); в) изменението, допълнението, отнемането и прекратяването на лицензи (чл. 51–61);

5. Установяване на специални правила, свързани с упражняването на вещни права при извършването на енергийни дейности (чл. 62–68).

Те се отнасят до: а) правото на строеж и отчуждаването (чл. 62–63); б) отчуждаването на имоти за нуждите на добива на енергийни ресурси (чл. 63а–63в)²⁰; в) сервитутите при разширение на съществуващи и при изграждане на нови въздушни и подземни електропроводи, на надземни и подземни хидротехнически съоръжения за производство на електрическа енергия, топлопроводи, газопроводи, нефтопроводи и нефтопродуктопроводи, които възникват в полза на лицата, които ще изграждат и експлоатират енергийния обект (чл. 64–68);

6. Установяване на специални правила относно задълженията на енергийните предприятия към обществото (чл. 69–71);

7. Установяване на специални правила, свързани с ограничителния режим, временното прекъсване или ограничаването на производството или снабдяването с електрическа енергия, топлинна енергия и природен газ (чл. 72–74);

8. Установяване на специални правила относно контрола по изпълнението на Регламент (ЕС) № 1227/2011 на Европейския парламент и на Съвета от 25.10.2011 година относно интегритета и прозрачността на пазара за търговия на едро с енергия (ОВ L 326, 08.12.2011 г.) (чл. 74а–74р)²¹;

9. Установяване на специални правила относно упражняването на контрола в енергетиката (чл. 75–81).

Те се отнасят до правомощията на МЕ и КЕВР в тази насока;

10. Установяване на специални правила, свързани със сертифицирането на оператори на преносни мрежи, извършването на инвестиции и независимостта на преносните оператори (чл. 81а–81о)²².

Те се отнасят до: а) сертифицирането на операторите на преносни мрежи и извършването на инвестиции (чл. 81а–81г); б) независимия преносен оператор (чл. 81д–81к); в) независимия системен оператор (чл. 81л–81н); г) операторите на преносни мрежи, отделени по собственост (чл. 81о);

11. Установяване на специални правила относно електроенергетиката (чл. 82–124).

Те се отнасят до: а) електроенергийната система (чл. 82–83); б) производството на електрическа енергия (чл. 84–85); в) преноса на електрическа енергия (чл. 86–87); г) разпределението на електрическата енергия (чл. 88–90); д) търговските взаимоотношения и страните по сделките с електрическа енергия (чл. 91–96а); е) сделките при регулирани цени (чл. 97–99); ж) сделките при свободно договорени цени (чл. 100–103); з) сделките за пренос, достъп, допълнителни услуги и студен резерв (чл. 104–107); и) оперативното управление (чл. 108–115); й) присъединяването на производители и клиенти към мрежите и достъпа до

²⁰ Тези разпоредби са новела в закона, въведена с измененията и допълненията му в 2009 г. (ДВ, бр. 41 от 2009 г.). В тази насока е налице препращане към Закона за подземните богатства (ДВ, бр. 23 от 1999 г., изм. и доп.).

²¹ Тези разпоредби са въведени с измененията и допълненията на закона в 2018 г. (ДВ, бр. 38 от 2018 г., в сила от 08.05.2018 г.).

²² Тази разпоредба са новела в закона и са въведени с измененията и допълненията му в 2012 г. (ДВ, бр. 54 от 2012 г., в сила от 17.07.2012 г.).

мрежите (чл. 116-121); к) преустановяването на присъединяването и снабдяването с електрическа енергия (чл. 122-124);

12. Установяване на специални правила, свързани с топлоснабдяването (чл. 125-156);

13. Установяване на специални правила относно насърчаването на производството на електрическа енергия по комбиниран начин (чл. 157–163г);

14. Установяване на специални правила относно газоснабдяването (чл. 164-200);

15. Прилагане на ПАМ (чл. 201-204).

II.2.2. Правни мерки по ЗЗ

Могат да бъдат изтъкнати следните правни мерки в разглежданата област по този закон:

1. Установяване на специални правила, свързани с осигуряването на здравословна “жизнена” среда (чл. 31–48)²³;

2. Установяване на специални правила относно защитата от вредното въздействие на йонизиращите лъчения (чл. 64–72).

Те се отнасят до: а) обхвата и реализацията на радиационната защита на населението и на лицата, работещи с източници на йонизиращи лъчения (чл. 64); б) правомощията на министъра на здравеопазването (МЗ) в тази насока (чл. 65); в) изпитването на качеството на медицинската радиологична апаратура (чл. 65а–65г - нови - ДВ, бр. 102 от 2017 г., в сила от 01.01.2018 г.); г) допустимостта на медицинското облъчване от източници йонизиращи лъчения (чл. 66); д) допустимостта на образни изследвания с източници на йонизиращи лъчения с немедицинска цел (чл. 67); е) медицинското облъчване с йонизиращи лъчения на бременни жени (чл. 68); ж) лечението или диагностиката с радиоактивни вещества на пациенти в домашни условия (чл. 69); з) правната възможност за спасяване на човешки живот или за предотвратяване на по-голямо облъчване при радиационна авария, органите на държавния здравен контрол да разрешат по изключение извършването на дейности от доброволци при превишаване на установените граници на облъчване (чл. 70); и) задължението за МЗ да създава и поддържа регистър на лицата, които работят или са работили в среда на йонизиращи лъчения (чл. 71); й) задълженията на физическите и юридическите лица, извършващи дейности с източници на йонизиращи лъчения (чл. 72).

Горепосочените две правни мерки са в обхвата на специалните правила относно дейностите по опазване на здравето (чл. 29–78а).

II.2.3. Правни мерки по ЗХ

Могат да бъдат споменати следните правни мерки в разглежданата област по този закон:

1. Разрешителен режим за облъчване на храни с йонизиращи лъчения, като разрешенията се издават от МЗ (чл. 22в - нов - ДВ, бр. 102 от 2003 г., във връзка с чл. 22 – изм. - ДВ, бр. 102 от 2003 г.);

²³ Във връзка с тази правна мярка може да се отбележи обстоятелството, че в чл. 14, ал. 1, т. 4 от първоначалната редакция на закона, до измененията и допълненията му в 2010 г. (ДВ, бр. 98 от 2010 г., в сила от 01.01.2011 г.) фигурираше задължение за главния държавен здравен инспектор към министъра на здравеопазването да организира и ръководи мерките по защита на населението от въздействието на йонизиращи лъчения. В резултат на тези изменения и допълнения, т. 4 от чл. 14, ал.1 на закона беше отменена. Този подход на законодателя е дискусионен.

2. Регистрационен режим за лица, извършващи дейности по облъчване на храните с йонизиращи лъчения, като регистрацията се извършва също от МЗ (чл. 22а и 22б – нови - ДВ, бр. 102 от 2003 г.).

За реализацията на тези правни мерки е необходимо да се има предвид дефиницията на правното понятие “храна” по чл. 2, ал. 1 от този закон, където е указано, че това е “всяко вещество или продукт, който е предназначен или може да бъде използван за консумация от човека, независимо дали е преработен, частично преработен или непреработен”²⁴.

II.2.4. Правни мерки по ЗУТ

Сред кръга на правните мерки по този закон от значение за разглежданата проблематика могат да бъдат отбелязани:

1. Установяване на специални правила, свързани с основите на устройството на територията (чл. 1–98);
2. Установяване на специални правила относно устройственото планиране на територията, инвестиционното проектиране и разрешаването на строителство (чл. 99–179).

II.2.5. Правни мерки по ЗООС

Могат да бъдат изтъкнати следните правни мерки в разглежданата област по този закон:

1. Екологична оценка (чл. 81–91)²⁵;
 2. Оценка на въздействието върху околната среда (чл. 81–83 и чл. 92–102)²⁶;
 3. Право на информация за околната среда (чл. 17–31)²⁷;
 4. Предоставяне на комплексни разрешителни за изграждането и експлоатацията на нови и експлоатацията на действащи инсталации и съоръжения за категориите промишлени дейности по приложение № 4 към закона, включително тяхното разширение, водещо до съществено изменение в експлоатацията им, както и за такива извън обхвата на приложение № 4 към с. з., но по молба на съответните оператори (чл. 117–129);
 5. Право на Национална система за мониторинг на околната среда (чл. 143–147).
- Той се извършва чрез Националната система за мониторинг на околната среда, ръководена от МОСВ, с изключение на компонента ѝ относно мониторинга на шума в околната среда, който се ръководи от МЗ;
6. Право на Предприятие за управление на дейностите по опазване на околната среда (чл. 60–64);
 7. Право на Национален доверителен екофонд (чл. 66–68);
 8. Разработване и утвърждаване на стратегии и програми за опазване на околната среда (чл. 75–80);

²⁴ В първоначалната си редакция, до измененията и допълненията на ЗХ в 2006 г. (ДВ, бр. 31 от 2006 г., в сила от 14.04.2006 г.), тази разпоредба гласеше: “По смисъла на този закон храна е всяко вещество или продукт, предназначен за човешка консумация, независимо дали е преработен, частично преработен или непреработен”.

²⁵ За повече подробности вж. **Пенчев, Г.** Екологично право. Обща част. С.: Фенекс, 2011, с. 147–159.

²⁶ Вж. за повече подробности, Пак там, с. 128–146.

²⁷ За повече подробности, Пак там, с. 160–174.

9. Право на Национална схема за управление по околната среда и одитиране (чл. 132–136 и чл. 142);

10. Право на Национална схема за екомаркировка (чл. 132 и чл. 137–142).

11. Прилагане на ПАМ (чл. 158–161)²⁸.

III. Юридическа отговорност за нарушаване на законодателството за опазване на околната среда от радиоактивно замърсяване

1. Административнонаказателна отговорност

Тя е уредена в чл. 138–148 от ЗБИЯЕ.

2. Гражданска отговорност

Тя е деликтна и се осъществява по специален ред, установен в чл. 127–137 от ЗБИЯЕ. Могат да бъдат посочени следните специфични изисквания в тази насока:

а) препращане към разпоредбите на Виенската конвенция за гражданска отговорност за ядрена вреда от 1963 г.²⁹ (чл. 127);

б) установяване на задължение за МС да определи лицето, което по смисъла на Виенската конвенция от 1963 г. е експлоатиращ ядрената инсталация³⁰, и вида и условията на финансовата гаранция, покриваща отговорността за ядрена вреда на експлоатиращия такава инсталация (чл. 129, ал. 1 - изм. - ДВ, бр. 80 от 2010 г.);

в) давностният срок за предявяване на искове за обезщетение на ядрената вреда е 5-годишен, считано от датата, на която претърпелият ядрена вреда е узнал или е могъл да узнае

²⁸ Вж. за повече подробности Пак там, с. 124 – 127 и цитираната там литература.

²⁹ Тази конвенция е ратифицирана от Република България със закон от 27.07.1994 г. (ДВ, бр. 64 от 1994 г.). На практика нашата страна се присъедини към конвенцията с две декларации под формата на отделни разпоредби от този закон. Съгласно чл. 2 от закона “отговорността на експлоатиращия ядрена инсталация за щетите от една ядрена авария се ограничават до равностойността на петнадесет милиона специални права на тираж на Международния валутен фонд”, а съгласно параграф единствен от допълнителните му разпоредби “Република България ще прилага разпоредбите на Виенската конвенция от деня на нейното ратифициране преди влизането ѝ в сила (за нашата страна – бел. авт.)”. Конвенцията е в сила за нашата страна от 24.11.1994 г. и е обнародвана в ДВ, бр. 76 от 20.09.1994 г., попр., бр. 91 от 4.11.1994 г.

³⁰ Дефиниция на правното понятие “ядрена инсталация” фигурира в § 1, т. 52 от ДР, където е посочено, че съгласно Виенската конвенция (за гражданска отговорност за ядрена вреда – бел. авт.) това е “ядрен реактор (включително критичен и под критичен стенд); изследователски реактор; атомна електрическа централа; съоръжение за управление на отработено гориво; съоръжение за конверсия или обогатяване на ядрен материал и съоръжение за производство или преработване на ядрено гориво”. От друга страна някои от правните понятия, употребени в това определение са дефинирани самостоятелно в § 1 от ДР, поради което ще бъдат отбелязани, а именно: “атомна електроцентрала” е електроцентрала, в която енергията се генерира от един или повече ядрени реактори и която може да включва прилежащите съоръжения за управление на радиоактивни отпадъци и отработено ядрено гориво, разположени на една площадка, за които са предвидени обща физическа защита и аварийно планиране” (т. 5); “ядрен реактор” е всяка ядрена инсталация, съдържаща ядрено гориво, разположено по такъв начин, че в него може да протече самоподдържаща се ядрена верижна реакция на делене без допълнителен източник на неутрони” (т. 49); “съоръжение за управление на отработено гориво” е всяко съоръжение, чиято основна цел е управление на отработено гориво” (т. 39).

за нанесената вреда и кой е експлоатиращият, отговорен за вредата, при условие, че срокът не надвишава сроковете за предявяване на исовете по чл. VI от посочената Виенска конвенция (чл. 130, ал. 2);

г) установяване на граница на гражданската отговорност на експлоатиращия ядрената инсталация – до 96 млн. лв. (чл. 132, ал. 1), като той е длъжен да поддържа застраховка или друга финансова гаранция за ядрена вреда за периода на експлоатация на ядрената инсталация (чл. 132, ал. 2), а в рамките на тази граница, държавата обезщетява ядрена вреда, която е причинена от “тежко природно бедствие от изключителен характер” (чл. 133, ал. 2);

д) установяване на специална подсъдност на Софийския градски съд като първа инстанция по исове за обезщетение за ядрена вреда (чл. 137, ал. 1), като производствата пред съда са безплатни за българските граждани, а за чужденците – при условия на взаимност (чл. 137, ал. 2)³¹.

3. Екологоправна имуществена отговорност

Тя е уредена в чл. 138-148 от ЗБИЯЕ, когато правонарушител е юридическо лице.

4. Наказателна отговорност

Пряко приложение в разглежданата област ще намерят чл. 356г–356л от НК³², а престъпните деяния се изразяват в: а) неправомерно използване на атомна енергия без разрешение или в отклонение от разрешението (чл. 356г); б) допускане на работа с ядрен материал, ядрени съоръжения или други източници на йонизиращи лъчения на неправооспособни лица (чл. 356д); в) повреждане на ядрен материал, ядрено съоръжение или друг източник на йонизиращи лъчения, което води до увреждане на околната среда (чл. 356е и чл. 356ж); г) нарушаване на правилата за ядрена или радиационна безопасност (чл. 356з и чл. 356и); д) неправомерното производство, обработка, обезвреждане, придобиване, държане, превозване или пренасяне без “надлежно” разрешение на ядрен материал, източници на йонизиращи лъчения или компоненти за тях (чл. 356к); е) неправомерно действие, насочено срещу ядрено съоръжение или представляващо намеса в дейността на ядрено съоръжение с

³¹ Вж. в тази насока, напр. **Голева, П.** Деликтно право (Непозволено увреждане). IV. прераб. и доп. изд. С.: Нова звезда, 2018, с. 216–217. Този автор е наализирал и гражданската отговорност за ядрена вреда по отменения Закон за използване на атомната енергия за мирни цели (ДВ, бр. 79 от 1985 г., попр., изм. и доп. – отм., бр. 63 от 2002 г.) – вж. **Голева, П.** Специалният режим на гражданската отговорност по новия Закон за използване на атомната енергия за мирни цели. - Бюлетин на Съюза на юристите в България. С., 1986, № 2, с. 24–29.

³² Тези разпоредби са въведени с измененията и допълненията на НК в 1985 г. (ДВ, бр. 79 от 1985 г., попр., бр. 80 от 1985 г.).

цел или при допускане, че може да последва вреда за околната среда (чл. 356л)³³. Субсидиарно приложение могат да намерят следните разпоредби от НК: чл. 352 (значително наднормено, в случая – радиоактивно – бел. авт. - замърсяване на въздуха, водите или почвата); чл. 353, ал. 1–3 (пускане в експлоатация на предприятие “преди да бъдат поставени в действие необходимите пречиствателни съоръжения”, в случая – на ядрени съоръжения или други източници на йонизиращи лъчения – бел. авт.); чл. 353а (укриване или разгласяване на невярна информация за състоянието на околната среда или нейните компоненти, в случая – свързано с радиационната обстановка – бел. авт.).

Заклучение

Накрая, в резултат на разгледаната правна уредба могат да бъдат направени някои общи изводи.

Първо, действащото българско атомно законодателство, и по-специално ЗБИЯЕ, съдържа надеждни гаранции за опазването на околната среда и здравето на работещите и населението от рискове, свързани с функционирането на ядрени съоръжения и боравенето с ядрен материал. Ефективното му прилагане обаче, изисква ползотворно сътрудничество между учени и практикуващи специалисти от различни клонове на науката и социалната практика.

Второ, в светлината на все по-осезаемите в световен мащаб изменения на климата, значението на атомната енергетика като предвидим и стабилен фактор за осигуряването на енергийния баланс на страната ни, вероятно ще нараства.

Трето, особено внимание трябва да се обръща върху стриктното спазване на нормите за радиационна защита и ядрена безопасност с оглед на предотвратяване на опасността от ядрени аварии.

³³ Тази разпоредба е въведена с измененията и допълненията на НК в 2017 г. (ДВ, бр. 101 от 2017 г.). Вж. за повече подробности в разглежданата насока, напр. **Василев, Н.** – В: **Ценков, Ц., Н. Василев, В. Петров, Б. Йотов.** Наказателно право на НРБ (Особена част). Т. Втори. С.: Висш институт „Г. Димитров“-МВР, 1987, с. 109–111; **Пенев, Й.** Наказателноправна характеристика на екологичните престъпления. – Годишник на Академията на МВР. С., 2006, Т. 21, с. 64–65; **Пенчев, Г.** Някои проблеми, свързани с екологичните вреди по българското право. - В: Правото – традиции и перспективи. Сборник. Юбилейна научна конференция по повод на 25 години от създаването на Юридическия факултет на Пловдивския университет „Паисий Хилендарски“. София: Сиела, 2018, с. 373–375; **Начков, Д.** Престъпления при използване на атомната енергия за мирни цели. С.: Фенекс, 2011, 128 с.

МЕДИЦИНСКО ПРАВО**ОРГАНИ НА УПРАВЛЕНИЕ В СФЕРАТА НА УВРЕЖДАНИЯТА
В ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ**

Илияна Митева
юрист

Анотация

Това научно изследване е посветено на органите на управление в сферата на уврежданията в българското законодателство. Неговата актуалност е свързана с нарастващата нужда от разбиране на правната конструкция на управление в областта на уврежданията. Вниманието е насочено към органите на управление в сферата на уврежданията съгласно специалния Закон за интеграция на хората с увреждания и отделни подзаконови нормативни актове, като по – подробно се разглеждат Националният съвет за интеграция на хората с увреждания и Агенцията за хората с увреждания.

Ключови думи: Закон за интеграция на хората с увреждания, органи на управление в сферата на уврежданията, българско законодателство, Национален съвет за интеграция на хората с увреждания, Агенция за хората с увреждания.

Abstract

This scientific study is dedicated to the disability management bodies in Bulgarian law. Its actuality is related to the growing need to understand the legal construction of disability management. Attention is paid to the disability management bodies under the special INTEGRATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES ACT and separate secondary legislation, with more detailed consideration of the National Council for the Integration of People with Disabilities and the Agency for People with Disabilities.

Key words: INTEGRATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES ACT, management bodies, Bulgarian law, National Council for the Integration of People with Disabilities, Agency for People with Disabilities.

I. Въведение

Хората с увреждания са част от обществото, която има по – специфични потребности в сравнение с останалите членове на колектива, но това не е основание да се счита, че те не са равноправни на него лица, а просто, че се нуждаят от по – ефективна защита на техните права и законни интереси чрез широкото им взаимодействие с установените органи на управления в сферата на уврежданията в законодателството на Република България. Пред тях стоят множество проблеми от различни сфери на обществения живот, които по естеството си са от дискриминационен, образователен, трудов и медицински характер, като целта е те да бъдат разрешавани ежедневно чрез създадения за това държавен апарат в областта на уврежданията. Темата именно в този аспект се нуждае от анализ и предложения за усъвършенстване на законодателството. Затова в статията ще разгледаме проблема, така както е уреден в съответните нормативни актове, а именно: Конституция на Република България, Закон за интеграция на хората с увреждания, Закон за администрацията, Закон за местното самоуправление и местната администрация, Правилник за устройството и дейността на националния съвет за интеграция на хората с увреждания и критериите за представителност на организациите на и за хора с увреждания, Устройствен правилник на Агенцията за хората с увреждания.

II. Развитие на българското законодателството относно органите на управление в сферата на уврежданията

Преди подробното разглеждане на действащата нормативна уредба относно органите на управление в сферата на уврежданията в законодателството на Република България е важно да се проследи пътят, който българското законодателство извървява до нея.

С важно значение за разбирането на същността на държавността като цяло и на органите на управление в сферата на уврежданията в частност е приетата на 12.07.1991 г. Конституция на Република България, която е още действаща към настоящия момент. По думите на професор Е. Друмева¹: „Тя представлява фундаменталния закон на държавата в качеството ѝ на общност, на организация. А държавата е най–сложната организация, най–сложният съюз. Той има нужда от юридическа структура, от организация, предвидими отношения и от ред. Според този ред се образуват политическите общности, осъществяват се държавните задачи. Конституцията дава процедурите за решаване на конфликтите в общността „държава“, дава организацията за протичането на процеса по създаване на

¹ Друмева, Е. Конституционно право, С.: Сиела, 2008, с. 129.

единство. Конституцията създава основите и нормира главните черти на действащия правен ред.“

В своя Преамбюл, основният закон определя държавата като демократична, правова и социална. А в чл. 1, ал. 1 и ал. 2 се прокламира важният постулат, че България е република с парламентарно управление и цялата държавна власт произтича от народа, като тя се осъществява от него непосредствено и чрез органите, предвидени в Конституцията. Според професор Друмева² „Държавната власт е най-важният конститутивен елемент от същността на държавата. Осигурява доминирането на държавата над другите два елемента – земя и хора. Територията и хората са материалната среда, в която чрез властта се създава една нематериална общност. Едва упражняването на властта спрямо територията и народа „сглобява“ държавата.” С определящо значение и принципа за разделение на властите на законодателна, изпълнителна и съдебна, определен в чл. 8 от върховния закон на страната, като в темата с приоритет са законодателната и изпълнителната власт. Това е така, тъй като изпълнителната власт включва функции по изпълнение на законите и управителни функции. Законите се създават, за да бъде управлявана държавата чрез тях, а управлението се извършва според законите. От тук и изводът, че законодателната и изпълнителната власт имат нужда една от друга. Законодателната власт се упражнява от Народното събрание, а изпълнителната главно от Министерския съвет, но те ще бъдат подробно разгледани по нататък в темата, където ще се представят органите на управление в сферата на уврежданията в българското законодателство.

През 1995 г. е приет Закон за защита, рехабилитация и социална интеграция на инвалидите (ЗЗРСИИ), в който правната уредба, свързана с органите на управление в сферата на уврежданията е твърде разпръсната и лаконична. Законът е уреждал правото на рехабилитация и социална интеграция на инвалидите, тяхната защита и произтичащите от това задължения на държавните органи, общините, стопанските и обществените организации в страната. Съгласно него, редът, принципите и критериите за установяване на степента на уврежданията са се определяли с наредба на Министерския съвет. А към Министерския съвет се създавали Национален съвет по рехабилитация и социална интеграция, в който се включвали представители, определени от Министерския съвет, представители на национално представените организации за инвалиди и на инвалиди и представители на работодателите. Националният съвет по рехабилитация и социална интеграция е имал консултативни функции в областта на рехабилитацията и социалната интеграция на инвалидите. Всички нормативни актове за инвалидите се приемали след предварително становище по тях от Националния

² Пак там, с. 77.

съвет по рехабилитация и социална интеграция. Министерският съвет е определял критериите за представителство в Националния съвет по рехабилитация и социална интеграция, като е приемал правилник за дейността му. Министерският съвет е провеждал държавната политика за защита, рехабилитация и социална интеграция на инвалидите чрез осигуряване на условия за социална рехабилитация, образование, професионално ориентиране и професионална квалификация, трудова заетост, достъпна и подходяща битова и околна среда, социална и правна защита и информация и създаване на условия за общуване на инвалидите помежду им и с другите граждани, както и между инвалиди и техните организации от други страни. Предвидено е било държавните органи в рамките на своята компетентност да установяват методи и стандарти за рехабилитационна и интеграционна дейност в посочените области, както и за първоначална професионална подготовка и квалификация на лицата, които работят с инвалиди. Държавните органи в областта на здравеопазването, образованието и труда и социалната политика, отрасловите министерства и агенции, общините, институциите от системата на здравното осигуряване, работодателите и органите по назначаването съдействали за предотвратяване на уврежданията чрез здравна и екологична просвета за ограничаване на рисковите фактори, свързани с начина на живот и с околната среда, здравна профилактика и осигуряване на здравословни и безопасни условия на труд. Министерството на здравеопазването, Министерството на образованието и науката и общинските съвети създавали консултативно-диагностични центрове за изследване на потребностите за рехабилитация и социална интеграция на децата и прогнозиране на развитието им. Услугите в държавните и общинските консултативно-диагностични центрове били безплатни за децата инвалиди. Министерство на образованието и науката осигурявало разработване на учебни програми за интегриране и снабдяване с безплатни учебни помагала, технически средства за обучение, съвременни технологии, необходими за целите на специалното образование, както и със специфични индивидуални приспособления и пособия, подпомагащи учебния процес на инвалидите с трайни увреждания до 18 - годишна възраст до завършване на средното им образование. Министерският съвет определял списък на стоки и услуги, чието производство се възлага на специализираните предприятия, трудово-лечебните бази и кооперации по реда на Закона за обществените поръчки (отм.) и квоти за производство, внос и износ на суровини, материали и оборудване, предназначено за специализираните предприятия, кооперации и обособени производствени единици. Министерският съвет е приемал целеви програми за стимулиране на самостоятелна стопанска дейност и самопомощ за трудова рехабилитация и заетост на инвалидите и определял реда за финансирането им. Агенцията за социално подпомагане е можела да разкрива трудово-лечебни бази с цел осъществяване на трудова

терапия и рехабилитация на инвалиди с трайни увреждания, обслужвани в заведенията за социални услуги. Базите се създавали с наредба на министъра на труда и социалната политика. Министерството на регионалното развитие и благоустройството и общините създавали подходяща жизнена и архитектурна среда за инвалидите. Министерството на транспорта и съобщенията и Министерството на регионалното развитие и благоустройството съгласно изискванията на Закона за движение по пътищата и Закона за териториално и селищно устройство разработвали стандарти и нормативи за използване на транспортни услуги от инвалиди и за облекчения на инвалиди в пътно-транспортното движение. Държавната агенция по стандартизация и метрология съгласно Закона за националната стандартизация одобрявала стандарти за специализирани вътрешни съоръжения и приспособления и обзавеждане в жилищата, работните помещения и обществените сгради, приспособени към потребностите и възможностите на инвалидите и производство и гаранционен сервиз на съоръжения и приспособления за обучение, професионална ориентация, квалификация, трудова дейност, транспорт, битово и обществено обслужване на инвалидите, както и за други лични технически помощни средства. Министерството на труда и социалната политика издава разрешения на физически и юридически лица за извършване на производство, внос или поддържане на техническите помощни средства, приспособления и съоръжения за инвалиди. Редът и условията за това се уреждали с Наредба № 1 от 19 март 1998 г. за условията и реда за издаване на разрешения за производство, внос и поддържане на технически помощни средства, приспособления и съоръжения за инвалиди (отм.), издадена от министъра на труда и социалната политика. Министерството на културата, Министерството на младежта и спорта и общините осигурявали използване на развлекателните, културните, спортните и туристическите прояви и услуги за инвалиди. Държавните органи и общините, спортните федерации, дружества и клубове осигурявали социалната интеграция на инвалидите. Общините осигуряват необходимата материална база и средства за осъществяване на социални контакти на инвалидите. Финансирането на дейностите по Закона за защита, рехабилитация и социална интеграция на инвалидите се е предвиждало да се извършва със средства от държавния бюджет, общинските бюджети, фонд "Рехабилитация и социална интеграция", както и други източници. Създаден е фонд "Рехабилитация и социална интеграция" към Министерството на труда и социалната политика. Фондът е бил юридическо лице на извънбюджетна приходно-разходна сметка със седалище в София. Орган за управление на фонд "Рехабилитация и социална интеграция" е бил управителният съвет, който се е състоял от управител, подуправител и 7 членове. Управителният съвет е имал няколко основни функции, а именно приемал правилник за дейността си, приемал след

предварително съгласуване с Националния съвет по рехабилитация и социална интеграция план-сметка на фонда и я предлагал за утвърждаване от министъра на труда и социалната политика, съгласувано с министъра на финансите, съставял годишния счетоводен отчет на фонда и изготвял годишния доклад за дейността на фонда и го внасял за обсъждане в Националния съвет по рехабилитация и социална интеграция; докладът се утвърждавал от министъра на труда и социалната политика. Управителят и подуправителят на управителния съвет се назначавали и освобождавали от министъра на труда и социалната политика, а членовете му се определяли от Националния съвет по рехабилитация и социална интеграция, като не по-малко от четири са били представителите на национално представените организации на и за инвалиди.

Числеността на персонала на фонд "Рехабилитация и социална интеграция" се е утвърждавал от министъра на труда и социалната политика. Управителят на фонда е представлявал фонд "Рехабилитация и социална интеграция", свиквал е заседания на управителния съвет при необходимост, но най-малко веднъж месечно, обявявал конкурси за финансиране на проекти и програми, организирал дейността по набирането, разходването и отчитането на средствата по фонд "Рехабилитация и социална интеграция" и назначавал и освобождавал персонала за извършване на дейността по фонда. Контролът за набиране и разходване на средствата по фонд "Рехабилитация и социална интеграция" се е осъществявал от Сметната палата съгласно чл. 2, ал. 1, т. 4 от Закона за Сметната палата. Лицата, които разходвали получените от фонда средства не за определените цели, ги възстановявали в пълен размер заедно с лихва 30 пункта над основния лихвен процент, определен от Българската народна банка.

Правоприемникът на Закона за защита, рехабилитация и социална интеграция на инвалидите е Законът за интеграция на хората с увреждания, който влиза в сила на 01.01.2005 г., и е действащ към днешна дата. Според доцент Ивков³: „Въведеният в България с новоприетия Закон за интеграция на хората с увреждания модел на инвалидността може да се определи именно като административен. Основание за подобно твърдение дават редица факти, които се откриват при един по – детайлен анализ на нормите на Закона, както и анализът на използваните методи за приемане и реализиране на едни или други социални политики.” Законът ще бъде разгледан по отношение на уредбата за органите на управление в сферата на уврежданията в следващите редове.

³ Ивков, Б. Модели и концепции за инвалидността, С.: Славена, 2006, с. 53 – 54.

III. Органи на управление в сферата на уврежданията в българското законодателство

Както се изясни в предходния абзац, Законът за интеграция на хората с увреждания е административен. *A priori*, органите на управление в сферата на уврежданията, предвидени в ЗИХУ са предимно административни. С важно значение, преди подробното разглеждане на органите на управление в специфичната област на уврежданията е да се изясни същността на държавния административен апарат и неговите видови характеристики. Според професор Къндева:⁴ „Държавните административни органи, в това число и органите на местната администрация, в своята цялост образуват административния апарат на държавата. Административният апарат е организиранят сбор от държавни и местни органи, които са предназначени да осъществяват задачите на държавното управление и да развиват конкретна, творческа изпълнителна дейност. Административният апарат съдържа редица организационни нива и подразделения, административно – организационни единици, органи и учреждения. Административният апарат е организационният механизъм, чрез който се извършва административната дейност в държавата. Характерна черта на административния апарат е йерархията на нивата и звената в нея. Тази йерархия се проявява в подчинеността на актовете и действията на по – нисшите звена на висшестоящите звена в административния апарат, както и във възможностите за контрол, упражняван от висшестоящите органи по отношение на нисшестоящите.”

Част от държавния административен апарат са органите на изпълнителната власт. В чл. 19, ал. 1 от Закона за администрацията (ЗА), органите на изпълнителната власт се делят на централни и териториални.⁵ Съответно в ал. 2 и ал. 3 на същия член са представени органите на централно и териториално равнище. Централни органи на изпълнителната власт са Министерският съвет, министър-председателят, заместник министър-председателите и министрите. Териториални органи на изпълнителната власт са областните управители, кметовете на общини⁶ на райони и на кметства и кметските наместници. В ал. 4 се предвижда за органи на изпълнителната власт да се считат и председателите на държавните агенции, държавните комисии, изпълнителните директори на изпълнителните агенции, както и

⁴ Къндева, Е. Публична администрация, С.: Сиела, 2007, с. 114.

⁵ Според професор Лазаров, с оглед на териториалния обхват на правомощията им и на йерархическото им място в административната стълбца (на компетентността им по степен) органите на изпълнителната власт биват централни, регионални и местни. – Лазаров, К. Административно право, С.: Фенекс, 2007, с. 39.

⁶ Съгласно чл. 38 от Закона за местното самоуправление и местната администрация (ЗМСМА), орган на изпълнителната власт в общината е кметът на общината. Органи на изпълнителната власт в района и кметството са съответно кметът на района и кметът на кметството. Кметът на общината, както и кметовете на райони и кметства се избират пряко от населението за срок от 4 години при условия и по ред, определени с Изборния кодекс.

ръководителите на държавни институции, създадени със закон или с постановление на Министерския съвет, които имат функции във връзка с осъществяването на изпълнителната власт. В следващите алинеи на същия член се определят и специфични изисквания за заемане на съответния пост. Важно е се спомене, с цел изчерпателност, че уредба в Конституцията на България има относно Министерския съвет и местното самоуправление и местната администрация. Други деления⁷ на органите на изпълнителната власт, освен на централни и териториални са според обема на правомощията, които притежават – органи с обща компетентност и органи със специална (отраслова, функционална) компетентност. От първия вид са Министерския съвет, областните управители и кметовете на общини, а от втория – министрите, председателите на държавните агенции и т. н. Според числения състав административните органи се делят на еднолични и колективни. Еднолични органи са например министърът, директорът, областния управител, а колегиялни – Министерския съвет. Според клона на управлението, в който действат, и предмета на работата си органите на изпълнителната власт се подразделят на отраслови и функционални. Органите на изпълнителната власт се разграничават и според това дали са предвидени с Конституцията или не. От друга страна, органите, които образуват, създават управленските органи са три групи. Първите – образувани, създавани пряко от населението – например кметовете, вторите – създавани от по – горестоящи изпълнителни органи – например областните управители и трети – образувани от други държавни органи. Различие има и според начина на образуване на изпълнителните органи – едни чрез избор, други чрез назначение. Органите се разграничават и в зависимост от областта, в която упражняват управленските си функции.

След изясняването на същността на държавния административен апарат и видовете му особености, следва представянето на органите на управление в сферата на уврежданията, които намират уредба в глава втора от Закона за интеграция на хората с увреждания. В чл. 5, ал. 1 от ЗИХУ се предвижда Министерският съвет⁸ да определя държавната политика, свързана с интеграцията на хората с увреждания. Законът определя държавната политика за интеграция на хората с увреждания да се провежда от Министерския съвет, министъра на труда и социалната политика, областните управители и органите на местното самоуправление в сътрудничество с национално представителните организации на и за хората с увреждания, национално представителните организации на работодателите и национално представителните организации на работниците и служителите съобразно приета национална стратегия за хората

⁷ Дерменджиев, И., Костов, Д., Хрусанов, Д. Административно право на Република България – обща част, С.: Сиби, 2012, с. 113 – 116.

⁸ Министерският съвет е уреден с Конституцията. Според чл. 20, ал. 1 и ал. 2 от Закона за администрацията (ЗА), той е централен колегиялен орган на изпълнителната власт с обща компетентност. Структурата и съставът на Министерския съвет се приемат с решение на Народното събрание по предложение на министър-председателя.

с увреждания. Държавните органи и органите на местното самоуправление съобразно своите правомощия приемат нормативни актове, стратегии, програми, стандарти и други документи, свързани с интеграцията на хората с увреждания. При осъществяване на държавната политика за интеграция на хората с увреждания органите се подпомагат и от други организации, работещи в областта на интеграцията и защитата на правата на хората с увреждания. Новостта в ЗИХУ е ал. 5 на чл. 5, която регламентира, че за изпълнение на функциите по социална интеграция директорите на дирекциите "Социално подпомагане" или оправомощени от тях длъжностни лица имат право на безплатен достъп до Национална база данни "Население" и при необходимост изискват по служебен път информацията, свързана с реализиране правата на хората с увреждания, от общинската администрация, Министерството на регионалното развитие и благоустройството, териториалните структури на Министерството на здравеопазването, на Министерството на образованието и науката, на Агенцията по заетостта, на Националния осигурителен институт, както и от други държавни органи и органи на местното самоуправление, като те са длъжни да я предоставят безплатно в 14-дневен срок от датата на искането.

IV. Национален съвет за интеграция на хората с увреждания. Агенция за хората с увреждания

За осъществяване на сътрудничеството при разработване и провеждане на политиката в областта на интеграцията на хората с увреждания към Министерския съвет се създава Национален съвет за интеграция на хората с увреждания с председател министъра на труда и социалната политика. Националният съвет за интеграция на хората с увреждания е правопреемник на Националния съвет по рехабилитация и социална интеграция в ЗЗРСИИ (отм.). Министерският съвет приема Правилник за устройството и дейността на Националния съвет за интеграция на хората с увреждания, наричан по – нататък Правилника, в който определя и критериите за национална представителност на организациите на и за хората с увреждания. Националният съвет за интеграция на хората с увреждания, наричан за краткост „Националният съвет“ е консултативен орган, в който се предвижда да участват представители на държавата, определени от Министерския съвет, национално представителните организации на и за хората с увреждания, национално представителните организации на работниците и служителите, национално представителните организации на работодателите и Националното сдружение на общините в Република България. В чл. 4, ал. 2 от Правилника се предвижда императивно установена забрана в Националния съвет да участват представители на организации, регистрирани по Закона за политическите партии (ЗПП).

От страна на Министерския съвет в Националния съвет за интеграция на хората с увреждания участват по един заместник-министър на труда и социалната политика, на финансите, на здравеопазването, на образованието и науката, на регионалното развитие и благоустройството, на транспорта, информационните технологии и съобщенията, на икономиката, на енергетиката, на младежта и спорта, на културата, на вътрешните работи, на отбраната, на външните работи, на правосъдието, на околната среда и водите, на земеделието и храните и на туризма, определени от съответния министър. Национално представителните организации на и за хора с увреждания, национално представителните организации на работниците и служителите, национално представителните организации на работодателите и Националното сдружение на общините в Република България се представляват в Националния съвет от по един упълномощен представител. В заседанията на Националния съвет могат да участват като наблюдатели и да предоставят становища при необходимост омбудсманът на Република България, председателят на Комисията за защита от дискриминация, изпълнителният директор на Агенцията за социално подпомагане, изпълнителният директор на Агенцията за хората с увреждания, изпълнителният директор на Агенцията по заетостта, изпълнителният директор на Изпълнителна агенция "Главна инспекция по труда", председателят на Държавната агенция за закрила на детето, управителят на Националния осигурителен институт, управителят на Националната здравноосигурителна каса, както и други еднолични органи на изпълнителната власт, както и членове на колегиални органи на изпълнителната власт, чиито правомощия са свързани с определянето и провеждането на държавната политика в областта на интеграцията на хората с увреждания. При невъзможност на лицата да присъстват на конкретно заседание те могат да упълномощават писмено друго длъжностно лице. При невъзможност на членовете на съвета да присъстват на конкретно заседание те могат да оправомощават писмено свой заместник, който изразява становище по точките от дневния ред според компетентностите на съответната институция или организация. Председател на Националния съвет е министърът на труда и социалната политика, а неговите заместници са заместник-министър на труда и социалната политика и заместник-министър на здравеопазването, представител на национално представителните организации на и за хора с увреждания, избран на ротационен принцип за срок две години. По изключение с решение на Националния съвет срокът може да бъде продължен с още две години. Председателят на Националния съвет представлява съвета пред всички органи и организации, свиква и ръководи заседанията му, утвърждава проекта на дневен ред за заседанията въз основа на внесените предложения, определя секретар на Националния съвет, който е служител в администрацията на Министерството на труда и социалната политика, подписва протоколите от заседанията на

Националния съвет. При отсъствие на председателя неговите функции се изпълняват от определен от него заместник-председател. Секретарят на Националния съвет осигурява дейността на Националния съвет в информационно, административно и техническо отношение, организира изпращането на материалите за заседанията на Националния съвет на хартиен носител и или по електронна поща, организационно осигурява провеждането на заседанията на Националния съвет, изготвя протоколите от заседанията на Националния съвет и води отчетност за становищата и решенията на Националния съвет, съхранява архива на Националния съвет с 3 - годишен срок, след което го предава в архива на Министерството на труда и социалната политика, осигурява публикуването на необходимата информация за дейността на Националния съвет на Портала за консултативните съвети на Министерския съвет, осигурява оперативното взаимодействие на Националния съвет с администрациите на органите на изпълнителната власт и подпомага председателя на Националния съвет в неговата работа. При необходимост към Националния съвет по искане на членовете му се съставят помощни експертни групи или комисии. В Правилника се предвижда, Националния съвет да изпълнява функции по оказване на подкрепа и съдействие при формирането и провеждането на политиката за интеграция на хората с увреждания в съответствие с изискванията на националните и международните правни норми, организиране проучването и анализа на потребностите на хората с увреждания от интеграция и правене на предложения за повишаване на социалната и икономическата ефективност на този процес пред компетентните държавни, общински, обществени и стопански органи и организации, даване на становища по всички проекти на нормативни актове, стратегии, програми и планове, които засягат правата на хората с увреждания и тяхната интеграция, съдействие за координацията между държавните, общинските, обществените и стопанските органи и организации с неправителствените организации на хора и за хора с увреждания за осъществяване на необходимата обществена подкрепа на дейността им в областта на интеграцията на хората с увреждания, взаимодействие с Националния съвет за тристранно сътрудничество, с Националния съвет за сътрудничество по етническите и демографските въпроси към Министерския съвет, с Националния съвет за закрила на детето към Държавната агенция за закрила на детето, с Националния съвет по въпросите на социалното включване към Министерския съвет и със Съвета за развитие на гражданското общество към Министерския съвет, установяване и поддържане на връзки с международни правителствени и неправителствени организации на и за хора с увреждания, организиране популяризирането на проблемите и мерките, свързани с интеграцията на хората с увреждания, чрез активно сътрудничество със средствата за масово осведомяване, представяне на ежегоден доклад пред

Министерския съвет за дейността си и взема мерки за подобряването ѝ и получаване, обобщаване и обсъждане на годишния доклад и годишния счетоводен отчет на национално представителните организации на и за хора с увреждания за финансовата им дейност и отчета за дейността им в областта на интеграцията на хората с увреждания, осъществявана на базата на получена държавна субсидия. Организациите на и за хората с увреждания и организациите на работодателите, които ще участват в Националния съвет и ще бъдат признати за национално представени, трябва да отговарят на следните общи критерии за национална представителност да са вписани като юридически лица по реда на Закона за юридическите лица с нестопанска цел (ЗЮЛНЦ) или по Закона за кооперациите (ЗК) най-малко пет години преди подаване на искането за признаване на представителност, да имат уставни цели, задачи и дейности с национално значение в областта на интеграцията на хората с увреждания не по-малко от пет години считано от датата на вписването им като юридическо лице по реда на ЗЮЛНЦ или по ЗК, териториалните им структури да обхващат повече от 35 на сто от общините в страната, да имат най-малко 5-годишен доказан опит в областта на подкрепата на хората с увреждания. Освен на общите критерии, национално представителните организации трябва да отговарят и на следните специфични критерии организациите на хора с увреждания да имат не по-малко от 1800 членове, от които не по-малко от 60 на сто да са хора с трайни увреждания и да бъдат регистрирани като юридически лица с нестопанска цел за извършване на общественополезна дейност, организациите на сляпо-глухи хора да имат не по-малко от 400 членове, от които не по-малко от 55 на сто да са хора с трайни увреждания, независимо от броя на териториалните им структури по общини, организациите на малките хора да имат не по-малко от 150 членове, от които не по-малко от 50 на сто да са хора с трайни увреждания, независимо от броя на териториалните им структури по общини, организациите на работодателите да имат не по-малко от 10 работодатели и не по-малко от 800 трудоустроени лица с увреждания, организациите за хора с увреждания, предлагащи социални услуги за хора с увреждания, да обслужват не по-малко от 4500 лица годишно и да имат назначени не по-малко от 50 души специализиран персонал за обслужване на хора с увреждания и родителските и професионалните организации за хора с увреждания да имат не по-малко от 500 членове за организация и не по-малко от 1500 членове за асоциация на организации. В случаите, когато едно физическо или юридическо лице членува в две или повече национално представителни организации или в организации, кандидатстващи за признаване на национална представителност, с изключение на организациите на сляпо – глухи хора, на малките хора, на работодателите и на родителските и професионални организации за хора с увреждания и Съюза на военноинвалидите и военнопострадалите, за установяване наличието на критериите

за представителност това лице не се отчита при установяване на числения състав на нито една организация. Организациите на и за хората с увреждания и организациите на работодателите, които не отговарят поотделно на критериите за национална представителност, могат да се сдружават и да участват в Националния съвет като асоциации с обща национална представителност. Организациите, които кандидатстват за национално представителни, подават чрез председателя на Националния съвет до Министерския съвет писмено заявление, в което посочват ЕИК (код по БУЛСТАТ), и прилагат удостоверение за първоначална съдебна регистрация, удостоверение за актуално състояние, издадено от съда по регистрацията, устав, с който организацията е регистрирана в съда, със заверен препис от протокола или решението за неговото приемане, справка за дейността в областта на интеграцията на хората с увреждания, списък на териториалните структури с имената на всички членове, включително имената и адресите на ръководителите, на хартиен и/или електронен носител, справка на хартиен и/или електронен носител за числеността на членския състав на организацията към датата на кандидатстване, справка за броя на работодателите и на работещите трудоустроени лица с увреждания за организациите, писмена декларация, в която се декларира видът на организацията по ЗЮЛНЦ или по ЗК, общият брой на всички членове, общият брой на членовете, които са хора с увреждания, общият брой на териториалните структури, както и писмени доказателства, че имат уставни цели, задачи и дейности с национално значение в областта на интеграцията на хората с увреждания не по-малко от пет години считано от датата на вписването им като юридическо лице по реда на Закона за юридическите лица с нестопанска цел или по Закона за кооперациите и имат най-малко 5-годишен доказан опит в областта на подкрепата на хората с увреждания. Асоциациите на организациите на и за хора с увреждания, които кандидатстват за обща национална представителност в Националния съвет, представят протокол от заседание на органа за управление на асоциацията, подписан и подпечатан от членовете му, като се прилагат съответните документи. Организациите, които кандидатстват за първи път за национална представителност, подават документите не по-късно от 31 март на текущата година. Организациите - членове на Националния съвет, подават документите за национална представителност в срок до три месеца преди изтичане на решението на Министерския съвет за признаването им за национално представителни. Министърът на труда и социалната политика назначава комисия за установяване на наличието на критериите за национална представителност. Комисията може да изисква от съответната организация да представи допълнителна информация, свързана с представените документи, както и да организира извършването на проверки на място, когато това се налага. В тези случаи срокът за произнасяне се удължава с времето, определено за предоставяне на

допълнителна информация и или за извършване на проверка. Комисията представя на министъра на труда и социалната политика протокол за резултатите от проверката. Въз основа на резултатите от извършената проверка министърът на труда и социалната политика в тримесечен срок от постъпването на документите внася в Министерския съвет доклад с проект на решение за признаване или за отказ за признаване на национална представителност. Проверки за наличието на критериите за национална представителност могат да се извършват и през периода, в който организацията е призната за национално представителна. Организациите на и за хората с увреждания и организациите на работодателите се признават за национално представителни от Министерския съвет по предложение на председателя на Националния съвет. Министерският съвет се произнася с решение за признаване или за отказ за признаване на национална представителност в срок три месеца от подаване на заявлението. Решението, с което организациите на и за хората с увреждания, организациите на работодателите и асоциациите се признават за национално представителни, е за срок 3 години. Отказът на Министерския съвет да признае за представителна организация на и за хора с увреждания или организация на работодателите се съобщава на заинтересуваната организация в 3-дневен срок от приемането му, която може да го обжалва пред Върховния административен съд. Министерският съвет отменя решението си за признаване на национална представителност, когато в резултат на проверките се установи, че национално представителна организация не отговаря на критериите за национална представителност, се установят документи с невярно съдържание или организацията изпълни критериите за представителност и подаде заявление за признаване на национална представителност. Национално представителните организации на и за хора с увреждания, национално представителните организации на работодателите и асоциации могат да прекратят участието си в Националния съвет с писмено заявление до Министерския съвет, връчено чрез председателя на Националния съвет. Организациите, които са прекратили участието си в Националния съвет, могат да кандидатстват отново за национална представителност в него не по-рано от една календарна година след датата на прекратяване на участието с изключение на организациите на и за хората с увреждания и организациите на работодателите, които не отговарят поотделно на критериите за национална представителност. Националният съвет провежда заседанията си най-малко веднъж на 3 месеца по приета годишна работна програма. Проектът на дневен ред за заседанията на Националния съвет се утвърждава от председателя въз основа на внесени предложения. Предложения може да прави всеки член на съвета с писмен доклад и проект на решение към него. Окончателният дневен ред се приема чрез гласуване при започване на заседанието. По точките от приетия дневен ред може да се приема

и регламент за работата по тях. Писмени материали за заседанията на Националния съвет се предоставят на секретаря на съвета на хартиен носител и/или по електронна поща най-малко 5 работни дни преди датата на заседанието. При провеждане на извънредни заседания материалите се предоставят допълнително в рамките на един работен ден. Членовете на Националния съвет се уведомяват писмено от секретаря за мястото, деня, часа и проекта на дневен ред на заседанието най-малко 5 работни дни предварително. Поканата се придружава с всички материали по проекта на дневен ред на хартиен носител и или по електронна поща. Членовете на Националния съвет са длъжни да уведомят своевременно секретаря за невъзможността си да участват в насроченото заседание. При невъзможност да участва в заседание всеки член на Националния съвет има право да внесе писмено становище по всяка точка от проекта на дневен ред, което се огласява при обсъждането. Извънредни заседания на Националния съвет се провеждат по предложения на председателя на Националния съвет или при писмено предложение на една трета от членовете на съвета. Заседанията на Националния съвет са присъствени и неprisъствени. Присъствените заседания са редовни, когато в тях участват повече от половината от членовете на Националния съвет. Решенията се вземат с мнозинство повече от половината от присъстващите на заседанието членове на Националния съвет, като всяка институция и организация има право на един глас независимо от броя на нейните представители, участващи в заседанието. На заседанията могат да присъстват като наблюдатели експерти, поканени от членовете на Националния съвет. Неприсъствените заседания на Националния съвет се провеждат по изключение с оглед на получаване на становища и консултации от членовете на Националния съвет в спешен порядък, когато обективни обстоятелства налагат това. При провеждането на неprisъствено заседание материалите се изпращат по електронен път от секретаря на членовете на Националния съвет. Становищата и предложенията от членовете на Националния съвет се предоставят писмено и/или по електронен път до секретаря на съвета в срок до 10 работни дни от получаването на съответните материали. Материалите се считат за съгласувани без бележки, когато в срока не е получено становище. Решенията на неprisъствените заседания се вземат със становищата на повече от половината от всички членове на Националния съвет. За всяко заседание на Националния съвет се води протокол, който се подписва от председателя и от секретаря и съдържа датата на провеждане на заседанието, имената на участниците в заседанието и имената на отсъстващите членове на Националния съвет, приетия дневен ред, взетите решения от Националния съвет, за всяко проведено гласуване и резултата от него се изброяват поименно гласовете "за", "против" и "въздържал се" на всяка организация или институция, основните позиции по обсъжданите въпроси, изразените от участващите в заседанието или

огласени по реда на Правилника, както и изявленията, направени с изрично искане за отразяване в протокола и направените в хода на заседанието процедурни предложения, включително за гласуване по процедурен въпрос или по същество. Протоколите от заседанията на Националния съвет имат годишна номерация, изготвят се в срок до 10 работни дни от провеждането на заседанието и след подписването им от председателя и от секретаря се публикуват на Портала за консултативните съвети на Министерския съвет. Особените мнения при гласуването на решенията се представят в писмена форма в двудневен срок от провеждането на заседанието и са неразделна част от протокола. Председателстващият заседанието на Националния съвет изслушва и подлага на гласуване всяко направено процедурно предложение, включително предложенията за гласуване на решение по обсъждани на заседанието въпроси. Националният съвет приема решения по обсъжданите въпроси. Решенията се вземат чрез гласуване по предвидения ред. Всеки от участниците предприема действия за изпълнението му в рамките на своите правомощия. Председателят на Националния съвет чрез ресорния заместник министър-председател може да внася за обсъждане и решаване от Министерския съвет въпроси от общонационално значение, по които е постигнато споразумение и е взето решение. Министерството на труда и социалната политика осигурява организационно-техническото обслужване на дейността на Националния съвет.

Нормативната уредба на Агенцията за хора с увреждания се намира в Закон за интеграция на хората с увреждания и в Устройствен правилник на Агенцията за хората с увреждания. Агенцията за хората с увреждания е правопреемник на фонд „Рехабилитация и социална интеграция“. Агенцията е юридическо лице на бюджетна издръжка, със седалище София и има статут на изпълнителна агенция⁹ към министъра на труда и социалната политика. Тя се представлява и ръководи от изпълнителен директор. Той може да възложи на главния секретар сключването, изменянето и прекратяването на трудови правоотношения, по които е страна. Функциите на изпълнителния директор в негово отсъствие се изпълняват от главния секретар или от определен със заповед за всеки конкретен случай служител на ръководна длъжност в агенцията. Административното ръководство на администрацията на агенцията се осъществява от главен секретар, който се назначава от изпълнителния директор. Тя е структурирана в обща администрация и специализирана администрация.

⁹ Изпълнителните агенции са ведомства, предназначени да осигуряват административно обслужване на физически и юридически лица, както и за изпълнение на дейности и услуги, свързани с осигуряването на дейността на органите на държавната власт и на администрацията. На комисиите и директорите на изпълнителни агенции не се възлага разработване и осъществяване на политика, съответно към тях не се създават политически кабинети. – Пехливанов, К. Независимите административни органи при парламентарното управление, С.: Сиела, 2016, с. 25.

Общата администрация е организирана в дирекция "Административно-правно, финансово и информационно обслужване". Специализираната администрация е организирана в дирекция "Интеграция на хората с увреждания", като включва и служители, осъществяващи своите задължения извън седалището на агенцията. Правомощията на Агенцията са законово, но неизчерпателно изброени в чл. 8 от Закона за интеграция на хората с увреждания. Тя регистрира лица, които осъществяват дейности по предоставяне на помощни средства, приспособления и съоръжения за хората с увреждания и медицински изделия, посочени в списъците по чл. 35г, ал. 1 от ЗИХУ, контролира дейностите по предоставяне на помощни средства, приспособления и съоръжения за хората с увреждания и медицински изделия, посочени в списъците по чл. 35г, ал. 1 от ЗИХУ. Агенцията води регистър на специализираните предприятия и кооперации на хората с увреждания, участва и дава задължително становище при изготвянето на проекти на нормативни актове, свързани с хората с увреждания, разработва програми и финансира проекти за стимулиране на стопанската инициатива на хората с увреждания и стопанската инициатива в интерес на хората с увреждания и разработва програми и финансира проекти за рехабилитация, интеграция и за изграждане на достъпна среда за хората с увреждания. Тя извършва и други дейности, определени с акт на Министерския съвет. Агенцията за хората с увреждания създава и поддържа информационна база данни за хората с трайни увреждания.¹⁰ Новото в уредбата предвижда Националната агенция за приходите да предоставя на Агенцията за хората с увреждания необходимата данъчна и осигурителна информация за целите на изпълнението на държавната политика за интеграция на хората с увреждания след писмено искане от изпълнителния директор на Агенцията за хората с увреждания. Информацията базата данни се въвежда служебно и се използва за целите на изпълнението на държавната политика по интеграция. Достъпът до базата данни може да бъде отказан в случаите, когато се иска информация, представляваща лични данни, ако физическото лице, до което се отнася, не е съгласно с разкриването ѝ по силата на Закона за защита на личните данни. Редът за воденето и поддържането на базата данни се определя в правилника за прилагане на закона.

V. Заключение

В българското законодателство са регламентирани редица органи на управление в сферата на уврежданията. Но е от изключително значение да се осигурят ефективни и добре работещи механизми за все по-пълното и осъзнато като необходимост изпълнение на функциите на тези органи, които участват в процеса на интеграцията на хората с увреждания,

¹⁰ Митева, Илияна. Правото на труд на хората с увреждания в българското законодателство. Агенция на хората с увреждания – статут и правомощия. – Сп. Норма, бр. 9, 2017 г., с. 56 – 57.

така ще се премахнат и все още съществуващите дискриминационни практики. В статията са представени съответните аргументирани предложения.

Също така, считам, че е нужно да се премахне и ограничеността в начина на възприятие у обществото, чрез съответния законодателен подход, във връзка с възможностите на хората с увреждания и способността им да бъдат пълноправни членове на колектива.

ПРИЛОЖЕНИЕ



Студентската юридическа научна академия (СЮНА) е научно-практически форум, насочен към студентите от Юридическия факултет на ПУ „Паисий Хилендарски“. Тя е създадена по инициатива на студенти и преподаватели от Юридическия факултет. СЮНА е традиционно събитие в живота на факултета, което се провежда всяка година и по този начин допълнително стимулира студентското научно творчество.

В Студентската юридическа научна академия основен участник са студентите от Юридическия факултет на ПУ „Паисий Хилендарски“.

В рамките на тази инициатива, всеки желаещ да участва студент трябва да представи разработка на юридическа тематика, която да засяга въпроси от областта на един или няколко правни отрасли и/или институти. Това дава възможност на студентите да разгърнат своя потенциал и да обхванат в своите разработки една широка палитра от правна проблематика.

През 2018 г. в СЮНА със свои разработки участваха 14 студенти от Юридическия факултет на ПУ „Паисий Хилендарски“. Жури в състав: проф. д-р Дарина Зиновиева – председател; доц. д-р Люба Панайотова; гл. ас. д-р Жана Колева; д-р Ивайло Василев; докт. Димо Хаджиев; съдия Милка Панчева от Върховен административен съд и адвокат Светлана Проданова от Висш адвокатски съвет, по предварително разработени критерии оцени студентските разработки, като направи следното класиране:

1-во място – Изабела Петкова;

2-ро място – Илиян Янкулов;

3-то място – Иван Кърчев;

Награда на председателя на журито – Тодор Рогошев.

Публикуваме наградените разработки като приложение, като редакционната колегия не се ангажира с преценката дали те отговарят на изискванията на ЗРАСРБ и ППЗРАСРБ.

Първо място в Студентска Юридическа Научна Академия 2018**ПРЕХВЪРЛЯНЕ НА ТЪРГОВСКОТО ПРЕДПРИЯТИЕ.
ГОРДИЕВИЯ ВЪЗЕЛ В ДОКТРИНАТА И СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА.****Изабела Петкова***V курс, спец. „Право“, редовно обучение
Юридически факултет, ПУ „Паусий Хилендарски“***Анотация**

Прехвърлянето на търговското предприятие е свързано с множество проблеми, както в правоприлагането, така и в правната доктрина. Тази статия си поставя за цел да анализира някои спорни въпроси, които нямат еднозначен отговор. Поради това, като отправна точка досежно възможните съждения, са използвани различни подходи, поясняващи достигнатите от автора, конкретни умозаклучения.

Ключови думи: *прехвърляне на търговско предприятие, предизвикателства пред правната уредба*

Abstract

The aim of this article is to present the challenges of legislation in reference to enterprises. For the sake of completeness, of the present research and to better understand the different aspects of the major problems facing lawyers today, it is necessary to include knowledge accumulated from sophisticated researches and innovative approaches.

Key words: *Commercial law, enterprises, challenges of legislation*

*„И ето, че пред сложната дилема,
на бродищата - реших да бъда аз водача.
Александър! Извини ме!
Гордиевият възел да разсеча -
не си поставих ни за цел, ни за задача.
И макар да не съм Тезей,
не съм и жител на Абдера!
Гордиевият възел тук ще разплета -
не бих могла да разсеча една химера!“¹*

1. Петкова, И. „Гордиевият възел“.

I. Увод

Правото не е инструмент на природата, а е инструмент на човека. На неговото мисловие, на неговия труд, на необозримото му въображение и творчески подход. И поради това, че е продължение на човека, то не е свършено. Напротив, подлежи на тълкуване през призмата на поколенията и на времето. С настоящето изследване, авторът си поставя за цел разглеждането на някои дискуссионни въпроси при прехвърлянето на търговското предприятие. Съдържанието не претендира за изчерпателност, но поставя за сетен път началото на диалог по някои актуални проблеми в нормативната уредба, а оттам и в правоприлагането.

II. Прехвърляне на цялото търговско предприятие (транслативна сукцесия).

Търговска или гражданскоправна сделка представлява договорът по чл.15, ал.1 ТЗ?

На първо място, за да определим дали прехвърлянето на цялото търговско предприятие е търговска или гражданскоправна сделка, трябва да проверим дали отговаря на изискванията за родовото понятие на всяка от двете възможности.

За да е търговска сделката, то тя трябва да е осъществена от търговец във връзка с упражняваното нему занятие, по аргумент от чл. 286, ал.1 ТЗ, или да попада в кръга на т. нар. абсолютни търговски сделки, тоест независимо от качеството на лицата, които са страни по постигнатото съглашение и не с оглед дали последното е във връзка с упражняваното от тях занятие, то същото следва да се квалифицира като абсолютна търговска сделка *ex lege*, доколкото самият закон му е придал това качество. В зависимост от това дали конкретната сделка попада в приложното поле на чл.286, ал.2 във връзка с чл.1, ал.1, т.1 - 15 ТЗ или в този на чл.286, ал.1 ТЗ, то същата може да се квалифицира в първия случай като обективна търговска сделка, а във втория - като субективна такава.² Същевременно, в чл. 1, ал.1, т.1 – 15 ТЗ покупко-продажбата и останалите прехвърлителни сделки с търговското предприятие не са включени и оттука би могло да се достигне до извод, че те не попадат в кръга на т. нар. абсолютните търговски сделки.

От формулировката на чл. 286, ал. 1 ТЗ става ясно, че *“Търговска е сделката, сключена от търговец, която е свързана с упражняваното от него занятие”*. Следователно, за да определим дали прехвърлянето на търговско предприятие е сделка, сключена по занятие, трябва да анализираме възможността дружеството – отчуждител и дружеството –

2. Голева, П. Търговско право. Втора част. Търговски сделки, С.: АПИС ООД, 2015, с.13. ISBN: 978 – 954 – 833 – 13 – 8.

приобретател³ (в закона се използва и термина - „правоприемник“, по аргумент от чл.15, ал.3 ТЗ⁴) обичайно, още по принцип, да сключват такъв тип сделки. Ако отговорът е да, то трябва да приемем, че сделката е търговска. Обратното, ако приемем, че отговорът е не – то тогава следва да заключим, че е гражданскоправна. Доколкото обаче нормотворецът не е задал това обстоятелство по обективен начин, то наличието му не може да се презумира, а трябва да се тълкува.⁵ Разбира се, стои въпросът дали би могло сделките да се квалифицират като търговски или не чрез човешка презумция.

Въпросът изглежда на пръв поглед ирелевантен, но всъщност е основополагащ, защото законът се прилага и досежно фактическите търговци. Те нямат качеството „търговец“ вследствие на правно–организационната си форма, не са и еднолични търговци, защото за последното също е нужно вписване в търговския регистър. Въпреки това, в чл.1, ал.3 от ТЗ е установено правилото, че по отношение на предприятие, което по „(...)предмет и обем изисква неговите дела да се водят по търговски начин(...)“, качеството търговец се съотнася. Подобен текст, който да установява друго, но за търговските сделки, има и в разпоредбата на чл.286, ал.2 ТЗ, според която независимо от качеството на контрахентите, когато те сключват сделки от списъка в чл.1, ал.1, т.1 – 15 ТЗ, то сключеното съглашение ще се приравни всякога на търговска сделка. Оттук следва, че за субективните търговски сделки трябва първо да се анализира възникналото правоотношение, за да се прецени дали сключената сделка е търговска или не, като се провери твърдението, че е извършена по занятие или противното, а също да се вземе предвид и презумпцията, установена в чл.286, ал. 3 ТЗ.

Затова считам, че отговорът на въпроса, дали сделката може да се окачестви като търговска вследствие използването на човешка презумпция е отрицателен, доколкото от правилната квалификация на сделката ще се обуслови и реда за осъществяване на субективните права и реализиране на юридическите задължения на страните, включително приложимата нормативна уредба. Поради последното, черпене на аргументи чрез позоваване на презумпция е мислимо само, ако тя е следствие на законодателна техника, но не и на „интерсубективно договориране“.⁶

3. Григоров, Гр. Отговорност за задълженията при прехвърляне на предприятие по член 15 на Търговския закон - В: Юбилеен сборник в чест на професор Живко Сталев.

4. ДВ, бр. 102 от 22.12.2017г., с изм. и доп. С допълнение към чл.15 ТЗ, бяха законоустановени нови две алинеи ал.4 и ал.5. В ал.5, законодателят използва понятието - приобретател, изоставяйки предходната терминология, отразена в по – старите редакции, като например - ал.3 на същия член.

5. Петкова, И. Формална, математическа и правна логика в правоприлагането (теоретични и дидактични аспекти) - Studia Iuris, 2017, № 2, ISSN: 2367 – 531. Също вж. - Ташев, Р. Теория на тълкуването, Сиби, 2002, 20- 35. ISBN: 9789547304567.

6. Маринов, М. Логиката на науката и методологията на Карл Попър, София, С.: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 1992, с.16, ISBN: 9540700817.

Във връзка с казаното дотук, следва да се извърши анализ на точния смисъл на релевантните норми от Търговския закон, каквото всъщност представлява именно тълкуването, както и обстоен последователен преглед на доктринерните концепции, част от които намират релация и в съдебната практика.

Като въвод в анализа, следва той да започне от буквалното тълкуване на фирмата, откъдето може да потърсим съответствие между вписания предмет на дейност и наименованието на търговеца, ако фирмата не е лична, а съответно предметна. Вярно е, че самото наименование не е рестриктивно, в смисъл да ограничава извършването и на други сделки извън предмета на дейност – т. нар. сделки *“ultra vires”*.⁷ Последните ще бъдат действителни и ще породят своите правни последици, откъдето с аргумент от по – силното основание наименованието на фирмата не е еквивалентно равнение на самия предмет. От друга страна, при съмнение в това коя е основната дейност на даден търговец, бихме могли да направим справка в Търговския регистър, за да узнаем коя икономическа дейност е посочил той в съответствие с Класификацията на икономическите дейности.⁸ Тогава дадена сделка, ако се привежда по своя характер с икономическата дейност по КИД, посочена от съответния търговец, ще се квалифицира и като извършена от него по занятие - безусловно .

В продължение на вече изложеното и с оглед дедуктивната подредба и логическата последователност, следва да се разгледа законоустановената презумпция, че при сключване на сделка от лице имащо качеството търговец, за самата сделка, изхождайки от присъщото на субекта, се предполага, че е търговска. Тоест на базата на установения факт, че един от контрахентите е търговец, е изводим и мислим друг резониращ на първия факт, а именно и че самата сделка е търговска, по аргумент от чл.286, ал.3 ТЗ. Доколкото в конкретния случай презумпцията намира приложно поле и е в действие, то трябва в съответствие с правилата на чл.154, ал.2 ГПК тя да бъде оборена, за да се обоснове обратното на утвърденото от нея правно положение.

Тук, още трябва да изясним и въпроса дали съотношението на качеството на страната като търговец и характера на сключената сделка са в условията на кумулативност, или алтернативност. Това е важно, защото ако са в условията на кумулативност, следва, че за да се обори презумпцията, то трябва да се докаже, че макар сделката да е сключена от търговец, то тя е и във връзка с неговото занятие. Или, иначе казано, наличието само на една от предпоставките *ipso facto* няма да обуславя характеристиките на сделката като търговска и *ipso iure*.

7. Павлова, М. Търговски сделки – понятие и видове. - Търговско право, 1997, № 2.

8. Достъпна, към 31.05.2018г., на: <http://www.nsi.bg/sites/default/files/files/publications/KID-2008.pdf>

Обратното, ако предпоставките са в условията на алтернативност, наличието дори само на едната *ipso facto* ще означава и действие на презумцията *ipso iure*. В конкретната хипотеза считам, че по отношение на презумцията предпоставките са в условията на алтернативност. Това следва именно от текста на разпоредбата на чл. 286, ал.3 ТЗ, като тук процесуалната икономия и преразпределение на доказателствената тежест като правила, обуславящи нормотворческото решение досежно нормата на чл.286, ал.3 ТЗ, установяват задължение на страната, която ще се ползва от отрицанието на обоснованото предположение да го обори.⁹ И макар двете условия да не са в зависимост на кумулативност, именно второто условие ще спомогне да се обори презумпцията.

Що се касае до понятието “занятие”, то под него следва да се разбира: „трайно установена, обичайна дейтелност, тъждествена на предмета на дейност или пък непосредствено свързана с него, досежно индивидуализиран търговец“.¹⁰

За пълнота следва да се направи и сравнителен езиков анализ, за да потвърдим или отречем гореизложените съждения. В „Синонимния речник на българския език“¹¹, една от думите, описващи понятието “занятие”, е “*пoминък*”, докато в английския език еквивалент на българския термин е думата „*occupation*”¹². В значението на думата като съществително, там се поставя изначално професията на дадено лице, а след това и обичайната дейност на същото. Водени от това лингвистично съпоставяне, бихме могли да изведем дефинитивно определение за занятие, което да ни служи като ориентир. Защото ако предметът на дейност съвпада със занятието, то остава да се направи съпоставка между двете и ако те са еквивалентни, то сделката ще се квалифицира като търговска. Установят ли се контрадикторни елементи, противни на обичайното за дадения търговец, сделката ще се квалифицира като гражданскоправна.

Все поради задълбочаване на изследването на разпоредбата на чл.15, ал.1 ТЗ, трябва да се подчертае и една от характерните особености на търговските сделки – те са поначало свързани с оборота, тоест чрез тях се прехвърлят стоки и извършват услуги.¹³ Понятието “стока” има легална дефиниция в §13, т.13 от ДР на ЗЗП: „...*движима материална вещь, с изключение на вещите, продавани при принудително изпълнение или чрез други мерки от оправомощени от закона органи, както и вещи, изоставени или отнети в полза на държавата, обявени за продажба от държавни органи. Стоки са и вода, газ и електрическа*

9. Голева, П. Цит. съч., с. 19.

10. Определението е мое.

11. Пернишка, Е. Синонимния речник на българския език, С. : Наука и изкуство, 2017, ISBN: 9789540203270.

12. Достъпен, към 31.05.2018г., на: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/occupation>

13. Герджиков, О. Търговски сделки. Трето преработено и допълнено издание. София, С.: ИК „Труд и право“, 2008, с. 23. ISBN: 978-954-608-154-4.

енергия, когато се предлагат за продажба, опаковани в ограничен обем или в определено количество“.

Съгласно правилото на чл.37, ал.1 УПЗНА думи или изрази с утвърдено правно значение се използват в един и същ смисъл във всички нормативни актове. Макар Законът за защита на потребителите да е специален нормативен акт и да е мислимо становището, че легалното определение за „стока“, дефинирано в допълнителните му разпоредби, е досежно обществените отношения, уредени от него (едноименния закон), считам че формулировката е изчерпателна и ще намери приложение и спрямо настоящия анализ.

Понятието „услуга“ е легално дефинирано в разпоредбата на §13, т.14 от ДР на ЗЗП, според която: *„Услуга“ е всяка материална или интелектуална дейност, която се извършва по независим начин, предназначена е за друго лице и не е с основен предмет прехвърляне владение на вещь“*. Съществуват и множество видови понятия досежно родовото, като например терминът „административна услуга“, нормативно формулиран в §1, т.2, б.,а” от ДР на Закона за администрацията, както и дефиницията, залегнала в чл.8 от ЗДДС. По отношение на последните, считам, че те поначало не са тъждествени, доколкото не може да се вложи смисъла на видовите понятия в родовото. Това е така, защото по пътя на индукцията, за по-малкото, може да се изведе умозаклучение и за по-голямото. Но индукцията в случая е немислима поради спецификата на видовото понятие, още повече, че то е дефинирано в административни и данъчни закони (публичноправни закони)¹⁴, а не в гражданскоправен (частноправен) такъв. *Ergo*, тук използването на понятието за услуга не може да е чрез индукция от правно-понятиен термин. Но остава открита възможността да се ползваме от посочената по-горе дефиниция от ЗЗП, или в един по-широк смисъл от икономическото значение на термина „услуга“, разбира се, съответно, а не пряко.

Според науката икономика услугата се определя като нематериален, неовеществен еквивалент на стоките.¹⁵ И въпреки че това разбиране е поначало преобладаващо широко, намирам същото за релевантно в разглежданата хипотеза ведно с легалната дефиниция, законоустановена в §13, т.14 от ДР на ЗЗП. Прехвърлянето на цялото търговско предприятие обаче няма характеристика нито на продажба, респ. друга класическа прехвърлителна сделка, нито има за предмет предаване на стоки или разпоредителни действия с услуги¹⁶, защото по

14. Легална дефиниция, отнасяща се до термина 'услуга', се съдържа и в чл. 8 ЗДДС. В посочения закон, под „услуга“, се разбира: *„(...)всичко, което има стойност и е различно от стока, от парите в обращение и от чуждестранната валута, използвани като платежно средство.“*

15. Гъргов. З., Иванов. П. Основи на пазарната икономика. София, С.: Военно издателство, 1992.

16. Голева, П. Търговско право. Търговци. Шесто преработено и допълнено издание. София, С.: Нова звезда, 2018, с. 48. ISBN: 978-619-198-070-3.

своята правна същност предприятието представлява съвкупност от права, задължения и фактически отношения - аргумент от чл.15, ал.1 ТЗ.

С оглед избягване на повторенията и поради функционалната връзка на следващите редове с предходното изложение, приемам, че прехвърлянето на цялото търговско предприятие не представлява търговска сделка и съответно приложимата правна уредба няма да е в Търговския закон, а ще е в общия гражданскоправен закон – Закона за задълженията и договорите. Формулирането на този извод е във връзка с установяване на противното на презумцията, визирана в разпоредбата на чл. 286, ал. 3 ТЗ. Считам, че съобразно така изложените аргументи и оценъчната им стойност в тяхната съвкупност, единственото възможно следствие е, че сделката, упомената многократно, е гражданскоправна.

III. Прехвърляне на обособена част от търговско предприятие (конститутивна сукцесия)? Сравнителен анализ. „Мрежата на Арахна“. Търговска или гражданскоправна сделка представлява прехвърлянето на обособена част от търговско предприятие?

По отношение на поставения за разглеждане въпрос, а именно дали прехвърлянето на обособена част от търговско предприятие може да се квалифицира като търговска сделка, то считам, че отговорът не е еднозначен. От една страна, би следвало да намери приложение правилото, че което се отнася за по-голямото, се отнася и за по-малкото (*argumentum a maiore ad minus*)¹⁷, тоест щом в т. I от настоящето изложение достигнахме до извода, че прехвърлянето на цялото търговско предприятие е гражданскоправна сделка, то същото да отнесем и към прехвърлянето на обособената част от търговското предприятие. Но, от друга страна, законът поставя редица изключения от общата уредба досежно цялото предприятие, представляващо в своята правна същност – съвкупност. Така например може да се открият следните диференцирани отлики:

На първо място, няма изискване за форма за действителност, каквато е установена при прехвърляне на цялото търговско предприятие – нотариална заверка на подписите и съдържанието, извършена едновременно(чл.15, ал.1 ТЗ).

На второ място, съществува правна възможност да се впише прехвърлянето на обособената част от предприятието(изводът следва от разширителното тълкуване на чл.51, ал.1 от Наредба №1 за водене, съхраняване и достъп до ТРРЮЛНЦ)¹⁸, но липсва вменено на контрахентите задължение да го сторят и макар същото да се отнася и до прехвърлянето на

17. Таков, К. Как се решава частноправен казус. София, С.: Сиби, 2008, с. 61. ISBN: 978-954-730-404-8.

18. Така и Решение №189/10.03.2015 по т. д. №1978/2013 на ВКС, ТК, I т.о.

цялото търговско предприятие, там вписването има оповестително действие с оглед публичност на съглашението и засилен „протекторат“ спрямо кредиторите, изразяващ се във възникването на пасивна солидарна отговорност между отчуждителя и приобретателя, както и задължението за отделно управление в шестмесечен срок след извършване на прехвърлителната сделка, в това число и възможността на кредиторите да искат изпълнение или обезпечение съобразно правата си в рамките на упоменатия модалитет по-горе. В случай, че на кредиторите им бъде отказано изпълнение или обезпечение, то те ще могат да се удовлетворят предпочитително от правата принадлежащи на длъжника им, по аргумент от чл.16а, ал. 2 ТЗ.

Обратно, при прехвърляне на обособена част от търговското предприятие, макар да съществува подобна възможност и практиката да го допуска, рядко би се извършило в действителност вписване, което ще затрудни и узнаването на кредиторите за разпореждането, вкл. в тази хипотеза няма да възникнат и горепосочените последици, свързани със защитата на кредиторите. Поради този своеобразен Дамоклев меч върху кредиторите на отчуждителя, остава открита възможността за защита на интересите им чрез атакуване на разпоредителната сделка с обособената част от търговското предприятие по реда на чл.135 от ЗЗД, чрез предявяване на т.нар. Павлов иск срещу техния длъжник - отчуждителя на обособената част от търговското предприятие. Следва да се отбележи, че при прехвърляне на цялото търговско предприятие това не е мислима релация на реализиране на правата на кредиторите, доколкото горепосочените гаранции създават правна сигурност за тях и лишават от правен интерес ищеца - кредитор.¹⁹ Правният интерес е абсолютна процесуална предпоставка за разглеждане на всеки иск, но доколкото с Павловия иск се реализира защитата на едно преобразуващо право, тоест искът е конститутивен²⁰, интересът идва от характера на последния^{21 22}, вкл. досежно прехвърлянето на част от търговско предприятие. Въпреки това реализирането на защитата на кредиторите чрез възможностите, които предоставя отменителният иск е неубедителна, поради затрудненото доказване на съществения елемент на увредата²³ – част от фактическия състав на Павловия иск.

19. Така и Определение № 373/ 30.11.2004 г. по ч. гр. д. № 246/2004г., ТК, I т.о. на ВКС.

20. Калайджиев, А. Облигационно право. Обща част. Шесто издание. София, С.: Сиби, 2013, с. 604. ISBN: 978-954-730-842-8.

21. Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О. и др. Българско гражданско процесуално право. Девото преработено и допълнено издание. София, С.: Сиела, 2012, с. 197. ISBN: 978-954-28-1016-2.

22. Пунев, Б., Гачев, В., Хорозов, Г. и др. Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар. Второ преработено и допълнено издание. София, С.: ИК „Труд и право“, 2017, с. 223. ISBN: 978-954-608-250-3.

23. Кожухаров, А. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. София, С.: ЮРИПРЕС, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2002, с.567. ISBN: 954-632-049-8.

На следващо място, с ДВ бр. 92 от 2017г., в сила от 01.01.2018г., се внесоха промени в чл.77, ал.1 ДОПК, където се указва, че: „В случаите на (...)прехвърляне на предприятие по чл. 15 от Търговския закон (...) заявителя уведомява териториалната дирекция на Националната агенция за приходите по седалището на търговеца преди подаване на съответното заявление за вписване на подлежащото на вписване обстоятелство. Териториалната дирекция на Националната агенция за приходите издава на търговеца или на заявителя удостоверение за уведомяването в срок до 60 дни от постъпване на уведомлението“. АLINEя втора, на същия член, въздига като *conditio iuris* за разглеждане на заявлението за вписване прилагането към него на удостоверение за уведомяване на териториалната дирекция на НАП. Подобни изисквания отново не съпровождат прехвърлителните сделки с обособена част от търговското предприятие.

След извършените съпоставяния и обективния им анализ дотук, считам, че нормотворецът трябва да прецени еднозначно дали следва и към обособената част от търговското предприятие да се прилагат правилата за цялото, или е необходимо да се установят различни такива с оглед спецификата на всяко измежду тях. Наложително е и да се съобрази фактът, че със серия от такива сделки отчуждителят може да се разпорежи с активите на предприятието заедно с фактическите отношения, като остави в него само пасиви, а това рано или късно би довело до неплатежеспособност като правна последица, с оглед неизпълнение по други сключени - вече търговски сделки. При това последното ще се дължи на заобикаляне на правилата за транслиране на цялото предприятие, доколкото в законодателството липсва уредба досежно прехвърлянето на обособените части.

Разбира се, това създава и непосредствена опасност във връзка с успешното събиране на вземанията на кредиторите, а множеството сделки ще доведат до невъзможност за удовлетворяване на насрещните им спрямо длъжника (отчуждител) права. Тази хипотетична ситуация наричам *Явлението на Арахна*.²⁴ В доктрината е изразено становище, че следва в такъв случай да се прилагат правилата за прехвърляне на цялото търговско предприятие²⁵, но докато по законодателен път не се установи това разрешение, приложението на упоменатите правила може да е само пожелателно, но в никакъв случай не създава юридическо задължение за съответно прилагане на разпоредбите на чл.15 и сл. ТЗ.

24. Древногръцката митология разказва, че Арахна била посипана със сока от билката на Хеката и се превърнала в първия паяк. Неколкократните прехвърлителни сделки с обособена част от търговско предприятие наподобявам на своеобразна паяжина и оттам наричам съответно „феномена“ - Явлението на Арахна.

25. Григоров, Гр. Цит. съч., с. 106.

Затова, *de lege ferenda* предлагам да се въведе нова алинея втора на чл.15, която да има следното съдържание: „При прехвърляне на обособена част от търговско предприятие, правилата на този член се прилагат съответно, а сегашната алинея втора на същия член да отпадне. По подобен начин да се постъпи и с разпоредбата на чл.51, ал.2, т.1 от Наредба №1 за водене, съхраняване и достъп до ТРРЮЛНЦ, доколкото двете норми са иманентно свързани. Оправдано е тълкуването на текста на закона, чрез *argumentum a maiore ad minus* и именно поради последното не следва при прехвърляне на обособена част от търговско предприятие да се изключва реда по чл.262 „п“, като юридическа гаранция за действителното съгласие както на волеобразувателния, така и на волеизявявателния орган.

Още повече, че легална дефиниция за обособена част има в §1а от ДР ТЗ, но тя не кореспондира добре с текстовете на чл.15 – 16а ТЗ. Чрез анализ едновременно на официалното тълкуване(съдебната практика) и неофициалното(доктрината), стигаме до извод, че под обособена част би следвало да се разбира само тази, която е отделена счетоводно или по друг начин, небудещ съмнение кой е индивидуализираният предмет на прехвърлителната сделка.²⁶

За всестранност на проучването е важно да се отбележи, че в доктрината има застъпени становища, според които може да се прехвърлят и идеални части от търговско предприятие²⁷, но въпреки това, досежно последното, съдебната практика е категорична в противното. Тя приема като условие предмет на прехвърлителната сделка да бъдат реално обособени части, а не идеални такива. Оттук следват два извода: ако приемем становището, застъпено от съдебната практика, то трябва и да потвърдим разбирането, че един търговец може да има повече от едно търговско предприятие. Именно последното прави възможно транслирането му поначало, защото търговското предприятие представлява съвкупност, а когато трябва да се обособи част от тази съвкупност, то следва да е реално обособена, инак не може да се заключи несъмнено какъв е предметът на прехвърлителната сделка. Нужна е строга индивидуализация, защото това е съществен елемент на повечето прехвърлителни сделки и най-вече на покупко–продажбата.

Противно, ако приемем другото разбиране, подкрепено от част от доктрината²⁸, то тогава трябва да застъпим и твърдението, че търговецът не може да има повече от едно търговско предприятие. Всъщност, извършвайки действия на разпореждане с част от търговското предприятие, той винаги отделя нещо от цялото, *secundum legem*.

26. Така Определение № 451/25.09.2017 г. по т. д. № 1260/2017 г., ТК, I т. о.

27. Герджиков, О., Калайджиев, А., Касабова, К., Бузева, Т., Кацарски, А. Коментар на Търговския закон. Книга първа. София, С.: СОФИ– Р, 2007, с. 123. ISBN: 978-954-638-146-0.

28. Калайджиев, А. Търговско право. Обща част. София, С.: ИК „Труд и право“, 2015, с. 90. ISBN: 978-954-608-232-9, с. 90.

Затова приемам, че тук е налице случай, аналогичен на конститутивната сукцесия. Отчуждителят запазва основното, главно право, като отделя за друго част, нееквивалента на главното. Като аргументи в подкрепа на това разбиране, следва да привлечем и разпоредбата на чл.51, ал.2, т.6 от Наредба №1 за водене, съхраняване и достъп до ТРРЮЛНЦ, че поначало след смъртта на физическото лице - едноличен търговец, не се допуска всеки от наследниците да може да поеме реална част от него вследствие на делба, а напротив, това може да бъде сторено само измежду един от всички или, ако общата воля е да се поеме от целият кръг на призованите към наследяване лица, то това не може да стане чрез фигурата на едноличния търговец, а ще трябва да се обединят в правно–организационната форма на дружество или кооперация.²⁹

На последно място, в тази точка трябва да се изследва въпросът дали прехвърлянето на обособена част от търговското предприятие представлява гражданскоправна, респ. търговска сделка. Проблемът беше поставен още в началото, като се посочи, че едното възможно разрешение следва от тълкуването чрез *argumentum a maiore ad minus*. Другата възможност е точно обратната на първата, тоест квалифициране на прехвърлянето на обособената част от търговско предприятие като търговска сделка. За сетен път, прехвърлянето на обособена част не е уредено изрично в разпоредбата на чл.1, ал.1, т.1 – 15 ТЗ, но остава открита възможността за квалифициране на сделката като субективна търговска съгласно нормата на чл.286, ал.1 ТЗ. Това обаче е трудно мислимо, доколкото прехвърлянето както на цялото търговско предприятие, така и на част от него поначало има сингуларен характер. В тази връзка и прехвърлянето на търговско предприятие представлява т. нар. *asset deal*, а не *share deal*,³⁰ за които е характерна винаги спекулативната цел.

С поглед към бъдещето развитие на института и с оглед изследване на целта му³¹, прозорливостта налага да предвидим, че е възможно прехвърлянето на обособени части също да има спекулативна цел, разбира се, ако възприемем тезата, че един търговец може да има повече от едно предприятие. Самото транслиране предполага поемането на един развит „бизнес“ с оглед икономическото му и пазарно еволюиране.

29. Михайлов, О. „Поемане на търговско предприятие по смисъла на чл.60, ал.2 от Търговския закон. - Адвокатски преглед, 2012, № 4, 6 – 15. ISSN: 1313-7204.

30. Голева, П. Търговско право. Търговци. Цит. съч., с.46.

31. Григоров, Гр. Цит. съч., с. 97.

Като основание за сключване на сделката би могло да бъде и диверсификацията на дейността³² на контрахентите чрез стратегии за намаляване на риска и подобряване на финансовите резултати чрез преразпределения - в конкретния случай на елементи на съвкупността от права, задължения и фактически отношения *per argumentum a* чл.15, ал.1 ТЗ. Няма пречка един търговец да се занимава с разработването на различни обособени предприятия, в които да са групирани по сфери различни икономически дейности чрез съответните права, задължения и фактически отношения. Макар и необичайно, последното не е невъзможно, а е проект на дългосрочни инвестиции. Затова приемам, че макар и в ограничени хипотези, прехвърлянето на обособена част от търговско предприятие и по-конкретно покупко-продажбата на такова, може да се квалифицира като субективна търговска сделка, защото няма законодателна пречка разпорежданията тук да са със спекулативна цел.

Във връзка с гореизложеното следва да заключим, че законодателят не е последователен в уредбата на института на търговското предприятие, а непълното законодателство в никакъв случай не може да се разглежда еднозначно. Затова може да обобщим, че и двата варианта са едновременно правилни и погрешни, въпреки че последното е пример за оксиморон. За да можем да предпочетем едната теза пред другата и следователно да и да дадем превес, то нужно е първо да има законодателна промяна. Преди това застъпването само на една от двете тези е нежелана рестрикция на свободната интерпретация на текстовете от закона – *de lege lata*. В тази връзка, трансформацията на анализиранияте разпоредби, трябва да бъде извършена от нормотвореца и несъмнено би било израз на далновидна законодателна политика, но само ако е съобразена с аргументираните разбирания, изразени в доктрината и съдебната практика. А относно моите собствени идеи и виждания за текстовете на чл.15 – чл. 16а ТЗ, препращам към предложенията ми *de lege ferenda*.

IV. Задължението за уведомяване на кредиторите от отчуждителя

В чл.15, ал.1 ТЗ е уредено задължението за уведомяване на кредиторите от отчуждителя на предприятието. Като тук някои автори споделят, че това е лично незаместимо нему действие. В по-голямата част от становищата договорите за цесия и за прехвърляне на търговско предприятие се разглеждат паралелно.³³

32. Касърова, В. Финансови решения: изследвания и практики, С.: Нов български университет, 2009, 240–260. ISBN: 978-954-535-592-9.

33. Ставру, С. Особенности на правоприменяването във вземания и в задължения при прехвърляне на търговско предприятие. - Норма, 2014, № 6, 30-44. ISSN: 1314 – 5118.

Това е и причината при сравняване на институтите да се достига до сходни разрешения на аналогични проблеми като например, достига се до извода, че прехвърлянето на предприятието ще има действие за кредиторите от момента на уведомяването (съпоставят се чрез систематическо тълкуване чл.99, ал.4 ЗЗД и чл.15, ал.1 ЗЗД).

Това поначало е вярно, но струва ми се, че тук идеята е друга. Несъмнено, има доста сходства между цесията и прехвърлянето на търговско предприятие, ала цесията е възмезден договор, с който се прехвърля вземането на нов кредитор (цесионер). При нея не се изисква съгласието на длъжника, защото нему е безразлично кому трябва да изпълни задълженията си.³⁴ Аргументите за по-голямата строгост на новия кредитор към длъжника, спрямо стария такъв към същия, са в полето на субективната преценка и не следва да бъдат вземани предвид, защото правните норми не въздигат индивидуалната оценка на задълженото лице, което вкл. не е страна по договора за цесия, в обективен законоустановен критерий. Щом текстът на закона не определя съгласието на длъжника като елемент от фактическия състав, то още по-малко има значение субективното му отношение досежно новият кредитор.

При прехвърлянето на търговското предприятие, за разлика от цесията, е възможно освен транслиране на вземане (представляващо право), така и самостоятелното прехвърляне на задължения и фактически отношения.³⁵ Тоест двата договора нямат еднакъв предмет. На следващо място, при цесията лицето, което следва да бъде уведомено, е длъжникът, противно на настоящата разглеждана хипотеза. Тук се уведомяват освен длъжниците още и кредиторите, тоест самото правило е изключение от общия принцип на частното право, че длъжникът може да бъде сменен само със съгласие на кредитора по аргумент от чл.102, ал.1 ЗЗД.³⁶ Тоест, съгласието на кредиторите не е поставено като необходимо условие нито при прехвърляне на цялото предприятие, нито при прехвърляне на част от него. Но при прехвърляне на част от предприятието не се поставя и изискване за уведомяване.

Оттук, струва ми се, че *de lege ferenda* трябва да се вписва всякога и прехвърлянето на част от предприятието.³⁷ Но за целта е нужна изрична законодателна промяна, доколкото в ТР се вписват обстоятелства и обявяват актове, само ако със закон за същите е предвидено, че подлежат на вписване, респ. обявяване - по аргумент от чл. 4 и чл. 5 от ЗТРРЮЛНЦ.

34. Калайджиев, А. Облигационно право. Обща част. Цит. съч., с. 508.

35. Обратното в Решение № 8368 от 2004г., I отд., ВАС. В посоченото решение се приема, че договорът за прехвърляне на предприятие е нищожен, на основание чл.26, ал.2, предл.1, поради транслиране само на задължения.

36. Григоров, Гр. Цит. съч., с. 99.

37. Обратното Колев, Н. Въпроси на търговското предприятие. - Търговско и конкурентно право, 2011, № 2, 14-15.

Инак, трудно може да осигурим нужната защита на кредиторите, а в случая не може и да отправим укор към тяхно евентуално пасивно поведение, защото узнаването тук за сключената сделка ще стои само в измеренията на добрата воля на длъжника – отчуждител. Дали той ще извърши уведомяване по надлежния ред или не, остава в неговата субективна преценка. Сега то е само правна възможност, но липсва юридическо задължение, вменено на страните за същото. Остава общата защита чрез предявяване на иска по чл.135 ЗЗД, който се погасява с обикновената петгодишна давност.

Доколкото обаче нормата на чл.7 от ЗТРРЮЛНЦ е по-нова от тази на чл.15, ал.1 ТЗ, то следва да анализираме дали тя не е приложима съгласно правилото *lex posterior derogat legi priori*. наместо уреденото изрично уведомяване. По конкретния въпрос, при все че е по-нова, нормата на чл.7 ЗТРРЮЛНЦ е обща, доколкото нормата на чл.15 ТЗ е специална и следователно не може да бъде отменена от по-новата обща такава. До това умозаклучение стигаме след анализ на хипотезисите на двете норми. В специалната норма на чл.15, ал.1, изр.2 ТЗ се съдържат и всички предпоставки на общата норма - чл.7 ЗТРРЮЛНЦ, като има още една допълнителна предпоставка – *differentia specifica*, а именно субектът, от който трябва да изхожда съобщението за извършеното прехвърляне, тоест отчуждителят. Разбира се, това е изводимо съгласно правилата за дерогиране на една норма от друга норма от същия или е от по-висок ранг. След систематично и телеологично тълкуване обаче, що се отнася до смисъла на разпоредбата на чл.7 ЗТРРЮЛНЦ, намирам, че той е обоснован и мислим³⁸, доколкото страните при прехвърляне на търговско предприятие са поначало търговци по аргумент от чл.16, ал.1 ТЗ въз вр. с чл.51, ал.1 Наредба №1 за водене, съхраняване и достъп до ТРРЮЛНЦ.

Анализирайки буквата на закона, разбираме, че подлежащите на вписване обстоятелства досежно прехвърлянето на търговското предприятие се вписват по партида на приобретателя и отчуждителя едновременно. А за да има партида³⁹, лицето трябва да е търговец. Но не е упоменато какво се случва при прехвърляне на обособена част от търговското предприятие. В последната хипотеза няма нормативно установена рестрикция и приобретателят може да не е търговец, вкл. не съществува и изискване за вписване. То е само възможност. Така ако лицето няма търговско качество, не е задължено да впише сделката. От друга страна, ако реши да я впише, трябва формално да се регистрира като търговец.⁴⁰ Как тези изводи се съотнасят към самото уведомяване?

38. Така и Калайджиев, А. Търговско право. Обща част. Цит. съч., с. 99.

39. На места, вече се използва и терминът „дело“, наместо „партида“. Вж. § 49 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗТРРЮЛНЦ.

40. Калайджиев, А. Търговско право. Обща част. Цит. съч., с. 85.

Нормата на чл.7, ал.1 от ЗТРРЮЛНЦ е израз на идеята за грижата на добрия търговец, която е обективна мяра за възприетото като стандарт в отношенията между търговците. Добрата грижа изисква и системни справки в ТР, защото той осигурява публичност и прозрачност в отношенията помежду търговците, а също така е и еманация на принципа за доверие в регистъра (чл.10 ЗТРРЮЛНЦ), който съпровожда изначално уредбата и действието му. В този смисъл, смятам, че е нужно диференциране на задължението за уведомяване спрямо два критерия: дали има прехвърлителна сделка с цялото търговско предприятие, или с негова част и на второ място, дали е относимо като същинско задължение към длъжниците, респ. кредиторите на отчуждителя.

Спрямо първия зададен критерий, *de lege ferenda* предлагам да отпадне задължението за уведомяване по отношение на кредиторите на отчуждителя, когато се отнася за прехвърляне на цялото търговско предприятие и да се запази при отчуждаване на част от него (*тук обосновавам едно изключение от последователно застъпваната от мен теза, че що се отнася до прехвърляне на обособената част от търговското предприятие, следва да се прилагат правилата за цялото, съответно*). В първия случай следва да се приложи правилото, че кредиторите се считат за уведомени от момента на вписването или до изтичането на петнадесетдневния срок по изр.2, на чл.7 ЗТРРЮЛНЦ. Това обаче може да се релевира като правило едва след изменение на критикуваните разпоредби на Търговския закон в тази му част, като дотогава ще намира приложение правилото, че „по–новият общ закон не отменя по–стария специален закон“. По отношение на втория зададен критерий – известяването досежно длъжниците, то и при разпореждане с цялото, и при транслиране на част от него следва да се прилагат съответно разрешението, визирано в разпоредбата на чл.99, ал.3 ЗЗД.

V. Новите алинеи в чл.15 и чл. 16 ТЗ

Новосъздадените алинеи: в чл.15 – ал.4, (*тук няма да разгледам въведената ал.5*) и в чл. 16 – ал.2, ал.3 и ал.4, имат за цел да създадат нужните гаранции за изплащане на възнагражденията, други компенсационни плащания⁴¹ или обезщетения на работниците и служителите преди да бъде вписано самото прехвърляне, за да не може задължението на стария работодател, което не е изпълнено, да се транслира спрямо новия такъв. Идеята тук е да не се прехвърлят неизпълнени задължения спрямо определена категория лица (посочени по–горе).

41. Мръчков, В. Трудово право. Девето издание, С.: Сиби, 2015г, с. 435. ISBN: 978-954-730-918-0.

Но дали тази законодателна промяна беше необходима? По мое мнение, гаранциите за изплащане трудовото възнаграждение на работниците и служителите, респ. компенсационните плащания или обезщетения, са подробно развити в Кодекса на труда и самата новосъздадена уредба в Търговския закон не кореспондира добре с текстовете на основния закон, уреждащ тези обществени отношения. Защо това е така?

Първо, разпоредбите на чл.123, ал.1, т.4 и т.7 КТ изрично установяват, че трудовото правоотношение с работника или служителя не се прекратява при промяна на работодателя, която е в резултат от: *„преминаване на обособена част от едно предприятие към друго“* или *„преотстъпване или прехвърляне на дейност от едно предприятие на друго, включително прехвърляне на материални активи.“* По т.4: преминалата обособена част уголемява пропорционално предприятието на приобретателя и той започва да извършва съвместно досегашната си дейност ведно с новопридобитата,⁴² като вкл. е пасивно легитимирана страна по исковете с правно основание чл.344, ал.1, т.2 КТ (за възстановяване на предишна работа). По т. 7: за промяна на работодателя по смисъла на чл.123а, ал.1 КТ ще става въпрос само когато съответните материални активи, които се транслират от едно предприятие на друго, продължават да се използват производително и поради това при тяхното използване са заети работници или служители, които иманентно си служат с тях и поради това следва да преминат заедно с прехвърлените материални активи, като запазят трудовото си правоотношение при новия работодател – приобретателя.⁴³ Ако последните условия не са налице, сме изправени пред облигационноправна сделка, а не промяна на работодателя по смисъла на чл.123а, ал.1 КТ.⁴⁴ Алинея втора на същия член указва, че *„В случаите по ал. 1 правата и задълженията на работодателя прехвърлител преди промяната, които произтичат от трудовите правоотношения към датата на промяната, се прехвърлят на новия работодател приобретател.“* Или оттук виждаме ясно, че има два текста, в различни закони, отразяващи едни и същи обществени отношения по различен начин, тоест те са прекословни. От една страна, Кодексът на труда вмениява обязаност на приобретателя да поеме правата и задълженията на отчуждителя, в това число и задължението за заплащане на трудовото възнаграждение (*също обезщетения и компенсационни плащания*), а от друга Търговският закон забранява прехвърлянето преди настъпването на правопогасяващия ефект на плащането, като същото юридическо действие е в тежест на отчуждителя.

42. Така и Решение № 409/13.11.2012 по гр. дело № 1005/2011г. на ВКС, ГК, IV г.о

43. Мръчков, В. Цит. съч., с. 314.

44. Пак там, с. 314.

Разбира се, тук стои като гаранция и пасивната солидарна отговорност на приобретателя и отчуждителя,⁴⁵ *ex lege* установена в ТЗ. Затова очевидната колизия между отделните правни норми следва да се разреши в полза на Кодекса на труда.

С взор към съдебната практика, въпреки малкото към момента разгледани дела във връзка с прилагането на новите алинеи, се виждат и проблемите в правоприлагането. Същите започнаха веднага след приемане на промените и рискът от лавинообразни дела с еднакъв спорен предмет растеше. Изискването за удостоверяване на горепосочените факти бе въведено с измененията на ТЗ и по-конкретно с ДВ, бр.102 от 2017 г., в сила от 22.12.2017 г. Впоследствие, с нова законодателна промяна - ДВ, бр.15 от 2018 г., в сила от 16.02.2018 г., целяща корекция с оглед възникналите критики относно правилното прилагане на закона, бе указано, че удостоверяването на тези факти ще става чрез декларация по образец, утвърдена от министъра на правосъдието и министъра на труда и социалната политика (чл.16, ал.4 ТЗ), същата като отговор на поставените спорни въпроси, вкл. по какъв ред ще се удостоверява липсата на обстоятелствата по чл.15, ал.4 ТЗ.

Посоченото разрешение е израз на принципа, заложен в разпоредбата на чл.534, изр.2 ГПК, че в охранително производство, каквото е и регистърното, молителят може да потвърди с декларация истинността на изложените от него обстоятелства, като за невярно деклариране ще носи наказателна отговорност по чл.313 от Наказателния кодекс на Република България.⁴⁶ Отново със споменатите затруднения вече, в началото длъжностните лица при Агенция по вписванията отказваха да извършват вписване, без да им бъде предоставен официален документ от съответния държавен орган, като не указваха на заявителите кой е той и поради това те не можеха да отстранят нередовностите. Стигаше се до съдебни спорове и отказите бяха отменяни, защото съдът приравняваше непълните и неясни указания по същество на липса на такива.

Следва да се отбележи и че преди да бъде внесена повече яснота, чрез законодателна корекция на новосъздадените алинеи в интернет страниците на ИА „Главна инспекция по труда“⁴⁷ и на Агенция по вписванията,⁴⁸ чрез пресцентровете им, социумът на търговците – работодатели, беше уведомен, че те (ИА „ГИТ“ и АВ) нямат вменено задължение да издават документа, съпровождащ вписването – декларацията за липсата на предвидените в чл.15, ал. 4

45. Ланджев, Б. Търговското предприятие. София, С.: Сиела, 2003, с. 86. ISBN: 954-649-561-1.

46. Така и: Решение № 315/13.02.2018г. по т. д. № 254/2018 г. на СГС; Решение № 368/ 21.02.2018 Г. по т. д. № 323/2018 г. на СГС; Решение № 402/23.02.2018 г. по т. д. № 341/2018 г. на СГС.

47. Достъпна, към 31.05.2018г., на: <http://www.gli.government.bg/page.php?c=13&d=3364>

48. Достъпна, към 31.05.2018г., на: http://www.registryagency.bg/bg/prestsentar/novini/sobshenie-za-potrebitelite-na-trgovskiya16_02_18/

ТЗ задължения. В тази връзка, тези изявления предрекоха бъдещите изменения и косвено повлияха на законодателната промяна. Такава несъмнено трябваше да има, но беше необходимо да е насочена към отпадане на коментираните алинеи. Те не създават допълнителни гаранции⁴⁹ за изплащане на съответните суми от различните по характер основания, посочени в чл.15, ал.4 ТЗ – възнаграждения, компенсационни плащания и др.

Напротив, те създават допълнителни затруднения, които по никакъв начин не кореспондират с иначе прецизираните текстове на КТ. Но не само това, те не резонират още и с привилегията, която е уредена в нормата на чл. 136, т.5 ЗЗД по отношение на работниците, както и с редица текстове на самия ТЗ, като например също сравнително новите разпоредби във връзка с производството по стабилизация на търговец и имащи отношение при прехвърляне на търговското предприятие - чл.770, ал.6 и чл.792, ал.1 ТЗ. По този начин, те въвеждат още допълнителни изисквания, които ще трябва да спази търговецът, за да реализира плана за стабилизация, утвърден от съда с определение. А забавянето може да се окаже фатално, защото с изтичането на преклузивния едномесечен срок по чл.792, ал.1 ТЗ, се фингира, че: *„(...)планът не е изпълнен по отношение на всички засегнати от плана вземания“*.

Връщайки се към гореизложеното, важно е да отбележим, че по отношение на индивидуализирания кръг лица от работници и служители съществуват достатъчно юридически гаранции, които да обезпечат реалното изпълнение на вземанията им, затова предлагам *de lege ferenda* новосъздадените, както следва: в чл.15 – ал.4 и в чл. 16 – ал.2, ал.3 и ал.4, да бъдат отменени.

VI. Характерът на срока по чл. 16а ТЗ

По отношение на характера на срока по чл.16а, ал.2 във вр. с ал.1 ТЗ, то следва да отбележим, че тук сме изправени пред нов срок в гражданското право, за разлика от общоустановените.⁵⁰ Поначало той не е преклузивен, защото с изтичането му не се прекратява правото изобщо. От друга страна, не е и давностен, следователно не се погасява само възможността то да се реализира по принудителен ред. Срокът също не може да се числи и към инструктивните поради причината, че това деление е характерно досежно публичните отрасли, но не и по отношение на частноправните такива.

49. Обратното гледище застъпва Конституционния съд. Вж. Решение № 1 от 16.01. 2018 г. по к. д. № 3 от 2017 г.

50. Павлова. М, Гражданско право. Обща част. Второ преработено и допълнено издание, С.: СОФИ– Р, 2002, 502 – 504. ISBN: 954-638-118-7.

Поради това смятам, че характерът на срокът е нов, защото след изтичането му не се губи правото да се иска изпълнение или обезпечение, а ще възникне една нова възможност – да се търси предпочитително удовлетворение следствие от изтичането на срока, тоест за кредиторите възниква една нова опция, допълваща субстрата на правото им, но не и сурогат на самото право.

След извършване на разпоредителната сделка с търговско предприятие, кредиторите на изискуемите вземания могат да поискат незабавно изпълнение, а тези, за чиито вземания не е настъпил падежът, могат да поискат съответното обезпечение.^{51 52} И за двете обаче е нужно съдействието от солидарните длъжници. Ако задължението е изискуемо, но длъжниците отказват да изпълнят, съответно кредиторите разполагат със защитата на осъдителния иск по чл.79, ал.1 ЗЗД. Ако вземането им не е изискуемо, то изпълнение може отново да се изисква, ако са налице предпоставките по чл.71 ЗЗД, инак упражняването на правото на иск в шестмесечния срок по чл.16а, ал.1 ТЗ би било ненавременно процесуално действие. Тук е важно да отбележим, че що се отнася до парични задължения по търговски сделки, срокът всякога следва да се вмести в този по чл.16а, ал.1 ТЗ заради разпоредбата на чл.303а, ал.1 ТЗ, която установява, че контрахентите не могат да уговорят срок, по-дълъг от шестдесет дни, за изпълнение на задължението за заплащане на цената по търговската сделка, освен когато това се налага от естеството на стоката или услугата или по друга важна причина.⁵³ С оглед последното, изводимо е, че в 180-дневния срок по чл.16а, ал.1, 60-дневния по чл.303а, ал.1 ТЗ в преобладаващия брой от случаите ще се съвмести.

В тази връзка, би могло да се каже, че вследствие неудовлетворяване на едно от двете искания, поставени като алтернативни възможности – за изпълнение или за обезпечение, кредиторите претърпяват увреда, която се изразява в увеличен риск досежно реализирането на желаната и полагаща им се насрещна престация по сделката. Иначе казано, те търпят своеобразна „рефакция“ (*използвам установен термин, като му придавам едно ново, допълнително значение*). За да компенсира това, законодателят им дава още една допълнителна възможност, която да спомогне за успешното реализиране на правата им, а именно да почерпят възможности по пътя на предпочитителното удовлетворение, тоест равнението се извършва чрез фигура, наподобяваща „бонификация“ (*използвам установен*

51. Калайджиев, А. Търговско право. Обща част. Цит. съч., с. 113.

52. Обратното Ланджев, Б. Цит. съч., с 86.

53. Това правило, бе въведено с оглед транспониране на Директива 2011/7/ЕС на ЕП и на Съвета, от 16. 02.2011 година, относно борбата със забавяне на плащането по търговски сделки.

термин, като му придавам едно ново, допълнително значение). Поради това, наричам срокът по чл.16а, ал.1 ТЗ бонифициарен.⁵⁴

Тук следва, като допълнение, да разгледаме и една теза, изразена в доктрината, а именно, че ако кредиторите не поискат в срока по чл.16а, ал.1 ТЗ отделно управление на търговското предприятие от управителния орган на приобретателя, тази възможност се счита преклудирана *ex nunc*.⁵⁵ Не мога да се съглася с последното, защото уредбата на чл.16а, ал.1 ТЗ във вр. с ал.4 на същия член вменява задължение за отделно управление на прехвърлената съвкупност, което е скрепено с юридическа санкция под формата на деликтна отговорност, по аргумент от чл.16а, ал.3 ТЗ. Не смятам, че е нужно отделно искане от страна на кредиторите, за да е нужно волеизявяващият орган на търговеца – приобретател, да изпълни това свое задължение. Текстът на закона в този случай е ясен и недвусмислен, поради което не се нуждае от корективно тълкуване.

VII. Заключение

Началото на темата бе поставена с наченката за Гордиевия възел. Защо той? Легендата разказва, че етимологията на израза произлиза от името на фригийския цар Гордий, който успял да преплете сложен възел, а целта му била той да е препятствие пред онези, които желаят да станат владетели на Азия. Само достойният управник щял да може да развърже възела и да се превърне в господар на Азия. Да го разплете се опитал и големият заєвовател – Александър Велики, но след като не успял, разсякъл възела на две. Това гласи сказанието, и затова до ден днешен изразът се използва в смисъл на разрешаване на сложна енигма, достигане до крайно умозаключение чрез средствата на едно решително и безпрекословно съждение.⁵⁶

Е, точно обратното следва да се приеме, когато се обмислят въпросите на прехвърлянето на търговско предприятие. Струва ми се, че тук едностранчивите разрешения на поставените въпроси биха могли само да навредят на качеството на обосноваването и добре аргументирана аналитика, доколкото бе показано, че текстовете на закона биха могли да се тълкуват по повече от един начин. Добрата юридическа подготовка предполага задълбоченост на дедуктивните изводи и разплитане на сложния Гордиев възел, а не на стремглаво сингуларно крушение било то на нормите на закона, било то на изразените в съдебната практика и доктрина концептуални идеи и становища.

Затова, нека на настоящия анализ се гледа с критичност и здрав разум, защото: „*Казват, че истината стои между две противоположни мнения. Не е вярно! Между тях стои проблемът*“.⁵⁷

54. Голева, П. Търговско право. Търговци. Цит. съч., с.45. Тук се застъпва тезата, че 6 – месечния срок обуславя възникване на право, но само ако са извършени съответните действия от страна на кредитора.

55. Калайджиев, А. Търговско право. Обща част. Цит. съч., с. 114.

56. Произходът на израза, може да се види и е достъпен, към 31.05.2018г., на: <http://www.softpress.com/uploads/products/book1019/chapter/chapter.htm>

57. Йохан Волфганг фон Гьоте.

ПРАВЕН СТАТУС НА МАЛОЛЕТНИТЕ

Илиян Янкулов

*IV курс, спец. „Право“, редовно обучение
Юридически факултет, ПУ „Паисий Хилендарски“*

Анотация

Статията изяснява съдържанието на статуса на малолетните съгласно законодателството и съдебната практика. Критично са анализирани както сега действащото право, така и множество съдебни решения. Взети са предвид правните уредби на други европейски държави. Направено е предложение de lege ferenda.

Ключови думи: статус, малолетен, дееспособност, воля

Abstract

The article intends to clarify the vague content of the status of minors by analysing both by legislation and current case law. Comparative method has been used as well by analysing the legislation of other European countries. The author makes some proposals de lege ferenda.

Key words: status, minors, capability, will

Увод

Статията цели да внесе яснота относно правния статус на малолетните. Малолетните са субекти на правото, носители на права и задължения, но тяхната воля остава незачетена от българското право, с което се създава една празнина в него. Съчинението е насочено главно към гражданското право. Изследват се проблемите, свързани с дееспособността на малолетните и зачитането на волята им, както и отношението на съдебната практика към тях. Предлагат се възможните решения за преодоляването им. Разгледани са и аспекти, свързани с наказателната отговорност и вменяемостта на малолетните.

Определение и правна уредба

Основната уредба за правното положение на малолетните е твърде лаконична и може да бъде открита в няколко закона. Определението за малолетен се съдържа в Закона за лицата и семейството (ЗЛС). В неговия чл. 3 се посочва, че лицата, които не са навършили 14-годишна възраст, са малолетни. Правната уредба относно тяхната правосубектност се съдържа в различни закони. От чл. 1 ЗЛС следва, че те придобиват правоспособност от своето раждане и могат да бъдат носители на права и задължения.

От чл. 3, ал. 2 ЗЛС, може да се направи изводът, че те са абсолютно недееспособни като вместо тях и от тяхно име правни действия извършват техните законни представители. Всеки родител е законен представител на малолетните си деца. На лица, които нямат родители или родителите им са лишени от родителски права, се назначават настойници, които действат като техни законни представители. Родителите или настойниците са длъжни да се грижат както за личността, така и за имуществото на малолетните. Малолетните сами извършват правни действия на управление. Действия на разпореждане с права на малолетните могат да се извършват от законните представители само при условията на чл. 130, ал. 3 от Семейния кодекс (СК).

Малолетните са във всички случаи и безусловно наказателно неотговорни. Според разпоредбата на чл. 32, ал. 1 от Наказателния кодекс не е наказателно отговорно малолетно лице – навършило 14-годишна възраст. Разбира се, проявите на такива лица не се оставят без последици. Съгласно чл. 32, ал. 2 НК – по отношение на малолетни лица, извършили общественоопасни деяния, могат да бъдат приложени съответните възпитателни мерки. Тези мерки са изброени в чл. 13 от Закона за борба с противообществените прояви на малолетни и непълнолетни, като в чл. 12 от същия закон има предвид не всички малолетни, а само тези, които са навършили 8-годишна възраст.

В допълнение, малолетните не носят гражданска отговорност, като за причинените вреди отговарят техните родители и настойници (чл. 48 ЗЗД). Същото се отнася и при административнонаказателната им отговорност (чл. 26, ал. 3 ЗАНН). Специфичното и при двете е, че родителите или настойниците отговарят само ако са били в състояние да предотвратят настъпването на вредите или съзнателно са допуснали извършването на нарушението.

Проблемът

Видимо от горното е, че законодателят ни не е признал на малолетните способността сами да извършват каквито и да било валидни правни действия. Всяка една сделка, извършена от малолетен, било то на управление или разпореждане, се смята за нищожна, поради липса на съгласие.¹ Законодателят и практиката са възприели, че те са недостатъчно зрели и тяхната воля, колкото и развита да е тя, не следва да породи каквито и да било правни последици. Възприето е, че в областта на правомерните правни действия волята им се изразява чрез техните законни представители.

Тази конструкция е меко казано незадоволителна. Тя не е съобразена с новите социални условия на живот и с нарасналата самостоятелност на ненавършилите пълнолетие. Волята представлява едно лично и незаменимо качество на правните субекти, каквито са и малолетните. Макар и неопитни и недостатъчно развити, неприемливо е да се приеме, че тяхната воля е едно нищо. При волеизявленията на недееспособните лица трябва да се разграничи състоянието на истинска липса на съгласие или на воля от състоянието, при което такава воля и такова съгласие са налице. За да бъде валидна една сделка, се изисква не само наличност на волеизявление, каквото и да е то, а наличност на воля и на изявление за пораждане на съответните последици.² Като се има предвид, че децата тръгват на училище на 6-годишна възраст, очевидно е, че има нужда да се признават за действителни сключените от тях сделки за задоволяване на елементарни нужди - например за набавяне на закуски и учебни пособия. При сегашното състояние на законодателството се налага да се търсят изкуствени конструкции, като например тази, че детето е пратеник на родителя, за да се признаят тези дребни сделки за действителни.³

В условията на бурна акселерация у децата, включващи ускорен растеж, развитие и съзряване, законодателството не се измени и остана морално остаряло, като ЗЛС е приет през 1949 г., т.е. преди около 70 години. Остаряла е и уредбата на Наказателния кодекс. В средата на миналия век минималната възраст за наказателна отговорност е станала от 12 на 13, а скоро след това и на 14 години. По този начин нараства обществената сдържаност към ползването на наказателна репресия, поради все по-голямата ѝ социална неприемливост спрямо децата. Те се защитаваха от нея във все по-висока възраст, въпреки че заради своето съзряване и развитие можеха във все по-ранна възраст да вършат престъпления.⁴

¹ Павлова, М., Гражданско право – обща част, С., Софи-Р, 2002, с. 537, Василев, Л., Гражданско право на Народна република България. Обща част., С., Наука и изкуство, 1956, с. 443.

² Василев, Л., Цит. съч., с. 444.

³ Павлова, М., Цит. съч., с. 261-262.

⁴ Гиринов, А., Наказателно право на РБ – обща част, Софи-Р, 2009, с. 81.

Същото се отнася и за тяхната деликтоспособност. Приема се, че аналогично на уредбата на дееспособността и на правилата за носене на наказателна отговорност (чл. 31 и чл. 32 НК), граждански неотговорни по чл. 48 ЗЗД са всички малолетни лица, а непълнолетните могат да отговарят, стига да са могли да разбират и ръководят постъпките си. Конкретната преценка се ограничава само до непълнолетните. Малолетните се обявяват предварително за неспособни независимо от личните им качества и степен на умствено и психическо развитие.⁵ Това разбиране не може да бъде споделено. Тълкувайки буквата и духа на закона, в чл. 48, ал. 1 от ЗЗД не се възприема разделението на малолетни и непълнолетни, а на деца, които не са навършили пълнолетие, каквито безспорно са и малолетните и непълнолетните. С оглед на това, трябва да се преценява индивидуално наличието на способността да разбират и ръководят постъпките си и да бъдат деликтоспособни. *De lege ferenda* родителите би трябвало да получат субсидиарна отговорност за вредите причинени от деликтоспособното им дете.⁶

Все пак, в по-новите нормативни актове се откриват, макар и незначителни опити за валидизация на правните им действия, дължащи се най-вече на множеството европейска практика и някои международни конвенции. Конвенцията за правата на детето⁷ в своя чл. 1 приема, че "дете" е всяко човешко същество на възраст под 18 години. Така се премахва границата между малолетни и непълнолетни, недееспособни и ограничено дееспособни, но не съвсем и в юридически план, защото националното ни законодателството е останало без промяна. Разрешенията на конвенцията са възприети от Закона за закрила на детето (вж. неговия чл. 2). В чл. 15 от същия закон се признава правото на деца, навършили 10-годишна възраст, да бъдат изслушани пред административен орган или съда, освен ако това би навредило на техните интереси. В ал. 2 на същата разпоредба дори се отбелязва, че когато детето не е навършило 10-годишна възраст, то може да бъде изслушано в зависимост от степента на неговото развитие, което допълнително затвърждава тезата за необходимост от признаване на действията на малолетните.⁸ Съдът или административният орган не само трябва да изслуша детето, но той е задължен да го направи, което подчертава императивния характер на нормата и новото доста по-сериозно отношение на законодателя към децата. Разбира се, възможно е детето да не желае да изрази мнение и има правото да откаже да го направи, като не се предвижда такова задължение в тази насока.

⁵ Постановление № 7 от 30.12.1959 г., ВС, Пленум.

⁶ Станева, А., Отговорност за вреди причинени от деца и неспособни, С., УИ "Св. Климент Охридски", 1991, с. 33-48.

⁷ Ратифицирана с решение на ВНС от 11.04.1991 г. и в сила от 3.07.1991 г ДВ, бр. 32 от 23.04.1991 г.

⁸ Не мога да се съглася с твърдението, че това е една тяхна „специална дееспособност“, защото разпоредбата не е обвързана с отделен клон от правото, а има обща приложимост във всички клонове. - вж. Тодорова, В., Законът за закрила на детето и развитието на специалната дееспособност на детето в областта на семейните отношения - Съвременен право, бр. 6, 2000, с. 88.

Въпреки че мнението на детето няма задължителна сила, все пак нормата има дълбоко иновационен характер и би послужила като добър образец към признаване на правните действия на малолетните. В същия закон е установена и тайната на информацията, свързана с детето. Чл. 16 утвърждава идеята за валидизация на волята на малолетния, като се изисква изрично неговото разрешение при разгласяване на сведенията, получени в административни или съдебни производства.

От изключителна важност е да се спомене Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания.⁹ Тя предвиди изисквания към националния законодател, в изпълнението на които се изготви законопроектът за физическите лица и мерките за подкрепа. Въпреки че главната насоченост на законопроекта е към института на запрещението, в него бе създаден и нов текст, свързан с малолетните. В неговия чл. 3 се предвижда, че малолетни са лицата, ненавършили 14-годишна възраст. Вместо тях и от тяхно име правни действия извършват техните законни представители - родители или настойници, но те могат сами да сключват обикновени дребни сделки за задоволяване на текущите им нужди, когато изпълнението на задълженията се извършва едновременно. Тази разпоредба признава способността на малолетните да формират валидна воля и с нея да участват в гражданския оборот. Основният проблем би бил решен, макар и да не съм съгласен с изискването за едновременно изпълнение на задълженията¹⁰ и неяснотата относно останалите сделки.¹¹ За съжаление обаче този законопроект не бе гласуван.¹² Надявам се в близко бъдеще темата отново да бъде поставена пред законодателя, заради необходимостта от нова съвременна уредба за недееспособните.

Вижда се, че законодателят прави плахи стъпки към модернизиране и утвърждаване на идеята за признаване на все повече права и задължения на малолетните, но те все още са недостатъчни. Макар и да са налице множеството конвенции и законопроекти, в правния мир продължава да липсва дефинитивна правна уредба.¹³ Поради една или друга причина, ЗФЛМП не беше приет и въпросът за правния статус на малолетните остана открит. С оглед на това е нужно да се подложи на критика сега действащата уредба и да се намери начин този проблем да бъде решен.

⁹ Ратифицирана със закон, приет от 41-ото НС на 26.01.2012 г ДВ, бр. 12 от 10.02.2012 г.

¹⁰ Невинаги има едновременност в сключването и изпълнението (например при заем за послужване, договор за изработка, за превоз) - вж. Таджер, В., Проблеми на гражданската правоспособност и дееспособност на ненавършилите пълнолетие, Годишник на СУ, ЮФ, т.66, 1975, с. 129.

¹¹ Например сделки, с оглед бъдещи нужди и такива със средства, придобити лично.

¹² Повече за законопроекта - вж. Тодорова, В., Българската дискусия за запрещението – между решението на Конституционния съд и Законопроекта за физическите лица и мерките за подкрепа, Правна мисъл №2/2015 г., с. 101.

¹³ Същото изтъква и Конституционният съд на РБ в Решение № 12/2014 г. по конституционно дело № 10/2014 г.. Обн., ДВ, бр. 61 от 25 юли 2014 г.

Сравнителноправни данни

В голяма част от европейския континент отдавна е наложена идеята за дееспособността и наказателната отговорност на децата. В Англия още през миналия век е било установено правилото, че ненавършилите пълнолетие лица, независимо от възрастта си, могат самостоятелно да сключват сделки за придобиване на необходими предмети и услуги на разумна цена. Във Френския ГК е възприето същото. И в двете държави няма разграничение между малолетни и непълнолетни. За необходими вещи и услуги от 1840 г. се считат не само тези, чрез които се осигурява физическото съществуване на ненавършилия пълнолетие, но и такива, предназначени за поддържане на общественото положение и социалния статус на лицето.¹⁴

Според германското гражданско право лицата от 7 до 18 години са ограничено дееспособни. Те могат само да сключват сделки, които им доставят правна изгода или средствата са им предоставени за тази цел, или за разпореждане по тяхно усмотрение - джобни пари (§ 106, 107 и 113 ГГЗ). Наказателната им отговорност в някои европейски държави също е с по-нисък предел. Например във Великобритания (без Шотландия) наказателно отговорни са лицата, навършили 10-годишна възраст; Швейцария – 10; Нидерландия, Белгия, Ирландия, Турция – 12 години. И това е напълно нормално и закономерно. Децата получават средства за сключване на дребни сделки от родителите си или от други близки лица. Това са или суми, дадени във връзка с изпълнение на задължението за издръжка, или дребни дарения. Самият факт на личното предаване на паричните средства на децата вече дава основание да се направят две предположения: от една страна, че тези, които дават парите лично на децата, не могат да не се съобразяват с тяхната възраст, съответно с умствената им зрелост и годност да ги използват; от друга страна, в самият факт на предаване на парите на децата от техните родители вече се включва съгласие те да извършват определени дребни сделки.¹⁵

Тези субекти на правото не бива постоянно да търпят рестрикции поради недостатъчния си опит в живота. Трябва да им бъдат признати повече права, които самостоятелно да упражняват, за да се улесни тяхното съзряване и да могат по-бързо да навлязат със своите действия в гражданския оборот. Ако досега основен критерий за разграничаване на степените на дееспособността е възрастта, за в бъдеще следва този критерий да се съчетае с друг, който има не по-малко практическо значение – видът и особеностите на сключените сделки. Като дори предимство трябва да се даде на вида сделка, а възрастта да получи подчинено място, защото понякога е твърде трудно да се установи или провери възрастта на младите.

¹⁴ Нарышкина, Р.Л., Гражданское и торговое право капиталистических государств. Ч. 1, М., 1983, с. 87.

¹⁵ Вж. Таджер, В., Цит. съч., с. 130.

Очевидна е нуждата от ново възприятие за малолетните, тъй като сегашното е крайно незадоволително, сериозно изостанало от общественото развитие и правно нелогично и неясно.

Теории

Досега наложената фикционна теория за малолетните е неудовлетворителна. Според нея, малолетният е пратеник на своя законен представител и само предава волята на родителя си. Тази теория има много празнини и не решава трайно проблема.

В доктрината съществуват няколко теории относно преодоляването на това усложнение. Мария Павлова предлага 2 варианта. Според първия, ограничената дееспособност да настъпва още на 7-годишна възраст, като обикновените дребни сделки се съобразяват с потребностите на непълнолетните на съответната възраст. Според втория вариант, да се признават за действителни и сделките, сключени за задоволяване на текущи нужди от ненавършили пълнолетие лица при разумни условия, без да се фиксира долна възрастова граница за настъпване на ограничената дееспособност.¹⁶

Нуждата от признаването на дребни сделки за задоволяване на нуждите на малолетните е застъпена и в трудовете на В. Таджер¹⁷. Той дори разграничава 3 степени за сключването на сделки от всички ненавършили пълнолетие – сделки, които се сключват самостоятелно; сделки, които се сключват с разрешение на съда; сделки, които се сключват чрез законен представител или с негово съгласие (като те са с остатъчен характер).¹⁸

Според мен има и още едно решение. Лицата, между 6 и 14-годишна възраст, да бъдат признати за ограничено недееспособни, като им се даде правото да осъществяват сделки на управление, на изключително ниска стойност, свързана най-вече с техния образователен процес и личностно развитие. Например сделки за набавяне на училищни пособия, тетрадки, учебници, за закуски и други хранителни стоки, дрехи и всякакви жизненоважни предмети. На второ място, трябва да им се признае правото да могат с разрешението на законните си представители да участват в спортни, духовни, училищни и др. тренировки, състезания и обучения. Както ще видим по-нататък, не винаги законните представители действат в интерес на децата и понякога ги задължават и утежняват тяхното нормално развитие.

¹⁶ Павлова, М., Цит. съч., с.263.

¹⁷ Таджер, В., Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял 2, С., Софи-Р, 1973, с. 79.

¹⁸ Таджер, В., Проблеми..., с.128.

Разликата между ограничено недееспособни и ограничено дееспособни намирам в това, че все пак не е практически малолетните да извършват сделки с по-голяма стойност, каквито могат да извършват непълнолетните, бидейки малко по-зрели.¹⁹ Тази стойност, разбира се, трябва да се преценява индивидуално, с оглед на възможностите на детето и неговото семейство, както и неговото развитие. Другото е, че някои сделки, извършени лично от малолетния, следва да бъдат обявявани за нищожни, а не за унищожаеми, както е при ограничено дееспособните и непълнолетните.²⁰ На последно място, така ще се създаде един по-плавен преход в правната система и ще бъде по-лесно на законодателя и съда да превъзмogne консервативния си мироглед.

В общи линии, всички в доктрината се обединяват около признаването за действителни на дребните сделки, извършени самостоятелно от малолетните, както и от положителния²¹ характер на охранителното производство по чл. 130, ал. 3 СК.²² Единствено спор може да съществува, относно останалите сделки на управление – дали да могат да се извършват самостоятелно, с оглед индивидуалните качества на детето, или те винаги да са обвързани с разрешението на техните родители. Смятам, че по-правилно би било второто, с оглед на тяхната по-голяма защита и неопитност в живота. Важно е да се отбележи, че каквато и теория да се възприеме, тя ще запълни тази празнина в закона и ще улесни значително съда, както и ще помогне на децата да бъдат по-самостоятелни, да проявяват по-голяма обмисленост и загриженост при вземането на решения.

Съдебна практика

Както споменах, досегашното възприятие за малолетните е твърде сложно, условно и непрактично, като това се проявява в пълна сила в решенията на съдилищата. Често цитирано е р. № 535 от 13.09.2010 г. на ВКС по гр.д. №1224/2009 г., IV г.о., ГК. Касационният състав е отговорил на питането дали знанието (*при случаите на чл. 135 ЗЗД – бел. моя*) на малолетно лице има правно значение. При сключването на договор от такова лице, чия воля и знание трябва да се вземе предвид – неговата или на законния му представител.

¹⁹ Сходно на това разбиране са твърденията на проф. Петко Попов и доц. д-р Траян Конов. Разликата е в това, че според двамата ограничената дееспособност настъпва още на 6-годишна възраст и сделките, извършени от тези деца, следва да бъдат в изключително ограничен количествен и качествен размер - вж. Попов, П., Тр. Конов, Въпроси на недействителността на сделки, сключени от недееспособни в съдебната практика - сп. Правна мисъл, бр. 5 от 1985 г., с. 106-112.

²⁰ Подобно е и мнението на акад. Любен Василев. За да бъдат разграничени кои сделки следва да бъдат нищожни и кои унищожаеми, следва да се вземат предвид индивидуалните качества на малолетния и налицността на воля и изявление за пораждаване на съответните правни действия - вж. Василев, Л., Цит. съч., с. 443-444.

²¹ Под положителен следва да се има предвид не като неоспорим, а като надежден, изпитан. Самото производство съществува още от СК от 1968 г.

²² Повече за възможните проблеми в конкретното производство вж. Станева, А., Представителни и попечителски функции на родителите, УИ "Св. Климент Охридски", 1992, с. 59-71.

Съдът се аргументира, че тъй като малолетният не може да извършва лично правни действия, по силата на чл. 3, ал. 2 ЗЛС вместо него и от негово име действат законните му представители. Следователно в договор, по който малолетно лице е страна, негова воля не се съдържа. Такъв договор съдържа воля единствено на законния му представител. Въпреки това страна по договора е малолетният, а не представляващият го и е определящо знанието на този представител за увреждащия характер на договора - обект на Павловия иск.

От аргументите на решаващия състав става ясно, че в конкретното решение е приложена репрезентационната теория за същността на представителството. Макар и да е широко възприета у нас, тя обаче не е единствената теория. Без да се опитвам да разгърна темата за представителството и теориите за него, както и за Павловия иск, изниква следният въпрос: Ако представителят не знае за увреждането на кредитора, а представляваният знае, но си мълчи, справедливо ли ще е прилагането на репрезентационната теория? С оглед на настоящия труд обаче е нужно да се каже, че поради липсата на правно валидна воля на малолетните и водещата роля на техните законни представители, често се случва така, че представителите правят опит да извършват разпоредителни сделки с цел да увредят своите кредитори, като привидно продават имуществото си на представляваните-малолетни. Макар и тези опити често да са неуспешни, все пак законните представители се възползват от положението си, с което се обременяват невръстните.

Исключителен интерес представлява р. № 8861 от 08.12.2016 г. по гр. д. №7371/2013 на СГС. В случая ищецът е син на ответника и иска обявяване на нищожност заради това, че баща му като негов законен представител, докато е бил малолетен, е продал на себе си (т.е бащата) недвижим имот, който е бил собственост на сина. Съдебният състав излага доста противоречиви аргументи. Например, макар и имота да е бил ипотekiран, след като е преминал в патримониума на бащата, няма заобикаляне на закона от субективна страна, защото първоначалната цел на договора бил да обезпечи банков кредит. Установено е само, че от обективна страна има заобикаляне, но то не е достатъчно. Като се има предвид, че малолетното не може да изразява правно валидна воля и тя се изразява от неговия представител, който пък е другата страна на договора, не следва ли да се презумира, че от субективна страна е налице намерението да се използват позволени средства за постигане на забранени цели? Според съдебния състав това не е така. Добавя се още, че липсата на съгласие от детето-продавач е без значение, тъй като съзнателната воля е изразена от законния му представител и няма порок, като фактическият състав е завършен.

Договарянето сам със себе си в тази хипотеза е допустимо (както ще се разбере в друго цитирано по-долу решение), но то трябва да е в интерес на малолетния.

При положение, че имотът е напуснал патримониума на детето и след това е бил ипотекан, лично аз не установявам никакъв интерес за малолетния от разпореждането, въпреки даденото разрешение от районния съд. В допълнение, съставът констатира, че договорът не е привиден, няма прикрито дарение, защото няма обратно писмо. Но как да има привидност тогава, когато продавачът е невръстно дете и още повече - неговата воля няма как да бъде призната от правния ред? Такова обратно писмо, дори и издадено от малолетния, не би имало никаква правна стойност. Тогава защо сключеният договор за продажба да е валиден?

Мотивите на съда по делото са непоследователни. Липсата на добре структурирана правна уредба и валидизация на волята на малолетните, води до подобни нелогични решения. Не така биха стояли нещата, ако районният съд бе проявил по-голяма загриженост и предвидливост и не бе давал разрешение по чл. 130, ал. 3 СК, за разпореждане с имуществото на малолетния. Сегашната правна уредба като че ли предопределя едно ограничено и неравнопоставено положение на малолетния, от което едни недобросъвестни законни представители много лесно биха могли да се възползват.

Засегната беше темата за договаряне сам със себе си. В случая доктрината е категорична, че това явление е допустимо само при доброволното представителство²³, но не на такова мнение е Върховният съд. В р. № 296 от 31.03.1992 г. по гр.д. № 98/91 г., I г.о., се приема, че законният представител може да договаря сам със себе си, когато това е в интерес на малолетното дете, като дори за придобиване на имущество не е необходимо разрешение от районния съд.

Това решение е доста спорно и поставя много въпроси. Как се разбира кога дадена сделка е в интерес на малолетния, не е ли това целта на охранителното производство по чл. 130 ал. 3 СК? Договарянето сам със себе си е допустимо единствено при съгласие от представлявания, което е немислимо при положение, че малолетните биват възприемани за напълно недееспособни. Също, аргументът на съда, че малолетният се е облагодетелствал, защото е придобил имот, не означава, че не е увредил друг например. Придобиването на имот не означава, че само печелиш от това. То е свързано и с много разходи по поддръжка, които не всеки би могъл да понесе и би се въздържал от придобиване, ако можеше да възрази, да изрази правно валидна воля.

Ето защо според мен това решение не е правилно. Твърде опасно е да се предоставя правото на законния представител да договаря със себе си, често то е свързано със злоупотреба на това право.

²³ Василев, Л., Гражданско право обща част, Редакция Големинов, Ч., Ромина, 2000, с. 371.

Смятам, че с оглед на защита на интересите на малолетния, *de lege ferenda*, при придобиването най-вече на недвижим имот, трябва да се изисква изрично разрешение от районния съд.

Друго подобно решение е и р. № 483/20.10.2014 г. по гр.д.№ 375/ 2014 г. на Окръжен съд - Плевен. Тук хипотезата е често срещана в живота – има сключен договор между спортен клуб и малолетно лице, представлявано от законен представител, за участие и състезание в същия клуб. Спортният клуб се задължава да изплаща стипендия и да извършва други допълнителни плащания към детето, като то от своя страна има задължението да се състезава за клуба. Детето впоследствие отказва да се състезава за клуба и след няколко покани договарът е развален.

Спортният клуб по хандбал търси обезщетение от детето и майката за направените през годините разноски. С решението на първоинстанционния съд (първоначално съдът приема за правно основание на иска чл. 228 ЗЗД – договор за наем на вещ), клубът осъжда детето и майката. Въззивният съд изтъква, че по време на сключване на договора страна по него следва да бъде детето, но тъй като то е все още малолетно, договарът следва да съдържа единствено волята на законния представител, каквато е майката. Особеното в случая е, че с договора, по който страна е малолетната, е поето задължение за лично действие, което не може да бъде изпълнено от майката като неин законен представител или от друго лице. Личните качества на длъжника (състезателката) са съществен елемент от съдържанието на договора. Съдебният състав установява, че щом майката не е страна по договора, тя няма как да носи отговорност за неизпълнение на договорните задължения на детето.

Но как е възможно едно малолетно лице, без да има възможност да извършва каквито и да било правни действия, да има лично правно задължение за участие в спортен клуб и да носи отговорността за неговото неизпълнение? Струва ми се, че мотивите на съда са противоречиви и вместо да изяснят ситуацията, я усложняват. Правилно съдът се позовава на р. № 166 от 22.12.2009 г., по т.д. № 346/2009 г., т.к., I т.о. на ВКС, според което, щом договарът се сключва чрез пълномощник или законен представител, няма как да се обещае действието на трето лице по чл. 23 ЗЗД²⁴. Няма как да е обещание за действието на трето лице, защото би се допуснало две лица да се съгласят да създадат задължение за трето лице без негово знание, участие или въпреки волята му, което е абсолютно забранено от правото.²⁵

²⁴ Това решение опровергава твърдението на проф. Калайджиев, че може да се обещае действието на неспособни лица – вж. Калайджиев, А., Облигационно право. Обща част, Сиби, С., 2016, с. 173-174.

²⁵ Кожухаров, А., Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение, Юриспрес, 2002, с. 109.

След като отхвърля това становище, в мотивите на коментираното р. № 483/20.10.2014 г. по гр. д.№ 375/ 2014 г. на Окръжен съд - Плевен все пак се уточнява, че страна по договора е малолетната и *тя чрез нейния законен представител е изразила волята да се задължи*. Малолетната има задължение за лично действие, което не може да се изпълни от майка ѝ, като майката няма отговорност за неизпълнение. Поставя се въпросът при положение, че нямаме обещание за действието на трето лице, какво е то тогава? Не противоречи ли на добрите нрави използването на положението на законен представител и на липсата на правно валидна воля от лицето, за това да се обременява недееспособният?

Според мен тук е налице чиста злоупотреба с право, която би отсъствала, ако на малолетния му беше признато правото с разрешение на законните му представители да сключва такива сделки. Все пак съдът прави уточнението, че има подписан анекс към договора, когато детето е вече станало непълнолетно и като е подписало въпросния анекс, то само е определило съдържанието на договора, вкл. и неговия предмет. Следователно е валидизирало волята на законния си представител, както и само е поело задължение. Тук съдът следва принципа *pacta sunt servanda*, но въпросите относно възможността за поемане на задължение от малолетен, относно възможността за изпълнение на техните лични и незаместими престации, остава отворен.

Важно е да се отбележи, че все пак в някои по-нови съдебни решения можем да открием положителна промяна на остарялата практика, свързано с утвърждаването на способността малолетни да формират правно валидна воля. Това се дължи най-вече на Закона за закрила на детето. Интересно е р. № 67/06.03.2015 по дело № 4648/2014 на ВКС, ГК, IV г.о. Противно на предходните две инстанции, които присъждат и потвърждават предоставянето на родителските права на бащата на детето, въпреки изричното и няколкократно изразено желание от детето да живее при своята майка, Върховните съдии отменят решението и предоставят родителските права на майката. ВКС приема за неправилен извода на предходните инстанции, че изразеното мнение на малолетния не следва да бъде съобразявано. ВКС допълва, че изразеното от детето желание не е задължително за съда, но следва да бъде оценено наред с останалите обстоятелства, имащи отношение към упражняването на родителските права. С това решение, ВКС поставя основите към новото позитивно мислене за правното значение на волята на малолетните. Изслушването на децата пред съда може да бъде само един положителен пример за признаването им за равноправни субекти, с трайно установена способност самостоятелно да формират и изразяват своята воля и да поемат права и задължения.

Заклучение

Всяка празнота в закона води до усложнения в правоприлагането, като по отношение на малолетните съдът е неспособен да я преодолее. Въпросът остава нерешен, но и още по-объркан. Няма как да е иначе. Когато се проявява изключителна неангажираност към тези субекти на правото, които поради крехката им възраст би трябвало да бъдат най-добре защитени, те са оставени на добрата воля на техните законни представители. Последните не винаги проявяват нужната грижовност и често злоупотребяват с даденото им право.

Законодателството ни има спешна нужда от модернизиране и обособяване на правния статус на малолетните, което е отдавна реализирано в повечето европейски държави. Със своя все по-бърз темп на развитие и съзряване, те още в ранна възраст започват да формират самостоятелно мнение, което води до по-широкото им участие в гражданския обмен. Прекалено крайно и неравностойно е да не им се признава правото да изразяват собствена валидно формирана воля.

Независимо каква конструкция ще се приеме, статуквото трябва да бъде променено, трябва да бъде направен опит към признаването за действителни техните правни действия и към цялостно утвърждаване на идеята за зачитането на техните правнообвързващи волеизявления.

Трето място в Студентска Юридическа Научна Академия 2018**НУЖДА ОТ РЕФОРМА В ИЗБОРНАТА
АДМИНИСТРАЦИЯ И НЕЙНИТЕ АКТОВЕ****Иван Кърчев***IV курс, спец. „Право“, редовно обучение
Юридически факултет, ПУ „Паисий Хилендарски“***Анотация**

Изборното право безспорно е едно от основните политически права, което е конституционно уредено. Неговото упражняване обаче се реализира по административен път. Затова е необходимо да бъде създадена държавна административна структура, която да осъществява целия изборен процес, и в същото време тази структура доколкото е възможно да бъде независима от изпълнителната власт. Може да се приеме, че началото на тази административна структура се постави след приемането на втория Изборен кодекс от 2014 година, но към настоящия момент тя не е завършена. Затова настоящата статия очертава основни проблеми, които се открояват сред избирателните комисии, създавани ad hoc, и очакват да бъдат разрешени чрез правния инструментариум на законодателната власт. Предлага се вариант за цялостно конструиране на административни органи, определяне на техния статут и актовете, които издават с оглед правилното им функциониране и упражняващия контрол от страна на тези органи в изборния процес и следващите го процедури за обжалване на изборните резултати. Акцент е поставен върху нуждата от добре образована изборна администрация, която е предпоставка за правна сигурност и прозрачност в целия процес и точност в отчетения изборен резултат.

Ключови думи: Изборен кодекс, изборна администрация, административни актове, Централна избирателна комисия, Районна избирателна комисия, Секционна избирателна комисия.

Abstract

Without a doubt election law is one of the main political rights written down in the Constitution. Exercising this right, however, is realized in an administrative way. This is why it is necessary that a governmental administrative unit that solely monitors and organizes the entire election process is established and this unit should be as independent as possible from the executive power. It can be considered that the foundation of this administrative structure has been set with the

admission of the second Electoral Code in 2014, however at this point the process has not been completed. This is why the present article frames the basic problems that the election commissions, created ad hoc, face and it is expected those problems to be resolved by the legal instruments of legislative power. An option has been presented for the comprehensive construction of administrative organs – determining their status and the legal acts they issue, in regard of their proper functioning and the exertion of control over the election process and the following appeal procedures of the election results overseen by those organs. The primary focus is based on the need of well-educated administrative staff which is a prerequisite for legal certainty and transparency in the entire election process and the accuracy of the election results.

Key words: Electoral Code, Election Administration, Administrative acts, Central Election Commission, District Election Commission, Sectional Election Commission.

Въведение

Основната цел на статията е да предложи дефиниция за „изборна администрация“ и кои са органите, които влизат в нея. Известно е, че няма легална дефиниция за това понятие. Кратък преглед показва, че в проекта на Закон за изменение и допълнение на първия Изборен кодекс¹ с §7 беше предвидено в Глава II да се създаде нов Раздел VII със заглавие „Изборна администрация“, в който от новия чл. 39а ставаше ясно, че под „изборна администрация“ ще се разбира администрацията, която е предвидено да се създаде с цел да подпомага дейността на Централната изборителна комисията.² В проекта на Закон за електронно гласуване³ беше предвидена дефиниция за „изборна администрация“, (§ 1, т.9 от ЗР), според която това са „специализираните държавни органи, участващи при подготовката и произвеждането на изборите, ЦИК и другите изборни комисии“. Това е и вложеният смисъл в членове 18 и 45 и сл. от Изборния кодекс (ИК), според които организационно-техническата подготовка на изборите се осъществява от изборителните комисии, органите на изпълнителната власт и другите институции в съответствие с правомощията им. Това показва, че изборната администрация осъществява правно-регламентирана държавна дейност. Статията очертава дефиниция за широк и тесен смисъл на понятието „изборна администрация“, като акцент се поставя за тесния смисъл или за т.н. специализирана изборна администрация.

¹ Проектозакон, документ № 254-01- 83 от 10.07.2012 г. на 41-вото НС, вписан в регистъра на ХЛІ НС на 10.07.2012 г. и приет на първо четене на 18.07.2012 г. Цитатите на проектозаконови тук и по-долу са по официалния сайт на Народното събрание www.parliament.bg.

² По-надолу ще се изписва само ЦИК.

³ № 554-01-87 от 23.11.2005 г., вписан в регистъра на ХЛ НС на 23.11.2005 г. и отхвърлен на първо четене на 25.03.2009 г.

Първата може да се приеме в най-общ план като съвкупност от всички държавни органи, имащи отношение с изборния процес – Народно събрание, президент, Министерски съвет и др., чието изследване заслужава да бъде доразвито за в бъдеще в отделен доклад.

Наред с това, тук се прави анализ на актовете, които издават органите на изборната администрация, техният административен и съдебен контрол. Разгледана е възможността органите да бъдат ответници по искове, заведени по Закона за отговорността на държавата и общините за вреди. Като най-съществено може да се отчетат направените предложения *de lege ferenda* за цялостна реформа в изборната администрация с цел усъвършенстването ѝ и изграждане на по-голямо доверие от страна на обществото към нея.

1. Изборна администрация в тесен смисъл

Изборната администрация в тесен смисъл представлява система от самостоятелни органи, която включва Централна избирателна комисия, Районни избирателни комисии⁴, Общински избирателни комисии⁵ и Секционни избирателни комисии.⁶ Законодателството не определя мястото им в държавната администрация, но за целите на настоящото изследване те могат да бъдат дефинирани на централни(ЦИК), териториални(РИК и ОИК) и местни(СИК) органи. ЦИК вече е била разглеждана в правната теория и е определена като особен вид независим административен орган. Останалите комисии не са били обект на особено изследване досега.

2.1. Централна избирателна комисия

Преди кодифицирането на изборното право през 2011 година, законодателят беше предвидил един национален орган, който да организира провеждането на вота и контролирането на самия процес. ЦИК се създаваше не само по изборните закони, но и по Закона за прякото участие на гражданите в държавната власт и местното самоуправление (ЗПУГДВМС).⁷ Макар и с едно и също име, в страната действаха едновременно няколко ЦИК в различни състави; тази, образувана по Закона за избиране на народни представители(ЗИНП) имаше такъв мандат, какъвто бе мандатът на самата легислатура на НС. Ако мандатът на НС беше пълен, то и мандатът на ЦИК беше 4-годишен.

⁴ По-надолу ще се изписва като РИК.

⁵ По-надолу ще се изписва като ОИК.

⁶ По-надолу ще се изписва като СИК.

⁷ По Закона за прякото участие на гражданите в държавната власт и местното самоуправление ЦИК изпълнява функции на Изборна комисия.

Тази ЦИКМИ⁸ образувана за местните избори осъществяваше функциите си до следващите редовни местни избори, т.е. имаше мандат от 4 години. Мандатът на ЦИК пък по Закона за избиране на президент и вицепрезидент на републиката(ЗИПВР)⁹ бе временен-само за конкретния избор и нейното функциониране бе в рамките на няколко месеца - поне 60 дни преди изборния ден и до полагане клетва от избраните президент и вицепрезидент. Така имаше случаи, когато в един и същ период от време действаха две или три ЦИК с различен мандат, който обаче в определен период от време съвпадаше, както и в различен персонален и числен състав. ЦИКМИ беше в състав от 25 членове, а ЦИК за президент бе в състав от 21 членове.

Този кратък правно-исторически преглед показва, че в годините след приемането на КРБ до приемането на първия ИК¹⁰ законодателят не беше установил единен национален и постоянно действащ орган за провеждането на всички видове избори. Не беше установил и единен състав на този орган. ЦИК нямаше собствена администрация, а само възможност със свое решение да създаде работна група-от членове на същата ЦИК, както и да сключва договори със специалисти, технически, помощен и обслужващ персонал в рамките на средствата, които са определени за произвеждане на изборите.(чл.25, ал.4 ЗМИ отм.) Видно от тези норми не може да се направи заключение, че към ЦИК е действала изборна администрация, защото това са били по-скоро назначени лица с помощно-технически функции, които не са длъжностни лице, за разлика от членовете на ЦИК. Все пак може да се каже, че до 2011 година, макар и без изрична правна регламентация, ЦИК действаше като национален административен орган със специална компетентност, изрично предоставена ѝ от специалните изборни закони. Може да се приеме, че е създадена *ad hoc* и за времето на своето функциониране е била част от държавния административен апарат като колективен орган, който обаче не развива подзаконова дейност, но упражнява изпълнително-разпоредителна дейност и изпълнява функции по непосредствено ръководство и оперативно осъществяване на задачите на държавното управление в подготовката и провеждането на изборния процес чрез издаването на административни актове. Спорен е въпросът дали ЦИК до 2011 година може да се определи като „независим орган”, с оглед на това, че конституирането му се извършва от политически орган, на политически квотен принцип и действа само в определен период от време. Взаимодействието ѝ с МС и преди всичко финансовата зависимост от МС¹¹ изключва ЦИК от понятието „независим орган” на държавното управление.

⁸ Централна избирателна комисия за местни избори по ЗМИ (отм. с§ 9, т. 4 от ПЗР на първия ИК).

⁹ Закон за избиране на президент и вицепрезидент на Републиката (отм. с § 9, т. 2 от ПЗР на първия ИК).

¹⁰ Първият ИК е приет ДВ бр.9 от 2011 г.).

¹¹ С ПМС се определяха средствата от бюджета за изборите, в това число и средствата на ЦИК,което е конкретизация на Закона за държавния бюджет.

Възнаграждението на членовете на ЦИКМИ пък се определяше от президента на Република България. Тук може да се открие зависимостта на членовете на ЦИКМИ от волята на държавния глава, защото той, действайки в оперативна самостоятелност, без да иска съгласувано мнение от ЦИК или НС, можеше сам да определи какъв да бъде размерът на месечното трудово възнаграждение на членовете на ЦИК. По-скоро ми се струва, че до кодифицирането на изборното законодателство ЦИК не е била независим орган.

През 2002 година в мандата на 39-то НС беше направен първи опит за кодифициране на изборното ни право. Тогава беше изготвен проект на Избирателен кодекс¹², който получи подкрепа на първо четене, но не достигна до второ четене и проектът не бе приет. В него беше отделена цяла глава, посветена на изборните комисии- ЦИК, РИК, ОИК, СИК, като най-голямо значение бе отдадено на националната комисия, каквото може да се нарече още ЦИК. Още тогава се предлагаше този орган да е постоянно действащ и да се състои от 12-членове, като 1/3 да бъдат избирани от НС, 1/3 да се назначават от Президента, а останалата 1/3 да се избират от пленума на съдиите от ВКС (чл.26). Тогава вносителите на законопроекта категорично посочваха в мотивите, че с тези текстове се създава „професионална и департизирана изборна администрация”. Това личеше и от разпоредбата на предвидения чл.28, ал 2, че на членовете на ЦИК се забранява да членуват изобщо в политически партии, а не само в техните ръководства. Председателят трябваше да се избере от самия състав на Комисията, както неговите двама заместници и секретарят, чийто мандат е 3 години- т.е. от общия 6 годишен мандат се предвиждаше половината да се ръководи от един председател, а следващата половина от мандата от друг член, избран за председател. В чл. 29 от неприетия Избирателен кодекс беше установено, че председателят на ЦИК ще сключи договор за изпълнение на служебните си задължения с министър-председателя на Републиката. Видно от този текст се създаваше една подчиненост на председателя, а от там на цялата Комисия на един централен орган на изпълнителната власт, какъвто се явява премиерът на страната. Тук няма как да се говори за независим орган, макар и постоянно действащ, при условие, че неговия ръководител ще бъде обвързан от министър-председателя. Ако този кодекс беше приет, тогава изцяло изборната администрация в тесен смисъл щеше да се уподоби на Държавна комисия по смисъла на Закона за администрацията, макар и самото ѝ конституиране да беше оставено в компетенциите на три независими институции - НС, президент, ВКС.

¹² № 254-01-82-законопроект за Избирателен кодекс, вписан в регистъра на XXXIX от 24.09.2002 г., Необходимо е да се прави ясно разграничение между Избирателен кодекс, който не бе приет и Изборен кодекс, като сега действащият е приет през 2014 година и с § 9, т.1 от ПЗР отмени първия Изборен кодекс, приет през 2011 година.

За председателя на ЦИК бяха предвидени компетенции да назначава избраните за секретар, заместник-председатели, както и останалите членове на ЦИК и служителите на комисията, в това число да ръководи административната дейност на същата и да обнародва актовете ѝ, без да ставаше ясно дали в „Държавен вестник” или друго специализирано печатно или електронно издание. От изследвания законопроект става ясно, че именно тук за първи път се предвиждаше „изборна администрация” изрично упоменато, като в този термин трябва да се включат и „служителите на комисията” (чл.30, ал.1, т.5, пр. последно)

В същия законопроект бе предвидено ЦИК да има и разширен състав от нови 12 членове, които да се назначават 50 дни преди съответния избор, като квотното им разпределение се запази, както в постоянния ѝ състав, като мандатът на допълнителните членове да приключва на 30-я ден след изборите.

Още по-голямо смущение и неодобрение от моя страна предизвикваше текстът от чл.31, т.43, който даваше възможност на ЦИК да издава наредби и инструкции по прилагане на Избирателния кодекс. Поставяше се въпросът дали ЦИК в тази хипотеза би имала нормотворческа дейност на подзаконови нормативни актове по смисъла на ЗНА, тъй като към онзи момент не беше приет АПК, който дава легална правно определение за нормативен акт като подзаконов административен акт съдържащ административно-правни норми, отнасящ се за неопределен и неограничен брой адресати, и имащ многократно правно действие. Нормативните административни актове се издават по прилагане на закон или подзаконов нормативен акт от по-висока степен. В тази хипотеза и с оглед на чл. чл. 1а и 2 пр. последно от ЗНА, то ЦИК щеше да има такива правомощия, ако проектът за Избирателния кодекс бе приет.

2.2. ЦИК след кодифицирането на изборното право

Идеята на неприетия Избирателен кодекс за постоянно действаща изборна администрация, начело с ЦИК бе възприета в първия ИК. Първоначално в него нямаше норма, че ЦИК се подпомага от администрация, и в ИК бяха запазени разпоредбите от отменените *lex specialis* закони, че към ЦИК могат да се създават „работни групи от специалисти“ (чл. 22, ал. 1). В последствие през 2013 година ИК беше допълнен с нов член (26а), според чиято разпоредба дейността на ЦИК трябва да се подпомага от администрация. Структурата и организацията на работа се определят с правилника на ЦИК, приет от самата нея, а не от Министерския съвет, което е характерно за независимите орган. Дейността на администрацията се осъществяваше както от държавни служители, така и от лица, работещи по трудово правоотношение.

Броят на служителите можеше да бъде до 2/3 от общия брой на членовете на ЦИК. Административното ръководство на администрацията на ЦИК се осигуряваше от главен секретар, който осъществяваше правомощията по служебното и трудовото правоотношение със служителите в администрацията, разпорежда се, контролираше движението на средствата по бюджета на и сключваше договори от името на Комисията. Според ал. 5 на същия член за администрацията на ЦИК се прилагаше Законът за администрацията, доколкото друго не бе предвидено в ИК. Със същото изменение в чл. 22а законодателят даде на ЦИК качеството на юридическо лице, защото първоначално тя нямаше такова качество.¹³ Същият законопроект предлагаше още ЦИК да се подпомага от постоянно действаща администрация, която да е част от държавната администрация, като назначаването, правомощията и изразстването в ранг да бъдат по реда на Закона за държавния служител. Това е гаранция за нейната независимост и че няма да се политизира от политическите сили, като за нея ще важат всички изисквания, които се отнасят за всички държавни служители в Република България и ще бъдат назначавани след конкурс. Същата ще бъде ангажирана с работа по подготовка на изборния процес, произвеждане на избори и обявяване на изборните резултати. Тогавашните вносители мотивираха законопроекта си така, че с осигуряването на постоянен щатен състав служители, материално-техническа база и независим бюджет за издръжката си, ЦИК би допринесла за подобряване капацитета на изборната администрация. За осъществяване по-голяма степен на прозрачност се предвиждаше изрично да се вмени като задължение на ЦИК да приеме вътрешни правила за организацията на дейността си. В съпоставка с предложения и неприет Избирателен кодекс, тук не се предвиждаше ЦИК да издава наредби, които да бъдат подзаконовни нормативни актове.

De lege lata втори ИК, ЦИК запази статута си на държавен орган, като изрично бе записано, че тя е „независим” и е юридически лице, като вече може да се разпорежда с държавни средства, защото ЦИК бе въздиганата като първостепенен разпоредител с бюджетни кредити. До този момент средствата, с които тя оперираше, бяха определяни от МС с нарочно постановление. От гледна точка на нейната зависимост от МС, такава вече не е налице, тъй като НС, гласувайки годишния бюджет, в неговата рамка гласува и средствата, заявени от ЦИК, необходими ѝ за една календарна година. Действащото ни законодателство не възприе идеите на Избирателния кодекс от 39-то НС, съставът на ЦИК да се определя на квотен принцип между НС, Президент, и Пленум на ВКС, а се запази партийният принцип - членовете ѝ се излъчват от партиите, които имат парламентарна група в НС и народни представители в Европейския парламент.

¹³ Пехливанов, К. Независими административни органи при парламентарното управление, С.: Сиела, 2016, ISBN 978-954-28-1990-5, с. 124-128.

В административен план се въведе разделение - ръководството на ЦИК се избира от НС с нарочно решение, а останалите членове се назначават от Президента с указ, но след като са предложени от парламентарните групи и партиите, които имат избрани народни представители в Европейския парламент.

Интерес представлява хипотезата, ако парламентарните групи в НС и партиите, които имат евродепутати предложат членове за ЦИК на президента, но той откаже да издаде указ за назначаването им. Вторият ИК е приет с началото на мандата на сегашния състав на ЦИК и досега такава хипотеза не е била налице. За в бъдеще обаче може да се случи и тогава ми се струва, че субектите предложили персоналния състав на ЦИК биха били „принудени“ да оттеглят номинациите си и на тяхно място да излъчат други кандидатури за членове, които евентуално президентът да назначи. ИК не урежда такава хипотеза, но с оглед на това, че държавният глава не може да бъде задължен да приеме номинираните, то от това следва, че той действайки в оперативна самостоятелност може да откаже да назначи членове на ЦИК, дори и за тях да има постигнато партийно съгласие. Струва ми се, че тук е заложена контролната функция на държавния глава по състава на така важния държавен орган.

В тази част не следва да се променя законодателството ни и не трябва да се дава подкрепа на евентуални промени в начина на конституиране на този орган по модела, предложен в Избирателния кодекс от 2002 година. Не смятам, че съдии, макар и от ВКС биха се справили по-добре с организирането на изборния процес, ръководството на неговата администрация, нито пък трябва да се натоварва президентът допълнително да излъчва „своя“ квота в ЦИК. Смятам, че публичната процедура (чл.47, ал.1), предшестваща номинирането, заслужава да се запази и занапред.

Като допълнително условие, което мога да предложа *de lege ferenda* е, че при бъдещо конституиране на ЦИК е необходимо въвеждането на още едно допълнително изискване за членовете към чл. 50 от ИК. За такива трябва да бъдат предлагани лица, които имат опит в изборна администрация на по-ниско ниво от това на ЦИК, а именно поне един път да са били в състав на РИК или ОИК. Недопустимо е в състава на ЦИК да бъдат лица, които не са участвали поне в едно от долните нива на йерархията на изборната администрация.

Такова изискване сегашния ИК не предвижда, а практиката показва, че лица, които познават изборния процес, взаимоотношенията между отделните звена на териториалните органи от държавната и местната власт, могат по-добре да ръководят изборната администрация на по-високо ниво.

На следващо място, трябва ясно да се направи разграничение между изборна администрация и администрация на ЦИК. В първата категория влизат всички държавни органи и ведомства, които имат отношение към изборния процес, докато при втората – това са служителите на ЦИК, който е основен орган и е част от изборната администрация. Понастоящем дейността на администрацията на ЦИК се осъществява от лица, работещи по трудово правоотношение, като организацията на дейността на комисията, структурата и функциите на администрацията се определени в Правилник, който е приет от Комисията и е обнародван в "Държавен вестник".¹⁴ Той има белезите на изцяло вътрешно-организационен акт и по-скоро не може да се приеме, че е подзаконов нормативен акт, макар ИК да повелява да се публикува в ДВ.

Понастоящем е видно, че в кадровото осигуряване на органа се направи крачка назад спрямо отменения ИК, тъй като в администрацията на ЦИК няма държавни служители, няма главен секретар и общата рамка на Закона за администрацията не се простира върху този орган. Тази стъпка назад е трудно обяснима, защото в проекта за сега действащия ИК предвиждаше и включване в състава на администрацията на държавни служители, и приемане на модела на Закона за администрацията.¹⁵

Понастоящем чл. 39, ал.2 от Правилника установява, че дейността на администрацията се осъществява от служители, работещи по трудово правоотношение, като административното ѝ ръководство е възложено на директора на дирекция „Администрация”, който организира, ръководи, координира, контролира и отчита дейността на администрацията пред председателя и Комисията. Той се назначава и освобождава от председателя на ЦИК, но след решение от колективния орган. Заслужава подкрепа предложението¹⁶ че занапред реформата в изборната администрация и по-конкретно в администрацията на ЦИК трябва да обхване тази част и разпоредбите от първия ИК и статута на служителите на ЦИК да се възстанови. По този начин дори и вътрешната администрация на ЦИК ще бъде максимално независима и професионална, спазвайки се новите разпоредби на Закона за държавния служител за двустепенното конкурсно начало на държавните служители, каквито смятам, че трябва да бъдат служителите на ЦИК.

¹⁴ Приет с Решение № 1489 от 04.06.2015 г., обн., ДВ, бр. 43 от 12.06.2015 г и последно изменен с Решение № 3406 от 18.08.2016 г. на ЦИК, обн., ДВ, бр. 66 от 23.08.2016 г.

¹⁵ Пехливанов, К. Цит. съч., с.127-128.

¹⁶ Пехливанов, К. Пак там, с.12.

3.1. Районна избирателна комисия

Освен ЦИК, българското законодателство предвижда и други органи, които са пряко и непосредствено ангажирани с провеждането на изборния процес в страната. Според определението, възприето в настоящото изследване, РИК е териториален орган от изборната администрация, действащ в оперативна самостоятелност. Тя се изразява във възможността на административния орган да прецени как да действа, дали да действа и по какъв начин.¹⁷ Правото му на избор се свежда между различни, но юридически равностойни, варианти, посочени от правните норми. Като основно задължение на РИК следва да се посочи точното изпълнение на законодателството и актовете на ЦИК на територията на избирателния район и да упражнява контрол върху дейността на СИК. РИК може да бъде определена още и като колективен административен орган, тъй като тя представлява една съвкупност от определени лица, които взимат своите решения самостоятелно на насрочени заседания, следователно основният принцип на дейността е колегиалността. Трябва да се отбележи, че териториалната компетентност на РИК не трябва да се схваща такава каквато е по смисъла на чл. 19, ал.3 от Закона за администрацията, тъй като РИК е извън органите на изпълнителната власт. Считам, че все пак РИК попада в определението дадено за административен орган, визирано в § 1 от ДР от АПК, тъй като е носител на административни правомощия и е овластен *ex lege* орган. Макар и да осъществява държавна дейност в строго определена изпълнителна дейност¹⁸, РИК не попада в понятието „държавна комисия“, визирано в чл. 50 от Закона за администрацията. Тя не е създадена с нарочно ПМС, нито е подчинена на МС, нито нейният състав се определя с решение на правителството. РИК се създава въз основа на закона, а численият и персоналният ѝ състав се определя в изпълнение на закона и нарочно решение на ЦИК, която в случая се явява по-горестоящ административен орган. *Ex lege* РИК е натоварен с правомощия и собствена компетентност, макар и нормативната ни уредба никога досега да не е давала правен статут на орган на РИК.

В преглед на законодателството ни, действало преди кодифицирането на изборното право, може да се установи, че в четири от общо петте закона беше предвидено назначаването на такава комисия.¹⁹ Интерес представлява назначаването на 200 РИК за провеждането на избори за народни представители за ВНС. Тогава действащото правило е задължавало във всеки един едномандатен и многомандатен избирателен район да има районна избирателна комисия.

¹⁷ Решения, които РИК взема от вида на „вътрешни актове“, според изложеното мнение по-долу.

¹⁸ В доклад от ЦИК до НС, РИК и другите комисии са определена като „орган по управление на изборния процес“.

¹⁹ Изключение е само по Закона за местни избори (отм.), който предвижда ОИК, вместо РИК.

След приемането на сегашната КРБ и отмяната на Закона за избиране на ВНС²⁰ броят на РИК е редуциран до 31.²¹ Този брой е запазен и в първия ИК и във втория ИК. И преди ИК, и сега численият състав на всяка една РИК е бил различен. Конституирането на РИК е предоставено на ЦИК, която с решение назначава състава на колективния орган. Актът от ЦИК може да се приеме, че е сбор от индивидуални административни актове, тъй като макар и в технически смисъл да представлява един носител, то правата и задълженията, които произтичат от него се отнасят до отделни физически лица. При обжалване на такова решение за назначение на РИК, ВАС може да го отмени по отношение на отделно лице, ако се докаже, че предложеният и назначеният член не отговаря на законовите изисквания да заема този пост. В такава хипотеза актът ще бъде „саниран“ с последващ акт от ЦИК, с който да се допълни състава на РИК, по условията, установени в закона за ново предложение от политическите субекти.

В съпоставка между ЗИВНС и отменените изборни закони се вижда, че в цялост конституирането и правомощията на РИК са запазени като обаче е отпаднало изискването лицата от ръководството да имат задължително юридическо образование, като такова вече се препоръчва за по-голяма част от членовете. Това начало е било диспозитивно, неспазването му не е било противоправно и не е повличало липса на компетентност у РИК. С ИК вече бяха въведени изисквания към всички членове за образователен ценз - задължително висше образование, а актовете на РИК се приемаха вече с квалифицирано мнозинство от присъстващите, а не както беше по ЗИВНС с обикновено мнозинство. Отговорността на членовете на РИК бе въздигната и изпълнявайки своите функции, членовете бяха длъжностни лица по смисъла на НК.

Уредени бяха и трудовите им правомощия като за времето, в което работят в РИК, те се освобождаваха от другите им служебни задължения, а работата им в комисията се зачиташе за трудов стаж по специалността. Месечното възнаграждение се определяше с решение на ЦИК. Доходите им не се облагаха с данъци по Закона за данъците върху доходите на физическите лица. Осигурителните вноски по Кодекса за социално осигуряване и Закона за здравното осигуряване бяха за сметка на държавния бюджет. Членовете на РИК не подписваха трудови договори, а се считаха, че заемат изборна длъжност, встъпвайки в длъжност след акта за назначаването си.

²⁰ ЗИВНС е отменен с § 9, т.2 от ПЗР от втория ИК.

²¹ За произвеждане на изборите територията на страната се разделя на 31 многомандатни изборни района, в това число три в област София-град и два в област Пловдив. Останалите изборни райони съвпадат с границите на областите.” (чл.249, ал.1от ИК).

3.2. РИК в условията на действащия ИК

Действащият ИК в общи линии запази начина на конституиране на РИК, като допълни, че този орган може да има два състава. И двата се определят на база по колко мандата ще бъдат определени, за да бъдат избрани от даден многомандатен избирателен район при последни парламентарни избори.²² За изборни райони с до 9 мандата – 13 членове, а за изборни райони с 10 и повече мандата- 17 членове. Към тях могат да се добавят и други членове- предложени от тези партии, които имат свои представители в ЕП, но тези партии не са представени в НС. Ако днес трябва да се конституира РИК, то съответно 13 и 17 членове ще бъдат разпределени квотно между 5-те партии, представени в НС²³, и по един член във всяка комисия ще имат двете коалиции „България без цензура” и „Реформаторски блок”, които имат евродепутати, но нямат народни представители. Така броят на членовете в РИК съответно ще стане 15 и 19. Другата законодателна промяна, която бе направена с оглед на по-голяма прозрачност е, че актовете на РИК се приемат с поименно гласуване, което задължително се отразява в протокола от конкретното заседание. РИК осъществява правомощията си за срок от деня на назначаването си до 14 дни след произвеждане на съответния вид избор. За разлика от ЦИК, за РИК не е предвидено да бъде постоянно действаща и да има самостоятелна администрация, още повече, че РИК не е обособена като самостоятелен орган на управление на изборния процес, нито има статут на юридическо лице. Допуска се РИК да създава работни групи от специалисти, чиито възнаграждения се определят по методика, приета от ЦИК. Единствените актове, които РИК може да приема са решенията. По своята същност те могат да бъдат общи или индивидуални административни актове. Практиката показва, че те могат да бъдат обособени в четири вида. Вътрешни - т.е. актове, които създават права и задължения за членове или за експертите на РИК.²⁴ Вторият вид актове считам, че могат да бъдат определени като оперативни²⁵- това са решенията, които РИК взима за изпълнение на възложените ѝ правомощия от законовите и подзаконовите актове или решения от ЦИК. Третият вид актове са констативните - например да установи с решение за извършено нарушение; за получен брой гласове и т.н.²⁶

²² ЦИК определя броя на мандатите в многомандатните изборни райони въз основа на единна норма на представителство за цялата страна в зависимост от броя на населението по данни, предоставени от НСИ на база резултатите от последното преброяване на населението (чл. 247, т.1 от ИК).

²³ ГЕРБ, БСП, ОП, ДПС и Воля.

²⁴ Решение за определяне на говорител на РИК, видно в интернет на адрес: <https://rik17.cik.bg/pvnr2016/decisions/8/2016-09-19>.

²⁵ Решение за формиране и утвърждаване на номерацията на СИК на територията на РИК, видно в интернет на адрес: <https://rik17.cik.bg/pvnr2016/decisions/10/2016-09-25>.

²⁶ Решение за поправка на техническа грешка в друго решение, видно в интернет на адрес: <https://rik17.cik.bg/pvnr2016/decisions/231/2016-11-11>.

РИК издава конститутивни актове само в три хипотези - когато регистрира кандидати за народни представители в определения многомандатен изборителен район; втората хипотеза е когато назначава съставите на СИК и третата - когато регистрира застъпници и представители на политически партии в хипотезата на всички национални избори - за президент, за народни представители, за членове на ЕП и за национален референдум.²⁷

ИК предвижда несъвместимост за членовете на РИК. Те не могат да бъдат орган на изпълнителната власт, нито да са на изборна длъжност в държавен или местен орган.²⁸ Тъй като ИК изрично не го е забранил, то служители, които имат трудови правоотношения с орган на изпълнителната власт могат да бъдат назначавани за членове на РИК, което показва една макар и непряка, но силна зависимост на РИК с изпълнителната власт, което е недопустимо с оглед желанието изборната администрация да бъде професионална и независима. С оглед подобряване на работата на този орган, смятам, че *de lege ferenda* е необходимо да се извършат някои основни промени в законодателството. Реформата в изборната администрация в най-пълнен размер трябва да се осъществи точно в териториалните органи на управление на изборния процес, като първи сред тях се явява РИК.

Преди всичко е наложително РИК да се обособи, чрез изрична правна норма в ИК, по подобие на ЦИК, като самостоятелен независим орган с териториални правомощия. Значението и мястото ѝ в системата на изборната администрация показва, че и РИК трябва да придобие статут на юридическо лице, което да се представлява от своя председател. Не на последно място е необходимо да се установи отново с изрична законово разпоредба, че РИК е постоянно действащ орган с мандат от 5 години, като той се назначава от ЦИК в срок до 30 дни, след назначаването на нов състав на ЦИК. По този начин РИК ще бъде пряко ангажиран с провеждането на всички видове избори и референдуми на територията на съответния многомандатен изборителен район.

Въпросът с обвързаността на изборните комисии с местната и държавната власт безспорно е проблем, който трябва да намери законодателно решение. Условието за несъвместимостта на членовете на РИК трябва да бъдат увеличени. Не смятам, че е допустимо действащ директор на дирекция в общинска администрация да бъде председател на РИК, както и какъвто и да е друг служител в общинската или държавната власт, който има трудови правоотношения с изпълнителната власт да бъде излъчван и съответно назначаван за член на тази комисия.

²⁷ Решение за регистрация на кандидати за народни представители, видно в интернет на адрес: <https://rik17.cik.bg/ns2017/decisions/54/2017-02-21>.

²⁸ В чл.66 от ИК са изброени несъвместимостите за членовете на РИК.

Разбираемо е, че на този етап не може да се говори за професионална изборна администрация, поради простата причина, че няма обучително учреждение или такава професия, предлагана от висше училище, което да подготвя кадри за този вид администрация. Началото може да бъде поставено като лицата, които се предлагат да бъдат публично изслушвани по подобие на членовете на ЦИК, а преди да бъдат назначени да се проверят знанията им по изборното законодателство чрез определена форма на изпит. Такъв предлагам да се провежда от ЦИК, тъй като е създадена презумпция, че този орган има по-голяма подготовка и стои по-горе в йерархията на администрацията. Не на последно място, с бъдеща промяна на законодателството е необходимо да се въведе изискване членовете на РИК да бъдат такива лица, които преди това са били членове на ОИК или на СИК. Недопустимо е лица, които никога не са били в по-ниско ниво на изборна администрация да бъдат предлагани от политическите партии за позиции в РИК.²⁹ Такива лица не познават нормативната уредба, актовете, издавани от РИК, нито документите, които е необходимо да обяснят на по-ниско стоящия орган в изборната администрация, какъвто се явява СИК. Считам, че по този начин може да се постави началото на професионална изборна администрация, която периодично да бъде атестирана. Не считам, че е необходимо да има мандатност за членовете на РИК, а при ниска оценка лицето да не може да бъде назначено отново за член на колективния орган при бъдещо конституиране на нов състав на РИК. РИК е необходимо да има собствен бюджет³⁰ и да е второстепенен разпоредител с кредити.

4. Общинска избирателна комисия

По време на местни избори РИК не се назначава, а функциите на опосредена изборна администрация между ЦИК и СИК изпълнява друг орган, който се създава единствено за този вид избори – ОИК. Броят на тези органи е според броя на общините в страната. Предложението за персоналния състав на ОИК се прави от кмета на съответната община, като преди това той се консултира с местните, т.е. с общинските представители на парламентарно представените партии, които имат право на партийна квота в ОИК. В ЗМИ (отм.) изрично бе предвидено, че в София съставът на ОИК е 17 членове, в Пловдив и Варна от по 15 членове, а в останалите общини законодателят не беше предвидил точен брой. Бяха въведени относително определени норми, които установяваха, че ОИК може да бъде между 3 и 7 членове, като в този брой не се включваше председателят, двамата заместник-председатели и

²⁹ В РИК 17 - Пловдив-област, от 17 членове, 8 никога не бяха участвали в изборна администрация под каквато и да е форма.

³⁰ Понастоящем средствата за РИК се превеждат на областния управител и при най-малката техническа необходимост трябва да се пише мотивирано писмо, за да бъдат отпуснати.

секретарят. Затова ЦИК определяше със свой акт в коя община по колко членове да бъде ОИК според процентното съотношение на населението, имащо право на глас в местни избори. По ЗМИ(отм.) ОИК започваше работа най-късно 45 дни преди изборния ден и мандатът на назначените лица е 4 години, колкото е мандатът на избрания Общински кмет и съвет. И по стария закон, и сега по ИК, ОИК е единствен териториален изборен орган, който действа постоянно - т.е. не се създава *ad hoc* само за дадения избор, но има компетентност в рамките на определен законов срок, в който може да заседава при необходимост и да приема актове (пример освобождаване на общински съветник, защото е назначен за заместник-кмет.)

Общите принципи за назначаване на ОИК се запазиха и при нормите на сегашния ИК. Разпоредбите за числения състав бяха два пъти променяни след проведените местни избори през 2015 година. Понастоящем отново има диференцирано определяне на членове на ОИК, но вече императивно е установен техният брой за всяка община. Изрично, с промени в ИК от 2016 година се установи, че ОИК София ще се състои от 39 членове, Пловдив и Варна от по 27 членове, а за останалите общини или 11 членове,³¹ или 13 членове³². Правомощията на ОИК са изчерпателно изброени в чл.87 от ИК. Казаното по-горе за актовете, които приема РИК, се отнася и до актовете на ОИК, както и до трудовите и осигурителните права на членовете на ОИК. Общинските избирателни комисии за произвеждане на избори за общински съветници и кметове изпълняват функциите по организирането на местен референдум на териториите на общините.³³

Основен проблем, който се наблюдава при този орган е големият брой такива комисии, които се назначават - 265 и липсата на подготвени кадри от съответната община, които да могат да обезпечат изборния процес и да приложат законосъобразно нормативните актове. На трето място, има много малки по население общини, в които едва ли има нужда от създаване на самостоятелен административен орган, който да ръководи и контролира изборния процес.³⁴ На четвърто място може да се посочи и недотам разбирането както от страна на обществото, така и на голяма част от членовете на ОИК, че те са самостоятелен орган, различен от местните органи на управление по смисъла на ЗА и ЗМСМА. Това неразбиране се поражда и от факта, че ОИК се помещават най-често³⁵ в сградата на общинската администрация. Дори много често служители по трудови правоотношения с общината, представлявана от кмета, са и в същото време членове на ОИК и в един ден изпълняват две функции, макар и ИК да постановява, че е необходимо да бъдат в отпуск тези, които са в ОИК.

³¹ Когато на територията на общината има по-малко от 150 секции.

³² Когато на територията на общини има над 150 секции.

³³ Чл.7, ал.2 от ЗПУГДВМС.

³⁴ Например : общините Лъки, Макреш, Чавдар, и т.н. чисто население е под 2 хиляди души.

³⁵ Особено в малките общини в самата сграда на Общинската администрация, дори кабинет до кабинет на кмета.

Дори нещо повече - при конституирането на ОИК личи силен политически момент, който води до значителни съмнения в прозрачността и честността на изборния процес. Заобикалянето на закона за несъвместимост между член на ОИК и друга длъжност показва следния казус от последните местни избори през 2015 година. Фактическата обстановка е следната: ЦИК със свое решение 1852-МИ/НР от 04.09 назначава състав на ОИК-Родопи, като за председател е определена Здравка Найденова, предложена по законоустановения ред от квотата на политическа партия ГЕРБ. Две седмици по-късно ЦИК с друго свое решение 2681-МИ/НР от 19.10.2015 освобождава член на ОИК от квотата на ГЕРБ и на освободеното място преназначава Здравка Найденова за член, а на свободната вече позиция председател е назначена Таня Бочукова, която е заместник-кмет на същата община „Родопи”. Решението на ЦИК е обжалвано и отменено от ВАС с решение 11049 от 22.10.2015 година в частта му, в която за председател е назначена Таня Бочукова. Мотивът на върховните съдии е, че при назначаването на новия председател на ОИК не е бил изяснен въпросът дали единственият заместник-кмет на същата община е била определена да изпълнява длъжността „кмет на общината”, според изискванията на разпоредбата на чл. 39, ал. 2 ЗМСМА. ВАС е счел, че решението в обжалваната му част е постановено при непълнота на доказателствата-т.е. дали докато Бочукова е била заместник-кмет в същото време е била и председател на ОИК. Несъвместимост по силата на чл. 66, ал. 1, т. 3 във връзка с чл. 81 ИК. По този казус преписката е върната от ВАС на ЦИК за ново разглеждане. Преди да постанови своя нов акт, ЦИК е изисквала допълнителни документи-доказателства, от които е видно, че със заповед № 976 от 18.09.2015г. от кмета на община „Родопи” е определено, че заместник-кметът на общината Таня Бочукова ще изпълнява функциите на кмет за периода от 23.09.2015 г. до обявяване на резултатите от изборите, тъй като кметът е в законоустановен отпуск. Видно от другите доказателства става ясно, че Областният управител на Пловдивска област издава Заповед № ЧР-02-15/19.10.2015 г. на основание чл. 42, ал. 8 във връзка с ал.6 от ЗМСМА и чл. 259 от Кодекса на труда във връзка с Решение № 1632-МИ/НР от 31.08.2015 г. на ЦИК назначава Стоянка Ангелова Андреева за Вр.И.Д. кмет на община Родопи, считано от 19.10 2015 година. От същия ден е и Заповедта с изх.N 720/19.10.2015 година, с която Вр.И.Д. кмет Андреева на основание чл. 331, ал. 1 и 2 от Кодекса на труда прекратява трудово правоотношение с Таня Бочукова като заместник-кмет на община „Родопи”. Това дава основание на ЦИК да издаде второ решение № 2746-МИ/НР, с което назначава Бочукова за председател на ОИК Родопи. Това решение е от 22.10.2015 година-т.е. 3 дни преди деня на изборите досегашният заместник-кмет става председател на независим орган в изборната администрация, каквато смятам, че трябва да бъде ОИК.

Таня Бочукова остава председател на ОИК за времето на първи и втори тур, като от 19 ноември, т.е. 18 дни след втория тур тя е подала молба за освобождаване от поста председател на ОИК, като ЦИК с Решение №2941-МИ/НР е освободила същата и на нейно място е назначена Здравка Найденова, която за времето през което Бочукова е била председател, тя е била член, а на нейно място като член е било назначено трето лице от резервния списък.

Навярно подобни примери и анализи могат да бъдат направени и за други ОИК в страната. Струва ми се, че този е най-обществено опасният за демократичния изборен процес в страната, защото считам, че тук е налице заобикаляне на закона и конфликт на интереси. Това създава силни съмнения за опорочаване на законоустановена административна дейност, която трябва да се осъществява от изцяло независим по презумпция орган. В този и подобни случаи презумпцията за независимост на ОИК може да бъде лесно оборена.

Изводите, които могат да бъдат направени от този пример, както и от посочените по-горе проблеми, най-удачно би било, дори наложително с оглед предстоящите местни избори през есента на 2019 година, да се направи радикална, но необходима реформа на изборната администрация в частта ѝ при ОИК.

De lege ferenda би било оправдано с оглед решаването на по-горе поставените въпроси ОИК да бъде премахната с изрична императивна норма като териториален изборен орган, а функциите му отново чрез разпоредби в ИК да бъдат поети от Районните избирателни комисии, които както в §3.1 е предложено да са постоянно действащ орган. Така, по време на местни избори най-ниската изборна администрация, СИК, ще се отчита през РИК. По време на национални избори и сега е така. По този начин един постоянно действащ орган с компетентен състав, би бил в състояние да проведе честни и законни местни избори, да издава актове съобразени със законодателството и при необходимост да налага предвидените глоби при установяване на административни нарушения по смисъла на ЗАНН.

Липсата на достатъчно правна и практическа подготовка у лицата в съставите на ОИК води и до не налагане на съответните санкции, а в това се крие опорочаване на демократичността на изборния процес и на волята на избирателя.

5. 1. Секционна избирателна комисия

При всички видове избори се назначава СИК. За местните избори тя се назначава с решение от ОИК, а при другите видове избори от РИК. И в двата случая персоналният състав се предлага от партиите, които имат право да излъчат членове като кметът на община

организира консултациите, а след това изпраща съответно на ОИК/ РИК предложените лица за назначаване.³⁶

Начинът на конституиране на СИК е изяснен, но не така стои въпросът за това какъв статут има СИК. Безспорно тя може да се определи като най-малката самостоятелна административна единица от изборната администрация с оглед местните ѝ правомощия и административния контрол, на който подлежат актовете и действията ѝ пред по-горестоящата ОИК/РИК. Понастоящем ЦИК определя СИК като „основното звено” в изборния процес, от което зависи в най-голяма степен осигуряване упражняването на правото на глас в изборния ден и правилното отчитане на резултатите.³⁷ За СИК няма легална дефиниция в изборното законодателство. Затова по-скоро е уместно да се приеме, и с оглед лексикалното определение „комисия” и систематическото ѝ място в ИК, че тя е самостоятелен орган от системата на изборната администрация, който има своя собствена компетентност, различна от тази на ЦИК, РИК и ОИК и има правомощието да издава самостоятелно административни актове. Попада в определението, дадено в §1 т.1 пр. последно от ДР на АПК. За „основно звено” можеше да се говори ако СИК бе част от по-горестоящите комисии и не би могла да се разпорежда по собствена инициатива.³⁸ Действа в оперативна самостоятелност, доколкото законът допуска това. За разлика от РИК, СИК приема само вътрешни, оперативни и констативни актове, по смисъла, по който са описани в § 3 на настоящата разработка. СИК не регистрира кандидати за съответния вид избор, застъпници и наблюдатели и затова приемам, че СИК няма правомощия да издава конститутивни актове.

Интерес представлява въпросът дали председателят на СИК може да се определи като самостоятелен орган. Разпоредбата на чл.100 ал.3 от ИК дава правомощия на председателя да дава указания, които са задължителни за всички граждани в изборното помещение. Щом са задължителни, то чрез тези указания се предоставят права и задължения на отделни физически лица, които са субекти на изборния процес. Указанията му обаче могат да бъдат отменени или изменени с решение от самата комисия. Това ми дава основание да направя обобщено заключение, че в тази хипотеза председателят на СИК действа като едноличен орган на изборната администрация и неговите указания, които могат да бъдат както устни, така и

³⁶ По отменените изборни закони, СИК в 7-членен състав се назначаваше за секция до 300 избиратели и 9-членен за секция с над 300. ИК повиши избирателите – в секции до 500 избиратели между 5 и 7-членове, с над 500 избиратели между 5 и до 9 членове. Тази относителна определеност на числения състав изцяло се уточнява с решение на ОИК/РИК, запазвайки квотното разпределение. СИК се състои от председател, заместник-председател, секретар и членове.

³⁷ „Обучение на избирателните комисии” - доклад относно организацията и произвеждането на избори в периода 2015 – 2017 г.”, с.18 , 02.2018 (секция „Доклади”), видно в интернет на адрес <https://www.cik.bg/bg> към дата 31 май 2018 г.

³⁸ СИК не е обособена като териториално звено на администрацията на ЦИК (или на ОИК/РИК), което да подпомага административния орган при осъществяването на правомощията му, каквато е разпоредбата на §1 т.1а. от ДР на АПК.

писмени, представляват индивидуални административни актове по смисъла на чл. 21 от АПК. Този вид актове подлежат на административен контрол пред колективния орган. В тази хипотеза това ще се реализира чрез правен акт, издаден от СИК. Според общите правила актовете ѝ могат да се обжалва пред ОИК/РИК. Председателят на СИК, дал указания, които впоследствие са отменени от СИК, има правото да обжалва отмяната им пред по-горната инстанция. Правомощието на председателя на СИК да дава указания все пак е ограничено от законодателя. Нормата на чл.100, ал.2 от ИК изрично разпорежда, че разпределението на дейностите между членовете на секционната избирателна комисия се извършва с писмено решение в началото на изборния ден. Т.е. СИК запазва своя колективен статут като самостоятелен орган, за който важи същото правило както при РИК за квалифицирано мнозинство от присъствалите членове на заседание, за да е налице законно приет акт. За заседанията на комисията се съставя протокол, който се подписва от председателя и секретаря. СИК няма статут на юридическо лице, нито пък разполага или разпределя бюджетни средства, затова не може да бъде пасивно легитимирана по искове по ЗОДОВ. Законодателството не предвижда правомощия председателят на СИК да издава АУАН при констатирано нарушение на ИК, каквото е предвидено за председателите на ЦИК, РИК и ОИК(чл.496, ал.2 от ИК). Затова считам, че ако СИК констатира административно нарушение по смисъла на ИК, то тя е длъжна да сигнализира ОИК/РИК., основавайки твърдението си на чл.100,ал.1 от ИК, че СИК осъществява цялостно дейностите по прилагането на кодекса и свързаните с него нормативни актове в изборното помещение и в района на избирателната секция. Комисията се създава ad hoc за конкретен вид избори и осъществява правомощията си до момента, в който отчете изборният резултат пред ОИК/РИК. Членовете на СИК получават възнаграждение като упражняващи трудова дейност на изборна длъжност за срок от 3 дни-предизборния ден, изборния ден и деня след това. Възнаграждението се определя от ЦИК по методика, приета по смисъла на чл. 57, ал. 1, т. 7. Възнаграждението на членовете не се облага с данъци по Закона за данъците върху доходите на физическите лица.

5.2 Нужда от реформа в СИК като орган на изборната администрация

С цел усъвършенстване на законодателството от административноправна страна трябва да се уточни в кои случаи председателят може да дава указания и в кои случаи е необходимо взимането на решение от колективния орган. В тази насока практиката е твърде противоречива и не бива да се оставя на най-малко подготвените лица да налагат обичайни практики, които не могат да бъдат реализирани на територията на цялата страна.

На този етап няма как да бъдат предоставяни правомощия на СИК по ЗАНН с оглед ниската правна подготовка на членовете ѝ. За такива може да се мисли в хипотезата на професионално ръководство на СИК, със задължителното участие на лице с юридическо образование. Сегашната технология на определяне на състава на изборителните комисии обаче се основава на разбирането за водещата роля на политическите партии като представители на обществен интерес и на взаимния контрол, който различните партии имат чрез своите представители в изборната администрация. Този подход, обаче, на практика намалява общественото доверие, защото го затваря в партиите. По-полезно би било да се премине към подбор на членовете на изборителни комисии на основата на професионални критерии.³⁹

Поради същата причина не смятам, че е необходимо СИК да бъде юридическо лице, каквото е предложението за РИК, изразено в §3.1. на настоящата разработка. Добре би било обаче членовете на СИК да имат мандат от 5 години, като получават възнаграждения само за времето на изборите, а през останалото време да преминават обучение поне един път годишно.

Безспорно най-големите проблеми от правна и фактическа страна в изборната администрация възникват в СИК. Сред основните въпроси, които следва да намерят разрешение чрез промени в законодателството ни е начинът на номиниране на съставите. С оглед натрупаната практика⁴⁰ мога да посоча, че списъците с имената на лица, които се предлагат да бъдат назначени, се предават на консултациите при общинския кмет без същите лица да знаят, че ще бъдат назначени. Партийният ръководител на общинско ниво разполага с техни лични данни от предишни избори и ги предава, за да запълни предоставената му квота. Общинският кмет няма правомощията да провери всъщност дали тези хора желаят и могат да бъдат назначени в съответната СИК и с оглед съблюдаване на изискването на чл.96 във връзка с чл.66 от ИК. ОИК/ РИК също нямат такова предварително правомощие. Дори много често биват назначавани роднини по права линия, което е абсолютно незаконосъобразно. Веднъж назначени и на по-късен етап разбрали, че ще бъдат членове на СИК, десетки лица се отказват, подавайки молби за освобождение от ОИК/РИК. Това се случва обичайно няколко дни преди деня на изборите. Проблем пред СИК се явява слабата подготовка на членовете, отказвайки да участват в законоустановеното методическо обучение.⁴¹

³⁹ Стоилов, С. „Изборите - доверие или далавера“ 2012, видно в интернет на адрес: http://www.assam.com/izbori/izbori_02121.php към дата 31 май

⁴⁰ Авторът е дългогодишен член на СИК, ОИК и РИК.

⁴¹ По решение на ОИК и РИК се провеждат правно-методически обучения.

Честата необоснована смяна на членове на СИК след тяхното обучение, направено с искане от предложилите ги партии, включително в началото на изборния ден води до назначаване на лица, които не познават разпоредбите на ИК и методическите указания от ЦИК. Поради политически причини ОИК/РИК нямат смелостта да не уважат такова искане, дори и законът все пак да допуска това. Това довежда до недобра организация на процеса в изборния ден, множество нарушения и др. Следва да се отбележи и че в съставите на СИК юристите са твърде малко в процентно съотношение.

De lege ferenda в тази част на изборната администрация считам, че е необходимо аналогично с въведения образователен ценз за членове на ОИК/РИК да се въведе образователен ценз и за членовете на СИК, а ръководството да бъдат с висше образование. Заслужава подкрепа предложението⁴² за създаване на „Училище за избори” и привличането в работата му на експерти - обучители, които да бъдат както на национално, така и на териториално ниво в изборната администрация. В съставите на СИК да се назначават предимно лица, преминали предварителна подготовка и получили сертификат за преминато обучение, като знанията им бъдат проверявани с изпитни тестове. Задължително да представят декларация, собственоръчно подписана, че желаят да бъдат назначени в комисията. При неизпълнение на поетия ангажимент без основателна причина, следва спрямо тях да се търси административна отговорност и налагане на съответно наказание. Тук следва да се задължат и партиите да поддържат кадрови ресурс и периодично да бъде обучаван. Трябва да се помисли за изрични правни норми, които да позволят на РИК да не назначава в съставите на СИК лица, които не са преминали задължителното методическо обучение преди изборите. СИК се нуждаят и от специфично обучение относно машинното гласуване, макар и да има предложение, машинното гласуване да отпадне като възможност занапред. С цел облекчаване на процеса по отчитане на изборните резултати с оглед подобряване на законодателството, НС може да обсъди евентуални промени в ИК относно намаляване на броя на действията, които следва да се предприемат от местната изборна администрация-СИК след края на изборния ден, за облекчаване на процедурата по броене, включително опростяване съдържанието на протоколите с изборните резултати, като в тях да се включи информация, най-вече свързана с отчитането на резултатите. Всяка друга информация може да бъде включена в дневник на СИК, който СИК да попълва през целия изборен ден, по правила, приети ЦИК.⁴³

⁴² Дечева, Р. Предложения на ОС към ЦИК за промени в ИК-сборник „Изборни системи” бр.4,2016 г., ISSN 2367-6876

⁴³ „Обучение на избирателните комисии”, Доклад относно организацията и произвеждането на избори в периода 2015 – 2017 г.”, 02.2018 (секция „Доклади”), видно на адрес <https://www.cik.bg/bg> към дата 31 май 2018 г.

6. Съдебен контрол на актовете на изборната администрация. Отговорност за вреди.

На съдебен контрол подлежат всички актовете на ЦИК. Решения се атакуват пред ВАС в тридневен срок след постановяването. А съдът има задължението да се произнесе в рамките на 3 дни, като актът му има сила на присъдено нещо и не подлежеше на касация. Съдебното производство по такъв тип дела е едноинстанционно. Така беше правилото и по отменените изборни закони. Това, което изрично следва да се отбележи, че при обжалване на решенията на ЦИК сроковете по АПК не се прилагат. Това позволява да се допусне, че законодателят от самото начало е създал особен вид административен орган.⁴⁴ Единственият акт на ЦИК, който не подлежи на контрол пред ВАС е този, с който се обявяват резултатите от изборите за народни представители, за президент и вицепрезидент и за народни представители в ЕП. Законността на произведените избори, присъщо на демократичната държава, може да бъде оспорена. Уредбата в ИК предвижда, че в 7-дневен срок след обявяването на решението с изборните резултати от ЦИК, кандидатите за народни представители, президенти и вицепрезидент, както и партиите, коалициите и лицето, което представлява инициативния комитет, регистрирали кандидати в изборите, т.е. субектите, които имат правен интерес могат да оспорят законността на изборите пред орган по чл.150, ал.1 от КРБ. На практика това означава, че засегнатите от нарушенията трябва да убедят някой от субектите по чл. 150, ал. 1 да сезира Конституционния съд. Процедурата пред КС се развива според нормите на ЗКС и Правилника за дейността му. При оспорване на незаконност на избора на отделен народен представител и установяване на съществени нарушения, които са повлияли върху крайния резултат, ЦИК по методиката⁴⁵ с решение определя резултатите от изборите, като обявява ново разпределението на мандатите и имената на избраните народни представители. Това решението на ЦИК не подлежи на обжалване.

Законодателството не допуска актове на РИК, ОИК и СИК да подлежат на съдебен контрол. При тях важи правилото, че актовете им могат да бъдат проверявани за законосъобразност само по административен ред пред по-горестоящия орган. Изключение от това правило са два вида актове-тези по ИК, както и тези по чл. 42, ал. 5 от ЗМСМА. В първия случай това е конститутивният акт на ОИК - решението, с което се обявяват за избрани: кмет на община, кмет на кметство и общински съветници. След издаването на този акт избраният вече кандидат има право да положи клетва и право да встъпи в длъжност.

⁴⁴ Пехливанов, К. Цит. съч., с. 128.

⁴⁵ Методика, приложение 1 към чл.248 от ИК.

Този акт може да се обжалва в 7-дневен срок след издаването му само пред съответния Административен съд, като той се произнася в 7 дневен срок, а съдебният акт може да се атакува с касационна жалба пред ВАС. Право на оспорване имат кандидатите, партиите и коалициите, участвали в изборите. Първата инстанция разглежда и се произнася по законосъобразността на решението на ОИК. По същество си това е едно контролно-отменително производство. Когато съдът установи резултат, различен от отразения в протокола на ОИК, отменя решението и връща книгата на комисията за обявяване на действителните резултати. Когато изборът е законосъобразен и съдът установи това, той потвърждава решението на ОИК, което от своя страна поражда своите правни последици. Поставя се и край на процедурата по избора.

Обявяването на избора за недействителен е много спорен момент като теоретична и законова постановка. В тази връзка в действителност трябва да се дискутира и подкрепи хипотезата за законодателно изменение не за обявяване на избора за недействителен, а на отмяна на избора. Решението на ОИК е с декларативен характер и конститутивно действие, така че няма пречка законът да предвижда неговата отмяна.⁴⁶ Съгласно чл.146, т.3 и т.4 от АПК, основания за обявяване на недействителност на изборите са противоречието с материалните норми и съществени нарушения на административно-производствените правила. Неспазване на материалните норми може да се наблюдава по отношение на обявяване на избран кандидат, предвид императивното изискване за него да са гласували повече от половината гласоподаватели. Причините за това нарушение са от техническа грешка до умишлена манипулация. На следващо място несъответствието между броя гласували и броя намерени бюлетини също е нарушение на материалните разпоредби и по-точно на чл. 437, ал. 6 ИК. Такова несъответствие е възможно при добавяне на бюлетини или съответно при тяхното премахване. Съществени процесуални нарушения пък от своя страна ще бъдат тези, които ако не са допуснати, административният акт – решение на ОИК, е щял да бъде със съвсем друго съдържание. Например – опорочаване на валидността на избирателния списък; съответствието между личните данни на избирателя по списък и по лични документи; гласуването на избирател в повече от една секции; нарушаване на правилата за броене на бюлетини. При констатиране на посочените нарушения, съдът може да обяви избора за недействителен или да потвърди решението на ОИК.

⁴⁶ Киров, М., Попов, Л. Особености при оспорване на изборни резултати, видно в интернет на адрес: <https://euinstitute2015.wordpress.com/> към дата 31 май.

Вторият случай, в който може да се обжалва административен акт, издаден от ОИК е когато са прекратени предсрочно правомощията на избран кмет или общински съветник или е постановен отказ⁴⁷ за прекратяване на правомощията. Материалните норми за този вид решения, издавани от ОИК, са установени в текстовете на чл.42, ал. 5 от специалния Закон за местното самоуправление и местната администрация, който е приет преди кодифицирането на изборното право, а процесуалните норми за постановяването на този вид актове са уредени в чл.459 от ИК. Решенията или отказите на ОИК за прекратяване пълномощията на избран кмет или общински съветник могат да бъдат постановени при: при трайна фактическа невъзможност да изпълнява задълженията си за повече от 6 месеца поради заболяване; или при неизпълнение на задължението в едномесечен срок след обявяването на изборните резултати, съответно от приемането на решението на общинския съвет, лицето което при избирането си за кмет заема длъжност или осъществява дейност по смисъла на Търговския закон и не е изпълни задължението си да се освободи от заеманата длъжност и писмено да уведоми председателя на ОбС и ОИК, както и при неоснователно отсъствие от работа за повече от един месец. ОИК е длъжна, т.е. действа като административен орган в обвързана компетентност, да постанови предсрочно прекратяване пълномощията на кмет или общински съветник при наличието на следните хипотези: при подаване на оставка чрез председателя на общинския съвет до общинската изборителна комисия; при поставяне под запрещение; когато след избирането му е осъден с влязла в сила присъда на лишаване от свобода за умишлено престъпление от общ характер или на лишаване от право да заема държавна длъжност; при извършване на административно-териториални промени, водещи до промяна на постоянния адрес в общината или кметството; при извършване на административно-териториални промени, водещи до закриване на общината, района или кметството; при избирането му за народен представител, министър или областен управител, при назначаването му за заместник-министър или заместник областен управител или когато заеме друга длъжност по трудово или служебно правоотношение; при влизане в сила на акт, с който е установен конфликт на интереси по Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобито имущество; при установяване на неизбираемост; при смърт. Ако по така изброените юридически факти ОИК не се произнесе с положително решение, т.е. не обяви прекратяване пълномощията, то ще е налице отказ по смисъл на чл.45, ал.5, пр. второ от ЗМСМА.

⁴⁷ Решение (отказ) за предсрочно прекратяване пълномощията на кмет на община Брезово - видно в интернет на адрес: <https://oik1607.cik.bg/minr2015/decisions/205/2018-07-13>.

Този отказ може да се обжалва⁴⁸ в 7-дневен срок пред съответния Административен съд от заинтересуваните лица или от централните ръководства на партиите, компетентни съгласно устава, и ръководствата на коалициите, компетентни съгласно решението за образуване на коалицията, които са представени в Общинския съвет или от упълномощени от тях лица.

De lege ferenda може би трябва да се доразвият механизмите за оспорване на изборния резултат, да се помисли за възможност за оспорване на протоколите на секционните комисии, но и за отмяна на изборния резултат. Към настоящия момент „касирането на изборните резултати“ е мисия почти невъзможна именно, заради неусъвършенстваната процедура по оспорване, която ИК регламентира. Занапред, ако ОИК бъде изключена от системата на изборната администрация, както се предлага в настоящата разработка, решенията за обявяване на изборните резултати от местни избори ще се издават от РИК. Едва тогава актове на РИК ще могат да се обжалва по съдебен ред. Към настоящия момент нито един акт на РИК не подлежи на съдебен контрол.

§§§

За настоящия доклад интерес представлява дали и при какви обстоятелства органите на изборната администрация могат да носят отговорност за вреди по смисъла на ЗОДОВ. Както бе изяснено по-горе изборният процес е правно-регламентирана дейност, която се осъществява от държавни органи, които имат специализирана компетентност. Съдебната практика не е богата на решения по искове по реда на ЗОДОВ. Но все пак може да се изведе заключение, че до приемането на втория ИК през 2014 година, нито ЦИК, нито РИК, нито ОИК, нито СИК са били конституирани като ответник по такива дела. Причината е, че за нито един от посочените органи законодателството не е предвиждало да са юридическо лице по смисъла на чл.205 от АПК. В тази посока е и съдебната практика. По касационно дело № 3488/2010 е поставено решение № 15244 от 13.12.2010 от ВАС, с което е отменено решение на Видинския административен съд, който е осъдил ОИК-Белоградчик и община Белоградчик да заплатят обезщетение за претърпени имуществени вреди на участник в избори, причинени му от нищожен административен акт-решение № 110 от 22.01.2008г. на ОИКМИ-Белоградчик. ВАС правилно е счел, че ОИК-Белоградчик няма как да бъде ответник по такива дела, тъй като и този орган не е юридическо лице и е следвало искът е да бъде насочен срещу Министерския съвет - органът, който съгласно чл. 8, ал. 1 ЗМИ(отм.) осъществявал организационно-техническата подготовка на изборите във взаимодействие с избирателните

⁴⁸ Решение на Административен съд - Пловдив за отмяна на отказ, постановен по смисъла на чл. 42, ал. 5 от ЗМСМА - видно в интернет на адрес: <http://www.adms-pv.bg/spravki/dela/SDGod/2018/0261d818/27880818.htm>.

комисии. Разходите по организационно-техническата подготовка на изборите -чл. 9, ал. 1 ЗМИ (отм.), както и възнагражденията на членовете на избирателните комисии се покриват от държавния бюджет, изпълнението на който е възложено на Министерския съвет. Поради това следва да се приеме, че отговорност за действията на изборната администрация носи Министерският съвет на РБ, следователно той е пасивно легитимиран да отговаря по искове.

След 2014 година, обаче законодателството постанови, че ЦИК е независим държавен орган, юридическо лице и първостепенен разпоредител с бюджет. От този момент следва, че ЦИК може да бъде ответник по такива искове. Още повече ИК в чл.18 ал.1 пр. първо, урежда, че подготовката и организирането на изборите се осъществяват на първо място от избирателните комисии и едва след това са изброени органите на изпълнителната власт, които по-скоро имат организационен и технически характер по осигуряването на избирателните комисии, включително с бюлетини, изборни книжа, техника, консумативи и други материали. Да, вярно е, че разходите по подготовката и произвеждането на изборите са за сметка на държавния бюджет по план-сметка, приета от МС, която обаче задължително се съгласува с ЦИК. Видно от Глава III, раздел 1, чл.18 от ИК може да се направи заключение, че ЦИК е компетентен орган. Затова считам, че ЦИК може да бъде ответник по искове, заведени по ЗОДОВ, както за актове, издадени от нея, така и от по-долустоящите ѝ органи каквито са РИК/ОИК и СИК. Аргументите ми в тази посока са, че тя е юридическо лице, държавен орган и може да се разпорежда с държавен бюджет. Затова не може да се подкрепи изцяло съдебна практика на Пловдивския административен съд по адм. дело № 1108/2018 година, по което е постановено определение, с което е прекратено дело по чл.1, ал.1 от ЗОДОВ заведено срещу ОИК-Пловдив, респективно срещу ЦИК, заради отменен акт на ОИК. По това дело съдът е счел, че ответник трябва да бъде МС, а не ЦИК. Аргументите на съда са: „...ЦИК назначава членовете на ОИК по предложения на политическите партии, т.е. тази дейност е чисто техническа..., и съдът приема, че „...ОИК действа на основание чл.49 от ЗЗД, като МС се явява работодател на ОИК и затова МС трябвало да понесе отговорността от незаконосъобразните актове на ОИК. В този смисъл не било логично ЦИК да носи имуществена отговорност по реда на чл.1 от ЗОДОВ за посочените актове, действия и бездействия на ОИК, поради което искът е следвало да бъде насочен срещу МС, който се явява практическия „възложител на работа“. ИК обаче е категоричен в противното. Правомощията на ОИК са уредени ex lege и персоналният състав на ОИК се определя с акт на ЦИК⁴⁹, като в конкретния случай е без значение кой прави предложението.

⁴⁹ ЦИК не извършва технически действия, а проверява документи с правно естество-удостоверителни и декларативни, каквито членовете на ОИ/РИК трябва да представят преди назначаването си. При установяване на нередовност ЦИК отказва да назначи номинираното лице за член на комисия.

Т.е. ЦИК възлага мандата на ОИК, за да изпълнява функциите на орган на изборната администрация, а не МС. Правомощията си ОИК черпи от закона и от решенията на ЦИК, които са задължителни. А щом решенията на ЦИК са задължителни за ОИК, то ЦИК е погорестоящия орган и в хипотезата, че е компетентен орган, юридическо лице, разполагащо с държавни бюджетни кредити, то следва да може ЦИК да бъде пасивно легитимирана да отговаря за вреди, причинени както от нейни актове, действие, бездействие, така и на по-нискостоящите ѝ органи, каквито считам, че са РИК/ОИК/ СИК. Съдебната практика смятам, че трябва да се прецизира с оглед направеното изложение.

Заключение

Упражняването на изборното право е немислимо без изборна администрация, макар и да се правят неуспешни опити за въвеждане на електронно гласуване, което да обезсмисли правното ѝ съществуване. Значимост трябва да се отдаде на факта, при едни общи избори в страната се ангажират над 100 хиляди лица, които да осъществяват функциите ѝ и да обезпечат изборния процес. Наред с това всяка година се провеждат частични или нови избори, както и местни референдуми. Макар и да се отнасят само до определено населено място, (с. Галиче - частични кметски избори - май 2018) то цялото общество е особено чувствително към спазването на демократичността и правовия ред за подготовката и провеждането на вота. За да се оправдаят актуалните очакванията на гражданите е необходимо да се върви към професионално подготвена изборна администрация, опростяване на документите и актовете, които се издават и по-ясна съдебна защита при установяване на тяхната недействителност. Предложените законодателни промени биха довели да по-голямо доверие у избирателя, а това неминуемо би се отразило и на по-силното гражданско представителство у органите на държавната и местната власт.

Награда на председателя на журито в Студентска Юридическа Научна Академия 2018**РАЗВИТИЕ НА ИНСТИТУТА НА САМООТБРАНАТА В
МЕЖДУНАРОДНОТО ПРАВО. ПРЕВАНТИВНА АТАКА.****Тодор Рогошев***IV курс, спец. „Право“, редовно обучение
Юридически факултет, ПУ „Паисий Хилендарски“***Анотация**

Самоотбраната е един от ключовите институти на международното право, чрез който всяка държава може да гарантира своя суверенитет, а и самото си съществуване. От първата си поява в междудържавните отношения до наши дни времената са се променили и се появяват нови заплахи, нови врагове и нови оръжия. Примери за тези промени са оръжията за масово унищожение, развитието на кибертехнологии и терористичните заплахи. Това налага институтът на самоотбраната да бъде преразгледан за да остане адекватно средство за защита на територията и населението на една държава. Този доклад има за цел да разгледа водещите мнение по отношение на самоотбраната и нейната еволюция в международното право.

Ключови думи: *Превантивна самоотбрана, оръжия за масово унищожение, ius ad bellum, ius in bello;*

Abstract

The right of self-defense is one of the fundamental rights provided to states in order to assure their sovereignty and even their own existence. Since its first appearance in international relations to this day, the times have changed and new threats, weapons, and enemies have emerged. Examples of such changes are the weapons of mass destruction, the development of cyber technologies and the threat of terrorism. This requires the revision of the Institute of self-defense in order for it to remain an adequate tool for the protection of the territory and population of states. This research strives to explore the leading opinions in relation to the right of self-defense and its evolution in international law.

Key words: *right of self-defence, weapons of mass destruction, ius ad bellum, ius in bello.*

УВОД

„Неотменимото право“ на индивидуална или колективна самоотбрана, в случай на въоръжено нападение, е предвидено в чл. 51 на Устава на ООН и смело може да се твърди, че е една от най-важните разпоредби от корпуса на *ius ad bellum*¹, гарантиращи държавния суверенитет. От практиката на Международния съд на ООН можем да изведем, че това право съществува паралелно както в Устава, така и като норма на международното обичайно право². Като такава, нормата подлежи на известни промени спрямо измененията в практиката на държавите и субективното им отношение спрямо нея – *opinio iuris*³.

Един от най-спорните въпроси е по отношение на „въоръженото нападение“, времето в което то трябва да се случи за да може една държава да прибегне до самоотбрана и възможно ли е да се използва сила превантивно. С нарастващата опасност от терористични организации и държави с оръжия за масово унищожение, през последните 40г. този въпрос се поставя все по-често, като ясен и точен отговор няма.

Целта на това изследване е да проследи развитието на института на самоотбраната в договорите и в международното обичайно право. За постигането на тази цел следва да бъдат изследвани практиката на Международния съд⁴, независимите проучвания на международния обичай, практиката на държавите и на органите на ООН, както и правна литература от някои от големите имена в международното право. Като основна рамка на доклада служат разпоредбите отнасящи се към използването на военна сила и самоотбраната.

Първата част е систематизиран поглед върху института и рамките на самоотбраната в международното право. Втората част разглежда видовете самоотбрана спрямо първоначалната употреба на сила и основните мнения в доктрината по този въпрос. В третата част се повдига въпроса за елементите на пропорционалност и необходимост при превантивна или изпреварваща самоотбрана и тяхното развитие. Четвъртата част отбелязва някои проблеми, произлизащи от евентуалната промяна в правото на самоотбрана по отношение на НАТО, САЩ и България.

¹ Азбука на Международното Хуманитарно Право, Федерален департамент на външните работи на Конфедерация Швейцария 3003 Берн, р. 3

² ICJ, Oil Platforms Case (Iran v USA), Judgement, 2003, ¶51;

³ ICJ, North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den., F.R.G. v. Ice.), Judgement, 1969, ¶42;

⁴ ICJ, Oil Platforms Case (Iran v USA); ICJ, Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v USA); ICJ, Oil Platforms Case (Iran v USA); ICJ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion; ICJ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion.

УРЕДБА НА САМООТБРАНАТА В МЕЖДУНАРОДНОТО ПРАВО

Уставът на ООН и международният обичай произлизат от принципа, отхвърлящ едностранното използване на военна сила в международните отношения⁵. Забраната за употреба на сила се появява сравнително късно в човешката история. Първото отражение на тази забрана в договор е пакта Бриан-Келог от 1928 г. Пактът първоначално е бил планиран като двустранен между САЩ и Франция, но в последствие към него се присъединяват 62 държави, сред които е и България⁶. Основната цел е да забрани войната и да ограничи международните конфликти⁷. Тази забрана днес е кодифицирана в известната разпоредба на чл. 2 т.4 от Устава на ООН. Разпоредбата е отражение на императивна норма на международното право – *ius cogens*⁸.

*„Всички членове на организацията се въздържат в международните си отношения от заплашване със сила или употреба на сила срещу териториалната цялост или политическата независимост на която и да е държава или по какъвто и да е друг начин, несъвместим с целите на Обединените нации.“*⁹

Всяка непозволена употреба на сила, чрез наземни, морски или въздушни сили, представлява акт на агресия и е в нарушение на тази норма¹⁰. Както по-късно Съдът постановява в своето дело *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua)*¹¹, нарушение представлява и подкрепянето на различни паравоенни организации на територията на друга държава.

Единствените две, безспорно признати, изключения от тази забрана са решенията на Съвета за сигурност по глава VII от Устава и самоотбраната¹². Класическата формулировка на самоотбраната в международното обичайно право произлиза от аферата *Caroline*¹³. Спорът се развива около инцидент от 1837 г., когато британци залавят и потапят плавателния съд „*Caroline*“, който подкрепя паравоенни действия на канадска територия.

⁵ ICJ, *Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v USA)*, Judgement, 1986, ¶181;

⁶ Кесяков, Богдан Д., Принос към дипломатическата история на България. Приложение. Регистър на договорите, конвенциите, спогодбите, протоколите и други съглашения и дипломатически актове, подписани от България през времето 1926-1935, С., 1936, стр. 36-37;

⁷ Sophie Charlotte Pank, “What is the scope of legal self-defense in International Law? Jus ad bellum with a special view to new frontiers for self-defense”, *Rettid Journal of Law*, 19, 2014, p. 9;

⁸ Kamrul Hossain, *The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter*, 3 Santa Clara J. Int'l L. 72 (2005), p. 84-85;

⁹ UN Charter, art. 2, (4); Превод – ИК Труд и право;

¹⁰ United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), открита на http://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_ph_e.pdf

¹¹ ICJ, *Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v USA)*, Judgement, 1986, ¶228;

¹² Sophie Charlotte Pank, цит. съч., p. 14

¹³ R. Y. Jennings, ‘The Caroline and McLeod Cases’, 32 *American Journal of Int'l L.*, 1938, p. 82;

В кореспонденцията между Великобритания и САЩ се откроява самоотбраната като основание за използване на сила¹⁴. Основните изисквания, които поставя Секретарят на САЩ са, че за да се пристъпи към самоотбрана трябва:

„...да е налична необходимост от самоотбрана, неизбежна, непреодолима, без избор на средства и без нито момент за обмисляне ... и Британските сили ... да не извършват нищо неразумно или прекомерно; деянието, позоваващо се на самоотбраната, трябва да остане ограничено от необходимостта и да е стриктно в нейните рамки.“¹⁵

Открояват се и границите на самоотбраната. Тя трябва да е съобразена с принципите на необходимост и пропорционалност, които са разгледани по-подробно в част трета.

За първи път кодификация на самоотбраната в договор се появява в гореспоменатия пакт Бриан-Келог. Тъй като подписването му води до забрана на войната в цялост, става необходимо изрично да се направи резерва по отношение на правото на самоотбрана и САЩ ратифицират пакта с условието, че участието ѝ не ограничава „унаследеното“ право на самоотбрана“¹⁶. Днес основната разпоредба уреждаща материята в международното право е чл. 51 от Устава на ООН. Според него:

„Никоя разпоредба на настоящия устав не накърнява неотменимото право на индивидуална или колективна самоотбрана в случай на въоръжено нападение срещу член на организацията, докато Съветът за сигурност вземе необходимите мерки за поддържането на международния мир и сигурност...“¹⁷

Тази разпоредба ни препраща към вече съществуващото право на индивидуална и колективна самоотбрана, а не ни дава реалната уредба на института. Въпреки това, в цялост намираме три основни елемента на института на самоотбраната. Първият е „въоръженото нападение“, изведено от текста на разпоредбата на чл. 51.

Тук трябва да разграничим употребата на военна сила по смисъла на чл. 2(4) на Устава и „въоръжено нападение“ като предпоставка за института на самоотбраната¹⁸, колкото и да са тясно свързани.

¹⁴ M. Shaw, International Law, 6th Ed., 2008, p. 1131;

¹⁵ Webster, Daniel. 'Letter to Henry Stephen Fox', in K.E Shewmaker (ed.). The Papers of Daniel Webster: Diplomatic Papers, vol. 1. 1841-1843 (1983) 62. Dartmouth College Press;

¹⁶ Lesaffer, R. C. H. (2011). Kellogg-Briand Pact (1928). In R. Wolfrum (Ed.), Max Planck Encyclopedie of Public International Law Oxford: Oxford University Press, ¶11;

¹⁷ Устав на Организацията на Обединените Нации, 1945, чл. 51;

¹⁸ Yoram Dinstein, Computer Network Attacks and Self-Defence, 2002, ILS V.76, p. 100;

Макар и всяко въоръжено нападение със сигурност да представлява непозволена употреба на сила¹⁹, не всяка употреба на сила се равнява на въоръжено нападение. Само най-тежките форми на сила са в рамките на предвиденото от института на самоотбраната²⁰.

В делото *Nicaragua*²¹ при тълкуването на това какво деяние влиза в рамките на въоръжено нападение, Съдът използва като основа Дефиницията на агресия от Резолюция 3314 на Общото събрание на ООН²². В допълнение прилага и критерия за мащаб и ефект, за който е широко разпространено схващането, че се взема предвид мащабът на операцията във времето и пространството, както и мащабът на последиците²³. Граничен инцидент, като например този от 2008 г., когато български граничен полицаи уби турски рибар край с. Резово²⁴, очевидно не е налично „въоръжено нападение“²⁵ за да се оправдае смъртта на турския гражданин. В цялост за да има въоръжено нападение, е необходимо да има непозволено използване на сила, в резултат на което е загубен човешки живот или са претърпени сериозни материални вреди²⁶. Този подход е възприет от Съда и в делото *Oil Platforms*, когато Съдът преценява дали попадането на мина от кораба *USS Samuel B Roberts* достига до прага на въоръжено нападение²⁷.

Като извод по отношение на първия елемент можем да кажем, че поставен много висок стандарт от Международния съд с цел прибягването до правото на самоотбрана да не е лесно и да не се злоупотребява с него. Гъвкавостта в определението за „въоръжено нападение“ позволява да се адаптира спрямо съответните факти и мотивите зад употребата на сила²⁸, за да се достигне по-справедливо решение.

Макар и Уставът на ООН да урежда отношенията основно между държави²⁹, трябва да се отбележи, че държава може да се ползва от правото си на самоотбрана и срещу въоръжени нападения от недържавни субекти. В деня след атаките от 11 септември 2001 г. срещу Световния Търговски Център (СТЦ) Съветът за сигурност приема резолюция 1368, в която изрично се позовава на правото на самоотбрана³⁰. Тази позиция е потвърдена и по-късно с резолюция 1373, с която Съветът действа по глава VII от Устава на ООН³¹.

¹⁹ Oliver Dörr, 'Prohibition of Use of Force' - Max Planck Encyclopaedia of Public International Law (MPEPIL), p.11;

²⁰ Committee on Deterring Cyberattacks: Informing Strategies and Developing Options for U.S. Policy, 2010, p. 162;

²¹ ICJ, Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (*Nicaragua v USA*), Judgement, 1986, p.195

²² GA/RES/3314, 14 December, 1974.

²³ Christine D. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 178.

²⁴ Annual report of the Bulgarian Helsinki Committee, April 2009, p. 5.

²⁵ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 2001, p. 210;

²⁶ Yoram Dinstein, *Computer Network Attacks and Self-Defence*, 2002, ILS V.76, p. 100.

²⁷ ICJ, *Oil Platforms Case (Iran v USA)*, Judgement, 2003, p. 67.

²⁸ ICJ, *Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v USA)*, Judgement, 1986, p. 231.

²⁹ Макар и повечето разпоредби да се отнасят до държави, има и такива, които уреждат отношенията между органи на организацията и държавите. пр. чл. 25.

³⁰ SC/RES/1368, 12 September 2001.

³¹ SC/RES/1373, 28 September 2001.

На 07.10.2001г. САЩ известяват Съвета за упражняване на правото на самоотбрана срещу Ал Кайда³². Подобна е и резолюция 1701, с която Съветът осъжда действията и на Хизбула³³. Цялата тази практика свидетелства за мнението на международната общност, че въоръжено нападение по смисъла на чл. 51 от Устава може да бъде нанесено и от недържавни, терористични или други военни организации.

По отношение на позиционирането във времето на въоръженото нападение с оглед института на самоотбраната консенсус в доктрината и практиката няма. Този въпрос е по-подробно развит във втората част на този доклад.

Втория и третия елемент – необходимост и пропорционалност, извеждаме както от аферата “*Caroline*”, така и от практиката на Международния съд³⁴. Те обаче са приведени под егидата на самоотбраната в класически смисъл и в случай, че бъде доказано, че институтът се е променил, то би следвало и тези елементи да са еволюирали съответно.

Втората част на разпоредбата на чл. 51, която не влиза в обекта на разработката не следва да се отбележи, предвижда че:

*„Мерките, предприети от членовете при упражняването на това право на самоотбрана, трябва незабавно да бъдат съобщени на Съвета за сигурност и с нищо не трябва да засягат правомощията и отговорността на Съвета за сигурност съгласно настоящия устав за предприемане във всяко време на такива действия, каквито той сметне за необходими за поддържането или възстановяването на международния мир и сигурност..”*³⁵

Това задължение за докладване на Съвета за сигурност не би следвало да се счита за елемент от фактическия състав на института на самоотбраната³⁶. Тъй като разпоредбата препраща към обичая, може да се приеме, че това е задължение, което възниква въз основа на юридическия факт на самоотбраната. За сметка на това, ясно е, че самоотбраната не би могла да настъпи там, където Съветът за сигурност е предприел някакви мерки. Тази разпоредба има за цел да подсили системата на колективна сигурност на ООН. Исторически няма нито един случай в който самоотбрана да не е призната като легитимна с основание липса на нотификация.

³² Contemporary Practice of the United States’, 96 AJIL, 2002, p. 237.

³³ SC/RES/1701, 11 November 2006.

³⁴ ICJ, Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v USA), Judgement, 1986, ¶176; ICJ, Oil Platforms Case (Iran v USA), Judgement, 2003, ¶76; ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996, p. 41.

³⁵ Устав на Организацията на Обединените Нации, 1945, чл. 51, изр. 2.

³⁶ M. Shaw, International Law, 6th Ed., 2008, p. 1143.

ВИДОВЕ САМООТБРАНА СПОРЕД ВРЕМЕТО НА ПЪРВОНАЧАЛНОТО НАПАДЕНИЕ

В сферата на *ius ad bellum* един от най-оспорваните въпроси в доктрината и практиката е дали и кога е легитимно за една държава да прибегне до самоотбрана преди да претърпи първата атака. Този въпрос стои изключително на дневен ред след атаките над СТЦ от 2001г., откогато САЩ претендират доста по-либерален подход по отношение на превантивната атака³⁷. Следва да се изследват различните тези, както и съпътстващата ги практика и *opinio iuris*.

Една от школите поддържа тезата, че до самоотбрана може да се прибегне само и единствено след като е била жертва на въоръжено нападение³⁸. Сред поддръжниците ѝ са Иън Браунли³⁹ и Филип Джесъп⁴⁰. Основата на тази теза е буквалното тълкуване на самата разпоредба на чл. 51 – „в случай на въоръжено нападение“⁴¹. Според Луи Хенкинс същинско въоръжено нападение е „ясно, недвусмислено, предмет на доказване и не е лесно за погрешно тълкуване или фалшифициране“⁴². По тази причина, според тях, тълкуване на разпоредбата разширително води до размиване на иначе ясната граница между позволена и непозволена употреба на сила.

Друга гледна точка е, че това разширяване на института на самоотбраната води и до намаляване на ефективността на Съвета за сигурност да се справя със заплахи за сигурността, както и на императивната забрана за употреба на сила от чл. 2(4) на Устава. Според тази школа съществува реалната опасност от държавите да започнат да предотвратяват предотвратяващите си атаки, чрез което да се вкарат в затворен кръг на война⁴³.

Донякъде можем да открием подкрепа на тази школа и в практиката на Международния съд. В делото *Nicaragua* Съдът постановява *condition sine qua non* държавата да е била жертва на въоръжена атака⁴⁴. Подобно е и виждането на Съда в делото *Oil Platforms*, където се откроява изискването за САЩ да докаже, че нападение съществува и Иран е отговорен за него⁴⁵.

³⁷ National Security Council, The National Security Strategy of the United States of America (2002)

³⁸ Murphy, Sean D., The Doctrine of Preemptive Self-Defense, Villanova Law Review, Forthcoming, GWU Law School Public Law Research Paper No. 140, p. 706.

³⁹ Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States, Clarendon Press, 1981 p. 278.

⁴⁰ Philip C. Jessup, A Modern Law of Nations, Read Books, 2007, p. 166.

⁴¹ Устав на ООН, чл. 51 – на английски „if an armed attack occurs”

⁴² Louis Henkins, How Nations Behave: Law and Foreign Policy, New York: Columbia University Press, 1979, p. 142.

⁴³ Michael Doyle, Striking First: Preemption and Prevention in International Conflict, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2008, p. 26.

⁴⁴ ICJ, Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v USA), Judgement, 1986, p.195.

⁴⁵ ICJ, Oil Platforms Case (Iran v USA), Judgement, 2003, p. 51.

Малко по-разширено е виждането на Съда в делото *Armed Activities on the Territory of the Congo*, където Съдът, макар и да отказва да даде мнение по отношение на превантивна самоотбрана, намира, че чл. 51 от Устава може да оправдае използване на сила само и единствено в предвидените от него предели⁴⁶.

Но с мълчанието си в последното дело по отношение на това кои са тези предели, Международният съд оставя отворена вратата към някои форми на самоотбрана, предхождащи първата атака Иън Браунли, макар и поддръжник на тази доктрина, също признава, че държавата може да вземе превантивни мерки, когато очевидно са налични офанзивни действия на друга държава, които все още не са прераснали във въоръжено нападение, но то изглежда неизбежно⁴⁷. Необходимо е да се изследват причините, които налагат това изменение в настроенията на международната общност по отношение на самоотбраната. В светлината на модерните технологии и заплахи, нападението може да бъде толкова бързо, че държавата да няма никаква възможност да се отбранява, особено ако е географски малка⁴⁸.

Първата такава заплаха (без да са подредени по важност) са терористичните организации, които обикновено разчитат на непредсказуемост, хитрост и скритост за да постигат своите цели. Много от тези терористични организации съществуват изцяло с цел да извършват нападения изключително срещу цивилни и е несъмнено, че ще го правят винаги когато имат необходимите средства⁴⁹. Тази заплаха нарасна през последните години. Атаките от 11.09.2001 г. срещу СТС в САЩ, нападенията срещу „*Charlie Hebdo*” от 2015 г. в Париж⁵⁰, случаят в Берлин от декември 2016г.⁵¹ и др. демонстрират способността на тези организации да действат и трансконтинентално.

Тъй като тези организации често са обвързани от някаква идеология и радикализирани, преговорите с тях са *ipso facto* невъзможни. По тази причина държавите нямат на разположение мирните средства, с които разполагат в междудържавните отношения. С други думи, изискването на международното обичайно право да се изчерпат всички мирни средства е на практика неприложимо по отношение на тази заплаха⁵². За разлика от държавите, да се държи под контрол една такава организация е немислимо. Следователно, превантивната атака често би била единствения вариант за една държава да предпази населението.

⁴⁶ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda)*, Judgement, 2005, p. 148.

⁴⁷ Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, p. 368.

⁴⁸ M. Shaw, *International Law*, 6th Ed., 2008, p. 1138.

⁴⁹ M. N. Schmitt, *Responding to Transnational Terrorism Under the Jus ad Bellum: A Normative Framework*, Essays on Law and War at the Fault Lines, p. 10.

⁵⁰ “Charlie Hebdo anniversary: Paris police shoot man dead”, BBC, 7 January 2016, <http://www.bbc.com/news/world-europe-35250344>, посетено на 14.05.2018г.

⁵¹ “Berlin lorry deaths: Police say 'probably terrorist attack'”, BBC, 20 December 2016, <http://www.bbc.com/news/world-europe-38375555>, посетено на 14.05.2018г.

⁵² Ashley S. Deeks, *Taming the Doctrine of Pre-Emption*, The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 01 January 2015, p. IV B.

Друга заплаха представляват кибер атаките, за които доктрината и международната общност все още не са на едно мнение дали могат да се считат за въоръжено нападение или не. Потенциалната опасност обаче е напълно реална. Кибер атака срещу електрическа централа може да предизвика срыв на енергийната мрежа и катастрофа за икономиката на една държава, а атака срещу атомна електроцентрала може да доведе и до изтичане на радиация и т.н.⁵³. Атаката може да бъде насочена и срещу военните части на дадена държава, довеждайки логистиката им до безпомощно състояние.

Проблемът с кибер атаките е, че е изключително трудно да се разбере източника на атаката и от кой момент атаката е започнала⁵⁴. Освен това тук става въпрос за светкавично бързо действие с последици, които стават известни чак след като атаката се е състояла. Обикновено няма и фаза на „натрупване“ на знаци за такава атака, за разлика от дори и минималните такива при терористичните организации и между държавите. Следователно може да се окаже катастрофално за една държава да чака да види какви са последиците преди да вземе мерки⁵⁵.

Третата сериозна заплаха за всяка държава това са оръжията за масово унищожение, с акцент на ядрените оръжия. Международния съд в съвещателното мнение *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* отбелязва способността им да причиняват невиджани щети и човешко страдание⁵⁶. Лесно е да се види защо. През 1945 г. светът става свидетел на разрушителната сила на атомните бомби, взривени над Хирошима и Нагасаки. Това са сред първите ядрени оръжия, като разрушителният капацитет на ядрените арсенали по света днес е в хиляди пъти по-голям.

Освен това атака с ядрено оръжие може да бъде осъществена с малко или без изобщо да има някакви знаци за това, но веднъж започнала държавата-жертва най-вероятно би имала значително ограничени средства да защити населението си⁵⁷. В случай, че държавата е с малка територия това може да коства *de facto* самото ѝ съществуване. Но не е за пренебрегване и атака срещу икономически центрове с високи нива на урбанизация. Една атака срещу голям град, например София или Пловдив (колкото и невероятно да звучи), би имало толкова разрушителни последици за цялата страна, че би отнело на България десетилетия да се възстанови. Следователно, държавата може да бъде изправена пред собственото си заличаване, ако се налага да се съобразява с изискването да изчака първата атака.

⁵³ Sophie Charlotte Pank, цит. съч., p. 12.

⁵⁴ Marco Roscini, *World Wide Warfare - Jus ad Bellum and the Use of Cyber Force*, 2010, 14, *Max Planck Yearbook of International Law* 85, 120.

⁵⁵ Ashley S. Deeks, *Taming the Doctrine of Pre-Emption*, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 01 January 2015, p. IV C.

⁵⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, p. 35.

⁵⁷ Mathew C. Waxman, 'The Use of Force Against States That Might Have Weapons of Mass Destruction', 8–9.

Обикновено държавата-жертва няма как да бъде сигурна за възможността и намерението на държавата-агресор да използва такива оръжия, но цената на провал да се вземат адекватни и своевременни, често превантивни, мерки би била твърде голяма⁵⁸. По тази причина в доктрината се наблюдава и виждането, че атака с ядрени или други оръжия за масово унищожение би се считала за неизбежна дори в случаите, в които атака с други оръжия не би се считала⁵⁹.

Особено голяма е комбиниранията заплаха от терористични организации или престъпни държави с оръжия за масово унищожение⁶⁰. Както вече бе споменато подобни субекти е невъзможно да бъдат контролирани от международните институции. С цел да се справи с тези заплахи през 2002г. САЩ приема нова Национална Стратегия за Сигурност (НСС), която ясно предвижда и превантивни мерки. Тя гласи:

*„В случай на необходимост, по отношение дългогодишните принципи на самоотбраната, не отхвърляме употребата на сила преди нападението да се е случило, дори и да има несигурност по отношение на времето и мястото на атаката. При положение, че последствията от нападение с оръжие за масово унищожение са толкова разрушителни, не можем да си позволим да стоим безучастно докато тази сериозна заплаха се материализира... Нашият непосредствен фокус ще бъдат терористичните организации със световен обхват и всяка държава подкрепяща такива организации, която се опитва да се сдобие с или да употреби ядрено оръжие.“*⁶¹

Някои държави, сред които Великобритания⁶² и Австралия⁶³, са подкрепили тази доктрина. Япония дори открито е обсъждала възможността за превантивна атака срещу Северна Корея, тъй като разполага със редица доказателства, че последната планира атака с ядрени оръжия⁶⁴. През 2017 г. Доналд Тръмп също направи заплаха с превантивни действия срещу Северна Корея. Но вероятно с най-голямо доктринално значение са два примера от своеобразната „родина“ на превантивната атака - Израел.

През 1981 г. Израел провежда операция „Опера“ - атакува реактора *Osiraq* югоизточно от Багдад, Ирак, поради опасения, че произвежда материали за ядрени оръжия⁶⁵.

⁵⁸ Mathew C. Waxman, 'The Use of Force Against States That Might Have Weapons of Mass Destruction', p. 4.

⁵⁹ C. Greenwood, International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida and Iraq, 4 San Diego Int'l L.J. 7, 2003, p. 16.

⁶⁰ Adam Dolnik, America's Worst Nightmare? Osama Bin Laden and Weapons of Mass Destruction.

⁶¹ 2002 US National Security Strategy, p. 6, 15; <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/>

⁶² Select Committee on Foreign Affairs Seventh Report, International Law And The War Against Terrorism, "PM warns of continuing global terror threat", par. 403.

⁶³ Phil Mercer, "Tensions Rise Over Australia's Pre-Emptive Strike Policy Ahead of ASEAN Summit", *Epoch Times*, 26.11.2004.

⁶⁴ "Japan Threatens Force Against North Korea", BBC News, 14.02.2003.

⁶⁵ "1981: Israel bombs Baghdad nuclear reactor", BBC News, 07.06.1981, http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/june/7/newsid_3014000/3014623.stm, посетен 24.05.2018г.

Тази атака е докладвана на Съвета за сигурност като самоотбрана, но реакцията на международната общност е негативна. Съветът за сигурност⁶⁶ и Общото събрание на ООН⁶⁷ осъждат тези атаки като нелегитимна употреба на сила, до голяма степен и защото проектът е публичен, с редовни посещения на Международната агенция за атомна енергия.

Двадесет и шест години по-късно, на 06.09.2007 г., Израел взривяват индустриален цех близо до Ал Кибар, Сирия. ЦРУ след атаките идентифицират целта като почти готов ядрен реактор, вероятно построен с помощ на С. Корея с цел производство на плутоний⁶⁸. По-късно Международната агенция за атомна енергия потвърждават тази информация⁶⁹. Особеното тук е почти пълната липса на международен коментар или критика по отношение на действията на Израел. Тази реакция е в пълен контраст с международния протест последвал превантивната атака от 1981г., която разруши реактора *Osiraq*⁷⁰. През март месец 2018 г. от Израел потвърждават, че тази операция се е състояла⁷¹, но реакция на международната общност все още липсва.

Макар и двете атаки да имат различна фактическа обстановка, съществената разлика между реакциите на международната общност по отношение на двата случая свидетелства за промяна в цялостното разбиране за самоотбраната и включването на такава, предхождаща първото нападение, като легитимен способ за употреба на сила⁷². Към това допринася и опасността от това оръжията за масово унищожение да попаднат в ръцете на терористи или държава с история на непредсказуемо поведение⁷³. Това води и до по-голяма приемственост на превантивните мерки срещу тях.

В светлината на тези и други примери, в доктрината самоотбрана с превантивен характер се среща в три форми. За да се изследват трябва да се изясни терминологията, тъй като един от големите проблеми на този въпрос е липсата на уеднаквена такава.

⁶⁶ SC/RES/487, 19 June 1981; <http://unscr.com/en/resolutions/487>

⁶⁷ A/RES/36/27, 13 November 1981; <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r027.htm>

⁶⁸ David Makovsky – The Silent Strike: How Israel bombed a Syrian Nuclear Installation and Kept It Secret, The New Yorker (17 September 2012).

⁶⁹ Garwood-Gowers, 'Israel's Airstrike on Syria's Al-Kibar Facility', 264; IAEA, *Implementation of the NPT Safeguards Agreement in the Syrian Arab Republic*, GOV/2010/29.

⁷⁰ Leonard S. Spector and Avner Cohen, Israel's Airstrike on Syria's Reactor: Implications for the Nonproliferation Regime.

⁷¹ Israel admits striking suspected Syrian nuclear reactor in 2007, BBC News, 21 March 2018, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-43481803>, посетен на 24.05.2018г.

⁷² Ashley S. Deeks, Taming the Doctrine of Pre-Emption, The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 01 January 2015, p. IV B.

⁷³ Andrew Garwood-Gowers, Israel's Airstrike on Syria's Al-Kibar Facility: A Test Case for the Doctrine of Pre-emptive Self-Defence?, Journal of Conflict and Security Law, Volume 16, Issue 2, 1 July 2011, p. 290.

(Например някои автори като Майкъл Дойл използват „очакваща самоотбрана“ в широк смисъл – събирателно за всяка форма на самоотбрана, предшестваща първата атака, докато други я използват за най-тесния смисъл, който е и най-малко спорен.) Тук ще използвам предложената от Ашли Дийкс класификация, която се откроява с яснота и по-богати нюанси.

Първата форма на предшестваща самоотбрана е така наречената „прихващаща“ или „очакваща“ самоотбрана, целяща да спре неизбежна въоръжена атака от държава или недържавна организация⁷⁴. Тази форма произлиза от споменатата по-горе доктрина *“Caroline”*, според която държавата може да отвърне на нападение преди да е завършило, но само когато нуждата е *„неизбежна, непреодолима, без избор на средства и без нито момент за обмисляне“*. Малкълм Шоу намира пример за това в Шестдневната война⁷⁵. В този случай Египетските войски се струпват по границите на Израел и затварят Тиранския проток. В отговор Израел атакуват и разбиват блокадата⁷⁶. За тези си действия Израел получават минимална критика от Съвета за сигурност и Общото събрание на ООН.

През 2004 г. тази доктрина получава и признание от ООН в доклад на генералния секретар на ООН:

*„...застрашена държава, съобразно отдавна установено международно право, може да предприеме въоръжени действия, в случай, че атаката е неизбежна, други мерки не биха могли да я предотвратят и отговорът да е пропорционален.“*⁷⁷

Поради широкото си признание от държави, органите на ООН и много автори, тази форма на самоотбрана среща малко съпротива и е сравнително безспорна. За сметка на това, поради високото изискване за сигурност на въоръженото нападение и времевото ограничение, ефикасността и по отношение на гореизложените заплахи е под въпрос.

Вторият вид е „изпреварваща“ самоотбрана – употребата на сила за да се спре конкретен ход на действие, който потенциалната държава-жертва възприема, че скоро ще еволюира във въоръжено нападение срещу нея. Потенциалната атака е по-далеч във времето отколкото при „очакващата“ самоотбрана, но пък отбраняващата се държава има основателни причини да вярва, че нападението е вероятно, ще се случи скоро и ще причини сериозни вреди⁷⁸. Добри примери за такава самоотбрана са атаките на Израел срещу реакторите *Osiraq* и *Al Kibar*.

⁷⁴ Ashley S. Deeks, Taming the Doctrine of Pre-Emption, The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 01 January 2015, p. II A.

⁷⁵ M. Shaw, International Law, 6th Ed., 2008, p. 1138.

⁷⁶ Yoram Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, Cambridge University Press, 2001, p. 173.

⁷⁷ UN High-Level Panel 2004, p.188, p. 54.

⁷⁸ Ashley S. Deeks, *Op. Cit.*, p. II B.

Някои автори намират и „доктрината Буш“, вложена в Националната Стратегия за Сигурност на САЩ от 2002 г. като отнасяща се точно за такъв тип самоотбрана⁷⁹. Както беше споменато по-горе, Австралия, Великобритания и редица други държави също подкрепят тази доктрина.

Третият вид е прибегване до употреба на сила с цел да се предотврати бъдеща сериозна заплаха, без яснота за това кога или къде ще настъпи тя – превантивна самоотбрана. В това число може да се счита и използване на сила в отговор на заплашително поведение, без реално да има доказателства за способността или намерението на другата държава да атакува⁸⁰.

Тази доктрина е широко критикувана и с много малко признание. Много автори считат, че тя може да дестабилизира световния ред и рискът, който представлява за правилото за ненамеса, е твърде голям за да бъде прието за легитимна употребата на сила превантивно⁸¹. Това е и една от причините атаката на Израел от 1981 г. да бъде толкова критикувана от международната общност, тъй като много държави и юристи не намират действията на Ирак да са достигнали до състояние в което да представляват реална заплаха за Израел⁸².

Все още не е постигнат консенсус между държавите за това по какъв начин да би следвало да се измени изискването за неизбежност за да може да съответства нормата на самоотбраната на заплахите на новото време. Въпреки това повечето от авторите, които подкрепят някоя от гореизложените форми на самоотбрана, предхождаща въоръженото нападение предлагат някакви рамки този еволюирал институт. Според мнозинството от тях основните фактори, които трябва да се вземат предвид за да бъде легитимна една превантивна или изпреварваща атака, са естеството на заплахата, потенциалните щети, които би понесла държавата, неотложността на тази заплаха и цялостното поведение и история на отсрещната държава⁸³.

В заключение на тази част може да се каже, че настроението на международната общност за последните 50 години се е променило и това изисква промяна и в правото. Макар и да има ясни знаци за промени в разбирането за института на самоотбрана, е необходимо Международният съд да се произнесе по този въпрос, както и държавите да вземат по-активна позиция с цел да се изясни наличното право.

⁷⁹ Michael Doyle, *Striking First: Preemption and Prevention in International Conflict*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2008, p. 25.

⁸⁰ Michael Doyle, *Ibid*, 2008, p. 25.

⁸¹ High-Level Panel, 'A More Secure World', paras 189–90.

⁸² Higgins, 'The Attitude of Western States Towards Legal Aspects of the Use of Force' in Cassese, *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Martinus Nijhoff Publishers, Dec 2, 1986, p. 443.

⁸³ M. N. Schmitt, *Responding to Transnational Terrorism Under the Jus ad Bellum: A Normative Framework*, Essays on Law and War at the Fault Lines, p. 11; Elizabeth Wilmshurst, *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*;

НЕОБХОДИМОСТ И ПРОПОРЦИОНАЛНОСТ ПРИ САМООТБРАНА ПРЕДХОЖДАЩА ВЪОРЪЖЕНОТО НАПАДЕНИЕ

Принципите за необходимост и пропорционалност се коренят още в доктрината „*Caroline*“, като са признати и от Международния съд в *de facto* всяко дело, което засяга института на самоотбраната. Но решенията на Международния съд са взети в светлината на наличните обстоятелства и разбиранията на международната общност за тези принципи. Следва да се изследва по какъв начин са се изменили тези рамки, ако приемем, че правото се е изменило и превантивната атака е легитимно средство за самоотбрана.

Важно е да отбележим, че става въпрос за необходимост и пропорционалност от гледна точка на *ius ad bellum*, а не военна необходимост и пропорционалност от корпуса на *ius in bello* (хуманитарното право), тъй като институтът на самоотбраната, макар и се застъпва с хуманитарното право, е институт на правото за използване на военна сила. Разбира се, самоотбраната трябва да бъде съобразена с принципите на хуманитарното право, но нарушенията на хуманитарното право не винаги водят до незаконност на употребата на сила от гледна точка на *ius ad bello*⁸⁴. С други думи – една война може да се води с легитимни средства, но по нелегитимни причини, както може и да се води по легитимни причини с нелегитимни средства⁸⁵.

Принципът на необходимостта, в перспективата на *ius ad bellum*, в съвременното право произлиза още от доктрината за „Справедливата война“ и изисква държавите да прибегват до употреба на сила само в случаите, когато мирните средства са били изчерпани⁸⁶. През XIX в. държавите използват необходимостта като основание за употреба на сила с цел да избегнат репутацията на агресори, макар да не е забранено и да се е считало за суверенно право на държавите⁸⁷. Днес принципът е намерил своето място в института на самоотбрана. Следва да се разграничи от института на необходимост като обстоятелство изключващо незаконността по смисъла на чл. 25 от ARSIWA⁸⁸, което не може да бъде използвано като основание за употреба на сила⁸⁹.

⁸⁴ Jasmine Moussa, Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law, International Review of the Red Cross, Vol. 90, No. 872, 2008, p. 968.

⁸⁵ Michael Walzer, Just and Unjust Wars. A Moral Argument with Historical Illustrations, Basic Books Classics, New York, 1997, p. 21.

⁸⁶ C. Fenwick, J. Scott (ed.), The Classics of International Law (Carnegie Institute, Washington DC, 1916), p. 305, para. 190.

⁸⁷ Bin Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge University Press, 1994, p. 70-77.

⁸⁸ ILC, Articles on the Responsibility of States and Internationally Wrongful Acts, Art. 25, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf.

⁸⁹ Nicholas Tsagourias, Necessity and the Use of Force: A Special Regime, Netherlands Yearbook of International Law Volume 41, 2010, p. 29.

Проблем се появява при принципа за необходимост в случая, споменат по-рано, на нападение от терористична организация. Тъй като е *ipso facto* невъзможно да се водят преговори с терористи, то изискването за изчерпване на всички мирни средства е абсурдно и може да доведе до много повече човешки жертви. Но до голяма степен, ако се е стигнало до превантивна или изпреварваща самоотбрана, за да е легитимна тя, то държавата трябва да е доказала необходимостта от нея. Т.е. да е доказала реалната заплаха за нея.

Тук принципът за необходимост се преплита с този за пропорционалност. Формулировката още от инцидентът “*Carolina*” изисква деянието, оправдано с необходимостта от самоотбрана, да е ограничено от рамките на тази необходимост⁹⁰. Днес принципът за пропорционалност е формулиран от Съда в делото “*Nicaragua*”:

„...самоотбраната би дала основание единствено за мерки, които са съразмерни на въоръженото нападение и необходимо за отговаряне – добре установена норма в международното обичайно право.⁹¹“

Съдът обаче често в практиката си избягва да задълбочава това какво би било пропорционално. В конкретния случай приема, че всички мерки необходими за отговор на въоръжено нападение биха били пропорционални. За да прецени това, Съдът взема предвид кои са целите и мащабът на пораждащото самоотбраната нападение⁹². Решението е, че действията на САЩ не съответстват на принципа на пропорционалност, но не се дава отговор за това какво би било. Изглежда Съдът тълкува пропорционалност като съотношение между отговарящата атака и размер и обхват на първоначалното въоръжено нападение⁹³. Този метод е потвърден и в спорното решение на Съда в съвещателното мнение “*Legality of the Threat and Use of Nuclear Weapons*”⁹⁴ и в решението по делото “*Oil Platforms*”⁹⁵. В последното Съдът разглежда и въпросната операция “*Praying Mantis*” в цялост, а не отделните военни действия⁹⁶. Това води до виждането в доктрината, че употребата на сила трябва да се вземе предвид и самата самоотбрана в цялост, с всички нейни отделни действия, вместо да се отнася до специфични цели или инциденти, които са обект на международното хуманитарно право⁹⁷.

⁹⁰ Correspondence between Great Britain and the United States, respecting the Arrest and Imprisonment of Mr McLeod, for the Destruction of the Steamboat Caroline, Mar, Apr 1841, text in J. B. Moore, *Digest of International Law* (1906), p. 412.

⁹¹ ICJ, *Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v USA)*, Judgement, 1986, ¶176;

⁹² Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 158.

⁹³ Theodora Christodoulidou, Kalliopi Chainoglou, *The Principle of Proportionality from a Jus Ad Bellum Perspective*, Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, p. 3.

⁹⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, 41-43.

⁹⁵ ICJ, *Oil Platforms Case (Iran v USA)*, Judgement, 2003, p. 76

⁹⁶ ICJ, *Oil Platforms Case (Iran v USA)*, Judgement, 2003, p. 77.

⁹⁷ *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, 2005, p. 10.

В делото *“Armed Activities on the Territory of the Congo”*, Съдът намира, че не са налице предпоставките на самоотбрана, но независимо от това коментира въпроса за пропорционалността и подкрепя тази теза, като я преплита и с принципа за необходимост:

„превземането на летища и градове на стотици километри от границата на Уганда не биха били пропорционални на сериите от атаки, които тя твърди, че са основанието за пристъпване към самоотбрана, нито пък са необходими“⁹⁸

Всички тези примери показват отношението на Международния съд към принципа за пропорционалност като баланс между действията предприети в самоотбрана и предизвикващия ги отсрещен акт. Това е неприложимо по отношение на института на превантивна или изпреварваща самоотбрана, тъй като за да се разберат със сигурност реалните поражения от първоначалното нападение, то трябва да е завършило. При тази абсолютна несигурност, дали един отговор в самоотбрана е пропорционален остава въпрос без отговор. Вероятно по-подходящо за тези две форми на самоотбрана тълкуване на принципа за пропорционалност дава особеното мнение на Съдия Аго. Той твърди, че:

„изискването за пропорционалност на действията предприети при самоотбрана... засяга връзката между тези действия и тяхната цел, а именно... целта да се спре и отхвърли нападението. ... Но би било грешка да се приеме, че е необходимо да има пропорционалност между самоотбраната и предшестващата я въоръжена атака. Това, което има значение е резултатът, който се цели от защитните действия, а не формите, естеството и продължителността на самото действие.“⁹⁹

Тази формулировка е изключително логична в светлината на модерните заплахи. В случая с превантивна или изпреварваща самоотбрана това би било употреба на сила, пропорционална на заплахата и необходима само и единствено за предотвратяване на нападението. Това мнение не е изолирано и е подкрепено от особените мнения на Съдия Швобел в делото *„Nicaragua“¹⁰⁰*, Съдия Хигинс в съвещателното мнение *„Legality of the Threat and Use of Nuclear Weapons“¹⁰¹* и съдия Койманс в *“Armed Activities on the Territory of the Congo”¹⁰²*.

⁹⁸ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda)*, Judgement, 2005, p.147.

⁹⁹ Robert Ago, 'Addendum to the Eighth Report on State Responsibility', *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, vol II (1), p.60, p.121.

¹⁰⁰ ICJ, *Paramilitary and Military Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v USA)*, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, p. 211–14;

¹⁰¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Higgins, 1996, p. 5.

¹⁰² ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda)*, Separate Opinion of Judge Kooijmans, 2005, p. 33-34;

Един добър пример за това как би работило дава в съвещателното мнение „*Legality of the Threat and Use of Nuclear Weapons*” тогава вице-президентът на Съда – Стивън Швобел. В своето особено мнение той дава представя следната хипотеза:

„Например, използването на дълбоководен ядрен заряд за да се разруши подводница, която е на път да изстреля ядрено ракета или вече е изстреляла една от ядрените си ракети, би било правомерно. Спрямо обстоятелството, в което се използва, дълбоководния заряд не би довел непосредствено до цивилни жертви. Лесно би преминал теста за пропорционалност, тъй като щетите, които подводницата може да нанесе на територията и населението надхвърлят безкрайно тези от разрушението на подводницата и нейния екипаж. Разрушението на подводницата ще предизвика радиационно замърсяване в морето, но в значително по-малко количество от радиацията, която оръжията биха разпръснали на повърхността (във въздуха).¹⁰³“

В този пример виждаме заплахата за самото съществуване на държавата. Тази заплахата вдига значително прага пропорционалната атака, но това не означава, че трябва да се прави без съображения за щетите, които биха се нанесли.

Макар и пропорционалността в хуманитарното право да не е от абсолютно значение за пропорционалността в *ius ad bellum*, често човешките жертви влизат в сметките, когато се преценява дали една атака в рамките на необходимото. Например в съвещателното мнение „*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*” съдиите Розалин Хигинс и Койимас изследват влиянието на стената върху цивилните палестинци в региона¹⁰⁴. Така например израелската интервенция в Ливан през 2006 г. се счита за незаконна, тъй като има прекомерните щети срещу цивилни и цивилна инфраструктура¹⁰⁵. Съветът на ООН по правата на човека стига до заключението, че въпреки претендираната самоотбрана военните действия на Израел бързо ескалират от отговор на граничен инцидент до цялостно нападение срещу територията на Ливан¹⁰⁶. Макар и само по себе си нарушение на принципа за пропорционалност в *ius in bello* да не е основание за незаконност по смисъла на *ius ad bellum*, то със сигурност може и да е знак за прекриването на тези предели.

По отношение на хуманитарното право, тук следва да се отбележи едно от най-дискутираните решения на Международния съд – съвещателното мнение „*Legality of the Threat and Use of Nuclear Weapons*”.

¹⁰³ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Vice President Schwebel, 1996, p. 98.

¹⁰⁴ ICJ Rep, 2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, Separate Opinion of Judge Higgins and Judge Kooijmans, 35-34.

¹⁰⁵ Theodora Christodoulidou, Kalliopi Chainoglou, The Principle of Proportionality from a Jus Ad Bellum Perspective, Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, p. 5.

¹⁰⁶ Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, A/HRC/3/2, Human Rights Council, 3rd Sess, 23 Nov. 2006, 23, p. 61.

В оперативен параграф Е на своето решение, Съдът за пръв и последен път в цялата си история приема, с гласове 7 на 7 с решаващия глас на Президента, две различни хипотези, в следствие на което почти всички съдии пишат особени или независими мнения¹⁰⁷. Самото решение създава спорен нов институт на самоотбрана - *in extremis*.

„Е. Със седем гласа на седем, с решаващия глас на Президента, Следва от гореизложените изисквания, че употребата или заплахата за употреба на ядрено оръжие по принцип би било противно на нормите на международното право приложимо във военни конфликти, и по-конкретно принципите и нормите на хуманитарното право.

*Въпреки това, с оглед настоящото развитие на международното право и на фактите на разположение, Съдът не може да реши окончателно дали заплахата или употребата на ядрени оръжия би била законна или незаконна в екстремни ситуации, в които самото оцеляване на държавата би било в опасност.*¹⁰⁸“

Никога преди Съдът не е отказвал да вземе решение по настоящото положение на правото, което може да се разглежда и като неизпълнение на задълженията му от Статута, но това, което е важно, е, че Съдът оставя вратата отворена за тълкуване на държавите като отказва да даде окончателно решение по този въпрос. Много автори тълкуват това като наличие на института *in extremis*, в който нарушения на хуманитарното право не биха имали значение¹⁰⁹. Това представлява сериозна заплаха за неприкосновеността на *ius in bello* и за потенциалните цивилни жертви. Не би следвало основания в корпуса на *ius ad bellum* да могат да влияят на принципите на хуманитарното право. Би било добре Съдът да се произнесе по този въпрос 22г. по-късно, тъй като за това време безспорно са се натрупали много мнения по този въпрос, които може да вземе предвид.

ПРЕВАНТИВНАТА САМООТБРАНА И НАТО

“Страните по Договора се договарят, че въоръжено нападение, предприето срещу една или повече от тях, в Европа или в Северна Америка, ще се разглежда като нападение срещу всички тях, вследствие на което те се договарят, че в случай на такова въоръжено нападение всяка от тях, упражнявайки правото си на индивидуална или колективна самоотбрана, признато в член 51 от Устава на Организацията на обединените нации, ще

¹⁰⁷ ICJ, 1996, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinions of Vice President Schwebel, Judges Guillaume, Higgins, Koroma, Oda, Shahabuddeen, Weeramantry.

¹⁰⁸ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996, op. F.

¹⁰⁹ Jasmine Moussa, Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law, International Review of the Red Cross, Vol. 90, No. 872, 2008, p. 964.

окаже помощ на нападнатата страна или страни по Договора, като незабавно предприеме, индивидуално и съгласувано с останалите страни по Договора, такива действия, каквито смята за необходими, включително употребата на въоръжена сила, за възстановяване и поддържане на сигурността в Северноатлантическата зона.”¹¹⁰

Това гласи чл. 5 от Северноатлантическия договор. Имайки предвид, че договорът изрично се позовава на чл. 51 от Устава, разпоредбата задължава държавите-членки да оказват помощ на нападната страна под формата на колективна самоотбрана.

За първи път тази разпоредба влиза активно в сила след нападенията срещу СТЦ от 2001 г., когато от САЩ информират Съвета за сигурност за прибягване към института на самоотбраната на територията на Афганистан срещу Ал Кайда и талибанското правителство, което ги подкрепя¹¹¹. Съюзниците на САЩ се включват в тази колективна самоотбрана на основание чл. 5 от Северноатлантическия договор¹¹². Повечето международни юристи са на мнение, че САЩ реално са претърпели нападение от терористични организация *de facto* подкрепяна от Афганистанското правителство и следователно е била в състояние да прибегне към самоотбрана¹¹³. Така разгледана фактическата обстановка е подкрепена и от НАТО, Съвета за Сигурност и Организацията на американските държави.

Някои автори обаче, като например бившият Помощник генерален секретар за стратегическо планиране, *John Ruggie*, са на мнение, че тук става въпрос за превантивна самоотбрана, тъй като нападението срещу СТЦ вече е приключило и по никакъв начин отбранителни действия не биха променили това¹¹⁴. Следователно ответното нападение на територията на Афганистан е с по-скоро превантивен характер – с цел да се предотвратят бъдещи такива нападения.

През 1986 г. взрив в германското заведение *La Belle*, посещавано често от американци, отнема живота на трима души, а 229 са наранени. Двама от загиналите и 79 от ранените са американци¹¹⁵. Президентът, Роналд Рейган, обвинява за това Муамар Кадафи и десет дни по-късно заповядва да се отговори с нападения срещу Триполи и Бенгази¹¹⁶. Тук положението е същото.

¹¹⁰ Северноатлантически договор, чл. 5, Министерството на външните работи, обн., ДВ, бр. 22 от 18.03.2004 г., в сила от 29.03.2004 г.

¹¹¹ Sean D. Murphy, *Contemporary Practice of the United States*, 96 AJIL, 2002, p. 237.

¹¹² 11 September - 3 Years on NATO's Contribution to the Fight against Terrorism, NATO Fact Sheet, <https://www.nato.int/terrorism/factsheet.htm>, посетено на 31.05.2018г.

¹¹³ Sean D. Murphy, *Op. Cit.*, p. 41, 47, 50-51.

¹¹⁴ John G. Ruggie, *Constructing the World Polity* 94 (1998), p. 26.

¹¹⁵ Erlanger, Steven. "4 Guilty in Fatal 1986 Berlin Disco Bombing Linked to Libya", *New York Times*, November 14, 2001, <https://www.nytimes.com/2001/11/14/world/4-guilty-in-fatal-1986-berlin-disco-bombing-linked-to-libya.html>, посетено на 31.05.2018г.

¹¹⁶ Hilsum, Lindsey, *Sandstorm: Libya in the time of revolution*, London, 2012, Faber and Faber.

Следва ли да се приеме взрива в *La Belle* за първоначалното нападение годно за института на самоотбраната или става дума за превантивна самоотбрана е спорен въпрос¹¹⁷. Налични си много подобни примери, но тези два най-добре представят проблема. В случай, че бъде прието, че тези атаки са форма на превантивна самоотбрана, това активира ли чл. 5 от Северноатлантическия договор?

Ясен отговор по този въпрос няма, но може да се потърси във вече изследваните въпроси. Както беше споменато в част първа на този доклад, разпоредбата на чл. 51 от Устава на ООН препраща към вече съществуващото право на индивидуална и колективна самоотбрана¹¹⁸. Чл. 5 от Северноатлантическия договор също ни препраща към чл. 51 и в края на тази верига, все пак, се намира обичая. В случай, че правото на самоотбрана се е изменило в съответствие с практиката и *opinio iuris* на държавите и изпреварващата (или превантивната) самоотбрана е приета, то договорите не биха имали каквато и да е промяна на действието си. Северноатлантическият договор не предвижда конкретни форми на самоотбраната, следователно, *per argumentum a fortiori*, не би трябвало и да изключва такива. Следователно има основание да се твърди, че отговорът на горепоставения въпрос е „да“.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Ветровете на международните отношения са се променили драстично през последните няколко десетилетия. Новите технологии и заплахи са причина държавите да променят и нагласите си по отношение на „класическия“ институт на самоотбраната. Това налага промени и в цялата система от институти свързани с него като много въпроси остават без отговор. ООН и нейните органи, НАТО и световния баланс на сили зависят от това какъв отговор ще бъде даден окончателно (ако въобще някога се достигне до такъв).

Този доклад също не би могъл да реши тези проблеми, но би могъл да запознае читателя с основите на институтите, практиката покрай тях и съпътстващите ги проблеми, което все пак е стъпка напред. Единственият начин да се достигне до реален консенсус би било с активно участие на международната общност като цяло. По-голямата яснота и решителност на Международния съд по този въпрос е от огромно значение за постигането на тези цели. Вероятното ангажиране и на Комисията по международно право във функцията ѝ предвидена от Статута ѝ – да кодифицира и развива международното право, също би помогнало да се постигне яснота по тези въпроси.

¹¹⁷ Louis Henkin, *International Law: Politics, Values and Functions*, 1990, p. 154-156.

¹¹⁸ M. Shaw, *International Law*, 6th Ed., 2008, p. 1143.

За съжаление, вероятността това да се случи е малка. Често неяснотата в правото се създава нарочно за постигане на политически цели¹¹⁹. Докато е в интерес на която и да е страна да има неясноти – такива ще има. Тенденцията е все пак към засилване на международното право и подобряването на неговата ефективност. Но до момента в който политиката не изчезне от международното право, то ще остане, както Лаутерпах го нарича - “точката на размиване“ на самото право¹²⁰.

¹¹⁹ Michael C. Wood – The Interpretation of Security Council Resolutions, Revised, Max Planck Yearbook of United Nations Law: 2017, p. 12.

¹²⁰ Hersch Lauterpacht, “The Problem of the Revision of the Law of War”, 29 British Yearbook of International Law 382 (1952); - „*If international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of international law*“.